

**UCHWAŁA NR  
RADY POWIATU WOŁOMIŃSKIEGO  
z dnia ..... r.**

**w sprawie zaskarżenia zarządzenia zastępczego Wojewody Mazowieckiego do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie**

Na podstawie art. 85 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 85a ust. 3 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 814, z późn. zm) Rada Powiatu Wołomińskiego uchwała, co następuje:

**§ 1**

Postanawia się wnieść skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie na zarządzenie zastępcze Wojewody Mazowieckiego Nr LEX.I.4112.I.2016.JJ z dnia 18 października 2016 r., stwierdzające wygaśnięcie mandatu radnego Powiatu Wołomińskiego Pana Mariusza Dembińskiego.

**§ 2**

Wykonanie uchwały powierza się Staroście Wołomińskiemu.

**§ 3**

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

## UZASADNIENIE

Pismem nr LEX-I.40.141.2016.AJS z dnia 11.04.2016 r Wojewoda Mazowiecki wezwał Radę Powiatu do przeprowadzenia postępowania w sprawie podstaw do wygaszenia mandatu m. in. radnego Mariusza Dembińskiego. Rada Powiatu Uchwałą nr XVIII-209/2016 z dnia 28 kwietnia 2016 r. zleciła Komisji Rewizyjnej Rady Powiatu Wołomińskiego przeprowadzenie postępowania w tym zakresie. W następstwie przeprowadzonego postępowania Komisja Rewizyjna sporządziła sprawozdanie, które Rada Powiatu Wołomińskiego przyjęła na XIX sesji w dniu 16.05.2016 r. Pismem nr LEX.I.40.141.2016.JJ z dnia 6 czerwca 2016 r Wojewoda a Mazowiecki stwierdził, iż nie zachodzą przesłanki do wygaszenia mandatu radnego. Następnie pismem nr LEX.I.40.141.2016.JJ z dnia 30.06.2016 r Wojewoda Mazowiecki wezwał Radę Powiatu do przeprowadzenia postępowania uzupełniającego w sprawie podstaw do wygaszenia mandatu radnego Mariusza Dembińskiego. Rada Powiatu na XXII sesji w dniu 13.07.2016r przyjęła uzupełniające sprawozdanie Komisji Rewizyjnej.

Dnia 10 sierpnia 2016 roku do Rady Powiatu Wołomińskiego wpłynęło wezwanie Wojewody Mazowieckiego znak. LEX.I.4112.1.2016.JJ do podjęcia uchwały stwierdzającej wygaśnięcie mandatu radnego Powiatu Wołomińskiego Pana Mariusza Dembińskiego w terminie 30 dni. W ocenie organu nadzoru spełnione zostały przesłanki do podjęcia uchwały wobec naruszenia przez radnego zakazu, o którym mowa w art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym. Organ nadzoru wskazał, że radny Mariusz Dembiński zobowiązany był do zrzeczenia się funkcji dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Tłuszczu w terminie 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Mając na uwadze, że tego nie dokonał, Rada Powiatu Wołomińskiego zobowiązana była do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu w ciągu miesiąca od upływu oznaczonego terminu. Tym samym Wojewoda Mazowiecki uznał wezwanie na konieczne i uzasadnione.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Rada Powiatu Wołomińskiego w dniu 8 września 2016 r. podjęła uchwałę NR XXIV - 251/2016, w której odmówiła stwierdzenia wygaśnięcia mandatu Radnego Powiatu Wołomińskiego Pana Mariusza Dembińskiego. W ocenie Rady Powiatu Wołomińskiego nie zachodzi konieczność podjęcia uchwały stwierdzającej wygaśnięcie mandatu radnego, wobec braku naruszenia ustawowego zakazu, o którym mowa w art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym. Rada tym samym nie podzieliła stanowiska organu nadzoru, uznając nadesłane wezwanie za bezzasadne.

Następnie Wojewoda Mazowiecki pismem LEX-I.4112.1.2016.JJ z dnia 15.09.2016r powiadomił Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji o zamiarze wydania zarządzenia zastępczego, jednocześnie zwracając się do Pana Mariusza Dembińskiego o złożenie wyjaśnień w sprawie. Jak wynika z uzasadnienia zarządzenia zastępczego wyjaśnienia Pana Mariusza Dembińskiego wpłynęły do organu nadzoru w dniu 5 października 2016 r., w których to radny podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.

