

II. Z ORZECZNICTWA

ANNA TRELA*

Głosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31 stycznia 2023 r., sygn. akt III OSK 1008/22 (dokonywanie zakupów na zasadach powszechnej dostępności a wygaśnięcie mandatu radnego gminnego)

1. Stan faktyczny sprawy

Wyrokiem z 31 stycznia 2023 r. Naczelny Sąd Administracyjny (NSA), sygn. akt III OSK 1008/22¹ utrzymał w mocy wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Poznaniu z 27 stycznia 2022 r., sygn. akt II SA/Po 879/21². Istota sprawy dotyczyła skargi na zarządzenie zastępcze Wojewody Wielkopolskiego w przedmiocie wygaśnięcia mandatu radnego. Z uwagi na to, że rada gminy uchwałą odmówiła „wygaśnięcia mandatu radnego w związku z brakiem podstaw do stwierdzenia złamania przez radnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy, o którym mowa w art. 24f ust. 1 u.s.g.”,

* Anna Trela, dr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: anna.trela@amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-2014-5579>.

¹ Zob. <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/77BBC166EB> (dostęp: 22 IV 2023).

² Zob. <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B3387A2398> (dostęp: 22 IV 2023).

Wojewoda Wielkopolski na podstawie art. 98a ust. 2 Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym³ wydał zaskarżony akt.

W ocenie wojewody doszło do naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonej w art. 24f ust. 1 u.s.g. działalności z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat. O tym, że doszło do naruszenia powołanego przepisu, przesądzał fakt, że radny w trakcie trwającej kadencji (w latach 2018–2021) wystawił na rzecz przedszkola gminnego faktury za zakup artykułów spożywczych (32 faktury obejmujące łącznie 2356 pozycji), natomiast na rzecz Urzędu Gminy P. radny wystawił faktury za zakup artykułów spożywczych i przemysłowych (5 faktur obejmujących łącznie 108 pozycji). W ocenie organu nadzoru wielkość i systematyczność dokonywanych zakupów świadczyły o tym, że sklep radnego jest głównym dostawcą artykułów spożywczych nabywanych przez przedszkole publiczne w związku z bieżącą realizacją jego zadań. Z kolei o prowadzeniu przez radnego świadomej sprzedaży artykułów na rzecz urzędu gminy, a konkretnie na potrzeby świetlicy środowiskowej, świadczył według organu fakt, że powyższe zakupy były poprzedzane zamówieniami składanymi przez urząd, co potwierdzało zestawienie zamieszczone w piśmie Przewodniczącego Rady Gminy w P. W konsekwencji wojewoda stwierdził, że zachodzi przesłanka wygaśnięcia mandatu radnego na podstawie art. 383 § 1 pkt 5 Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy⁴.

Zarządzenie zastępcze zostało zaskarżone przez radnego gminnego do sądu administracyjnego. Radny wskazał, że zarządzenie jest niezgodne z *ratio legis* przepisu, a ponadto: aby radny mógł posługiwać się mieniem komunalnym, musi ono zostać radnemu udostępnione do wykorzystania, czyli radny musi otrzymać mienie komunalne do władania. Radny przyznał, że środki finansowe wprawdzie stanowią mienie jednostek samorządu terytorialnego, jednakże ich wypłata na rzecz usługodawcy nie może być uznawana za prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, taki bowiem sposób wykładni przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g. eliminowałby całkowicie jakiegokolwiek relacje gospodarcze pomiędzy radnymi prowadzącymi działalność gospodarczą a gminą. W jego ocenie, gdyby celem ustawodawcy było wprowadzenie tak daleko idącego ograniczenia

³ Tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 40 ze zm., dalej „u.s.g.”.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2022, poz. 1277.

w kontaktach gospodarczych radnych z gminą, brzmienie powyższego art. 24f ust. 1 byłoby zapewne inne, jednoznaczne. Podniósł, że art. 24f ust. 1 u.s.g. „[n]ie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, jak twierdzi organ nadzoru w zarządzeniu zastępczym”. Ponadto stwierdził, że „[z]akupy podstawowych produktów w sklepie, niewymagające przeprowadzania specjalnego postępowania, zależą od decyzji kierownika jednostki organizacyjnej i co do zasady, w większych miejscowościach, nikt nie wie i nie bada, czyją własnością jest placówka handlowa”⁵.

W odpowiedzi na skargę wojewoda podkreślił, że radny bezspornie prowadził działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminnego; korzysta z mienia gminnego „[p]rzez sam fakt «pobrania» wynagrodzenia ze środków budżetowych gminy opłaconych z budżetu gminy”. W opinii wojewody jest to działalność prowadzona z wykorzystaniem mienia komunalnego.

2. Uzasadnienie prawne sądu I instancji

WSA w Poznaniu wyrokiem z 27 stycznia 2022 r. uchylił zarządzenie zastępcze, uznając, że jest ono niezgodne z prawem.

W pierwszej kolejności Sąd zwrócił uwagę na treść art. 383 § 1 pkt 5 Kodeksu wyborczego, zgodnie z którym wygaśnięcie mandatu radnego następuje w przypadku naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonych w odrębnych przepisach funkcji lub działalności. Takim przepisem odrębnym jest m.in. art. 24f ust. 1 u.s.g., który przewiduje, że 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. Stosownie do art. 24f ust. 1a u.s.g. jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1, jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Niewypełnienie obowiązku, o którym mowa w zdaniu pierwszym, stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 383 Kodeksu wyborczego. Z kolei w myśl art. 383 § 5 Kodeksu wyborczego jeżeli

⁵ Zob. <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B3387A2398> (dostęp: 22 IV 2023).

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. Wygaśnięcie mandatu radnego z przyczyn, o których mowa w § 1 pkt 2 – z wyjątkiem powodów wskazanych w art. 10 § 2 i art. 11 § 2 oraz pkt 3, 5 i 7, stwierdza właściwa rada, w drodze uchwały, w terminie miesiąca od dnia wystąpienia przyczyny wygaśnięcia mandatu (art. 383 § 2). Natomiast w przypadku niezrzeczenia się funkcji lub niezaprzestania 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 (art. 382 § 6).

