

Magdalena Gurdek
Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu

Zakaz niepracowniczego zatrudniania radnego jako jedno z ograniczeń antykorupcyjnych

Interdiction of non-employee employment of a councillor
as one of the so-called anti-corruption restrictions

Streszczenie

Radny jako członek organu stanowiącego i kontrolnego gminy, z uwagi na funkcje i zadania tego organu, nie powinien pozostawać w żadnych zależnościach z wójtem, czyli drugim organem gminy, którego działalność kontroluje. Ponieważ wójt jest z mocy prawa kierownikiem urzędu gminy wykonującym uprawnienia zwierzchnika służbowego w stosunku do pracowników urzędu oraz kierowników gminnych jednostek organizacyjnych, ustawodawca zakazał radnemu przez okres sprawowania mandatu pozostawania w stosunku pracy z urzędem gminy oraz pełnienia funkcji kierownika jednostki organizacyjnej gminy lub jego zastępcy. Jednakże w celu uniemożliwienia obchodzenia tych zakazów zabronił również wszelkich form tzw. niepracowniczego zatrudnienia radnego w urzędzie czy też na stanowisku kierownika gminnej jednostki organizacyjnej. Z tych też względów Autorka poddaje szczegółowej analizie odpowiednie przepisy ustawy o samorządzie gminnym, próbując tym samym wyjaśnić rodzące się w tym zakresie wątpliwości.

Słowa kluczowe

zakaz niepracowniczego zatrudniania radnego, ograniczenia antykorupcyjne, urząd gminy, powierzenie wykonywania pracy radnemu

Abstract

A councillor as a member of the district deciding and supervising body, owing to the functions and objectives of this body, should not remain dependent on the borough leader, who is the second body of the district whose activities they control. Since the borough leader is by right of law the manager of the district office exercising the powers of an official superior with relation to the employees of the office and the managers of district organisational units, the legislator prohibited a councillor from remaining in the labour relation with the district office and performing the function of the manager of the district organisational unit or their deputy during the time of carrying out a mandate. However, in order to prevent circumventing these interdictions the legislator also prohibited any forms of the so-called non-employee employment of a councillor in the office or on the position of the manager of the district organisational unit. For the above-mentioned reasons the author makes a thorough analysis of the relevant provisions of the act on the district local government, thus trying to explain doubts arising in this scope.

Keywords

interdiction of non-employee employment of a councillor, anti-corruption restrictions, district office, entrusting a councillor with performing work

Wstęp

Radny jako członek organu stanowiącego i kontrolnego gminy, z uwagi na funkcje i zadania tego organu, nie powinien pozostawać w żadnych zależnościach z wójtem, czyli drugim organem gminy, którego działalność kontroluje. Tymczasem wójt, jako organ wykonawczy gminy, nie tylko składa w jej imieniu oświadczenia woli (czyli zawiera w jej imieniu umowy cywilnoprawne), ale także z mocy prawa jest kierownikiem urzędu gminy wykonującym uprawnienia zwierzchnika służbowego w stosunku do pracowników urzędu oraz kierowników gminnych jednostek organizacyjnych. Ponadto, dodatkowo, z mocy art. 7 pkt 1 ustawy o pracownikach samorządowych¹ wykonuje wobec nich czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Zatem nawiązanie stosunku pracy z radnym w samym urzędzie gminy czy też pełnienie przez niego funkcji kierownika jednostki organizacyjnej gminy, a nawet wykonywanie przez niego pracy w ramach tzw. niepracowniczego zatrudnienia (czyli na podstawie umowy cywilnoprawnej) powodowałoby powstanie zależności pomiędzy wójtem a radnym jako pracownikiem. Z tego też względu ustawodawca wprowadził cały szereg przepisów, które mają wyeliminować możliwość powstawania takich niepożądanych powiązań.

1. Zakaz pracowniczego zatrudnienia radnego

Pierwsze z ograniczeń ustanowione zostało art. 24a ustawy o samorządzie gminnym², w myśl którego z radnym nie może być nawiązany stosunek pracy w urzędzie gminy, w której radny uzyskał mandat. Ponadto z przepisu tego wynika, iż radny nie może również pełnić funkcji kierownika gminnej jednostki organizacyjnej lub jego zastępcy. Naruszenie art. 24a u.s.g. stanowi spełnienie przesłanki określonej w art. 383 § 1 pkt 5 Kodeksu wyborczego³ skutkującej wygaśnięciem mandatu radnego. Ponieważ art. 24a u.s.g. dotyczy osób, które już sprawują mandat radnego, ustawodawca w art. 24b u.s.g. przewidział analogiczny zakaz odnoszący się do osób, które pozostawały w zakazanym stosunku pracy w chwili, gdy uzyskały mandat. W takich przypadkach jednak prawodawca w celu wyeliminowania istniejącej podległości, a z drugiej strony w celu ochrony praw wcześniej nabytych, określił radnemu krótki termin do złożenia wniosku o urlop bezpłatny na czas trwania kadencji. Udzielenie tego urlopu jest obowiązkiem pracodawcy, niepodlegającym jakiegokolwiek ocenie, pod warunkiem, że radnyłoży go w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia wyników wyborów przez właściwy organ wybor-

¹ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, Dz. U. z 2014 r., poz. 1202 ze zm.; zwana dalej u.p.s.

² Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.; zwana dalej u.s.g.

³ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, Dz. U. Nr 21, poz. 112 ze zm.

czy. W razie zaniedbania tego obowiązku radny utraci dopiero co zdobyty mandat, gdyż w myśl art. 24b ust 5 u.s.g. niezłożenie wniosku jest równoznaczne ze zrzeczeniem się mandatu. Zatem jak widać, zakazy ustanowione art. 24a u.s.g. i art. 24b u.s.g. nie mają wpływu na ważność (istnienie) samego zatrudnienia, tyle tylko, że w razie ich złamania radny musi się liczyć z konsekwencjami w postaci utraty mandatu.

Zakazy ustanowione art. 24a i art. 24b u.s.g. powszechnie określa się mianem zakazu zatrudnienia radnego, zapewne z tego względu, iż w obydwu tych przepisach mowa jest o stosunku pracy. Ten zaś zgodnie z art. 4 u.p.s. może zrodzić się na podstawie wyboru, powołania lub umowy o pracę – a więc na podstawach kreujących typowe zatrudnienie pracownicze. W związku z tym udzielenie bezpłatnego urlopu, o którym mowa w art. 24b u.s.g., jest jak najbardziej możliwe. Pamiętać jednak należy, iż drugi zakaz wynikający z tych przepisów dotyczący pełnienia funkcji kierownika gminnej jednostki organizacyjnej lub jego zastępcy⁴ nie jest już równoznaczny z zakazem zatrudnienia na tych stanowiskach, tylko jest szerszy. Funkcję kierownika jednostki organizacyjnej można bowiem pełnić zarówno w ramach stosunku pracy, jak i na podstawie np. kontraktu menadżerskiego, ale także można ją pełnić społecznie lub jedynie w zastępstwie jako tzw. p.o. Również judykatura stoi na podobnym stanowisku. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 7 kwietnia 2000 r. przyjął np., że: „Zakaz łączenia funkcji radnego powiatu z zatrudnieniem na stanowisku kierownika powiatowej jednostki organizacyjnej obejmuje również zatrudnienie na innej podstawie niż stosunek pracy (np. na podstawie kontraktu menadżerskiego)”⁵. Zatem zakaz pełnienia funkcji jest niezależny od podstawy prawnej, na mocy której funkcję tę się sprawuje, przez co eliminuje on wszelkie formy pełnienia tych obowiązków – zarówno pracownicze, niepracownicze, jak i społeczne. Jest to wynikiem tego, że kierownik takiej jednostki organizacyjnej zawsze podlega służbowo wójtowi, pozostali natomiast pracownicy podlegają już tylko kierownikowi. Wracając więc do samego zakazu pełnienia funkcji, podnieść należy, że celem art. 24b u.s.g. jest wyeliminowanie istniejącej zależności pomiędzy radnym a wójtem,

⁴ W tym miejscu należy jednak podkreślić, iż wójt nie dokonuje tych czynności w stosunku do zastępców kierowników jednostek organizacyjnych. W tym przypadku bowiem za pracodawcę (czyli jednostkę organizacyjną) działa już kierownik takiej jednostki (art. 7 pkt 4 u.p.s.). W związku z tym na linii wójt–zastępca kierownika nie powstaje bezpośrednia zależność, której wyeliminowaniu służyć miały art. 24a i art. 24b u.s.g. Jednakże w chwili ustanowienia tych przepisów zakazy z nich wynikające nie obejmowały pełnienia funkcji zastępcy kierownika. Nastąpiło to dopiero w wyniku nowelizacji tych przepisów w roku 2001. W chwili obecnej pomimo rozszerzenia zakresu podmiotowego i w związku z tym braku bezpośredniej zależności pomiędzy wójtem a zastępcą kierownika takiej jednostki, przepisy te i tak przeciwdziałają możliwości powstania takiej zależności w sytuacji nieobecności kierownika i „wstąpienia” w jego miejsce – z racji pełnionej funkcji – jego zastępcy.

⁵ Wyrok NSA z dnia 7 kwietnia 2000 r., II SA 2253/99, „Prawo Pracy” 2000, nr 9, s. 42. Przeciwnego zdania jest J. Pitera, *Przepisy antykorupcyjne w samorządzie gminnym*, „Glosa” 2002, nr 11, s. 6 i n.

