

*Sygn. akt II AKa 468/17*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 6 kwietnia 2018r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA – Rafał Kaniok (spr.)*

*Sędziowie: SA – Grzegorz Salamon*

*SO (del.) – Agnieszka Wysokińska - Walczak*

*Protokolant: – st. sekr. sąd. Katarzyna Rucińska*

*przy udziale Prokuratora Gabrieli Marczyńskiej - Tomali*

*i oskarżyciela posiłkowego Skarbu Państwa – Ministerstwa Obrony Narodowej*

*po rozpoznaniu w dniu 23 marca 2018 r.*

*sprawy W. S., s. C. i L. z d. W., urodz. (...) w K. C.*

*oskarżonego o czyny z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k.*

*na skutek apelacji, wniesionej przez prokuratora i oskarżyciela posiłkowego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 27 czerwca 2017 r. sygn. akt VIII K 53/17*

1) *uchyla zaskarżony wyrok w pkt I i - przyjmując, że oskarżony W. S. w okresie od 1 kwietnia 2003 r. do 4 października 2005 r. w W. woj. (...), pełniąc funkcję Dyrektora (...) i będąc zobowiązanym do zajmowania się sprawami majątkowymi tej jednostki - nie zachowując wymaganej w związku z tym ostrożności – nie dopełnił obowiązków w zakresie należytej realizacji zadań inwestorskich, przez co dopuścił do ujęcia w Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia przygotowanych przez inwestora zastępczego - Konsorcjum (...) S.A. - (...) Ltd, odrębnego zadania w postaci utworzenia, wyposażenia oraz utrzymania Biura Inżyniera Kontraktu, zrealizowanego przez wykonawców i finansowanego w całości przez (...), pomimo, że zadanie to wykaczało poza umowę zawartą z inwestorem zastępczym i pozostawało poza procedurą przetargową, a w konsekwencji doprowadziło do zawyżenia kosztów po stronie inwestora i spowodowało szkodę w jego mieniu w wielkich rozmiarach w łącznej wysokości 5.129.300 zł netto, która była skutkiem wystawienia faktur przez wykonawców, a to w ramach zadania:*

*- (...) - (...). „Rozbudowa N. O. w G. i rozbudowa Nabrzeża Północnego w basenie IX w G.” na kwotę 1.365.000 zł netto;*

*- (...). „Rozbudowa stanowisk demagnetyzacji w porcie (...) G.” na kwotę 419.200 zł netto;*

*- (...). „Wykonanie rozbudowy systemu rozdiali zasilania energetycznego w porcie (...) G.” na kwotę 1.020.600 zł netto;*

- (...). „Budowa lądowiska helikopterów w porcie (...) G.” na kwotę 41.000 zł netto (...). „Modernizacja pirsu B w bazie morskiej w G.” na kwotę 320.000 zł netto;

- (...). „Przetarg (...) - rozbudowa nadbrzeża (...) dla celów rozładowniczych (amunicja), napraw skutków zniszczeń w Bazie Morskiej w Ś.” na kwotę 1.963.500 zł. netto,

oraz uznając, że oskarżony mógł przewidzieć możliwość popełnienia powyższego czynu i że czyn ten wyczerpał znamiona określone w art. 296 § 4 k.k. w zw. z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. - umarza postępowanie karne wobec oskarżonego W. S. na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 414 § 1 k.p.k.

1) w pozostałej części utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2) zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego W. S. kwotę 1.200 zł tytułem udziału obrońcy z wyboru w postępowaniu odwoławczym;

3) kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

W. S. został oskarżony o to, że:

- w okresie od 1 kwietnia 2003 r. do 4 października 2005 r. w W. woj. (...) pełniąc funkcję Dyrektora (...) i będąc zobowiązanym do zajmowania się sprawami majątkowymi tej jednostki, nie dopełnił obowiązku w zakresie należytej realizacji zadań inwestorskich, przez co dopuścił do ujęcia w planie inwestora zastępczego - Konsorcjum (...) S.A. - (...) Ltd, odrębne zadanie w postaci budowy Biura Inżyniera Kontraktu, zrealizowane przez wykonawców i finansowane w całości przez (...), pomimo, że zadanie wykraczało poza umowę zawartą z inwestorem zastępczym i pozostawało poza procedurą przetargową, a w konsekwencji doprowadziło do zawyżenia kosztów po stronie inwestora i spowodowało szkodę w jego mieniu w wielkich rozmiarach w łącznej wysokości 5.129.300,00 zł netto, która była skutkiem realizacji faktur wystawionych przez wykonawców, a to w ramach zadania:

- (...)- (...). „Rozbudowa N. O. w G. i rozbudowa Nabrzeża Północnego w basenie IX w G.” na kwotę 1.365.000,00 zł netto

- (...). „Rozbudowa stanowisk demagnetyzacji w porcie (...) G.” na kwotę 419.200,00 zł netto

- (...). „Wykonanie rozbudowy systemu rozdziału zasilania energetycznego w porcie (...) G.” na kwotę 1.020.600,00 zł netto

- (...). „Budowa lądowiska helikopterów w porcie (...) G.” na kwotę 41.000,00 zł netto

- (...). „Modernizacja pirsu B w bazie morskiej w G.” na kwotę 320.000,00 zł netto

- (...). „Przetarg (...) - rozbudowa nadbrzeża (...) dla celów rozładowniczych (amunicja), napraw skutków zniszczeń w Bazie Morskiej w Ś.” na kwotę 1.963.500,000 zł netto;

**tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k.**

Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie:

I. W. S. niewinął od popełnienia zarzucanego mu czynu;

II. na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz W. S. kwotę 4.800 zł. (czterech tysięcy ósmuset złotych) tytułem udziału w sprawie obrońcy z wyboru;

III. na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. koszty procesu poniósł Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli – oskarżyciel posiłkowy Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez radcę prawnego L. G. oraz Prokurator.

**Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego** zarzucił wyrokowi:

1) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, tj. art. 7 k.p.k., poprzez dokonanie swobodnej oceny dowodów, w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego, prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy, ustalając, iż wydana w sprawie opinia biegłych jest co prawda wiarygodna (w całości, logiczna i rzeczowa) jednak dokument został sporządzony dopiero w 2008 r., kiedy wiedza o sprawie uległa istotnemu wzbogaceniu, co dopiero pozwalało na wyciągnięcie z niej stosownych wniosków i w konsekwencji kwestionowanie czytelnych wniosków ww. opinii, tylko i wyłącznie na podstawie czasookresu czynu i tej opinii;

2) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku tj. art. 410 k.p.k., poprzez pominięcie, przy dokonywaniu ustaleń faktycznych, istotnych okoliczności wynikających z uznanych za wiarygodne zeznań świadka H. G. (1), z których wynika, że oskarżony miał pełną świadomość odpowiedzialności oraz swobodę podejmowania decyzji i tym samym oparcie ustaleń faktycznych jedynie na części materiału zgromadzonego w sprawie;

3) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, tj. art. 410 k.p.k., poprzez pominięcie, przy dokonywaniu ustaleń faktycznych, istotnych okoliczności wynikających z uznanych za wiarygodne zeznań świadka P. S. (1), z których wynika, że oskarżony nie dołożył należytej staranności zajmując się sprawami majątkowymi powierzonej mu jednostki i tym samym oparcie ustaleń faktycznych jedynie na części materiału zgromadzonego w sprawie;

4) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, tj. art. 424 k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k., w szczególności poprzez nie wykazanie, jakie fakty Sąd I instancji uznał za udowodnione lub nieudowodnione, pominięcie oceny dowodów i nie wskazanie kryteriów, którymi ww. Sąd kierował się przyjmując ostateczne rozstrzygnięcie, wykazanie jedynie fragmentów zeznań świadków, które znajdują potwierdzenie w wyjaśnieniach oskarżonego, pominięcie w całości pozostałych i przeciwnych dowodów, brak dogłębnej analizy i oceny prawnej akt sprawy i tym samym oparcie ustaleń faktycznych jedynie na części materiału zgromadzonego w sprawie;

5) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu w niniejszej sprawie, że podległość służbowa i organizacyjna oraz warunki pracy stanowiły czynniki wyłączające odpowiedzialność oskarżonego z tytułu niedopełnienia ciężących na nim obowiązków i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego;

6) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, iż zadania wykonywane przez (...) miały charakter pionierski i nowatorski, kiedy to jedyną ich nowością było źródło finansowania prowadzonej inwestycji i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego;

7) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony dołożył należytej staranności i zajmując się sprawami majątkowymi powierzonej mu jednostki organizacyjnej dopełnił ciężących na nim jako na Dyrektora (...) obowiązków na tej podstawie, że zakwestionował koszty zakupu samochodów do Biura Inżyniera Kontraktu i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego;

8) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony nie posiadał wiedzy o tym, iż swoim zachowaniem nadużywa uprawnień Dyrektora (...) i wyrządza szkodę znacznych rozmiarów i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego;

9) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, iż z zeznań świadków wynika, że wszystkie decyzje dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia były podejmowane w Komisji Przetargowej i Departamencie Infrastruktury MON i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego;

10) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, iż Biuro Inżyniera Kontraktu zostało utworzone przez Departament Infrastruktury MON i oskarżony nie miał żadnego wpływu na jego powołanie i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego.

**Prokurator** zarzucił wyrokowi:

- błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść, polegający na uznaniu, że działanie oskarżonego W. S. odbywało się w ramach istniejących procedur gospodarczych i było zgodne z jego zobowiązaniami wobec (...) pomimo, że przyjęte za podstawę ustaleń dowody, w szczególności opinia biegłych, wyjaśnienia wymienionego złożone w fazie postępowania przygotowawczego, zeznania świadków - członków komisji kontrolnej z zakresu gospodarczo - finansowego oraz wyniki kontroli problemowych w (...) prowadzą do wniosku, że oskarżony w istotny sposób naruszył zasady prawidłowego gospodarowania i poprzez bezpodstawne zatwierdzenie Specyfikacji na dodatkowe prace związane z utworzeniem Biura Inżyniera Kontraktu przekroczył zakres swoich kompetencji i mając tego pełną świadomość spowodował szkodę w mieniu w wielkich rozmiarach w łącznej wysokości 5 129 300 zł netto wynikłą z ponadnormatywnych prac inwestycyjnych obciążających jednostkę, którą reprezentował.