Przenosząc to na grunt sprawy, WSA w Poznaniu uznał, że wprowadzony w art. 24f ust. 1 u.s.g. generalny zakaz używania przez radnego mienia gminy w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, bez względu na jej przedmiot, rodzaj majątku komunalnego i tytuł prawny, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Przepis ten nie ogranicza zakazu do „własności” ani do „zarządzania” takim mieniem, gdyż używa znacznie pojemniejszego terminu „wykorzystanie mienia”. Celem tego zakazu jest niedopuszczenie do sytuacji wykorzystywania funkcji radnego do osiągnięcia własnych korzyści majątkowych kosztem mienia powiatowego. *Ratio legis* takiego rozwiązania opiera się na założeniu, że należy dążyć do wykluczenia sytuacji, w której radny, wykonując mandat w jednostce samorządu terytorialnego, będąc członkiem organu stanowiącego i podejmującego m.in. decyzje dotyczące zasad zarządu mieniem tej jednostki samorządowej, mógłby wpływać na korzystne dla siebie, bliskich lub innych podmiotów, w imieniu których działa, rozporządzanie takim mieniem.

Po drugie, Sąd podkreślił, że do wygaśnięcia mandatu dochodzi na skutek zdarzeń, z którymi ustawa wiąże utratę mandatu uzyskanego w wyborach powszechnych. Wygaśnięcie mandatu jest najdalej idącą sankcją, oddziałującą na sferę biernego prawa wyborczego, albowiem mamy tu do czynienia z wkroczeniem przez ustawodawcę w materię podmiotowego prawa konstytucyjnego. Istnieje zatem możliwość pozbawienia mandatu na zasadach przewidzianych w ustawie, z przyczyn koniecznych w demokratycznym państwie prawa, jednakże przyczyny te podlegają kontroli konstytucyjności z punktu widzenia ich proporcjonalności, jako decydujących o przekreśleniu wyniku wyborów. Nakaz zachowania proporcjonalności normowania powoduje, że przyczyna

decydująca o wygaśnięciu mandatu musi być na tyle poważna, aby zniesienie wyników wyborów było usprawiedliwione w świetle tego właśnie standardu konstytucyjnego. Sąd powołał się także na stanowisko Trybunału Konstytucyjnego (TK), zgodnie z którym automatyzm i rygoryzm w zakresie stanowienia i stosowania przepisów dotyczących wygaśnięcia mandatu pochodzącego z wyborów powszechnych prowadzą do podważenia równowagi między prawami osób wybieranych oraz wyborców a koniecznością osiągnięcia celów, którym służą nakazy i zakazy nakładane na osoby uzyskujące mandat w wyniku wyborów. Tym samym prowadzi do naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

Po trzecie, nie zgadzając się z argumentacją przedstawioną przez Wojewodę Wielkopolskiego, Sąd stwierdził, że przy ocenie podniesionych okoliczności trzeba mieć na uwadze, że faktury te następczo dokumentowały dokonane czynności sprzedaży produktów spożywczych i przemysłowych. Sprzedaż nie odbywała się zaś w warunkach uprzedniego zawarcia umowy, której przedmiotem byłaby stała dostawa takich towarów na rzecz gminy. Zamówienie, o którym wspomina wojewoda, nie zostało kierowane do skarżącego (dokumenty te dotyczyły procedury wewnętrznej). Zakup nie był wynikiem wybrania oferty w wyniku przetargu czy też uprzedniego wyboru firmy skarżącego w ramach zamówienia z wolnej ręki⁶. Poprzez realizowanie poszczególnych zakupów w sklepie skarżącego nie doszło też do wyeliminowania innych podmiotów prowadzących handel detaliczny czy hurtowy z możliwości dostępu do gminnych środków finansowych. Kwestie te miały podstawowe znaczenie dla kwalifikacji prawnej stanu faktycznego sprawy. W przekonaniu Sądu radny, który prowadzi działalność gospodarczą w postaci sklepu detalicznego, nie musi przy obejmowaniu mandatu zaprzestawać prowadzenia takiej działalności. Środki pieniężne, pochodzące od gminy, uzyskiwane przy realizacji jednostkowych umów sprzedaży detalicznej, nie stanowiły też wykorzystywania mienia gminnego do prowadzenia działalności gospodarczej, lecz efekt prowadzenia działalności gospodarczej. W takich warunkach otrzymanie środków pieniężnych z budżetu gminy, tytułem zapłaty ceny towaru, nie jest korzystaniem z mienia komunalnego w rozumieniu art. 24f u.s.g. Przyjęcie odmiennego stanowiska naruszałoby również zasadę wolności działalności gospodarczej, o której mowa w art. 22

⁶ Np. art. 129 ust. 1 Ustawy z dnia 11 IX 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023, poz. 1605).

Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁷. Zgodnie z tym przepisem ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Po czwarte, Sąd zwrócił uwagę na specyfikę funkcjonowania detalicznych placówek handlowych oraz zasady dokonywania w nich zakupów. W ocenie Sądu w rozpatrywanej sprawie nie zachodziła okoliczność, w której nastąpiła sprzedaż towarów na rzecz gminnych jednostek organizacyjnych, nie miała też miejsca realizacja obowiązku przyjętego na siebie wcześniej przez radnego – przedsiębiorcę w umowie cywilnoprawnej zawartej z gminą jednostką organizacyjną. Ponadto, w przekonaniu Sądu zakaz określony w art. 24f ust. 1 u.s.g. nie powinien być stosowany w sposób bezwzględny, abstrahujący od okoliczności konkretnej sprawy, a przy tym pomijający również systemowe uwarunkowania prawne danego rodzaju działalności.

3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31 stycznia 2023 r.

