

Uchwała Nr XXXVII/319/17
Rady Miejskiej w Pyrzycach
z dnia 14 czerwca 2017 r.

w sprawie odmowy stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnej

Na podstawie art. 383 § 1 pkt 5, § 2, § 3 i 4 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112 z późn. zm.) w związku z art. 24 f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 446) Rada Miejska w Pyrzycach uchwala, co następuje:

§ 1. Odmawia się stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnej Rady Miejskiej w Pyrzycach Małgorzaty Piotrowskiej z powodu braku wystąpienia przesłanek o jakich mowa w art. 24 f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, z przyczyn określonych w uzasadnieniu stanowiącym załącznik do niniejszej uchwały.

§ 2. Wykonanie uchwały powierza się Burmistrzowi Pyrzyc.

§ 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Przewodniczący Rady

Paweł Chyt

UZASADNIENIE

do Uchwały Nr XXXVII/319/17 Rady Miejskiej w Pyrzycach z dnia 14 czerwca 2017 r.

W dniu 23 maja 2017 r. do Rady Miejskiej w Pyrzycach wpłynęło pismo Nr P-1.4130.467.2017.KN Wojewody Zachodniopomorskiego w sprawie możliwości naruszenia przez radną Małgorzatę Piotrowską zakazu wynikającego z art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, w myśl którego *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*, z uwagi na pełnienie funkcji dyrektora prywatnego żłobka.

W piśmie Wojewoda Zachodniopomorski zwrócił się z prośbą o dokonanie oceny stanu faktycznego związanego z zaprezentowaną sytuacją radnej Małgorzaty Piotrowskiej w kontekście zaistnienia przesłanek skutkujących wygaśnięciem mandatu radnego i podjęcie w tej sprawie stosownej uchwały w terminie 30 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma.

Dnia 26 maja 2017 r. Przewodniczący Rady Miejskiej w Pyrzycach pismem Nr BRM.0004.1.2017 wezwał radną Małgorzatę Piotrowską do złożenia pisemnych wyjaśnień w przedmiotowej sprawie w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

W dniu 1 czerwca 2017 r. do Przewodniczącego Rady Miejskiej wpłynęło oświadczenie radnej Małgorzaty Piotrowskiej o nienaruszeniu zakazu wynikającego z art. 24f ustawy o samorządzie gminnym wraz z umową o pracę.

Kserokopia pisma Wojewody Zachodniopomorskiego wraz z oświadczeniem radnej Małgorzaty Piotrowskiej zostały przekazane do radcy prawnego Urzędu Miejskiego w Pyrzycach w dniu 1 czerwca 2017 r. za pośrednictwem drogi elektronicznej celem wypracowania opinii prawnej.

Dnia 7 czerwca 2017 r. radna Małgorzata Piotrowska złożyła uzupełnienie do wcześniej przedłożonego oświadczenia.

Dnia 8 czerwca 2017 r. przekazana została przewodniczącemu Rady Miejskiej w Pyrzycach informacja prawna w przedmiotowej sprawie.

Rada Miejska w Pyrzycach ustaliła następujący stan faktyczny:

Małgorzata Piotrowska jest zatrudniona od dnia 2 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2017 r. przez Szczecińską Fundację Talent-Promocja-Postęp na stanowisku dyrektora żłobka w ramach realizacji projektu „Żłobek Bajeczka w Pyrzycach” (nr umowy: RPZR06.06.00-32-K009/16-00), współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, Regionalny Program Operacyjny Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2014-2020, Oś Priorytetowa VI Rynek Pracy, Działanie 6.6 Program zapewnienia i zwiększenia dostępu do opieki nad dziećmi w wieku do lat 3. Zakres obowiązków Małgorzaty Piotrowskiej jest określony w załączniku nr 1 do umowy.

