

ŚLĄSKI URZĄD WOJEWÓDZKI
W KATOWICACH

Katowice, 20-03-2019

Wydział Nadzoru Prawnego

40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 25

Druk Nr109....

NPII.4100.50.2019

Rada Gminy Skoczów

W związku z nadesłanym do Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego pismem z dnia 28 stycznia 2019r., z treści którego wynika, iż: Pan Mirosław Szwarec pełni funkcję Prezesa OSP Kowale; Pan Rafał Ludka pełni funkcję prezesa OSP Międzyświeć; Pan Jacek Krużołek jest członkiem zarządu OSP w Wiślicy oraz członkiem Zarządu OSP RP w Skoczowie, zachodzi obawa naruszenia przez ww. Radnych zakazu określonego przepisem art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz. U. z 2018r., poz. 994, ze zm.).

Zgodnie z ww. przepisem radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

Przepis art. 24f ust. 1a tej ustawy określa konsekwencje niezaprzeszania prowadzenia działalności gospodarczej, w sytuacji wyżej określonej.

Art. 383 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2018r., poz. 754 z późn. zm.) stanowi, iż wygaśnięcie mandatu radnego następuje w przypadku naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonych w odrębnych przepisach funkcji lub działalności. Stosownie zaś do brzmienia art. 383 § 2 ww. ustawy wygaśnięcie mandatu radnego z przyczyn, o których mowa w § 1 pkt 5 stwierdza rada, w drodze uchwały, w terminie miesiąca od dnia wystąpienia przyczyny wygaśnięcia mandatu.

Przy czym, jeżeli radny przed dniem wyboru wykonywał funkcję lub prowadził działalność, o której mowa w § 1 pkt 5, obowiązany jest do zrzeczenia się funkcji lub zaprzestania prowadzenia działalności w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania (art. 383 § 5 ww. ustawy). Zgodnie zaś z art. 383 § 6 w przypadku niezrzeczenia się funkcji lub niezaprzeszania prowadzenia działalności przez radnego w terminie, o którym mowa w § 5, rada stwierdza wygaśnięcie mandatu radnego, w drodze uchwały, w ciągu miesiąca od upływu tego terminu.

W związku z powyższym organ nadzoru zwraca się do Rady - jako do organu na tym etapie postępowania właściwego w sprawie - o zbadanie, czy powyżej wymienieni Radni rzeczywiście naruszyli art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.

Organ nadzoru zwraca się również o poinformowanie o wynikach przeprowadzonego przez Radę postępowania wyjaśniającego.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 98a ust. 1 i 2 ustawy o samorządzie gminnym wojewoda posiada uprawnienie do wydania zarządzenia zastępczego między innymi w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego gminy, jednak dzieje się to jedynie w przypadku, gdy uprawniony organ, (którym w przedmiotowej sprawie jest Rada Miejska Skoczowa) nie podejmie

Dokument podpisany elektronicznie.

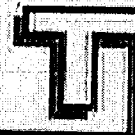
uchwały w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego.

Z upoważnienia Wojewody Śląskiego

Zastępca Dyrektora Wydziału

Iwona Andruszkiewicz

Dokument podpisany elektronicznie.



Opinia prawna

OP-US-KHB-2019-01-28- rezygnacja przez radnych z funkcji w zarządach Stowarzyszeń

Wnioskodawca: Urząd Miejski w Skoczowie

Dotyczy: Wniosku o wydanie opinii prawnej w przedmiocie konieczności zrzeczenia się przez radnego pełnienia funkcji w zarządzie stowarzyszenia w przypadku, gdy stowarzyszenie prowadzi działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy

Akty prawne:

- 1) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 994 z późn. zm.) zwana dalej u.s.g.,
- 2) Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 210 z późn. zm)

Opinia:

W orzecznictwie sądowym prezentowane są dwa sprzeczne stanowiska dotyczące konieczności zrzeczenia się przez radnego pełnienia funkcji w zarządzie stowarzyszenia w przypadku, gdy stowarzyszenie prowadzi działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy.

Stąd nie można wykluczyć ryzyka, iż w sytuacji, gdy radny nie zrezygnuje z pełnionej w stowarzyszeniu funkcji, podjęte zostaną czynności zmierzające do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego. Nie można bowiem dać gwarancji na jakim aktualnie stanowisku stanie organ nadzoru, a w dalszej kolejności sąd.

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 24f ust. 1 u.s.g. radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu tej działalności. Stosownie zaś do art. 24f ust. 1a u.s.g., jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1, jest on obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania, zaś niewypełnienie tego obowiązku stanowi

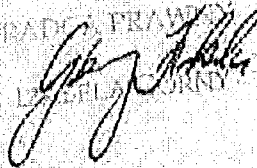
podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 383 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy.

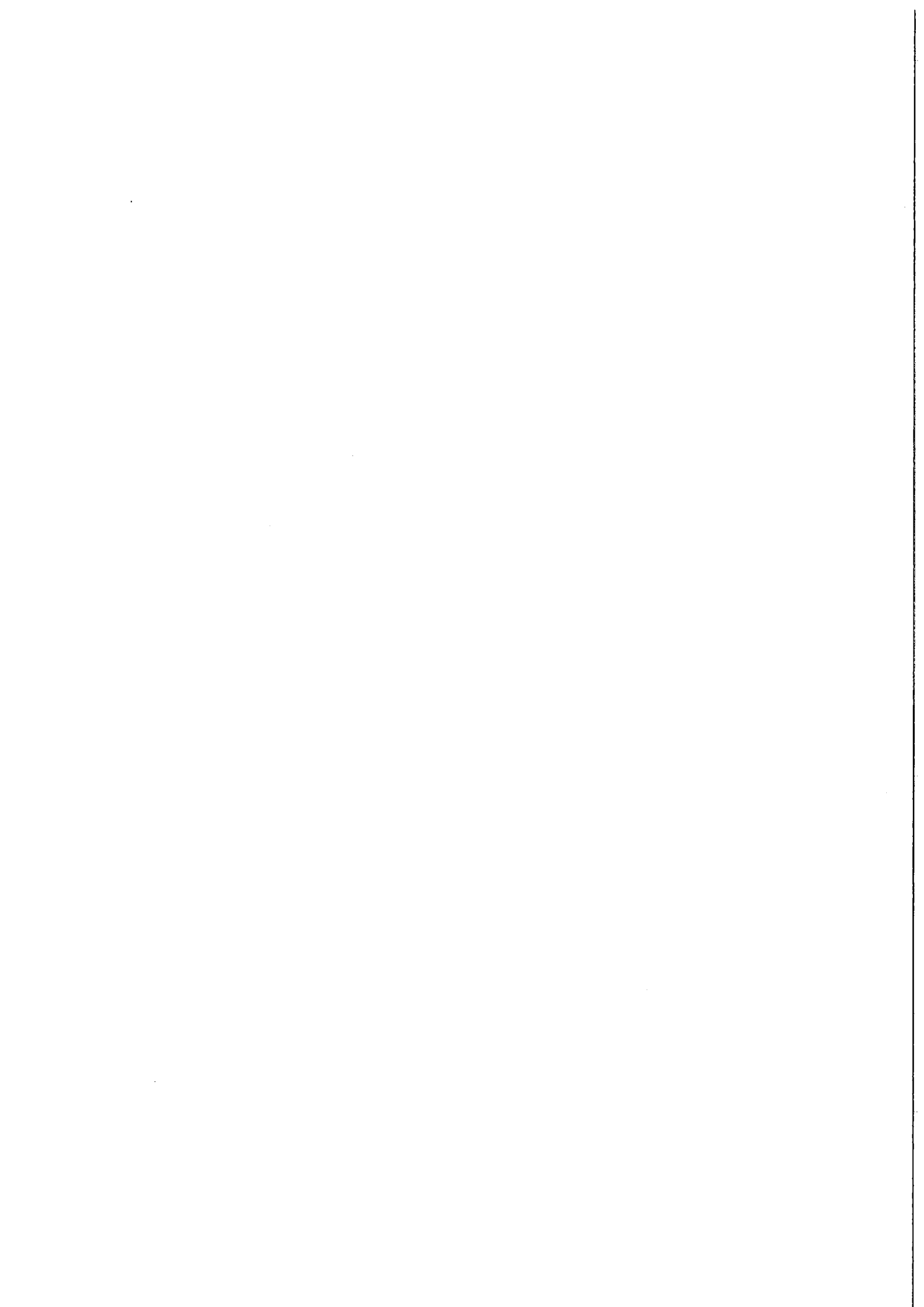
Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 marca 2014 r. (IV SA/Po 620/13) zakaz z art. 24f ust. 1 u.s.g. ma charakter bezwzględny i nie pozwala on na miarkowanie jego intensywności czy też zasadności do konkretnej sprawy. Wykorzystanie mienia komunalnego jest wystarczającą przesłanką do wygaśnięcia mandatu radnego i nie ma znaczenia czy przy wykorzystywaniu mandatu radnego do osiągnięcia zysku z korzystania z mienia komunalnego, lecz rozstrzygającym jest sam fakt korzystania z tego mienia.

Należy podkreślić, że sformułowanie: "wykorzystywanie" odnosi się do wszystkich przypadków korzystania z mienia komunalnego gminy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, bez względu na to, czy wykorzystanie to ma podstawę prawną czy jest stałe bądź jednorazowe, wreszcie czy jest odpłatne czy też nieodpłatne. Dlatego też bez znaczenia jest wartość wykorzystanego mienia komunalnego, znaczenie ma sam fakt wykorzystania takiego mienia podczas pełnienia mandatu radnego (wyrok NSA w Warszawie z dnia 20 marca 2018 r. II OSK 426/18).

