

**Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura we Wrocławiu**

Wrocław, dnia 25 września 2009 r.

**Pan
Rafał Jurkowlaniec
Wojewoda Dolnośląski**

P/09/186
LWR-410-11-01/2009

Tekst ujednolicony

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

Na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zwanej dalej „ustawą o NIK”, Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu, skontrolowała Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu, zwany dalej „Urzędem”, w zakresie nadzoru prawnego nad procesem tworzenia i przystępowania samorządów gminnych z terenu Dolnego Śląska do spółek prawa handlowego oraz nadzoru nad wykonywaniem przez wójtów (burmistrzów, prezydentów) obowiązku w zakresie corocznego składania Ministrowi Skarbu Państwa informacji dotyczących przekształceń i prywatyzacji mienia komunalnego w ramach kontroli „Funkcjonowanie wybranych spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska w latach 2006-2008”.

W związku z kontrolą, której wyniki przedstawione zostały w protokole kontroli podpisanym w dniu 5 sierpnia 2009 r., Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 60 ustawy o NIK, przekazuje Panu Wojewodzie niniejsze wystąpienie pokontrolne.

Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie ocenia działania Wojewody Dolnośląskiego w latach 2006-2008 w zakresie sprawowania nadzoru prawnego nad uchwałami rad gminnych z terenu Dolnego Śląska związanych z utworzeniem bądź przystąpieniem samorządu gminnego do spółek prawa handlowego, pomimo nieprawidłowości polegających na zbyt ograniczonym nadzorze lub nieuzasadnionym odstąpieniu od działań nadzorczych wobec 2 uchwał na 13 zbadanych. NIK pozytywnie ocenia również realizację zadań związanych

¹ Dz.U. z 2007 r. nr 231, poz. 1701 ze zm.

z nadzorem nad wykonywaniem przez wójtów (burmistrzów, prezydentów) z terenu Dolnego Śląska obowiązku w zakresie corocznego składania Ministrowi Skarbu Państwa informacji dotyczących przekształceń i prywatyzacji mienia komunalnego, mimo nieprawidłowości związanych z brakiem wystarczających, bieżących i skutecznych działań w tym zakresie, co przyniosło konsekwencje w postaci niewypełnienia lub nieterminowej realizacji tego obowiązku przez część samorządów gminnych. Ocenę tę uzasadniają wskazane nieprawidłowości i ich oceny cząstkowe zaprezentowane w dalszej części wystąpienia.

1. Zapisy ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym², zwanej dalej „usg” określają obowiązek przedłożenia przez wójtów (burmistrzów, prezydentów) uchwał rady gminy w terminie 7 dni od podjęcia, w tym dotyczących utworzenia bądź przystąpienia do spółek prawa handlowego oraz przysługujące Wojewodzie Dolnośląskiemu, zwanemu dalej „Wojewodą” uprawnienia nadzorcze wobec uchwał sprzecznych z prawem³.

W badanym okresie 2006-2008 Wojewodzie do wskazanego wyżej nadzoru przedłożono 28 uchwał w sprawie utworzenia spółek prawa handlowego, 32 o przystąpieniu gminy do takich spółek i 10 w innych sprawach związanych z funkcjonowaniem spółek - razem 70 uchwał podjętych przez 45 rad gminnych z terenu Województwa Dolnośląskiego. Wojewoda podjął działania nadzorcze wobec 6 tych uchwał (8,6%), polegające w odniesieniu do 2 przypadków na stwierdzeniu nieważności uchwały⁴, podtrzymanego ostatecznie w jednej sprawie, a w stosunku do 4 uchwał o niezgodności z prawem części zapisów uchwał⁵. Analiza 13 spraw spośród 70 uchwał przedłożonych Wojewodzie do nadzoru (19% próba) wykazała, że w stosunku do 7 uchwał (53,8%) Wojewoda w trakcie postępowania skorzystał z uprawnień wynikających z art. 88 usg co do pozyskania informacji i danych niezbędnych dla wykonywania przysługujących mu uprawnień nadzorczych. Pozyskanie informacji

² Dz.U. z 2001r. nr 142, poz.1591 ze zm.;

³ stwierdzenie nieważności uchwały w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia doręczenia, stwierdzenie nieważności uchwały wstrzymuje jej wykonanie (art. 91, 92). W przypadku złożenia przez gminę skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze sprawę rozpatruje sąd administracyjny (art. 92a). W przypadku nie podjęcia działań nadzorczych w ciągu 30 dni od doręczenia uchwały, Wojewoda nie może we własnym zakresie stwierdzić jej nieważności, może natomiast zaskarżyć uchwałę do sądu administracyjnego (art. 93 ust. 1). Po upływie jednego roku od podjęcia uchwały nie można stwierdzić nieważności uchwały³, jednak jeżeli istnieją przesłanki, to Wojewoda występuje do sądu administracyjnego o wydanie orzeczenia o niezgodności z prawem (art. 94).

