

Sprawowanie funkcji publicznej sprzyja rodzinnym biznesom

Prawne ograniczenia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej przez małżonków osób zajmujących stanowiska w administracji publicznej są tak niewielkie, że wręcz zachęcają do nadużyć

Centralne Biuro Antykorupcyjne podało w ubiegłym tygodniu, że spośród prowadzonych przez nie spraw, najwięcej korupcji wykryto w administracji samorządowej. W 92 przypadkach kontrolowane były oświadczenia o stanie majątkowym, sprawdzano także, czy osoby pełniące funkcje publiczne nie nadużywają ograniczenia w podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej. – Nie oznacza to, że skierowaliśmy działania CBA z najwyższych kręgów władzy na działania lokalne, bo to łatwiejsze. Robimy to, bo widzimy, że jesteśmy tam potrzebni – mówi szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego Paweł Wojtunik. Także Najwyższa Izba Kontroli wskazuje, że dowolność postępowań oraz omijanie przepisów to główne grzechy samorządowców. Kontrole wykazywały korupcję przy czynnościach związanych m.in. ze sprzedażą majątku gminnego czy działalnością gospodarczą gmin. Także wyłączenie niektórych zamówień z rygorów przetargowych i ograniczenia w zakresie trybu odwoławczego mogą sprzyjać niekorzystnym zjawiskom.

Ograniczenie aktywności

Ja wynika z ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz.U. z 2010 r. nr 220, poz. 1447 z późn. zm.), podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona.

Właśnie dlatego osoby zajmujące kierownicze stanowiska państwowe, jak również m.in. niektórzy pracownicy urzędów państwowych, wójtowie, burmistrzowie, prezydenci miast i niektórzy pracownicy administracji publicznej – zgodnie z art. 4 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. Dz.U. z 2006 r. nr 216, poz. 1584 z późn. zm.) – w okresie zajmowania stanowisk lub pełnienia funkcji nie mogą:

- być członkami zarządów, rad nadzorczych lub komisji rewizyjnych spółek prawa handlowego, spółdzielni,
- być zatrudnione lub wykonywać innych zajęć w spółkach prawa handlowego, które mogłyby wywołać podejrzenie o ich stronniczość lub interesowność,
- być członkami zarządów fundacji prowadzących działalność gospodarczą,
- posiadać w spółkach prawa handlowego więcej niż 10 proc. akcji lub udziały przedstawiające więcej niż 10 proc. kapitału zakładowego,
- prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

Złamanie tych zakazów prowadzi do utraty stanowiska.

W analogicznej sytuacji znajdują się radni wszystkich szczebli: gminy, powiatu i województwa. Zgodnie z postanowieniami ustaw samorządowych nie mogą oni:

- prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, powiatu czy województwa, w którym uzyskali mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności,
- być członkami władz zarządzających lub kontrolnych i rewizyjnych ani pełnomocnikami handlowymi spółek prawa handlowego z udziałem samorządowych osób prawnych lub podmiotów gospodarczych, w których uczestniczą takie osoby,
- posiadać pakietu większego niż 10 proc. udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego z udziałem samorządowych osób prawnych lub podmiotów gospodarczych, w których uczestniczą takie osoby.

Zlekceważenie powyższych zasad powoduje wygaśnięcie mandatu radnego wyika z art. 24f ustawy o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 nr 142, poz. 1591 z późn. zm.). Jednak regulacja ta nie jest skutecznym narzędziem w walce z nadużyciami. Zakazy dotyczą bowiem tylko i wyłącznie radnych.

Rodzina radnego

Ograniczenia aktywności gospodarczej w stosunku do radnych nie stoją bowiem na przeszkodzie, żeby biznesy, które prowadzili przed podjęciem funkcji przeszły na małżonków, po uzyskaniu przez nich mandatu. Jedynym ograniczeniem prowadzenia radnych działalności gospodarczej jest zakaz zasiadania we władzach zarządzających, kontrolnych lub rewizyjnych spółek prawa handlowego (z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych), w których udziały posiadają gminne, powiatowe czy wojewódzkie osoby prawne lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby. Małżonkowie radnych nie mogą być również pełnomocnikami tych podmiotów.

