

Słubice, dnia 15 listopada 2017 roku

Sz. P.

Wiesław Kołosa

Przewodniczący Rady Powiatu Słubickiego

ul. J. Piłsudskiego 20

69-100 Słubice

Wniosek Zarządu Powiatu Słubickiego

w przedmiocie wprowadzenia do porządku obrad najbliższej sesji Rady Powiatu Słubickiego
projektu uchwały dot. wygaśnięcia mandatu Radnego Powiatu Słubickiego

Szanowny Panie Przewodniczący,

Na zasadzie § 18 ust. 1 pkt 5 Statutu Powiatu Słubickiego (tekst jednolity przyjęty uchwałą Nr XXXVII/204/13 Rady Powiatu Słubickiego z dnia 29 października 2013 roku; ogłoszony w Dzienniku Urzędowym Województwa Lubuskiego z 2013r., poz. 2469 – ze zm. wprowadzonymi uchwałą Nr XVIII/73/15 Rady Powiatu Słubickiego z dnia 29 grudnia 2015 r., ogłoszonymi w Dzienniku Urzędowym Województwa Lubuskiego z 2016r., poz. 157) [dalej: „Statut”] w zw. z § 19 ust. 1 *in fine* Statutu w zw. z art. 17 Statutu, **działając w dobrej wierze, przy pełnym poszanowaniu interesów mieszkańców Powiatu Słubickiego, mając na uwadze naczelne zasady wynikające z Konstytucji RP oraz innych praw Rzeczypospolitej Polskiej, czyniąc wszystko dla pomyślności wspólnoty samorządowej powiatu oraz dobra obywateli**, Zarząd Powiatu Słubickiego zwraca się do Szanownego Pana Przewodniczącego z wnioskiem w przedmiocie wprowadzenia do porządku obrad najbliższej Sesji Rady Powiatu Słubickiego projektu uchwały w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu Radnego Powiatu Słubickiego Pana Roberta Tomczaka w związku ze ziszczeniem się ustawowych przesłanek z art. 383 § 1 pkt 5 w zw. z art. 383 § 2 ustawy z dnia 05 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (tekst jednolity - Dz. U. z 2017 r., poz. 15 z późn. zm.) w zw. z art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 05 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym (tekst jedn. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1868).

UZASADNIENIE

Komenda Powiatowa Policji w Słubicach Zespół dw. z Przystępczością Gospodarczą prowadzi czynności sprawdzające w sprawie przekroczenia uprawnień i niedopełnienia obowiązków przez pracowników Słubickiego Ośrodka Sportu i Rekreacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słubicach podczas realizacji umowy nr 74/15 zawartej w dniu 21 lipca 2015 roku z Powiatem Słubickim. W związku z uzyskaną informacją, Zarząd Powiatu Słubickiego podjął natychmiastową analizę rzeczoności kontraktu oraz umów zobowiązujących, w tym okoliczności faktycznych z nim związanych. Na mocy powziętych ustaleń stwierdzono, iż wyprowadzony stan faktyczny, w tym prawny, daje podstawę do wystąpienia z projektem przedmiotowej uchwały, co dookreślone zostało w uzasadnieniu projektu rzeczoności uchwały.

Zdaniem Zarządu Powiatu Słubickiego zasadnym jest przyjęcie tezy, jakoby radny Rady Powiatu Słubickiego Pan Robert Tomczak, bezspornie naruszył zapis art. 25b u.s.p., poprzez wejście w status pełnomocnika/przedstawiciela SOSiR Sp. z o.o. z siedzibą w Słubicach, wykorzystującym mienie Powiatu Słubickiego tytułem realizacji umowy z dnia 21 lipca 2015 roku, a nadto wykorzystał mienie Powiatu prowadząc działalność gospodarczą na własny rachunek – tytułem umowy z dnia 22 lipca 2015 roku. Zaistniały stan jest niedopuszczalny, co wymaga podjęcia uchwały o wygaśnięciu mandatu Pana Roberta Tomczaka.