a ta powstaje jedynie przez to, że radny pełni właśnie tę funkcję. Dlatego prawodawca w tym przypadku zamiast zobowiązywać radnego do złożenia wniosku o urlop powinien raczej zobowiązać go do zaprzestania pełnienia funkcji (co oczywiście w niektórych przypadkach może się łączyć z koniecznością np. rozwiązania kontraktu menadżerskiego⁶). I tak np. radny – nauczyciel będący pracownikiem szkoły (czyli jednostki organizacyjnej gminy) powołanym na stanowisko kierownika (czyli dyrektora szkoły) – nie będzie zobowiązany do złożenia wniosku o urlop, tylko do zrzeczenia się dalszego pełnienia funkcji. Wówczas pozostanie on nadal wykonującym obowiązki pracownikiem, jednakże już tylko jako „szeregowy” nauczyciel. Ustawa bowiem nie przewiduje generalnego zakazu zatrudnienia radnego w jednostce organizacyjnej gminy, jedynie zakaz pełnienia funkcji kierownika tej jednostki lub jego zastępcy. Dlatego też nie można interpretować wymogu złożenia wniosku o urlop bezpłatny w ten sposób, że np. radny będący dyrektorem szkoły musi go złożyć i przez okres czteroletniej kadencji zaprzestać w ogóle pracy w szkole – byłby to zbyt daleko idący wniosek. Radny powinien tylko wyeliminować podległość służbową, jaka zachodzi pomiędzy nim a wójtem. Zostając natomiast „szeregowym” nauczycielem podlegać już będzie tylko nowemu dyrektorowi. Ponadto pomijając już cel tego uregulowania, podnieść należy, że z uwagi na to, iż w przepisie tym mowa jest o pełnieniu funkcji (co należy rozumieć szeroko), a nie o stosunku pracy na stanowisku kierownika, ustawowy wymóg złożenia wniosku o urlop jest w niektórych przypadkach niewykonalny. Trudno bowiem mówić o tego rodzaju urlopie, gdy radny pełni funkcję na podstawie umowy cywilnoprawnej, czy też tym bardziej społecznie.

2. Zakaz powierzania radnemu wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej

Jak widać zakaz pełnienia funkcji kierownika gminnej jednostki organizacyjnej lub jego zastępcy ustanowiony art. 24a i art. 24b u.s.g. nie obejmuje tylko stosunku pracy, jak się powszechnie przyjmuje, ale również wszelkie inne formy świadczenia pracy na tym stanowisku. Natomiast w odniesieniu do pracy w samym urzędzie gminy ustawodawca w przepisach tych wyraźnie wskazuje, iż chodzi wyłącznie o stosunek pracy – czyli kodeksowe rozumienie zatrudnienia. Niestety, takie wąskie ujęcie tego zakazu w praktyce powodowało, że radni często omijali go, podejmując pracę w ramach tzw. niepracowniczego zatrudnienia. Co prawda w sensie prawnym nie byli oni wówczas pracownikami, ale i tak wykonywali pracę w ramach względnie trwałej więzi prawnej

⁶ Por. np. wyrok NSA z dnia 7 kwietnia 2000 r., II SA 2253/99, „Prawo Pracy” 2000, nr 9, s. 42.

i organizacyjnej z podmiotem zlecającym im tę pracę. Stosunek prawny między nimi w tych formach pracy miał bowiem charakter cywilny (zobowiązaniowy). Najczęściej spotykanymi formami była umowa o dzieło, umowa zlecenie, względnie umowa agencyjna czy też tzw. samozatrudnienie. Początkowo świadczenie pracy przez radnego w takiej formie nie było zakazane, a jedynie w myśl art. 24d u.s.g. do zawarcia umowy zlecenia lub umowy agencyjnej albo udzielenia zamówienia publicznego w zakresie nieobjętym przepisami o zamówieniach publicznych konieczne było zasięgnięcie opinii komisji rewizyjnej. W związku z tym wykonywanie takiej pracy i tak prowadziło do powstawania niepożądanych zależności, których wyeliminowaniu służyć miały art. 24a i art. 24b u.s.g. Z tych względów ustawodawca z czasem uznał, że zasięgnięcie opinii w przypadkach, o których mowa była w art. 24d u.s.g., stanowiło niewystarczającą kontrolę do zapewnienia niepowstawania zależności pomiędzy wójtem a radnym, zwłaszcza że przecież opinia ta i tak była niewiążąca. Po spełnieniu więc formalnego wymogu zasięgnięcia opinii organ i tak mógł swobodnie powierzyć radnemu wykonywanie określonej pracy na podstawie jednej z tych umów, o których była wówczas mowa w art. 24d u.s.g. Chcąc przeciwdziałać tej praktyce, prawodawca ustawą z dnia 11 kwietnia 2001 r.⁷ wprowadził dodatkowo w art. 24d u.s.g. (zmieniając jego dotychczasową treść) zakaz zawierania umów cywilnoprawnych z radnym, na podstawie których wójt (pierwotnie również zarząd) miałby powierzyć radnemu, który uzyskał mandat w tej jednostce, wykonywanie pracy.

Wprowadzenie art. 24d u.s.g. zakazu powierzania radnemu wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej wywołuje w praktyce wiele wątpliwości – i to nie ze względu na ogólny cel, jaki przyświecał jego ustanowieniu, lecz ze względu na użyte w treści art. 24d u.s.g. zwroty. Sporne jest bowiem przede wszystkim to, jak należy rozumieć użyty w tym przepisie termin „praca” – w dosłownym – kodeksowym – tego słowa znaczeniu czy też w znaczeniu potocznym, jako świadczenie wszelkich usług. A zatem, czy przepis ten stanowi niejako dopełnienie art. 24a i 24b u.s.g. i dotyczy tylko tzw. niepracowniczego zatrudnienia, czyli tych umów cywilnoprawnych, które swym kształtem zbliżają się do umowy o pracę (np. zlecenie, dzieło, umowa agencyjna czy nawet samozatrudnienie), czy też obejmuje wszelkie umowy cywilnoprawne zawierane z radnym, nawet z radnym będącym przedsiębiorcą, na podstawie których ten świadczy jakąś jednorazową usługę (np. sprzedaży czy dostawy).

