**UCHWAŁA NR XXII /151 /20**

**Rady Gminy Brudzeń Duży**

**z dnia 28 października 2020 r.**

**w sprawie niestwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego Rafała Nowaka**

Na podstawie art. 383 § 1 pkt. 5 i § 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz.U.2019.684 z późn. zm.) w zw. z art. 18 ust. 2 pkt. 15, art. 24f ust. 1, 1a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U.2020 poz. 713), Rada Gminy Brudzeń Duży uchwala, co następuje:

**§ 1**

Nie stwierdza się wygaśnięcia mandatu radnego Rady Gminy Brudzeń Duży Pana Rafała Nowaka z powodu naruszenia ustawowego zakazu, o którym mowa w art. 24f, tj. łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Brudzeń Duży.

**§ 2**

Zobowiązuje się Przewodniczącego Rady do niezwłocznego przesłania niniejszej uchwały Wojewodzie Mazowieckiemu, Komisarzowi Wyborczemu w Płocku oraz doręczenia jej radnemu Rafałowi Nowakowi.

**§ 3**

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

**Uzasadnienie**

Przewodniczący Rady Gminy Brudzeń Duży pismem z dnia 9 marca 2020r. zwrócił się do radnego Gminy Brudzeń Duży Rafała Nowaka o złożenie wyjaśnień czy pełni on funkcję w organie zarządzającym Stowarzyszenia „Witamina Ducha” z/s w Brudzeniu Dużym lub czy jest jego pełnomocnikiem albo przedstawicielem, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej wyjaśnienie w przedmiocie korzystania lub niekorzystania z mienia komunalnego Gminy w działalności Stowarzyszenia.

Pan Rafał Nowak pismem z dnia 23 marca 2020 r. odpowiedział m. in, że jest prezesem Stowarzyszenia Witamina Ducha wpisanego do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000809722, a stowarzyszenie to nie prowadzi żadnej działalności, w szczególności działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Brudzeń Duży. Należy jednak dodać, że z wydruku z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że w/w stowarzyszenie jest wpisane także do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Przede wszystkim jednak stowarzyszenie to figuruje w rejestrze przedsiębiorców, a na podstawie wydruku można ustalić również zakres działalności gospodarczej stowarzyszenia, widniejący w Dziale 3.

Pomiędzy Gminnym Ośrodkiem Społecznym w Brudzeniu Dużym a stowarzyszeniem „Witamina Ducha” zawarto w dniu 16 grudnia 2019 roku „Porozumienie Partnerskie”, na podstawie którego GOPS zobowiązał się m. in. do kierowania do prowadzonego przez stowarzyszenie „Witamina Ducha” Centrum Integracji Społecznej osób do „udziału w zajęciach Centrum” i do zgłoszenia ich do ubezpieczenia zdrowotnego oraz opłacania składek z tytułu tego ubezpieczenia. W związku z treścią tego porozumienia, pismem z dnia 30 kwietnia 2020 roku Przewodniczący Rady Gminy Brudzeń Duży wezwał radnego do udzielenia odpowiedzi na pytania uzupełniające, dotyczące tego, czy którakolwiek z osób, za które GOPS odprowadza składki na ubezpieczenie zdrowotne świadczy pracę na dowolnej podstawie na rzecz Centrum Integracji Społecznej lub na rzecz podmiotów, które z Centrum współpracują, a także czy Centrum Integracji Społecznej wytwarza olej, który jest sprzedawany we wskazanym w piśmie sklepie internetowym oraz czy świadczy ono usługi polegające na pielęgnacji ogrodu lub pracach ogólno – budowlanych.

W odpowiedzi na to pismo Radny wskazał, że nie widzi związku między tymi pytaniami, a analizowanym zagadnieniem, wskazał że pytanie dotyczy osób trzecich i nie udzielił odpowiedzi. Ponadto p. Radny, w trybie przewidzianym w art. 383 Kodeksu wyborczego złożył na sesji Rady Gminy Brudzeń Duży w dniu 28 października 2020 roku wyjaśnienia, w których wyjaśnił, że składka na ubezpieczenie zdrowotne pochodzi z urzędu gminy, ale uważa on, że nie wykorzystuje gminnego majątku, bo nie korzysta z budynków i nie wystawia faktur. Podał, m. in. cyt.: „ … uważam, że nie wykorzystuję gminnego majątku, nie korzystam z żadnych budynków, nie wystawiam faktur, a składka, która została przekazana, jest z budżetu gminy. (…) Uważam, że prowadzone przeze mnie Stowarzyszenie pomaga ludziom w trudnej sytuacji życiowej, często z uzależnieniami. Tak, jak powiedziałem, Stowarzyszenie zajmuje się produkcją oleju tłoczonego na zimno. Z tego też czerpiemy środki na bieżące utrzymanie. Koszty utrzymania Stowarzyszenia są wysokie. W przyszłości, „daj Boże”, żebyśmy mogli stworzyć miejsca pracy dla tych naszych uczestników, bo to nie są pracownicy, tylko uczestnicy. (…)”.