Zgodnie z dyspozycją art. 383 § 2 Kodeksu wyborczego, wskazany w w/w normie termin, w oparciu o wyraźną i ugruntowaną w orzecznictwie oraz piśmiennictwie egzegezę, jest terminem instrukcyjnym, którego uchybienie nie rodzi skutku w postaci nieważności uchwały.

z powieniem

STAROSTA
Jabłoński
Marcin Jabłoński

**Uchwała Nr .../.../...
Rady Powiatu Słubickiego
z dnia
w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego**

Na podstawie art. 383 § 1 pkt 5 w zw. z art. 383 § 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (tekst jednolity - Dz. U. z 2017 r., poz. 15 z późn. zm.) w zw. z art. 12 pkt 11 i art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2017 r., poz. 1868)

Rada Powiatu Słubickiego uchwala, co następuje:

§ 1. Stwierdza się wygaśnięcie mandatu radnego Powiatu Słubickiego Pana Roberta Tomczaka z powodu naruszenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia Powiatu Słubickiego.

§ 2. Zobowiązuje się Przewodniczącą Rady Powiatu Słubickiego do niezwłocznego przesłania niniejszej uchwały Wojewodzie Lubuskiemu i Komisarzowi Wyborczemu w Gorzowie Wielkopolskim oraz doręczenia jej zainteresowanemu radnemu – Panu Robertowi Tomczakowi.

§ 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Sprawdzono pod względem
formalno-prawnym

RADCA PRAWNY

Anna Karpińska-Rapcewicz

UZASADNIENIE
do projektu uchwały Rady Powiatu Słubickiego
w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego

Komenda Powiatowa Policji w Słubicach Zespół dw. z Przystępnością Gospodarczą prowadzi czynności sprawdzające w sprawie przekroczenia uprawnień i niedopełnienia obowiązków przez pracowników Słubickiego Ośrodka Sportu i Rekreacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słubicach podczas realizacji umowy nr 74/15 zawartej w dniu 21 lipca 2015 roku z Powiatem Słubickim. W związku z analizą rzeczoności kontraktu oraz umów zobowiązujących, w tym okoliczności faktycznych, z nim związanych, powzięto odpowiednie ustalenia, które dały podstawę do wystąpienia z projektem przedmiotowej uchwały, o czym poniżej.

Dnia 21 lipca 2015 roku w Słubicach pomiędzy Powiatem Słubickim (dalej: „Powiat”), jako Zamawiającym, a Słubickim Ośrodkiem Sportu i Rekreacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słubicach (dalej: „SOSiR”), jako Wykonawcą, zawarta została umowa nr 74/15 w przedmiocie przyjęcia do wykonania przez Wykonawcę zamówienia polegającego na *kompleksowej organizacji eventów z zakresu upowszechniania kultury fizycznej i sportu w ramach realizacji projektów pn. „Profilaktyka chorób układu krążenia i promocja zdrowego stylu życia w powiecie słubickim”, finansowego w ramach Programu PL13 Ograniczenie społecznych nierówności w zdrowiu ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego oraz budżetu państwa* (dalej: „Umowa”) – zgodnie z ofertą złożoną przez SOSiR w dniu 02 lipca 2015 roku. Wybór oferty nastąpił w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (§ 1 ust. 1 Umowy). Przedmiot zamówienia został podzielony na 16 odrębnych zadań, w zakresie których było między innymi zapewnienie przez SOSiR infrastruktury sportowej, opieki medycznej, ochrony cateringu, nagród, a także realizacja działań promocyjnych zapowiadających imprezy sportowe. Na mocy § 3 Umowy Powiat zobowiązał się do zapłaty na rzecz SOSiR (tytułem wykonania zamówienia) kwoty wskazanej w ofercie Wykonawcy. Na w/w cenę składała się suma wartości netto zadań od 1 do 16. Co istotne, zgodnie z § 3 ust. 7 Umowy, zapłata wynagrodzenia nastąpiła na podstawie faktur wystawionych przez SOSiR na rzecz Powiatu, po podpisaniu protokołu odbioru – odpowiednio dla każdego zadania. Na podstawie § 7 Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy siłami własnymi, poza zakresem wskazanym w ofercie realizowanym przez podwykonawców. Warunkiem powierzenia podwykonawcom wykonania części przedmiotu Umowy miało być przedstawienie Powiatowi projektu umowy, do których Zamawiający może wnieść uwagi w terminie 7 dni od dnia przedstawienia projektu umowy.