⁷ Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o zmianie ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa, o administracji rządowej w województwie oraz zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 45, poz. 497.

3. Zakres przedmiotowy umowy cywilnoprawnej powierzającej radnemu wykonanie pracy

Nie ulega wątpliwości, iż powszechnie przyjmuje się, że obecnie art. 24d u.s.g. zakazuje zawierania umów cywilnoprawnych, nie specyfikując ich typów (umowy nzwane, nienazwane, mieszane itd.)⁸, jednakże pojawia się pytanie o to, co ma być przedmiotem takiej umowy. Z dosłownego brzmienia art. 24d u.s.g. wynika, iż nie może nim być powierzenie wykonywania pracy przez wójta. Zestawienie tych zwrotów, a zwłaszcza terminu „praca”, „powierzenie wykonania” i „wójt” rodzi wyjątkowe problemy. Przyjmując jednak, że celem art. 24d u.s.g. (zgodnie z założeniami pierwszej koncepcji) jest jedynie uzupełnienie zakazów określonych w art. 24a i art. 24b u.s.g. (zakazów zatrudnienia), wykładni tego zwrotu należałoby dokonać przez pryzmat przepisów prawa pracy. W związku z tym przedmiotem umowy, o której mowa w art. 24d u.s.g., nie mogłoby być zobowiązanie odpowiadające treści⁹ art. 22 § 1 Kodeksu pracy¹⁰, zgodnie z którym przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. W tym miejscu rodzi się jednak kolejne pytanie: jeżeli rzeczywiście art. 24d u.s.g. miałyby się odnosić tylko do umów cywilnoprawnych, których przedmiotem byłoby zobowiązanie odpowiadające treści art. 22 § 1 k.p., to po co pracodawca ustanawiałby go w ogóle, skoro przeciwdziałając obchodzeniu przepisów dotyczących zatrudnienia pracowniczego przez zawieranie takich właśnie umów cywilnoprawnych, ustanowił w art. 22 § 1¹ k.p. tzw. miękkie domniemanie stosunku pracy. Innymi słowy, jeżeli nawet strony zawrą umowę, którą nazwą klasyczną umową cywilnoprawną, np. umową o dzieło, może ona być potraktowana, np. przez organy stosowania prawa, jako umowa o pracę. Tym samym, w odniesieniu do radnych umowa taka powinna podlegać ocenie przez pryzmat art. 24a lub 24b u.s.g.¹¹ W tym przypadku bowiem status takiego radnego byłby równoznaczny ze statusem pracownika w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy i art. 2 u.p.s., zaś wójt reprezentowałby pracodawcę na podstawie art. 7 pkt 1 u.p.s. w zw. z art. 3¹ k.p. Odpowiedź na to pytanie jest jednak prosta. SN w wyroku z dnia 23 września 1998 r.¹² zwrócił uwagę na to, że art. 22 § 1¹ k.p.

⁸ Tak też U. Moździeń-Mucha, *Zarządzenie zastępcze wojewody jako administracyjnoprawny środek walki z korupcją w gminie*, „Administracja. Teoria, Praktyka, Dydaktyka” 2007, nr 1, s. 94–95 oraz WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r., III SA/Wr 55/08, LEX nr 519076.

⁹ S. Jaroszyński, *Komentarz do art. 24d ustawy o samorządzie gminnym*, teza 3, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2011, System Informacji Prawnej Legalis [dostęp 2.12.2014].

¹⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy, Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 ze zm.; zwana dalej k.p.

¹¹ S. Jaroszyński, *Komentarz do art. 24d ustawy...*, teza 4.

¹² Wyrok SN z dnia 23 września 1998 r., II UKN 229/98, OSN 1999, nr 19, poz. 627.

nie stwarza domniemania prawnego zawarcia umowy o pracę. Chodzi o to, że to wola stron w ramach przyznanej przez prawo autonomii (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 300 k.p.) decyduje o wyborze podstawy zatrudnienia. Zatrudnienie bowiem nie musi mieć charakteru pracowniczego. Dopiero w razie wątpliwości co do woli stron w ramach powództwa o ustalenie sąd ocenia, czy w danym przypadku nie mieliśmy jednak do czynienia z zawarciem umowy o pracę, a nie umowy cywilnoprawnej. Zatem w razie braku art. 24d u.s.g. dopóki sąd prawomocnie nie ustaliłby, że mamy jednak w danym przypadku do czynienia z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę, nie można byłoby zastosować sankcji wobec radnego. Najistotniejsze jest jednak to, że z wnioskiem o takie ustalenie mogłyby wystąpić tylko strony tej umowy, a przecież one nie byłyby tym zainteresowane, skoro specjalnie zawarły taką umowę w celu obejścia przepisów dotyczących zakazu zatrudnienia. Ci natomiast, którym zależałoby na takim ustaleniu, nie mieliby w tej sprawie legitymacji procesowej.