Warto zauważyć, że pojęcia "działalności gospodarczej" w rozumieniu art. 24f ust. 1 u.s.g. nie można ograniczać do prowadzenia działalności na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców, działalności w spółkach czy innych form zawodowej działalności podlegającej rejestracji. Użyte w tym przepisie pojęcie działalności gospodarczej będzie swoim zakresem obejmować również działalność, która choć nie podlega regulacjom ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, to wypełnia wszelkie znamiona charakterystyczne dla działalności gospodarczej - tj. ma charakter zawodowy, ciągły i zarobkowy oraz wykonywana jest w sposób zorganizowany (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 5 kwietnia 2018 r. III SA/Wr 745/17). W orzecznictwie za taką działalność uznaje się w szczególności wynajmowanie w celu organizowania imprez okolicznościowych (wesela, komunie) mienia komunalnego gminy za który to wynajem pobierane są opłaty pieniężne. O zarobkowym charakterze tej działalności świadczy przede wszystkim fakt, że stowarzyszenie z tytułu udostępnienia mienia uzyskuje określone korzyści i pobiera w zamiast określone środki pieniężne. (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 29 stycznia 2014 r. II SA/Bd 1291/13). Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 12 stycznia 2006 r., sygn. akt II OSK 787/05 wskazał, że „Działalność gospodarza prowadzona przez stowarzyszenie z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy jest działalnością gospodarczą, o której mowa w art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.), a pełnienie przez radnego funkcji członka zarządu takiego stowarzyszenia oznacza zarządzanie taką działalnością.”

Wskazać, jednak należy że w orzecznictwie spotkać można też odmienne stanowisko, zgodnie z którym określony w art. 24f ust. 1 u.s.g. zakaz nie ma charakteru bezwzględny, a więc nie oznacza, że jakiegokolwiek korzystanie przez radnego z mienia komunalnego pozostające w związku funkcjonalnym z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą powoduje skutek w postaci wygaśnięcia jego mandatu. O prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego można mówić wtedy, gdy radny korzysta z mienia gminnego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję w gminie. Natomiast w przypadkach korzystania przez radnego dla celów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej z mienia komunalnego na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych nie dochodzi do naruszenia omawianego zakazu (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 grudnia 2017 r., sygn. Akt II OSK 2683/17). Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. (sygn. akt IV SA/Po 909/16). Zdaniem Sądu nie każde korzystanie z nieruchomości gminnych przez radnych będzie wyczerpywało zakaz, o którym mowa w art. 24f ust. 1 u.s.g.. Mając na uwadze cel tego zakazu nie można uznać, iż korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności usług na warunkach ogólnych, czy na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu czynności prawnych, może podważać osiągnięcie tego celu, ponieważ w tych przypadkach nie zachodzi obawa wykorzystania mandatu radnego do uzyskania innych korzyści, aniżeli dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej.

PRACOWNIK PRÁWNY
Z BIURA




II OSK 2683/17, Granice korzystania przez radnego powiatu z mienia komunalnego. Względny charakter zakazu korzystania przez radnego z mienia komunalnego lub mienia powiatu. Dopuszczalność kierowania przez radnego powiatu gminnym zakładem budżetowym. - Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie

LEX nr 2441403

Wyrok

Naczelnego Sądu Administracyjnego

z dnia 6 grudnia 2017 r.

II OSK 2683/17

Granice korzystania przez radnego powiatu z mienia komunalnego. Względny charakter zakazu korzystania przez radnego z mienia komunalnego lub mienia powiatu. Dopuszczalność kierowania przez radnego powiatu gminnym zakładem budżetowym.

Status:

orzeczenie prawomocne

TEZA aktualna

1. Wykorzystanie mienia komunalnego jest wystarczającą przesłanką do wygaśnięcia mandatu radnego i nie ma znaczenia, czy przy wykorzystaniu tego mienia komunalnego radny odniósł korzyści, czy też nie. Przepis art. 25b ust. 1 u.s.p. nie uzależnia bowiem wygaśnięcia mandatu radnego od osiągnięcia zysku z korzystania z mienia komunalnego, lecz rozstrzygający jest sam fakt korzystania z tego mienia.
2. Norma art. 25b ust. 1 u.s.p. nie ogranicza zakazu do "własności" ani do "zarządzania" mieniem komunalnym, lecz używa znacznie pojemniejszego określenia: "wykorzystanie mienia", którego granice desygnatów są o wiele trudniej uchwytne. Na pewno jednak to wykorzystanie mienia gminy musi pozostawać w związku funkcjonalnym z działalnością gospodarczą.
3. Przepis art. 25b ust. 1 u.s.p. należy rozumieć ściśle, bez tendencji rozszerzających nadających treści normatywnej tego przepisu dalej idącego znaczenia niż to wynika z jego literalnej redakcji. Jednocześnie należy wskazać, że skoro stosownie do treści art. 23 ust. 1 u.s.p., radny nie może pełnić funkcji kierownika powiatowej jednostki organizacyjnej oraz jego zastępcy, to a contrario radny powiatu może pełnić funkcję kierownika gminnej jednostki organizacyjnej.
4. Określony w art. 24f ust. 1 u.s.g. zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, a więc nie oznacza, że jakiegokolwiek korzystanie przez radnego z mienia komunalnego pozostające w związku funkcjonalnym z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą i powoduje skutek w postaci wygaśnięcia jego mandatu. O prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego można mówić wtedy, gdy radny korzysta z mienia gminnego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję

w gminie. Natomiast w przypadkach korzystania przez radnego dla celów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej z mienia komunalnego na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych nie dochodzi do naruszenia omawianego zakazu. Tę samą regułę interpretacyjną należy stosować w ramach wykładni art. 25b ust. 1 u.s.p.

5. Kierowanie przez radnego powiatu gminnym zakładem budżetowym i w ramach tego zawieranie z powiatem umów cywilnoprawnych, nie stanowi przykładu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu w rozumieniu przepisu art. 25b ust. 1 u.s.p.

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodniczący: Sędzia NSA Anna Łuczaj.

Sędziowie: NSA Małgorzata Masternak-Kubiak (spr.), del. WSA Marcin Kamiński.

Sentencja

Naczelny Sąd Administracyjny po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2017 r. na rozprawie w Izbie Ogólnoadministracyjnej sprawy ze skarg kasacyjnych Powiatu (...) oraz M.D. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. akt II SA/Wa 2196/16 w sprawie ze skarg Powiatu (...) oraz M. D. na zarządzenie zastępcze Wojewody (...) z dnia (...) października 2016 r. nr (...) w przedmiocie wygaszenia mandatu radnego

1. uchyła zaskarżony wyrok;
2. uchyła zaskarżone zarządzenie zastępcze Wojewody (...) z dnia (...) października 2016 r. nr (...);
3. odstępuje od zasądzenia zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego w całości.

Uzasadnienie faktyczne

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt II SA/Wa 2196/16, oddalił skargi Powiatu (...) oraz M. D. na zarządzenie zastępcze Wojewody (...) z dnia (...) października 2016 r. nr (...) w przedmiocie wygaszenia mandatu radnego.

Powyższy wyrok został wydany w następującym stanie faktycznym i prawnym:

Zarządzeniem zastępczym z dnia (...) października 2016 r. nr (...), wydanym na podstawie art. 85a ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 814 z późn. zm.) Wojewoda (...) stwierdził wygaśnięcie mandatu radnego Powiatu (...) M. D.

Wojewoda ustalił, że M. D. został wybrany radnym Powiatu (...) w wyborach samorządowych, które odbyły się w dniu 16 listopada 2014 r. Stanowisko dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) objął 2 listopada 2007 r. W tym samym dniu tj. 2 listopada 2007 r. Burmistrz Miasta (...) upoważnił M. D. (upoważnienie Nr (...)) do działania w imieniu Gminy (...) w sprawach: gospodarki zasobami mieszkaniowymi gminy,

zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, utrzymania porządku i czystości na terenie gminy, prowadzenie targowiska, gospodarowanie mieniem Gminy będącym w dyspozycji Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej, podejmowania samodzielnie zobowiązań przez Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej do kwoty 70 000 zł.

Następnie organ podał, że w latach 2015-2016 r. pomiędzy Powiatem (...) a Zakładem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) zostały zawarte następujące umowy: 1. umowa Nr (...) z dnia 19 listopada 2014 r. dot. utrzymania zimowego dróg powiatowych na terenie gminy (...), 2. umowa (...) z dnia 27 października 2015 r. dot. utrzymania zimowego dróg powiatowych na terenie gmin (...), 3. umowa Nr (...) z dnia 15 grudnia 2015 r. dot. uporządkowania nieruchomości położonej w (...) przy ul.(...), 4. umowa Nr (...) z dnia 15 września 2015 r. dot. wywozu nieczystości płynnych ze zbiornika bezodpływowego znajdującego się na terenie Zespołu Pałacowo-Parkowego w (...) (Nr (...)), 5. umowa Nr (...) z dnia 25 maja 2015 r. dot. dostarczania wody do obiektu Zespołu Pałacowo-Parkowego w (...) Nr (...)), 6. umowa Nr (...) z dnia 18 lutego 2016 r. wykonania "Wycinki i cięcia pielęgnacyjnego drzew na terenie Zespołu Pałacowo-Parkowego w (...)", 7. umowa zlecenia Nr (...) z dnia 23 marca 2016 r. dot. bieżącego wywozu odpadów zielonych z terenu Zespołu Pałacowo-Parkowego w (...).

W toku postępowania M. D. złożył wyjaśnienia, w których podtrzymał stanowisko, że pełnienie funkcji Dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) oraz sprawowanie mandatu radnego Powiatu (...) i pełnienie jednocześnie funkcji członka Zarządu Powiatu (...) nie narusza zakazów z art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym.

Wojewoda stwierdził, że skoro M. D. zobowiązany był do zrzeczenia się funkcji dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...), w terminie trzech miesięcy od dnia złożenia ślubowania (22 grudnia 2014 r.) tj. w terminie do 22 marca 2015 r. (zgodnie z art. 383 § 5 Kodeksu wyborczego) - czego nie dokonał - to Rada Powiatu (...) na podstawie art. 383 § 6 tego Kodeksu obowiązana była do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w związku z art. 24b ustawy o samorządzie powiatowym. Nawet jednorazowe działanie polegające na wykorzystaniu mienia Powiatu (...) poprzez sprawowanie funkcji dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) i zarządzaniu taką działalnością (zawieranie umów) niezrzeczenie się tej funkcji nawet, jeżeli to konkretne działanie nie prowadzi bezpośrednio do zysku, musi skutkować wygaśnięciem mandatu.

Skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego na powyższe rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody (...) z dnia (...) października 2016 r. nr (...) wniesione zostały zarówno przez M. D. (sygn. akt II SA/Wa 2246/16) jak i przez Radę Powiatu (...) (sygn. akt II SA/Wa 2196/16). M. D. wniósł o uchylenie zaskarżonego zarządzenia, zarzucając w uzasadnieniu skargi naruszenie art. 25b ust. 1a ustawy o samorządzie powiatowym, poprzez jego błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie. Z kolei Rada Powiatu (...) wnosząc o uchylenie zaskarżonego rozstrzygnięcia Wojewody (...) z dnia (...) października 2016 r. nr (...) i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania zarzuciła naruszenia art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, poprzez jego błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji również niewłaściwe zastosowanie art. 85a ust. 2 ww. ustawy w związku z art. 383 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, poprzez stwierdzenie w oparciu o art. 85a ust. 2 ww. ustawy wygaśnięcia mandatu

radnego pomimo, że nie wystąpiła przyczyna, o której mowa w art. 383 § 1 pkt 5 Kodeksu wyborczego.

W odpowiedzi na skargi Wojewoda (...) wniósł o ich oddalenie i podtrzymał argumentację przedstawioną w zaskarżonym zarządzeniu zastępczym.

W wyroku oddalającym skargi Sąd pierwszej instancji zgodził się z organem nadzoru, że łączenie tytułu funkcji, a zwłaszcza zawieranie umów i ich realizacja, uzyskiwanie z tego tytułu wynagrodzenia, wprawdzie dla Gminy (...), nie zmienia celu wprowadzenia przepisu art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym. Celem bowiem wprowadzenia zakazu wynikającego z art. 25b ww. ustawy było stworzenie regulacji i gwarancji prawnych prawidłowego, rzetelnego wykonywania zadań przez jednostki samorządu terytorialnego. Instytucje te mają charakter restrykcyjny przez ograniczenie uprawnień, które przysługują jednostkom w danym porządku prawnym. Zgodnie z art. 25b ust. 2 u.s.p., radny jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania, to jest w tym konkretnym przypadku od dnia 22 grudnia 2014 r., czego bezspornie w tym terminie M. D. nie uczynił. Podkreślił, że zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej po upływie 3 miesięcznego terminu, liczonego od dnia złożenia ślubowania, nie ma zatem wpływu na ocenę zaistnienia przesłanki z cytowanego wyżej przepisu. Sąd pierwszej instancji wywiódł, że zakaz określony w art. 25b ust. 1 u.s.p. ma charakter bezwzględny. Przepis ten nie ogranicza zakazu do "własności" ani do "zarządzania" mieniem powiatu, a używa znacznie pojemniejszego określenia "wykorzystanie mienia". Wypełnienie dyspozycji tego przepisu nie jest uzależnione od tego, czy z prowadzenia, zarządzania bądź bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności radny uzyskuje dochód, czy inne osobiste korzyści. Trudno przyjąć, iż M. D., będąc radnym Powiatu (...), członkiem zarządu Powiatu (...) oraz dyrektorem Zakładu, zawierając umowy lub składając oferty w przetargach organizowanych przez Powiat (...) nie zarządza działalnością Zakładu "z wykorzystaniem mienia powiatu" oraz że działalność ta nie może być uznana za stwarzającą potencjalne niebezpieczeństwo wykorzystywania mandatu radnego dla tej działalności. Pełnienie przez radnego funkcji dyrektora Zakładu, który zawiera umowy z Powiatem (...), spełnia przesłanki oraz cele, o jakich mowa m.in. w art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym. Zdaniem Sądu, związek funkcjonalny pomiędzy przychodami osiąganymi z działalności gospodarczej, a faktem wykorzystywania mienia powiatu, jest w tym wypadku oczywisty, skoro środki pieniężne na sfinansowanie tych usług pochodzą z budżetu Powiatu (...). O dysponowaniu tymi środkami decyduje Zarząd Powiatu (...), zaś niewątpliwy wpływ na ilość środków przeznaczonych na pokrycie kosztów realizacji zadań o charakterze użyteczności publicznej w zakresie utrzymania powiatowych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej, a także w zakresie zimowego utrzymania dróg powiatowych na terenie Powiatu (...) ma Rada Powiatu (...), w której radnym jest M. D. Sytuacja taka świadczy niewątpliwie o konflikcie interesów. Rodzi niebezpieczeństwo, że radny może w nieuprawniony sposób wpływać na Radę Powiatu w celu takiego ustalenia wysokości opłat ponoszonych za gospodarowanie odpadami komunalnymi z budynków będących własnością Powiatu (...) oraz za zimowe utrzymanie dróg powiatowych, aby przeznaczone na ten cel środki były jak najwyższe, a tym samym, aby w razie wyboru oferty jego firmy, zapewniały Zakładowi Usług Komunalnych i Mieszkaniowych jak największą

korzyść finansową. Z tego względu nieistotne jest to, iż wynagrodzenie za usługi świadczone przez Zakład Usług Komunalnych jest określane w umowie cywilnoprawnej, zawartej przez Zakład, którym zarządza radny, a powiatową osobą prawną, jaką jest Gmina (...). Nie ulega wątpliwości, że środki pieniężne powiatu zgromadzone na rachunku bankowym, stanowią mienie powiatu, a zatem za niezasadne należy uznać argumenty skargi Rady Powiatu (...), odnoszące się do analizy charakteru Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...). Mieniem powiatu wykorzystywanym w działalności gospodarczej radnego jest zatem wynagrodzenie wypłacane za usługi świadczone na rzecz Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...), a obejmujące czynności z zakresu zadań własnych powiatu. Zarządzany przez radnego Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) świadczy odpłatne usługi utrzymania zimowego dróg powiatowych na terenie Powiatu (...) oraz w zakresie usuwania odpadów komunalnych z budynków będących własnością Powiatu (...), a wynagrodzenie za te usługi - jak słusznie podniósł organ nadzoru - stanowi mienie komunalne zgodnie z powołanym przez organ art. 44 Kodeksu cywilnego. Sąd pierwszej instancji zgodził się z organem nadzoru, że nawet jednorazowe działanie, polegające na wykorzystaniu mienia Powiatu (...), poprzez sprawowanie funkcji dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Powiatowej w (...) i zarządzaniu taką działalnością (zawieranie umów) i bycie przedstawicielem w prowadzeniu takiej działalności, niezrzeczenie się tej funkcji nawet jeżeli to konkretne działanie nie prowadzi bezpośrednio do zysku musi skutkować wygaśnięciem mandatu radnego. Ocenił, że radny M. D., jako radny Powiatu (...) i członek Zarządu Powiatu, będąc jednocześnie dyrektorem Zakładu zawierając ww. umowy jak i składając oferty, czy to w imieniu Zakładu, czy Gminy zarządzał działalnością gospodarczą i był przedstawicielem wykorzystując w tym celu mienie powiatu określone w ww. umowach, jak również uzyskując w zamian za świadczenie usług na podstawie tych umów dochód.

Skargi kasacyjne od powyższego wyroku wywiedli M. D. oraz Powiat (...).

Skarżący M. D. zaskarżył powyższy wyrok w całości, domagając się jego uchylenia oraz przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, a także zasądzenia od Wojewody (...) na swoją rzecz kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Na podstawie art. 174 pkt 1 p.p.s.a. M.D. zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego, a to art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (dalej: u.s.p.) poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że pełnienie funkcji dyrektora zakładu gospodarki komunalnej stanowi przykład zarządzania działalnością gospodarczą prowadzoną na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami w rozumieniu tego przepisu,

2. naruszenie prawa materialnego, a to art. 383 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 15 z późn. zm.) (dalej: k.w.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w ustalonym stanie faktycznym polegające na przyjęciu, że pełnienie funkcji Dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) przez M. D. narusza zakaz określony w art. 25b ust. 1 u.s.p.

Skarżący Powiat (...) także zaskarżył powyższy wyrok w całości, domagając się jego uchylecia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, a w przypadku braku dostrzeżenia mającego istotny wpływ na wynik sprawy naruszenia przepisów postępowania - uchylecia zaskarżonego wyroku i rozpoznanie sprawy przez NSA poprzez uwzględnienie skargi Powiatu (...) i uchylecie rozstrzygnięcia nadzorczego Wojewody (...) z dnia (...) października 2016 r.

Na podstawie art. 174 pkt 1 p.p.s.a. Skarżący Powiat (...) zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego:

a) art. 25b ust. 1 u.s.p. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że pełnienie funkcji dyrektora zakładu gospodarki komunalnej wypełnia dyspozycję zarządzania działalnością gospodarczą prowadzoną na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia powiatu w rozumieniu ww. przepisu,

b) art. 383 § 1 pkt 5 k.w. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, będące konsekwencją błędnej wykładni art. 25b ust. 1 u.s.p., w ustalonym stanie faktycznym polegające na przyjęciu, że pełnienie funkcji Dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) przez M. D. narusza zakaz określony w art. 25b ust. 1 u.s.p.

Na podstawie art. 174 pkt 2 p.p.s.a. Powiat zarzucił naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. a) art. 148 p.p.s.a. w zw. art. 151 p.p.s.a. oraz w zw. z 85a ust. 2 u.s.p. poprzez oddalenie skargi pomimo, że zaskarżone rozstrzygnięcie nadzorcze zostało wydane z naruszeniem licznych przepisów prawa,

b) art. 141 § 4 p.p.s.a. w zw. z art. 148 p.p.s.a. i art. 151 p.p.s.a. poprzez oddalenie skargi i sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku bez ustosunkowania się do wszystkich zarzutów zawartych w skardze oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wydanego orzeczenia, podczas gdy naruszenie prawa procesowego i materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy uzasadniało uchylecie zarządzenia zastępczego.