Zgodnie z treścią art. 24f ust. 1 ustawy z dnia8 marca 1990r. o samorządzie gminnym – dalej Ustawa, 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.

Przez działalność gospodarczą zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. 2020, poz. 424) należy rozumieć zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły. Odnosząc pojęcie prowadzenia działalności gospodarczej wspólnie z innymi osobami na grunt przepisu art. 24f u.s.g. zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie „*Pod pojęciem prowadzenia działalności wspólnie z innymi osobami rozumieć należy prowadzenie działalności w spółce cywilnej oraz w osobowych spółkach prawa handlowego. Zgodnie z* [art. 4 § 1 pkt 1](https://sip.lex.pl/#/document/16886516?unitId=art(4)par(1)pkt(1)&cm=DOCUMENT) *k.s.h. spółkami osobowymi są spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa oraz spółka komandytowo-akcyjna.*” (Rzetecka-Gil Agnieszka, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz do art 24f).

Podmiotem mogącym prowadzić działalność gospodarczą mogą być również stowarzyszenia, co wynika wprost z art. 34 Ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 roku Prawo o stowarzyszeniach. Przepis ten jednocześnie wskazuje, że dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia służy realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków.

Zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (j.t. Dz.U. 2020, poz. 288) Stowarzyszenia, inne organizacje społeczne i zawodowe, fundacje oraz samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, zgodnie z przepisami rozdziału 2, jeżeli przepisy poniższe nie stanowią inaczej.W przypadku podjęcia przez stowarzyszenie prowadzenia działalności gospodarczej, podlega ono wpisowi do rejestru przedsiębiorców zgodnie z art. 50 ustawy o KRS.

Tym niemniej należy zważyć, iż jak zauważa się zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie *„zakaz określony w art. 24f ust. 1 Ustawy odnosi się do faktycznie prowadzonej działalności gospodarczej osoby pełniącej funkcję publiczną. Nie należy więc utożsamiać prowadzenia działalności gospodarczej wyłącznie z istnieniem wpisu do ewidencji, rejestru, składanych deklaracji podatkowych. Okoliczności te mogą posłużyć tylko jako środek dowodowy, pomocny do ustalenia w toku postępowania czy radny prowadzi działalność gospodarczą (...). Działalność gospodarcza to prawnie określona sytuacja, którą trzeba oceniać na podstawie zbadania konkretnych okoliczności faktycznych, wypełniających lub nie znamiona tejże działalności. Prowadzenie działalności gospodarczej jest zatem kategorią obiektywną. Nie ma zatem znaczenia, jak działalność tę ocenia sam prowadzący ją podmiot i jak ją nazywa oraz czy dopełnia ciążących na nim obowiązków z działalnością tą związanych, czy też nie (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 grudnia 1994 r., sygn. akt SA/Łd/94, cyt. za Rzetecka-Gil Agnieszka, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz do art 24f)*.

Zauważyć również należy, że działalność centrów integracji społecznej regulowana jest Ustawą z dnia 13 czerwca 2003 roku o zatrudnieniu socjalnym (tj. Dz. U. 2020, poz. 176). Zgodnie z art. 9 tej ustawy, działalność wytwórcza, handlowa i usługowa prowadzona przez centra integracji społecznej **nie jest** działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów Ustawy prawo przedsiębiorców. W tym miejscu wypada przytoczyć pogląd wyrażony przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie, w wyroku z dnia 13 grudnia 2018 roku, w/s II Sa/Ol 576/18, w którym sąd stwierdził, że „działalność gospodarcza, którą prowadzi stowarzyszenie dla realizacji własnych celów statutowych nie ma miejsca z wykorzystaniem mienia komunalnego, ponieważ mienie to jest wykorzystywane do celów statutowych, nie zaś do działalności gospodarczej”.