Skargę kasacyjną od wyroku WSA w Poznaniu złożył Wojewoda Wielkopolski, zarzucając naruszenie przepisów postępowania m.in. poprzez: błędną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego i w konsekwencji brak sporządzenia prawidłowego uzasadnienia wyroku, polegające na przyjęciu, że organ nadzoru nie wykazał zaistnienia przesłanek bezwzględnie przemawiających za wystąpieniem podstaw do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego; błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że otrzymane przez radnego gminne środki finansowe, z tytułu zapłaty za zakup towarów, nie stanowiły wykorzystywania mienia komunalnego do prowadzenia działalności gospodarczej z uwagi na fakt, że radny nie dokonywał sprzedaży towarów na podstawie realizacji obowiązku wcześniej przyjętego na siebie w umowie cywilnoprawnej; błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że zakaz, o którym mowa w art. 24f u.s.g., nie ma charakteru bezwzględnego, a co za tym idzie nie powinno dochodzić do swoistego automatyzmu przy ocenie, czy przy wykonywaniu działalności gospodarczej przez radnego doszło do naruszenia zakazu wykorzystania mienia komunalnego.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej „Konstytucja RP” lub „Konstytucja”.

W ocenie NSA konieczne było rozważenie, czy doszło do takiego „wykorzystania” mienia wspólnego, które powoduje, że skutek w postaci stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego, stanowiący istotną ingerencję w prawa wyborcze zarówno radnego, jak i wyborców, jest w danym przypadku proporcjonalny do celów, którym służą nakazy i zakazy nakładane na radnych⁸. Przy stosowaniu omawianej zasady nie można tracić z pola widzenia tego, że podstawowym celem rozwiązań antykorupcyjnych zawartych w ustawach samorządowych jest wyeliminowanie sytuacji, w których dany podmiot przy wykonywaniu funkcji radnego uzyskiwałby kosztem mienia wspólnego nieuprawnione korzyści dla siebie lub bliskich, podważając tym samym zaufanie do rzetelności wykonywania mandatu w imieniu wyborców.

NSA uznał, że w sprawie bezsporne jest, że radny wystawił faktury za zakup towarów przez przedszkole i urząd gminy. To jednak nie było poprzedzone jakimikolwiek wcześniejszymi uzgodnieniami. NSA podzielił stanowisko WSA, że w realiach przedmiotowej sprawy radny, który prowadził działalność gospodarczą w postaci sklepu detalicznego, nie musiał przy obejmowaniu mandatu zaprzestawać prowadzenia takiej działalności. Środki pieniężne, pochodzące od gminy, uzyskiwane przy realizacji jednostkowych umów sprzedaży detalicznej, nie stanowiły też wykorzystywania mienia gminnego do prowadzenia działalności gospodarczej, lecz efekt prowadzenia działalności gospodarczej. W takich warunkach otrzymania środków pieniężnych z budżetu gminy, tytułem zapłaty ceny za towar, nie można kwalifikować jako korzystanie z mienia komunalnego w rozumieniu art. 24f ust. 1 u.s.g. Ponadto stwierdził, że rygory określone w art. 24f ust. 1 i 1a u.s.g. czy w art. 383 § 1 pkt 5, § 5 i 6 Kodeksu wyborczego są niewątpliwie podyktowane ważnym interesem publicznym. Nie można jednakże w ten sposób uzasadniać ograniczenia czy też wyłączenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w każdym przypadku, w którym przedsiębiorca obejmuje mandat radnego. Chodzi tu bowiem o zapobieżenie ewentualnemu wykorzystaniu mandatu radnego w celu ułatwienia dostępu do mienia tej jednostki, nie zaś o bezwarunkowe wyłączenie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez radnego. Nie doszło zatem do sytuacji, w której zawieranie poszczególnych „detalicznych” umów z radnym wyłączałoby możliwość zawarcia tożsamyh umów z innym podmiotem mogącym dostarczać niezbędne artykuły na terenie danej miejscowości. Nie został

⁸ Por. wyrok NSA z 7 V 2014 r., sygn. akt II OSK 679/14, LEX nr 1575645.

wykazany taki rodzaj relacji pomiędzy radnym a gminą, który przesądzałby o tym, że zakup określonych produktów mógł odbywać się wyłącznie w sklepie skarżącego. Z tych względów skarga kasacyjna została oddalona.

4. Ocena prawna sprawy

4.1. Uwagi ogólne

Przepis art. 24f ust. 1 u.s.g. został dodany Ustawą z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne⁹. W myśl tego przepisu „[r]adni 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”. Z art. 24f ust. 1a u.s.g. wynika, że „[j]eżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1, jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Niewypełnienie obowiązku, o którym mowa w zdaniu pierwszym, stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 383 Kodeksu wyborczego”¹⁰.

Na początku funkcjonowania samorządu terytorialnego błędnie założono, że uwarunkowania prawne oraz bezpośredni kontakt władzy ze społecznością lokalną będą wystarczającą rękojmią obiektywizmu i bezstronności w poczynaniach funkcjonariuszy publicznych¹¹. Dlatego u.s.g. nie zawierała żadnych przepisów „antykorupcyjnych”. W praktyce okazało się jednak, że przyjęte założenia skutecznego funkcjonowania „wzajemnych hamulców” w relacji społeczność lokalna–aparatusamorządowy nie spełniły pokładanych nadziei¹². Zaistniała konieczność

⁹ Tekst pierwotny Dz.U. 1997 Nr 106, poz. 697.

¹⁰ Art. 24f ust. 1a dodany przez art. 1 pkt 1 lit. a) Ustawy z dnia 23 XI 2002 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 2002 Nr 214, poz. 806).

¹¹ M. Zbrojewski, *Prowadzenie działalności gospodarczej jako przyczyna wygaśnięcia mandatu – zagadnienia wybrane*, w: *Samorząd terytorialny w Polsce a sądowa kontrola administracji*, pod red. B. Dolnickiego, J.P. Tarno, Warszawa 2012, LEX/el.

¹² T. Sierzputowski, *Ograniczenia dotyczące funkcjonariuszy gminnych przy wykonywaniu zadań publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 4, s. 14 oraz A. Wierzbica, *Art. 24f*,

wprowadzenia odpowiednich regulacji prawnych, które gwarantowałyby wyeliminowanie działań czy czynności o charakterze korupcyjnym. Pierwsze ograniczenie swobody w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zostało wprowadzone Ustawą z dnia 5 czerwca 1992 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne¹³. W ustawie tej art. 3 przewidywał, że „[o]soba wchodząca w skład organów gminy nie może prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek z wykorzystaniem mienia państwowego lub komunalnego, a także nie może być zastępcą lub przedstawicielem w prowadzeniu takiej działalności”.

