

**UCHWAŁA NR/20..
RADY POWIATU WOŁOMIŃSKIEGO
z dnia20.. r.**

w sprawie odmowy stwierdzenia wygaśnięcia mandatu Radnego Powiatu Wołomińskiego

Na podstawie art. 383 § 1 pkt 5 i § 6 Kodeksu wyborczego (t. j. Dz. U. z 2011 r. Nr 21 poz. 112, z późn. zm.) w związku z art. 12 pkt 11, art. 25 b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 814) Rada Powiatu Wołomińskiego uchwala, co następuje:

§ 1

Odmawia się stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego Powiatu Wołomińskiego Pana Mariusza Dembińskiego w okręgu wyborczym Nr 7 z powodu braku naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia Powiatu Wołomińskiego.

§ 2

Wykonanie uchwały powierza się Przewodniczącemu Rady.

§ 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

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 zobowiązana była do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu w ciągu miesiąca od upłynięcia oznaczonego terminu. Tym samym Wojewoda Mazowiecki uznał wezwanie na konieczne i uzasadnione.

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 podziela stanowiska organu nadzoru, uznając nadesłane wezwanie za bezzasadne.

W pierwszej kolejności 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 dot. 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 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.

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/Ol 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. Nr 173, poz. 1807), 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, nieznajdujących 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.

Ostatecznie Rada Powiatu Wołomińskiego wskazuje, że przepis art. 25b ustawy ma charakter antykorupcyjny i w takim właśnie duchu należy go interpretować. 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.

In fine 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.

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