Takie wąskie rozumienie terminu „praca” przy uwzględnieniu celu, w jakim ustanowiony został zakaz określony w art. 24d u.s.g., przyjął WSA w wyroku z dnia 2 lipca 2009 r.¹³, w którym wskazał, iż „Przepis ten nie zakazuje zawierania jakichkolwiek kontraktów cywilnoprawnych między radnym a gminą, w której uzyskał on mandat. Prawodawca zabrania jedynie umów zobowiązujących radnego do wykonywania pracy. Jeśli wziąć pod uwagę, że chodziło w tym przypadku o wyeliminowanie możliwości obejścia zakazów formalnego zatrudnienia radnego, sformułowanych w art. 24a i w art. 24b¹⁴, nie może być skutecznie podważane twierdzenie, iż chodzi o wykonywanie pracy w znaczeniu ścisłym, a nie potocznym, obejmującym – oprócz specjalistycznego sensu znaczeniowego tego pojęcia – także wszystkie inne przypadki świadczenia jakichkolwiek usług na rzecz drugiej strony umowy. Wyrażono nawet zapatrywanie, że skoro zakaz powierzania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej został bezpośrednio skierowany do organów wykonawczych jednostek samorządowych, może on dotyczyć tych tylko urzędów i stanowisk, co do których organy te mają kompetencje pracodawcy. Wójt (burmistrz, prezydent miasta) może zaś wystąpić w tej roli tylko wobec osób zatrudnianych w urzędzie gminy lub pełniących funkcję kierownika jednostki organizacyjnej gminy”.

Również Anna Wierzbica zwraca uwagę na to, iż „norma zawarta w art. 24d koreluje z treścią art. 24a u.s.g. [...]. Artykuł 24d ma na celu przede wszystkim zapobieganie obchodzeniu przepisów zakazujących nawiązywania stosunku pracy w urzędzie gminy oraz na stanowiskach kierowniczych w gminnych jednostkach organizacyjnych poprzez powierzenie wykonywania radnemu pracy na podstawie umów cywilnoprawnych,

¹³ Wyrok WSA z dnia 2 lipca 2009 r., III SA/WR 140/09, Legalis nr 181753.

¹⁴ Tak też A. Szewc, *Komentarz do art. 24d ustawy o samorządzie gminnym*, teza 1, [w:] G. Jyż, Z. Pławec-ki, A. Szewc, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Lex 2012, wersja elektroniczna, Lex dla Samorządu Terytorialnego [dostęp 2.12.2014].

w szczególności takich jak zlecenie, dzieło czy umowa agencyjna. Omawiany przepis zakazuje także powierzania wykonywania pracy radnemu na podstawie kontraktu menedżerskiego”¹⁵.

Druga z prezentowanych koncepcji, o których wspominałam na wstępie, zakłada natomiast, iż cel art. 24d u.s.g. jest zdecydowanie szerszy. Wiąże się to nierozdzielnie z przyjęciem rozumienia terminu „praca” w znaczeniu potocznym, a nie tylko kodeksowym. Chodzi bowiem o to, że powierzenie wykonania pracy, o którym mowa w art. 24d u.s.g. w takim szerszym ujęciu, nie zawsze rodzi powstanie bezpośredniej zależności, z jaką mamy do czynienia na linii pracodawca–pracownik. Przy takim założeniu celem tego przepisu byłoby nie tylko dopełnienie zakazu zatrudnienia radnego (w dosłownym, kodeksowym tego słowa znaczeniu) uregulowanego w art. 24a i art. 24b u.s.g. i przeciwdziałanie obchodzeniu przepisów prawa pracy, ale również przepis ten miałby zapobiegać czerpaniu przez radnego korzyści finansowych z majątku gminy (coś na wzór zakazu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy przewidzianego w art. 24f u.s.g.). Takie stanowisko zajął WSA w Bydgoszczy w wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r.¹⁶, w którego uzasadnieniu jednoznacznie stwierdził, iż „Celem art. 24d SamGminU jest zakazanie korzystania z indywidualnego prawa radnego do uzyskania korzyści od gminy w postaci dochodu z wykonywanej na jej rzecz pracy. To dzięki tak sformułowanemu zakazowi możliwe jest zachowanie interesu publicznego rozumianego jako zapobieżenie angażowaniu się radnych w sytuacje i uwikłania mogące nie tylko podawać w wątpliwość ich osobistą bezstronność czy uczciwość, ale także podważać autorytet organów, w których działają. [...] Niewątpliwie koniecznym i przydatnym jest, dla zapobieżenia nadużywaniu mandatu radnego, aby nie tylko nie dozwolili radnemu wykorzystywania mienia gminnego w prowadzonej działalności gospodarczej (tak wprost art. 24f SamGminU), ale także zakazać pobierania mu czerpania [pisownia oryginalna – M.G.] korzyści finansowych ze świadczonej wobec gminy pracy – czy to w formie umowy o pracę (tak art. 24b SamGminU), czy też w innych przewidzianych prawem formach, w tych formie [pisownia oryginalna – M.G.] umów cywilnoprawnych, z których realizacją wiąże się osobista praca (np. przy wykonywaniu umowy zlecenia czy umowy o dzieło). Sama zaś odmienność formy, w jakiej radny osiąga korzyść od gminy (tj. dzięki wykonywaniu umowy cywilnoprawnej, a nie umowy o pracę czy działalności gospodarczej) nie może wpłynąć na ocenę, iż proporcjonalność sankcji (wygaśnięcie mandatu), z jaką spotyka się radny w przypadku naruszenia zakazu z art. 24d SamGminU jest taka sama, jak w przypadku art. 24b czy art. 24f SamGminU”.