Istota przepisów antykorupcyjnych sprowadza się do zakazu łączenia pewnych funkcji z innymi funkcjami lub prowadzeniem działalności gospodarczej, która mieści się w pojęciu zasady *incompatibilitas*¹⁴. Zasada ta w szerokim rozumieniu „[w]prowadza szczególne ograniczenia dla osób pozostających w służbie państwowej, gdy chodzi o łączenie przez nie funkcji, stanowisk państwowych lub łączenie określonych funkcji, stanowisk państwowych z inną działalnością”¹⁵. Ograniczenia te są „[k]onieczne ze względu na ochronę wiarygodności sprawowanej funkcji lub poprawność jej spełnienia w takim zakresie, w jakim Konstytucja uznaje, że spełnienie określonej funkcji państwowej wymaga unikania możliwości powstania konfliktu interesów, gdy poszczególne funkcje czy działania podejmowane przez tą samą osobę popadną ze sobą w kolizję”¹⁶. W literaturze podkreśla się również, że „[i]nstitucja *incompatibilitas* stanowi wyraz powszechnie akceptowanych wymagań stawianych funkcjonariuszom władzy publicznej; ma powszechne zastosowanie w systemach demokratycznych wobec osób sprawujących władzę zarówno na szczeblu ogólnopaństwowym, jak i lokalnym; traktowana jest jako gwarancja należytego wywiązywania się z obowiązków

w: *Komentarz do ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym*, pod red. B. Dolniciego, Warszawa 2010, s. 368.

¹³ Dz.U. 1992 Nr 56, poz. 274.

¹⁴ Szerzej: J. Gola, *Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne a dylematy dotyczące pojęcia działalności gospodarczej*, w: *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, pod red. L. Kieresa, Wrocław 2010, s. 63 i n.; T. Kocowski, *Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne – reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z 21 sierpnia 1997 r.*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, pod red. B. Popowskiej, Poznań 2006, s. 113–142.

¹⁵ B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, LEX/el. 2012.

¹⁶ Uchwała TK z 6 II 1996 r., sygn. akt W 11/95 (Dz.U. 1996 Nr 24, poz. 112).

mandatariusza; chroni przed uwikłaniem 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 jej piastuna. We współczesnych demokracjach szczególną uwagę przywiązuje się bowiem do etycznych aspektów życia publicznego, domagając się przestrzegania w nim reguł jawności, bezinteresowności, uczciwości¹⁷. Zasada *incompatibilitas* ma realizować różne cele, w zależności od tego, jakich stanowisk czy funkcji i której z władz dotyczy¹⁸, i w takim kierunku podlega ciągłym modyfikacjom i rozszerzaniu na różne sfery aktywności¹⁹.

Niewątpliwie art. 24f ust. 1 u.s.g. wprowadza ograniczenie w łączeniu funkcji publicznej z prowadzeniem działalności gospodarczej, jej zarządzaniem lub byciem pełnomocnikiem/przedstawicielem. Nie oznacza to jednak, że przepis ten można interpretować w sposób dowolny, uznając, że każda aktywność radnego powinna być traktowana jako działalność gospodarcza, a tym bardziej jako działalność prowadzona z wykorzystaniem mienia gminy. Określenie „prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia państwowego lub komunalnego” budziło i nadal budzi szereg wątpliwości. TK w uchwale z 2 czerwca 1993 r., sygn. akt W 17/93 uznał, że sformułowanie „[n]ie może prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek z wykorzystaniem mienia państwowego lub komunalnego oznacza, że poseł, senator i osoba wchodząca w skład organów gminy nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek z wykorzystaniem zarówno odpłatnym, jak i nieodpłatnym mienia państwowego, czy komunalnego, w którego władanie weszłyby po wyborze na posła, senatora lub w skład organów gminy, przy czym poseł i senator – bez względu na miejsce położenia mienia, natomiast osoba wchodząca w skład organów gminy – z wykorzystaniem mienia państwowego, czy komunalnego na terenie tej gminy, w której skład organów wchodzi”²⁰.

Ustawa zakazuje prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzania taką

¹⁷ K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Samorządowe prawo wyborcze. Komentarz*, Warszawa 2006, LEX/el.

¹⁸ B. Banaszak, op. cit.

¹⁹ A. Trela, *Udział osób pełniących funkcje publiczne w zarządzaniu kołem łowieckim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 78(3), s. 110.

²⁰ OTK 1993, nr 2, poz. 44.

działalnością czy bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w jej prowadzeniu. Samo pojęcie działalności gospodarczej uregulowane jest w art. 3 Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców²¹, zgodnie z którym działalnością gospodarczą może być zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Powszechnie przyjmuje się, że definicja ta ma charakter uniwersalny. Zatem za każdym razem, gdy ustawodawca w ustawie odrębnej posłuży się pojęciem działalności gospodarczej, nie definiując go na użytek tej ustawy, zwrot ten należy rozumieć tak, jak na gruncie Prawa przedsiębiorców²². Jednym z podstawowych elementów kwalifikujących działalność gospodarczą jest m.in. jej zarobkowość i ciągłość. Zarobkowość zakłada prowadzenie określonej działalności w celu osiągnięcia korzyści (nadwyżki przychodów nad kosztami). Z kolei ciągłość oznacza pewną stałość oraz powtarzalność czynności podejmowanych w ramach określonej działalności gospodarczej²³.

Mając na uwadze treść art. 24f ust. 1 u.s.g., należy pamiętać, że nie chodzi o prowadzenie działalności gospodarczej w ogólności, ale o prowadzenie działalności gospodarczej z „wykorzystaniem mienia komunalnego”. Nie chodzi zatem o to, czy radny prowadzi działalność gospodarczą, czy nią zarządza albo czy jest jej przedstawicielem czy pełnomocnikiem, ale czy działalność ta jest prowadzona z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, tzn. czy działalność gospodarcza jest prowadzona, w tym konkretnym przypadku, w oparciu o mienie komunalne.

Mienie komunalne, zgodnie z art. 43 u.s.g. to własność, ale także inne prawa majątkowe. W orzecznictwie ugruntował się pogląd, że „[m]ieniem komunalnym są prawa majątkowe, a więc i takie, których wartość można wyrazić (wymierzyć) w pieniądzu, jak również, że zapłata za wykonanie działalności jest korzystaniem z mienia komunalnego”²⁴. Przy czym wyraźnie należy zaznaczyć, że zapłata ma być wynikiem wcześniej zawartej umowy²⁵.