– Warto zaznaczyć, że w tym zakresie przepisy przewidują sankcje jedynie w sytuacji, gdy wybór lub powołanie nastąpiło po uzyskaniu mandatu radnego. Wówczas wybór lub powołanie są nieważne. Małżonkowie radnych, którzy zaczęli piastować określone powyżej funkcje nim radny objął stanowisko, nie muszą natomiast z tych funkcji rezygnować. Jest to konsekwencją zakwestionowania art. 24f ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym przez Trybunał Konstytucyjny na mocy wyroku z 13 lipca 2004 r. (sygn. akt K 20/2003) – mówi radca prawny Elżbieta Groszewska z kancelarii Młynarczyk Puchała.

Gdyby ustawodawca miał zamiar objąć dalszymi zakazami prowadzenie działalności gospodarczej przez małżonka radnego, to powinien zapisać to w sposób wyraźny – wskazał też Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt III SA/Wr 66/12). Jak wyjaśnił dalej sąd, każdy z małżonków mimo pozostawania we wspólności ustawowej ma prawo prowadzić własną działalność zarobkową, we własnym imieniu i wyłącznie dochody osiągnane z tego tytułu wchodzi w skład majątku wspólnego.

Ustawa nie przewiduje także zakazu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, powiatu czy województwa przez małżonka radnego. Zdaniem ekspertów trudno wskazać podstawy ustrojowe zakazujące małżonkom radnych prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy. Co więcej, zarówno radni, jak i ich małżonkowie mogą nabywać od gminy składniki mienia komunalnego.

Ponadto zdarzają się sytuacje, gdy małżonek radnego prowadzi interes, który współpracuje z podmiotami należącymi do gminy. I tych spraw prawo nie reguluje jednoznacznie. Dlatego pojawiają się kwestie etyczne i wątpliwości wyborców.

Oświadczenie majątkowe

W poprzednim stanie prawnym ustawy samorządowe przewidywały obowiązek składania przez radnych, wójtów i ich zastępców oraz innych urzędników samorządowych oświadczenia o działalności gospodarczej prowadzonej przez ich małżonka oraz umowach cywilnoprawnych zawartych przez ich małżonków, wstępnych, zstępnych i rodzeństwo, jeżeli zawarte zostały z organami gminy.

Oświadczenia te były ujawniane. Jednak ustawa z 5 września 2008 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. nr 180, poz. 1111) uchyliła ten obowiązek z powodu uznania przepisu za niezgodny z ustawą zasadniczą (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07).

Jak stwierdził TK, sprawowanie przez daną osobę funkcji publicznej nie może stanowić przeszkody do ubiegania się przez jej bliskich o sprawowanie innych funkcji publicznych, wykonywanie pracy w urzędach czy do zawierania umów cywilnoprawnych z przedstawicielami władzy. Takie ograniczenie wolności działalności gospodarczej byłoby niezgodne z konstytucją.

Ostrzej przy zamówieniach

Możliwość konfliktu interesów pojawia się także na gruncie postępowań o udzielanie zamówień publicznych organizowanych przez samorzady, w sytuacji gdy małżonek prowadzi np. firmę budowlaną. Może on brać udział w przetargach tylko wtedy, gdy małżonek będący pracownikiem samorządowym nie uczestniczy w organizacji tego przetargu. Zgodnie z art. 17 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają w związku małżeńskim lub wskazanych relacjach z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających albo organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ma to zagwarantować zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równe traktowanie wszystkich, którzy startują w przetargu. Nie ma jednak przeszkód, by w przetargu po stronie zamawiającego znajdowała się osoba, której małżonek jest pracownikiem oferenta. Tak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 grudnia 2002 r. (sygn. akt V Ca 1851/02). Sąd uznał, że zbyt szeroka interpretacja zakazu mogłaby spowodować, iż dochodziłoby do wyłączenia sporej grupy przedsiębiorców, szczególnie w małych miejscowościach.

– Konkurencyjność zamówień samorządowych, w szczególności wysokość środków przeznaczonych np. na budowę infrastruktury komunalnej, czyni zamówienia bardzo popularnymi zarówno wśród lokalnych przedsiębiorców, jak i podmiotów ogólnopolskich. To wzajemna kontrola ofert jest podstawowym mechanizmem wykluczającym współdziałanie małżonków po stronie zamawiającego i oferenta, jednak w przetargach prowadzonych na mniejszą skalę nie zawsze działa – mówi radca prawny Tomasz Srokosz z kancelarii KSP Legal & Tax Advice.

