

Sygn. akt II AKa 120/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2017r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Paweł Rysiński (spr.)

Sędziowie: SA – Dorota Tyrała

SO (del.) – Ireneusz Szulewicz

Protokolant: – sekr. sąd. Łukasz Jachowicz

przy udziale Prokuratora Wojciecha Łuniewskiego

po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2017 r. w Warszawie

sprawy

1) *G. W. urodz. (...) w S. s. F.;*

2) *A. M. urodz. (...) w O.,
s. H.*

oskarżonych o czyny z art. 231 § 1 k.k. w zb. z art. 296 § 1 i § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

na skutek apelacji, wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 10 lutego 2017 r. sygn. akt VIII K 18/13

utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

wydatkami za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa;

zasądza od Skarbu Państwa na rzecz każdego z oskarżonych po 600 (sześćset) zł. z tytułu zwrotu kosztów obrony w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

Prokuratura Okręgowa w Warszawie oskarżyła:

1. **G. W.** o to, że: w okresie od dnia 23.07.2007 r. do dnia 03.09.2007 r. w W. działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, wspólnie i w porozumieniu z A. M. jako zastępca (...) i członek (...), z racji czego zajmując się sprawami majątkowymi, świadomie nadużywając swoich uprawnień i niedopełniając obowiązków opisanych w Regulaminie (...) § 1 pkt. 10, § 2 pkt. f); § 4 ust. 1; § 6 pkt. 2, 3; § 8 pkt. 1 oraz § 4 pkt. 1 ust. 2 Wytycznych nr 224 (...)z dn. 19.10.2006 r. w sprawie organizacji w (...) postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych na podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych, a także § 1 pkt. 4 ust. 3 Regulaminu pracy komisji przetargowej zawarł w dniu 03.09.2007 r. w imieniu (...) z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych po przeprowadzeniu postępowania o zamówienie

publiczne nr (...) w trybie z wolnej ręki, jako zamówienie uzupełniające, umowę nr (...) z (...) Sp. z o.o. na rozbudowę i utrzymanie platformy teleinformatycznej (...) o wartości 21.599.856 PLN brutto, sporządzając w tym celu Opis Przedmiotu Zamówienia niebędący opisem rozszerzenia dostawy i niezgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego, sporządzając następnie wniosek z dnia 20.08.2007 r. o zatwierdzenie trybu z wolnej ręki, gdzie świadomie zawarł nierzetelne oceny i nieprawdziwe informacje mające uzasadnić odstąpienie od wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego a ponadto w załączniku nr 3 do wniosku z dn. 23.07.2007 r. o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne naruszając dyspozycję art. 32 ust. 1 ww. Ustawy zawyżył, co najmniej o kwotę 4,5 mln PLN szacunkową cenę zakupu licencji oprogramowania, doprowadzając do nieuzasadnionego wydatkowania ww. środków, czym działał na szkodę interesu publicznego przez udaremnienie realizacji zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego oraz wyrządzając szkodę w majątku Skarbu Państwa w kwocie co najmniej 4,5 mln PLN;

tj. o czyn z art. 231 § 1 k.k. w zb. z art. 296 § 1 i § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.; zaś

2. A. M. o to, że: w okresie od dnia 23.07.2007 r. do dnia 03.09.2007 r. w W. działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, wspólnie i w porozumieniu z G. W. jako (...) (...) i członek (...), z racji czego zajmując się sprawami majątkowymi, świadomie nadużywając swoich uprawnień i niedopełniając obowiązków opisanych w Regulaminie (...) (...) § 1 pkt. 10, § 2 pkt. f); § 4 ust. 1; § 6 pkt. 2, 3; § 8 pkt. 1 oraz § 4 pkt. 1 ust. 2 Wytycznych nr 224 (...) z dn. 19.10.2006 r. w sprawie organizacji w(...) postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych na podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych, a także § 1 pkt. 4 ust. 3 Regulaminu pracy komisji przetargowej zawarł w dniu 03.09.2007 r. w imieniu (...) (...) z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych po przeprowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne nr (...) w trybie z wolnej ręki, jako zamówienie uzupełniające, umowę nr (...) z (...) Sp. z o.o. na rozbudowę i utrzymanie platformy teleinformatycznej (...) o wartości 21.599.856 PLN brutto, sporządzając w tym celu Opis Przedmiotu Zamówienia niebędący opisem rozszerzenia dostawy i niezgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego, sporządzając następnie wniosek z dnia 20.08.2007 r. o zatwierdzenie trybu z wolnej ręki, gdzie świadomie zawarł nierzetelne oceny i nieprawdziwe informacje mające uzasadnić odstąpienie od wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego a ponadto w załączniku nr 3 do wniosku z dn. 23.07.2007 r. o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne naruszając dyspozycję art. 32 ust. 1 ww. Ustawy zawyżył, co najmniej o kwotę 4,5 mln PLN szacunkową cenę zakupu licencji oprogramowania, doprowadzając do nieuzasadnionego wydatkowania ww. środków, czym działał na szkodę interesu publicznego przez udaremnienie realizacji zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego oraz wyrządzając szkodę w majątku Skarbu Państwa w kwocie co najmniej 4,5 mln PLN;