²¹ Tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 221.

²² E. Komierzyńska-Orlińska, *Komentarz do art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców*, w: *Konstytucja biznesu. Komentarz*, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2019, s. 49.

²³ Wyrok WSA we Wrocławiu z 27 IV 2005 r., sygn. akt I SA/Wr 3237/03, LEX nr 496830.

²⁴ Wyrok NSA z 30 I 2020 r., sygn. akt II OSK 34/20, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7960A936AA> (dostęp: 23 IV 2023).

²⁵ Np. zapłata za wykonania usługi poprzedzonej zamówieniem publicznym – wyrok WSA w Poznaniu z 19 I 2023 r., sygn. akt II SA/Po 915/22, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/012300A057> (dostęp: 23 IV 2023).

4.2. Stosowanie w praktyce art. 24f ust. 1 u.s.g.

Jeśli chodzi o stanowisko orzecnictwa w kwestii stosowania art. 24f ust. 1 u.s.g., to istnieją trzy różne podejścia, które można wyodrębnić i uzasadnić. Pierwsze – „skutkiem wykorzystania przez radnego mienia komunalnego jest w każdym wypadku utrata jego mandatu”, drugie, które zyskuje coraz większą akceptację – „w przypadku korzystania z mienia komunalnego na zasadach jego powszechnej dostępności radny zachowuje sprawowany mandat” oraz trzecie – „incydentalne, jednorazowe korzystanie przez radnego z mienia komunalnego nie skutkuje utratą przez niego mandatu”²⁶.

Odnosząc się do pierwszego stanowiska, trzeba brać pod uwagę przede wszystkim charakter naruszenia. Jeśli radny prowadzący działalność handlowo-usługową zawarł z gminnym ośrodkiem pomocy społecznej umowę, której przedmiotem była realizacja przez zleceńbiorkę (skarżącego) świadczeń w naturze przyznanych przez ten ośrodek (zleceniodawca), i na podstawie takiej umowy zobowiązał się do wykonywania usługi na rzecz ośrodka, polegającej na wydawaniu artykułów spożywczych i chemicznych uprawnionym osobom na podstawie przedłożonego „pokwitowania”²⁷, to oczywiste jest, że naruszył on art. 24f ust. 1 u.s.g. Podobnie należy orzec, gdy radny prowadzący w sposób zorganizowany i ciągły sprzedaż alkoholu w ramach sklepu ogólnospożywczego sprzedaje alkohol na festynie gminnym, korzystając z infrastruktury gminnej na zasadzie wyłączności²⁸, a także wówczas, gdy radny jako przedsiębiorca dostarcza paliwo jednostkom organizacyjnym gminy jako podmiot, którego oferta została wybrana przez te jednostki²⁹. W tych sprawach występuje również czynnik, który można nazwać aktywnym ubieganiem się o dostęp do mienia gminnego bądź też skorzystanie z takiego mienia. Dla przykładu radny traci również swoją funkcję także wtedy, gdy równocześnie jest dyrektorem spółki dzierżawiącej obiektu szpitalne od powiatu³⁰. Tak samo ocenić należy

²⁶ M. Karciarz, *Skutki wykorzystania przez radnego mienia komunalnego*, LEX/el. 2017.

²⁷ Wyrok NSA z 30 I 2020 r., sygn. akt II OSK 34/20, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7960A936AA> (dostęp: 23 IV 2023).

²⁸ Wyrok NSA z 30 VIII 2011 r., sygn. akt II OSK 140/11, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2D4122DB5F> (dostęp: 23 IV 2023).

²⁹ Wyrok WSA w Białymstoku z 10 XII 2021 r., sygn. akt II SA/Bk 698/21, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2CBD655BDA> (dostęp: 23 IV 2023).

³⁰ Wyrok WSA w Łodzi z 4 I 2022 r., sygn. akt. III SA/Łd 980/21, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C6758E2E1B> (dostęp: 23 IV 2023).

sytuację, gdy będąc radnym, ta sama osoba pełni funkcję prezesa spółki, która wygrała przetarg na odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu gminy³¹. Są to oczywiste naruszenia, w których ewidentnie dochodzi do konfliktu interesów, a mienie komunalne stanowi podstawę wykonywanej działalności gospodarczej.

Aby przejść do drugiego rozwiązania, warto wskazać trzeci przypadek, w którym chodzi o naruszenia mające charakter incydentalny i jednorazowy. Tego typu działania w ocenie WSA w Łodzi „[n]ie mogą być więc co do zasady zakwalifikowane jako prowadzenie działalności gospodarczej, o ile przy ich wykonywaniu nie było zamiaru powtarzalności”³². Tym samym, to nie kryterium podmiotowe decyduje o uznaniu określonej aktywności zarobkowej za działalność gospodarczą, ale jej przedmiot i charakter. Jako przykład podać można jednorazowe wynajęcie sali na szkolenie dla dzieci przez stowarzyszenie, którego prezes jest jednocześnie radnym gminy.

Aby zrozumieć istotę ograniczenia wynikającego z art. 24 f ust. 1 u.s.g. oraz jego specyfikę zachodzącą w sytuacji korzystania przez radnego z mienia komunalnego na zasadach jego powszechnej dostępności, należy odwołać się do reguły interpretacyjnej, którą wyraził NSA: „[w]szelkie ograniczenia zasady wolności w prowadzeniu działalności gospodarczej, choć dopuszczalne w drodze zapisu ustawowego ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji RP), mają charakter wyjątku i muszą być wobec tego rozumiane ściśle, a nie w sposób rozszerzający. Nie można zatem ich istnienia dorozumiewać czy domniemywać, bądź przyjmować np. w drodze analogii”³³. Istotne znaczenie dla dokonywania właściwych i dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej ma wypełnienie przez prawodawcę postulatów, które – w zakresie legislacji – ustanawia zasada proporcjonalności, stanowiąca – obok wymogów formalnych (ustawowa forma ograniczenia) i celowościowych (ochrona ważnego interesu publicznego) – gwarancję zgodnego z prawem, właściwego limitowania tego publicznego prawa podmiotowego³⁴. Zasada ta znalazła wyraz w orzeczeniu TK, który stwierdził, że ingerencja państwa powinna mieć miejsce wyłącznie w niezbędnym zakresie,

³¹ Wyrok NSA z 24 XI 2014 r., sygn. akt II OSK 2892/14, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/607C637BBB> (dostęp: 23 IV 2023).