Uzasadnienie prawne

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Skargi kasacyjne mają usprawiedliwione podstawy.

Zgodnie z art. 183 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1369 z późn. zm. - zwanej dalej p.p.s.a.) Naczelny Sąd Administracyjny związany jest podstawami skargi kasacyjnej, z urzędu zaś bierze pod uwagę jedynie nieważność postępowania. W niniejszej sprawie żadna z wymienionych w art. 183 § 2 p.p.s.a. przesłanek nieważności postępowania nie zaistniała, wobec czego kontrola Naczelnego Sądu Administracyjnego ograniczyła się wyłącznie do zbadania zawartych w skargach zarzutów sformułowanych w granicach podstaw kasacyjnych.

Wojewódzki Sąd Administracyjny oceniał legalność zarządzenia zastępczego Wojewody (...) w przedmiocie wygaśnięcia mandatu radnego z powodu naruszenia przez niego ustawowego zakazu zawartego w art. 25b ust. 1 u.s.p. Zakaz zawarty w tym przepisie stanowi, że radni:

"nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia powiatu, w którym radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu danej działalności.". Przepis art. 25b ust. 1 u.s.p. ma jednoznacznie antykorupcyjny charakter i kształtuje odpowiednie standardy wykonywania obowiązków radnego, które powinny cechować rzetelność i uczciwość. Zasadniczo celem przepisów antykorupcyjnych jest zapobieganie sytuacjom, w których radni mogliby osiągać jakiejkolwiek korzyści z tytułu sprawowanego mandatu. Radny jest osobą zaufania społecznego. Może sprawować swój mandat prawidłowo tylko wówczas, gdy z mandatu nie czerpie ani nie ma możliwości czerpania korzyści majątkowych czy innych korzyści osobistych. Wykorzystywanie mienia komunalnego powiatu na uprzywilejowanych zasadach w prowadzonej działalności gospodarczej mogłoby podważyć zaufanie wyborców do radnego. W demokracji przedstawicielskiej zaufanie to jest założeniem i warunkiem sine qua non ustroju społecznego. Sprawowanie mandatu przedstawicielskiego jest dobrowolną służbą publiczną, z którą mogą się wiązać dodatkowe obciążenia i obowiązki. Wykonywanie funkcji publicznych w wielu przypadkach pozbawia lub ogranicza prawa osób je pełniących w zakresie przynależności do partii politycznych lub organizacji związkowych, bądź w sferze zatrudnienia. Obejmując funkcję publiczną jednostka niejako "godzi się" na utratę pewnych praw (uprawnień) zyskując w zamian inne, związane z tą funkcją (por. wyroki TK z dnia: 31 marca 1998 r., sygn. akt K 24/1997, OTK 10998/2/13, 13 lipca 2004 r., sygn. akt K 20/03, OTK 2004/7/63 i 23 czerwca 1999 r., sygn. akt K 30/98, OTK 1999/5/101).

W orzecznictwie sądów administracyjnych ugruntował się pogląd, że sformułowanie: "wykorzystywanie mienia komunalnego" odnosi się do wszystkich przypadków korzystania z tego mienia w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, bez względu na to, czy wykorzystanie to ma podstawę prawną czy jest stałe bądź jednorazowe, wreszcie czy jest odpłatne czy też nieodpłatne (por. np. wyrok NSA z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. II OSK 1714/10, LEX nr 746748; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. III SA/Wr 66/12, LEX nr 1165462). Nie jest też istotne, czy radny prowadzący działalność gospodarczą, jako jedyny korzysta z mienia komunalnego, czy też korzystają z niego także inne osoby. Wykorzystanie mienia komunalnego jest wystarczającą przesłanką do wygaśnięcia mandatu radnego i nie ma znaczenia, czy przy wykorzystaniu tego mienia komunalnego radny odniósł korzyści, czy też nie. Przepis art. 25b ust. 1 u.s.p. nie uzależnia bowiem wygaśnięcia mandatu radnego od osiągnięcia zysku z korzystania z mienia komunalnego, lecz rozstrzygający jest sam fakt korzystania z tego mienia (por. wyrok NSA z dnia 1 lipca 2010 r., sygn. II OSK 921/10, LEX nr 688796). Zauważyć przy tym trzeba, że norma art. 25b ust. 1 u.s.p. nie ogranicza zakazu do "własności" ani do "zarządzania" mieniem komunalnym, lecz używa znacznie pojemniejszego określenia: "wykorzystanie mienia", którego granice desygnatów są o wiele trudniej uchwytne. Na pewno jednak to wykorzystanie mienia gminy musi pozostawać w związku funkcjonalnym z działalnością gospodarczą.

Pojęcie działalności gospodarczej nie zostało zdefiniowane dla potrzeb samorządowych przepisów antykorupcyjnych, dlatego też należy odnieść się do przepisów art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz.

584 z późn. zm.), które stanowią, że działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. O kwalifikacji danej działalności ostatecznie przesądza kryterium obiektywne, tj. ustalenie, czy dany podmiot faktycznie prowadzi działalność, która obiektywnie może przynosić dochód (uchwała SN z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5). Działalność gospodarcza jest bowiem faktem, kategorią o charakterze obiektywnym. Nie ma znaczenia okoliczność, że podmiot prowadzący określoną działalność nie ocenia jej (subiektywnie), jako działalności gospodarczej, nie nazywa jej tak bądź też oświadcza, że jej nie prowadzi. Zatem jeśli tylko dana działalność jest obiektywnie zdolna przynosić zysk podmiotowi ją prowadzącemu (i nie jest nielegalna), powinna być traktowana, jako działalność gospodarcza.

W przedmiotowej sprawie Sąd pierwszej instancji podzielił stanowisko organu nadzoru, że pełnienie przez radnego funkcji dyrektora zakładu komunalnego (jednostki organizacyjnej gminy), który zawiera umowy z powiatem (inną jednostką samorządu terytorialnego), spełnia przesłanki oraz cele, o jakich mowa m.in. w art. 25b ust. 1 u.s.p. Przyjął, że w niniejszej sprawie zachodzi związek funkcjonalny pomiędzy przychodami osiąganymi z działalności gospodarczej, a faktem wykorzystywania mienia powiatu i związek ten jest w tym wypadku oczywisty, skoro środki pieniężne na sfinansowanie tych usług pochodzą z budżetu powiatu. Nie jest przy tym istotne to, w którym momencie podmiot gospodarczy zarządzany przez radnego uzyskuje możliwość dysponowania wynagrodzeniem za usługi wykonane na rzecz powiatu, a fakt, że w ogóle wynagrodzenie za te usługi finansowane jest z budżetu powiatu. Mieniem powiatu wykorzystywanym w działalności gospodarczej radnego jest bowiem wynagrodzenie wypłacane za usługi świadczone na rzecz powiatu, a obejmujące czynności z zakresu zadań własnych tej jednostki samorządu terytorialnego. Sąd pierwszej instancji doszedł do przekonania, że nawet jednorazowe działanie, polegające na wykorzystaniu mienia Powiatu (...), poprzez sprawowanie funkcji Dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) i zarządzaniu taką działalnością (zawieranie umów) i bycie przedstawicielem w prowadzeniu takiej działalności oraz niezrzeczenie się tej funkcji, nawet jeżeli to konkretne działanie nie prowadzi bezpośrednio do zysku, musi skutkować wygaśnięciem mandatu radnego.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 446 z późn. zm., dalej jako: "u.s.g.") "w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi." Jak stanowi z kolei przepis art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 573 z zm.): "gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego.". Występujący w niniejszej sprawie Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...), którego dyrektorem jest skarżący M. D., powołany został jako komunalny zakład budżetowy. Tego typu zakład jest niesamoistną formą organizacyjnoprawną gospodarki komunalnej i charakteryzuje się tym, że pomimo wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego nie ma osobowości prawnej, a

jedynie korzysta z osobowości prawnej jednostki samorządu terytorialnego, a zatem nie działa w imieniu własnym. Zakład taki prowadzi jednak określoną działalność w imieniu i na rachunek gminy, w zakresie udzielonego mu przez gminę pełnomocnictwa. Komunalne zakłady budżetowe są jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi odrębnej od macierzystej jednostki samorządu terytorialnego podmiotowości (zdolności prawnej).

Działają zatem, jako niesamoistne formy organizacyjnoprawne gospodarki komunalnej - w ramach osobowości prawnej macierzystej jednostki samorządu terytorialnego. Zadania, które realizują zakłady budżetowe służą przede wszystkim interesom wspólnoty samorządowej, a nie osiągnięciu jak najlepszych wyników finansowych. Zadania własne jednostek samorządu terytorialnego, które są wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe mieszczą się w pojęciu: "gospodarka komunalna - zadania o charakterze użyteczności publicznej", a ich celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności.

