

Wołomin, dnia 6.03.2017 r.

BPR.074.16.2017.MD

Komisja Rewizyjna
Rady Powiatu Wołomińskiego

Opinia prawna

w sprawie możliwości naruszenia przez radnego powiatowego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu

Przepis art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 814 z późn. zm.) wprowadza zakaz prowadzenia przez radnego powiatowego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu. Przepis ten ma charakter antykorupcyjny i ma stanowić gwarancję prawidłowego i rzetelnego działania władz samorządu powiatowego. Celem powołanego przepisu jest w szczególności wyłączenie możliwości wykorzystania mienia powiatu bezpośrednio lub pośrednio dla interesów indywidualnych osób wchodzących w skład organów stanowiących powiatu, jak i osób wykonujących funkcje organów wykonawczych. Konsekwencją naruszenia ustawowego zakazu jest wygaśnięcie mandatu radnego.

Przedmiotowa sprawa dotyczy radnego powiatowego pełniącego funkcję Prezesa Zarządu gminnej spółki komunalnej, świadczącej usługi na rzecz powiatu, tj. Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Ząbkach Sp. z o. o. (zwanego dalej PWiK w Ząbkach).

PWiK w Ząbkach, jako spółka prawa handlowego, co jest bezsporne, realizuje swe cele prowadząc działalność gospodarczą. Świadczy odpłatne usługi na rzecz innych podmiotów. W tym znaczeniu PWiK w Ząbkach jest przedsiębiorcą, który we własnym imieniu wykonuje działalność gospodarczą. Przy czym pod pojęciem działalności gospodarczej należy rozumieć, w myśl art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 z późn. zm.), zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. W mojej ocenie, co do zasady, świadczenie przez PWiK w Ząbkach odpłatnych usług na rzecz powiatu jest prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu. Takie twierdzenie znajduje uzasadnienie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 września 2014 r., sygn. akt II OSK 2282/14, który stwierdza, że „z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej wynika, 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. Aby dany rodzaj działalności mógł być uznany za działalność gospodarczą musi to być działalność zarobkowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.” Nie budzi wątpliwości, że działalność PWiK w Ząbkach, jako spółki prawa handlowego, ma charakter zorganizowany i ciągły, a spółka za swą działalność pobiera opłaty. Biorąc to pod uwagę i dokonując oceny czysto formalnej, posługując się definicją prowadzenia działalności gospodarczej, a także literalnym rozumieniem ustawowego zakazu, można uznać, iż radny powiatowy, który sprawuje funkcję Prezesa Zarządu PWiK w Ząbkach, narusza zakaz łączenia mandatu z prowadzeniem działalności gospodarczej. Potwierdza to m. in.:

- wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2014 r., sygn. akt II OSK 2892/14, zgodnie z którym:

„1. Wyplacone za usługę wynagrodzenie jest ekwiwalentem świadczenia wykonanego na rzecz gminy, a zatem jest realizacją należności pochodzącej z praw majątkowych gminy wyrażonej w pieniądzu. Inaczej mówiąc, usługodawca realizujący świadczenie w ramach działalności gospodarczej, przez sam fakt pobrania wynagrodzenia ze środków budżetowych gminy - korzysta z mienia gminnego.”

- wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt II OSK 2369/14:

„Ustawodawca w art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym wprowadził generalny zakaz używania przez radnego mienia komunalnego gminy w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej bez względu na jej przedmiot, rodzaj majątku komunalnego i tytuł prawny. Ustanawiając zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego, ustawodawca chciał zapobiec ewentualnemu wykorzystaniu mandatu w celu ułatwienia dostępu do tego mienia. Celem tego zakazu jest niedopuszczenie wykorzystywania funkcji radnego do osiągnięcia korzyści majątkowych kosztem mienia gminnego.”

- wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. akt II OSK 785/14:

„O naruszeniu zakazu, o jakim mowa w art. 24 f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) można mówić, gdy na mocy podpisanej umowy radny dysponuje, w sposób określony w tej umowie, danym mieniem gminy. Nie ma przy tym znaczenia, czy realizując tę umowę odnosi z niej osobiste korzyści, jak również czy przynosi ona zysk gminie.”

Jednakże w przedmiotowej sprawie należy również wziąć pod uwagę charakter i rodzaj świadczonych na rzecz powiatu usług, a przede wszystkim cel art. 25b w/w ustawy jako przepisu antykorupcyjnego. Zadaniem PWiK w Ząbkach jest prowadzenie gospodarki komunalnej, obejmującej zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Z przedstawionych informacji wynika, że PWiK w Ząbkach świadczy usługę polegającą na odprowadzaniu wód deszczowych i roztopowych z dróg powiatowych na terenie gminy Ząbki do sieci kanalizacyjnej, której jest właścicielem. Tym samym PWiK w Ząbkach jest jedynym podmiotem, który może świadczyć powyższą usługę.

Dodatkowo należy podkreślić, że wysokość opłaty za usługę wynika nie z porozumienia stron, a z wysokości taryf za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków zatwierdzonych przez Radę Miasta Ząbki w drodze uchwały. Oznacza to, że takie same opłaty dotyczą wszystkich podmiotów korzystających z opisanych powyżej usług na terenie gminy Ząbki.

Mając na uwadze szczególny charakter świadczonych usług, a także brak możliwości negocjowania ceny, można kwestionować tezę, że korzystanie z mienia powiatu w związku z działalnością gospodarczą prowadzoną przez PWiK w Ząbkach, daje radnemu będącemu Prezesem Zarządu spółki uprzywilejowaną pozycję. Może to oznaczać, że mimo prowadzenia przez radnego powiatowego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu nie zachodzą przesłanki skutkujące wygaśnięciem mandatu.

Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt II SA/Wa 521/14, który dotyczy wprowadzie gminy, ale przez analogię może mieć zastosowanie do radnego powiatowego. Zgodnie z przywołanym wyrokiem *„Przepis art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym 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 gminy 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 gminy 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 omawianego zakazu.”*

Szczególne znaczenie, w myśl cytowanej tezy wyroku WSA w Warszawie, ma fakt, iż ustawowy zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy (powiatu) nie ma charakteru bezwzględny. Istotne jest, aby wykazać, że korzystanie z mienia gminy (powiatu) nastąpiło na uprzywilejowanych zasadach. Dlatego też, w przedstawionym stanie faktycznym, w mojej ocenie, można poddać w wątpliwość czy w dostateczny sposób zostały spełnione przesłanki nakazujące wygaszenie mandatu radnego powiatowego.

Przytoczone orzecznictwo potwierdza, iż trudno jednoznacznie wypowiedzieć się co do zasadności wygaszenia mandatu radnego w przedmiotowej sprawie. W mojej ocenie należy w szczególności wziąć pod uwagę szczególny rodzaj usług świadczonych przez PWiK w Ząbkach, a także ocenić czy nastąpiło osiągnięcie korzyści majątkowych kosztem mienia powiatu.

Radca Prawny
W. 10459

Monika Dąbrowska