³² Wyrok WSA w Łodzi z 9 IX 2016 r., sygn. akt III SA/Łd 691/16, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/404777994F> (dostęp: 23 IV 2023).

³³ Wyrok NSA z 12 IV 2006 r., sygn. akt II GSK 23/06, LEX nr 20972.

³⁴ Ł. Folak, *O ograniczaniu wolności działalności gospodarczej*, w: *Wolność w prawie administracyjnym*, pod red. J. Zimmermanna, Warszawa 2017, s. 296 i n.

nie może przekraczać pewnego poziomu uciążliwości, a także powinna zachowywać proporcje pomiędzy naruszeniem uprawnień jednostki a rangą chronionego interesu publicznego³⁵.

W orzecznictwie wskazuje się, że wyrażony w przepisie art. 24f ust. 1 u.s.g. zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, „[a]lbowiem służy zapobieżeniu jedynie takiej sytuacji, w której występuje rzeczywiste zagrożenie angażowania się radnego w sytuacje mogące podawać w wątpliwość autorytet konstytucyjnych organów Państwa oraz osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do ich prawidłowego funkcjonowania”³⁶. A więc nie oznacza to, 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 do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych nie dochodzi do naruszenia omawianego zakazu”³⁷.

NSA w uzasadnieniu uchwały 7 sędziów z 2 kwietnia 2007 r., wypowiedział się, „[ż]e nie jest uprawniony wniosek, że jeśli chodzi o radnych gmin, każde korzystanie z nieruchomości gminnych będzie wyczerpywało zakaz, o którym mowa w art. 24f ust. 1 u.s.g. 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 korzyści aniżeli dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej”³⁸.

W kolejnym orzeczeniu NSA potwierdził, że nie można uznać, iż korzystanie przez radnego z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności usług na warunkach ogólnych, czy na warunkach ustalonych

³⁵ Orzeczenie TK z 26 IV 1995 r., sygn. akt K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 1.

³⁶ Wyrok NSA z 18 II 2016 r., sygn. akt II OSK 2759/15, LEX nr 2037476.

³⁷ B. Dolnicki, *Art. 25, w: Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym*, LEX/el.

³⁸ Uchwała NSA z 2 IV 2007 r., sygn. akt. II OPS 1/07, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/79BEE996EB> (dostęp: 23 IV 2023).

powszechnie dla danego typu czynności prawnych, może stanowić naruszenie zakazu z art. 24f ust. 1, ponieważ w tych przypadkach nie zachodzi obawa wykorzystania mandatu radnego do uzyskania innych korzyści niż dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej³⁹. Stanowisko to potwierdził NSA, uznając, że „[k]orzystanie z mienia komunalnego gminy na zasadzie powszechnej dostępności usług nie prowadzi do pojawienia się obawy wykorzystania mandatu radnego do uzyskania korzyści niedostępnych dla innych członków wspólnoty samorządowej”⁴⁰.

Odnosnie do „wykorzystania” mienia komunalnego NSA w wyroku z 31 stycznia 2013 r. orzekł, że: „[r]adny nie prowadzi działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy w rozumieniu art. 24f ust. 1 [...], jeżeli korzysta z tego mienia na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych dla członków danej wspólnoty samorządowej”⁴¹. W wyroku tym NSA wyraźnie stwierdził, że „[w]ykładnia celowościowa art. 24f ust. 1 u.s.g. prowadzi do wniosku, że 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 zakazu z art. 24f ust. 1 u.s.g.”.

Podobnie WSA w Bydgoszczy w wyroku z 11 kwietnia 2014 r. uznał, „[ż]e przepis rt. 24f ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym używa znacznie pojemniejszego określenia «wykorzystanie mienia», którego granice desygnatów są o wiele trudniej uchwytnie, ale na pewno to wykorzystanie mienia gminy musi pozostawać w związku funkcjonalnym z działalnością gospodarczą w nawiązaniu do definicji działalności gospodarczej z art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej”⁴². Takie samo stanowisko zajął NSA w wyroku z 2 grudnia 2015 r.⁴³

³⁹ Wyrok NSA z 29 VIII 2007 r., sygn. akt II OSK 1618/06, LEX nr 364703.

⁴⁰ Wyrok NSA z 5 VI 2012 r., sygn. akt II OSK 715/12, LEX nr 1219172.

⁴¹ Wyrok NSA z 31 I 2013 r., sygn. akt II OSK 2926/12, LEX nr 1298508.

⁴² Wyrok WSA w Bydgoszczy z 11 IV 20214 r., sygn. akt II SA/Bd 571/14, LEX nr 1498018.

⁴³ Wyrok NSA z 2 XII 2015 r., sygn. akt II OSK 2727/15, LEX nr 2000018.