W świetle powyższego Wojewoda Mazowiecki zarządzeniem zastępczym nr LEX.I.4112.I.2016.JJ z dnia 18 października 2016 r. stwierdził wygaśnięcie mandatu radnego Powiatu Wołomińskiego Pana Mariusza Dembińskiego. W uzasadnieniu zarządzenia

zastępczego Wojewoda Mazowiecki ograniczył się jedynie do m. in. lakonicznego stwierdzenia, iż „W ocenie organu nadzoru, wobec spełniania przesłanek z powołanego przepisu art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym (...)”, jednakże organ nadzoru nie wyjaśnia o jakie przesłanki chodzi. W dalszej treści uzasadnienia, poza wyliczeniem umów, które w latach 2015-2016 łączyły ZGKiM w Tłuszczu i Powiat Wołomiński oraz po zacytowaniu treści art. 25 b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym oraz art. 383 § 1 pkt 5 w związku z art. 383 § 5 i § 6 organ nadzoru wskazał, że w jego ocenie wobec spełnienia przesłanek z przepisu art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym wobec odmowy wygaszenia przez Radę Powiatu Wołomińskiego zasadne było wydanie zaskarżonego zarządzenia. Nie ulega wątpliwości fakt, iż zarządzenie zastępcze, podobnie jak rozstrzygnięcie nadzorcze, winno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Co więcej w związku z charakterem i daleko idącymi skutkami zarządzenia zastępczego w przedmiocie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego, rozstrzygnięcia w tym zakresie winny być podejmowane ze szczególną ostrożnością i po dokładnej analizie stanu faktycznego wraz z wyjaśnieniem ich podstaw prawnych. Zarządzenie zastępcze nr LEX.I.4112.I.2016.JJ z dnia 18 października 2016 r. kryteriów w powyższym zakresie nie spełnia. W uzasadnieniu zarządzenia zastępczego nie sposób doszukać się niezbędnej analizy materiału dowodowego, wskazania argumentów mających znaczenie prawne i odniesienia się do argumentacji przeciwnej takiemu rozstrzygnięciu, przedstawianej chociażby w wyjaśnieniach radnego czy uzasadnieniu uchwały nr XXIV - 251/2016 Rady Powiatu Wołomińskiego z dnia 8 września 2016 r. w sprawie odmowy stwierdzenia wygaśnięcia mandatu Radnego Powiatu Wołomińskiego. W szczególności nie sposób doszukać się jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie ewentualnych zmian w stanie faktycznym, które zaszły w okresie od dnia sporządzenia pisma nr LEX.I.40.141.2016.JJ Wojewody Mazowieckiego stwierdzającego brak przesłanek do wygaszenia mandatu radnego, do dnia wydania zarządzenia nr LEX.I.4112.I.2016.JJ w którym wystąpienie owych przesłanek Wojewoda potwierdził.

Wojewoda Mazowiecki w przedmiotowym zarządzeniu nie wyjaśnił w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości podstaw swojej decyzji. Wojewoda Mazowiecki nie wskazał, które konkretnie zachowanie radnego Mariusza Dembińskiego wypełniało przesłankę wskazaną w art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym. Co więcej organ nadzoru nie dokonał wszechstronnej analizy wskazanego przepisu art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym pod kątem ewentualnego jego naruszenia przez radnego Mariusza Dembińskiego. Całkowicie niezrozumiałym jest również stwierdzenie organu nadzoru, „(...)iż Pan Mariusz Dembiński zobowiązany był do zrzeczenia się funkcji dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Tłuszczu w terminie trzech miesięcy od dnia złożenia ślubowania(...)”. Po raz kolejny organ nadzoru nie wyjaśnia, co miałyby być przyczyną takiego a nie innego zachowania radnego Mariusza Dembińskiego. Innymi słowy organ nadzoru nie wskazuje normy prawnej, która została naruszona, nie przytacza na tę okoliczność stanu faktycznego wypełniającego dyspozycję naruszanego przepisu i nie wyjaśnia w sposób klarowny związku funkcjonalnego pomiędzy określonym działaniem lub zachowaniem radnego Mariusza Dembińskiego, a naruszonym przepisem. Należy pamiętać, iż art. 26 ustawy o samorządzie powiatowym nie zawiera zakazu łączenia członkostwa w zarządzie powiatu z pełnieniem funkcji dyrektora gminnej jednostki organizacyjnej, która

nie posiada osobowości prawnej. Powyższe potwierdza m. in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2003 r. I PK 107/02 Radny powiatu może być członkiem władz zarządzających spółki utworzonej przez gminę (art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, jednolity tekst: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 ze zm.; art. 24f ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, jednolity tekst: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.).

