

**Projekt**

z dnia 30 października 2019 r.

Zatwierdzony przez .....

**UCHWAŁA NR XIII/.../2019**

**RADY GMINY ISTEbNA**

**z dnia 4 listopada 2019 r.**

**w sprawie zaskarżenia do sądu administracyjnego zarządzenia zastępczego Wojewody Śląskiego z dnia 11 października 2019 roku w sprawie wygaśnięcia mandatu radnego Rady Gminy Istebna Pana Marka Iwanek**

Na podstawie art. 98 ust.1 i 3 w związku z art.98a ust.3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U.2019.506 t.j. z późn.zm.)

**Rada Gminy Istebna**

**uchwała, co następuje:**

§ 1. Zaskarżyć do sądu administracyjnego zarządzenie zastępcze Wojewody Śląskiego z dnia 11 października 2019 r. znak NP.II.4102.1.2019 stwierdzające wygaśnięcie mandatu Radnego Rady Gminy Istebna – Pana Marka Iwanek.

§ 2. 1. Do wniesienia skargi, podejmowania wszystkich czynności w toku postępowania i reprezentowania skarżącego przed sądem administracyjnym upoważnia się Przewodniczącą Rady.

2. Przewodniczący Rady może ustanawiać pełnomocników procesowych.

§ 3. Uzasadnienie uchwały zawiera załącznik stanowiący część uchwały.

§ 4. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

**Przewodniczący Rady**

**Stanisław Legierski**

Załącznik do uchwały Nr XIII/.../2019  
Rady Gminy Istebna  
z dnia 4 listopada 2019 r.

W dniu 15 października 2019r. roku do Wójta Gminy i do Przewodniczącego Rady Gminy wpłynęło zarządzenie zastępcze Wojewody Śląskiego z dnia 11 października 2019 roku r., znak NP.II.4102.1.2019 stwierdzające wygaśnięcie mandatu radnego Pana Marka Iwanek w związku z zaistnieniem przesłanki określonej przepisem art. 383 § 1 pkt 5 Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 roku – Kodeks Wyborczy (Dz.U.2019.684 t.j.).

Z treści uzasadnienia zarządzenia zastępczego wynika, że Wojewoda Śląski został zawiadomiony pismem z dnia 25 marca 2019 roku przez Wójta Gminy Istebna, iż Pan Marek Iwanek prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Skup – Sprzedaż Transport Drewna Marek Iwanek 43-470 Istebna 736. W przedmiotowym piśmie wskazano, iż podczas wykonywania mandatu radnego Pan Marek Iwanek 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:

- 1) GR.272.22.2.2018 w dniu 15 listopada 2018 roku na równowartość ceny ofertowej 60.264,00 zł brutto;
- 2) GR.272.22.3.2018 w dniu 15 listopada 2018 roku na równowartość ceny ofertowej 35.235,00 zł brutto;  
- dla których terminem realizacji jest okres od dnia podpisania umowy do dnia 30 kwietnia 2019 roku oraz
- 3) GR 272.1.5.2019 w dniu 13 lutego 2019 roku na równowartość ceny ofertowej 22.096,80 zł brutto;
- 4) GR.272.1.9.2019 w dniu 13 lutego 2019 roku 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 roku.

Wojewoda Śląski uznał, że działalność radnego Marka Iwanek narusza ustanowiony w art. 24f ustawy samorządowej zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat.

**W ocenie Rady Gminy działalność radnego Marka Iwanek nie narusza dyspozycji przepisu art.24f ust.1 ustawy o samorządzie gminnym, stąd konieczność zaskarżenia do sądu administracyjnego zarządzenia zastępczego Wojewody Śląskiego z dnia 11 października 2019 roku w sprawie wygaśnięcia mandatu radnego Rady Gminy Istebna Pana Marka Iwanek.**

Istnieją podstawy do zaskarżenia zarządzenia zastępczego Wojewody Śląskiego o stwierdzeniu wygaśnięcia mandatu radnego Marka Iwanek. Zarządzenie Wojewody Śląskiego narusza przepisy prawa, w szczególności:

- 1) Przepisy prawa materialnego, a to art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym poprzez błędne zastosowanie w/w przepisu w sytuacji, gdy radny Marek Iwanek prowadził jednoosobową działalność gospodarczą wykonując usługi na rzecz gminy Istebna z wykorzystaniem własnego sprzętu, materiałów, własnych pracowników czy dalszych zleceniobiorców, bez wykorzystania mienia komunalnego gminy;
- 2) Przepisy postępowania, a to art. 7 i 8 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 77 § 1 i 78 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego poprzez niedostateczne wyjaśnienie wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia, brak wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia materiału dowodowego.