Dalsze zapisy rzeczonoego paragrafu nakładały na SOSiR obowiązek dostarczenia do rąk Zamawiającego kserokopii faktury (rachunku) wystawionego przez podwykonawcę oraz kserokopii dowodu zapłaty oraz pisemne oświadczenie podwykonawcy o otrzymaniu należności z tytułu wykonania powierzonych części umowy. SOSiR mocą postanowień zawartych w § 9 Umowy ustanowił (między innymi) pośrednikiem do spraw związanych z realizacją przedmiotu Umowy (ze strony Wykonawcy) Radnego Rady Powiatu Słubickiego Pana Roberta Tomczaka, który – zgodnie z zapisami – był odpowiedzialny merytorycznie za nadzór nad prawidłowością i terminowością realizacji Umowy, a w szczególności został upoważniony do podpisania protokołu odbioru (*vide*: § 3 ust. 7 Umowy). Zmiana osób działających w imieniu i na rzecz Wykonawcy, tj. SOSiR, nie wymagała zmiany Umowy, a jedynie poinformowania drugiej strony.

Pan Robert Tomczak, jako Prezes Stowarzyszenia FSL-AKTYWNI DLA POWIATU z siedzibą w Słubicach (zwanego dalej: „Stowarzyszeniem”), będący jednocześnie Radnym Powiatu Słubickiego, dokonał czynności prawnej polegającej na zawarciu już w dniu 22 lipca 2015 r. z SOSiR umowy w przedmiocie *"przeprowadzenia imprezy pn.: Słubicki Festiwal Biegowy w Słubicach, w dniu 25 lipca 2015 r."*, stając się jednocześnie podwykonawcą, działającym na rzecz Wykonawcy, w zakresie wykonania jednego z eventów. Płatność z tytułu organizacji wydarzenia sportowego na rzecz Stowarzyszenia nastąpiła na podstawie rachunku nr 85 z dnia 25.07.2015 r. (data wpływu do SOSiR: 03.09.2015r.), przelewem bezpośrednio z rachunku bankowego Wykonawcy. W treści w/w rachunku (wystawionego przez Stowarzyszenie na rzecz SOSiR) nie został wyszczególniony termin płatności (puste pole), a zatem Stowarzyszenie nie oznaczyło terminu wymagalności świadczenia, które przekształciło się w świadczenie o charakterze nieoznaczonym. Skoro tak, mogło zostać zrealizowane przez SOSiR w każdym czasie, a na pewno po wezwaniu przez dłużnika, tj. Stowarzyszenie. W rzeczywistości, Stowarzyszenie oczekiwało na wpływ środków Powiatu do SOSiR. Powiat Słubicki dokonał z dniem 11 września 2015 roku (*vide*: potwierdzenie wykonania operacji z dnia 11.09.2015 roku – data księgowania: 11.09.2015 roku) transferu środków własnych, odpowiadających co do grosza kwocie wynikającej z rachunku Stowarzyszenia z dnia 25.07.2015 r. wystawionego Spółce, na rzecz SOSiR, natomiast SOSiR z dniem 17 września 2015 roku przelał w/w (niezmienioną) kwotę na rzecz Stowarzyszenia. SOSiR, o czym była już mowa, zawarła z Powiatem Słubickim w dniu 21 lipca 2015 roku umowę nr 74/15, na podstawie której koniecznym do realizacji był przelew środków na rzecz Wykonawcy z rachunku bankowego Powiatu.

