

**UCHWAŁA NR XL/409/2021  
RADY MIEJSKIEJ W AUGUSTOWIE**

z dnia 28 września 2021 r.

**w sprawie przekazania do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku wniosku radnego Rady Miejskiej w Augustowie o przywrócenie terminu do wniesienia skargi 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 wraz ze skargą**

Na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1372) 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 wniosek radnego Rady Miejskiej w Augustowie o przywrócenie terminu do wniesienia skargi 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 wraz ze skargą.

2. Treść odpowiedzi na wniosek stanowi załącznik do niniejszej uchwały.

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

2. Upoważnia się Burmistrza Miasta Augustowa do reprezentowania Rady Miejskiej w Augustowie w sprawie wniosku, o którym mowa w § 1, w tym w ramach postępowania na wypadek gdyby termin został przywrócony 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 XL/409/2021  
Rady Miejskiej w Augustowie  
z dnia 28 września 2021 r.

**Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku**

ul. Sienkiewicza 84, 15-950 Białystok

**Skarżący: Rafał Harasim**

16-300 Augustów

*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. Młyńska 35, 16-300 Augustów

*zastępowana przez Burmistrza Miasta Augustowa Mirosława Karolczuka*

**Odpowiedź**

**na wniosek radnego Rady Miejskiej w Augustowie o przywrócenie terminu do wniesienia skargi 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 wraz z odpowiedzią na skargę**

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.) dalej w skrócie jako ppsa, w imieniu Rady Miejskiej w Augustowie przekazuję wniosek radnego Rafała Harasima z dnia 22 września 2021 r. (data wpływu do Urzędu Miejskiego w Augustowie 24 września 2021 r.) o przywrócenie terminu do wniesienia skargi na uchwałę Rady Miejskiej w Augustowie 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, wnosząc o:

1. Odrzucenie względnie oddalenie wniosku o przywrócenie terminu i odrzucenie skargi z dnia 23.09.2021 r.

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.

A nadto wnoszę o:

- dopuszczenie dowodu z dokumentów - Zarządzenia Zastępczego Wojewody Podlaskiego z dnia 28.07.2021 r. znak NK-II.4102.1.2021.MWM, Zarządzenia Zastępczego Wojewody Podlaskiego z dnia 18.08.2021 r. znak NK-II.4102.2.2021.MWM

*Na dowód prawidłowej redakcji pouczenia zastosowanego w zaskarżonej uchwale Rady Miejskiej w Augustowie oraz powszechnej praktyki rozumienia treści i elementów pouczenia przez organy nadzoru*

## 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 tejże 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.

Postanowieniem z dnia 16.09.2021 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w sprawie o sygn. akt II SA/Bk 482/21 skargę odrzucił jako wniesioną po upływie terminu.

Wnioskiem z dnia 22.09.2021 r., który wpłynął w dniu 24.09.2021 r. skarżący wniósł o przywrócenie terminu do wniesienia skargi oraz załączył skargę.

Organ powołując się na treść zaskarżonej, jej uzasadnienie oraz przeprowadzone postępowanie wyjaśniające wnosi o oddalenie wniosku o przywrócenie terminu i odrzucenie skargi ewentualnie jej oddalenie, każdorazowo na koszt skarżącego.