⁴ [1] uchwała Rady Miejskiej Wrocławia Nr VIII/150/07 z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie przystąpienia Gminy Wrocław do Spółki Wrocławski Klub Sportowy „Śląsk Wrocław” S.A., [2] uchwała Rady Miejskiej w Miliczu Nr XXVIII/149/08 z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie utworzenia Spółki Ośrodek Sportu i Rekreacji Sp. z o.o.

⁵ [1] uchwała Rady Miejskiej w Oleśnicy Nr XXXVII/286/06 z 21 stycznia 2006 r. w sprawie utworzenia spółki Oleśnicki Park Wodny „Atol”, [2] uchwała Rady Miejskiej w Kowarach Nr XV/64/07 z 19 września 2007 r. w sprawie utworzenia spółki „Stacja Sportów Zimowych i Paralotniarstwa Kowary”, [3] uchwała Rady Miejskiej w Miliczu Nr XXVII/138/08 z 26 września 2008 r. w sprawie utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością dla realizacji inwestycji związanej z budową hotelu i pływalni oraz jej eksploatacji i zarządzania hotelem i pływalnią, [4] uchwały Rady Miejskiej w Miliczu Nr XXX/166 z 18 grudnia 2008 r. w sprawie utworzenia Spółki Ośrodek Sportu i Rekreacji Sp. z o.o.

w zakresie przewidywanego przedmiotu działalności spółki, którą gmina tworzy lub do której przystępuje ma zasadnicze znaczenie dla dokonania właściwej oceny, co do zgodności z prawem uchwały przedłożonej do nadzoru, szczególnie dla weryfikacji, czy przedmiot działalności gospodarczej, jaką zamierza prowadzić gmina poprzez spółkę związany jest z realizacją zadań własnych (zleconych) samorządów gminnych, czy nie narusza ustawowych ograniczeń prowadzenia takiej działalności przez gminy. Stosowanie się samorządów gminnych do zasady legalizmu w działaniach związanych z tworzeniem lub przystępowaniem do spółek prawa handlowego, oznaczającego w praktyce wskazania konkretnej normy prawnej, jednoznacznie upoważniającej radę gminy do podjęcia takich działań, wynika z uregulowań art. 7 Konstytucji RP, który nakazuje organom władzy publicznej działanie na podstawie i w granicach prawa. Prawna możliwość i swoboda tworzenia i przystępowania gmin do spółek handlowych⁶ ustalona zapisem art. 9 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej⁷ została ograniczona poprzez uregulowania art. 10 ust. 1-3 tejże ustawy w związku z art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, poprzez wskazanie przypadków, w których gmina może podjąć działalność gospodarczą poza sferą użyteczności publicznej. Uwzględnienie przez Wojewodę ograniczeń prawnych w prowadzonej przez gminy działalności gospodarczej w ramach wskazanych wyżej uprawnień nadzorczych ma zasadnicze znaczenie, także ze względu na konieczność zachowania prawa unijnego w części odnoszącej się do zasady swobodnej konkurencji wynikającej z Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę. Badania kontrolne wykazały, że samorządy gminne tworzą spółki prawa handlowego i powierzają im bezprzetargowo realizację zadań, poprzez zapisy aktu założycielskiego, także w rozmiarze sytuującym tę spółkę w pozycji dominującej na rynku, zamiast wyłonić podmiot realizujący te zadania poprzez przetarg z udziałem innych podmiotów gospodarczych funkcjonujących na określonym rynku. Niedopuszczalność tego typu praktyk znalazła potwierdzenie w wyroku Sądu Antymonopolowego z 12 października 1994 r.⁸, gdzie wskazano, że obowiązującą ogólnie zasadą jest wolny i równy dostęp wszystkich podmiotów prawa do wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej, tj. do wykonywania zadań własnych spoczywających na jednostkach samorządu gminnego, polegających na zaspakajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej, zaś określone wyjątki od tej zasady mogą wynikać jedynie z przepisów ustawowych. Stanowisko takie znalazło również

⁶ z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych

⁷ Dz.U. z 1997 r. nr 9, poz.43 ze zm.