Bezblędna analiza powyższego zmusza do przyjęcia, iż Pan Robert Tomczak zarówno w umowie zawartej między Powiatem a SOSiR, jak i w umowie zawartej pomiędzy Stowarzyszeniem a SOSiR (odstęp zawarcia każdej z umów to jeden dzień kalendarzowy), z jednej strony działał w imieniu SOSiR (*vide*: § 9 Umowy), a z drugiej strony jako Prezes Stowarzyszenia, które zawarło umowę z SOSiR w dniu 22 lipca 2015 roku. Po pierwsze Pan Radny przygotowywał (jako pracownik SOSiR) ofertę, którą następnie złożono do Powiatu, a po drugie będąc jednocześnie w posiadaniu wszelkich istotnych danych – złożył ofertę SOSiR w przedmiocie wykonania na jego rzecz w/w eventu za wynagrodzeniem, równym kwocie, jaką Powiat przeznaczył na organizację tego eventu w umowie zawartej z SOSiR. Bez znajomości postanowień Umowy (zawartej przez Powiat z SOSiR) w/w byłoby niemożliwe. Zgodnie z ust. 6 oferty SOSiR z dnia 02 lipca 2015 roku, adresowanej do Powiatu Słubickiego, a stanowiącej załącznik nr 1 do umowy z dnia 21 lipca 2015 roku, Radny Tomczak został upoważniony przez SOSiR do „*koordynacji prac związanych z realizacją zadania*”. Nadto, Strony umowy z dnia 22 lipca 2015 roku nie dochowały wymogów, o których stanowił § 7 Umowy z dnia 21 lipca 2015 roku, tj. wniesienia uwag w terminie 7 dni od dnia przedstawienia projektu umowy, akceptacji umowy z podwykonawcą etc.

Warto nadmienić, że na wniosek Powiatu Słubickiego w przedmiocie dostarczenia (zgodnie z § 7 ust. 4 Umowy) przez SOSiR na rzecz Powiatu kserokopii wskazanych tamże dokumentów, w tym rachunku oraz dowodu przelewu, SOSiR wielokrotnie odmawiał wywiązania się z w/w zobowiązania. Zatem, Powiat nie mógł skutecznie zweryfikować poprawności realizacji przedmiotu umowy. Dopiero z chwilą skierowania do SOSiR wniosku o dostęp do informacji publicznej, SOSiR udostępnił żądane dokumenty.

Przechodząc do *meritum*, stosownie do brzmienia art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym: „radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia powiatu, w którym radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności”. Ustęp 2 powołanego powyżej przepisu, stanowi, iż w sytuacji kiedy „*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 z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy*”.

Wskazać należy, iż w przypadku radnych powiatowych zakaz dotyczący prowadzenia działalności gospodarczej ogranicza się do sytuacji, w której działalność ta jest prowadzona z wykorzystaniem mienia powiatu - tego konkretnego powiatu, w którym radny uzyskał mandat. Wykorzystywanie mienia musi zatem pozostawać w związku funkcjonalnym z prowadzoną przez radnego działalnością gospodarczą i służyć tej działalności (por. wyrok NSA z dnia 10 listopada 2004 r., OSK 882/04, ONSA WSA 2005, nr 4, poz. 85). Definicję mienia, o którym mowa w poprzednim akapicie zawiera art. 46 u.s.p. Zgodnie z brzmieniem w/w przepisu: „*mieniem powiatu jest własność i inne prawa majątkowe nabyte przez powiat lub inne powiatowe osoby prawne*”. Wykorzystywanie mienia powiatu to natomiast osiągnięcie dostępu do mienia komunalnego (czyt. mienia powiatu) na uprzywilejowanych zasadach, polegające na faktycznym władaniu rzeczą, tak na podstawie stosunku prawnorzeczowego, jak i na podstawie umowy obligacyjnej. W literaturze widoczny jest również pogląd, zgodnie z którym dla przyjęcia, że działalność gospodarcza prowadzona jest z wykorzystaniem mienia komunalnego nie musi istnieć władanie rzeczami stanowiącymi własność jednostki samorządu terytorialnego, gdyż warunkiem wystarczającym dla przyjęcia powyższego jest umożliwienie czerpania korzyści z mienia publicznego przez radnego (*vide: Dolnicki Bogdan (red.), Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, wyd. II*). Zdaniem autorów, prezentujących w/w pogląd, ustawodawca wprowadził bowiem generalny zakaz używania przez radnego mienia komunalnego w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej bez względu na jej przedmiot, rodzaj majątku komunalnego i tytuł prawny, chcąc zapobiec ewentualnemu wykorzystaniu mandatu w celu ułatwienia dostępu do tego mienia (por. także: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 01.07.2010 r., sygn. akt II OSK 921/10). Jako, że ustawa o samorządzie powiatowym zawiera analogiczne uregulowania, jak ustawa o samorządzie gminnym z dnia 08 marca 1990 roku (tekst jednolity - Dz. U. z 2017 r., poz. 1875) [dalej: u.s.g.], warto odnieść się do tych, które legły u podstaw art. 24f ust. 1 u.s.g., który stanowi, iż: „*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*”. Prezentowany zapis jest analogiczny do art. 25b, a zawartego w treści ustawy o samorządzie powiatowym. Zgodnie z ugruntowanym piśmiennictwem oraz orzecznictwem pojęcie wykorzystywania mienia zostało wyjaśnione w wyrokach NSA, w tym wyroku NSA z dnia 5 lipca 2006 r., II OSK 439/06, ONSA i WSA 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*”.

W świetle takiego stanowiska NSA w wyroku z dnia 24 listopada 2014 r., II OSK 2892/14, uznał, że „usługodawca realizujący świadczenie w ramach działalności gospodarczej, przez sam fakt pobrania wynagrodzenia ze środków budżetowych gminy - korzysta z mienia gminnego”. Zdecydowanie akceptowaną w orzecznictwie analizę „wykorzystania mienia” jednostki samorządu terytorialnego przywołuje w swoich opracowaniach 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 publicznego. Radny czy członek zarządu czerpie korzyści z mienia komunalnego także wtedy, gdy prowadzi spółkę administrującą targowiskami miejskimi czy spółkę zajmującą się zagospodarowaniem terenów gminnych (M. Pyziak-Szafnicka, *Zakaz łączenia funkcji w spółkach kapitałowych i organach gminy*, Sam. Teryt. 1997, nr 6, s. 19.). Przedstawiona powyżej koncepcja zasługuje na całkowitą aprobatę (tak też: Dolnicki Bogdan, *Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz*, WK 2016), jako że wydaje się najpełniej oddawać intencje ustawodawcy reglamentującego swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Jeżeli bowiem posiadanie statusu radnego jest przesłanką warunkującą możliwość preferencyjnego wykorzystywania mienia tej jednostki, dla zwiększenia korzyści w działalności gospodarczej, w której uczestniczy radny, to oznacza, że naruszony zostaje zakaz wynikający z art. 24f ust. 1 u.s.g. Dla stwierdzenia naruszenia tych ustawowych zakazów bez znaczenia powinna pozostawać podstawa prawna, w oparciu o którą radny wykorzystuje mienie samorządowe. Sama bowiem okoliczność korzystania przez radnego z mienia pozostającego w gestii jednostki samorządu terytorialnego, w której piastuje on mandat, stwarza podejrzenie, że z uwagi na działalność radnego w organie stanowiącym tej jednostki i poprzez to wpływ na kierunki działalności organu wykonawczego, jest on podmiotem mającym większe szanse na wynegocjowanie preferencyjnych dla siebie warunków korzystania z tego mienia w porównaniu z innymi osobami nieposiadającymi statusu radnego. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego. W powoływanym powyżej wyroku z dnia 12 stycznia 2006 r., sygn. akt: 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 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 jednostki samorządu terytorialnego,