### **I. Żądanie odrzucenia lub oddalenia wniosku o przywrócenie terminu i odrzucenia skargi**

Organ w pierwszej kolejności wnosi o oddalenie wniosku o przywrócenie terminu i w konsekwencji 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 zarówno wniosek o przywrócenie terminu jak i załączona do niego skarga zostały wniesione 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 i z tych względów również powinien być odrzucony albo oddalony wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia skargi. Zdaniem organu zasadnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w dniu 16.09.2021 r. skargę odrzucił. Należy dostrzec, że już w uchwale Rady Miejskiej w Augustowie Nr XXXV/383/2021 z dnia 10 czerwca 2021 r. podniesiono argumentację tożsamą z tą, którą podniesiono powyżej o uchybieniu terminowi. W trakcie obrad był również obecny skarżący, tym samym ewentualny termin 7 dni do złożenia wniosku o przywrócenie terminu rozpoczął swój bieg w dniu 10 czerwca 2021 r. i upływał z dniem 17 czerwca 2021 r. Skarżący wówczas – niejako z ostrożności procesowej powinien był ten wniosek złożyć w ww. terminie a tego nie uczynił. Początek biegu terminu 7 dni od daty doręczenia odpowiedzi na skargę potwierdzają orzeczenia sądów administracyjnych, np. Postanowienie NSA z dnia 20 lutego 2008 r., IFZ 40/08, postanowienie NSA z dnia 30 października 2008 r., II OZ 1123/08, LEX nr 517783; postanowienie NSA z dnia 17 maja 2010 r., II OZ 468/10, LEX nr 673936; postanowienie NSA z dnia 16 czerwca 2010 r., II FZ 264/10, LEX nr 648854. W piśmie procesowym z dnia 12 lipca 2021 r. takiego wniosku nie złożył także pełnomocnik, argumentując twierdzenie o zachowaniu terminu odwołaniem do przepisów kpa. Nie jest prawdą stwierdzenie o nieprecyzyjnym charakterze pouczenia w zaskarżonej uchwale jak też to, że stanowisko organu pełnomocnik traktował jedynie jako stanowisko procesowe, gdyż odnosząc się do odpowiedzi na skargę mógł i powinien był poczynić refleksję nad obowiązującym orzecznictwem sądów administracyjnych. W szczególności w sytuacji gdy strona jest reprezentowana przez fachowego pełnomocnika, który uzasadniwszy fakt braku odpłatności skargi podkreślił i dostrzegł, że jest to sprawa na gruncie prawa wyborczego (a nie ogólnego postępowania administracyjnego). Zgodnie z art. 87 ppsa przywrócenie terminu może nastąpić, gdy spełnione są łącznie cztery przesłanki: wniosek o przywrócenie terminu został złożony w ciągu siedmiu dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminu; zainteresowany uprawdopodobnił, że uchybił terminowi bez swojej winy; jednocześnie z wnioskiem została dopełniona czynność, dla której określony był termin; uchybienie terminu wywoła ujemne dla strony skutki. Brak jednej z tych przesłanek uniemożliwia przywrócenie terminu. Zdaniem organu skarżący uchybił terminowi 7 dni na złożenie wniosku, abstrahując od kwestii takiej, że oczywiście nie ma podstaw do żądania przywrócenia terminu, a nadto ewentualnie termin 7 dni rozpoczął swój bieg w dniu 10 czerwca 2021 r. to gdyby nawet przyjmować (z czym się jednak organ nie zgadza) że termin 7 dni rozpoczął swój bieg w dniu 16 września 2021 r. to termin 7 dni upływał w dniu 23 września 2021 r. a wniosek wpłynął do organu w dniu 24 września 2021 r. a więc po upływie terminu. Sąd administracyjny w tej sprawie zobligowany będzie do ustalenia momentu, kiedy w rzeczywistości (obiektywnie) ustała przyczyna uchybienia terminu do dokonania czynności. Oczywiście jest, że analizując tę okoliczność, sąd nie przeprowadza postępowania dowodowego z własnej inicjatywy, ale zasadniczo zobligowany jest opierać się na twierdzeniach wnioskodawcy popartych stosownymi dowodami, a także dowodami zgromadzonymi w toku całego postępowania. Jeżeli na skutek zbadania wszystkich okoliczności sąd dojdzie do przekonania, że przyczyna niezawinionego uchybienia terminowi ustała wcześniej, niż wskazuje wnioskodawca, ustala, czy mimo to wniosek został złożony w terminie siedmiodniowym od tej daty. Pozytywny wynik przeprowadzonej analizy powoduje, że sąd w dalszej kolejności bada wniosek merytorycznie. Jeżeli zaś dojdzie do przekonania, że strona dokonała wspomnianej czynności po upływie siedmiodniowego terminu, wniosek podlega odrzuceniu, o co organ wnosi. Zarówno skarżący jak i pełnomocnik byli obecni na posiedzeniu w dniu 16 września 2021 r. kiedy zapadło rozstrzygnięcie i dowiedzieli się o przyczynie odrzucenia skargi.

Odnosząc się do kwestii pouczenia, należy wskazać, że pouczenie zawarte w zaskarżonej uchwale było prawidłowe, powszechnie stosowane nie tylko w uchwałach organów stanowiących, ale również przez organy nadzoru – Wojewody Podlaskiego w Białymstoku czego emanacją jest treść zarządzeń zastępczych Wojewody Podlaskiego (np. Zarządzenie Zastępcze Wojewody Podlaskiego z dnia 28.07.2021 r. znak NK-II.4102.1.2021.MWM, Zarządzenie Zastępcze Wojewody Podlaskiego z dnia 18.08.2021 r. znak NK-II.4102.2.2021.MWM) gdzie pouczenie brzmi: „*Na niniejsze zarządzenie zastępcze służy (...) prawo wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku za pośrednictwem Wojewody Podlaskiego w terminie 30 dni od daty jego doręczenia.*”

Dowód: Zarządzenie Zastępcze Wojewody Podlaskiego z dnia 28.07.2021 r. znak NK-II.4102.1.2021.MWM, Zarządzenie Zastępcze Wojewody Podlaskiego z dnia 18.08.2021 r. znak NK-II.4102.2.2021.MWM

Reasumując powyższe, organ podnosi, że skarga została złożona przez profesjonalnego pełnomocnika, który już w dacie zredagowania skargi miał wiedzę o właściwym trybie jej wniesienia i zasadnie została przez Sąd odrzucona. Z tego względu oddalony powinien być wniosek o przywrócenie terminu względnie odrzucony. Ponadto spóźniony jest wniosek o przywrócenie terminu i z tego względu powinien być odrzucony względnie oddalony, albowiem skarżący dowiedział się o uchybieniu terminowi już w dniu 10 czerwca 2021 r., a dalej także na posiedzeniu jawnym w dniu 16 września 2021 r. i termin 7 dni należy najpóźniej liczyć od tej daty.

## **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. 24 f 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 sankcjonowanie, 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 (...) od gminy, 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 niezaprzestania tej działalności.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- dwa odpisy odpowiedzi na skargę;
- Zarządzenie Zastępcze Wojewody Podlaskiego z dnia 28.07.2021 r. znak NK-II.4102.1.2021.MWM,
- Zarządzenie Zastępcze Wojewody Podlaskiego z dnia 18.08.2021 r. znak NK-II.4102.2.2021.MWM.