

Świecie dnia 16 grudnia 2011 r.

KANCELARIA RADCOWSKA  
mgr Wojciech Górski  
ul. Mestwina 4, tel. (052) 331-57-28  
86-100 ŚWIECIE n.W.  
NIP 559-000-95-58

Pan  
Waldemar Moczyński  
Wójt Gminy Drzycim

Opinia prawna w sprawie wyjaśnienia czy występuje naruszenie przepisu art. 24f ustawy o samorządzie gminnym w sytuacji łączenia wykonywania mandatu radnego Gminy Drzycim z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Drzycim, jeżeli dana jednostka OSP nie prowadzi działalności gospodarczej.

Opinię sporządzono na wniosek Przewodniczącego Rady Gminy w Drzycimiu Pana Józefa Gawrycha .

W pierwszej kolejności należy podnieść istotną w mojej ocenie okoliczność, że opinia prawna zostaje wydana bez możliwości zweryfikowania stanu faktycznego, ponieważ odmówiono mi przedstawienia stosownej dokumentacji ( Statuty jednostek OSP oraz dokumentacji związanej z wyborami władz poszczególnych jednostek ). Brak możliwości weryfikacji stanu faktycznego skutkuje tym, że opinia będzie stricte teoretyczna , a wnioski z niej nie będą wnioskami wynikającymi z przedstawionego stanu faktycznego i dokonanej subsumcji przepisu art. 24 f nie tylko ust. 1 , ale również przepisu art. 24 f ust. 2, czyli daty ewentualnego zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania.

Jak stanowi przepis art. 24 f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym ( Dz.U.01.142.1591 j.t. ). 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. Według przepisu ust. 1a.: " 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. 190 ustawy, o której mowa w art. 24b ust. 6.

Ustawodawca wprowadził w odniesieniu do radnych dwojakiego rodzaju ograniczenia. Pierwszy, który w stanie faktycznym dotyczy wydawanej opinii nie ma

zastosowania, nie będzie przedmiotem dalszej analizy. Drugą formą ograniczenia swobody w zakresie działalności gospodarczej radnych jest zakaz jej prowadzenia wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia gminy, w której uzyskali mandat. Analizując omawiany zakaz, przedstawiciele doktryny ( S. Płażek *Komentarz do ustawy...*, s. 281. zwracają uwagę, że podstawowe znaczenie ma tu określenie "prowadzić", tzn. nie jedynie uczestniczyć w jednostce będącej przedsiębiorcą, choćby biernie, ale mieć samodzielną kompetencję do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa, w którym się uczestniczy. Odnotować należy, iż ustawowy zakaz zarządzania działalnością gospodarczą istnieje również wówczas, gdy radny nie uzyskuje żadnych korzyści z tego zarządzania. Potwierdził to NSA w wyroku z dnia 10 stycznia 2006 r., stwierdzając: "Wypełnienie dyspozycji art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) nie jest uzależnione od tego czy z prowadzenia, zarządzania bądź bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności radny uzyskuje dochód, czy inne osobiste korzyści" ( Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2006 r., II OSK 786/05, LEX nr 208945.) NSA w wyroku z dnia 1 lipca 2008 r., stwierdzając: "Art. 24f ustawy o samorządzie gminnym nie uzależnia, bowiem wygaśnięcia mandatu od osiągania zysku z korzystania mienia komunalnego, lecz rozstrzygający jest już fakt korzystania z tego mienia"( Wyrok NSA z dnia 1 lipca 2008 r., II OSK 484/08, LEX nr 490088. Podobnie przyjął WSA w Gorzowie Wielkopolskim, podkreślając w wyroku z dnia 18 marca 2008 r., że: "Nie jest istotne czy radny z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy osiągał korzyści majątkowe - z tegoż mienia gminnego, ale istotna jest okoliczność prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy ( Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 18 marca 2008 r., II SA/Go 87/08, LEX nr 507752.) Potwierdzeniem powyższego jest także wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 r., w którym zostało przyjęte, że: "Art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym 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" Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 r., II SA/Wa 1895/07, LEX nr 507760 )