w której radny uzyskał mandat. Równie rygorystycznie traktuje się w orzecznictwie sądowym przypadek, w którym radny wprawdzie nie zawarł bezpośrednio umowy cywilnoprawnej z gminą, w której wykonywał mandat, ale zawarł ją z innym podmiotem posiadającym taką umowę i korzystał na jej podstawie z mienia komunalnego. W wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., II OSK 399/08, NSA stwierdził bowiem, iż to, że radny nie zawarł umowy dzierżawy z gminą, a jedynie umowę poddzierżawy z dzierżawcą nieruchomości gruntowej, a więc nie łączy go bezpośrednio z gminą stosunek dzierżawy, nie ma znaczenia dla ustalenia przesłanki wykorzystywania mienia komunalnego. Z wyroku tego zatem wynika, że znaczenie decydujące przy ocenie tego, czy doszło do naruszenia art. 24f ust. 1 u.s.g., 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. Potwierdzeniem powyższego jest także wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 r., II SA/Wa 1895/07, LEX nr 507760, w którym zostało przyjęte, że art. 24f ust. 1 u.s.g. nie różnicuje, czy wykorzystanie powinno mieć podstawę prawną, czy nie, czy jest jednorazowe, czy też okresowe oraz czy ma charakter odpłatny bądź nie, a w rezultacie przepis obejmuje swym zakresem wszelkie przypadki wykorzystania mienia gminy (por. Stefan Płażek w: Kazimierz Bandarzewski i inni Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym pod redakcją Pawła Chmielnickiego, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2004 r., str. 199-200). Tożsamy pogląd przyjmują w swoich komentarzach do ustawy o samorządzie gminnym tak wybitni komentatorzy, jak Agnieszka Rzetecka-Gil (*vide*: Rzetecka-Gil Agnieszka, Samorząd gminny, Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym, LEX 2015 – komentarz do art. 24f) oraz Paweł Chmielnicki, który przyjmuje: „*Nawet jeżeli składnik mienia komunalnego gminy nie jest w posiadaniu radnego, lecz ten korzysta z niego w swej indywidualnej lub wspólnej działalności gospodarczej, stanowi to naruszenie ustawy. Przepis nie różnicuje przy tym, czy owo wykorzystanie powinno mieć podstawę prawną czy nie, czy jest jednorazowe czy też okresowe oraz czy ma charakter odpłatny bądź nie. Z braku ustawowego różnicowania należy przyjąć, że chodzi w tym przepisie o wszelkie przypadki wykorzystania mienia gminy. (...) Orzecznictwo potwierdza w zasadzie jednolicie te wnioski, wynikające z literalnej wykładni przepisu. W szczególności radny nie może się bronić przed zarzutem naruszenia art. 24f ust. 1, wskazując, że wykorzystywanie mienia gminy nie przynosi mu profitu. Obojętne jest również to, czy oraz jaką podstawę prawną ma owo wykorzystywanie.*” (*vide*: Paweł Chmielnicki, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, LexisNexis 2013).

Odnosząc się natomiast do brzmienia art. 25b ust. 1 *in fine* u.s.p., zauważyć należy, iż radny nie może „ (...) także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności”. Ustawa o samorządzie powiatowym zakazuje nie tylko jednoosobowego lub wspólnie z innymi osobami prowadzenia działalności gospodarczej albo zarządzania taką działalnością z wykorzystaniem mienia powiatu, w którym radny uzyskał mandat, ale wyklucza także możliwość bycia przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. Zgodnie z art. 95 § 2 k.c. czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Z przepisu tego wynika, że czynności prawej dokonuje co prawda przedstawiciel, działając jednak w cudzym imieniu, na podstawie stosownego umocowania, a czynność pociąga skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Z uwagi na źródło umocowania przedstawiciela wyróżnia się trojakiemu rodzaju przedstawicielstwo: przedstawicielstwo ustawowe, pełnomocnictwo oraz prokurę. Źródłem umocowania pełnomocnika jest oświadczenie reprezentowanego (mocodawcy), albowiem „Udzielenie pełnomocnictwa następuje w drodze jednostronnej czynności prawnej. Czynność ta ma charakter upoważniający, kreuje bowiem po stronie osoby, której umocowanie dotyczy, kompetencję do podejmowania czynności prawnych ze skutkiem bezpośrednio dla reprezentowanego” – (tak: J. Strzebińczyk (w:) *Kodeks cywilny...*, red. E. Gniewek, 2006, s. 236). Rozbijając powyższe na czynniki pierwsze, pełnomocnictwo może mieć charakter: ogólny - obejmujący umocowanie do czynności zwykłego zarządu; rodzajowy - obejmujący umocowanie do określonego rodzaju, na ogół powtarzalnych, czynności prawnych; szczególny - obejmujący umocowanie dla dokonania konkretnej czynności. Z powołanego przepisu wyraźnie wynika, że zamiarem ustawodawcy było ograniczenie ewentualnej, niekorzystnej dla powiatu działalności radnych, prowadzonej na uprzywilejowanych zasadach. Radny jest osobą zaufania publicznego i może sprawować mandat prawidłowo, gdy z mandatu tego nie czerpie, ani nie ma możliwości czerpania jakichkolwiek korzyści, w tym majątkowych. Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z dnia 21 czerwca 2016 roku, sygn. akt: II OSK 924/16: „Przewidziany w art. 24f u.s.g. zakaz nie jest połączony z wymogiem by pełnomocnik podmiotu wykorzystującego w prowadzonej działalności gospodarczej mienie komunalne, bezpośrednio uczestniczył w takiej działalności i miał na nią bezpośredni wpływ”. Wystarczający jest fakt, że radny jest pełnomocnikiem z woli takiego podmiotu. Nie ma też znaczenia charakter pełnomocnictwa, a więc czy jest to pełnomocnictwo o charakterze stałym czy jednorazowe, ogólne czy szczególne czy też do poszczególnych czynności. Zasadne jest zatem stwierdzenie, że Radny Powiatu Słubickiego Pan Robert Tomczak miał realną możliwość wpływania na warunki funkcjonowania podmiotu, którego był pełnomocnikiem, na mocy jednostronnego oświadczenia woli SOSiR