Przechodząc do analizy ewentualnych przesłanek stanowiących podstawy wydania zarządzenia zastępczego przez Wojewodę Mazowieckiego należy wskazać, 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 takiej działalności (art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym). Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Tłuszczu, którego dyrektorem jest radny powiatowy Mariusz Dembiński jest jednostką organizacyjną Miasta i Gminy Tłuszcz, nieposiadającą osobowości prawnej, działającą w oparciu o przepisy ustawy o gospodarce komunalnej (Dz. U. 2011 Nr 45 poz. 236) i utworzoną w celu wykonywania przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Aktywność zakładu skupia się w granicach tzw. użyteczności publicznej, która pozbawiona jest charakteru działalności gospodarczej i nie jest nastawiona na zysk. Obligatoryjnym celem gospodarki komunalnej pozostaje wykonywanie zadań jednostki samorządu. Tego rodzaju dookreślenie jest równoznaczne z brakiem możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w tej formie. Wobec tego, zapisy obowiązującego statutu w części dotyczącej prowadzenia przez zakład działalności gospodarczej (wskazane przez organ nadzoru w wystąpieniu z dnia 29 lipca 2016 roku) nie mogą odmiennie od ustawy regulować formy, zakresu działalności czy jej charakteru. Nie ulega wątpliwości, że akt prawa miejscowego - jakim jest statut jednostki organizacyjnej - w tej części zostaje zastąpiony regulacją ustawową. W tej sytuacji, wskazane przez organ nadzoru zapisy statutu nie świadczą o prowadzeniu działalności gospodarczej przez zakład. Sam charakter prowadzonej działalności, jej forma i zakres są natomiast kluczowe w kontekście uzasadnienia dla braku naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 25b ustawy. De lege lata działalność gospodarcza definiowana jest jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły, natomiast osoba prowadząca taką działalność to przedsiębiorca. Pojęcia te zdefiniowane zostały w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2015 poz. 584). Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ustawa o samorządzie powiatowym nie zawiera w swych regulacjach definicji działalności i przedsiębiorcy, stąd też konieczne jest sięgnięcie do ogólnych postanowień ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Jej uregulowania w tym zakresie z kolei uniemożliwiają stosującym ten przepis traktowanie zakładu budżetowego jako przedsiębiorcy. Zakład budżetowy nie posiada osobowości prawnej, gdyż żaden z obowiązujących przepisów nie wyposaża zakładu w tę osobowość (art. 33 Kodeks cywilnego). Zarówno w ustawie o finansach publicznych ( Dz. U.

2013 poz. 885 ), jak i w pozostałych przepisach ustawowych regulujących funkcjonowanie zakładów budżetowych nie ma wzmianki o posiadaniu przez zakład zdolności do czynności prawnych. Konstrukcja prawna zakładu pozwala opisywać tę jednostkę jako zorganizowaną pod względem finansowym, wyposażoną w zasoby osobowe i majątkowe, formę realizacji oznaczonych prawem zadań samorządu terytorialnego. Brak przymiotu osobowości prawnej uniemożliwia uznanie działalności zakładu jako aktywności prowadzonej w jego imieniu, a więc także na jego rachunek. Także w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie sądowym prezentowane jest stanowisko, że zakład budżetowy nie odpowiada cechom przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 lipca 2005 roku sygn. akt. VI SA/Wa 2083/04 uznał, że zakład budżetowy stanowi formę prawa budżetowego, a nie wykonywania działalności gospodarczej i pomimo wyodrębnienia organizacyjnego nie ma osobowości prawnej, korzysta natomiast z osobowości jednostki samorządu, która go utworzyła. W świetle poczynionych wyżej ustaleń należy zwrócić uwagę, że zakład budżetowy nie jest przedsiębiorcą, a tym samym dyrektor zakładu nie może być adresatem dyspozycji art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym. Oznacza to, że działając w zakresie zawartych umów z Powiatem Wołomińskim, zakład nie działał w charakterze przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29.09.2015r w sprawie sygn. akt C-276/14 z powództwa Gminy W. przeciwko Ministrowi Finansów stwierdzający, iż jednostki budżetowe, jako nie ponoszące odpowiedzialności za podejmowaną działalność i podległe gminie, nie są podatnikami podatku VAT. W następstwie w/w wyroku i zawartej w nim wykładni Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 4.10.2015r sygn. akt I FPS 4/15 stwierdził, iż „(...) Nie można zatem - w świetle kryteriów samodzielności podatnika wskazanych w przywołanym wcześniej wyroku TSUE z 29 września 2015 r. w sprawie C-276/14 Gmina W. - 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. (...) W podsumowaniu można stwierdzić, że o braku wystarczającej samodzielności zakładu budżetowego w rozważanym kontekście świadczy jego istota. Należy bowiem uwzględnić, że samorządowy zakład budżetowy jest powoływany do wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego w przedmiocie gospodarki komunalnej, działając w tym zakresie w jej imieniu, jako jej wyodrębniona jednostka organizacyjna, opierająca się na oddanym w trwałe zarząd majątku gminy, co oznacza, że majątek ten pozostaje w dalszym ciągu własnością tej jednostki i jest wykorzystywany do realizacji jej ustawowych zadań - jedynie ze względów pragmatycznych - za pośrednictwem tegoż zakładu. (...) 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”.

Zarzut naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 25b ust. 1 należy uznać za chybiony również z innej przyczyny. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w wyroku z dnia 3 września 2009 roku II SA/OI 591/09 „ Zarządzanie działalnością gospodarczą” (art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym) należy rozumieć jako kierowanie działalnością scharakteryzowaną w ustawie z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2015, poz. 584), którą prowadzi 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. Przy tak rozumianej wykładni pojęcia "zarządzania działalnością gospodarczą" nie można przypisać spełnienia tej przesłanki przez radnego pełniącego funkcję kierownika publicznego zakładu opieki zdrowotnej”. Co prawda wyrok dotyczy publicznego zakładu opieki zdrowotnej, nie mniej jednak pozostaje w pełni aktualny w stosunku do jednostki organizacyjnej gminy jaką jest zakład budżetowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że działający na zasadzie umocowania dyrektor ZGKiM nie jest samodzielny w podejmowaniu ogółu decyzji w zakresie funkcjonowania zakładu. Umocowanie nie upoważnia chociażby do czynności prawnych dotyczących zarządu mieniem komunalnym, niezajdujących się w gestii jednostki organizacyjnej. Ponadto, upoważnienie, o którym mowa w art. 47 ustawy o samorządzie gminnym obejmuje jedynie umocowanie do czynności zwykłego zarządu, które stosownie do poglądów doktryny i orzecznictwa sądowego, dotyczy jedynie bieżącego funkcjonowania jednostki i wykonywania zadań statutowych.

Istotne jest ponadto - w kontekście bezzasadności zarzutu naruszenie art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym, że zakładowi w Tłuszczu zostało powierzone do prawidłowego wykonywania zadań mienie gminy, a nie mienie Powiatu Wołomińskiego w postaci własności i innych praw majątkowych (art. 46 ustawy o samorządzie powiatowym w związku z art. 43 ustawy i samorządzie gminnym), co gwarantuje prawidłowe funkcjonowanie zakładu. Z tego względu też należy uznać, że nie zachodzi przesłanka wykorzystania mienia powiatu w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Wykorzystywanie mienia powiatu, to - respektując niemającą już mocy powszechnie obowiązującej, ale oddziałującą siłą swej argumentacji wykładnię Trybunału Konstytucyjnego - osiągnięcie dostępu do mienia komunalnego (powiatu) na uprzywilejowanych zasadach (Uzasadnienie Uchwały Trybunału Konstytucyjnego z 02.06.1993r, W 17/92). Trybunał Konstytucyjny w prezentowanej powyżej uchwale stanął na stanowisku, że by ocenić czy doszło do wykorzystania mienia komunalnego w sposób niezgodny z dyspozycją art. 25b ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym 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 (tak J. Jagoda „Władze powiatu”, [w:] „Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz”, red. B. Dolnicki, Kraków 2005, s. 194 ). Zgodnie z nim nie stanowi naruszenia przepisu art. 25b ust. 1 w/w ustawy takie dysponowanie mieniem, które odbywa się na zasadach ogólnych czyli w wyniku przetargu. Za powyższym podejściem przemawia wykładnia celowościowa, albowiem celem powyższego przepisu antykorupcyjnego jest

wyeliminowanie uprzywilejowanej pozycji radnego przy pozyskiwaniu mienia komunalnego i cel pozostaje spełniony przy zastosowaniu powyższej wykładni.