Dowód:

- umowa o pracę z dnia 02.01.2017 r. wraz załącznikiem nr 1

Szczecińska Fundacja Talent-Promocja-Postęp zawarła z Gminą Pyrzyce umowę nr 26/2016 dzierżawy nieruchomości z dnia 3 października 2016 r. dotyczącą dzierżawy części budynku Publicznego Gimnazjum w Pyrzycach o łącznej powierzchni 235,56 m², mieszczącej się w części piwnicznej szkoły przy ul. Rejtana 6 z przeznaczeniem na prowadzenie przedszkola oraz żłobka w ramach projektu unijnego pt. Żłobek Bajeczka w Pyrzycach oraz część placu obok szkoły od strony dyskontu Biedronka o powierzchni 200m².

Dowód:

- umowa nr 26/2016 dzierżawy nieruchomości z dnia 3 października 2016 r.

Szczecińska Fundacja Talent-Promocja-Postęp zawarła z Wojewódzkim Urzędem Pracy w Szczecinie w dniu 25 listopada 2016 r. umowę nr RPZP.06.06.00-32-K009/16-00 dotyczącą projektu Żłobek Bajeczka w Pyrzycach.

Dowód:

- Lista umów o dofinansowanie projektu zawartych w ramach RPO WZ 2014-2020 (źródło: http://www.wup.pl/rpo/download/List_a_nr_2_1_3122016_2.pdf)

W ramach projektu Żłobek Bajeczka w Pyrzycach Szczecińska Fundacja Talent-Promocja-Postęp stwarza możliwość od stycznia 2017 r. powrotu do pracy rodzicom dzięki oddaniu dzieci do lat 3 pod opiekę żłobkową. Głównym celem projektu jest objęcie dzieci opieką żłobkową w okresie styczeń -grudzień 2017 r. i tym samym umożliwienie powrotu na rynek pracy 30 osobom bezrobotnym lub biernym zawodowo z terenu miejsko-wiejskiej Gminy Pyrzyce. Do projektu mogą zgłaszać się osoby, które przerwały karierę zawodową ze względu na urodzenie dziecka i przebywają na urlopie wychowawczym lub są bezrobotne. Warunkiem uczęszczania przez dziecko do żłobka jest znalezienie przez rodziców pracy w ciągu 3 miesięcy. Planowane rezultaty projektu:

- 80% grupy docelowej podejmie pracę w ciągu 3 miesięcy od przystąpienia do projektu i powróci na rynek pracy po przerwie związanej z urodzeniem/wychowaniem dziecka,
- powstanie min. 30 nowych miejsc opieki nad dziećmi w wieku do lat 3, w tym min. 3 miejsca opieki nad dziećmi z niepełnosprawnościami.

Wartość projektu: 770 406,25 zł,

Wkład Funduszy Europejskich: 654 845,31 zł,

Projekt realizowany jest w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2014-2020, RPZP.06.00.00 Rynek Pracy, Program zapewnienia i zwiększenia dostępu do opieki nad dziećmi w wieku do lat 3. Projekt ma przyczynić się do wzrostu zatrudnienia oraz powrót na rynek pracy osób, którym utrudnia to sytuacja rodzinna wynikająca z opieki nad dziećmi do lat 3.

Harmonogram realizacji projektu:

1. Adaptacja i wyposażenie pomieszczeń na cele żłobka - 01.10.2016 - 31.12.2016 r. ul. Rejtana 6 w Pyrzycach.
2. Utrzymanie i prowadzenie żłobka - 02.01.2017 r. - 31.12.2017 r. codziennie w dni robocze w godzinach: 06.00-17.00 z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy - miejsce ul. Rejtana 6 w Pyrzycach.

Dowód:

- strona internetowa: <http://www.fundacjatpp.pl/projektytpp/item/12-zlobek-bajeczka-w-pyrzycach.html>

- Regulamin Rekrutacji Uczestników Projektu „Żłobek Bajeczka w Pyrzycach”

(źródło: http://www.fundacjatpp.pl/images/galeriatpp/Zlobek_Pyrzyce/Rekrutacja/Regulamin%20rekrutacji.pdf).

Szczecińska Fundacja Talent-Promocja-Postęp w związku z prowadzeniem Żłobka Bajeczka w Pyrzycach nie pobiera dotacji z Gminy Pyrzyce.