Należy podkreślić, że radny Gminy Istebna Marek Iwanek prowadzi jednoosobową działalność z wykorzystaniem własnego sprzętu, materiałów, własnych pracowników, zleceniobiorców. Do przedmiotowej działalności, w tym w szczególności w zakresie zadania, które jest świadczone na podstawie umów zawartych w wyniku przeprowadzonego przez Gminę Istebna postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, radny Gminy nie wykorzystywał mienia komunalnego Gminy.

W postępowaniu przetargowym na usługi świadczone przez radnego Marka Iwanek, w ogłoszenie o wyborze ofert w przetargu nieograniczonym dotyczącym zadania pn.: Zimowe utrzymanie dróg na terenie Gminy Istebna w sezonie zimowym 2018/2019 wskazano, iż w postępowaniu nie został wykluczony żaden Wykonawca, a także nie została odrzucona żadna oferta. Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 t.j. z późn. zm., dalej jako: pzp), które szczegółowo reguluje kwestie wydatkowania środków publicznych, wskazuje przypadki, w których wykonawcę należy wykluczyć z postępowania przetargowego. Nie ma w nich mowy o wykluczeniu radnego danej gminy jako wykonawcy. Art. 24 Ustawy Prawo zamówień publicznych określa obligatoryjne przesłanki wykluczania wykonawców z postępowania oraz procedurę w tym zakresie.

Jeżeli gmina, jako zamawiający chce przewidzieć wykluczenie wykonawcy na podstawie zapisów o fakultatywnych podstawach wykluczenia tj. na podstawie ust. 5 art. 24 Ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązana jest wskazać podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Prawo zamówień publicznych nie daje zatem podstawy do wykluczenia z postępowania Wykonawcy będącego radnym gminy, w której dane postępowanie jest prowadzone. Marek Iwanek nie został wykluczony z żadnego z postępowań prowadzonych w Gminie Istebna, w których złożył swoją ofertę. Nie istnieją bowiem postawy do wykluczenia Wykonawcy z samego faktu bycia radnym Gminy. Zamówienia publiczne realizują cel optymalnego wydatkowania środków publicznych, a zatem nie może być również mowy o jakimkolwiek uprzywilejowaniu jednego wykonawcy względem innych.

Ustawa o samorządzie gminnym wprowadza liczne ograniczenia w wykonywaniu przez radnego świadczenia usług na rzecz gminy, której pozostaje on radnym. Są to przede wszystkim przepisy art. 24a - 24f u.s.g. Zgodnie z art. 24f u.s.g. radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

W przedmiotowej sprawie należy zbadać przede wszystkim treść, wykładnię i zastosowanie art. 24f u.s.g. Konstytucyjnie i ustawowo gwarantowana swoboda prowadzenia działalności gospodarczej zostaje ograniczona w przypadku radnych wykorzystujących w tej działalności mienie komunalne gminy, w której wykonują oni mandat. Przepis art. 24 f u.s.g. należy jednak interpretować ściśle z jego brzmieniem. Przepis ten ma charakter opresyjny i nie może stać się podstawą ograniczenia prawa do prowadzenia działalności gospodarczej przez radnego ponad miarę i wbrew celowościowej interpretacji tego przepisu.

*Ratio legis* przepisu art. 24 f u.s.g. opiera się na założeniu, że należy dążyć do wykluczenia sytuacji, w której radny, wykonując mandat w gminie, będąc członkiem organu stanowiącego podejmującego m.in. decyzje dotyczące zasad zarządu mieniem tej gminy, mógłby wpływać na korzystne dla siebie rozporządzenie tym mieniem, które pozostaje w jego władaniu, korzystniejsze niż to, jakie mogliby uzyskać inni nieposiadający statusu radnego (wyrok WSA w Białymstoku z 6.12.2016 r., II SA/Bk 708/16). Celem wprowadzonego przez ustawodawcę przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g. jest niedopuszczenie do sytuacji wykorzystywania funkcji radnego do osiągnięcia własnych korzyści majątkowych kosztem mienia gminnego. Mając na uwadze, iż w przedmiotowym przypadku radny gminy wygrywa (w określonej części) postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie określonych usług, należy wykluczyć jakikolwiek wpływ samego radnego na korzystne dla siebie rozporządzenie mieniem gminy. Postępowanie przetargowe zostało przeprowadzone zgodnie z rygorystycznymi przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych i nie może być w tym przypadku mowy o jakimkolwiek uprzywilejowaniu radnego gminy, który na równi z innymi oferentami złożył swoją ofertę w postępowaniu.

Świadczenie przez radnego gminy usług w wyniku przeprowadzonego postępowania ofertowego, zgodnie z Ustawą Prawo zamówień publicznych, na warunkach rynkowych, z wykorzystaniem tylko i wyłącznie własnego mienia, sprzętu, materiałów, zasobów ludzkich nie może zostać oceniane jako osiąganie przez radnego gminy własnych korzyści majątkowych kosztem mienia gminnego.