Ostatecznie Rada Powiatu Wołomińskiego wskazuje, że przepis art. 25b ustawy ma charakter antykorupcyjny i w takim właśnie duchu należy go interpretować. W kilku orzeczeniach Naczelnego Sądu Administracyjnego z ostatnich lat wyraźnie wskazano, iż przy ocenie stanu faktycznego uzasadniającego wygaśnięcie mandatu powinna być przede wszystkim brana pod uwagę wykładnia celowościowa. W wyroku z dnia 25 października 2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, iż przepisy zakazujące łączenia funkcji radnego z określoną w ustawie działalnością gospodarczą należy postrzegać również w aspekcie ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych. Jak wskazał sąd, „nie można więc ich stosować w drodze wykładni rozszerzającej w każdym nie do końca wyjaśnionym przypadku, aby nie doprowadzić do sytuacji, kiedy radnymi będą mogli być jedynie emeryci, renciści i bezrobotni, co by stanowiło wypaczenie *ratio legis* tych przepisów” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 października 2012 r. II OSK 2357/12). Powyższa opinia wyrażona została w kontekście łączenia mandatu radnego z funkcją członka zarządu spółdzielni kółek rolniczych prowadzącej działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług dla rolników, przy czym budynki spółdzielni usytuowane były na nieruchomości stanowiącej własność gminy jako mienie komunalne. Prokonstytucyjną wykładnię zastosowano również w wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., wskazując, iż stwierdzenie wygaśnięcia mandatu z powodu naruszenia zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, wymaga ustalenia i rozważenia okoliczności dotyczących naruszenia tego zakazu z uwagi na cel wprowadzenia zasady *incompatibilitas*, którym jest ograniczenie korupcji i wykorzystywania stanowisk publicznych dla własnych prywatnych celów (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2012 r. II OSK 2818/12). Argumentację tę podzielił również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 1 października 2013 r. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 października 2013 r. II OSK 2255/13). Natomiast w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że wykładnia celowościowa zasady niepołączalności prowadzi do wniosku, iż o prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego można mówić wówczas, gdy radny korzysta z niego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję w gminie. Natomiast gdy radny korzysta z mienia komunalnego dla celów prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych dla wszystkich mieszkańców gminy, nie dochodzi do naruszenia zakazu określonego w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym (i w analogicznych przepisach dwóch pozostałych ustaw regulujących ustrój samorządu powiatowego i samorządu województwa). Wyrok ten zapadł na kanwie sprawy, w której radny zawarł z gminą umowy, których przedmiotem było udostępnienie mu mienia komunalnego, tj. ogrodzenia jednej ze szkół, w celu umieszczenia na nim reklam dotyczących prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r. II OSK 2926/12).

Kierowany przez radnego Mariusza Dembińskiego Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Tuszczu w latach 2015-2016 realizował na rzecz Powiatu Wołomińskiego, w ramach zawartych umów, siedem zadań (sześć zadań powierzono w drodze umowy, jedno w formie zlecenia). Niezależnie od faktu, iż w zawartych umowach jako Wykonawcza czy też Zleceniobiorca został określony jedynie Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Tuszczu stroną zawartych z Powiatem Wołomińskim umów była bez wątpienia Gmina Tuszcz, bowiem tylko ona posiada osobowość prawną i zdolność do zawierania umów. ZGKiM wykonywał zaś ww zadania jako zadania zlecone Zakładowi przez Gminę Tuszcz. Jak wynika z Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 marca 2014 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II GSK 75/13; *„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.”*

