



W Y R O K

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 stycznia 2020 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu
w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia WSA Anetta Chołuj
Sędziowie: Sędzia WSA Barbara Ciołek (sprawozdawca)
Sędzia WSA Magdalena Jankowska-Szostak
Protokolant: specjalista Renata Pawlak

po rozpoznaniu w Wydziale III na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r.
sprawy ze skargi Gminy Podgórzyn
na rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego
z dnia 13 sierpnia 2019 r., nr NK-N.4131.108.11.2019.JW1
w przedmiocie stwierdzenia nieważności uchwały Rady Gminy Podgórzyn
nr XII/135/19 z dnia 31 lipca 2019 r. w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu
radnego

- I. uchyla zaskarżone rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego,
- II. zasądza od Wojewody Dolnośląskiego na rzecz Gminy Podgórzyn kwotę 480 zł (czterysta osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem
ZASTĘPCA KIEROWNIKA
Sekretariatu Wydziału III

Halina Roslan
Halina Roslan

oznacza, że dla radnego bez znaczenia pozostawało z jakich źródeł pochodzi finansowanie wykonywanych przez niego obowiązków, mimo że tak wąska wykładnia wykorzystania mienia komunalnego stoi w sprzeczności z zasadą wprowadzenia tej regulacji tj. ochrony interesu publicznego poprzez zapobieżenie angażowaniu się radnych w sytuacje mogące poddawać w wątpliwość ich osobistą bezstronność,

3. art. 24f ust. 1 u.s.g. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że radny nie dopuścił się naruszenia ww. przepisów, albowiem działalność przez niego wykonywana nie stawiała go w uprzywilejowanej pozycji, zaś zasady na jakich korzystał z mienia komunalnego są niedostępne dla innego mieszkańca gminy mimo że umowa zawarta z Miastem Jelenią Góra jako liderem inwestycji i korzystanie przez radnego z mienia Gminy Podgórzyn nie mieści się w kryteriach korzystania z niego na zasadach powszechnej dostępności usług na warunkach ogólnych, czy też warunkach powszechnie ustalonych,
4. art. 24f ust. 1 u.s.g. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, iż zasada proporcjonalności przemawia również za uchyleniem uchwały, mimo że w sprawie zastosowanie zasady proporcjonalności stoi w sprzeczności z celami wprowadzonej zasady gwarancji autorytetu konstytucyjnych organów Państwa, które mogły być narażone przez wykorzystywanie mienia gminnego przez radnego.

W odpowiedzi na skargę Wojewoda wniósł o jej oddalenie, a na rozprawie i w piśmie z 21 stycznia 2020 r. o jej odrzucenie.

Wojewódzki Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2107 ze zm.) sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę administracji publicznej, która sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej. Stosownie do treści art. 3 § 2 pkt 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.; dalej jako p.p.s.a.) kontrola działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawie skarg na akty nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego, do których

to aktów zaliczają się bez wątpienia rozstrzygnięcia nadzorcze wojewody wydawane na podstawie art. 91 u.s.g. Sąd uwzględniając skargę jednostki samorządu terytorialnego na akt nadzoru uchyla ten akt (art. 148 p.p.s.a.). Kryteria sprawowania nadzoru i przesłanki wydawania rozstrzygnięć nadzorczych określone zostały w ustawie o samorządzie gminnym i w akcie normatywnym wyższej rangi tj. w Konstytucji RP. Zgodnie z art. 171 ust. 1 i 2 Konstytucji RP działalność samorządu terytorialnego podlega nadzorowi z punktu widzenia legalności. Ustawa o samorządzie gminnym w art. 85 stanowi zaś, że nadzór nad działalnością gminną sprawowany jest na podstawie kryterium zgodności z prawem. Organami nadzoru są Prezes Rady Ministrów i wojewoda, a w zakresie spraw finansowych – regionalna izba obrachunkowa (art. 86 u.s.g.). Ponadto, jak określa art. 87 u.s.g. organy nadzoru mogą wkraczać w działalność gminy tylko w przypadkach określonych ustawami.

Stosownie do treści art. 91 ust. 1 u.s.g. uchwała lub zarządzenie organu gminy sprzeczne z prawem są nieważne. O nieważności uchwały lub zarządzenia w całości lub w części orzeka organ nadzoru w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia doręczenia uchwały lub zarządzenia, w trybie określonym w art. 90. Zgodnie z art. 98 ust. 1 u.s.g. rozstrzygnięcia organu nadzorczego dotyczące gminy, w tym rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 96 ust. 2 i art. 97 ust. 1, a także stanowisko zajęte w trybie art. 89, podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego z powodu niezgodności z prawem w terminie 30 dni od dnia ich doręczenia. Do złożenia skargi uprawniona jest gmina lub związek międzygminny, których interes prawny, uprawnienie albo kompetencja zostały naruszone. Podstawą do wniesienia skargi jest uchwała lub zarządzenie organu, który podjął uchwałę lub zarządzenie albo którego dotyczy rozstrzygnięcie nadzorcze (art. 98 ust. 3 u.s.g.).

