



## **URZĄD GMINY WŁOSZAKOWICE**

### **BIURO OBSŁUGI ORGANÓW GMINY**

ul. K. Kurpińskiego 29; 64-140 Włoszakowice

tel. (0-65) 52 52 974 fax: (0-65) 53 70 106

e-mail: [gmina@wloszakowice.pl](mailto:gmina@wloszakowice.pl); www: [www.wloszakowice.pl](http://www.wloszakowice.pl)

*Włoszakowice, dnia 10 maja 2016 roku*

### **OPINIA PRAWNA**

#### **w sprawie podstaw do wygaszenia mandatu radnego**

##### **I. Przedmiot opinii**

Przedmiotem niniejszej opinii jest odpowiedź na pytanie Wójta Gminy Włoszakowice w związku z pismem wojewody do Przewodniczącego RG i pismem Przewodniczącego RG z dnia 04.05.2015 do Wójta: czy w sprawie radnego Drożdżyńskiego zachodzi konieczność wygaszenia mandatu radnego przez Radę Gminy Włoszakowice.

##### **II. Stan faktyczny**

Do rozważań przyjęto następujący stan faktyczny: Radny prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą OGNIOTECH, której przedmiotem działalności jest między innymi dokonywanie przeglądów, naprawa oraz sprzedaż gaśnic przeciwpożarowych. W ramach prowadzonej działalności, prowadził na nieruchomościach będących własnością gminy przeglądy gaśnic. Jednocześnie ogłoszenia – reklamy o przeglądach zamieszczał na tablicach ogłoszeniowych Urzędu Gminy Włoszakowice, będących własnością gminy Włoszakowice, położonych we Włoszakowicach oraz Grotnikach.

##### **III. Stan prawny**

- ustawa o samorządzie gminnym
- ustawa Kodeks wyborczy
- ustawa o swobodzie działalności gospodarczej

#### IV. Wnioski opinii

Zgodnie z treścią art. 24f. ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym 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. Zapis ust. 1a powołanego wyżej przepisu, wskazuje, że 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 ustawy, kodeks wyborczy.

Działalność gospodarcza jest pojęciem posiadającym ustawową definicję, zawartą w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W myśl tego przepisu działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

W wyroku z dnia 12 czerwca 2007 r., II OSK 132/07, LEX nr 341083, NSA podkreślił, że zasadniczym celem rozwiązań antykorupcyjnych zawartych w ustawach samorządowych jest wyeliminowanie sytuacji, gdy radny, poprzez wykorzystywanie funkcji radnego, uzyskiwałby nieuprawnione korzyści dla siebie lub bliskich. O potencjalnie korupcyjnym wykorzystywaniu mienia jednostki samorządowej przez radnego można mówić wtedy, gdy radny, uczestnicząc w pracach organów właściwej jednostki samorządu, może wpływać na treść uchwał i decyzji podejmowanych przez te organy. Podobnie przyjmuje w swojej jednolitej w tym zakresie linii orzeczniczej Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając w wyroku z dnia 13 lipca 2004 r., K 20/03, OTK-A 2004, nr 7, poz. 63, że "wyłączenie prowadzenia przez radnych działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia "własnej" jednostki samorządu terytorialnego nie jest ograniczeniem nadmiernym w rozumieniu zasady proporcjonalności.

Pojęcie wykorzystywania mienia zostało wyjaśnione w wyroku NSA z dnia 5 lipca 2006 r., (II OSK 439/06, ONSAiWSA 2007, nr 2, poz. 51). W wyroku tym stwierdzono, że "pojęcie to należy wiązać z możliwością używania mienia komunalnego w granicach prawem dopuszczonych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą i na potrzeby tej działalności".

Za szeroką interpretacją pojęcia wykorzystania mienia jednostki samorządu terytorialnego opowiada się *M. Pyziak-Szafnicka*. Autorka ta zwraca uwagę, że **działalność gospodarcza z wykorzystaniem mienia komunalnego nie musi opierać się na władaniu rzeczami**

stanowiącymi własność jednostki samorządu terytorialnego; konieczne jest natomiast, by umożliwiła czerpanie korzyści z mienia gminnego.