W konkluzji obu apelacji sformułowano wnioski o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego złożył Prokurator.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Apelacje wniesione przez oskarżycieli – publicznego i posiłkowego – okazały się po części zasadne, w zakresie w którym przedstawione tam zarzuty oraz argumenty przytaczane na ich poparcie, doprowadziły do uchylenia zaskarżonego wyroku.***

Za trafne uznać należy zarzuty apelacyjne dotyczące naruszenia zasad oceny materiału dowodowego, w tym określonych w art. 7 i 410 k.p.k. oraz poczynienia w związku z tym wadliwych ustaleń faktycznych. Dotyczy to zwłaszcza ustaleń odwołujących się do dowodu w postaci sporządzonej w niniejszej sprawie opinii zespołu biegłych specjalistów ds. zamówień publicznych i rozliczeń kontraktowych. Sądowa ocena dowodów jest w tym zakresie niespójna i niekonsekwentna. Z jednej strony Sąd jednoznacznie stwierdza, że opinii ww. biegłych „nie sposób podważyć”, a z drugiej strony dystansuje się od wniosków zawartych w tejże opinii, powołując się na datę jej sporządzenia (zarzut 1 apelacji oskarżyciela posiłkowego i str. 3 – 4 apelacji prokuratorskiej).

Spośród zarzutów postawionych w ramach apelacji oskarżyciela posiłkowego na pełną aprobatę zasługują też zarzuty z pkt 2, 3 i 4 dotyczące pominięcia istotnych okoliczności wpływających z zeznań świadków H. G. i P. S. oraz pominięcia oceny innych dowodów, nie potwierdzających wyjaśnień oskarżonego, a także zarzuty z pkt 5, 6, 7, 9 i 10 apelacji dotyczące błędnego uznania przez Sąd, że okolicznościami wyłączającymi odpowiedzialność oskarżonego były m. in. jego podległość służbowa, warunki pracy, pionierski charakter inwestycji, zakwestionowanie przez oskarżonego kosztów zakupu samochodów dla Biura Inżyniera Kontraktu, podejmowanie decyzji odnośnie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez Komisję Przetargową i Departament Infrastruktury MON oraz brak wpływu oskarżonego na powołanie Biura Inżyniera Kontraktu.

Należy też zwrócić uwagę na trafny zarzut, podniesiony w ramach uzasadnienia apelacji prokuratora, dotyczący niezastosowania się przez Sąd I instancji do zaleceń wynikających z wyroku Sądu Apelacyjnego z 6 marca 2017 r. przekazującego sprawę do ponownego rozpoznania – co w szczególności dotyczy nakazu wyjątkowo wnikliwego rozważenia kwestii umyślności bądź nieumyślności działania bądź zaniechania oskarżonego.

Powyższe zarzuty i uchybienia wskazane w apelacjach spowodowały, że obarczony nimi wyrok nie mógł się ostać i tym samym skutkowało uchyleniem wyroku uniewinniającego oskarżonego.

Bezzasadny okazał się natomiast, zawarty w obu rozpatrywanych apelacjach, wniosek o uchylenie wyroku połączone z przekazaniem sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Podkreślić bowiem należy, że przepis art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k., w aktualnym jego brzmieniu, ogranicza możliwość wydania orzeczenia o takim charakterze tylko do przypadków, w których niezbędnym jest przeprowadzenie przewodu sądowego w całości, lub gdy zachodzą przesłanki określone w art. 439 § 1 k.p.k. lub 454 k.p.k. W sprawie niniejszej bezwzględne przyczyny odwoławcze opisane w art. 439 § 1 k.p.k. nie zostały stwierdzone i nie postawiono w tym zakresie zarzutów apelacyjnych. Postępowanie dowodowe przed Sądem I instancji zostało przeprowadzone w sposób dwukrotnie i to w sposób wyjątkowo wyczerpujący i skrupulatny, zaś w obu wniesionych apelacjach nie podnoszono zarzutów odnoszących się do przebiegu lub zakresu postępowania dowodowego, jak też nie wnoszono o uzupełnienie tegoż postępowania.

Z kolei przepis art. 454 k.p.k. statuujący reguły in peius wskazuje, że Sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który został w pierwszej instancji uniewinniony. W związku z tym, w świetle art. 454 § 2 a contrario, uznać należy, że Sąd odwoławczy może umorzyć postępowanie karne wobec osoby uniewinnionej w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. W konsekwencji zatem trzeba jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 437 § 2 k.p.k. wprowadza, w zdaniu drugim, zakaz przekazywania sprawy, po uchyleniu wyroku, do ponownego rozpoznania, w sytuacji zaistnienia (tak jak w sprawie niniejszej) okoliczności wskazujących na konieczność umorzenia postępowania.

W przypadku stwierdzenia takich okoliczności, stosownie do art. 437 § 2 k.p.k. zdanie pierwsze, Sąd odwoławczy zobligowany jest do uchylenia zaskarżonego wyroku, połączonego z umorzeniem postępowania.