Dowód:

- pismo z dnia 06.06.2017 r. nr EKiS.7530.6.2017

Rada Miejska w Pyrzycach zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 446) (zwana dalej 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.*

Z zagadnienia będącego przedmiotem rozważań Rady wynika, iż przedmiotem niniejszej sprawy powinna być analiza stanu sprawy pod kątem, czy wykonywanie pracy przez radną Małgorzatę Piotrowską na stanowisku dyrektora żłobka w ramach działalności Szczecińskiej Fundacji Talent-Promocja-Postęp (zwana dalej Fundacją) prowadzonej w formie Żłobka Bajeczka w Pyrzycach na mieniu gminnym (pomieszczenia dzierżawione od Publicznego Gimnazjum w Pyrzycach) narusza zakaz określony w art. 24f ust. 1 u.s.g.

Mając powyżej określone zagadnienie na wstępie można wykluczyć z analizy zagadnienia, czy radna Małgorzata Piotrowska w/w działalność prowadzi w imieniu własnym bądź wspólnie, albowiem z treści zapytania Wojewody oraz ustalonego powyżej stanu faktycznego wynika, iż taki przypadek nie zachodzi.

W ocenie Rady Fundacja prowadzi swoją działalność na mieniu gminnym, albowiem wynika to wprost z umowy dzierżawy, niemniej jednak warunki dzierżawy nie odbiegają od powszechnie przyjętych.

W doktrynie wskazuje się, iż w *tradycyjnym ujęciu twierdzi się, że użyte przez ustawodawcę w art. 24f ust. 1 u.s.g. sformułowanie „z wykorzystaniem” odnosić należy do wszelkich przypadków korzystania z mienia komunalnego gminy w ramach prowadzonej działalności, skoro bowiem ustawodawca nie zawarł w tym przepisie jakichkolwiek kryteriów wskazujących, jakie sposoby*

wykorzystywania mienia komunalnego w działalności gospodarczej objęte są zakazem w nim przewidzianym, niedopuszczalne jest uzupełnianie jego treści o rodzaje owego wykorzystywania nieobjęte hipotezą art. 24f u.s.g. (por. wyrok NSA z dnia 5 listopada 2010 r., II OSK 1714/10, LEX nr 746748; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 sierpnia 2008 r., III SA/Wr 294/08, nie publ; co do pojęcia wykorzystania mienia zob. także A. Rzetecka-Gil, Glosa do wyroku NSA z dnia 31 stycznia 2013 r., II OSK 2926/12, LEX/el. 2014) (tak w: Rzetecka-Gil Agnieszka, Samorząd gminny. Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym, Opublikowano: LEX/el. 2015).

W doktrynie wskazuje się także, że orzecznictwo uznało, że niedozwolonym korzystaniem przez radnego, skutkującym utratą mandatu, jest:

- a) dzierżawa od jednostki organizacyjnej gminy placu na ustawienie dwóch tablic reklamowych informujących o charakterze usług (por. wyrok NSA z dnia 1 lipca 2010 r., II OSK 921/10, LEX nr 688796),
- b) najem na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej pomieszczeń biurowych od gminnego zakładu budżetowego (por. wyrok WSA we Wrocławiu dnia 28 lipca 2010 r., III SA/Wr 226/10, LEX nr 757870),
- c) zarządzanie działalnością gospodarczą podmiotu (spółki z o.o.), którą łączyła z gminą umowa o zarządzanie i utrzymywanie nieruchomości (por. wyrok NSA z dnia 5 listopada 2010 r., II OSK 1714/10, LEX nr 746748),
- d) użytkowanie części ściany wspólnoty mieszkaniowej w celu korzystania z reklamy w sytuacji, gdy udziały gminy we wspólnocie wynosiły ponad 50% (por. wyrok NSA z dnia 17 listopada 2010 r., II OSK 1840/10, LEX nr 746823),
- e) prowadzenie działalności handlowej na terenie targowiska należącego do gminy oraz sprzedaż alkoholu na festynie rodzinnym odbywającym się w świetlicy wiejskiej stanowiącej własność gminy (por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 1 czerwca 2011 r., II SA/Sz 484/11, LEX nr 852309; wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2011 r., II OSK 140/11, LEX nr 988196),
- f) prowadzenie działalności gospodarczej (świadczenie usług telewizji kablowej) z wykorzystaniem mienia gminnego, polegające na umieszczeniu okablowania telewizji w pasie drogowym drogi gminnej (por. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 24 listopada 2011 r., III SA/Gd 280/11, LEX nr 1153889).