¹⁵ A. Wierzbica, *Komentarz do art. 24d ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa ABC 2010, Lex dla Samorządu Terytorialnego [dostęp 3.12.2014].

¹⁶ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 29 stycznia 2014 r., II SA/Bd 1299/13, Legalis nr 847993.

Dodatkowym wsparciem szerszej koncepcji rozumienia terminu „praca” jest także posłużenie się przez prawodawcę w art. 24d u.s.g. zwrotem wójt, co sugeruje od razu szersze rozumienie całego art. 24d u.s.g., a nie tylko przez pryzmat prawa pracy. W przypadkach, w których rzeczywiście legislatorowi chodzi o zatrudnienie w dosłownym tego słowa znaczeniu (kodeksowym), posługuje się on innymi zwrotami, tak jak to uczynił w art. 24a i art. 24b u.s.g. Zgodnie bowiem z art. 24a u.s.g. „Z radnym nie może być nawiązywany stosunek pracy w urzędzie gminy [...]”, zaś w myśl art. 24b u.s.g. „osoba wybrana na radnego nie może wykonywać pracy w ramach stosunku pracy w urzędzie gminy [...]”. W przepisach tych, jak widać, prawodawca wskazał na zakaz zatrudnienia u konkretnych pracodawców (urząd gminy czy w odniesieniu do kierowników jednostek organizacyjnych gminy i ich zastępców – same te jednostki) – co jest rozumiane jednoznacznie – a nie na zakaz zawierania umów o pracę z wójtem. Gdyby legislator w art. 24a i art. 24b u.s.g. posłużył się terminem „wójt”, który w myśl art. 7 pkt 1 u.p.s. dokonuje czynności w sprawach z zakresu prawa pracy za pracodawcę¹⁷, to mogłoby to już jednak wywoływać wątpliwości, gdyż w świetle przepisów ustawy o samorządzie gminnym wójt przede wszystkim jako organ wykonawczy (art. 26 ust. 1 u.s.g.) reprezentuje gminę (art. 33 u.s.g.) i składa oświadczenia woli w jej imieniu (art. 46 ust. 1 u.s.g.). Dlatego też, skoro prawodawca w art. 24d u.s.g. stanowi ogólnie o wójcie jako o podmiocie powierzającym wykonanie pracy radnemu, należy przez to rozumieć ten termin nie tylko w kontekście ustawy o pracownikach samorządowych, ale również w znaczeniu, w jakim występuje on na gruncie przepisów ustawy ustrojowej. Patrząc zatem przez pryzmat prawa samorządu terytorialnego, w sytuacji gdy wójt zawiera z radnym umowę cywilnoprawną, należy przyjąć, iż tak naprawdę powierzenia wykonania pracy dokonuje sama gmina. Skoro więc w art. 24d u.s.g. prawodawca postanowił, że „wójt nie może powierzyć wykonania pracy radnemu”, to w świetle tego przepisu termin „wójt” należy rozumieć szeroko, bo może on dokonywać czynności za pracodawcę, jakim jest urząd czy jednostka organizacyjna, ale może również dokonywać czynności w imieniu gminy. W związku z tym art. 24d u.s.g. nie może być uznany jedynie za uzupełnienie zakazu zatrudnienia w ścisłym tego słowa znaczeniu, ustanowionego w art. 24a i art. 24b u.s.g., gdyż dotyczy wszelkich umów cywilnoprawnych zawieranych z radnym, również tych, na podstawie których miałby on wykonywać pracę na rzecz gminy, a nie np. tylko urzędu gminy jako pracodawcy.

¹⁷ Z wyjątkiem zastępców kierowników gminnych jednostek organizacyjnych, o czym wspominałam już na wstępie.