Odnośnie niniejszej sprawy, na wstępie należy zaznaczyć, że ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji, w zakresie strony przedmiotowej czynu zarzuconego oskarżonemu, nie budzą zasadniczych zastrzeżeń (stan faktyczny str. 1 – 10 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). W związku z tym zostały one przyjęte jako własne przez Sąd odwoławczy i nie zachodzi w efekcie potrzeba powtarzania, w ramach niniejszych motywów, treści stanu faktycznego ustalonego przez Sąd I instancji.

Uzupełnieniem powyższych ustaleń, są ustalenia faktyczne zawarte w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku Sądu Apelacyjnego dotyczące kwestii wysokości szkody spowodowanej określonymi tam zachowaniami (zaniechaniami) oskarżonego, która obejmuje, nie tylko kwoty realnie wypłacane przez pokrzywdzonego inwestora z tytułu faktur dotyczących kosztów Biura Inżyniera Kontraktu, ale wszystkie kwoty dotyczące tych kosztów, ujęte w fakturach wystawionych w tym zakresie przez wykonawców (tj. łącznie z pasywami, które obciążały z tego tytułu inwestora). Tak rozumiana szkoda, która osiągnęła łączną wysokość 5.129.300 zł, została ustalona na podstawie, nie budzących zastrzeżeń (i zaaprobowanych przez oskarżyciela w akcie oskarżenia - k. 1002), wyliczeń zespołu biegłych ds. zamówień publicznych i rozliczeń kontraktowych z lutego 2008 r. (k. 598 – 677).

W ocenie biegłych łączne zwiększenie wynagrodzenia wykonawców związane z finansowaniem Biura Inżyniera Kontraktu spowodowało powstanie nieuzasadnionych zobowiązań inwestora na kwotę 6.186.300 zł (k. 676), od której, przy wyliczaniu szkody, należy odjąć kwoty 857.000 zł i 200.000 zł wydatkowane na remont budynku, który przeznaczony został w późniejszym czasie na potrzeby wojska (k. 1002).

Podzielając, w przedstawionym wyżej kształcie ustalenia, co do strony przedmiotowej omawianego czynu, uznać jednocześnie należy, że w zakresie strony podmiotowej, analiza i ocena ujawnionych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym dowodów i okoliczności, pozwala na poczynienie odmiennych ustaleń, w ramach rozstrzygnięcia Sądu odwoławczego.

Zebrany w toku przewodu przed Sądem I instancji materiał dowodowy jest na tyle kompletny i jednoznaczny w swojej wymowie, że umożliwia dokonanie przez Sąd odwoławczy trafnych i bezbłędnych ustaleń faktycznych, wskazujących w

sposób nie budzący wątpliwości, że zachowanie zarzucane oskarżonemu wyczerpało znamiona występku określonego w art. 296 § 4 k.k. w zw. z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k.

Całokształt dowodów przeprowadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym pozwala w szczególności na przyjęcie z całą stanowczością, że oskarżony:

– po pierwsze – był świadomy, że jest osobą zobowiązaną do zajmowania się sprawami majątkowymi (...) ( (...)), w tym do ścisłego nadzorowania procesu przygotowania dokumentacji przetargowej, łącznie ze Specyfikacjami Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

- po drugie – nie zachował wymaganej w związku z tym ostrożności w trakcie badania i analizowania tejże dokumentacji,

- po trzecie – że spowodowało to szkodę w wielkich rozmiarach w mieniu inwestora, poprzez zawyżenie kosztów po stronie inwestora w wysokości 5.129.300 zł, która była skutkiem wystawienia przez wykonawców faktur obejmujących koszty utworzenia, wyposażenia i utrzymania Biura Inżyniera Kontraktu (BIK), podczas gdy koszty te powinny obciążyć inwestora zastępczego ( Konsorcjum (...) S.A. – U. – Ltd),

- po czwarte – że czyn ten był objęty klauzulą nieumyślności, co skutkuje jego kwalifikacją prawną w związku z art. 296 § 4 k.k.

Sprawca czynu opisanego w art. 296 § 4 k.k. podlega karze pozbawienia wolności do 3 lat.

Stosownie do treści art. 101 § 1 pkt 3) i 4) k.k. karalność czynu, stanowiącego występki zagrożony karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 3 lat, ustaje jeżeli od jego popełnienia upłynęło 5 lat.

Natomiast, zgodnie z przepisem art. 102 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 1 marca 2016 r. w powiązaniu z art. 101 § 1 pkt 4) k.k., jeżeli w okresie o którym mowa w art. 101 k.k. wszczęto postępowanie karne, karalność przestępstw zagrożonych karą nie wyższą od 3 lat pozbawienia wolności ustaje z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu. Czyn zarzucany oskarżonemu, wyczerpujący znamiona występku zagrożonego karą nie wyższą od 3 lat pozbawienia wolności (zgodnie z poczynionym wyżej ustaleniem faktycznymi) został popełniony w okresie od 1 kwietnia 2003 r. do 4 października 2005 r. a zatem jego karalność upłynęła z dniem 4 października 2015 r. (5 lat + 5 lat). W tej sytuacji Sąd Apelacyjny, stosownie do art. 414 § 1 k.p.k., postępowania karne w niniejszej sprawie umorzył, wobec zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., w postaci przedawnienia karalności występku nieumyślnego opisanego w art. 296 § 4 k.k. w zw. z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k.

Klauzula nieumyślności, zawarta w art. 296 § 4 k.k., obejmuje tzw. świadomą nieumyślność oraz tzw. nieświadomą nieumyślność. W obu sytuacjach sprawca nie chce, ani też nie godzi się na to, że jego zachowanie (zaniechanie) może stanowić realizację znamion przestępstwa. Jednakże realizuje on te znamiona nieumyślnie, na skutek naruszenia obowiązujących w danej dziedzinie zasad ostrożnego postępowania.

W sprawie niniejszej nieumyślność odnosiła się zarówno:

1) do braku świadomości oskarżonego, że nie dopełnia on ciężących na nim obowiązków w zakresie należytej realizacji zadań inwestorskich, związanych zwłaszcza z przygotowaniem dokumentacji przetargowej SIWZ, w jej wycinku dotyczącym kosztów utworzenia i utrzymania BIK;

2) do braku świadomości (co w świetle pkt 1 jest oczywiste), że może to wywołać szkodę w mieniu inwestora;

3) i w efekcie do braku możliwości przypisania oskarżonemu zamiaru (choćby ewentualnego) niedopełnienia ciężących na nim obowiązków (lub nadużycia udzielonych mu uprawnień), jak też zamiaru wyrządzenia szkody majątkowej.

Należy podkreślić, że niemal wszystkie argumenty podnoszone w obu apelacjach, mające (w założeniu), świadczyć o winie umyślnej oskarżonego, w ramach czynu kwalifikowanego z art. 296 § 1 k.k. w zw. z art. 296 § 3 k.k., jak też – paradoksalnie – niemal wszystkie argumenty podnoszone przez Sąd I instancji, jako podstawa uniewinnienia oskarżonego – w ocenie Sądu Apelacyjnego – analizowane w ich całości oraz w korelacji z istotnymi w tej mierze okolicznościami i dowodami, prowadzą do jednoznacznej konkluzji, że wina oskarżonego przybrała kształt nieumyślności i to - przynajmniej w zakresie pierwszego kontraktu ( ...) – nieumyślności nieświadomej.

Przede wszystkim, kluczowe znaczenie mają tutaj wyjaśnienia samego oskarżonego, a zwłaszcza te ich elementy (zaprotołowane w postępowaniu przygotowawczym), na które powołano się we wniesionych apelacjach i w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego, przekazującego uprzednio sprawę do ponownego rozpoznania.

Ocena wyjaśnień oskarżonego, dokonana przez Sąd I instancji, nie jest wystarczająco precyzyjna. Z jednej strony Sąd daje im wiarę, a z drugiej strony, dystansuje się do tej części wyjaśnień oskarżonego z postępowania przygotowawczego, które następnie zostały zmodyfikowane w postępowaniu sądowym.

Wszelako – również w przypadku przyjęcia odmiennej oceny wskazującej na wiarygodność pierwotnych wyjaśnień oskarżonego i odrzucającej ich późniejsze korekty – wskazać należy, że również wyjaśnienia, które oskarżony złożył w postępowaniu przygotowawczym świadczą o tym, iż zarzucany mu czyn był objęty jedynie winą nieumyślną.

Co prawda, w toku pierwszego przesłuchania, oskarżony formalnie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu przestępstwa nadużycia zaufania w postaci typu kwalifikowanego tj. z art. 296 § 1 k.k.w. w zw. z art. 296 § 3 k.k., to jednak w rzeczywistości (jak wynika z kontekstu jego wypowiedzi), przyznanie to dotyczyło typu nieumyślnego nadużycia zaufania statuowanego w art. 296 § 4 k.k. Świadczy o tym jednoznacznie deklaracja oskarżonego, że przyznaje się do zarzucanego mu czynu, gdyż faktycznie podpisywał wskazane w zarzucie specyfikacje (SIWZ), ale nie wiedział jednak wówczas, że podejmując taką decyzję, spowoduje tak wysoką szkodę w mieniu (...) (k. 785v). Analogiczny wydzźwięk mają kolejne wypowiedzi oskarżonego odnotowane przez przesłuchującego: „zapoznałem się z całością SIWZ (tj. pierwszego SIWZ podpisanego 4 sierpnia 2003 r.) ale nie zauważyłem w nim kwestii związanych z kosztami Biura Inżyniera” (k. 786v), „jedynie ilością zadań merytorycznych jak i innych mogę usprawiedliwić to, że zatwierdziłem wszystkie SIWZ bezkrytycznie co do kosztów związanych z BIK”, „Przyznaję, że w tym względzie nie dopatrzyłem tej kwestii i dopuściłem do umieszczenia kosztów BIK po stronie wykonawców”, „nieprecyzyjnie analizowałem umowę o pełnieniu funkcji inwestora zastępczego zawartą w 2000 roku” (k. 787) i in.