Powyższe przesądza zatem, że o wniesieniu skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze dotyczące uchwały rady gminy decyduje rada, podejmując uchwałę, o której mowa w ust. 98 u.s.g. Aczkolwiek – mając chociażby na uwadze treść pisma organu nadzoru z 21 stycznia 2020 r. – wskazać należy, że w orzecznictwie przyjmuje się, że uchwała nie musi zostać podjęta przed wniesieniem skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze, gdyż art. 98 ust. 3 u.s.g. nie wskazuje terminu do podjęcia uchwały lub zarządzenia, a zatem nie można wykluczyć podjęcia uchwały już po wniesieniu skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze stwierdzające nieważność uchwały

rady gminy. Uchwała podjęta po wniesieniu skargi zatwierdza bowiem czynność dokonaną i stanowi warunek konieczny jej dopuszczalności. A to oznacza, że za niedopuszczalną można uznać jedynie skargę w stosunku do, której Rada nie podjęła uchwały przed lub po jej wniesieniu, co jak wynika z akt sprawy nie miało miejsca w sprawie. Dodatkowo podkreślić należy, że wyrok w sprawie zapadł 29 stycznia 2020 r., zaś uchwała Rady Gminy Podgórzyn w sprawie wniesienia skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze została podjęta 13 stycznia 2020 r.

Zresztą przepis art. 98 u.s.g. powinien być interpretowany w sposób jak najszerszej uwzględniający prawo organu samorządu terytorialnego do zbadania przez sąd administracyjny legalności rozstrzygnięć nadzorczych (postanowienia NSA z 29 marca 2019 r. I GSK 299/19, 25 września 2014 r. II OSK 2527/14).

Dalej podnieść należy, że rozstrzygnięcie o stwierdzeniu nieważności uchwały organu gminy przez organ nadzoru może być wydane, gdy uchwała narusza prawo w sposób istotny. Pojęcie istotnego naruszenia prawa nie zostało zdefiniowane w żadnej z ustaw samorządowych, ale w orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że istotnymi naruszeniami prawa, o jakich mowa w powołanym wyżej przepisie, są takie naruszenia prawa jak: podjęcie uchwały przez organ niewłaściwy, brak podstawy do podjęcia uchwały określonej treści, niewłaściwe zastosowanie przepisu prawnego będącego podstawą podjęcia uchwały, naruszenie procedury podjęcia uchwały (por. M. Stahl, Z. Kmiecik, Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego, Samorząd Terytorialny 2001, z. 1-2, s. 101-102 oraz P. Chmielnicki, Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego w Polsce, Warszawa 2006, s. 94-95 i przywołane tam orzecznictwo).

Rozpoznając skargę gminy na akt nadzoru stwierdzający nieważność uchwały organu gminy, sąd obowiązany jest badać zwłaszcza treść samej uchwały, rozstrzygając między innymi to, czy stwierdzenie nieważności zostało podjęte zgodnie z przepisem ustanawiającym kryteria tego stwierdzenia. Przedmiotem oceny sądu musi być więc również ustalenie, czy rzeczywiście uchwała lub zarządzenie w sposób istotny narusza prawo. Działanie sądu winno mieć charakter dwustopniowy i obejmować badanie zgodności z prawem samej uchwały lub zarządzenia, potem badanie zgodności z prawem rozstrzygnięcia nadzorczego stwierdzającego nieważność (zob. por.: J.P. Tarno, Prawo o postępowaniu przed sądami

administracyjnymi. Komentarz, Warszawa 2011, uw. 3 do art. 148; J. Zimmermann, Elementy procesowe nadzoru i kontroli NSA nad samorządem terytorialnym, "Państwo i Prawo" 1991, nr 10, s. 48; wyrok NSA z 5 grudnia 1995 r., SA/Rz 1109/95, wyrok WSA w Poznaniu z 24 maja 2017 r., IV SA/Po 24/17). W sprawach ze skarg na rozstrzygnięcie nadzorcze, gdy przedmiotem tego rozstrzygnięcia jest uchwała rady gminy, chodzi w istocie o to samo o co chodzi w sprawie ze skargi na uchwałę rady gminy wniesionej na podstawie art. 101 ust. 1 u.s.g (wyrok NSA z 4 sierpnia 2011 r., II OSK 168/11).

Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 13 sierpnia 2019 r. (nr NK – N.4131.108.11.2019.JW1), podjęte na podstawie art. 91 ust. 1 u.s.g. stwierdzające nieważność uchwały Rady Gminy Podgórzyn z 31 lipca 2019 r. (nr XII/135/19) w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego Roberta Balceraka. Materialnoprawną podstawą ww. uchwały Rady Gminy Podgórzyn stanowiły przepisy art. 383 § 1 pkt 5 k.wyb. w zw. z art. 24f ust. 1 u.s.g. Zgodnie z art. 383 § 1 pkt 5 k.wyb. wygaśnięcie mandatu radnego następuje w przypadku naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonych w odrębnych przepisach funkcji lub działalności. Taki zakaz ustanowiony został w art. 24f u.s.g., 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 art. 383 § 5 k.wyb. wynika, że jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził tego rodzaju działalność gospodarczą, jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania, a niewypełnienie tego obowiązku stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu w trybie art. 383 k.wyb.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że – jak wynika z akt sprawy – 16 grudnia 2016 r. pomiędzy Miastem Jelenią Górą (Liderem), a Gminą Miejską Piechowice oraz Gminą Podgórzyn (Partnerami) zawarta została umowa partnerska na rzecz realizacji Projektu „bliżej natury, chronić naturę – budowa zrównoważonych tras rowerowych MTB w Karkonoszach”. Z umowy tej wynika (w szczególności), że

Miasto Jelenia Góra pełni funkcję Lidera. Każdy z partnerów upoważnia Lidera do reprezentowania Partnera wobec Instytucji Zarządzającej oraz wobec osób trzecich w działaniach związanych z realizacją projektu (§ 3 ust. 2). Ponadto Partnerzy upoważniają Lidera do przeprowadzenia w ich imieniu i na ich rzecz postępowań o udzielenie zamówień publicznych (§ 4 ust. 2). Partnerzy, którzy będą uczestniczyć w projekcie poprzez działania wymienione w § 4 ust. 6 zgodnie z postanowieniami § 5, ust. 1 umowy, przekażą środki finansowe związane z realizacją ich części projektu na wskazany przez Lidera Projektu rachunek bankowy, w terminie 5 dni kalendarzowych od otrzymania wezwania do przekazania środków od Lidera z wyłączeniem sytuacji, gdy Partnerzy zawrą odrębne umowy z Wykonawcami robót/usług w ramach projektu (§ 10 umowy). Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do umowy wskazującego na zaangażowanie finansowe poszczególnych partnerów Gmina Podgórzyn przeznaczyła na usługę nadzoru kwotę 28 140 zł.

Umowa ta była dwukrotnie aneksowana (15 listopada i 8 sierpnia 2018 r). Pierwszy raz z uwagi na wyższą niż planowaną we wniosku wartość zamówienia na opracowanie dokumentacji. Drugi raz z powodu potwierdzenia wcześniejszych ustnych ustaleń Partnerów dotyczących zasad finansowania projektu. Zgodnie z § 10 ust. 16 aneksu strony potwierdziły, iż Gmina Podgórzyn płatności ujęte wcześniej w 2018 r. ureguluje w 2019 r. Opracowano również ostatecznie załącznik nr 1 do aneksu nr 2 określający zaangażowanie finansowe partnerów w powstanie projektu. W załączniku tym uwzględniono opłatę stanowiącą wynagrodzenie za projekt uregulowane w marcu 2018 r. przez Gminę Podgórzyn oraz wszystkie pozostałe płatności uregulowane w 2019 r.

W dniu 7 czerwca 2018 r. na Nadzwyczajnej Sesji Rady Gminy Podgórzyn (nr LIX) radni przyjęli porządek obrad oraz podjęli uchwały w sprawie zmian w budżecie na rok 2018. Podczas tej sesji procedowano zmiany wydatków majątkowych przeznaczonych na budowę tras rowerowych MTB objętą umową partnerską. W związku z wydłużeniem terminu realizacji tych prac kwota 1 349 681,07 zł została przeniesiona na kolejny rok tj. na 2019 r. Z treści sporządzonego podczas sesji protokołu (nr LIX/18) wynika, że radny Robert Balcerek pytał o zmniejszenie wydatków na budowę tras rowerowych MTB.

Stwierdził, że zna termin realizacji do lutego 2019 r. i przedsięwzięcie jest realizowane terminowo.

W oparciu o treść § 4 ust. 2 ww. umowy, w dniu 25 czerwca 2018 r. pomiędzy Miastem Jelenia Góra (Zamawiającym), a Robertem Balcerkiem (Wykonującym) zawarta została umowa nr IZP.272.23.2018, na podstawie której Zamawiający zlecił Wykonawcy usługę polegającą na sprawowaniu nadzoru inwestycyjnego nad realizacją zadań inwestycji polegającą na przebudowie dróg i ścieżek leśnych na ścieżki rowerowe MTB w Karkonoszach wykonywanej przez firmę Arkadiusza Perizn (§ 1 pkt 1).

Radny Robert Balcerek pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego dla zadania objętego umową partnerską wystawił następujące rachunki: nr 24/2018 z 31 lipca 2018 r., nr 26/2018 z 31 sierpnia 2018 r., 10 października 2018 r., z 7 stycznia 2019 r., z 21 lutego 2019 r., z 21 marca 2019 r. na łączną kwotę 63 000 zł. Lider umowy (Miasto Jelenia Góra) wystawił noty obciążające Partnera (Gminę Podgórzyn) z tytułu rozliczenia inwestycji z 3 sierpnia 2018 r., z 18 września 2018 r., z 24 października 2018 r., z 21 stycznia 2019 r. oraz trzy noty z 22 marca 2019 r. Następnie Gmina Podgórzyn uregulowała swoje zobowiązanie wobec Lidera z tytułu wkładu własnego w budowę tras rowerowych, nadzoru oraz projektu w łącznej kwocie 2 096 792,24 zł.

W dniu 21 marca 2019 r. dokonano odbioru końcowego prac budowlanych objętych nadzorem Roberta Balcerka. Z uwagi na ujawnienie wad w wykonywanych pracach, w dniu 29 maja 2019 r. sporządzono protokół usunięcia tych wad (w obecności radnego Roberta Balcerka jako inspektora nadzoru).

W dniu 18 lipca 2019 r. do Przewodniczącego Rady Gminy Podgórzyn wpłynęło pismo Zastępcy Wójta Gminy Podgórzyn z prośbą o rozpatrzenie sprawy radnego Roberta Balcerka w sprawie naruszenia przez niego art. 24 f ust. 1 u.s.g. W dniu 19 lipca 2019 r. Przewodniczący Rady Gminy w Podgórzynie działając na podstawie art. 383 § 3 ustawy kodeks wyborczy zwrócił się z prośbą do Roberta Balcerka, o złożenie wyjaśnień, które zostały złożone 22 lipca 2019 r.

Na posiedzeniu Komisji Rewizyjnej 30 lipca 2019 r. wydano pozytywną opinię za wygaszeniem mandatu radnego Roberta Balcerka. Robert Balcerek oświadczył, iż będzie pełnił funkcję inspektora nadzoru również w okresie kolejnych 36 miesięcy

od odbioru końcowego prac budowlanych, albowiem okres ten objęty jest gwarancją wykonawcy.

Mając na uwadze chronologicznie przedstawione okoliczności faktyczne sprawy Sąd nie podzielił stanowiska Wojewody Dolnośląskiego zawartego w zaskarżonym rozstrzygnięciu nadzorczym o braku podstaw do zastosowania art. 24 f ust. 1 u.s.g. W ocenie Sądu Wojewoda w sposób niezasadny zakwestionował legalność ww. uchwały w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego. Robert Balcerek – jako radny Gminy Podgórzyn - prowadził bowiem (tak jak to słusznie stwierdziła Rada Gminy w uchwale z 31 lipca 2019 r.) działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Podgórzyn w rozumieniu art. 24f ust. 1u.s.g.

W przywołanym przepisie art. 24f ust. 1 u.s.g. 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. Przepis ten, używa pojemnego określenia „wykorzystanie mienia” i nie ogranicza zakazu do „własności” ani do bezpośredniego „zarządzania” mieniem komunalnym gminy. Jego celem jest bowiem niedopuszczenie do sytuacji wykorzystywania funkcji radnego do osiągnięcia własnych korzyści majątkowych kosztem mienia gminnego. Wykluczone powinny być zatem sytuacje, w których radny, wykonując mandat w gminie, będąc członkiem organu stanowiącego i podejmującego decyzje dotyczące m.in. zasad zarządu mieniem tej gminy, mógłby wpływać na korzystne dla siebie, bliskich lub innych podmiotów rozporządzanie tym mieniem, tj. korzystniejsze niż zasady, na jakich z mienia komunalnego korzystają podmioty nieposiadające statusu radnego.

Ustanawiając zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego ustawodawca chciał zapobiec ewentualnemu wykorzystaniu mandatu w celu ułatwienia dostępu do tego mienia. Wypełnienie dyspozycji tego przepisu nie jest nawet uzależnione od tego, czy z prowadzenia, zarządzania bądź bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności radny uzyskuje dochód czy inne osobiste korzyści. Zakaz ten dotyczy nawet sytuacji, gdy radny korzyści nie osiągnął, bowiem dla interpretacji przepisu art. 24f ust. 1 i 2 u.s.g. rozstrzygający jest sam fakt korzystania

z mienia komunalnego, które to wykorzystywanie pozostaje w związku funkcjonalnym z działalnością gospodarczą radnego (wyroki z 3 sierpnia 2017 r., II OSK 765/17 oraz z 9 czerwca 2016 r., II OSK 1269/16).

Podkreślić wymaga, że interpretacja określenia "wykorzystanie mienia komunalnego gminy" musi uwzględniać przepis art. 43 u.s.g., według którego, mieniem komunalnym jest własność i inne prawa majątkowe należące do poszczególnych gmin i ich związków oraz mienie innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. Dostrzec należy również, że powołane przepisy ustawy o samorządzie gminnym posługują się wprost, w zakresie majątku gminy, określeniami zaczerpniętymi z norm prawa cywilnego. Przepis art. 44 k.c. stanowi, że mieniem jest własność i inne prawa majątkowe. Chodzi o wszystkie bez wyjątku prawa podmiotowe majątkowe, a ujmując rzecz ekonomicznie, ogół aktywów danego podmiotu (patrz: A. Wolter, J. Ignatowicz, J. Stefaniak "Prawo cywilne. Zarys części ogólnej", Wyd. Prawnicze PWN, Warszawa 1999, s. 249).

Podobnie w przypadku mienia komunalnego, o którym mowa w art. 43-50a u.s.g., termin "mienie" używany jest więc w rozumieniu art. 44 k.c. (patrz: Elżbieta Niezbecka (w:) "Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna", pod red. T. Kidyby, WKP 2012, pkt 7 do art. 44).

Mienie obejmuje zatem wszystkie rodzaje podmiotowych praw majątkowych. „Inne prawa majątkowe” stanowią „inne prawa rzeczowe”, tj. użytkowanie wieczyste, prawa rzeczowe ograniczone oraz prawa majątkowe wynikające ze stosunków zobowiązaniowych. Mieniem są tylko prawa, nie są zaś obowiązki (długi), które własność i inne prawa majątkowe obciążają (patrz: Kazimierz Piasecki "Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna". Zakamycze 2003, pkt 10 do art. 44; Wojciech Jan Katner (w:) "Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna", pod red. P. Księżaka i M. Pyziak-Szafnickiej, LEX 2014, pkt 3 do art. 44; Elżbieta Niezbecka, op. cit. pkt 1 do art. 44; wyrok SN z dnia 3 grudnia 2009 r., sygn. akt II CSK 215/09). Z powyższych regulacji wynika zatem, że środki pieniężne wypłacane przez Gminę w ramach wynagrodzenia (w tym za usługę, tak jak to miało miejsce w sprawie) stanowią jej mienie.

W sprawie bezspornym jest, że 25 czerwca 2018 r. pomiędzy Miastem Jelenia Góra - działającym w imieniu i na rzecz Gminy Podgórzyn - a Robertem

Balcerkiem prowadzącym działalność gospodarczą Pracownia Usług Budownictwa „BASTAR” mgr inż. Robert Balcerk zawarta została umowa, w której Robert Balcerk zobowiązał się wykonać usługę nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego polegającego na wykonaniu przebudowy dróg i ścieżek leśnych na ścieżki rowerowe MTB w Karkonoszach. Umowa ta stanowiła pochodną umowy partnerskiej z 16 grudnia 2016 r. zawartej pomiędzy trzema gminami: Miastem Jelenia Góra (Lidera) oraz Gminą Podgórzyn i Gminą Miejską Piechowice (Partnerów) na rzecz realizacji Projektu „bliżej natury, chronić naturę – budowa zrównoważonych tras rowerowych MTB w Karkonoszach”, nad wykonaniem którego radny objął – odpłatnie – nadzór. Za usługę nadzoru ustalone zostało wynagrodzenie w kwocie 63.000 zł. Gmina Podgórzyn partycypowała w realizacji inwestycji płacąc 46,90 % wszystkich poniesionych na ten cel kosztów, w tym kosztów związanych z wypłatą wynagrodzenia radnego w kwocie 29.547 zł za usługę nadzoru nad realizacją inwestycji. Tym samym to Gmina Podgórzyn (a zatem Gmina w której Robert Balcerk sprawował mandat radnego) poniosła *de facto* ostatecznie wydatki związane z jego wynagrodzeniem za usługę nadzoru (zał. nr 1 do umowy partnerskiej). I bez znaczenia pozostaje tutaj okoliczność, w jaki sposób (pośredni, czy bezpośredni) Gmina Podgórzyn dokonywała wypłaty tegoż wynagrodzenia. Forma dokonywanych płatności w tym zakresie tj. pierwotne przekazanie kwoty tytułem wynagrodzenia na konto radnego przez Lidera, a następnie wystawienie przez niego z tegoż tytułu not obciążających Gminę Podgórzyn, w żaden sposób nie niweluje bowiem okoliczności, że środki te pochodziły (ostatecznie) z mienia Gminy Podgórzyn. Niniejszej okoliczności zdaje się (niezasadnie) nie dostrzegać Wojewoda Dolnośląski.

Nie sposób nadto zgodzić się z twierdzeniem Wojewody Dolnośląskiego, iż w sprawie nie zostały spełnione przesłanki z art. 24 f ust. 1 u.s.g., gdyż prawa i obowiązki radnego zostały określone w umowie pomiędzy nim a Miastem Jelenia Góra, zaś przepływy finansowe dotyczące realizacji projektu nie mają znaczenia, gdyż Gmina Podgórzyn nie była stroną stosunku zobowiązaniowego z radnym.

W tym miejscu wskazać należy, że umowa z 25 czerwca 2018 r. (nr IZP.272.23.2018) została zawarta rzeczywiście pomiędzy Liderem - Miastem Jelenia Góra (Zamawiającym), a radnym Gminy Podgórzyn Robertem Balcerkiem

(Wykonującym). W wyniku tej umowy Zamawiający zlecił Wykonawcy usługę polegającą na sprawowaniu nadzoru inwestycyjnego nad realizacją zadań inwestycji polegającą na przebudowie dróg i ścieżek leśnych na ścieżki rowerowe MTB w Karkonoszach (§ 1 pkt 1). Niewątpliwie wykonywanie usługi nadzoru inwestorskiego stanowiło realizację obowiązku przyjętego na siebie przez skarżącego w umowie cywilnoprawnej zawartej z Liderem umowy partnerskiej tj. Miastem Jelenia Góra. Obowiązkiem radnego było świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją projektu „bliżej natury, chronić naturę – budowa zrównoważonych tras rowerowych MTB w Karkonoszach” realizowanego w wyniku umowy partnerskiej pomiędzy trzema gminami: Miasto Jelenia Góra (Lidera) oraz Gminę Podgórzyn i Gminę Miejską Piechowice (Partnerów). Natomiast obowiązkiem Miasta Jelenia Góra była wypłata wynagrodzenia za świadczoną przez radnego usługę. Bezsprzecznie zatem na każdej ze stron rzeczony umowy ciążył obowiązek, mający swój odpowiednik w postaci wierzytelności drugiej strony. Radny świadcząc na rzecz Miasta Jelenia Góra usługę nadzoru inwestorskiego, miał wierzytelność wobec majątku Miasta Jelenia Góra, do uzyskania wynagrodzenia. Z działalnością radnego bezsprzecznie wiązał się natomiast dług Miasta wobec niego za wykonane usługi.

W tym miejscu – bez wątplenia - należało się odnieść do regulacji zawartych w treści ww. umowy partnerskiej z 16 grudnia 2016 r. stanowiącej podstawę umowy zawartej pomiędzy radnym a Miastem Jelenia Góra. Z jej treści wynika bowiem, że każdy z Partnerów upoważnił Lidera do reprezentowania Partnera wobec Instytucji Zarządzającej oraz wobec osób trzecich w działaniach związanych z realizacją projektu (§ 3 ust. 2). Ponadto Partnerzy upoważnili Lidera do przeprowadzenia w ich imieniu i na ich rzecz postępowań o udzielenie zamówień publicznych (§ 4 ust. 2). I końcowo Partnerzy, którzy uczestniczyli w projekcie poprzez działania wymienione w § 4 ust. 6 zgodnie z postanowieniami § 5, ust. 1 umowy, przekażą środki finansowe związane z realizacją ich części projektu na wskazany przez Lidera Projektu rachunek bankowy, w terminie 5 dni kalendarzowych od otrzymania wezwania do przekazania środków od Lidera z wyłączeniem sytuacji, gdy Partnerzy zawrą odrębne umowy z Wykonawcami robót/usług w ramach projektu (§ 10 umowy). I jak wynika z treści załącznika nr 1 do umowy wskazującego na zaangażowanie

finansowe poszczególnych partnerów Gmina Podgórzyn przeznaczyła na usługę nadzoru kwotę 28 140 zł.

Tym samym (czego zdaje się nie zauważać organ nadzoru) gminy będące stronami umowy partnerskiej przekazały – na rzecz Lidera - część swoich uprawnień i obowiązków. Dlatego też bez znaczenia pozostaje okoliczność, że umowa z 25 czerwca 2018 r. została zawarta pomiędzy radnym a Liderem (a nie Partnerem w postaci Gminy Podgórzyn, w której radny piastował mandat), gdyż prowadzona przez radnego działalność gospodarcza dotyczyła bezspornie inwestycji realizowanej przez Gminę Podgórzyn - aczkolwiek - za pośrednictwem Lidera (Miasto Jelenia Góra) działającego w jej imieniu i na jej rzecz oraz w oparciu o środki finansowane pochodzące ostatecznie z jej mienia.

Tym samym dla sprawy – wbrew twierdzeniom organu nadzoru – nie ma znaczenia, kto był stroną umowy zawartej z radnym (Lider (Miasto Jelenia Góra), czy (Partner) Gmina Podgórzyn). Kluczowa jest bowiem okoliczność, że Lider jako strona umowy z radnym był działał jednocześnie w imieniu i na rzecz pozostałych stron umowy partnerskiej (w tym Gminy Podgórzyn), zaś radny prowadził nadzór nad inwestycją prowadzoną na terenach należących do Gminy Podgórzyn i ostatecznie przez nią współfinansowanych.

Dalej, w żadnym razie nie można przyjąć - za organem nadzoru - że środki, z których dokonano zapłaty wynagrodzenia na rzecz radnego z w związku z realizacją umowy zawartej pomiędzy nim a Miastem Jelenia Góra utraciły status środków „należących do Gminy Podgórzyn”. Sens obciążenia mienia Gminy Podgórzyn polegał bowiem na tym, że na skutek umowy z 25 czerwca 2018 r. doszło do zawarcia stosunku cywilnoprawnego, na mocy którego Miasto Jelenia Góra (jako Lider działający - co jako kluczowe postanowienie niejednokrotnie było już przez Sąd podkreślane - w imieniu i na rzecz pozostałych Partnerów, w tym Gminy Podgórzyn, w której Robert Balcarek pełnił funkcję radnego) obciążyło się (aczkolwiek pośrednio) długiem wobec radnego za usługę świadczenia nadzoru inwestorskiego nad projektem. Pierwotnie Lider dokonał zapłaty wynagrodzenia radnego, a następnie Gmina Podgórzyn (zgodnie z zał. nr 1 do umowy) przekazała na rzecz Lidera środki pieniężne w kwocie pokrywającej wartość ww. wynagrodzenia tj. 28 140 zł. I to ostateczne obciążenie Gminy Podgórzyn było ekwiwalentem za

usługę wykonywaną przez radnego i jako takie wypłacane z budżetu tej Gminy mieściło się - jako aktywa - w pojęciu mienia komunalnego (por. wyrok NSA z 11 maja 2018 r., II OSK 1000/18).

Jako niezasadne Sąd uznał nadto stanowisko organu nadzoru, że wykonywana przez radnego działalność była dostępna dla innych mieszkańców, że nie korzystał on z uprzywilejowanej pozycji, co oznacza, że nie złamał zasad wynikających z art. 24f ust. 1 u.s.g. W tym miejscu Sąd przyjął – co zresztą zostało prawidłowo podniesione w skardze – że wyrazem takiego stanowiska organu jest błędna wykładnia art. 24f ust. 1 u.s.g. Skarżący nie kwestionował bowiem, iż umowa o nadzór została zawarta w trybie ustawy p.z.p. i była dostępna dla innych oferentów. Do wypełnienia znamion, z ww. przepisu, nie jest jednak konieczne wystąpienie okoliczności niedostępności innych podmiotów do zawarcia określonych umów. Z celowościowej wykładni tego przepisu wynika, że prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminnego powinno skutkować wygaszeniem mandatu. Nie ma więc żadnego znaczenia, czy ta działalność gospodarcza będzie prowadzona w oparciu o ustawę p.z.p., k.c., czy też inne uregulowania prawne. Dlatego też, zdaniem Sądu - w przypadku wyboru najkorzystniejszego oferenta, jeżeli tym oferentem jest radny i korzysta z mienia komunalnego - jako uzasadniony należy uznać zarzut angażowania się radnego w sytuacji mogącej poddać w wątpliwość jego bezstronność i uczciwość.

Dalej, Sąd jako nieprawidłowe uznał twierdzenie organu nadzoru, że działalność wykonywana przez radnego nie postawiła go w uprzywilejowanej pozycji. Z akt sprawy jednoznacznie bowiem wynika, że radny zaangażowany był w sprawę finansowania inwestycji na podstawie umowy partnerskiej z 16 grudnia 2016 r, co potwierdza chociażby okoliczność negocjowania przez niego zasadności finansowania jej ze środków zgromadzonych w budżecie na 2019 r. (protokół sesji nr LIX/18). Radny – w ramach pełnionej funkcji - miał wpływ na realizację umowy, w tym na wysokość wydatków, które zobligowana było ponieść jako Partner Gmina Podgórzyn (a zatem Gmina, w której pełnił mandat). Tym samym nie sposób uznać, że radny „nie był w uprzywilejowanej sytuacji”, skoro – jak wynika z akt sprawy – po pierwsze był jako radny zaangażowany w finansowanie inwestycji, a po wtóre odpłatnie ją nadzorował w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Odnosząc się do końcowo do twierdzeń organu nadzoru, iż przy podejmowaniu uchwały o wygaśnięciu mandatu radnego należy kierować się zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 13 Konstytucji RP, wskazać należy, że rzeczywiście stwierdzenie wygaśnięcia mandatu radnego stanowi zawsze istotną ingerencję w prawa wyborcze – zarówno tego radnego, jak i wyborców. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07 (OTK-A 2007/3/26) stwierdził, że wygaśnięcie mandatu dotyka zarówno czynnego, jak i biernego prawa wyborczego. Ulega w ten sposób przekreśleniu zasada trwałości mandatu pochodzącego z wyborów bezpośrednich. Jednocześnie ważny interes publiczny za jaki należy uznawać konstytucyjny autorytet organów Państwa uosabiany w uznaniu osób sprawujących władzę publiczną za wiarygodne, rzetelne i uczciwe nie powinien doznawać uszczerbku wyłącznie z tej przyczyny, że skutkiem wygaśnięcia mandatu radnego pozostaje przekreślenie zasady trwałości mandatu pochodzącego z wyborów bezpośrednich. Aczkolwiek – w powołanym wyroku z 13 marca 2007 r. Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że bierne prawo wyborcze obejmuje sobą uprawnienie do bycia wybranym, ale także do sprawowania mandatu uzyskanego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów przez okres pełnej kadencji niemniej - co istotne w sprawie - pozbawienie mandatu jest jednak dopuszczalne jeżeli odbywa się na zasadach przewidzianych w ustawie i z przyczyn koniecznych w demokratycznym państwie prawa, jednakże przyczyny te podlegają kontroli konstytucyjności z punktu widzenia proporcjonalności przyczyn decydujących o przekreśleniu wyniku wyborów (wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2018 r., sygn. akt. II OSK 2889/17).

Niewątpliwie kolizja tych dwóch wartości wymaga rozważnego stosowania środka, jakim jest stwierdzenie wygaśnięcia mandatu radnego, wyrażającego się w powinności każdorazowego, przy zastosowaniu norm wynikających z 383 §1 pkt 5 i § 2 k.wyb. w zw. z art. 24f ust. 1 u.s.g., dokonania przez radę gminy wszechstronnych i niebudzących wątpliwości ustaleń co do zaistnienia okoliczności wypełniających przesłanki wyrażonego w art. 24f ust. 1 u.s.g. zakazu (wyrok NSA z 5 listopada 2014 r., sygn. akt II OSK 2397/17, LEX nr 1657848). Ustalenia i wnioski w tym zakresie muszą z kolei znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu uchwały i mieć oparcie w materiale dowodowym. I zdaniem Sądu Rada Gminy Podgórzyn

Sygn. akt III SA/Wr 463/19

podejmując uchwałę z 31 lipca 2019 r. wypełniła niniejsze warunki (co wynika z jej uzasadnienia i materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie). Dlatego też Sąd – również w tym zakresie - nie zgodził się z organem nadzoru.

Konsekwencją takiego stanowiska jest ocena, że uprawnione było zastosowanie wobec radnego Roberta Balcerka art. 383 § 1 pkt 5 k. wyb. w zw. z art. 24f ust. 1 u.s.g., co też słusznie znalazło wyraz w uchwale Rady Gminy Podgórzyn z 31 lipca 2019 r. (nr XII/135/19). W tej sytuacji, Sąd stosownie do treści art. 148 p.p.s.a., uchylił zaskarżone rozstrzygnięcie organu nadzoru.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

ZASTĘPCA KIEROWNIKA
Sekretariatu Wydziału III

Roslan
Halina Roslan