I wskazuje jeszcze, że złożenie nieprawdziwego oświadczenia przez urzędnika zaangażowanego w zamówienia rodzi jego odpowiedzialność karną.

EWA MARIA RADLIŃSKA

Podstawa prawna

Ustawa o samorządzie wojewódzkim (t.j. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1590 z późn. zm.). Ustawa o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 z późn. zm.). Ustawa o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1592 z późn. zm.).

KOMENTARZE EKSPERTÓW

Bardziej liberalnie

Prof. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Kancelaria Radcowska

Problem prowadzenia działalności gospodarczej przez małżonków radnych jest bardzo istotny. Z jednej strony mamy konstytucyjną wolność jej prowadzenia, a z drugiej specyficzną więź prawną i emocjonalną łączącą małżonków, nawet jeśli posiadają oni rozdzielność majątkową. Obowiązujące przepisy regulują prowadzenie działalności gospodarczej przez małżonków radnych w bardzo wąskim zakresie, co zdaniem niektórych może sprzyjać nadużyciom i wykorzystywaniu stanowisk publicznych dla własnych celów. Jedynym ograniczeniem jest zakaz zasiadania małżonków radnych we władzach zarządzających, kontrolnych lub rewizyjnych spółek prawa handlowego, w których udziały posiadają gminne, powiatowe

i wojewódzkie osoby prawne. Nie mogą oni również być pełnomocnikami tych podmiotów. Art. 24j ustawy o samorządzie gminnym przewidywał obowiązek złożenia oświadczenia majątkowego o działalności gospodarczej prowadzonej przez małżonka, jeżeli ta wykonywana jest na terenie gminy, w której radny pełni funkcję, oraz o umowach cywilnoprawnych zawartych przez małżonka z organami gminy. Został on jednak uchylony przez art. 1 pkt. 2 ustawy z 5 września 2008 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r., nr 180 poz. 1111), przy czym uchycenie ma zastosowanie do kadencji następujących po tej, w czasie której ustawa zmieniająca weszła w życie.

Rezygnacja z tego przepisu była konsekwencją wydania przez Trybunał Konstytucyjny dwóch wyroków (sygn. akt K 20/03, K 8/07). Trybunał uznając słuszność celu, któremu w założeniu miały służyć kwestionowane przepisy, stwierdził, że nie stanowią one właściwego środka do jego osiągnięcia. Wprowadzenie wymogu składania informacji dotyczących osób bliskich nie wpłynęło na ograniczenie nadużywania stanowisk, stając się jedynie narzędziem do zwalczania przeciwników politycznych i niewygodnych urzędników poprzez wykorzystywanie szczątkowo składanych informacji.

Przetargi z zakazami

Marcin Dumala, radca prawny z kancelarii SD & Partners

Organizacja przetargów zawsze wywołuje silne emocje, szczególnie gdy kwoty są wysokie, a wydawane pieniądze są nasze, czyli gdy inwestują samorządy, rząd lub podległe im podmioty. Często mamy obawy, czy wszystko przebiega właściwie i czy konkursy przetargowe są uczciwie. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) jednoznacznie określa w art. 17 okoliczności wyłączające osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Żadna z osób wymienionych nie może brać udziału w czynnościach postępowania przetargowego. Lista osób podlegających wyłączeniu jest długa, zaliczają się do niej krewni i powinowaci w linii prostej oraz w linii bocznej do drugiego stopnia. Również osoby, które przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą. Zakaz wykonywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu obejmuje także osoby niepozostające z zamawiającym w stosunku pracy, a np. zlecenia albo osoby powołane do komisji przetargowej, a niebędące pracownikami zamawiającego. Zakaz dotyczy również biegłych. Przepisy prawa nakładają bezwzględny obowiązek złożenia pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wyłączających te osoby z postępowania. Brak złożenia oświadczenia w terminie powinien skutkować bezzwłocznym wyłączeniem takiej osoby. Kodeks karny przewiduje karę do 3 lat pozbawienia wolności wobec osób udaremniających lub utrudniających przetarg, wchodzących w porozumienie i działających na szkodę właściciela mienia. Taką samą sankcją zagrożone jest rozpowszechnianie informacji lub przemilczanie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu.