



WOJEWODA ŚLĄSKI

nr II. 4104. 1. 2019

29

Urząd Gminy w Istebnej

Wpłynęło dnia 15.10.2019

Nr. 04993/2019 Zat. [signature]

Katowice, 2019 -10- 11

Zarządzenie zastępcze

Na podstawie art. 98a ust. 2 z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 506 ze zm.)

stwierdzam wygaśnięcie mandatu radnego

Rady Gminy Istebna – Pana Marka Iwanka w związku z zaistnieniem przesłanki określonej przepisem art. 383 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 684), zwanej dalej „Kodeksem wyborczym”.

Uzasadnienie

W ocenie organu nadzoru mandat Pana Marka Iwanka radnego Rady Gminy Istebna wygasł z mocy prawa wskutek naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonych w odrębnych przepisach działalności, tj. z przyczyny określonej w art. 383 § 1 pkt 5 Kodeksu wyborczego.

Radni, zgodnie z brzmieniem art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, 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 natomiast do treści art. 24f ust. 1a ustawy o samorządzie gminnym, 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.

W art. 383 § 1 pkt 5 Kodeks wyborczy stanowi, iż wygaśnięcie mandatu radnego następuje w przypadku naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonych w odrębnych przepisach funkcji lub działalności. Stosownie zaś do brzmienia art. 383 § 2 ww. ustawy wygaśnięcie mandatu radnego z przyczyn, o których mowa w § 1 pkt 5 stwierdza rada, w drodze uchwały, w terminie miesiąca od dnia wystąpienia przyczyny wygaśnięcia mandatu.

Przy czym, jeżeli radny przed dniem wyboru wykonywał funkcję lub prowadził działalność, o której mowa w § 1 pkt 5 ww. przepisu, obowiązany jest do zrzeczenia się
Dokument podpisany elektronicznie.

funkcji lub zaprzestania prowadzenia działalności w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania (art. 383 § 5 ww. ustawy). Zgodnie zaś z art. 383 § 6 Kodeksu wyborczego 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.

Z uzyskanych informacji (pismo Wójta Gminy Istebna z dnia 25 marca 2019 r.) wynika, iż Pan Marek Iwanek prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Skup – Sprzedaż Transport Drewna Marek Iwanek 43-470 Istebna 736.

Podczas wykonywania mandatu radnego wymieniony radny wykonywał na terenie gminy Istebna w roku 2018/2019 odpłatne usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg. Jak wynika z przesłanej Wojewodzie Śląskiemu dokumentacji Pan Marek Iwanek w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zawarł umowy: GR.272.22.2.2018 w dniu 15 listopada 2018 r. na równowartość ceny ofertowej: 60.264,00; GR.272.22.3.2018 w dniu 15 listopada 2018 r. na równowartość ceny ofertowej tj. 35.235,00 zł brutto, dla których terminem realizacji jest okres od dnia podpisania umowy do dnia 30 kwietnia 2019 r. oraz umowę Nr GR.272.1.5.2019 w dniu 13 lutego 2019 r. na równowartość ceny ofertowej: 22.096,80 zł brutto; Nr GR.272.1.9.2019 w dniu 13 lutego 2019 r. na równowartość ceny ofertowej: 30.537,00 zł brutto; dla których wymaganym terminem realizacji jest okres od dnia pisemnej dyspozycji wydanej przez Zamawiającego do dnia 30 kwietnia 2019 r.

Jednocześnie poszczególne umowy zawierają przepisy, zgodnie z którymi: jeżeli łączna wartość usług zrealizowanych w okresie obowiązywania danej umowy osiągnie równowartość ceny ofertowej brutto umowa ulega rozwiązaniu z dniem zapłaty za ostatnią usługę w wyżej określonych umowach.

Pojęcie „działalności gospodarczej” użyte przez ustawodawcę w art. 24f ust. 1 ustawy zostało zdefiniowane w art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r. poz. 646 ze zm.), który stanowi, że działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

Z definicji ustawowej pojęcia działalności gospodarczej wynika, że dla uznania określonej działalności za działalność gospodarczą, konieczne jest łączne spełnienie trzech warunków. Działalność musi mieć charakter zarobkowy, być prowadzona w sposób zorganizowany oraz ciągły.

Przy czym użyte w omawianym przepisie określenie „w sposób zorganizowany i ciągły” wskazuje, że działalność ta ma z założenia być wykonywana w sposób zorganizowany (wymaga podjęcia określonych działań organizacyjnych) i być nastawioną na nieokreślony z góry okres czasu. Celem wprowadzenia przesłanki ciągłości działalności było wyłączenie z definicji działalności gospodarczej czynności jednorazowych. Jednakże przesłankę tej nie należy utożsamiać z koniecznością wykonywania działalności bez przerwy. Istotny jest zamiar powtarzalności określonych czynności celem osiągnięcia dochodu (tak wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt II OSK 333/11).