W wyroku z dnia 12 stycznia 2006 r., II OSK 787/05, NSA stwierdził: "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. Kładąc nacisk na zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego". Radny nie ma więc prawnej możliwości ani prowadzenia działalności gospodarczej jako jednoosobowy przedsiębiorca, ani wspólnie z innymi osobami, ani też jako osoba zarządzająca działalnością gospodarczą innej osoby (tj. na cudzy rachunek), o ile w działalności tej wykorzystywane jest mienie komunalne gminy, w której radny uzyskał mandat.

Zaistnienie związku funkcjonalnego pomiędzy faktem wykonywania mandatu radnego w gminie a wykorzystywaniem mienia tej jednostki w działalności gospodarczej prowadzonej przez radnego czy z jego udziałem stanowi naruszenie ustawowych zakazów.

Dla oceny tego, czy doszło do naruszenia art. 24f ust. 1 u.s.g., znaczenie ma nie tyle fakt nawiązania przez radnego umowy, na której podstawie wykorzystywane jest mienie komunalne, ile sam rzeczywisty fakt jego wykorzystywania, niezależnie od istnienia czy nieistnienia tytułu prawnego łączącego radnego z gminą, w której wykonuje on mandat. (wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 r., II SA/Wa 1895/07, LEX nr 507760) W świetle przywołanego wyroku **przepis art. 24f ust. 1 u.s.g. nie różnicuje, czy wykorzystanie powinno mieć podstawę prawną, czy nie, czy jest jednorazowe, czy też periodyczne oraz czy ma charakter odpłatny bądź nie, a w rezultacie przepis obejmuje swym zakresem wszelkie przypadki wykorzystania mienia gminy.**

Nie każdy przypadek korzystania przez radnego z mienia samorządu, w którym wykonuje on mandat, jest zakazany. Słusznie bowiem stwierdził NSA w wyroku z dnia 27 listopada 2014 r., II OSK 2843/14, LEX nr 1658290, że w świetle art. 24f ust. 1 u.s.g. dopuszczalne jest korzystanie przez radnego przy prowadzeniu działalności gospodarczej z mienia gminy, które jest powszechnie dostępne. Nie będzie więc wykorzystywaniem mienia gminy w rozumieniu ww. przepisu korzystanie przez radnego przy wykonywaniu działalności gospodarczej z publicznej drogi gminnej.

Podkreślenia wymaga, że jeżeli radny rozpoczął prowadzenie zakazanej ustawowo działalności po objęciu mandatu, organ stanowiący stwierdza wygaśnięcie mandatu w drodze uchwały w 3 miesiące od wystąpienia przyczyny jego wygaśnięcia (czyli od rozpoczęcia

prowadzenia działalności).

Przepisy kodeksu wyborczego nie określają sposobu postępowania w przypadku, gdy rada, mając obowiązek stwierdzenia wygaśnięcia mandatu, nie podejmuje w tej sprawie uchwały. Kwestia ta została natomiast uregulowana w ustawie o samorządzie gminnym. Wynika z niej, że jeżeli rada wbrew ustawowemu obowiązkowi nie podejmuje uchwały stwierdzającej wygaśnięcie mandatu radnego, wojewoda wzywa ten organ do podjęcia uchwały w terminie 30 dni. W razie bezskutecznego upływu tego terminu wojewoda po powiadomieniu ministra właściwego do spraw administracji publicznej wydaje zarządzenie zastępcze, czyli akt zastępujący uchwałę rady, stwierdzający z mocą *ex tunc* wygaśnięcie mandatu radnego, czyli potwierdzający istnienie skutku prawnego, jaki wystąpił z mocy ustawy.