Sp. z o.o., które znalazło się w § 9 Umowy z dnia 21 lipca 2015 roku, albowiem był odpowiedzialny merytorycznie za nadzór nad prawidłowością i terminowością realizacji Umowy, a w szczególności został upoważniony do podpisania protokołu odbioru. Mało tego, jako upoważniona przez SOSiR osoba złożył Powiatowi Słubickiemu ofertę, która została przez Powiat wybrana. Konkludując, mocą w/w Umowy oraz świadczonego w SOSiR stosunku pracy, Pan Robert Tomczak działał w imieniu i na rzecz SOSiR, wpływając tym samym na należyte funkcjonowanie tegoż podmiotu.

Idąc dalej, na co przez pryzmat umowy z dnia 22 lipca 2015 roku należy zwrócić uwagę, zgodnie z brzmieniem art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. - Prawo o stowarzyszeniach, stowarzyszenia są zrzeszeniami o celach niezarobkowych, co oznacza, że statutowym celem stowarzyszenia nie może być prowadzenie działalności skierowanej na osiągnięcie zysku. Stosownie jednak do art. 34 powołanej powyżej ustawy, stowarzyszenie może prowadzić działalność gospodarczą według ogólnych zasad określonych w odrębnych przepisach, tj. w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej i ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia służy do realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między członków, co - zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury - nie niweczy gospodarczego celu działalności (tak: uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r. sygn. akt III CZP 40/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 17; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1996 r. sygn. akt III CZP 66/96, OSNC 1996, z. 10, poz. 133; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r. sygn. akt II CK 161/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 186). Mając na uwadze brzmienie art. 25b ust. 1 ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, wskazać należy, iż zakres przedmiotowy w/w unormowania obejmuje także zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu przez radnego, będącego członkiem zarządu stowarzyszenia. Powyższego nie niweczy fakt, iż stowarzyszenia są zrzeszeniami o celach niezarobkowych, jak również okoliczność, że w ramach w/w działalności stowarzyszenia radny nie odnosi żadnych osobistych korzyści. Wypełnienie dyspozycji przepisu art. 25b ust. 1 u.s.p.. nie jest bowiem uzależnione od tego, czy z prowadzenia, zarządzania bądź bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności radny uzyskuje dochód czy inne osobiste korzyści. *„Zakaz zarządzania działalnością gospodarczą (...) nie może być ograniczony jedynie do działalności własnej (...) pełnienie przez radnego funkcji członka zarządu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy skutkuje wygaśnięciem mandatu (...)*