Jak wskazałem powyżej ustawodawca wprowadził zasadę nakazującą ocenę czy doszło do naruszenia zakazu prowadzenia przez radnych działalności gospodarczej

z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której wykonują oni mandat, określone w art. 24f ust. 1, z czasu po złożeniu ślubowania w następstwie objęcia przez danego radnego mandatu. Z tego wynika, że jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w art. 24f ust. 1 u.s.g., jest zobowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. O zaprzestaniu prowadzenia działalności gospodarczej możemy mówić w następujących sytuacjach: zaprzestanie takiej działalności w ogóle, np. jej likwidacji, dalsze prowadzenie, ale bez wykorzystywania mienia jednostki samorządu terytorialnego, w której uzyskał mandat. Ustawodawca wprowadził zasadę, że niewypełnienie obowiązku zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystywaniem mienia gminy, w której radny uzyskał mandat, stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 190 u.o.w. Trzymiesięczny termin do zaprzestania prowadzenia takiej działalności jest terminem zawitym. Oznacza to, że zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej po upływie 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania nadal stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 190 o.w.r.g.

Wnioskodawca powołał się na wyrok WSA w Kielcach z dnia 19 maja 2010 r. II SA/Ke 188/10 przytaczając jedynie sentencję w brzmieniu „W art. 24f u.s.g. chodzi o ujawniony fakt rzeczywistego (realnego) prowadzenia działalności gospodarczej, dający się stwierdzić na podstawie obiektywnie występujących okoliczności faktycznych (LEX nr 674191). Z punktu celu w jakim została sporządzona opinia istotniejsze są rozważania tego Sądu w uzasadnieniu tego wyroku w szczególności tego w oparciu o jakiego to rodzaju wiedzę możliwe jest stwierdzenie czy doszło do naruszenia czy nie normy zawartej w przepisie art. 24 f ust.1 i ust.1a przez radnych będących członkami OSP, a więc członków stowarzyszenia. Stowarzyszenia mogą bowiem prowadzić dwojakiego rodzaju działalność: statutową i gospodarczą (por. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 października 2009 r., sygn. akt: III SA/Wr 333/09, OwSS 2010/1/58). Przepis art. 34 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. z 2001 Nr, 79 poz. 855) stanowi, że prowadzenie działalności gospodarczej przez stowarzyszenie odbywa się według ogólnych zasad określonych w odrębnych przepisach - m.in. w ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr, 168, poz, 1186). Zgodnie z przepisem art. 50 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, jeżeli podmiot wpisany

do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 (rejestr stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej) podejmuje działalność gospodarczą, podlega obowiązkowi wpisu także do rejestru przedsiębiorców. Brak możliwości zapoznania ze statutami nie pozwala bowiem na stwierdzenia czy w ich statutach wpisano również prowadzenie działalności, a jeśli tak czy zgłoszono to do rejestru przedsiębiorców i wreszcie kiedy nastąpiły zmiany w składzie władz poszczególnych jednostek OSP z punktu widzenia czy zachowano lub nie termin 3 miesięcy. Istotne z punktu widzenia celu którym jest sporządzana opinia są wnioski z wyroku, do którego odwołał się WSA w Kielcach, to jest do wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2008 r. ( III SAWr 16/08, LEX nr 507758 ) . WSA we Wrocławiu stwierdził ,że dla prawidłowej oceny czy radny faktycznie prowadzi lub prowadził działalność gospodarczą należy sięgnąć do stosownych ewidencji, rejestrów.

Biorąc pod uwagę to co powyżej, stwierdzam, że jeżeli dalsze postępowanie wyjaśniające pozwoli na dokładne ustalenie czy radni będący członkami OSP prowadzą czy prowadzili działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Drzycim , to będzie możliwe uznanie , że doszło do naruszenia dyspozycji przepisu art. 24 f .

Opinię sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach , z których jeden przesłano drogą elektroniczną jej adresatowi , drugi do akt własnych.

RADCA PRAWNY  
*Wojciech Górski*  
Wojciech Górski