⁸ XVIIAmr 27/94, nie publikowane

potwierdzenie w szeregu wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości⁹. Powyższe potwierdza, że dla właściwej realizacji zadań nadzorczych w stosunku do uchwał rad gminnych w sprawie utworzenia lub przystąpienia do spółki prawa handlowego niezbędne jest pozyskanie dodatkowych informacji w trybie art. 88 usg, szczególnie w zakresie celu i przedmiotu działalności spółki. W ocenie NIK nie można dokonać tego metodą wskazaną w czasie kontroli w odniesieniu do części zbadanych postępowań nadzorczych, polegającą na analizie danych zamieszczonych na stronach internetowych poszczególnych gmin.

2. Analiza dokumentacji dotyczącej 13 procedur dokonywania w badanym okresie 2006-2008 przez Wojewodę (za pośrednictwem Wydziału Nadzoru i Kontroli w Urzędzie) oceny pod względem zgodności z prawem wybranych uchwał rad gmin w sprawie utworzenia lub przystąpienia do spółki prawa handlowego wykazała 2 przypadki ograniczonego zakresu bądź nieuzasadnionego odstąpienia od działań nadzorczych.

2.1. W przypadku uchwały Rady Miejskiej Wrocławia Nr VIII/150/07 z 19 kwietnia 2007 r., na podstawie której zdecydowano o przystąpieniu Gminy Wrocław do Spółki Wrocławski Klub Sportowy „Śląsk Wrocław” S.A. poprzez objęcie 400 akcji o łącznej wartości 400 tys. zł¹⁰, Wojewoda (ówczesny) w październiku 2007 r. wycofał skargę złożoną w czerwcu tego roku w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym we Wrocławiu w ramach działań nadzorczych przewidzianych art. 93 ust. 1 usg, w której wniósł o stwierdzenie nieważności przedmiotowej uchwały. Badania kontrolne wykazały, że decyzję o wycofaniu skargi podjęto, pomimo tego, że stan faktyczny i prawny nie uległ zmianie w okresie od złożenia do wycofania przedmiotowej skargi, tj. od czerwca do października 2007 r. W dalszym ciągu podstawowym przedmiotem działalności Spółki akcyjnej „Śląsk Wrocław” była wyczynowa działalność sportowa nastawiona na osiąganie zysku w postaci zawodowej drużyny piłkarskiej (wówczas II-ligowej, od sezonu 2008/2009 - ekstraklasa). Nie zmienił się w tym czasie także stan prawny, do którego odwoływano się uzasadniając przedmiotową skargę. W dalszym ciągu obowiązywały te same ograniczenia wobec samorządów gminnych co do prowadzenia działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej ustalone przepisem art. 10 ust. 1-3 ustawy o gospodarce komunalnej. Tak więc w październiku 2007 r. aktualne i uzasadnione pozostawały argumenty użyte w skardze w czerwcu tego roku, że, cytat: *„działalność spółki Wrocławski Klub Sportowy Śląsk Wrocław Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu nie jest tożsama z realizacją zadań o charakterze użyteczności publicznej czy*

⁹ m.in. w sprawach C-107/98 Teckal, C-26/03 Stadt Halle, C-84/03 Komisja p. Hiszpanii, C-458/03 Parking Brixen

¹⁰ po kolejnych podwyższeniach kapitału ostatecznie Gmina objęła 14 400 akcji o łącznej wartości 14.400 tys. zł

ustawowo określonych zadań własnych gminy. Ponadto działalność ta wykracza poza prawnie dopuszczalną możliwość uczestnictwa gminy w spółkach prawa handlowego działających poza sferą użyteczności publicznej. Tym samym przystąpienie Gminy Wrocław do przedmiotowej Spółki jest nieuzasadnione i niedopuszczalne”. Po wyspecyfikowaniu przedmiotu działalności Spółki „Śląsk Wrocław”, ze wskazaniem m.in. sprzedaży detalicznej i hurtowej żywności, napojów i wyrobów tytoniowych, prowadzenia restauracji i działalności reklamowej, opierając się w sposób właściwy na definicji gospodarki komunalnej ustalonej przepisem art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o gospodarce komunalnej, w uzasadnieniu skargi podano, cytując: „Wskazane pola i obszary działalności Spółki nie mają nic wspólnego z nieprzerwanym zaspokajaniem zbiorowych potrzeb wspólnoty. Działania podejmowane przez Spółkę nie oddziałują bezpośrednio na członków lokalnej wspólnoty, korzystanie z tejże działalności jest ograniczone do stosunkowo niewielkiego kręgu podmiotów, brak tu istotnego elementu powszechności świadczonych usług (choćby w porównaniu do działalności użyteczności publicznej polegającej na zbiorowym zaopatrzeniu w wodę...).……Organ nadzoru uznał, że działalność tejże osoby prawnej nie dotyczy sfery użyteczności publicznej – zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej ani nie służy realizacji gminnych zadań publicznych. Charakter jak i przedmiot działalności Spółki nie wyczerpuje przesłanek prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej określonych w art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej”. Wojewoda w sposób trafny dla podkreślenia zasadności przedmiotowej skargi przywołał dotychczasowe orzecznictwo sądów administracyjnych tj. wyrok z dnia 9 stycznia 2003 r. wydany przez NSA Ośrodek Zamiejscowy w Gdańsku¹¹, z 7 października 2003 r. przez NSA w Lublinie¹², z 19 czerwca 2006 r. przez WSA w Rzeszowie¹³ i z 19 lipca 2006 r. przez WSA w Gliwicach¹⁴. Mimo tego w październiku 2007 r. ówczesny Wojewoda podjął decyzję o cofnięciu skargi z uwagi na dokonanie przez Radę Miejską Wrocławia zmiany w uchwale Nr VIII/150/07 z 19 kwietnia 2007 r. podstawy prawnej poprzez dodanie oprócz art. 9 także art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej¹⁵ oraz przedmiotu działalności Spółki „Śląsk Wrocław”. Przywołanie w przedmiotowej uchwale art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej i odwołanie się do przewidywanej tym przepisem możliwości przystąpienia do Spółki „Śląsk Wrocław” ze względu na jej ważność dla rozwoju Gminy Wrocław nie wpływało na zmianę oceny zawartej w skardze, bowiem Wojewoda wnosząc w czerwcu 2007 r. o stwierdzenie

¹¹ SA/Gd 1968/02

¹² II SA/Lu 1115/03

¹³ I SA/Rz 400/06

¹⁴ I SA/GI 927/06

¹⁵ na podstawie uchwały zmieniającej Nr XII/247/07 z dnia 13 września 2007 r.

nieważności tej uchwały, brał pod uwagę także tę możliwość, co potwierdzają zapisy uzasadnienia skargi. Słusznie stwierdzono, że „*fakt utworzenia bądź uczestnictwa Gminy w spółce prawa handlowego prowadzącej działalność gospodarczą wykraczającą poza sferę użyteczności publicznej, uznanej za ważną dla rozwoju gminy, powinien mieć bezpośredni udział i być obiektywnie postrzeganą przyczyną tego rozwoju*”. W sposób prawidłowy, przywołując wyrok NSA Ośrodek zamiejscowy w Lublinie z dnia 7 października 2003 r. wskazano „*udział gminy w spółce prawa handlowego prowadzącej działalność wykraczającą poza sferę użyteczności publicznej, jako „ważnej dla rozwoju gminy” wymaga szczegółowego uzasadnienia*”. Także dokonana w międzyczasie zmiana przedmiotu działalności Spółki „Śląsk Wrocław” S.A., polegająca na dodaniu zapisów m.in. o prowadzeniu działalności pozostałej związanej ze sportem (PKD 92.62.Z), działalności związanej z poprawą kondycji fizycznej (PKD 93.04.Z) i z działalnością stadionów i obiektów sportowych (PKD 92.61.Z) nie wpływała na właściwą ocenę zawartą w skardze, że podstawowa działalność tej Spółki związana jest ze sportem zawodowym w postaci klubu piłkarskiego. Oceny takiej nie kwestionowała również Gmina Wrocław w trakcie postępowania związanego z przedmiotową skargą¹⁶, wskazując jedynie, że udział Gminy w tej Spółce jest ważny dla jej rozwoju, z czym, słusznie nie zgodził się Wojewoda kierując przedmiotową skargę w czerwcu 2007 r. do WSA we Wrocławiu. Trafność działań nadzorczych podjętych w czerwcu 2007 r. potwierdza również wykorzystanie 14.000 tys. zł przekazanych przez Gminę Wrocław do Spółki „Śląsk Wrocław” S.A. w ramach podwyższenia kapitału akcyjnego na wykup licencji zawodników pozyskanych do zawodowej drużyny piłkarskiej oraz uwidocznienie w kwietniu 2008 r. w Krajowym Rejestrze Sądowym na pierwszym miejscu przedmiotu działalności związanej z działalnością klubów sportowych (PKD 93.12.Z). Ponadto Gmina Wrocław składając w lipcu 2007 r. do WSA we Wrocławiu wniosek o oddalenie przedmiotowej skargi nie przedstawiła nowych argumentów, które pozwalałyby zmienić stanowisko Wojewody, że przystąpienie do Spółki „Śląsk Wrocław” nie jest ważne dla rozwoju tej Gminy. Przywołane bowiem cele, tj. promocja miasta poprzez spółkę zajmującą się sportem profesjonalnym, propagowanie sportu oraz szkolenie młodzieży, były brane pod uwagę przy rozpatrywaniu 4 spraw objętych przywołanymi w skardze wyrokami sądów administracyjnych, na podstawie których uznano udział samorządu gminnego w takich spółkach za niezgodny z prawem. Nie można także podzielić argumentacji o wycofaniu skargi podanej w czasie kontroli NIK, wskazującej na uzasadnienie wyroku wydanego przez NSA w Lublinie w dniu 7 października

¹⁶ w odpowiedzi na skargę wpisano „Spółka prowadzi II ligowy klub piłkarski, posiadający licencję wydaną przez Komisję ds. Licencji Klubowych II ligi PZPN na sezon 2006/2007”

2003 r.¹⁷, bowiem sąd w tym uzasadnieniu na bazie obowiązującego prawa wykazał jedynie zbieżność pojęć kultura fizyczna i sport profesjonalny i wynikające z tego pokrywanie się tych sfer działalności, a ostatecznie wydał wyrok, w którym uznał za zgodne z prawem działanie nadzorcze wojewody stwierdzające nieważność uchwały rady miejskiej w sprawie utworzenia przez gminę z innymi podmiotami sportowej spółki akcyjnej. Dodatkowo należy zauważyć, że przywołany wyrok NSA w Lublinie brany był pod uwagę w czasie składania przedmiotowej skargi w czerwcu 2006 r., o czym świadczy jego przywołanie w uzasadnieniu. Biorąc pod uwagę powyższe odstąpienie przez Wojewodę od działań nadzorczych wobec uchwały Rady Miejskiej Wrocławia Nr VIII/150/07 z 19 kwietnia 2007 r., na podstawie której zdecydowano o przystąpieniu Gminy Wrocław do Spółki Wrocławski Klub Sportowy „Śląsk Wrocław” S.A. nie znajdowało uzasadnienia faktycznego i prawnego.

2.2. W stosunku do uchwały Rady Miejskiej w Miliczu Nr XXVII/138/08 z dnia 26 września 2008 r. podjęto działania nadzorcze w trybie art. 91 ust. 1 usg wobec części zapisów ustalających sposób działania Burmistrza dla wykonania tej uchwały¹⁸ wskazując przekroczenie kompetencji poszczególnych organów samorządu gminnego, nie negując naruszenia prawa w związku z utworzeniem przez Gminę Milicz wraz z innymi 2 podmiotami z sektora prywatnego spółki mającej na celu wybudowanie i użytkowanie komercyjnego hotelu oraz pływalni. W ocenie NIK podjęcie przez Gminę Milicz działalności gospodarczej związanej z komercyjnym hotelem stanowiło istotne naruszenie ustawy o gospodarce komunalnej, co powinno się wiązać z podjęciem działań nadzorczych poprzez stwierdzenie nieważności uchwały w zakresie działalności hotelarskiej. Działalność hotelarska bowiem nie należy do zadań własnych (zleconych) Gminy, nie można jej zaliczyć do zadań o charakterze użyteczności publicznej, zdefiniowanych przepisem art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, nie stanowi także usług w zakresie bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Prowadzenie przez Gminę Milicz działalności hotelarskiej poprzez tworzoną wraz z 2 podmiotami prywatnymi Spółkę nie mieści się również w katalogu przypadków ustalonych przepisem art. 10 ust. 1-3 ustawy o gospodarce komunalnej, w których samorząd gminny może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Działalność taka nie spełnia bowiem łącznych warunków wynikających z art. 10 ust. 1 przywołanej wyżej ustawy, gdyż niezależnie od stanu bezrobocia, muszą wystąpić 2 inne czynniki, które nie wystąpiły – muszą być nie