Z kolei przesłanka druga – „wykorzystanie mienia komunalnego”, jako ustawowo niezdefiniowana, winna być pojmowana szeroko, tak jak w języku potocznym. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i judykatury przesłanka ta obejmuje przypadki bezpośredniego i pośredniego wykorzystania mienia, bez względu na jego podstawę prawną. Przesądzający jest tutaj sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego. „Korzystanie” bowiem to: *odnoszenie, osiąganie korzyści, pożytek, zysk z czegoś, korzystanie z czyjejsz własności* (Słownik Języka Polskiego, Tom I, PWN, Warszawa 1978, s. 1020).

Użycie określenia „mienie komunalne” oznacza objęcie zakresem tego pojęcia

Dokument podpisany elektronicznie.

wszystkiego, co wchodzi w skład ustawowej kategorii mienia komunalnego w myśl art. 43 ustawy o samorządzie gminnym. Zgodnie z powołanym przepisem mieniem komunalnym jest własność i inne prawa majątkowe należące do poszczególnych gmin i ich związków oraz mienie innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw.

Definicję terminu „mienie” zawiera art. 44 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), zgodnie z którym mieniem jest własność i inne prawa majątkowe.

Z powołanych przepisów ustaw wynika, iż mienie jako instytucja prawa cywilnego jest pojęciem zbiorczym, określającym ogół podmiotowych praw majątkowych. Mieniem są zatem prawa majątkowe, których wartość może być wyrażona w pieniądzu. Nie chodzi zatem jedynie o nieruchomości gminne, ale cały zespół jej praw majątkowych, w tym środki pieniężne. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 listopada 2014 r. (sygn. akt II OSK 2892/14) wypłacone za usługę wynagrodzenie jest ekwiwalentem świadczenia wykonanego na rzecz gminy, a zatem jest realizacją należności pochodzącej z praw majątkowych gminy wyrażonej w pieniądzu. Inaczej mówiąc, usługodawca realizujący świadczenie w ramach działalności gospodarczej, przez sam fakt pobrania wynagrodzenia ze środków budżetowych gminy - korzysta z mienia komunalnego.

Wynagrodzenie za usługi wykonywane na rzecz gminy i wypłacane z budżetu gminy mieści się zatem w pojęciu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, o jakiej mowa w art. 24f ust. 1 w zw. z art. 43 ustawy o samorządzie gminnym.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż korzystanie przez radnego Marka Iwanę z mienia komunalnego gminy w postaci pobieranego wynagrodzenia za usługi określone w umowie, jako zimowe utrzymanie dróg na terenie Gminy Istebna w sezonie zimowym 2018/2019 świadczone na rzecz Gminy Istebna ma niewątpliwie związek z przedmiotem prowadzonej działalności gospodarczej radnego.

Przy czym za korzystanie z mienia komunalnego gminy należy uznać pobierane przez radnego wynagrodzenie ze środków budżetowych gminy za wykonywane na rzecz gminy usługi. Dotyczy to zarówno sytuacji, w których radny gminy otrzymywał wynagrodzenie za usługi świadczone na rzecz gminy i jej jednostek organizacyjnych, jak również usługę świadczoną na rzecz sołectwa.

Wspomniana działalność radnego Marka Iwanek ma zatem charakter zarobkowy i jest prowadzona w sposób zorganizowany oraz ciągły. Dotyczy bowiem wykonywania przez radnego odpłatnie ściśle określonych usług związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą – firmą Skup - Sprzedaż Transport Drewna Marek Iwanek - obejmującą nie jednorazowe lecz wielokrotne wykonywanie określonych czynności na rzecz gminy, czerpiąc zyski z tego tytułu. Działalność miała zatem charakter zarobkowy.

W wyroku z dnia 11 marca 2015 r. (sygn. akt IV SA/Po 1366/14) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu podkreślił, iż *czym innym niż jednorazowa i incydentalna działalność jest jednorazowe i incydentalne wykorzystanie mienia komunalnego rozumianego szeroko wg dyspozycji z art. 24f u.s.g przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Bowiem nawet w sytuacji takiego jednorazowego wykorzystania mienia przy prowadzonej przez radnego działalności zachodzi konieczność wygaśnięcia mandatu w trybie art. 24f u.s.g.*

Mając na względzie powyższe uznać należy, że radny Marek Iwanek naruszył zakaz, o którym mowa w przepisie art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym. Korzystanie z mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, pozostaje bowiem w związku funkcjonalnym z prowadzoną przez radnego działalnością gospodarczą, co wskazuje, iż mienie komunalne gminy służyło działalności gospodarczej prowadzonej przez radnego.

Celem regulacji ograniczającej prowadzenie działalności gospodarczej przez osoby

Dokument podpisany elektronicznie.

pełniące funkcje publiczne jest zapobieżenie angażowaniu się radnych w sytuacje i uwikłania, mogące poddawać w wątpliwość autorytet organów państwowych oraz osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do ich prawidłowego funkcjonowania (wyrok TK z dnia 23 czerwca 1999 r., K 30/98).