W tej sytuacji na gruncie przesłanek zakazu wyrażonego w art. 24f ust. 1 Ustawy o samorządzie gminnym, rozważenia wymaga kwestia prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy. Zgodnie z art. 43 Ustawy o samorządzie gminnym Mieniem komunalnym jest własność i inne prawa majątkowe należące do poszczególnych gmin i ich związków oraz mienie innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. Definicja prawna pojęcia „mienie” znajduje się natomiast w art. 44 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2019 poz. 1145) i stanowi, że mieniem jest własność i inne prawa majątkowe. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 lipca 2018 roku w/s II OSK 1642/18 „*Nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że mienie komunalne obejmuje zarówno aktywa, które stanowią nie tylko nieruchomości gruntowe oraz budynki i budowle (majątek trwały), ale i**środki**pieniężne*”.

Sformułowanie „wykorzystanie mienia”, którym posługuje się art. 24f ust. 1 Ustawy o samorządzie gminnym może się zatem wiązać zarówno z wykorzystaniem z gminnej nieruchomości, ale też z wykorzystaniem pieniędzy. Zasadniczo z wyjaśnień złożonych przez Radnego Rafała Nowaka nie wynika, że do wykorzystania tego mienia dochodzi, tym bardziej, że jak wskazano wyżej, wykorzystanie mienia komunalnego Gminy w działalności Centrum Integracji Społecznej w zasadzie nie może być uznane za wykorzystywanie go do prowadzenia działalności gospodarczej. Tym nie mniej, istotną okolicznością jest to, że składki na ubezpieczenie zdrowotne (związane nieodłącznie ze świadczeniem pracy – na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilno – prawnej) GOPS odprowadza na rzecz osób skierowanych na „zajęcia” w Centrum Integracji Społecznej na podstawie umowy zawartej pomiędzy GOPS-em a stowarzyszeniem „Witamina Ducha”. Oznacza to, że to stowarzyszenie „Witamina Ducha”, na podstawie umowy, staje się dysponentem mienia komunalnego Gminy, jakim są pieniądze GOPS-u. Można zatem przyjąć, że w chwili zawarcia tej umowy, to stowarzyszenie „Witamina Ducha” wykorzystało mienie komunalne, zlecając finansowanie składek osób działających w ramach Centrum Integracji Społecznej.

W tym kontekście należy wskazać, że w dorobku orzeczniczym sądów kształtują się dwie koncepcje na zdefiniowanie przesłanki „z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy”. Pierwsza z nich zakłada restrykcyjne podejście do wyrażonego w Ustawie osamorządzie gminnym zakazu, nieuwzględniające żadnych odstępstw. Z kolei druga z nich nakazuje badać, czy wykorzystanie mienia komunalnego gminy ma funkcjonalny i ścisły związek z prowadzoną działalnością gospodarczą. Ten sposób wykładni prezentowany jest w nowszym orzecznictwie, jest to podejście zdecydowanie bardziej liberalny. „*Zaprezentowany swoisty dualizm doskonale widać na przykładzie dwóch wyroków NSA – jednego z 2011 r., drugiego z 2014 r. W tym pierwszym NSA przyjmuje, że „także jednorazowe działanie polegające na wykorzystaniu mienia gminy przy prowadzeniu działalności gospodarczej, nawet jeżeli to konkretne działanie nie prowadzi bezpośrednio do zysku musi skutkować́ wygaśnięciem mandatu radnego. Przepis art. 24f ust. 1 nie pozostawia luzu decyzyjnego w tym zakresie. Organ nie może uzależniać́ decyzji o wygaśnięciu mandatu radnego od stopnia przewinienia”. Z kolei w tym drugim judykacie przyjęto, że „osoba zasiadająca w radzie gminy nie może zostać pozbawiona mandatu, jeżeli instytucja, którą̨ kieruje, korzysta incydentalnie z mienia komunalnego w ramach statutowych zadań́” (por. wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2011 r., II OSK 140/11, LEX nr 988196; wyrok NSA z dnia 14 października 2014 r., II OSK 2369/14, Dziennik Gazeta Prawna z dnia 15 października 2014, s. 7*)” *cyt. za Rzetecka-Gil Agnieszka, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz do art 24f)*.

Mając powyższe na względzie Rada Gminy podjęła niniejszą uchwałę.