¹⁷ patrz przypis 12

¹⁸ fragment zapisu § 4 „wraz z upoważnieniem do negocjacji umowy Spółki oraz jej zawarcia”

zaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na tego rodzaju usługi oraz zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej. Działalność hotelarska nie spełnia również warunku wynikającego z ust. 2 tegoż artykułu 10, ponieważ nie dotyczy zbycia lub rozporządzenia mieniem. Prowadzenie tej działalności nie jest możliwe także na podstawie art. 10 ust. 3 ww. ustawy, gdyż nie mieści się w katalogu 6 rodzajów działalności gospodarczych¹⁹ dozwolonych dla samorządów gminnych tym przepisem. Nie można także znaleźć argumentów pozwalających zaliczyć działalność hotelarską jako ważną dla rozwoju Gminy. Ponadto prowadzenie takiej działalności przez Gminę Milicz poprzez Spółkę naruszało ograniczenia zawarte w art. 6 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym ustalającym, że do zakresu działania samorządów gminnych należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów. Działalność hotelarska poprzez zapis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych²⁰ uznana została za działalność gospodarczą, której prowadzenie zostało zastrzeżone wyłącznie dla przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²¹. Gmina, mimo iż posiada osobowość prawną i w określonych sytuacjach prowadzi działalność gospodarczą w formie komunalnych zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, nie może być uznana za przedsiębiorcę w rozumieniu przywołanej wyżej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie nr OSK 1192/04 z 24 lutego 2005 r. Na powyższą ocenę nie ma wpływu połączenie budowy i eksploatacji hotelu z pływalnią, której realizację należy zaliczyć do zadań własnych Gminy Milicz z zakresu terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych ustalonych przepisem art. 7 ust. 1 pkt. 10 usg. Kontrola ujawniła również prowadzenie od 2000 r. działalności hotelarsko-restauracyjnej przez Gminę Polkowice poprzez spółkę AQUA HOTEL S.A.²² utworzonej wspólnie z 2 innymi podmiotami, w tym jednym z sektora prywatnego na podstawie uchwały Rady Miejskiej w Polkowicach Nr XVI/210/2000 z 28 kwietnia 2000 r. wobec której Wojewoda nie podjął działań nadzorczych. Należy przy tym zauważyć, że działalność ta prowadzona jest przez Gminę Polkowice ze stratą, która za okres 2006-2008 zamknęła się łączną kwotą 1.468,8 tys. zł a w ramach dokapitalizowania ze środków publicznych przekazano 6.304 tys. zł.

¹⁹ bankowa, ubezpieczeniowa, doradcza, promocyjna, edukacyjna, wydawnicza na rzecz samorządu gminnego

²⁰ Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.

²¹ Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.

²² po zmianach kapitałowych poprzez spółkę AQUAPARK S.A. w której Gmina posiada 100% akcji