Jeżeli rada gminy nie znajduje podstaw do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego pomimo prowadzonej przez radnego działalności gospodarczej, jest zobowiązana do wyrażenia tego stanowiska w formie uchwały. Słusznie bowiem zauważył w wyroku z dnia 19 listopada 2007 r. WSA w Krakowie, że ocena, czy prowadzona przez radnego działalność stanowi przesłankę stwierdzenia wygaśnięcia jego mandatu, powinna zostać wyrażona w formie uchwały. **Przepis o podjęciu uchwały nie może być rozumiany tak wąsko, by była dopuszczalna wyłącznie uchwała, która stwierdza wygaśnięcie mandatu. Taka uchwała musi być wynikiem oceny całości informacji zgromadzonych w sprawie i odzwierciedlać stanowisko organu działającego w sprawie, a następnie podejmującego uchwałę. Efektem takiego badania może być uchwała stwierdzająca wygaśnięcie mandatu albo brak wygaśnięcia.** (Bogdan Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. III)

Przechodząc do rozważań w badanej sprawie stwierdzić należy, że radny niewątpliwie prowadzi działalność gospodarczą. Dodatkowo jak wynika z przedstawionego stanu faktycznego, co najmniej kilkakrotnie działalność ta była wykonywana na nieruchomościach należących do gminy Włoszakowice. Przy czym nie sposób uznać, że korzystanie z tych nieruchomości odbywało się na zasadzie powszechnego korzystania czy na warunkach powszechnie ustalonych (patrz wyrok NSA z dnia 27 listopada 2014 roku, syg. akt: II OSK 2843/14, Baza orzeczeń NSA). Jak wskazano w orzecznictwie dla kwalifikacji naruszenia art. 24 f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym nie ma znaczenia czy wykorzystanie mienia gminnego ma podstawę prawną, czy nie, czy jest jednorazowe, czy też okresowe oraz czy ma charakter odpłatny bądź nie.

Zatem przejaw działalności radnego polegającej na prowadzeniu usług na nieruchomościach gminy Włoszakowice można kwalifikować jako naruszenie zakazu przewidzianego w art. 24 f



ustawy o samorządzie gminnym.

Rozpatrując drugi z aspektów działalności radnego, polegający na zamieszczaniu ogłoszeń o świadczonych przez jego firmę usługach, miejscu wykonywania usług oraz czasie ich świadczenia, na tablicach ogłoszeniowych gminy Włoszakowice, w kontekście naruszenia zakazu przewidzianego w art. 24 f ustawy o samorządzie gminnym zwrócić należy uwagę na wyroki jakie zapadły w podobnym stanie faktycznym i dotyczyły radnego w jednej z gmin w powiecie leszczyńskim, tj. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 27 marca 2014 sygn. akt: IV SA/Po 620/13 oraz wyrok NSA z dnia 13 sierpnia 2014 roku w sprawie II OSK/1750/14).

W przywołanej sprawie „Wojewoda ustalił, że A. S. został radnym Rady Gminy L. VI kadencji na lata 2010-2014. Radny od 2 maja 1984 r. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą "(...)" w miejscowości W., (...), powiat I. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego organ nadzoru ustalił, że na terenie gminy L., tj. na gruncie będącym własnością Gminy L., znajduje się tablica informacyjno - reklamowa, stanowiąca własność gminy L., na której radny umieścił reklamę swojej firmy "(...)"

W ocenie wojewody w przywołanej sprawie „wykorzystanie przez radnego mienia komunalnego na działalność reklamową w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą pozostaje w oczywistym związku z taką działalnością i bezspornie jej służy.”

Do takich samych wniosków doszedł również Wojewódzki Sąd Administracyjny oraz Naczelny Sąd Administracyjny. Ostatecznie Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „organ nadzoru, a następnie Sąd I instancji, prawidłowo (..) uznał, że umieszczenie przez skarżącego reklamy informującej o prowadzonej przez niego działalności gospodarczej na stanowiącej własność gminy tablicy reklamowej, posadowionej na gruncie należącym do tej gminy, wypełnia dyspozycję art. 24f ust. 1 u.s.g.”

W świetle powyższych orzeczeń sądów administracyjnych, również ten przejaw działalności radnego można kwalifikować jako delikt przewidziany w art. 24 f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.

Mając powyższe na uwadze zachodzą podstawy do skierowania sprawy na sesję Rady Gminy Włoszakowice, w celu podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiocie stwierdzenia wygaśnięcia lub odmowy stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego.

Hubert J. J. J.  
RADCA PRAWNY  
B. J. 2180/15