Naczelny Sąd Administracyjny zwraca uwagę, że zagadnieniem samodzielności podmiotów prawa publicznego - gminnych zakładów budżetowych, zajmował się Trybunał Sprawiedliwości, który w wyroku z 29 września 2015 r., Gmina Wrocław przeciwko Ministrowi Finansów, C-276/14, EU:C:2015:635, zajął stanowisko, zgodnie z którym: "art. 9 ust. 1 dyrektywy 2006/112 powinien być interpretowany w ten sposób, że podmioty prawa publicznego, takie jak gminne jednostki budżetowe będące przedmiotem postępowania głównego, nie mogą być uznane za podatników VAT, ponieważ nie spełniają kryterium samodzielności przewidzianego w tym przepisie". Trybunał przypominał, że aby podmiot prawa publicznego mógł zostać uznany za podatnika w rozumieniu Dyrektywy 2006/112/WE, zgodnie z jej art. 9 ust. 1 to powinien on samodzielnie prowadzić działalność gospodarczą (pkt 30). Rozpatrując kwestię ryzyka jednostek budżetowych Trybunał uznał, że nie ponoszą one ryzyka gospodarczego związanego z rzeczoną działalnością, ponieważ nie dysponują własnym majątkiem, nie osiągają własnych dochodów i nie ponoszą kosztów dotyczących takiej działalności, bowiem uzyskane dochody są wpłacane do budżetu Gminy, a wydatki są pokrywane bezpośrednio z tego budżetu. W następstwie tego wyroku i zawartej w nim wykładni Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 26 października 2015 r. sygn. akt I FPS 4/15 (ONSAiWSA 2016 r., Nr 1, poz. 3) stwierdził, że: "Nie można zatem (...) uznać, że samorządowy zakład budżetowy wykonuje działalność gospodarczą we własnym imieniu, na własny rachunek i własną odpowiedzialność oraz że ponosi związane z prowadzeniem działalności gospodarczej ryzyko gospodarcze". Zdaniem NSA w odniesieniu do dochodów i kosztów, to w przeciwieństwie do jednostek budżetowych, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu (art. 11 ust. 1 ustawy o finansach publicznych) samorządowe zakłady budżetowe powierzone im zadania wykonują odpłatnie, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych (art. 15 ust. 1 ustawy o finansach publicznych), z tym, że przychodami własnymi samorządowych zakładów budżetowych mogą być wyłącznie przychody własne jednostek samorządu terytorialnego uzyskiwane w realizacji zadań własnych o charakterze użyteczności publicznej, przekazane przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego zakładowi budżetowemu wraz ze zobowiązaniem do wykonania tych zadań (art. 4 ust. 1 pkt 3, art. 5 ust. 1 pkt 2 oraz art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, Dz. U. z 2015 r. poz. 513 z późn. zm.).

Występująca w niniejszej sprawie jednostka organizacyjna Gminy (...) nie posiada osobowości prawnej i nie może samodzielnie występować w obrocie prawnym. Dla porównania należy wskazać na odmienną od zakładów budżetowych formę realizacji zadań samorządowych przez kapitałowe spółki komunalne. Odrębna osobowość prawna kapitałowych spółek komunalnych oznacza możliwość m.in. samodzielnego zadłużania się np. na realizację przedsięwzięć inwestycyjnych. Takiej możliwości nie mają samorządowe zakłady budżetowe. Samodzielność komunalnych spółek kapitałowych zwłaszcza pod względem finansowym, a w szczególności pod względem zadłużania się na realizację inwestycji odróżnia te podmioty od zakładów budżetowych właśnie w kwestii ich samodzielności (por. uchwała NSA z dnia 26 października 2015 r. sygn. akt I FPS 4/15). Przepis art. 25b ust. 1 u.s.p. należy rozumieć ściśle, bez tendencji rozszerzających nadających treści normatywnej tego przepisu dalej idącego znaczenia niż to wynika z jego literalnej redakcji. Jednocześnie należy wskazać, że skoro stosownie do treści art. 23 ust. 1 u.s.p., radny nie może pełnić funkcji kierownika powiatowej jednostki organizacyjnej oraz jego zastępcy, to a contrario radny powiatu może pełnić funkcję kierownika gminnej jednostki organizacyjnej. Łączenie funkcji kierownika gminnej jednostki organizacyjnej jest również możliwe w przypadku jednoczesnego pozostawania na stanowisku członka zarządu powiatu, o czym stanowi art. 26 ust. 3 u.s.p. Ponieważ ustawodawca nie przewidział zakazu łączenia ww. funkcji, to należy zastanowić się, czy w takiej sytuacji uznał, że jednostki organizacyjne gmin (gminy), których kierownicy są jednocześnie radnymi powiatu mogą świadczyć jakiegokolwiek usługi odpłatnie (co nie oznacza, że zarobkowo) na rzecz tego powiatu, czy też nie.

Jak już wskazano wyżej Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) jest jednostką organizacyjną Miasta i Gminy (...), nieposiadającą osobowości prawnej, działającą w oparciu o przepisy normujące prowadzenie gospodarki komunalnej i utworzoną w celu wykonywania przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych, w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zakład działa w sferze użyteczności publicznej, która pozbawiona jest charakteru działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej i nie jest nastawiona na zysk. Obligatoryjnym celem gospodarki komunalnej pozostaje wykonywanie zadań jednostki samorządu terytorialnego stopnia gminnego. Nie sposób uznać, że gmina (działająca za pomocą zakładu komunalnego) jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Aktywność zakładu skupia się wyłącznie w granicach tzw. użyteczności publicznej, która pozbawiona jest charakteru działalności gospodarczej i nie jest nastawiona na zysk. Obligatoryjnym celem gospodarki komunalnej pozostaje bowiem wykonywanie zadań jednostki samorządu.

Sąd pierwszej instancji przyjął, że w przedmiotowej sprawie, w świetle brzmienia normy art. 25b ust. 1 u.s.p.: "Sytuacja taka świadczy niewątpliwie o konflikcie interesów. Rodzi to niebezpieczeństwo, że radny może w nieuprawniony sposób wpływać na Radę Powiatu w celu takiego ustalenia wysokości opłat ponoszonych za gospodarowanie odpadami komunalnymi z budynków będących własnością Powiatu (...) oraz za zimowe utrzymanie dróg powiatowych, aby przeznaczone na ten cel środki były jak najwyższe, a tym samym, aby w razie wyboru oferty jego firmy, zapewniały Zakładowi Usług Komunalnych i

Mieszkaniowych jak najwyższą korzyść finansową". Sąd pierwszej instancji dokonał wykładni art. 25b ust. 1 u.s.p. przez pryzmat "konfliktu interesów" polegającym na "nieuprawnionym sposobie wpływania na Radę Powiatu". Nie można podzielić tej konstatacji, gdyż rada powiatu nie ustala wysokości opłat ponoszonych za gospodarowanie odpadami komunalnymi z budynków będących własności Powiatu (...), ponieważ nie jest to jej kompetencją ani zarządu Powiatu. Wysokość opłat w tym zakresie ustalają odpowiednio rady gmin, na terenie których zlokalizowane są budynki stanowiące własność Powiatu (...), zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1399, z późn. zm.). Podobnie należy rozpatrywać zarzut "utrzymywania dróg powiatowych" i "zapewniania jak największej korzyści finansowej" Zakładowi Usług Komunalnych i Mieszkaniowych.

Fakt zarządzania działalnością gospodarczą w imieniu przedsiębiorcy należy każdorazowo, szczegółowo badać i nie można poprzestać wyłącznie na tym, że konkretna osoba pełni określoną funkcję w strukturze organizacyjnej podmiotu, a w tym przypadku poprzestać na konstatacji, że M. D. jest zatrudniony na stanowisku kierowniczym. Przez zarządzanie działalnością gospodarczą należy rozumieć kierowanie działalnością scharakteryzowaną w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, którą prowadzi inny podmiot będący przedsiębiorcą. Z kierowaniem tym wiąże się możliwość samodzielnego decydowania o wszelkich kwestiach związanych z prowadzoną działalnością, w tym decydowania o sposobie pozyskiwania dochodów, formach działalności, przeznaczeniu środków stanowiących dochód.

Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.s.g. kierownicy jednostek organizacyjnych gminy nieposiadających osobowości prawnej działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez wójta. Zatem kierownik komunalnego zakładu budżetowego nie reprezentuje w obrocie cywilnoprawnym kierowanego przez siebie zakładu budżetowego, jako takiego, lecz macierzystą jednostkę samorządu terytorialnego, o ile otrzymał od niej stosowne pełnomocnictwo. Komunalne zakłady budżetowe, nieposiadające odrębnej osobowości prawnej, występują w obrocie prawnym w imieniu i na rzecz macierzystej jednostki samorządu terytorialnego. Brak przymiotu osobowości prawnej uniemożliwia uznanie działalności zakładu, jako aktywności prowadzonej w jego imieniu, a więc także na jego rachunek. Innymi słowy zobowiązania zaciągnięte przez kierownika zakładu budżetowego obciążają majątek jednostki założycielskiej, nie będąc zobowiązaniami zakładu - art. 49 ust. 1 u.s.g. (wyrok NSA z dnia 5 lipca 2016 r., sygn. II GSK 457/15, LEX nr 2142298; por. też M. Szydło, Komentarz do art. 6 ustawy o gospodarce komunalnej, (w:) Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Oficyna 2008 r.; P. Zaborniak, Glosa do wyroku NSA z dnia 22 grudnia 2010 r. II GSK 1091/09, LEX nr 1125246). Upoważnienie (Nr (...)) udzielone M. D. przez Burmistrza (...) nie stanowi upoważnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu art. 25b ust. 1 u.s.p. Umocowanie to bowiem w żadnym razie nie ogranicza, ani nie wyklucza wpływu organu wykonawczego Gminy (...) na działalność jej jednostki organizacyjnej i nie uchyla podległości służbowej oraz hierarchicznego podporządkowania pracodawcy. Istotne jest też to, że pracownicy zakładów budżetowych, na podstawie art. 8 ustawy o gospodarce komunalnej, są pracownikami samorządowymi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (tekst jedn.:

Dz. U. z 2016 r. poz. 902 z późn. zm.).