W drodze analogii do Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 10.06.2009 r. II SA/Wa 210/09, w którym WSA wskazał, iż *„art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 ze zm.) nie może być rozumiany w ten sposób, że zawarcie umowy świadczenia usług przez radnego prowadzącego działalność gospodarczą na własny rachunek na rzecz innej osoby prowadzącej działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia powiatu jest równoważne z prowadzeniem wspólnie z tą osobą działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu,”* wskazać można, iż skoro zakład budżetowy gminy w zakresie osobowości i zdolności prawnej nie cechuje się autonomią, lecz czerpie z podmiotowości osoby prawnej, jaką jest gmina, to aktywność zakładu budżetowego w obrocie prawnym jest w istocie emanacją działań samej gminy, więc zakład prowadząc niegospodarczą działalność świadczy usługi dla gminy, która istocie występuje w obrocie prawnym, co wskazuje na fakt, iż o ewentualnym wykorzystywaniu w swojej działalności mienia powiatu można mówić w określonym zakresie jedynie w stosunku do gminy, nie zaś do zakładu czy też jego kierownika.

Komisja Rewizyjna Rady Powiatu Wołomińskiego ustaliła, iż z siedmiu zawartych przez Powiat Wołomiński umów z Gminą Tuszcz – Zakładem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej dwie umowy zostały zawarte po przeprowadzeniu przetargu, zaś pozostałe na podstawie art. 94 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych. Okoliczność, iż radny Mariusz Dembiński, w okresie realizacji zadań przez ZGKiM, był członkiem Zarządu Powiatu Wołomińskiego pozostawała bez wpływu zarówno na wybór oferenta w przeprowadzanych postępowaniach, jak również przebieg poszczególnych postępowań. Radny Mariusz Dembiński jako radny i członek Zarządu Powiatu Wołomińskiego nie posiadał także dostępu do informacji poufnych związanych z prowadzonymi przez Powiat Wołomiński postępowaniami. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych: *„Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania*



*o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego*”. Przez kierownika zamawiającego, o którym mowa w powyższym przepisie należy rozumieć Starostę, a nie Zarząd Powiatu. Starosta bez udziału Wicestarosty czy innego członka Zarządu zatwierdza wnioski i formularze w prowadzonych przez Powiat Wołomiński postępowaniach. Powyższe twierdzenia potwierdzają także przyjęte Regulaminy zamówień publicznych Starostwa Powiatowego w Wołominie o równowartości w złotych powyżej kwoty 30 000 euro (Zarządzenie nr 120.92.2014 Starosty Wołomińskiego z dnia 16 kwietnia 2014 r.) oraz udzielania zamówień o wartości szacunkowej nieprzekraczającej wyrażanej w złotych równowartości 30 000 euro (Zarządzenie nr 164.2015 Starosty Wołomińskiego z dnia 1 września 2015 r.), notatki służbowe przedłożone przez pracowników merytorycznie odpowiedzialnych za dane postępowania, oświadczenie radnego złożone w toku badania sprawy przez Komisję Rewizyjną Rady oraz przyjęte przez Radę Powiatu Wołomińskiego sprawozdania Komisji Rewizyjnej.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyroku z dnia 10 lipca 2014 roku sygn. akt. II SA/Wa 521/14 uznał, że „o prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy (powiatu) można mówić wtedy, gdy radny korzysta z mienia gminnego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję gminie/powiecie. Działalności dyrektora ZGKiM w Tłuszczu i jednocześnie radnego Rady Powiatu Wołomińskiego nie sposób przypisać cech, do których odwołał się Sąd w w/w orzeczeniu.

W uzasadnieniu uchwały 7 sędziów NSA z dnia 2 kwietnia 2007 r., II OPS 1/07 czytamy, iż brak w gminie oraz powiecie odpowiedników art. 24 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa nie może prowadzić do wniosków, że jeżeli chodzi o radnych gmin, każde korzystanie z nieruchomości gminnych będzie wyczerpywało zakaz o jakim mowa w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym (odpowiednik art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym). Mając na uwadze cel tego zakazu, nie można uznać, że korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności usług na warunkach ogólnych czy też 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 czynności, aniżeli dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej. Właśnie taki sposób rozumienia zakazu powinien być rozumiany jako słuszny. Każda sprawa powinna być rozpatrywana indywidualnie i nie powinno się stosować klauzul automatycznych, powodujących wygaśnięcie mandatu, czego nie uczynił organ nadzoru, a co w tym konkretnym przypadku powinien mieć na względzie.

