

**UCHWAŁA NR XXXV/383/2021
RADY MIEJSKIEJ W AUGUSTOWIE**

z dnia 10 czerwca 2021 r.

w sprawie przekazania do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku skargi radnego Rady Miejskiej w Augustowie na uchwałę Nr XXXIII/372/2021 Rady Miejskiej w Augustowie z dnia 29 kwietnia 2021 r. w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego z powodu naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy oraz udzielenia odpowiedzi na skargę

Na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 713, poz. 1378), w związku z art. 54 § 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2325 z późn. zm.) Rada Miejska w Augustowie uchwała, co następuje:

§ 1. 1. Przekazuje się do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku skargę radnego Rady Miejskiej w Augustowie na uchwałę Nr XXXIII/372/2021 Rady Miejskiej w Augustowie z dnia 29 kwietnia 2021 r. w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego z powodu naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy.

2. Treść odpowiedzi na skargę stanowi załącznik do uchwały.

§ 2. 1. Upoważnia się Burmistrza Miasta Augustowa do przekazania do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku skargi, o której mowa w §1 wraz z aktami sprawy oraz odpowiedzią na skargę, a także do udzielania dalszych pełnomocnictw.

2. Upoważnia się Burmistrza Miasta Augustowa do reprezentowania Rady Miejskiej w Augustowie w sprawie ze skargi, o której mowa w §1, w postępowaniu przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Białymstoku, a także do udzielania dalszych pełnomocnictw, w tym pełnomocnictwa do sporządzenia i wniesienia skargi kasacyjnej oraz reprezentowania Rady Miejskiej w Augustowie w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym w Warszawie.

§ 3. Wykonanie uchwały powierza się Burmistrzowi Miasta Augustowa.

§ 4. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Przewodnicząca Rady
Miejskiej w Augustowie

Alicja Dobrowolska

Załącznik do uchwały Nr XXXV/383/2021
Rady Miejskiej w Augustowie
z dnia 10 czerwca 2021 r.

**Wojewódzki Sąd Administracyjny
w Białymstoku**

ul. Sienkiewicza 84
15-950 Białystok

Skarżący: Rafał Harasim

adres /zanonimizowany/

PESEL /zanonimizowany/

zastępowany przez radcę prawnego

Bogusława Nieszczerzewskiego

z Kancelarii Radców Prawnych

Nieszczerzewski Oniśko Spółka Partnerska

z siedzibą w Warszawie

Przedstawicielstwo w Białymstoku

ul. Mickiewicza 74 lok. 5, 15-232 Białystok

(adres do doręczeń)

Organ: Rada Miejska w Augustowie

ul. 3 Maja 60, 16-300 Augustów

zastępowana przez Burmistrza Miasta Augustowa Mirosława Karolczuka

Odpowiedź

na skargę Radnego Rady Miejskiej w Augustowie Rafała Harasima na uchwałę Nr XXXIII/372/2021 Rady Miejskiej w Augustowie z dnia 29 kwietnia 2021 r. w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego z powodu naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy

Działając w imieniu organu, podstawie art. 54 § 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2325 z późn. zm.) w imieniu Rady Miejskiej w Augustowie przekazuję skargę Rafała Harasima z dnia 7 maja 2021 r. (data wpływu do Urzędu Miejskiego w Augustowie 13 maja 2021 r.), wnosząc o:

1. Odrzucenie skargi;
2. Zasądzenie od skarżącego na rzecz organu kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

Ewentualnie

1. Oddalenie skargi;
2. Zasądzenie od skarżącego na rzecz organu kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadnienie

Uchwałą Rady Miejskiej w Augustowie z dnia 29.04.2021 r. nr XXXIII/372/2021 w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego z powodu naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, Rada Miejska w Augustowie stwierdziła wygaśnięcie mandatu radnego Rady Miejskiej w Augustowie Rafała Harasima

z powodu naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy.