(vide: S. Płazek (w:) „Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz” pod red. P. Chmielnickiego, wyd.4, LexisNexis 2010, s.337). Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w obszernym, jednolitym orzecznictwie sądów administracyjnych, zgodnie z którym: „działalność gospodarcza prowadzona przez stowarzyszenie z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy jest działalnością gospodarczą, o której mowa w art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity - Dz. U. z 2017 r., poz. 1875), a pełnienie przez radnego funkcji członka zarządu takiego stowarzyszenia oznacza zarządzanie taką działalnością”. (vide: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12.01.2006 r., sygn. akt: II OSK 787/05, por. także: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 09.03.2011 r., sygn. akt: II OSK 2512/10; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 08.10.2009 r. II SA/Bk 241/09, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wlkp. z dnia 20.06.2012 r., sygn. akt: II SA/Go 386/12, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 lipca 2006 r., sygn. akt II SAWa 90/06; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 08.08.2006 r., sygn. akt: II OSK 753/06, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 04.09.2008 r., sygn. akt: II OSK 702/08, wyrok WSA w Lublinie z dnia 23 września 2008 r., III SA/Lu 207/08, Wspólnota 2009, nr 13, s. 44; wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2007 r., II SAWa 2378/06, LEX nr 384685; wyrok NSA z dnia 8 sierpnia 2006 r., II OSK 753/06, LEX nr 275489; wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 lipca 2006 r., II SAWa 90/06, LEX nr 271577; wyrok NSA z dnia 12 stycznia 2006 r., II OSK 787/05, ONSAIWSA 2006, nr 3, poz. 86) [tak też: Rzetecka-Gil Agnieszka, Samorząd gminny, Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym, LEX 2015; Dolnicki Bogdan, Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz, WK 2016].

Na mocy powyższego, należy jednoznacznie przyjąć, że zarządzana przez Pana Roberta Tomczaka działalność stanowiła podjęcie przez radnego czynności niedopuszczalnej w myśl art. 25b ust. 1 u.s.p., albowiem działalność gospodarcza, objęta dyspozycją w/w przepisu była prowadzona, zarządzana „z wykorzystaniem mienia powiatu, w którym radny uzyskał mandat”. Jak zostało wskazane powyżej, „mieniem powiatu jest własność i inne prawa majątkowe nabyte przez powiat lub inne powiatowe osoby prawne”. (vide: art. 46 u.s.p.). Zatem, stwierdzić należy, iż Pan Robert Tomczak zarządzał działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia Powiatu Słubickiego, na co wskazują zapisy umowy z dnia 22 lipca 2015 roku. Artykuł 25b ust. 1 u.s.p. nie różnicuje, czy wykorzystanie powinno mieć podstawę prawną, czy nie, czy jest jednorazowe, czy też okresowe oraz czy ma charakter odpłatny bądź nie, a w rezultacie przepis obejmuje swym zakresem wszelkie przypadki wykorzystania mienia powiatu. Wykorzystywanie mienia pozostawało w związku

funkcjonalnym z prowadzoną przez radnego Roberta Tomczaka działalnością gospodarczą. Owo wykorzystanie nie musi opierać się na władaniu rzeczami stanowiącymi własność jednostki samorządu terytorialnego - konieczne jest natomiast, by umożliwiło czerpanie korzyści z mienia publicznego. Z braku ustawowego zróżnicowania należy przyjąć, że chodzi o wszelkie przypadki wykorzystania mienia powiatu, co w subsumowanym stanie faktycznym w pełni zaistniało.

Konkludując, radny Powiatu Słubickiego Pan Robert Tomczak, bezspornie naruszył zapis art. 25b u.s.p., poprzez wejście w status pełnomocnika/przedstawiciela SOSiR Sp. z o.o. z siedzibą w Słubicach, wykorzystującym mienie Powiatu Słubickiego tytułem realizacji umowy z dnia 21 lipca 2015 roku, a nadto wykorzystał mienie Powiatu prowadząc działalność gospodarczą na własny rachunek – tytułem umowy z dnia 22 lipca 2015 roku. Zaistniały stan jest niedopuszczalny, co wymaga zatem podjęcia uchwały o wygaśnięciu mandatu Pana Roberta Tomczaka.

Zgodnie z dyspozycją art. 383 § 2 Kodeksu wyborczego, wskazany w w/w normie termin, w oparciu o wyraźną i ugruntowaną w orzecznictwie oraz piśmiennictwie egzegezę, jest terminem instrukcyjnym.

STAROSTA
Marcin Jabłoński

Sprawdzono pod względem
formalno-prawnym

RADCA PRAWNY

Anna Karpińska-Rapcewicz