Analiza tego typu wypowiedzi prowadzi do wniosku, że oskarżony w rzeczywistości nie przyznał się do zarzucanego mu występku nadużycia zaufania w rozumieniu art. 296 § 1 i 3 k.p.k., a jedynie dzielił się swoimi refleksjami dotyczącymi w istocie braku ostrożności, czy też wnikliwości, podczas analizy dokumentacji związanej z przetargami. Jednocześnie żadna z wypowiedzi oskarżonego nie wskazuje, iż istniała po jego stronie świadomość tego, że niewłaściwie analizuje ww. dokumenty lub, że niedopełnia w tej mierze swoich obowiązków albo też, że wiedział on o możliwości wyrządzenia w ten sposób szkody inwestorowi lub tym bardziej, że godził się na taki skutek. W tym miejscu, stanowczo stwierdzić należy, że w całym materiale dowodowym zgromadzonym w toku procesu nie ujawniły się takie dowody i okoliczności, które uzasadniałyby istnienie podejrzenia, iż oskarżony co najmniej godził się (lub tym bardziej, iż miał taką wolę) na zrealizowanie rzeczywistości objętej znamionami czynu z art. 296 § 1 i 3 k.k. to znaczy, że godził się na to, że niedopełnia ciężących na nim obowiązków i że wyrządza w efekcie szkodę majątkową inwestorowi.

Podnoszona, w ramach niniejszych apelacji, a także w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego uchylającego poprzedni wyrok, kwestia adnotacji oskarżonego dotyczącej zakupu przez wykonawcę samochodów dla BIK, w żadnym zakresie nie wskazuje na umyślność po stronie oskarżonego w zakresie zarzucanego mu występku.

Po pierwsze powyższa adnotacja została poczyniona już po sprawdzeniu i zatwierdzeniu pierwszego (wzorcowego) dokumentu SIWZ dla zadania (...) i po zawarciu umowy z bezpośrednim wykonawcą tegoż zadania.

Po drugie adnotacja ta, jak wynika z jej treści, nie dotyczy kwestii niewłaściwego skonstruowania treści SIWZ (co do kosztów BIK), ale odnosi się do błędnego, w mniemaniu oskarżonego, odczytania, czy też zinterpretowania tejże treści przez wykonawcę („proszę ściślej analizować SIWZ” - k. 787).

Po trzecie fakt sporządzenia ww. adnotacji świadczy, wbrew stanowisku oskarżycieli, o tym, że oskarżony dość dokładnie analizował dokumentację związaną z inwestycjami nadzorowanymi przez (...) (oskarżony „czytał te dokumenty strona po stronie” – świadek P. S. – k. 1159).

Po czwarte dopiero, treść wyżej omawianej adnotacji przemawia za tym, że oskarżony, pomimo braku zamiaru popełnienia przestępstwa nadużycia zaufania, miał (przy uwzględnieniu jego indywidualnych właściwości) możliwość przewidywania tego, że może swoim zachowaniem (zaniechaniem) niedopełniać ciężących na nim obowiązków, w zakresie należytej realizacji zadań inwestorskich, w wycinku dotyczącym badania i weryfikacji dokumentacji przetargowej w postaci SIWZ.

Miał on zatem normatywną powinność przewidywania tego, że w ramach projektu SIWZ mogą wystąpić nieprawidłowości, co do ulokowania kosztów dotyczących BIK, w sposób wyrządzający szkodę inwestorom. Istniała w tym przypadku zarówno obiektywna przewidywalność wystąpienia tego rodzaju sytuacji (odwołująca się do wzorca modelowego, rozważnego, obywatela), jak też istnienia w tym konkretnym przypadku, przewidywalność odwołująca się do oceny subiektywnej, uwzględniającej indywidualne cechy, w tym poziom intelektualny i kwalifikacje zawodowe oskarżonego.

Jednakże okoliczność, że oskarżony od chwili zamieszczenia ww. adnotacji zaczął mieć wątpliwości, co do zasadności zapisów związanych z SIWZ o kosztach utworzenia i utrzymania BIK, nie oznacza, że miał on już wówczas świadomość tego, iż niedopełnia obowiązków dotyczących analizy i weryfikacji dokumentacji przetargowej (SIWZ) i że zarazem przewidywał, iż wyrządza w ten sposób szkodę inwestorom. Można przyjąć jedynie hipotetyczne założenie, że z momentem nakreślenia ww. adnotacji zmienił się charakter nieumyślności określonej w art. 296 § 4 k.k. to znaczy z tzw. nieumyślności nieświadomej przekształciła się ona w tzw. nieumyślność świadomą. Klauzula nieumyślności zawarta art. 296 § 4 k.k. obejmuje bowiem obie odmiany tej postaci strony podmiotowej czynu, to znaczy zarówno świadomą jak i nieświadomą nieumyślność.

Analiza dowodów ujawnionych w niniejszej sprawie wskazuje jednoznacznie, że co najmniej do czasu pojawienia się wątpliwości co do zakupu samochodów dla BIK przez wykonawcę (w kontekście SIWZ dotyczących pierwszego zadania (...)), inkryminowane wydarzenie objęte było nieświadomą nieumyślnością oskarżonego, polegającą na braku przewidywania tego, że swoim zachowaniem (zaniechaniem) może on nie dopełnić ciężących na nim obowiązków i przez to wyrządzić szkodę majątkową inwestorowi, choć w ustalonych w sprawie okolicznościach mógł to przewidzieć. Z kolei odnośnie okresu późniejszego, można oskarżonemu przypisać co najwyżej świadomą nieumyślność, przyjmując założenie (choć nie ma na to bezpośrednich dowodów), że powzięcie wątpliwości, co do zakupu ww. samochodów dla BIK, jest równoznaczne z przewidywaniem, iż że mogło dojść do nieprawidłowości w powyższym zakresie, z tym, że oskarżony jednocześnie bezpodstawnie przypuszczał (akceptując kolejne SIWZ), iż nie dochodzi w tej mierze do niedopełnienia obowiązków z jego strony, jak też bezzasadnie sądził, iż nie wyrządza w ten sposób szkody inwestorowi.