Podkreślić należy, że na gruncie przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g. judykatura przyjmuje, że określony w nim zakaz nie ma charakteru bezwzględny, a więc nie oznacza, że jakiegokolwiek korzystanie przez radnego z mienia komunalnego pozostające w związku funkcjonalnym z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą i powoduje skutek w postaci wygaśnięcia jego mandatu. O prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego można mówić wtedy, gdy radny korzysta z mienia gminnego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję w gminie. Natomiast w przypadkach korzystania przez radnego dla celów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej z mienia komunalnego na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych nie dochodzi do naruszenia omawianego zakazu (por. np. wyrok NSA z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. II OSK 1714/10, LEX nr 746748). Nie ulega wątpliwości, że tę samą regułę interpretacyjną należy stosować w ramach wykładni art. 25b ust. 1 u.s.p. W niniejszej sprawie zarówno organ nadzoru, jak i Sąd w ogóle nie badały, czy M. D. w okolicznościach niniejszej sprawy był w uprzywilejowanej pozycji, czy też kierowana przez niego jednostka organizacyjna gminy (w istocie Gmina (...)) świadczyła usługi na rzecz Powiatu (...) na uprzywilejowanych, czy też normalnych zasadach. Wykorzystywanie mienia powiatu, to - respektując niemającą już wprawdzie mocy powszechnie obowiązującej, ale oddziałującą argumentacyjnie, wykładnię Trybunału Konstytucyjnego dokonaną w uchwale z dnia 2 czerwca 1993 r., sygn. akt W 17/93, (OTK 1993 r., Nr 2, poz. 44) - osiąganie dostępu do mienia komunalnego (powiatu) na uprzywilejowanych zasadach. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że aby ustalić czy doszło do wykorzystania mienia komunalnego w sposób niezgodny z dyspozycją art. 25b ust. 1 u.s.p. należy ocenić czy wykorzystanie mienia w sposób określony w powyższym przepisie odbyło się na zasadach ogólnych czy uprzywilejowanych. Podobne stanowisko prezentowane jest również w doktrynie (por. J. Jagoda, Władze powiatu, (w:) Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, red. B. Dolnicki, Kraków 2005, s. 194). Sąd pierwszej instancji nie sprawdził, czy radny M. D., w okresie realizacji zadań przez kierowaną przez niego jednostkę organizacyjną Gminy (...) na rzecz Powiatu (...), miał albo mógł mieć jakiegokolwiek wpływ zarówno na wybór oferenta w przeprowadzanych postępowaniach, jak również na przebieg poszczególnych postępowań. Tymczasem postępowanie wyjaśniające w tej materii powinno być dogłębne. Do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu konieczna jest bowiem pewność, że radny zarządzał działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia powiatu. Rozstrzygnięcie w sprawie wygaszenia mandatu radnego powinno wskazywać okoliczności, które uznano za udowodnione oraz dowody, na których się oparto i przyczyny odmowy przypisania mocy dowodowej oświadczeniom czy dokumentom, które zostały pominięte przy dokonywaniu ustaleń. Uzasadnienie uchwały powinno być na tyle szczegółowe i przekonujące, aby możliwa była ocena motywacji towarzyszącej podejmowaniu rozstrzygnięcia. Wygaśnięcie mandatu radnego jest instytucją prawa wyborczego, trzeba mieć zatem na względzie, że mamy tu do czynienia z wkroczeniem w materię chronioną konstytucyjnie, jaką jest czynne i bierne prawo wyborcze. Do wygaśnięcia mandatu dochodzi na skutek zdarzeń, z którymi ustawa wiąże utratę mandatu uzyskanego w wyborach powszechnych. Zasadą jest, że im

bardziej drastyczne, (co do przedmiotu, zakresu, sposobu czy skutków) jest wkroczenie władzy w materię konstytucyjnie chronionych praw podstawowych, tym bardziej rygorystycznym i przejrzystym przesłankom powinna podlegać procedura tej ingerencji (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, OTK ZU 2007, nr 3A, poz. 26). W wyroku z dnia 19 września 2016 r. sygn. akt II OSK 1820/16 Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że sankcja utraty mandatu radnego pochodzącego z wyboru powszechnego, ingerująca w wolę powszechną, musi być zastosowana w sytuacji zaistnienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości przesłanek wynikających z normy prawa materialnego, nakazujących wygaszenie takiego mandatu (zob. też wyrok z dnia 6 września 2016 r., sygn. II OSK 1269/16, LEX nr 2135967).

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że kierowanie przez radnego powiatu gminnym zakładem budżetowym i w ramach tego zawieranie z powiatem umów cywilnoprawnych, nie stanowi przykładu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu w rozumieniu przepisu art. 25b ust. 1 u.s.p. Kierownik takiej jednostki organizacyjnej nie jest zarządzającym taką działalnością bądź pełnomocnikiem prowadzącym taką działalność w imieniu innego podmiotu. W ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji zatem błędnie przyjął, że pełnienie funkcji Dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w (...) przez M. D. narusza zakaz określony w art. 25b ust. 1 u.s.p.

Natomiast całkowicie chybiony jest zarzut Powiatu (...) naruszenia art. 141 § 4 p.p.s.a., poprzez brak ustosunkowania się przez Sąd pierwszej instancji do wszystkich zarzutów zawartych w skardze. W myśl przepisu art. 141 § 4 p.p.s.a. uzasadnienie wyroku powinno zawierać zwięzłe przedstawienie stanu sprawy, zarzutów podniesionych w skardze, stanowisk pozostałych stron, podstawę prawną rozstrzygnięcia oraz jej wyjaśnienie. Normę art. 141 § 4 p.p.s.a. można naruszyć wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia nie pozwala jednoznacznie ustalić przesłanek, jakimi kierował się Sąd pierwszej instancji, podejmując zaskarżone orzeczenie, a wada ta wyklucza kontrolę kasacyjną orzeczenia lub brak jest uzasadnienia któregośkolwiek z rozstrzygnięć sądu, albo gdy uzasadnienie obejmuje rozstrzygnięcie, którego nie ma w sentencji orzeczenia. Przyjmuje się, że jeżeli uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia wskazuje, jaki stan faktyczny sprawy został przyjęty, wówczas powołany przepis nie może stanowić wystarczającej podstawy kasacyjnej (por. uchwała składu 7 sędziów NSA z dnia 15 lutego 2010 r., sygn. II FPS 8/09, ONSAiWSA 2010 r., Nr 3, poz. 39). Błędnej oceny okoliczności faktycznych, czy też wadliwości argumentacji dotyczącej wykładni lub zastosowania prawa materialnego, nie można utożsamiać z brakami uzasadnienia wyroku. Nie można podważać prawidłowości uzasadnienia wyroku tylko dlatego, że strona skarżąca kasacyjnie nie zgadza się z merytoryczną oceną legalności dokonaną przez Sąd pierwszej instancji.

Biorąc pod uwagę poczynione rozważania i analizy oraz uznając, że istota sprawy jest dostatecznie wyjaśniona Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 188 w zw. z art. 148 p.p.s.a., orzekł jak w sentencji wyroku.

Na podstawie art. 207 pkt 2 p.p.s.a. Naczelny Sąd Administracyjny odstąpił w tej sprawie od zasądzenia zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego od organu na rzecz skarżących uznając, że zachodzi szczególnie uzasadniony przypadek, o którym stanowi ten przepis. Sąd zwłaszcza wziął pod uwagę, że sprawa ze skargi na zarządzenie zastępcze wojewody

stwierdzające wygaśnięcie mandatu radnego jest sprawą wyborczą w rozumieniu art. 6 Kodeksu wyborczego, a postępowanie sądownoadministracyjne toczące się w tej sprawie jest wolne od opłat sądowych.

Łączenie mandatu radnego z funkcją prezesa stowarzyszenia

Radni to często osoby zaangażowane w działanie lokalnych stowarzyszeń, fundacji i innych grup społecznych. Bardzo często są rozpoznawalni przez mieszkańców. Nie są odosobnione sytuacje, w których to mieszkańcy społeczności gminnej sami zachęcają lidera lokalnej organizacji do kandydowania na radnego. Zmiana władz samorządowych, zwłaszcza pierwsze miesiące po wyborach, to czas, w którym pojawia się najwięcej wątpliwości dotyczących zasad funkcjonowania organów samorządowych, w szczególności związanych z łączeniem mandatu radnego z funkcją w zarządzie stowarzyszenia, w tym prowadzącego działalność gospodarczą.

Autor: Sylwia Zawartka

Zagwarantowana konstytucyjnie swoboda prowadzenia działalności gospodarczej zostaje ograniczona w przypadku radnych wykorzystujących w tej działalności mienie jednostki samorządu terytorialnego, w której wykonują mandat. Ograniczenie to ma stanowić gwarancję przed uwikłaniem się w powiązania i sprzeczności interesów, wynikające z jednoczesnego łączenia różnych ról społecznych, które mogłyby rzutować na niezależność wykonywania mandatu, podważać autorytet sprawowanej władzy lub budzić zastrzeżenia co do bezstronności i uczciwości. Przepisy nie zawierają jednak absolutnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez radnych, jak to ma miejsce w przypadku pozostałych funkcjonariuszy samorządowych, albowiem w przypadku radnych zakaz dotyczy prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia jednostki samorządu terytorialnego, w której radny wykonuje mandat. Natomiast zakaz nie dotyczy możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w ogólności.

Wyrazem powyższych ograniczeń jest art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, który zawiera kilka niezależnych od siebie zakazów. Konstytuuje on bowiem zakaz:

- 1) prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat;
- 2) zarządzania działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat;
- 3) bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat. Naruszenie każdego z wymienionych zakazów może nastąpić zarówno łącznie, jak i niezależnie od naruszenia pozostałych.

Zakazy te mają służyć wyeliminowaniu sytuacji, gdy radny przez wykorzystywanie swojej funkcji uzyskiwałby nieuprawnione korzyści dla siebie lub bliskich. Z drugiej strony, przepis ten pełni istotną rolę w kształtowaniu pożądanej postawy społecznej, w której służba dla lokalnej społeczności samorządowej powinna być pozbawiona niebezpieczeństwa faworyzowania interesu indywidualnego, prywatnego, w sytuacji gdy z pierwszeństwa powinien kozystać interes ogółu. Regulacja ta zasadniczo ma bowiem nie tylko przeciwdziałać korupcji, ale także służyć utrzymaniu autorytetu władzy i nieosłabianiu zaufania wyborców i opinii publicznej do jej prawidłowego funkcjonowania, innymi słowy, aby funkcjonariusz publiczny nie tylko nie realizował swoich prywatnych

celów dzięki posiadanej władzy, ale by nie zachodziły przesłanki mogące stworzyć, choćby mylnie, takie wrażenie (wyrok NSA z 4 października 2017 r., II OSK 2020/17).