W orzecznictwie można też zauważyć wyraźną tendencję do ustalania naruszenia przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g. w oparciu o ustalanie braku okoliczności korzystania z mienia na zasadach powszechnej dostępności⁴⁴. Dla przykładu wskazać należy, że WSA w Lublinie w wyroku z 10 stycznia 2023 r. ustalił, że w sprawie nie można przyjąć, że dochodziło do zawarcia umów na zasadach powszechnej dostępności, ponieważ „[p]ewne elementy umowy sprzedaży zawieranych z gminą i jednostkami organizacyjnymi gminy miały charakter indywidualnych uzgodnień, gdyż odbiegały od typowych elementów umów sprzedaży zawieranych przez nabywcę towarów w sklepie”⁴⁵. Podobnych sytuacji WSA w Lublinie dopatrywał się w przypadku innego radnego, w którego sklepie zaopatrywały się jednostki organizacyjne gminy⁴⁶. Otóż pewne elementy umów sprzedaży zawieranych z jednostkami organizacyjnymi gminy miały charakter indywidualnych uzgodnień, odbiegały bowiem od typowych elementów umów sprzedaży zawieranych przez nabywcę towarów w sklepie. WSA w Poznaniu uznał z kolei, że „[c]ech powszechnej dostępności nie nosi [...] zawarcie umów ze spółkami gminnym o odpłatny najem konkretnej nieruchomości, ponieważ do korzystania przez radnego z mienia gminy dochodzi właśnie dlatego, że radny prowadzi taką, a nie inną działalność gospodarczą. Wykorzystywanie mienia komunalnego na zasadzie powszechnej dostępności nie może obejmować sytuacji, gdy korzystanie z mienia, z którego korzysta radny, nie jest możliwe przez inne podmioty”⁴⁷. Nie można także mówić o powszechnej dostępności w sytuacji, gdy radna, prowadząc sklep, zawiera z gminą umowę, na której mocy gmina miała refundować sklepowi wartość zakupów czynionych przez beneficjentów pomocy społecznej⁴⁸.

Korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności usług i na warunkach ogólnych nie rodzi obawy wykorzystania

⁴⁴ Por. wyrok NSA z 10 III 2020 r., sygn. akt II OSK 137/20, LEX nr 3053135; wyrok WSA w Opolu z 17 XI 2020 r., sygn. akt II SA/Op 283/20, LEX nr 3106759; wyrok WSA w Rzeszowie z 7 XII 2021 r., sygn. akt II SA/Rz 1332/21, LEX nr 3288886; wyrok WSA we Wrocławiu z 25 X 2018 r., sygn. akt III SA/Wr 139/18, LEX nr 2579324.

⁴⁵ Wyrok WSA w Lublinie z 10 I 2023 r., sygn. akt III SA/Lu 530/22, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3897C28986> (dostęp: 23 IV 2023).

⁴⁶ Wyrok WSA w Lublinie z 15 XII 2022 r., sygn. akt. III SA/Lu 372/22, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F55E64931C> (dostęp: 23 IV 2023).

⁴⁷ Wyrok WSA w Poznaniu z 20 X 2022 r., sygn. akt IVSA/Po 500/22, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/FD5113B661> (dostęp: 23 IV 2023).

⁴⁸ Wyrok NSA z 12 X 2022 r., sygn. akt III OSK 4691/21, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D97AE19847> (dostęp: 23 IV 2023).

mandatu radnego do uzyskania innych korzyści niż dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej. „Dostępny” zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego* to ‘taki, do którego można dojść bez przeszkód, na który można wejść stosunkowo łatwo’; ‘nietrudny do zdobycia’⁴⁹. Z kolei „powszechny” to ‘dotyczący wszystkich rzeczy, osób, spraw itp.’⁵⁰. Powszechna dostępność niebudząca wątpliwości to: korzystanie z dróg, ulic, parków, tablicy ogłoszeń, szkół, bibliotek, kina czy zaopatrzenie w wodę. Problem jest bardziej złożony, gdy chodzi o dokonywanie zakupów przez gminę lub jej jednostki organizacyjne w sklepach należących do radnych. Z pewnością radny, który powołuje się na działanie na zasadach powszechnej dostępności, musi wykazać, że przy dokonywaniu sprzedaży towarów czy usług nie korzystał z uprzywilejowania poprzedzonego umową czy uzgodnieniem, że wobec gminy nie stosowano odmiennych zasad nabycia towarów (upustów, rabatów, innych terminów płatności), a także, że cena za zakup towarów czy usług nie stanowiła „działalności na mieniu powiatu”, oraz że pozostali uczestnicy rynku mogli na takich samych zasadach świadczyć usługi na rzecz gminy. Ważne jest również ustalenie, czy radny mógł mieć jakikolwiek wpływ na przepisy wewnętrzne ustalające zasady dokonywania zakupów albo że zakupów w urzędzie gminy czy jej jednostkach organizacyjnych dokonywała osoba bliska (spokrewniona z radnym).

Nie jest dobrym argumentem, powoływanym przez niektóre sądy, wprowadzenie przez radnego zakazu sprzedaży na rzecz gminy czy gminnych jednostek organizacyjnych. Takie ograniczenie działalności gospodarczej jest bowiem sprzeczne z art. 22 Konstytucji. Ponadto Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń⁵¹ przewiduje odpowiedzialność z tytułu ukrywania przez zajmującego się sprzedażą towarów w przedsiębiorstwie handlu detalicznego przed nabywcą towaru przeznaczonego do sprzedaży lub umyślnego, bez uzasadnionej przyczyny odmawiania sprzedaży takiego towaru (art. 135). Kolejnym problemem jest sprzedaż na podstawie paragonu, a następnie wystawienie faktury. Taka praktyka była dozwolona do 1 stycznia 2020 r. Obecnie, zgodnie z art. 106 ust. 5 Ustawy z dnia 11 marca o podatku od towarów i usług⁵², w przypadku sprzedaży zaewidencjonowanej przy zastosowaniu kasy

⁴⁹ Zob. hasło *dostępny*, w: *Słownik języka polskiego* [online], <https://sjp.pwn.pl/slowniki/dostepnosc.html> (dostęp: 23 IV 2023).

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Tekst jedn. Dz.U. 2022, poz. 2151.

⁵² Tekst jedn. Dz.U. 2022, poz. 931 ze zm.

rejestrującej potwierdzonej paragonem fiskalnym fakturę na rzecz podatnika podatku lub podatku od wartości dodanej wystawia się wyłącznie, jeżeli paragon potwierdzający dokonanie tej sprzedaży zawiera numer, za pomocą którego nabywca towarów lub usług jest zidentyfikowany na potrzeby podatku lub podatku od wartości dodanej. Wcześniej identyfikacja kupującego nie była wymagana. Zatem, żeby można było pozbawić radnego mandatu, wystarczyło zrobić zakupy w kilku punktach sprzedaży przez kierowników jednostek organizacyjnych gminy, następnie wystąpić o faktury i tym samym wykazać, że radny prowadził działalność na mieniu komunalnym. Takie rozwiązanie jest nie do przyjęcia.