U podstaw podjęcia ww. uchwały legły przesłanki szczegółowo podniesione w uzasadnieniu do tejsze uchwały, a nadto rozstrząsane w trakcie obrad sesji Rady Miejskiej w Augustowie w dniu 29.04.2021 r. tj. zawarcie w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej pod firmą HR Sport Rafał Harasim w Augustowie odpłatnych umów o korzystanie z mienia gminnego tj. pływalni miejskiej i płyty piłkarskiej boiska położonego w Augustowie przy ul. Tytoniowej 1 w okresie wskazanym w tej umowie.

W skardze z dnia 07.05.2021 r., która wpłynęła do organu w dniu 13.05.2021 r. Radny Rady Miejskiej Rafał Harasim zarzucił zaskarżonej uchwale Rady Miejskiej w Augustowie naruszenie art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 08.03.1990 r. o samorządzie gminnym poprzez nieuzasadnione przyjęcie, iż skarżący prowadzi działalność gospodarczą na mieniu gminnym podczas gdy skarżący korzystał z tego mienia na zasadzie powszechnej dostępności.

Organ powołując się na treść podjętej uchwały, uzasadnienia oraz przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego wnosi o odrzucenie skargi ewentualnie jej oddalenie, każdorazowo na koszt skarżącego.

I. Żądanie odrzucenia skargi

Organ w pierwszej kolejności wnosi o odrzucenie skargi na podstawie art. 58 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej w skrócie powołana jako ppsa) z uwagi na fakt, iż została wniesiona po terminie. Jak wynika z treści samej skargi, ale i bezspornych dowodów doręczenia skargi (dowód nadania korespondencji znajduje się w załączonych do niniejszej sprawy aktach) skargę doręczono Radnemu w dniu 04.05.2021 r., tymczasem wpłynęła ona do organu w dniu 13.05.2021 r. tj. po upływie 7 dni na jej skuteczne złożenie. Jak wynika z ugruntowanego już orzecznictwa sądów administracyjnych i doktryny prawa administracyjnego, sprawy na tle prawa wyborczego, a uregulowane w ustawie z dnia 05.01.2011 r. Kodeks wyborczy (dalej w skrócie powołana jako kw) pozostają przedmiotem odrębnej regulacji od trybów ogólnego postępowania administracyjnego. Dostrzega to także skarżący uzasadniając na str. 9 skargi, iż jest to tzw. sprawa wyborcza. Powyższe oznacza, że skarga Radnego Rafała Harasima powinna była wpłynąć do organu w terminie 7 dni, a nie być w tym terminie nadana pocztą. Zgodnie z przepisami kodeksu wyborczego wszelkie odwołania lub skargi wnosi się bezpośrednio do organu. Jest to wyjątek od obowiązującej we wszystkich procedurach zasady, że nadanie w urzędzie pocztowym w terminie ustawą przewidzianym jest równoznaczne ze złożeniem skargi. Skoro Kodeks wyborczy zawiera w zakresie sposobu liczenia terminu własne uregulowanie, nie ma podstaw aby w drodze analogii stosować przepisy o doręczeniach wynikające z innych ustaw. Stosownie do art. 9 § 1 Kodeksu wyborczego, ilekroć w Kodeksie jest mowa o upływie terminu do wniesienia skargi, odwołania lub innego dokumentu do sądu, organu wyborczego, urzędu gminy, konsula albo kapitana statku, należy przez to rozumieć dzień złożenia skargi, odwołania lub innego dokumentu w sądzie, organowi wyborczemu, w urzędzie gminy, w konsulacie lub kapitanowi statku. Przepis ten wprowadza odmienne uregulowanie odnośnie do zachowania terminu, niż przewidziane w ustawie - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, która stanowi, że oddanie pisma w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe lub w polskim urzędzie konsularnym jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu (art. 83 § 3 p.p.s.a.). W tej sytuacji oznacza to, że termin 7 dni jest zachowany gdy w jego trakcie skarga zostanie złożona (doręczona) organowi (tak Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w Postanowieniu z dnia 23.02.2016 r. sygn. II OSK 103/16, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w Postanowieniu z dnia 25 kwietnia 2019 r. sygn. II SA/Ol 298/19, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w Postanowieniu z dnia 26 września 2018 r. sygn. IV SA/Po 879/18, Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 17 sierpnia 2018 r. sygn. II SA/Rz 909/18) Jak uzasadniał Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 23.03.2018 r. sygn. II SA/Wa 1949/17 w *procedurze wygaszania mandatu radnego nie stosuje się przepisów KPA. Wygaśnięcie mandatu radnego jest instytucją prawa wyborczego i mają do niej zasadniczo zastosowanie przepisy Kodeksu wyborczego i ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Przepisy Kodeksu wyborczego stanowią szczególnie reżim normatywny odnoszący się wyłącznie do procedury organizacji i przeprowadzenia wyborów, jak również określający przesłanki materialnoprawne i tryb wygaszania pochodzących z wyborów mandatów. Nie jest to postępowanie przed organami administracji publicznej w sprawach indywidualnych należących do właściwości tych organów, rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej.*