W obu jednak przypadkach tj. nieumyślności nieświadomej i ewentualnej nieumyślności świadomej, stwierdzić należy, że nie zostały ujawnione w sprawie jakiegokolwiek okoliczności wskazujące, iż oskarżony chciał lub godził się na to, że jego zachowanie stanowi realizację znamion przestępstwa z art. 296 § 1 k.k. tzn. wskazujące, że godził się na to, iż jego zachowanie stanowi niedopełnienie obowiązków i zarazem godził się na to, iż wywoła ono szkodę (lub tym bardziej by chciał tego).

Oskarżony, jak wyżej wykazano, w każdym z powyższych wariantów, realizował znamiona tegoż przestępstwa nieumyślnie – na skutek naruszenia zasad ostrożnego postępowania, obowiązujących w tym zakresie. Z całą pewnością nie można mu natomiast przypisać zamiaru (bezpośredniego lub wynikowego) zrealizowania znamion przestępstwa



z art. 296 § 1 k.k., czyli istnienia po jego stronie woli ukierunkowanej na wyczerpanie znamion tegoż przestępstwa, w postaci niedopełnienia obowiązku, skutkującego wyrządzeniem szkody majątkowej.

Analogicznie ocenić należy, podnoszone przez skarżących argumenty, odnoszące się do treści zeznań świadka P. S. (1). Zeznania te, czego nie dostrzegł Sąd I instancji, przemawiają bowiem za trafnością ustalenia, iż oskarżony zrealizował znamiona czynu z art. 296 § 1 i 3 k.k. nieumyślnie. Wszelako, wbrew intencjom skarżących, nie stanowią one wystarczającej podstawy dla uznania, w powiązaniu z innymi dowodami, iż oskarżonemu należy przypisać umyślne nadużycie zaufania, w rozumieniu art. 296 § 1 i 3 k.k., to znaczy, iż miał on świadomość tego, że jego zachowanie jest niedopełnieniem obowiązków i że wyrządza w ten sposób szkodę wielkich rozmiarów oraz, że jednocześnie godził się na to lub chciał tego.

Nieprecyzyjne jest zawarte w apelacji oskarżyciela posiłkowego stwierdzenie, że P. S. zeznał, iż oskarżony nabrał wątpliwości co do miejsca kosztów BIK zanim podpisał SIWZ (str. 8 apelacji). Otóż wątpliwości te pojawiły się już po zatwierdzeniu pierwszego SIWZ (będącego wzorcem dla następnych SIWZ) i dotyczyły pytania o samochody, postawionego przez wykonawcę właśnie w związku z tym SIWZ (k. 766v, k. 787). Poszczególne wypowiedzi P. S., przytaczane przez skarżących, w istocie wskazują na co najwyżej nieumyślność zachowania oskarżonego w zakresie niedopełnienia obowiązków i w efekcie, spowodowania szkody. Świadek ten zeznał, że oskarżony miał obowiązek skierować dokumentację SIWZ do zaaprobowania prawnego pod kątem legalności kosztów BIK w stosunku do umowy z inwestorem zastępczym, że należyta staranność ze strony oskarżonego wymagała oceny poprawności tej dokumentacji, że zatwierdził on SIWZ bez weryfikacji prawnej i należytej staranności, że oskarżony winien zauważyć, iż w umowie z inwestorem zastępczym nie ma mowy o fundowaniu i utrzymaniu BIK ze środków (...), że nie dopełnił on należytej staranności w wydatkowaniu środków publicznych itp. (k. 766 – 766v).

Wszystkie powyższe wypowiedzi świadka P. S. odnoszą się zatem do kwestii naruszenia przez oskarżonego reguł ostrożności (co jest konieczne dla wykazania odpowiedzialności za nieumyślne nadużycie zaufania w rozumieniu art. 296 § 4 k.k.), nie wskazując w jakiegokolwiek mierze, że naruszenie zasad ostrożności, czy też niedopełnienie obowiązków, miały świadomy charakter. Przeciwnie z szeregu wypowiedzi świadka wynika, że inkryminowane zachowanie oskarżonego nacechowane było brakiem zamiaru popełnienia czynu zabronionego z art. 296 § 1, 3 k.k., co wyklucza możliwość uznania, że znamiona czynu opisanego w powyższych przepisach były objęte umyślnością.

Zarzucając oskarżonemu niezatrudnienie zewnętrznej firmy prawniczej (co w jego ocenie miałoby skutkować uniknięciem błędu natury prawnej polegającego na umieszczeniu w SIWZ kosztów BIK po stronie wykonawców), świadek jednocześnie podniósł, iż brak profesjonalnej obsługi prawnej był „w ogóle bolączką całego wojska, gdzie nie przywiązywano uwagi do zagadnień prawniczych” (k. 1153 – 1154). To był „grzech zaniechania” oskarżanego, który chciał przyspieszyć proces inwestycyjny i zaufał wszystkim osobom w firmie (tj. w (...)) i w firmie konsultingowej (która przygotowała dokumentację SIWZ) – k. 1166).