Norma art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym nie ogranicza wprowadzonego zakazu jedynie do pojęcia „własności” czy „zarządzania” mieniem komunalnym, lecz używa znacznie pojemniejszego określenia „wykorzystania mienia”, którego granice desygnatów są o wiele trudniej uchwytne. W orzecnictwie sądów administracyjnych ugruntował się pogląd, że sformułowanie „wykorzystywanie mienia” odnosi się do wszystkich przypadków korzystania z mienia komunalnego gminy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, bez względu na to, czy ma ono konkretną podstawę prawną (np. najem, dzierżawa, umowa zlecenia świadczenia usług), czy jest stałe bądź jednorazowe, wreszcie czy jest odpłatne czy też nieodpłatne, np. użyczenie (wyrok NSA z 5 listopada 2010 r., II OSK 1714/10).

Nie ma znaczenia, czy przy wykorzystaniu tego mienia komunalnego radny odniósł korzyści, czy też nie. Wskazany przepis nie uzależnia bowiem wygaśnięcia mandatu radnego od osiągnięcia zysku z korzystania z mienia komunalnego, lecz rozstrzygający jest sam fakt korzystania z tego mienia (wyrok NSA z 1 lipca 2010 r., II OSK 921/10). Z całą pewnością wykorzystanie mienia gminy musi pozostawać w związku funkcjonalnym z działalnością gospodarczą.

Naruszenie zakazu wprowadzonego przez ustawodawcę w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym nie jest uwarunkowane rodzajem czy przedmiotem działalności gospodarczej prowadzonej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, ani też doniosłości środków uzyskanych z takiej działalności w kontekście całokształtu sytuacji finansowej.

Działalność gospodarcza

Jednym z kluczowych pojęć, którego prawidłowe odkodowanie ma istotne znaczenie w procesie wykładni art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, jest termin „działalność gospodarcza”.

Pojęcie działalności gospodarczej nie zostało zdefiniowane dla potrzeb samorządowych przepisów antykorupcyjnych, dlatego też należy odnieść się do definicji zawartej aktualnie w przepisach ustawy z 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, która zastąpiła dotychczasową ustawę z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z treścią art. 3 prawa przedsiębiorców przez działalność gospodarczą należy rozumieć „zorganizowaną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły”. Definicja ta ma walor uniwersalny, zarówno w odniesieniu

do prawa publicznego, jak i prywatnego. Należy przyjąć zatem, że dla uznania określonej przedmiotowo działalności za działalność gospodarczą konieczne jest łączne zaistnienie jej cech funkcjonalnych: zarobkowości, zorganizowania formalnego (czyli wyboru formy prawnej przedsiębiorczości), ciągłości oraz wykonywania we własnym imieniu.

Charakter zarobkowy działalności uzyskuje w przypadku, gdy jest nakierowana na osiągnięcie dochodu („zarobku”), rozumianego jako nadwyżka przychodów nad nakładami (kosztami) tej działalności. Znaczenie ma tutaj wola w postaci dążenia danego podmiotu do osiągnięcia zarobku. Nie ma natomiast znaczenia sam fakt osiągnięcia określonego dochodu czy też ponoszenia straty. Przynoszenie strat przez daną działalność (zarówno przejściowo, jak i w dłuższych okresach) nie pozbawia jej statusu działalności gospodarczej. Tym samym o zarobkowym charakterze działalności gospodarczej nie decyduje faktyczne osiągnięcie zysku, lecz ukierunkowany zamiar jego osiągnięcia (cel).

Niemniej jednak wspomniane wyżej kryterium subiektywne nie jest rozstrzygające. W szczególności nie jest istotne, czy podmiot wykonujący daną działalność traktuje ją jako komercyjną (prowadzoną w celu zarobkowym), czy też nie. O kwalifikacji danej działalności ostatecznie przesądza kryterium obiektywne, tj. ustalenie, czy dany podmiot faktycznie prowadzi działalność, która obiektywnie może przynosić dochód (uchwała SN z 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5). Działalność gospodarcza jest bowiem faktem, kategorią o charakterze obiektywnym. Nie ma znaczenia okoliczność, że podmiot prowadzący określoną działalność nie ocenia jej (subiektywnie) jako działalności gospodarczej, nie nazywa jej tak bądź też oświadcza, że jej nie prowadzi. Zatem jeśli tylko dana działalność jest obiektywnie zdolna przynosić zysk podmiotowi ją prowadzącemu (i nie jest nielegalna), powinna być traktowana jako działalność gospodarcza (wyrok NSA z 8 kwietnia 2010 r., II OSK 159/10).

W literaturze rozróżnia się pojęcie zysku od zarobku, wskazując, iż wyłącznie z tym drugim mamy do czynienia w przypadku działalności non for profit. Jest to działalność podmiotu, z której zarobek w całości jest przeznaczany na pokrycie kosztów jego funkcjonowania oraz/lub realizację celów statutowych. Działalność taką mogą wykonywać np. fundacje lub stowarzyszenia. Podmioty te co do zasady nie są tworzone dla realizacji celów komercyjnych, jednakże mogą one wykonywać działalność gospodarczą z zastrzeżeniem, iż – w przypadku stowarzyszeń – dochód z niej będzie służyć realizacji celów statutowych sto-

warzyszenia oraz nie będzie przeznaczany do podziału między jego członków. Działalność gospodarcza non for profit stowarzyszeń czy fundacji jest zatem prowadzona dla osiągnięcia zarobku na realizację podstawowych (niekomercyjnych) celów, dla których stowarzyszenie czy fundacja zostały utworzone.

Charakter zorganizowany działalności użytkuje, jeśli nie jest przypadkowa, tj. podmiot ją prowadzący podjął starania organizacyjne w celu jej prowadzenia.

Charakter ciągły działalności posiada, jeśli jest wykonywana z zamiarem powtarzalności określonych czynności w celu osiągnięcia dochodu.

Prowadzenie działalności gospodarczej we własnym imieniu to prowadzenie działalności na swoją rzecz i zaciąganie zobowiązań we własnym imieniu.

W tym miejscu, warto również wskazać, że pojęcia „działalności gospodarczej” w rozumieniu art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym nie można ograniczać do prowadzenia działalności na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców, działalności w spółkach czy innych form zawodowej działalności podlegającej rejestracji. Użyte w tym przepisie pojęcie działalności gospodarczej będzie swoim zakresem obejmować także również działalność, która choć nie podlega regulacjom prawa przedsiębiorców, to jednak wypełnia wszelkie znamiona charakterystyczne dla działalności gospodarczej, tj. ma charakter zawodowy, ciągły i zarobkowy oraz wykonywana jest w sposób zorganizowany (wyrok WSA we Wrocławiu z 5 kwietnia 2018 r., III SA/Wr 745/17).

Działalność gospodarcza stowarzyszenia

Stowarzyszenia są zrzeszeniami o celach niezarobkowych, co oznacza, że statutowym celem stowarzyszenia nie może być prowadzenie działalności ukierunkowanej na osiągnięcie zysku. Jednakże stowarzyszenie może prowadzić działalność gospodarczą według ogólnych zasad określonych w odrębnych przepisach. Dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia służy realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału przez jego członków (art. 2 i 34 ustawy z 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, t.j. z 2017 r., poz. 210 ze zm.).

Dodatkowo, jeżeli podmiot wpisany do rejestru, stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej podejmuje działalność gospodarczą, to podlega obowiązkowi wpisu także do rejestru przedsiębiorców (art. 50 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. DzU z 2018 r.,

poz. 986 ze zm.). Jednakże fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez stowarzyszenie jest niezależny od wpisu.

Z powyższego wynika, że stowarzyszenia mogą prowadzić dwojakiego rodzaju działalność: statutową i gospodarczą. Gospodarczego celu działalności nie niweczy przy tym okoliczność, że dochód z jej prowadzenia jest przeznaczony na działalność statutową. Ograniczenie to bowiem wynika z regulacji ustawowej i jest jednym z warunków dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez stowarzyszenie. Należy więc wskazać, że działalność gospodarcza prowadzona przez stowarzyszenie jest działalnością gospodarczą, o której mowa w treści art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym. Ustawodawca w prawie o stowarzyszeniach posłużył się sformułowaniem „działalność gospodarcza”, zatem brak podstaw do uznania, że termin ten ma inne znaczenie niż definicji działalności gospodarczej wynikającej z art. 3 prawa przedsiębiorców. Możliwa jest również sytuacja, że prowadzona działalność statutowa spełnia jednocześnie przesłanki do zakwalifikowania jej jako działalności gospodarczej.

Zakaz wynikający z art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym opiera się na łącznym wystąpieniu dwóch przesłanek. Pierwszą z nich jest prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzanie taką działalnością lub bycie przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. Drugą przesłanką dotyczy wykorzystania mienia komunalnego przy prowadzeniu działalności gospodarczej.

Co do zasady, samo łączenie mandatu radnego z zarządzaniem stowarzyszeniem (pełnieniem funkcji jednego z członków zarządu stowarzyszenia) nie jest obwarowane zakazem, o ile stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia jednostki samorządu terytorialnego, w której radny wykonuje mandat. Taki stan rzeczy daje podstawę do stwierdzenia, że samo członkostwo osoby pełniącej funkcję publiczną w zarządaniu stowarzyszeniem z założenia nie jest zakazane.

Radny – prezes klubu sportowego

W świetle wskazanego przepisu funkcja prezesa zarządu stowarzyszenia (prezesa klubu sportowego) niewątpliwie stanowi zarządzanie działalnością, która w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej oraz dysponowania nieruchomościami należącymi do gminy nie jest dla radnych prawnie dozwolona. Niemniej jednak, jak już wskazano, z treści powołanego przepisu wynika, że obie przesłanki, tj. prowadzenie działalności gospodar-

czej przez stowarzyszenie oraz wykorzystanie mienia komunalnego, muszą wystąpić łącznie. Zarządzanie stowarzyszeniem, które prowadzi działalność gospodarczą, ale nie wykorzystuje mienia komunalnego gminy, nie powoduje naruszenia zakazu przez radnego.