Reasumując, skarga winna być odrzucona jako wniesiona po upływie terminu.

II. Uzasadnienie żądania oddalenia skargi

W przypadku, gdyby Sąd nie uwzględnił zarzutu jak w pkt I, wnoszę o oddalenie skargi jako pozbawionej podstaw faktycznych.

W skardze z dnia 07.05.2021 r. radny Rady Miejskiej w Augustowie Rafał Harasim nie kwestionuje faktu prowadzenia działalności gospodarczej, wynika to także z powszechnie dostępnych zasobów i wpisu do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej i jest to fakt znany stronom oraz Sądowi z urzędu. Skarżący nie kwestionuje także faktu wykorzystywania mienia gminnego do prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, ale argumentuje, iż jest to marginalna część aktywności radnego, a korzystanie z obiektów odbywało się na podstawie umów, które każdy mógł zawrzeć a więc brak było waloru uprzywilejowania osoby radnego w tym zakresie.

Z takim kierunkiem interpretacji art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 08.03.1990 r. o samorządzie gminnym (dalej w skrócie powołana jako usg) nie zgadza się organ. Zgodnie z powołaną jednostką - art. 24f ust. 1 usg *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.* O ile skarżący powołał liczne orzeczenia sądów administracyjnych, o tyle nie dokonał analizy odnośnych stanów faktycznych, których elementy znacząco różniły się od rozstrzyganego i teza wyroków powinna być odczytywana łącznie z nimi, aby nie doprowadzić do tworzenia nowych okoliczności i warunków, które miałyby wypaczać sens i znaczenie art. 24f ust. 1 usg. Jak wynika z wykładni literalnej powołanych regulacji, okazjonalność, uprzywilejowanie nie należą do okoliczności, od których ustawa uzależnia stwierdzenie (lub nie) naruszenia zakazu wynikającego z art. 24f ust. 1 usg. Jest tak dlatego, że zasadniczym celem rozwiązań antykorupcyjnych zawartych w ustawy o samorządzie gminnym, a także innych 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 (tak Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 30.01.2020 r. sygn. II SA/Po 20/20) Użyte w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym sformułowanie "wykorzystywanie" odnosi się do wszystkich przypadków korzystania z mienia komunalnego gminy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, bez względu na to, czy wykorzystanie to jest stałe bądź jednorazowe. Z punktu widzenia zakresu zastosowania normy wynikającej z art. 24f ust. 1 usg nie ma więc znaczenia czy umowa była zawarta na 11 albo 6 dni, na co zwraca uwagę skarżący (str. 7 skargi) albowiem ustawodawca nie wskazuje dopuszczalnego, minimalnego okresu w którym takie prowadzenie działalności może nastąpić. Podobnie bez znaczenia pozostaje fakt podnoszony przez radnego, jakoby nie odniósł korzyści z zawarcia takiej umowy (strona 9 skargi) twierdzenie takie jest niezrozumiałe i pozostaje poza zakresem art. 24f ust. 1 usg albowiem gdyby taką korzyść uzyskał należałoby rozważyć prawnokarne snakcjonowanie, a przecież ustawa nie wymaga, aby do takich czynów doszło. Jak uzasadniał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w wyroku z dnia 25.04.2019 r. sygn. II SA/OI 300/19) *Skoro - w sensie prawnym – skarżąca prowadziła (...) i współdzierżawiła nieruchomości (...), to bez względu na to, czy faktycznie uprawiała ona dzierżawioną działkę i czy przynosiło to jej rzeczywisty dochód, to prowadziła ona działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy.* Równie bezzasadne jest twierdzenie skarżącego odnośnie do tego, że korzystanie z mienia przez radnego miało charakter ogólnodostępny i każdy mógł taką umowę zawrzeć, a fakt wyłącznego korzystania z boiska miał miejsce tylko w okresie trwania umowy najmu. Zdaniem organu to właśnie ten ostatni element postaci korzystania wyłącza ogólnodostępność. Korzystanie z terenu na podstawie umowy najmu, w trakcie wykonania której, inne podmioty są zobowiązane do znoszenia ograniczeń wynikających z wyłącznego korzystania z mienia przez radnego jest tym co przeczy cesze ogólnodostępnego korzystania, na którą powołuje się skarżący. Z mieniem komunalnym ogólnodostępnym mamy do czynienia gdy jest ono wykorzystywane na powszechnych zasadach, tj. gdy w normalny sposób korzysta się z takiego mienia publicznego jak przykładowo z parkingów, bibliotek gminnych etc. (tak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20.03.2018 r. sygn. II OSK 426/18) Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2018 r. sygn. II OSK 3274/17 – wyjaśniał, że mówiąc o powszechnej dostępności (erga omnes) usług trzeba przyjąć, że chodzi tu o otwartą dostępność i swobodne korzystanie z mienia gminy, a nie na podstawie