4. Zakaz zawierania umów cywilnoprawnych z radnym w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej

Na zakończenie wypada zwrócić uwagę na jeszcze jedną bardzo ważną kwestię. Otóż przyjmując, iż termin „praca” użyty został w art. 24d u.s.g. w znaczeniu potocznym (szerokim), a nie tylko kodeksowym, oraz że celem art. 24d u.s.g. jest nie tylko uzupełnienie zakazów przewidzianych w art. 24a i art. 24b u.s.g., ale również przeciwdziałanie osiąganiu przez radnego korzyści finansowych z majątku gminy, należałoby w konsekwencji przyjąć, że w odniesieniu do radnego prowadzącego działalność gospodarczą przepis ten zakazuje nie tylko tzw. samozatrudnienia, ale również zawierania wszelkich umów cywilnoprawnych, na podstawie których miałby on świadczyć nawet jednorazowo usługę jako przedsiębiorca w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. O ile bowiem samozatrudnienie jako niepracownicza forma zatrudnienia, w której jednym podmiotem jest zwykle duża jednostka, a drugim jednoosobowa firma, która jest całkowicie zależna ekonomicznie od zleceniodawcy (aczkolwiek nie ma zakazu świadczenia usług także dla innych podmiotów) i wykonuje często te same zadania, która normalnie wykonywałaby jako pracownik w ramach stosunku pracy, stanowi ewidentne obejście zakazów ustanowionych w art. 24a i art. 24b u.s.g., o tyle jednorazowe wykonanie usługi przez radnego przedsiębiorcę na rzecz gminy może być już tylko ocenione w kategoriach zakazu czerpania korzyści z majątku gminy. Pytanie tylko czy art. 24d u.s.g. ma przeciwdziałać czerpaniu takich korzyści w ogóle, czy tylko na uprzywilejowanych warunkach, przy wykorzystaniu przez radnego tego, że posiada on mandat w danej gminie. Pewnego rodzaju wskazówką do rozwiązania tego problemu może być dawne brzmienie art. 24d u.s.g. Pierwotnie bowiem, o czym wspominałam na wstępie, art. 24d u.s.g. przyjmował, iż kontroli podlegało nie tylko powierzenie pracy radnemu na podstawie umowy cywilnoprawnej, ale również udzielenie mu zamówienia nieobjętego przepisami o zamówieniach publicznych. A więc chodziło o kontrolę nad wszystkimi zawieranymi umowami cywilnoprawnymi, na podstawie których radny miałby świadczyć pracę w szerokim tego słowa znaczeniu (czyli usługi, także w ramach udzielonego zamówienia publicznego), przez co osiągałby korzyści finansowe z majątku gminy, za wyjątkiem tych umów, które objęte były przepisami o zamówieniach publicznych (w odniesieniu do nich bowiem funkcję kontrolną sprawować miały przepisy, którymi były objęte). Kiedy w roku 2001 legislator dokonał zmiany art. 24d u.s.g., wprowadzając ogólny zakaz zawierania umów, zrezygnował z zastrzeżenia, że przepis ten dotyczy również zamówień nieobjętych odpowiednimi przepisami. Zdaniem Macieja Guzińskiego nie oznaczało to jednak zawężenia zakresu przedmiotowego tego przepisu, a wręcz przeciwnie. Autor ten podnosi, że zmiana treści art. 24d u.s.g. poprzez pominięcie tej okoliczności i zakazanie zawierania wszelkich umów powoduje, iż aktualnie wójt

nie może powierzyć radnemu osobistego świadczenia pracy także wtedy, gdy powierzenie to miałyby miejsce w wyniku przeprowadzenia odpowiedniej procedury konkursowej¹⁸. Każde bowiem zamówienie wiąże się ze świadczeniem jakichś usług na podstawie zawartej umowy cywilnoprawnej, a te ogólnie od roku 2001 są zabronione. Podobne stanowisko w tej kwestii zajął Urząd Zamówień Publicznych w piśmie wyjaśniającym sytuację radnego jako oferenta. Jednoznacznie bowiem stwierdził, że „zakaz ten [tj. określony art. 24d u.s.g. – przyp. M.G.] obejmuje również umowy zawierane w trybie prawa zamówień publicznych”¹⁹. Wyrażenie tej opinii doprowadziło w praktyce do bardzo dalece idących skutków. Otóż w jednej z gmin rada po przeprowadzonej kontroli przez Regionalną Izbę Obrachunkową uznała, iż umowę sprzedaży dokonaną na rzecz jednostki samorządu terytorialnego przez właściciela sklepu, będącego jednocześnie radnym rady tej gminy należy uznać za umowę o skutku równoważnym z umową o pracę, tj. za umowę, o której mowa w art. 24d u.s.g. Rada, podejmując uchwałę stwierdzającą wygaśnięcie mandatu radego, kierowała się tym, iż kontrolerzy Regionalnej Izby Obrachunkowej w B. powołali się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując w protokole kompleksowej kontroli, iż „zakaz z art. 24d dotyczy wszystkich umów, które mogą stać się przedmiotem zamówienia publicznego. Dotyczy to również dostaw, do których ze względu na wartość zamówienia nie stosuje się ustawy – Prawo zamówień publicznych (jak ma to miejsce w badanym przypadku). Tym samym dokonywanie zakupów w sklepie należącym do radnej stanowi naruszenie art. 24d ustawy o samorządzie gminnym”²⁰. W ocenie organu nadzoru (wojewody podlaskiego) Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w B. uznało powoływaną opinię Urzędu Zamówień Publicznych za zbyt daleko idącą, gdyż „mogłaby ona mieć zastosowanie tylko w przypadku gdy przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byłoby osobiste świadczenie usług przez radnego (np. wykonanie ekspertyzy)”²¹.

Wydaje się jednak, że o ile rzeczywiście udzielenie zamówienia łączy się z zawarciem umowy cywilnoprawnej, o tyle nie powinno się chyba raczej odnosić tego zakazu do wszelkich udzielanych zamówień. Jak słusznie bowiem zauważył Andrzej Szewc, „Rozwiązanie to (przy założeniu, że celem omawianego przepisu [tj. art. 24d u.s.g. – przyp. M.G.] jest zwalczanie sytuacji dewiacyjnych i że funkcją przepisów o zamówieniach publicznych jest przeciwdziałanie takim zjawiskom) trudno zaakceptować”²². Dla-

¹⁸ M. Guziński, *Udzielenie przez burmistrza gminy zamówienia publicznego radnemu prowadzącemu działalność gospodarczą na terenie gminy, w której uzyskał mandat*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2005, z. 2, s. 21.

¹⁹ www.uzp.gov.pl [dostęp 03.12.2014].

²⁰ Rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody podlaskiego z dnia 18 kwietnia 2008 r., NK.II.DJ.0911-77/09, LEX nr 492975, „Wspólnota” 2008, nr 19, s. 46.