3. Kontrola wykazała niewystarczający nadzór ze strony Wojewody nad wykonywaniem przez wójtów (burmistrzów, prezydentów) z terenu Dolnego Śląska obowiązku w zakresie corocznego składania Ministrowi Skarbu Państwa informacji dotyczących przekształceń i prywatyzacji mienia komunalnego w ramach uregulowań art. 69 ust. 1 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji²³. Obowiązek prawny sprawowania takiego nadzoru przez Wojewodę wynika z art. 69 ust. 1a przywołanej wyżej ustawy a instrumenty organizacyjne dla właściwego i bieżącego wykonywania czynności związanych z tym nadzorem ustalone zostały poprzez zapis § 3 rozporządzenia Ministra Skarbu Państwa z 12 listopada 2003 r. w sprawie zakresu i trybu składania informacji dotyczących przekształceń i prywatyzacji mienia komunalnego²⁴, który nakładał obowiązek jednoczesnego przekazania Wojewodzie takiej informacji w formie wydruku i w formie zapisu elektronicznego, niezależnie od doręczenia Ministrowi Skarbu. Badania kontrolne ujawniły, że na 169 gmin z terenu Dolnego Śląska obowiązek złożenia takiej informacji za 2006 r. dopełniło 166 gmin (98,2%) a za 2007 r. – 157 (92,9%). Należy jednak zauważyć, że tylko 1/3 tych informacji została złożona w wymaganym terminie do 31 marca następnego roku²⁵. Podejmowane przez Wojewodę działania w ramach nadzoru polegające na wysyłaniu pism monitujących nie wpłynęły na poprawę terminowości składania tych informacji, choć ostatecznie pozwoliły uzyskać dość wysoki stopień realizacji tego obowiązku kształtujący się na poziomie od 92,9% do 98,2% ogółu zobowiązanych gmin. Należy podkreślić, że zapewnienie w ramach nadzoru rzetelnej i terminowej realizacji tego obowiązku ze strony wójtów (burmistrzów, prezydentów) ma znaczenie ze względu na posiadanie przez te informacje statusu badań statystycznych w ramach zapisów ustawy z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej²⁶. Takie usytuowanie tych informacji stwarza również możliwości prawne dla egzekwowania właściwej i terminowej realizacji tego obowiązku w związku z odpowiedzialnością karną za odmowę wykonania tego obowiązku statystycznego lub nieterminowe przekazanie danych, z których Wojewoda w badanym okresie nie korzystał. Do powstania wskazanych nieprawidłowości w zakresie przekazywania przedmiotowych informacji mógł przyczynić się brak formalnego przypisania obowiązków z tego zakresu w ramach struktury organizacyjnej Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego.

Przedstawiając Panu Wojewodzie powyższe uwagi i oceny, Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu, wnosi o:

²³ Dz. U. z 2002 r. nr 171, poz. 1397 ze zm.;

²⁴ Dz. U. z 2003 r. nr 206, poz. 2004;

²⁵ dane za 2007 i 2008 r., za 2006 r. – brak danych

²⁶ Dz. U. z 1995 r. nr 88, poz. 439 ze zm.;

1. Dokonanie analizy wszystkich uchwał rad gminnych przedłożonych Wojewodzie Dolnośląskiemu do nadzoru w latach 2006-2008 podjętych przez gminy w związku z tworzeniem bądź przystąpieniem do spółek prawa handlowego pod względem ich zgodności z obowiązującym stanem prawnym w zakresie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez samorządy gminne i podjęcie możliwych prawnie czynności nadzorczych w przypadku istotnego naruszenia prawa.

2. Podjęcie działań mających na celu wyegzekwowanie terminowej realizacji obowiązku statystycznego w zakresie corocznego składania Ministrowi Skarbu Państwa informacji dotyczących przekształceń i prywatyzacji mienia komunalnego przez wszystkich wójtów (burmistrzów, prezydentów) z terenu Dolnego Śląska, m.in. poprzez wykorzystanie możliwości prawnych w zakresie odpowiedzialności karnej za odmowę wykonania tego obowiązku statystycznego lub nieterminowe przekazanie danych i formalne ustalenie odpowiedzialności za realizację czynności związanych z nadzorem w tym zakresie w ramach struktury organizacyjnej Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego.

Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu, na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy o NIK, oczekuje od Pana Wojewody, przedstawienia w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, informacji o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków bądź o działaniach podjętych w celu realizacji wniosków lub przyczynach niepodjęcia takich działań.

Zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy o NIK, w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, przysługuje Panu Wojewodzie prawo zgłoszenia na piśmie do Dyrektora Najwyższej Izby Kontroli Delegatury we Wrocławiu, umotywowanych zastrzeżeń w sprawie zawartych w tym wystąpieniu ocen, uwag i wniosków.

W razie zgłoszenia zastrzeżeń, zgodnie z art. 62 ust. 2 ustawy o NIK, termin nadesłania informacji, o której mowa wyżej, liczy się od daty otrzymania ostatecznej uchwały właściwej komisji NIK o sposobie ich rozpatrzenia.