Przepis ten ma zatem na celu ochronę mienia publicznego przed jego wykorzystaniem przez osoby sprawujące mandat oraz ochronę praw innych członków wspólnoty samorządowej, nie mających ułatwionego dostępu do korzystania z tego mienia (por. uchwała NSA z dnia 2 kwietnia 2007 r., sygn. akt II OPS 1/07).

Jak wskazuje się w orzecznictwie sądowym do oceny, że nastąpiło naruszenie zakazu wykorzystania mienia komunalnego nie trzeba wykazywać, że radny wykorzystał swoją pozycję, czy też wykorzystywane mienie przyczyniło się do uzyskania zysku z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. Celem prawodawcy jest bowiem zapobieganie potencjalnym konfliktom interesów i potencjalnym nadużyciom, które nie muszą mieć miejsca, ale mogą wystąpić (por. wyroki NSA z dnia 3 października 2014r. - II OSK 2292/14, z dnia 20 stycznia 2015r. - II OSK 3087/14, z dnia 13 sierpnia 2014r. - II OSK 1734/14, z dnia 13 marca 2014r. - II OSK 291/14, z dnia 31 lipca 2013r. - II OSK 1483/13).

W orzecznictwie sądowym nie budzi wątpliwości, że w przepisie art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym ustawodawca wprowadził generalny zakaz używania przez radnego mienia komunalnego gminy w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej bez względu na jej przedmiot, rodzaj majątku komunalnego i tytuł prawny. Zakaz ten ma charakter bezwzględny.

Osoby pełniące funkcje publiczne muszą liczyć się z pewnymi ograniczeniami aktywności gospodarczej, których celem jest – jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – zapobieżenie angażowaniu się osób publicznych w sytuacje i uwikłania mogące nie tylko poddawać w wątpliwość ich osobistą bezstronność czy uczciwość, ale także podważać autorytet konstytucyjnych organów Państwa oraz osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do ich prawidłowego funkcjonowania.

Radny prowadzący działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy – zobowiązany jest dokonać wyboru między mandatem radnego a wykorzystywaniem mienia gminy w prowadzonej działalności. W przeciwnym razie rada gminy zobowiązana jest stwierdzić wygaśnięcie mandatu danego radnego w drodze uchwały.

W toku prowadzonego przez organ nadzoru postępowania wyjaśniającego w niniejszej sprawie stwierdzono, iż Pan Marek Iwanek złożył ślubowanie w dniu 19 listopada 2018 r. i w ciągu 3 miesięcy od tego dnia (czyli do 19 lutego 2019 r.) nie zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystywaniem mienia gminy Istebna. Natomiast Rada Gminy Istebna nie podjęła uchwały w sprawie wygaśnięcia mandatu radnego Marka Iwanka - do czego była zobowiązana w ciągu miesiąca od upływu tego terminu.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 98a ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym organ nadzoru wezwał Radę Gminy Istebna do podjęcia uchwały w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego Marka Iwanek w terminie 30 dni od dnia otrzymania wezwania. Wezwanie zostało doręczone w dniu 6 czerwca 2019 r., zatem termin do podjęcia stosownej uchwały upłynął z dniem 6 lipca 2019 r. Rada Gminy Istebna nie dokonała czynności, do których została wezwana.

O powyższej okoliczności organ nadzoru powiadomił Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji pismem z dnia 14 sierpnia 2019r. o znaku NPII.4102.1.2019 oraz wskazał na konieczność wydania zarządzenia zastępczego w sprawie wygaśnięcia mandatu radnego Rady Gminy Istebna – Pana Marka Iwanka, zgodnie z art. 98a. ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym. Do tego pisma załączony został projekt niniejszego zarządzenia zastępczego.

Dokument podpisany elektronicznie.

Wobec powyższego, po bezskutecznym upływie 30-dniowego terminu do podjęcia uchwały o wygaśnięciu mandatu radnego, wydanie zarządzenia zastępczego stwierdzającego wygaśnięcie mandat radnego Rady Gminy Istebna Pana Marka Iwanek jest uzasadnione.

Pouczenie:

Na niniejsze zarządzenie zastępcze, zgodnie z art. 98 ust. 1 i 3 oraz art. 98a ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym, Radzie Gminy Istebna oraz radnemu Rady Gminy Istebna Panu Markowi Iwankowi, służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, za pośrednictwem Wojewody Śląskiego, w terminie 30 dni licząc od dnia doręczenia zarządzenia.

~~Wojewoda Śląski~~

WOJEWODA ŚLĄSKI

Jarosław Wiczołek

Otrzymują:

1. Rada Gminy Istebna
2. Marek Iwanek – radny Rady Gminy Istebna

Do wiadomości:

1. Dyrektor Delegatury Krajowego Biura Wyborczego w Bielsku-Białej

Dokument podpisany elektronicznie.