²¹ *Ibidem*.

²² A. Szewc, *Komentarz do art. 24d ustawy...*, teza 8.

tego też autor ten postuluje, aby przy kolejnej nowelizacji ustawy wrócić do koncepcji, na której opierał się pierwotny tekst art. 24d u.s.g. Coraz częściej bowiem zarówno w doktrynie²³, jak i orzecznictwie²⁴, zwraca się uwagę na to, iż zakazy dotyczące zawierania przez radnych jakichkolwiek umów (np. takich, na podstawie których radny-przedsiębiorca byłby uprawniony do korzystania z mienia komunalnego danej gminy w prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej) należy oceniać przez pryzmat tego, czy dostęp do zawarcia takiej umowy był równy, na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu czynności prawnych oraz czy wybór oferenta odbywał się w sposób obiektywny, co w zasadzie powinny zabezpieczyć przepisy o zamówieniach publicznych.

Zakończenie

Podsumowując całość rozważań, należy pozytywnie ocenić ideę wprowadzenia przepisów, których zadaniem jest przeciwdziałanie powstawaniu kłopotliwych zależności pomiędzy wójtem będącym organem wykonawczym gminy a radnym, będącym członkiem drugiego organu, jakim jest rada. I chociaż rzeczywiście ostatnia poruszona w niniejszym opracowaniu kwestia jest kontrowersyjna, to nie ulega wątpliwości, że art. 24d u.s.g. obejmuje swym zakresem wszelkie niepracownicze formy zatrudnienia radnego, poczynwszy od kontraktu menadżerskiego, poprzez umowę zlecenia, umowę o dzieło czy też umowę agencyjną, aż po popularne samozatrudnienie. Niewątpliwym mankamentem tej regulacji jest to, iż znajduje ona zastosowanie jedynie do sytuacji zaistniałych już po uzyskaniu mandatu radnego. Prawodawca tym razem (w przeciwieństwie do art. 24a i uzupełniającego go art. 24b u.s.g.) nie odniósł się w ogóle do przypadków, w których radny wykonywał pracę na podstawie takiej umowy cywilnoprawnej jeszcze przed wyborami. Z uwagi jednak na pożądane wyeliminowanie zależności zachodzącej pomiędzy radnym a wójtem wskazane byłoby jak najszybsze rozwiązanie takiej umowy. Dla większej pewności prawa ten brak ustawowej regulacji wymaga uzupełnienia, dlatego też należy postulować *de lege ferenda* o dokonanie stosowanej zmiany w tym zakresie.

²³ J. Jagoda, *Komentarz do art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym*, teza 3, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, Kraków 2005, s. 194.

²⁴ Tak np. NSA w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r., II OSK 2926/12, www.orzeczenia.nsa.gov.pl; NSA w wyroku z dnia 29 sierpnia 2007 r., II OSK 1618/06, LEX nr 364703; NSA w wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r., II OSK 715/12, LEX nr 1219172.

Bibliografia

Literatura

- Guziński M., *Udzielenie przez burmistrza gminy zamówienia publicznego radnemu prowadzącemu działalność gospodarczą na terenie gminy, w której uzyskał mandat*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2005, z. 2.
- Jagoda J., *Komentarz do art. 25b ustawy o samorządzie powiatowym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, Kraków 2005.
- Jaroszyński S., *Komentarz do art. 24d ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Możdżeń-Mucha U., *Zarządzenie zastępcze wojewody jako administracyjnoprawny środek walki z korupcją w gminie*, „Administracja. Teoria. Praktyka. Dydaktyka” 2007, nr 1.
- Pitera J., *Przepisy antykorupcyjne w samorządzie gminnym*, „Głosa” 2002, nr 11.
- Szewc A., *Komentarz do art. 24d ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] G. Jyż, Z. Pławewski, A. Szewc, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Lex 2012, wersja elektroniczna, Lex dla Samorządu Terytorialnego.
- Wierzbica A., *Komentarz do art. 24d ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2010.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy, Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 ze zm.
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.
- Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o zmianie ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa, o administracji rządowej w województwie oraz zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 45, poz. 497.
- Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, Dz. U. z 2014 r., poz. 1202 ze zm.
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, Dz. U. Nr 21, poz. 112, ze zm.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z dnia 23 września 1998 r., II UKN 229/98, OSN 1999, nr 19, poz. 627.
- Wyrok NSA z dnia 7 kwietnia 2000 r., II SA 2253/99, „Prawo Pracy” 2000, nr 9, s. 42.
- Wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2007 r., II OSK 1618/06, LEX nr 364703.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 12 czerwca 2008 r., III SA/Wr 55/08, LEX nr 519076.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 2 lipca 2009 r., III SA/Wr 140/09, Legalis nr 181753.
- Wyrok NSA z dnia 5 czerwca 2012 r., II OSK 715/12, LEX nr 1219172.
- Wyrok NSA z dnia 31 stycznia 2013 r., II OSK 2926/12, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 29 stycznia 2014 r., II SA/Bd 1299/13, Legalis nr 847993.
- Rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody podlaskiego z dnia 18 kwietnia 2008 r., NK.II.DJ.0911-77/09, LEX nr 492975, „Wspólnota” 2008, nr 19, s. 46.

Źródła internetowe:

www.uzp.gov.pl