indywidualnych, szczegółowych umów cywilnoprawnych zawieranych z gminą w celu prowadzenia określonej działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego. Korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności na warunkach ogólnych czy też na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu czynności prawnych powinno być rozumiane wąsko i nie powinno dotyczyć takich przypadków, gdy korzystanie z mienia komunalnego umożliwia czerpanie przez radnego korzyści z tego mienia w sposób, który nie jest jednocześnie możliwy przez inne podmioty. Tym samym korzystanie przez radnego z mienia komunalnego nie miało charakteru ogólnodostępnego, sama możliwość zawarcia umowy najmu przez każdego nie ma tu znaczenia o tyle, że to korzystanie (czyli nie etap nawiązania współpracy ale etap wykonania umowy) musi mieć cechę korzystania ogólnodostępnego. Jak przyznaje sam skarżący – w godzinach najmu był on wyłącznym użytkownikiem terenu gdyż taka skądinąd jest konsekwencja umowy najmu (akapit pierwszy str. 9 skargi). O takiej sytuacji wypowiedział się wprost Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 18.02.2016 r. sygn. II OSK 2759/15 *Jeżeli radny zawarł z gminą umowę dzierżawy nieruchomości stanowiącej własność gminy, uzyskując w ten sposób tytuł prawny o charakterze obligacyjnym do nieruchomości gminnej, zaś w czasie trwania umowy dzierżawy gmina bez rozwiązania tej umowy nie mogła zawierać z innymi podmiotami umów dzierżawy, należy uznać, że w tych okolicznościach została spełniona norma określona w art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 446), a użytkowane przez radnego mienie gminne wyłączone jest z powszechnej dostępności.* Poza tym należy powtórzyć za Naczelnym Sądem Administracyjnym, który w wyroku z dnia 26.10.2017 r. sygn. II OSK 2059/17 uzasadniał: nie można podzielić stanowiska, iż naruszeniem zakazu określonego w art. 24f ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.) jest tylko takie wykorzystanie mienia gminnego, które nosi cechy uprzywilejowania. 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. Ustanawiając zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego, ustawodawca chciał zapobiec ewentualnemu wykorzystaniu mandatu w celu ułatwienia dostępu do tego mienia. Przepis ten zakazuje radnym prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której uzyskali mandat, a także zarządzania taką działalnością lub reprezentowania w jej prowadzeniu w charakterze przedstawiciela lub pełnomocnika, pod rygorem stwierdzenia wygaśnięcia mandatu w razie niezaprzeszania tej działalności.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- odpis odpowiedzi na skargę