Podjęcie liberalne powoduje przyjęcie przez judykaturę, że nie narusza zakazu z art. 24f ust. 1 u.s.g. radny, który w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą:

a) korzysta z mienia komunalnego na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych dla członków danej wspólnoty samorządowej (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 lipca 2014 r., II SA/Wa 521/14, LEX nr 1493233; podobnie wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 11 czerwca 2014 r., II SA/Bd 571/14, LEX nr 1498018; wyrok NSA z dnia 31 stycznia 2013 r., II OSK 2926/12, LEX nr 1298508),

b) korzysta z mienia komunalnego jednorazowo, incydentalnie, w celu osiągnięcia zysku (por. wyrok NSA z dnia 27 czerwca 2013 r., II OSK 1194/13, LEX nr 1491191; podobnie w wyroku NSA z dnia 14 października 2014 r., II OSK 2369/14, Dziennik Gazeta Prawna z dnia 15 października 2014 r., s. 7) (tak w: Rzetecka-Gil Agnieszka, Samorząd gminny. Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym, Opublikowano: LEX/el. 2015).

W tym miejscu należy zauważyć, iż stawka czynszu za 1 m² przyjęta w przedmiotowej umowie dzierżawy nie odbiega od stawek wynikających z Zarządzenia nr 155/2015 Burmistrza Pyrzyc z dnia 30 kwietnia 2015 r. (wyliczona stawka za 1 m² wynajętej powierzchni wynosi 6,53 zł netto (2.845,52 zł/435,56m² {235,56 m² lokal; 200 m² plac}); przy czym stawka za 1m² gruntu w w/w zarządzeniu wynosi 1,34 zł/m² - cele usługowe; stawka za 1m² lokalu użytkowego w w/w zarządzeniu wynosi 3,50 zł/m² - lokale użytkowe związane z prowadzeniem działalności edukacyjno-oświatowej oraz 6,97 zł/m² lokale użytkowe związane z prowadzeniem działalności gospodarczej).

Kolejną kwestią jest rozstrzygnięcie czy w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy prowadzenie przez Fundację w/w działalności jest prowadzeniem działalności gospodarczej.

Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 - zwana dalej usdg) *działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.*

W ocenie Rady prowadzona przez Fundację działalność w postaci prowadzenia żłobka jest działalnością o charakterze usługowym (świadczenie

usług w postaci zapewnienia opieki dziennej nad dziećmi); jest działalnością zawodową (jest to działalność prowadzona w sposób profesjonalny z zapewnieniem odpowiednich standardów zarówno lokalowych jak i osobowych); jest prowadzona w sposób zorganizowany oraz ciągły.

Natomiast w ocenie Rady zagadnieniem budzącym wątpliwości jest to czy ta działalność jest działalnością o charakterze zarobkowym.

Zgodnie z doktryną zarobkowego celu działalności gospodarczej nie należy kojarzyć z osiąganiem dochodów z tej działalności. W jednym ze swych orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, że kryterium dochodowości nie jest konieczną cechą definiującą działalność gospodarczą (uchwała SN z 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, LexPolonica nr 298580, OSNCP 1993, nr 5, poz. 79). Gdyby przyjąć inaczej, to powstałoby wiele wątpliwości, czy działalnością gospodarczą nie jest także indywidualna twórczość naukowa, techniczna, wynalazcza, literacka, kompozytorska lub plastyczna, która może mieć charakter odpłatny i przynosić jednorazowe lub stałe dochody, lecz co do zasady nie jest prowadzona przede wszystkim w celach zarobkowych. Decydującym kryterium staje się więc cel wykonywanej działalności. Jeśli jest to działalność non profit, to nie można uznać, że jest to działalność gospodarcza (W.J. Katner, Prawo działalności gospodarczej..., s. 25). Nie stanowi też takiej działalności podejmowanie czynności wytwórczych lub usługowych bądź budowlanych na własne potrzeby (E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, Działalność gospodarcza...)(tak w: Kosikowski Cezary, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, wyd. VII Opublikowano: LexisNexis 2013).

W doktrynie wskazuje się także, że zarobkowy charakter działalności gospodarczej oznacza, że zamiarem (celem) jej podjęcia jest osiągnięcie zysku. Zysk z kolei należy definiować jako nadwyżkę przychodów nad stratami. Należy przy tym liczyć się z możliwością nieuzyskania przychodu z prowadzonej działalności gospodarczej, czyli poniesienia straty. **Tym samym o zarobkowym charakterze działalności gospodarczej nie decyduje faktyczne osiągnięcie zysku, lecz zamiar jego osiągnięcia (cel).** W jednym z wydanych wyroków NSA (wyrok z dnia 26 września 2008 r., II FSK 789/07, LEX nr 495147) wskazał, że „dana działalność jest zarobkowa, jeżeli jest prowadzona w celu osiągnięcia dochodu (zarobku), rozumianego jako nadwyżka przychodów nad poniesionymi kosztami. Działalność pozbawiona tego aspektu jest działalnością charytatywną, społeczną, kulturalną i inną (określaną mianem

non profit)". Działalność prowadzona niezarobkowo, nawet jeśli będzie jednym z rodzajów działalności wyspecyfikowanej w art. 2 ustawy, nie może być uznana za działalność gospodarczą (tak WSA w Warszawie w wyroku z dnia 8 października 2004 r., II SA 3673/03, LEX nr 159913). W wyroku z dnia 16 sierpnia 2012 r., II SA/Po 427/12, CBOSA, WSA w Poznaniu wskazał, iż „o zarobkowości działalności decyduje cel jej wykonywania. Jeżeli zakłada się osiągnięcie w związku z działalnością i w jej efekcie nadwyżki przychodów nad poniesionymi kosztami, a więc osiągnięcie dochodu, to znaczy, że został określony cel zarobkowy tej działalności. Samo określenie celu ma jednak wymiar subiektywny i mieści się w sferze zamiaru danego podmiotu” (na temat zarobkowego celu działalności zob. M. Etel, Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz orzecznictwie sądowym, Warszawa 2012, s. 179 i n.) (tak w: Sieradzka Małgorzata, Zdyb Marian, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz Opublikowano: LEX 2013).

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 stycznia 2017 r. sygn. akt: III AUa 1356/16, zgodnie z którym *niewątpliwe stwierdzenie, że w danym wypadku mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, wymaga ustalenia kumulatywnego spełnienia kilku przesłanek, gdyż działalność taka charakteryzuje się specyficznymi właściwościami. Chodzi o takie elementy, jak jej profesjonalny charakter, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, działanie na własny rachunek, powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Co prawda nie jest konieczne faktyczne osiąganie dochodów z danej działalności, gdyż przynoszenie strat (zarówno przejściowo, jak i w dłuższych okresach) jest okolicznością, nie tyle typową, co wpisaną w ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej. Niemniej jednak o zarobkowym charakterze działalności gospodarczej decyduje zamiar osiągnięcia zysku i podejmowanie w tym kierunku określonych czynności.*

W stanie faktycznym niniejszej sprawy Żłobek Bajeczka w Pyrzycach prowadzony jest w celu umożliwienia powrotu na rynek pracy 30 osobom bezrobotnym lub biernym zawodowo z terenu miejsko-wiejskiej Gminy Pyrzyce poprzez objęcie dzieci opieką żłobkową w okresie styczeń - grudzień 2017 r. Jak wynika z tego, celem prowadzenia żłobka, a tym samym celem prowadzonej

w niej działalności, nie jest zarobek lecz cel społeczny w postaci aktywizacji osób nieaktywnych zawodowo.

Rada zwraca uwagę, iż Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 r. sygn. akt: II OSK 2864/12 stwierdził, iż *działalność gospodarcza z wykorzystaniem mienia gminnego musi być nastawiona na osiągnięcie zysku, w tym przede wszystkim zysku osiąganego z powodu bieżącego wykorzystania do celów gospodarczych składników mienia i praw majątkowych*. W tym tonie wypowiedział się również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 21 maja 2014 r. sygn. akt: IV SA/Po 1072/13, w którym stwierdził, iż *dla uznania określonej przedmiotowo działalności za działalność gospodarczą konieczne jest łączne zaistnienie jej cech funkcjonalnych. Działalność gospodarcza, zarządzanie taką działalnością z wykorzystaniem mienia gminnego musi być nastawione na osiągnięcie zysku, w tym przede wszystkim zysku osiąganego z powodu bieżącego wykorzystania do celów gospodarczych składników mienia i praw majątkowych. Tym samym tylko prowadzenie tak rozumianej działalności gospodarczej podlegać będzie ograniczeniom określonym w art. 24f ust. 1 u.s.g.* W najnowszym orzecznictwie w tym tonie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 stycznia 2017 r. sygn. akt: III SA/Gd 988/16 zgodnie z którym *działalność gospodarcza z wykorzystaniem mienia gminnego musi być nastawiona na osiągnięcie zysku, w tym przede wszystkim zysku osiąganego z powodu bieżącego wykorzystania do celów gospodarczych składników mienia i praw majątkowych. Tym samym tylko prowadzenie tak rozumianej działalności gospodarczej podlegać będzie ograniczeniom określonym w art. 24f ust. 1 u.s.g.* Rada podziela poglądy w/w Sądu Administracyjnego.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Rady, brak jest podstaw w stanie faktycznym oraz prawnym niniejszej sprawy do stwierdzenia, że Fundacja prowadzi działalność gospodarczą w formie Żłobka Bajeczka w Pyrzycach.

Kolejną kwestią wymagającą ustalenia jest zagadnienie czy radna Małgorzata Piotrowska zarządza taką działalnością lub jest przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, iż kwestia zakazu z art. 24f ust. 1 usg w kontekście „zarządzania działalnością” budzi spory i kontrowersje w doktrynie i orzecznictwie. Część doktryny wyklucza interpretację w/w

przepisu w ten sposób, iż dotyczy to radnego zarządzającego działalnością gospodarczą prowadzoną przez osoby prawne. Natomiast w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż zakaz zawarty w art. 24f ust. 1 usg dotyczy również zarządzania działalnością gospodarczą osoby prawnej (tak w: Rzetecka-Gil Agnieszka, Samorząd gminny. Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym, Opublikowano: LEX/el. 2015).

W ocenie Rady z przedłożonej umowy o pracę, a zwłaszcza z załącznika nr 1 wynika, iż radna Małgorzata Piotrowska posiada kompetencje do zarządzania Żłobkiem Bajeczka w Pyrzycach. Zapisy załącznika nr 1 na wstępie ograniczają zakres zarządczy radnej do *czynności dotyczących kierowania bieżącą działalnością opiekuńczo-wychowawczą, zdrowotną i administracyjną oraz merytoryczną żłobka* (pkt 1 zakresu obowiązków szczegółowych). Niemniej jednak w pkt 16 zakresu obowiązków szczegółowych wskazuje się *zarządzanie żłobkiem wykonując inne zadania przewidziane dla jego stanowiska przepisami prawa i organu założycielskiego oraz podejmowanie decyzji we wszystkich sprawach nie przekazanych pracownikom żłobka*. Nadto należy również uwzględnić stanowisko na jakim jest zatrudniona radna tj. dyrektor żłobka. Dlatego też, mając na uwadze powyższe oraz orzecznictwo dotyczące tego zagadnienia (*vide*: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt: II SA/Ol 1079/09; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 21 maja 2014 r. sygn. akt: IV SA/Po), w ocenie Rady, istnieją podstawy do przyjęcia, iż radna Małgorzata Piotrowska jest osobą zarządzającą działalnością Fundacji w ograniczonym do Żłobka Bajeczka w Pyrzycach zakresie.

Jeśli chodzi o kwestię bycia przez radną Małgorzatę Piotrowską pełnomocnikiem Fundacji to, Rada wskazuje, iż z przedłożonej umowy o pracę, a zwłaszcza z załącznika nr 1 wynika, iż są podstawy do przyjęcia, iż radna Małgorzata Piotrowska jest również pełnomocnikiem Fundacji. Zgodnie z pkt 2 zakresu obowiązków szczegółowych do zadań radnej należy reprezentowanie żłobka na zewnątrz, natomiast z pkt 13 zakresu obowiązków szczegółowych do zadań radnej Małgorzaty Piotrowskiej należy zawieranie umów cywilnoprawnych o świadczenie usług z rodzicami bądź opiekunami dzieci przez żłobek w imieniu założyciela. W ocenie Rady, redakcja załącznika nr 1 do umowy o pracę stanowi również umocowanie do dokonywania tych czynności zwłaszcza, że załącznik ten jest podpisany przez Prezesa Zarządu Fundacji umocowanego do jednoosobowej jej reprezentacji. W tym zakresie

warto także zwrócić uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 czerwca 2016 r. sygn. akt: II OSK 924/16 zgodnie z którym *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.*

Rada wskazuje, iż aby wystąpiły skutki normy prawnej przewidziane w zakresie normowania (tzw. dyspozycja normy prawnej) wpierw muszą wystąpić przesłanki zastosowania normy prawnej (tzw. hipoteza normy prawnej), które w przypadku art. 24f ust. 1 usg powinny być spełnione łącznie (kumulatywnie). W tym zakresie warto przytoczyć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 18 lutego 2014 r. sygn. akt: II SA/Bd 107/14, zgodnie z którym *podjęcie przez radę gminy uchwały o wygaśnięciu mandatu radnego, ewentualnie wydanie zarządzenia zastępczego w przypadku nie podjęcia takiej uchwały przez radę, może nastąpić tylko, gdy zaistnieją kumulatywnie wszystkie przesłanki określone w art. 24f ust. 1 u.s.g.: prowadzenie przez radnego działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami (ewentualnie zarządzanie taką działalnością lub bycie przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności) i wykorzystanie przy prowadzeniu tej działalności gospodarczej mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat.*

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Rady, w niniejszej sprawie nie wystąpiły kumulatywnie wszystkie przesłanki wymagane do wygaśnięcia mandatu radnej Małgorzaty Piotrowskiej.

Przede wszystkim nie wystąpiła przesłanka prowadzenia działalności gospodarczej na mieniu gminnym. O ile niewątpliwie, w ocenie Rady, na przedmiotowym mieniu jest prowadzona działalność, to ta działalność nie ma charakteru działalności gospodarczej, albowiem nie występuje tu element zarobkowego prowadzenia działalności na mieniu gminnym. W konsekwencji powyższego faktu, w ocenie Rady, brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 24f ust. 1 usg.

Mając powyższe na uwadze Rada stoi na stanowisku, że w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy radna Małgorzata Piotrowska nie naruszyła zakazu określonego w art. 24f ust. 1 usg w konsekwencji czego nie nastąpiło wygaśnięcie mandatu radnej Małgorzaty Piotrowskiej z mocy prawa,

dlatego też należało podjąć uchwałę odmawiającą stwierdzenia wygaśnięcia mandatu.

Przewodniczący Rady

Paweł Chyt

Załączniki:

- pismo Wojewody Zachodniopomorskiego Nr P-1.4130.467.2017.KN
- pismo Przewodniczącego Rady Miejskiej w Pyrzycach Nr BRM.0004.1.2017
- oświadczenie radnej Małgorzaty Piotrowskiej wraz z umową o pracę
- uzupełnienie radnej Małgorzaty Piotrowskiej do wcześniej przedłożonego oświadczenia
- informacja prawna