Kluczowe znaczenie ma nie sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez radnego na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej czy Krajowego Rejestru Sądowego, ale powiązanie tej działalności funkcjonalnie i organizacyjnie z mieniem komunalnym. Radny w świetle art. 24f ust. 1 u.s.g. ma prowadzić działalność gospodarczą, zarządzać nią, być pełnomocnikiem lub przedstawicielem z wykorzystaniem mienia komunalnego. Oznacza to, że ta działalność ma być z góry nastawiona na korzystanie z mienia komunalnego w sposób ciągły, celowy i zorganizowany. Możliwość czerpania korzyści z mienia komunalnego nie powinna być okazjonalna, ale trwała – gwarantująca cykliczny dochód. Gwarancji tych należy upatrywać w uzgodnieniach i umowach, które poprzedzają dokonywanie zakupów. Brak któregokolwiek z tych elementów stanowi o braku naruszenia powołanego przepisu.

Należy też zwrócić uwagę, że gminę w dokonywaniu zakupów ograniczają przepisy Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵³. Wydatki publiczne powinny być bowiem dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Po ustaleniu cen w różnych placówkach handlowych może się okazać, że to sklep radnego oferuje nabycie towarów po cenach najniższych w okolicy. Dopóki jednak nie zostały wprowadzone ustawowe ograniczenia związane z zakazem dokonywania zakupów w sklepach stanowiących własność radnych organy administracji ani sądy administracyjne nie mogą w sposób rozszerzający interpretować ograniczeń wynikających z treści art. 24f ust. 1 u.s.g. Pod rozwagę należy też poddać takie działania podejmowane przez władze lokalne w czasie pandemii COVID-19, które sugerowały np. softysom nawiązanie bliskiej współpracy z lokalnymi przedsiębiorcami i nakładały

⁵³ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 1634 ze zm.

zobowiązanie do dokonywania zakupów towarów i usług (do kwoty nieobjętej obowiązkiem przeprowadzenia postępowania przetargowego) w miarę możliwości u lokalnych przedsiębiorców (zakupy – artykuły przemysłowe, spożywcze, budowlano-remontowe)⁵⁴. Konkluzja pozwalająca na wyodrębnienie kategorii „korzystania z mienia komunalnego na zasadach jego powszechnej dostępności” uzasadniona jest przede wszystkim koniecznością zachowania zasady proporcjonalności. Przyчыzna decydująca o wygaśnięciu mandatu musi być na tyle poważna, aby zniweczenie wyników wyborów było usprawiedliwione w świetle tego właśnie standardu konstytucyjnego.

GLOSS TO THE JUDGMENT OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT OF JANUARY 31, 2023, FILE REF. ACT III OSK 1008/22 (PURCHASING ON THE PRINCIPLES OF UNIVERSAL AVAILABILITY AND THE EXPIRY OF THE MANDATE OF A MUNICIPAL COUNCILLOR)

Summary

The gloss deals with an analysis of the provision of Art. 24f sec. 1 of the Act of 8 March 1990 on commune self-government (u.s.g.), from which it follows that councillors may not conduct business activity on their own account or jointly with other persons using the communal property of the municipality in which the councillor obtained the mandate, as well as managing such activity or be the representative or proxy in the conduct of such activities. Violation of this prohibition results in the loss of the ticket. The established anti-corruption provision still raises many doubts. As a rule, it is assumed that due to its purpose and the subject and scope of violations, this prohibition is not absolute. Particularly controversial is the use of municipal property by the councillor on the principles of its universal availability, consisting in making purchases in the councillor's shop, which do not require the use of public procurement. In order to clarify the essence of this case, the issues that do not raise doubts under Art. 24f sec. 1 u.s.g. and which entail the absolute necessity of terminating the mandate of the councillor are discussed first. Following this, judgments are presented in which administrative courts found that the use of property on the basis of general availability is allowed unless it privileges the position of the councillor and any purchases made in stores owned by the councillor do not result from prior arrangements or contracts. The development of this concept is dictated by the content of constitutional provisions and the ratio legis of Art. 24f sec. 1 u.s.g.

Keywords: councillor – expiration of the mandate – use of property on the basis of universal availability – municipal property – economic activity

⁵⁴ Zob. https://www.krzywini.pl/Komunikat_dla_Przedsiębiorców_Gminy_Krzywin!,40197.html (dostęp: 23 IV 2023).

BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, LEX/el. 2012.
- Czaplicki K.W., Dauter B., Kisielewicz A., Rymarz F., *Samorządowe prawo wyborcze. Komentarz*, Warszawa 2006, LEX/el.
- Dolnicki B., *Art. 25*, w: *Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym*, LEX/el.
- Folak Ł., *O ograniczaniu wolności działalności gospodarczej*, w: *Wolność w prawie administracyjnym*, pod red. J. Zimmermanna, Warszawa 2017, s. 289–316.
- Gola J., *Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne a dylematy dotyczące pojęcia działalności gospodarczej*, w: *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, pod red. L. Kieresa, Wrocław 2010, s. 63–74.
- Karciarz M., *Skutki wykorzystania przez radnego mienia komunalnego*, LEX/el. 2017.
- Kocowski T., *Ograniczenia działalności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne – reglamentacyjna funkcja państwa na przykładzie ustawy z 21 sierpnia 1997 r.*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, pod red. B. Popowskiej, Poznań 2006, s. 113–142.
- Komierzyńska-Orlińska E., *Art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców*, w: *Konstytucja biznesu. Komentarz*, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2019, s. 48–59.
- Sierzputowski T., *Ograniczenia dotyczące funkcjonariuszy gminnych przy wykonywaniu zadań publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 4, s. 14–24.
- Trela A., *Udział osób pełniących funkcje publiczne w zarządzaniu kołem łowieckim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 78(3), s. 109–124.
- Wierzbica A., *Art. 24f*, w: *Komentarz do ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym*, pod red. B. Dolnickiego, Warszawa 2010, LEX/el.
- Zbrojewski M., *Prowadzenie działalności gospodarczej jako przyczyna wygaśnięcia mandatu – zagadnienia wybrane*, w: *Samorząd terytorialny w Polsce a sądowa kontrola administracji*, pod red. B. Dolnickiego, J.P. Tarno, Warszawa 2012, LEX/el.