Zdaniem P. S. oskarżony, bez profesjonalnego wsparcia prawnego nie był w stanie wychwycić błędów prawnych w SIWZ (k. 2183). Warto odnotować, że P. S., który był głównym specjalistą ds. przygotowania procesu inwestycyjnego w (...) oświadczał, że ze swoją wiedzą (będąc na miejscu oskarżonego), nie poradziłby sobie, bez obsługi prawnej, ze sprawdzeniem tych dokumentów (k. 2183).

Wbrew oczekiwaniom skarżących, również przywoływana w ich apelacjach opinia biegłych specjalistów, nie zawierała wiadomości i wniosków mogących wskazywać na umyślność zachowania oskarżonego, polegającego na niedopełnieniu obowiązków skutkującym ujęciem w SIWZ kosztów BIK oraz wyrządzeniem w ten sposób szkody inwestorowi. Biegli – poza konkluzją, iż oskarżony był jedną z osób odpowiadających za powstanie szkody, w wyniku błędnego ulokowania kosztów BIK w ramach SIWZ - nie wskazali na jakiegokolwiek fakty i okoliczności mogące przemawiać za umyślnością jego zachowania w powyższym zakresie (k. 677).

Podobnie, okoliczność poruszana w uzasadnieniu Sądu odwoławczego uprzednio rozpoznającego sprawę, że oskarżony traktował swój podpis pod SIWZ jako formalność, nie może być uznana za przesłankę przemawiającą za tezą, iż oskarżony miał (jak twierdzą skarżący) pełną tego świadomość, że nie wypełnia nałożonych na niego

obowiązków. Przeciwnie, powyższa wypowiedź oskarżonego, dotycząca „oczywistej formalności” podpisu, odczytana w szerszym kontekście jego wyjaśnień, nie świadczy o jakiejś powierzchowności jego nadzoru, czy o lekkomyślności przy wypełnianiu obowiązków służbowych, ale wskazuje na to, iż ww. podpis był tylko zakończeniem procesu długotrwałego uzgadniania treści SIWZ przez oskarżanego z innymi podmiotami, po zbadaniu tych kwestii na „wszystkich możliwych szczeblach” – tj. w Departamencie Infrastruktury MON, w Komisji przetargowej, oraz przez ekspertów NATO (k. 1138, 1139).

Jest oczywistym, że uczestniczenie w powyższych uzgodnieniach przedstawicieli Departamentu Infrastruktury MON lub członków Komisji przetargowej, nie było (jak słusznie podnoszą skarżący) czynnikiem wyłączającym odpowiedzialność oskarżonego, jak też nie zwalniało oskarżonego od obowiązku zachowania wyjątkowej ostrożności przy weryfikacji dokumentacji przetargowej (SIWZ).

Wszelako okoliczności powyższe nie mogą nie mieć wpływu na ustalenia, co do strony podmiotowej inkryminowanego czynu, w obszarze dotyczącym nieumyślności zachowań sprawcy jako okoliczności, które mogły osłabiać ostrożność (czujność) oskarżonego, w zakresie możliwości skutecznego przewidywania wadliwości SIWZ, w odniesieniu do ulokowania w nich kosztów BIK.

Reasumując stwierdzić należy co następuje:

- Oskarżony wiedział, że jest podmiotem zobowiązanym do szczegółowej weryfikacji treści SIWZ.
- Oskarżony nie dopełnił w tej mierze swoich obowiązków, nie analizując SIWZ w zestawieniu z zawartą wcześniej umową z inwestorem zastępczym, w zakresie dotyczącym ulokowania kosztów BIK po stronie wykonawców (tj. w efekcie inwestora), pomimo, że miał, niejako urzędowy, obowiązek nieufać firmie konsultingowej, która przygotowała projekt tegoż dokumentu, tym bardziej, że firma ta była jednocześnie – jako inwestor zastępczy – beneficjentem uregulowań zawartych w ww. dokumencie.
- Oskarżony winien zatem przewidywać to, że narusza swoje obowiązki, poprzez brak należytej analizy tego aspektu SIWZ i przewidzieć, że może to wyrządzić szkodę inwestorowi (związaną z podwójnym opłaceniem tych samych kosztów tworzenia i funkcjonowania BIK), co pozwala na przypisanie mu sprawstwa w zakresie czynu z art. 296 § 4 k.k.

Przy tym jeszcze raz podkreślić należy, iż powyższe oceny i ustalenia pozwalają na stanowcze uznanie, że oskarżony nie obejmował swoim zamiarem bezpośrednim lub skutkowym tego, że realizuje znamiona czynu z art. 296 § 1 k.k. czyli wykluczają możliwość uznania, iż chciał lub godził się na to, że niedopełnia ciężących na nim obowiązków oraz, że wyrządza w ten sposób szkodę inwestorowi. W tej sytuacji za bezpodstawne uznać należy stanowisko zaprezentowane w obu apelacjach, iż oskarżony miał pełną świadomość tego, że przekracza swoje kompetencje (narusza swoje obowiązki) i powoduje w związku z tym szkodę w wielkich rozmiarach.

***Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak na wstępie.***