Również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13.07.2004 r., (K 20/03, OTK-A 2004/7) wskazuje, że „wyłączenie prowadzenia przez radnych działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia «własnej» jednostki samorządu terytorialnego nie jest ograniczeniem nadmiernym w rozumieniu zasady proporcjonalności. Przede wszystkim trzeba podkreślić, że ustawa nie ogranicza działalności gospodarczej radnych w ogóle, lecz nie pozwala im rozwijać jej w oparciu o mienie, o którym w ramach swej działalności przedstawicielskiej mają decydować w imieniu i w interesie wszystkich mieszkańców. Z tego spostrzeżenia wynikają dwie konsekwencje. Po pierwsze, oceniane przepisy na pewno nie naruszają istoty wolności gospodarczej, z której radni mogą korzystać - zarówno co do przedmiotu jak i form prawnych działalności - na równi z innymi podmiotami; chodzi tylko o niedopuszczenie do wykorzystywania mienia publicznego w ich własnym interesie. Po drugie, cel ten jest tak oczywisty, że wprowadzenie ocenianego ograniczenia w demokratycznym państwie wydaje się konieczne, choćby ze względu na ochronę dobra publicznego i praw innych członków wspólnoty samorządowej”. Z powyższego orzeczenia TK należy wnioskować, że w przedmiotowej sprawie radny gminy Pan Marek Iwanek nie dopuszcza się wykorzystywania mienia publicznego w jego własnym interesie, a zatem działalność którą będzie prowadził nie jest działalnością opisaną i zakazaną w stosunku do radnych gminy na mocy art. 24f u.s.g.

W przedmiotowej sprawie należy również szczegółowo odnieść się do kwestii dotyczącej wykorzystywania mienia komunalnego gminy w prowadzonej działalności gospodarczej. Najogólniejszą definicję mienia podaje art. 44 k.c., zgodnie z którym mieniem są własność i inne prawa majątkowe. Definicję mienia gminy (określanego jako mienie komunalne) zawiera art. 43 u.s.g., który stanowi, że mieniem komunalnym są własność i inne prawa majątkowe należące do poszczególnych gmin i ich związków oraz mienie innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. Analizując kwestie dotyczące zakazu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy przez radnych jednostki samorządu terytorialnego tego szczebla, należy zwrócić uwagę na literalne brzmienie przepisu, z którego wynika ten zakaz. Zgodnie bowiem z art. 24f ust. 1. u.s.g. radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. Z przepisu tego wynika zatem, że radnemu gminy ustawa nie zakazuje prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia należącego do związków gmin oraz mienia innych niż sama gmina gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. Zakazem objęta jest więc tylko możliwość prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia tej gminy, w której radny wykonuje mandat.

Pojęcie „wykorzystania mienia” było również analizowane przez Trybunał Konstytucyjny przy okazji ustalania powszechnie obowiązującej wykładni przepisów ustawy z 5.06.1992 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Pomimo utraty mocy obowiązującej tej ustawy, argumenty Trybunału Konstytucyjnego pozostają aktualne. W opinii Trybunału Konstytucyjnego słowo „wykorzystanie” oznacza prawo dysponowania substratem materialnym (majątkiem) stanowiącym własność Skarbu Państwa bądź samorządu terytorialnego. Dysponowanie owym substratem (rzeczą ruchomą lub nieruchomością, ale także prawem na dobrach niematerialnych) może być zarówno odpłatne, jak i nieodpłatne. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego na gruncie przepisów antykorupcyjnych „wykorzystywanie mienia” oznacza jego uzyskanie dla celów gospodarczych na uprzywilejowanych zasadach. Odnosząc się do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie nie zachodzi przypadek uzyskania mienia dla celów gospodarczych na uprzywilejowanych zasadach. Radny gminy Pan Marek Iwanek świadczy usługi w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego, co wyklucza jakiegokolwiek uprzywilejowanie.

Z art. 24f. ust. 1 u.s.g. wynika zakaz, zgodnie z którym radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia

komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. W stanie faktycznym będącym podstawą wydania zarządzenia zastępczego, radny Gminy Marek Iwanek do prowadzenia działalności gospodarczej wykorzystuje jedynie własne mienie lub podmiotów trzecich, nie będące mieniem komunalnym. Z uwagi na powyższe do radnego gminy Pana Marka Iwanek nie ma zastosowania zakaz, o którym mowa w art. 24f. ust. 1 u.s.g.

Mając na uwadze powyższą argumentację, należy uznać podjęcie uchwały w sprawie zaskarżenia do sądu administracyjnego zarządzenia zastępczego Wojewody Śląskiego z dnia 11 października 2019 roku w sprawie wygaśnięcia mandatu radnego Rady Gminy Istebna Pana Marka Iwanek za konieczne i w pełni uzasadnione.