Pokreślenia wymaga również fakt, iż Wojewoda Mazowiecki w piśmie z dnia 6.06.2016 r. nr LEX.I.40.141.2016.JJ stwierdził, iż nie zachodzą przesłanki do wygaszenia mandatu radnego. Jako argumentację wskazał, iż „Zajmowane przez Pana Mariusza Dembińskiego, stanowisko Dyrektora Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tłuszczu, nie mieści się w hipotezie przepisu art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym w związku z art. 383 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy. Zgodnie z jego treścią zakaz prowadzenia przez radnych powiatu, dotyczy działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia powiatu, w którym radny uzyskał

mandat, a także zarządzania taką działalnością lub bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu działalności. Zakład Gospodarki Komunalnej w Tuszczu jest samorządowym zakładem budżetowym Gminy Tuszcz, a nie Powiatu Wołomińskiego. Samorządowy zakład budżetowy nie osobowości prawnej, a czynności prawnych i faktycznych dokonuje w mieniu i na rzecz Gminy Tuszcz. Również brak jest związku funkcjonalnego między zajmowaniem stanowiska dyrektora w tym Zakładzie a mienie powiatu. Zarówno Gmina Tuszcz jak i Powiat Wołomiński to odrębne osoby prawne obowiązane do stosowania przepisów Prawa o zamówieniach publicznych. Stąd też zawieranie umów w których Zakład jest reprezentowany przez Pana Mariusza Dembińskiego odbywało się w trybie konkurencyjnym oraz na zasadach ogólnych w wyniku przetargu”.

W ocenie Rady Powiatu działalność komunalna (aktywność jednostek samorządu terytorialnego w sferze, jak i poza sferą użyteczności publicznej) może być traktowana jako działalność gospodarcza tylko w przypadku kumulatywnego spełnienia przesłanek z definicji działalności gospodarczej zawartej w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Działalność komunalna wykonywana przez jednostki samorządu terytorialnego każdorazowo powinna być oceniana w kontekście spełniania łącznie tych przesłanek zawartych w definicji pojęcia działalności gospodarczej z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Niedopuszczalne jest natomiast odgórne kwalifikowanie gospodarki komunalnej jako działalności gospodarczej lub przeciwnie jako aktywności jednostki samorządu terytorialnego nie stanowiącej działalności gospodarczej, albowiem jak wspomniano powyżej każdorazowo konieczna jest indywidualna ocena prowadzonej przez tą jednostkę aktywności w kontekście spełnienia łącznie ustawowych przesłanek zawartych w definicji działalności gospodarczej. Istotne natomiast jest podkreślenie, że w przypadku realizacji przez jednostki samorządu gospodarczego aktywności w sferze użyteczności publicznej będącej realizacją zadań własnych samorządów, z uwagi iż działalność ta nie ma charakteru zarobkowego, celem jej jest natomiast zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności, członków wspólnoty samorządowej, w większości przypadków jako nie spełniająca jednej z przesłanek definicji ustawowej nie będzie stanowiła działalności gospodarczej.

Brak przez zakład budżetowy przymiotu osobowości prawnej uniemożliwia przyjęcie stanowiska, że realizowana działalność wykonywana jest w jego imieniu i na jego rachunek. Zobowiązania zaciągnięte przez kierownika samorządowego zakładu budżetowego nie obciążają tego zakładu, obciążają natomiast majątek jednostki założycielskiej. Samorządowy zakład budżetowy nie wypełnia zatem przesłanki ustawowej definicji przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którą przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą we własnym imieniu (tak chociażby glosa ST 2012/4/83-87 do wyroku NSA z dnia 22 grudnia 2010 r., sygn. Akt. II GSK 1091/09).

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, nie sposób przyjąć, że ziściły się przesłanki uzasadniające wygaszenie mandatu radnego Mariusza Dembińskiego. W ocenie Rady Powiatu Wołomińskiego zarządzenie zastępcze Wojewody Mazowieckiego zostało wydane z naruszeniem prawa, które uzasadnia podjęcie działań eliminujących je z obrotu prawnego. Zgodnie z treścią art. 85a ust. 3 ustawy o samorządzie powiatowym rozstrzygnięcie organu nadzorczego, w tym przypadku Wojewody Mazowieckiego, podlega zaskarżeniu do

sądu administracyjnego z powodu niezgodności z prawem, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia. Wymogiem formalnym wniesienia skargi – jest uchwała organu, który rozstrzygnięcie dotyczy.

Wobec powyższego, podjęcie uchwały tej treści uznać należy za konieczne i uzasadnione.