Jeżeli klub sportowy korzysta z majątku gminy na przykład w postaci boiska sportowego wraz z zapleczem socjalnym czy też innych lokali gminnych udostępnionych na potrzeby działalności stowarzyszenia, to bez wątpienia stowarzyszenie wykorzystuje mienie gminne do swojej działalności. Nie ma tu znaczenia podstawa prawna, na jakiej odbywa się przekazanie stowarzyszeniu mienia komunalnego do wykonywanej działalności, jak również czy korzystanie z tego mienia jest odpłatne, czy nie. Również do kategorii mienia gminnego można zaliczyć dotacje udzielane stowarzyszeniu na działalność sportową.

W takiej sytuacji do ustalenia pozostaje, czy stowarzyszenie prowadzi działalność gospodarczą. Jeżeli klub sportowy, w ramach prowadzonej działalności statutowej, organizuje mecze, na które sprzedaje bilety, jak również prowadzi zajęcia gry w piłkę dla dzieci i pobiera za to opłaty, korzystając z przekazanego przez gminę mienia, to działalność, którą prowadzi stowarzyszenie w tym zakresie ma charakter zorganizowany, zarobkowy i ciągły. W konsekwencji działalność ta wyczerpuje pojęcie prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy. Nie zmienia tego również fakt, iż są to opłaty przeznaczane „na cele statutowe”, albowiem wszelkie dochody stowarzyszenia, również z działalności gospodarczej służą realizacji celów statutowych i muszą być na nie przekazywane. Nie ma tu również znaczenia, czy za zarządzanie stowarzyszeniem członkowie zarządu, w tym prezes, pobierają wynagrodzenie, czy jest to praca społeczna.

Okoliczność, że dany podmiot prawa nie działa w celu osiągnięcia zysku, a zysk osiągnięty z prowadzonej działalności gospodarczej musi przeznaczyć na cele statutowe, nie powoduje kwalifikowania takich podmiotów jako nieprowadzących działalności gospodarczej. Istotne jest wyłącznie samo prowadzenie działalności gospodarczej przez dany podmiot, bez względu na ograniczenia związane z rozdysponowaniem osiągniętego zysku.

Innymi słowy, okoliczność, iż dochód uzyskiwany z działalności gospodarczej służy realizacji celów statutowych stowarzyszenia i nie może być przeznaczony na inne cele, nie ma znaczenia z punktu widzenia ograniczeń działalności gospodarczej radnego, o których mowa w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym. To, że dochody stowarzyszenia uzyskiwane z prowadzenia działalności gospodarczej są

przeznaczone na takie czy inne cele, nie zmienia charakteru takiej działalności (wyrok NSA z 10 czerwca 2011 r., II OSK 549/11).

W konsekwencji, sprawowanie funkcji członka zarządu stowarzyszenia (prezesa klubu sportowego) prowadzącego działalność gospodarczą w wykorzystaniem mienia komunalnego mieści się w zakresie ustawowego zakazu zarządzania taką działalnością przez radnego.

Radna – przewodnicząca zarządu koła gospodyń wiejskich

Z dniem 28 listopada 2018 r. weszła w życie ustawa o kołach gospodyń wiejskich (ustawa z 9 listopada 2018 r. o kołach gospodyń wiejskich, DzU z 2018 r., poz. 2212), która szczegółowo reguluje formy i zasady zrzeszania się w koła gospodyń wiejskich, tryb ich zakładania oraz organizację.

Zgodnie więc z obowiązującymi przepisami, koło gospodyń wiejskich podlega obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Kół Gospodyń Wiejskich, prowadzonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, a z chwilą wpisu nabywa osobowość prawną. Na terenie jednej wsi może mieć siedzibę tylko jedno koło gospodyń wiejskich. Koła działają na podstawie uchwalonego przez siebie statutu. Działalnością koła gospodyń wiejskich kieruje oraz reprezentuje je na zewnątrz zarząd koła. Skład i liczbę członków zarządu koła określa statut, który może przewidywać zarząd jednoosobowy (przewodniczący). Koło gospodyń wiejskich może prowadzić działalność zarobkową, w tym działalność gospodarczą.

Koła gospodyń wiejskich dosyć często mają możliwość korzystania z infrastruktury gminnej, wykorzystując ją do prowadzenia i propagowania swojej działalności, w szczególności poprzez organizowanie swoich regularnych spotkań w lokalu udostępnionym przez wójta gminy (np. świetlica gminna). Koła gospodyń wiejskich również organizują spotkania, festyny, konkursy czy pokazy kulinarne, na których można kupić wyroby rękodzielnicze czy potrawy regionalne. Zdarza się również, iż obsługują imprezy okolicznościowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, wskazać należy, iż potencjalnie istnieje ryzyko naruszenia przez radną danej gminy, która pełni jednocześnie funkcję przewodniczącej zarządu koła gospodyń wiejskich zakazu, o którym mowa w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym. Niewątpliwie członkostwo w zarządzie koła gospodyń wiejskich mieści się w pojęciu zarządzania działalnością. Oczywiście samocześnie tych funkcji nie prowadzi jeszcze do łaruszenia zakazu, jak również nie stanowi łaruszenia zakazu podjęcie przez koło gospodyń wiejskich działalności gospodarczej i użytkowanie dochodów z takiej działalności. Na-

tomiast rozważenia każdorazowo będzie wymagało, czy działalność gospodarcza koła gospodyń wiejskich nie jest prowadzona z wykorzystaniem mienia gminy. Wskazać należy, iż za taką może być uznana sytuacja, w której koło gospodyń wiejskich korzysta z lokalu gminnego, a w ramach swojej działalności gospodarczej sprzedaje wytworzone przez siebie wyroby (np. sery czy inne regionalne potrawy) na festynie organizowanym na terenie danej gminy, czy też miejskim targowisku.

Radny i prezes koła łowieckiego

Koło łowieckie zrzesza osoby fizyczne i jest podstawowym ogniwem organizacyjnym w Polskim Związku Łowieckim w realizacji celów i zadań łowiectwa. Koło łowieckie posiada osobowość prawną i może prowadzić działalność gospodarczą, co wynika z brzmienia art. 35 prawa łowieckiego oraz Statutu Polskiego Związku Łowieckiego, uchwalonego przez XXI Krajowy Zjazd Delegatów Polskiego Związku Łowieckiego w dniu 2 lipca 2005 r. Nie ulega zatem wątpliwości, że koło łowieckie może prowadzić działalność gospodarczą, a jedynie nie może przeznaczać dochodów w ten sposób uzyskanych na cele inne niż realizacja celów statutowych.

Fakt bycia członkiem zarządu koła łowieckiego nie jest sam w sobie objęty zakazem łączenia z mandatem radnego. Co istotne, sama okoliczność prowadzenia działalności gospodarczej przez koło łowieckie również nie będzie jeszcze wystarczająca dla przyjęcia, że radny gminy jako członek zarządu koła łowieckiego narusza przepisy antykorupcyjne. Zakazane radnemu jest bowiem dopiero zarządzanie działalnością gospodarczą prowadzoną przez koło łowieckie z wykorzystaniem mienia gminnego. W konsekwencji, dwie okoliczności zaistnieć muszą łącznie: koło łowieckie musi prowadzić działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminnego oraz członek zarządu jest jednocześnie radnym, który taką działalnością zarządza.

Wydaje się, że nie będzie naruszał zakazu, o którym mowa w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, radny, który jest prezesem koła łowieckiego działającego na terenie gminy, prowadzącego działalność gospodarczą i korzystającego z leśniczówki stanowiącej mienie Skarbu Państwa (w imieniu którego działa państwowa jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe).

Sankcja za naruszenie zakazu

Zakaz, o którym mowa w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym ma charakter bezwzględny i nie pozwala na miarkowanie

jego intensywności czy też zasadności do konkretnej sprawy. Wskazuje się, że także jednorazowe działanie polegające na wykorzystaniu mienia gminy przy prowadzeniu działalności gospodarczej, nawet jeżeli to konkretne działanie nie prowadzi bezpośrednio do zysku, musi skutkować wygaśnięciem mandatu radnego, albowiem przepis ten nie pozostawia luzu decyzyjnego w tym zakresie. Organ nie może uzależniać decyzji o wygaśnięciu mandatu radnego od stopnia przewinienia (wyrok NSA z 30 sierpnia 2011 r., II OSK 140/11).

W przypadku natomiast kolejności odwrotnej (najpierw prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego i późniejsze uzyskanie mandatu) art. 24f ust. 1a ustawy o samorządzie gminnym obowiązuje radnego do zaprzestania tej działalności (zrzeczenia się funkcji) w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania, pod rygorem wygaśnięcia mandatu.

Zasygnalizować też należy, iż prezentowane są również w orzecznictwie sądów administracyjnych stanowiska odmienne, odwołujące się do reguły wykładni celowościowej i konieczności dokonywania prokonstytucyjnej wykładni art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, uwzględniającej zasadę proporcjonalności (wyrok NSA z 14 września 2016 r., II OSK 1879/16 oraz wyrok NSA z 20 grudnia 2012 r., II OSK 2818/12).

Wnioski

Zakazy antykorupcyjne zawarte w gminnej ustawie samorządowej są narzędziem, które w istotny sposób reglamentują dopuszczalność łączenia działalności publicznej z działalnością gospodarczą, w której wykorzystywane jest mienie komunalne, co ma w intencji ustawodawcy sprzyjać kształtowaniu wiarygodności władz publicznych, w tym osób pełniących kluczowe stanowiska samorządowe. W przypadku radnych, ustanowione zakazy są o wiele mniej radykalne i mniej ingerujące w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, niż ma to miejsce w przypadku wójtów (burmistrzów, prezydentów miast). Zakazy te bowiem dotyczą prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia jednostki samorządu terytorialnego, w której radni sprawują mandat, a nie prowadzenia działalności gospodarczej w ogólności. Niemniej jednak podjęcie przez daną osobę służby publicznej jest suwerenną decyzją danej osoby i musi wiązać się niejednokrotnie ze świadomością konieczności dokonania wyboru między dotychczasową działalnością czy funkcją a piastowaniem funkcji publicznych (mandatem radnego). ■

*radca prawny w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu