

ku. 009.01.2013



WOJEWODA MAŁOPOLSKI

URZĄD GMINY KĘTY	
Województwo	
Województwo data	
13.09.2013	
Nr. 33334	Zał. ✓
Podpis	fp

WN-II.4102. 11 .2013

Kraków, dnia 9 września 2013 r.

Rada Miejska w Kętach

Działając na podstawie art. 98a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 594, z późn. zm.) wzywam Radę Miejską w Kętach do podjęcia uchwały w sprawie wygaśnięcia mandatu **Radnego Rady Miejskiej w Kętach Pana Jerzego Rybackiego** w terminie 30 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

Uzasadnienie faktyczne

Wojewoda Małopolski, działając jako organ nadzoru nad jednostkami samorządu terytorialnego na skutek pisma Radnych Rady Miejskiej w Kętach z dnia 20 lipca 2012 r. (wpływ do Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Krakowie w dniu 26 lipca 2012 r.) wszczął postępowanie wyjaśniające dotyczące kwestii ewentualnego naruszenia przez **Pana Jerzego Rybackiego** Radnego Rady Miejskiej w Kętach dyspozycji zawartej w art. 24 f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Stosownie do brzmienia tego przepisu: „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.”

Mając na uwadze treść przywołanego powyżej przepisu ustawy o samorządzie gminnym należy zwrócić uwagę na przesłanki warunkujące zastosowanie ww. normy. Do przesłanek tych, w niniejszym przypadku należy sprawowanie przez radnego funkcji związanych z zarządzaniem działalnością mającą charakter działalności gospodarczej, prowadzonej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat.

W toku postępowania wyjaśniającego organ nadzoru wystąpił do Radnego, Przewodniczącego Rady Miejskiej w Kętach oraz Burmistrza Kęt z prośbą o odniesienie się do zarzutów zawartych w ww. piśmie Radnych Rady Miejskiej w Kętach.

Wyjaśnienia w przedmiotowej kwestii pismem z dnia 3 września 2012 r. złożył Burmistrz Kęt, jednakże organ nadzoru nie uznał ich za wystarczające. Podobnie organ nadzoru ocenił wyjaśnienia Pełnomocnika Radnego – adwokata Macieja Harata.

W związku z powyższym organ nadzoru kontynuował korespondencję zarówno z Burmistrzem jak i z Pełnomocnikiem Radnego. Ponadto organ nadzoru wystąpił ze

stosownymi pismami zarówno do Przewodniczącego Wydziału XII Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego Sądu Rejonowego dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie, Naczelnika Urzędu Skarbowego w Oświęcimiu i Starosty Oświęcimskiego, celem uzyskania informacji dotyczących działalności **Ludowego Klubu Sportowego „Orzeł” Witkowice**, w którym Radny sprawował funkcję Wiceprezesa Zarządu.

W toku postępowania wyjaśniającego, na skutek informacji przedstawionych m.in. w pismach Burmistrza Kęt i informacji przesłanych od Starosty Oświęcimskiego – organu nadzoru nad stowarzyszeniami, organ nadzoru uzyskał wiedzę w niniejszej sprawie, pozwalającą na poczynienie następujących ustaleń, z których wynika, co następuje.

I.

Pan Jerzy Rybacki sprawował funkcję **Wiceprezesa Zarządu Stowarzyszenia Ludowy Klub Sportowy „Orzeł” Witkowice**, już w momencie objęcia mandatu Radnego Rady Miejskiej w Kętach.

Stowarzyszenie wpisane jest do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie Wydział XII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem Nr 0000330881.

LKS „Orzeł” Witkowice nie jest wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS. Jednakże wskazuje się, iż brak wpisu ww. stowarzyszenia do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach Krajowego Rejestru Sądowego nie ma decydującego znaczenia prawnego dla uznania, czy stowarzyszenie prowadziło działalność gospodarczą.

Stowarzyszenie posiada status organizacji pożytku publicznego.

Radny, z racji sprawowanej funkcji Wiceprezesa Zarządu stowarzyszenia, zarządzał jego działalnością.

Należy podkreślić, iż w orzecznictwie sądów administracyjnych dominuje pogląd, że radny zarządzając działalnością gospodarczą stowarzyszenia, narusza zakaz określony w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, bez względu na to, czy czyni to na własny rachunek, czy też zarządza prowadzeniem takiej działalności przez odrębny podmiot. Bez znaczenia pozostaje także to, czy radny z tytułu tej działalności odnosi osobiste korzyści. To, że dochody stowarzyszenia uzyskiwane z prowadzenia działalności gospodarczej są przeznaczone na takie czy inne cele, nie zmienia charakteru takiej działalności (por. wyrok NSA z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt II OSK 527/10, Lex nr 597669).

II.

W dalszej kolejności do wyjaśnienia w toku prowadzonego przez organ nadzoru postępowania pozostawała kwestia, czy działalność ww. stowarzyszenia ma charakter działalności gospodarczej. Organ nadzoru poczynił w tej kwestii następujące ustalenia.

Statut LKS, przesłany do organu nadzoru przez Sąd Rejestrowy, nie przewiduje możliwości prowadzenia przez stowarzyszenie działalności gospodarczej.

Jednakże na podstawie zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego, ustalono, iż stowarzyszenie faktycznie prowadziło usługową działalność gospodarczą, polegającą na reklamowaniu i promowaniu za odpłatnością sponsora - Gminę Kęty. Ponadto stowarzyszenie sprzedawało bilety wstępu na imprezy sportowe organizowane przez siebie na gminnych obiektach użyteczności publicznej.

Możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez stowarzyszenia dopuszcza ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855, z późn. zm.). Stosownie do art. 34 tej ustawy, stowarzyszenie może prowadzić działalność gospodarczą według określonych reguł w odrębnych przepisach. Według art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 672, z późn. zm.): „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 organu nadzoru działalność promocyjna i usługowa, a także sprzedaż biletów wstępu na imprezy sportowe organizowane przez LKS - jest rodzajem działalności usługowej, czyli zasadnym jest zaliczenie jej do działalności gospodarczej.

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego ustalono, iż stowarzyszenie zawarło następującą umowę reklamowania i sponsoringu. Umowa ta została przesłana do organu nadzoru przez Burmistrza Kęt za pismem z dnia 18 kwietnia 2013 r., znak: OS.007.1.2013:

Z postanowień umowy o sponsoring NR PR/3/11/S z dnia 4.11.2011 r., zawartej z Gminą Kęty, wynika, iż:

W § 1 umowy postanowiono, iż: „Przedmiotem umowy są przedsięwzięcia o charakterze promocyjno – reklamowym świadczone na rzecz Sponsora (Gminy Kęty) przez żeńską sekcję siatkówki „ORŁA” w terminie 04.11.2011 r. – 31.12.2011 r.

W § 3 umowy postanowiono, iż: „ORZEL” zobowiązuje się do promocji i reklamowania Sponsora poprzez reklamę zewnętrzną: umieszczanie reklamy Sponsora na strojach sportowych żeńskiej sekcji siatkówki „ORŁA”, umieszczenia reklamy wizualnej Sponsora na okładce rocznego kalendarza ściennego, umieszczenie logo Sponsora na banerach żeńskiej sekcji siatkówki „ORŁA”, umieszczenie logo Sponsora na stronie internetowej „ORŁA”; reklamę i promocję w mediach: reklamę telewizyjną i reklamę prasową.

W § 4 ust. 2 umowy Strony ustaliły wartość kampanii reklamowej w wysokości 3.000,00 zł – wynagrodzenie płatne na rachunek „ORŁA”.

Z wyjaśnień Burmistrza Kęt, zawartych w piśmie z dnia 23.05.2013 r., wynika, iż przedmiotowa umowa została wykonana zgodnie z jej brzmieniem. Okoliczność ta została zweryfikowana przez pracowników Urzędu Gminy i potwierdzona sporządzoną dokumentacją fotograficzną. Burmistrz oświadczył, że Gmina Kęty – zgodnie z ww. umową przelała na konto bankowe Klubu w dniu 14.11.2011 r. środki w wysokości 3 000,00 zł.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w sprawozdaniach merytorycznych Klubu, które zostały przesłane do organu nadzoru przez Starostę Oświęcimskiego: W sprawozdaniach merytorycznych wskazywano na „dużą ilość sponsorów” (2012 r., 2011 r. i 2010 r.),

dodatkowo w sprawozdaniu merytorycznym za 2010 r. wskazano, iż: LKS „Orzeł” Witkowice zakończył rok 2010 bez zaległości finansowych. Było to możliwe dzięki zwiększeniu ilości sponsorów poprzez montaż kolejnych banerów reklamowych na płycie boiska i udostępnienie miejsc reklamowych na kalendarzach”.

Ponadto w posiadaniu organu nadzoru znalazły się także dwa bilety wstępu na imprezy sportowe organizowane przez LKS „Orzeł” (18.08.2012 r. i 24.09.2011 r.). W tym miejscu organ nadzoru podnosi, iż na jednym z biletów widnieje napis, iż: „nabycie biletu jest przekazaniem darowizny na rzecz LKS „Orzeł” Witkowice.”

W ocenie organu nadzoru prowadzenie odpłatnej działalności polegającej na reklamowaniu i sponsoringu oraz sprzedaży biletów na organizowane przez LKS „Orzeł” imprezy sportowe - stanowi prowadzenie usługowej działalności gospodarczej.

Działalność ta wypełnia ustawowe przesłanki określone w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, gdyż działalność polegająca na reklamowaniu prowadzona jest przez LKS w sposób ciągły i zorganizowany, a z działalności tej LKS czerpie zyski.

Odnosnie działalności w zakresie sprzedaży biletów, organ nadzoru dysponuje jedynie dowodem w postaci dwóch biletów, jednakże z zasad doświadczenia życiowego wynika, że zasadnym jest przyjęcie, iż LKS nie sprzedał zaledwie tylko dwóch biletów, lecz więcej, zwłaszcza, że na biletach widnieją kolejne numery.

Na element ciągłości wskazuje fakt, iż działalność polegająca na reklamowaniu i promowaniu świadczona była przez dłuższy okres czasu i w trakcie wielu imprez sportowych organizowanych przez LKS na obiektach sportowych stanowiących mienie gminy Kęty, a zawodnicy nie występowali jednorazowo z logo sponsora umieszczanym na ich strojach sportowych. Podobne uwagi można wyrazić odnosząc się do sprzedaży biletów.

Należy zauważyć, iż działalność ta nie miała charakteru doraźnego, czy też jednorazowego.

Ponadto stwierdzić należy, iż działalność promocyjna i reklamowa świadczona na rzecz sponsora prowadzona przez LKS nosi cechy zorganizowania, gdyż LKS posiadało zaplecze i możliwości organizacyjne w tym zakresie, tzn. posiadało kadre zawodników, którzy mogli na swoich strojach reklamować logo Gminy, organizowało i rozgrywało cieszące się zainteresowaniem imprezy sportowe i mecze na gminnych obiektach sportowych, w trakcie których na banerach usytuowanych na terenie gminnych obiektów – reklamowało i promowało sponsora i na które sprzedawało bilety wstępu. Za zorganizowanym charakterem tej działalności przemawia także fakt, że prowadzona ona była w ramach określonej struktury prawnej (stowarzyszenia), a bez znaczenia prawnego jest to, że miała ona charakter uboczny w stosunku do głównego celu działalności klubu sportowego.

Odnosząc się do przesłanki zysku, należy stwierdzić, iż był on niewątpliwie osiągany przez LKS w związku z prowadzoną działalnością. Bez znaczenia prawnego dla oceny prawnej niniejszej sprawy jest to, że zysk osiągany z działalności promocyjnej i reklamowej, a także ze sprzedaży biletów wstępu na imprezy sportowe, zaliczany był do działalności statutowej stowarzyszenia. Ograniczenie to bowiem wynika z regulacji ustawowej i jest jednym z warunków dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez stowarzyszenia.

Należy więc wskazać, że działalność gospodarcza prowadzona przez stowarzyszenie była i jest działalnością gospodarczą, o której mowa w treści art. 24f ust. 1 u.s.g. Sąd Najwyższy, zajął stanowisko w podobnej sprawie wyjaśniając w licznych orzeczeniach, że stowarzyszenie podejmując działalność gospodarczą prowadzi je na ogólnych zasadach regulujących prowadzenie działalności gospodarczej i nie zmienia tego tylko to, że dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia jest przeznaczony na realizację celów statutowych stowarzyszenia i nie może być przeznaczony do podziału między członkami stowarzyszenia, (zob. uchwała składu siedmiu sędziów SN. z dnia 18 czerwca 1991 r., sygn. akt III CZP 40/91, OSNCP 1992 r. Nr 2, poz. 17 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r., sygn. akt II CK 161/02, OSNC 2004 r. Nr 11, poz. 186). Zgodnie natomiast z brzmieniem art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855, z późn. zm.), stowarzyszeniami są zrzeszenia o celach niezarobkowych, co oznacza, że statutowym celem stowarzyszenia nie może być prowadzenie działalności skierowanej na osiągnięcie zysku.

Podsumowując tą część niniejszego wystąpienia stwierdzić należy, iż część działalności prowadzonej przez LKS „Orzeł” spełnia cechy działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

III.

W toku prowadzonego przez organ nadzoru postępowania wyjaśniającego ustalono także, iż Stowarzyszenie prowadziło działalność z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Kęty, tj., gminnych obiektów sportowych.

Organ nadzoru dysonuje następującą wiedzą dotyczącą kwestii z jakich gminnych obiektów użyteczności publicznej korzystał LKS „Orzeł”, zgodnie z umowami użyczenia przesłanymi przez Burmistrza Kęt za pismem z dnia 18 kwietnia 2013 r., znak: OS.007.1.2013:

- 1) **umowa użyczenia Nr ZPG-II.3.6850.3.2011, z dnia 31.03.2011 r.** zawarta z Gminą Kęty – umowa użyczenia nieruchomości, bezpłatne używanie nieruchomości położonej w Witkowicach zabudowanej budynkiem socjalnym, trybuną, boiskiem sportowym i drogą dojazdową na okres 01.04.2011 r.– 31.03.2014 r.
- 2) **umowa użyczenia Nr 1/U/2011 z dnia 27.10.2011 r.** zawarta z Gminą Kęty – Zespołem Szkolno – Przedszkolnym w Witkowicach – umowa użyczenia lokalu użytkowego – sali gimnastycznej wraz z szatnią mieszczących się w budynku Zespołu Szkolno – Przedszkolnego w Witkowicach na okres od 2.11.2011 r. – 31.08.2012 r.,
- 3) **umowa użyczenia Nr 1/U/2012 z dnia 1.10.2012 r.** zawarta z Gminą Kęty – Zespołem Szkolno – Przedszkolnym w Witkowicach – umowa użyczenia lokalu użytkowego – sali gimnastycznej wraz z szatnią mieszczących się w budynku Zespołu Szkolno – Przedszkolnego w Witkowicach na okres 1.10.2012 r. – 30.08.2013 r.

Podsumowując LKS „Orzeł” przy prowadzeniu swojej działalności korzystał z gminnych obiektów użyteczności publicznej, czyli z mienia gminnego.

Uzasadnienie prawne

Oceniając stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania wyjaśniającego organ nadzoru stwierdza, co następuje.

Pan Jerzy Rybacki Radny Rady Miejskiej w Kętach sprawował funkcję Wiceprezesa Zarządu Stowarzyszenia LKS „Orzeł”, co oznacza, iż zarządzał on działalnością stowarzyszenia, które przy prowadzeniu swojej działalności korzystało z mienia komunalnego Gminy Kęty.

Ustalono, iż Radny sprawował funkcję Wiceprezesa Zarządu Stowarzyszenia w dacie ślubowania i nie zaprzestał sprawowania tej funkcji w określonym w art. 24 f ust. 1a ustawy o samorządzie gminnym trzymiesięcznym terminie, liczonym od daty złożenia ślubowania.

Przepisy ustawy o samorządzie gminnym i w konsekwencji ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województwa (Dz. U. Nr 95, poz. 602, z późn. zm.) odnoszą się m.in. do zakazu zarządzania przez radnego działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy, w której dany radny uzyskał mandat. Spełnienie tych przesłanek warunkuje wygaśnięcie mandatu radnego.

LKS „Orzeł” jako organizacja pożytku publicznego prowadzi działalność zaliczaną do sfery działalności społecznie użytecznej. Obok działalności pożytku publicznego, jak to zostało ustalone w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym, prowadziło także działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Działalność LKS „Orzeł” polegająca na świadczeniu odpłatnych usług w zakresie reklamowania i promocji, a także sprzedaży biletów, spełnia cechy działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, gdyż jest prowadzona w sposób ciągły, zorganizowany oraz przynosi zysk. Bez znaczenia dla oceny prawnej niniejszej sprawy pozostaje fakt, czy Radny zarządzający tą działalnością odnosił z tego tytułu osobiste korzyści, a także fakt, iż dochody stowarzyszenia uzyskiwane z prowadzenia działalności gospodarczej nie są przeznaczane do podziału pomiędzy członków, tylko na działalność statutową. Ustalono także, iż przy prowadzeniu tej działalności wykorzystywane było mienie komunalne Gminy Kęty.

Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych uznać należy, że uzyskiwanie przychodów z ustawionych na gminnych obiektach użyteczności publicznej banerów reklamowych, czy też udział w tych imprezach zawodników w strojach sportowych zawierających logo sponsora lub też sprzedaż biletów na organizowane przez stowarzyszenie imprezy sportowe, nie może być uznane za działalność mieszczącą się w pojęciu odpłatnej działalności pożytku publicznego. Działalność taka oceniana jest jako działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (por. wyrok NSA z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt II OSK 527/10; wyrok NSA z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt II OSK 108/10; wyrok NSA z dnia 28 kwietnia 2011 r. II OSK 333/11, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2012 r. sygn. akt III SA/Wr 56/12; wyrok NSA z dnia 27 sierpnia 2010 r. sygn. akt II OSK 1131/10; - opubl. Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Odnosząc się w tym miejscu do tego, iż LKS „Orzeł” posiada status organizacji pożytku publicznego i do brzmienia ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie i ewentualnych wątpliwości do tego, czy działalność promocyjna i reklamowa prowadzona przez LKS jest odpłatną działalnością pożytku publicznego, czy też działalnością gospodarczą, stwierdza się co następuje.

Powołując się na przepisy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie za działalność pożytku publicznego można uznać tylko taką działalność, która jest społecznie użyteczna oraz prowadzona w sferze zadań publicznych określonych w ustawie (art. 3 ust. 1 oraz art. 6 ww. ustawy). W przypadku klubu sportowego sfera zadań publicznych obejmuje zadania w zakresie wspierania i upowszechniania kultury fizycznej i sportu (art. 4 ust. 1 pkt 17 ustawy). Za taką działalność uznać należy np. organizowanie imprez czy rozgrywek sportowych.

Zauważyć jednakże trzeba, że czym innym jest organizowanie imprez sportowych i upowszechnianie kultury fizycznej, a czym innym prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminnego. I właśnie ten drugi aspekt działalności prowadzonej przez LKS podlegał ocenie organu nadzoru pod kątem naruszenia przez Radnego określonego w ustawie o samorządzie gminnym zakazu wyartykułowanego w art. 24f ust. 1 ww. ustawy.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na brzmienie art. 6 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zgodnie z którym działalność pożytku publicznego nie jest, z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1 ustawy, działalnością gospodarczą, w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej i może być prowadzona jako działalność nieodpłatna lub jako działalność odpłatna.

Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie wyodrębnia w ramach działalności statutowej pożytku publicznego działalność nieodpłatną i odpłatną, która, zgodnie z art. 6, nie stanowi działalności gospodarczej (z zastrzeżeniem art. 9 ww. ustawy, który określa kiedy odpłatna działalność pożytku publicznego stanowi działalność gospodarczą). Zarówno działalność nieodpłatną, jak i odpłatną należy zaliczyć do działalności statutowej, gdyż wynikają one z celów statutowych. Trzeba też zaznaczyć, że organizacja pozarządowa może jednocześnie prowadzić działalność nieodpłatną pożytku publicznego, odpłatną pożytku publicznego i działalność gospodarczą.

Niewątpliwie działalność LKS w sferze działalności reklamowej i promocyjnej za którą Klub pobiera wynagrodzenie, czy też sprzedaż biletów – nie spełnia cech nieodpłatnej działalności pożytku publicznego.

Odnosząc się do odpłatnej działalności pożytku publicznego, stwierdzić należy, że w art. 8 wspomnianej ustawy zdefiniowane zostało pojęcie tego rodzaju działalności. Zgodnie z tym przepisem działalnością odpłatną pożytku publicznego jest działalność w zakresie wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych, w ramach realizacji przez organizację pozarządową celów statutowych, za które pobiera wynagrodzenie. Taką działalnością, jak to już zostało zaznaczone jest np. organizowanie imprez sportowych. Jednakże świadczenie usług reklamowych i promocyjnych, a także sprzedaż biletów przez LKS na organizowane przez stowarzyszenie imprezy sportowe, związane nawet z działalnością prowadzoną w sferze działalności pożytku publicznego, realizowaną przez stowarzyszenie, taką działalnością już nie jest, gdyż spełnia cechy działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co zostało wykazane w toku prowadzonego przez organ nadzoru postępowania wyjaśniającego.

Kontynuując powyższe wywody i odnosząc się do ewentualnych wątpliwości, czy wyżej opisana działalność LKS stanowi odpłatną działalność pożytku publicznego, której nie można zakwalifikować jako działalności gospodarczej, stwierdza się co następuje.

Organ nadzoru zwraca uwagę na brzmienie art. 9 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, który określa sytuacje, w których prowadzona przez pozarządowe organizacje pożytku publicznego odpłatna działalność pożytku publicznego stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

W art. 9 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie ustawodawca określił, że działalność odpłatna pożytku publicznego stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli wynagrodzenie z tytułu wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności lub wynagrodzenie osób fizycznych z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności nieodpłatnej oraz działalności odpłatnej przekracza półtorakrotnie wysokość przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw.

Z sytuacją opisaną w art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy mamy do czynienia w niniejszej sprawie, bowiem z analizy zgromadzonych w toku postępowania wyjaśniającego dokumentów, w tym sprawozdań finansowych LKS i porównania wysokości ponoszonych kosztów i osiąganych przychodów, wynika, iż wynagrodzenie pobierane przez Klub z tytułu promocji i reklamowania, a także sprzedaży biletów znacznie przekraczało koszty tej działalności, np. umów użyczenia gminnych obiektów sportowych i zlokalizowanych tam urządzeń służących do ekspozycji tychże reklam, czy też koszty zakupu strojów sportowych z logo sponsora, lub koszty druku biletów. Co prawda powyższe jest trudne do jednoznacznego zdekodowania ze sprawozdań finansowych klubu, zwłaszcza mając na uwadze to, iż do sprawozdań tych nie dołączono informacji dodatkowych, z których wynikałoby jakie rzeczywiście dochody osiągał LKS z reklamowania i sprzedaży biletów, a jakie koszty poniósł z tą działalnością. Jednakże z zasad doświadczenia życiowego i obiektywnej oceny wysokości dochodów osiąganych z reklamowania chociażby tylko Gminy Kęty i ceny biletów, powyższe twierdzenie jest uzasadnione.

Organ nadzoru na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego uznaje, że bilans tej działalności był dodatni, a zatem należało ją uznać za działalność gospodarczą, a nie za odpłatną działalność pożytku publicznego (podobnie wyrok NSA z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt II OSK 333/11).

Sądy administracyjne wypowiadając się w kwestii zarządzeń zastępczych Wojewodów w przedmiocie wygaszenia mandatów radnych sprawujących funkcje związane z zarządzaniem stowarzyszeniami będącymi jednocześnie organizacjami pożytku publicznego zwracały uwagę na kwestię zarządzania działalnością spełniającą cechy działalności gospodarczej, nawet jeżeli miała ona charakter „uboczny” do działalności statutowej stowarzyszenia, a zysk z niej osiągany był przeznaczany na działalność statutową, a nie do podziału pomiędzy członków (patrz: wyrok NSA z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt II OSK 527/10, wyrok NSA z dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt II OSK 108/10, wyrok NSA z dnia 24 marca 2010 r. sygn. AK II OSK 4/10 - opubl. Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Konkludując, jak to zostało wykazane w niniejszym wezwaniu, doszło do naruszenia dyspozycji art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, który stanowi, że 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.

W toku prowadzonego postępowania ustalono, że Radny w chwili objęcia swojego mandatu sprawował już funkcję Wiceprezesa Zarządu LKS „Orzeł” i wbrew dyspozycji zawartej w art. 24f ust. 1a nie zaprzestał on sprawowania tej funkcji w przeciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania.

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, ustalono także, iż LKS „Orzeł” prowadził działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego Gminy Kęty.

Tak więc, skonstatować należy iż nie cała działalność prowadzona przez LKS jest jedynie działalnością pożytku publicznego. Część działalności należy ocenić jako działalność gospodarczą prowadzoną z wykorzystaniem mienia gminnego, w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Konsekwencją naruszenia powyższego zakazu określonego w przepisach ustawy o samorządzie gminnym, jest wygaśnięcie mandatu radnego na podstawie art. 190 ust 1 pkt 2a ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województwa (Dz. U. Nr 95, poz. 602, z późn. zm.). Wygaśnięcie mandatu radnego stwierdza rada w drodze uchwały, najpóźniej w 3 miesiące od wystąpienia przyczyny wygaśnięcia mandatu (art. 190 ust. 2 ww. ustawy).

Organ nadzoru podnosi, iż art. 98a ustawy o samorządzie gminnym, przewiduje, że jeżeli właściwy organ gminy, wbrew obowiązkowi wynikającemu z odrębnych przepisów (w niniejszej sprawie – z art. 190 ustawy Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw), nie podejmuje uchwały w zakresie dotyczącym wygaśnięcia mandatu radnego, wojewoda wzywa organ gminy do podjęcia odpowiedniego aktu w terminie 30 dni. Z cytowanego przepisu wynika, że rada gminy nie tylko może, ale ma obowiązek, w terminie 30 dni od daty doręczenia wezwania wojewody, podjąć uchwałę, niezależnie od upływu terminu wynikającego z przepisów ustawy Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw. Na podstawie przytoczonego przepisu wojewoda ma kompetencję do zobowiązania rady gminy do podjęcia w wyznaczonym terminie uchwały w sprawie wygaśnięcia mandatu, co niniejszym czyni.

Jednocześnie informuję, iż w razie bezskuteczności niniejszego wezwania i tym samym niepodjęcia przez Radę Miejską w Kętach w terminie 30 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania stosownej uchwały, zostanie wydane – zgodnie z art. 98a ustawy o samorządzie gminnym, po uprzednim powiadomieniu ministra właściwego do spraw administracji publicznej, zarządzenie zastępcze stwierdzające wygaśnięcie mandatu Radnego Rady Miejskiej w Kętach Pana Jerzego Rybackiego.

Wojewoda Małopolski


Jerzy Miller

Otrzymują:

- 1) Adresat,
- 2) Komisarz Wyborczy w Krakowie,
- 3) Przewodniczący Rady Miejskiej w Kętach,
- 4) Burmistrz Kęt,
- 5) Pan Jerzy Rybacki Radny Rady Miejskiej w Kętach, reprezentowany przez radcę prawnego Pana Macieja Harata,
- 6) aa