tj. o czyn z art. 231 § 1 k.k. w zb. z art. 296 § 1 i § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Po rozpoznaniu sprawy wyrokiem z dnia 10 lutego 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uniewinnił obu oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów uznając, iż działania oskarżonych podejmowane w toku rozbudowy i utrzymania platformy teleinformatycznej (...) nie stanowiły przekroczenia (nadużycia) uprawnień, bądź niedopełnienia obowiązków w rozumieniu art. 231 § 1 i art. 296 § 1 k.k., co wyklucza ich karną odpowiedzialność.

Wyrok powyższy zaskarżył **prokurator** zarzucając mu:

1) błąd w ustaleniach faktycznych wynikający z obrazu art. 7 k.p.k. w zakresie obowiązku kształtowania swego przekonania na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, polegający na bezpodstawnym deprecjonowaniu wartości dowodowej opinii biegłego M. G., a nadto rażąco i mającą oczywisty wpływ na treść orzeczenia obrazę przepisu art. 196 § 1, 2 k.p.k. poprzez przyjęcie bez wskazania podstawy prawnej, że ww. opinia „nie może stanowić dowodu w sprawie” podczas, gdy Sąd nie powołał się na wskazane przepisy k.p.k., jak również nie ujawniły się żadne okoliczności wskazujące, że zachodzą przesłanki wyłączenia biegłego;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, wynikający z naruszenia art. 7 k.p.k. w zakresie obowiązku kształtowania swego przekonania na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz

wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, poprzez nieuprawnione i niezgodne z treścią wydanych przez J. Ż. opinii z zakresu teleinformatyki twierdzenie Sądu, że opinie te wskazują na brak winy oskarżonych podczas, gdy obie wydane przez ww. biegłego pisemne opinie stanowią dowód wskazujący na sprawstwo i winę oskarżonych w odniesieniu do zarzucanych im czynów;

3) rażąco i oczywistą obrazę przepisu art. 196 § 3 k.p.k. mającą oczywiste znaczenie dla wydanego orzeczenia poprzez niepowołanie innego biegłego w sytuacji, gdy ujawniły się poważne okoliczności osłabiające zaufanie do bezstronności biegłego spoza listy J. W., wynikające z wcześniejszej znajomości ww. z G. W. i ich bliskich służbowych relacji, a nadto inne ważne powody w postaci wprowadzenia przez ww. J. W. Sądu w błąd, co do okoliczności uprzedniego składania przez ww. w innym postępowaniu karnym zeznań dotyczących G. W.;

4) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, wynikający z naruszenia art. 7 k.p.k. w zakresie obowiązku kształtowania swego przekonania na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez:

a) bezzasadne i nielogiczne odmawianie wiarygodności zeznaniom świadków, które stanowią poparcie aktu oskarżenia poprzez przypisywanie im m.in. subiektywizmu ocen;

b) bezrefleksyjne i nie dość wnikliwie ocenianie wiarygodności zeznań szeregu świadków bez uwzględnienia, że mogą oni jako osoby uczestniczące w kwestionowanej procedurze zamówienia nr 57 prezentować postawy obronne;

c) opieranie ustaleń jedynie na części zeznań świadków z pominięciem innych fragmentów wskazujących na winę i sprawstwo oskarżonych;

5) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, wynikający z naruszenia art. 7 k.p.k. w zakresie obowiązku kształtowania swego przekonania na podstawie dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez zaniechanie faktycznej oceny dowodu z opinii biegłego J. W. oraz bezkrytyczne i bezrefleksyjne przyjęcie prezentowanych tam poglądów, mimo, że biegły nie wskazał podstawy większości swych wniosków, a sporządzona opinia stanowiła nieuzasadnioną merytorycznie, syntetyczną kompilację tez obrony, w części wydaną na okoliczność przepisów prawa krajowego, co powinno Sąd skłonić do wyjątkowo ostrożnej i wnikliwej oceny ww. dowodu;

6) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, wynikający z naruszenia art. 7 k.p.k. w zakresie obowiązku kształtowania swego przekonania na podstawie wszystkich dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez przyjęcie subiektywnej teorii szkody i kontrfaktyczne uznanie, iż w niniejszej sprawie szkoda nie zaistniała, ponieważ przesłuchani w sprawie świadkowie nie potwierdzili jej wystąpienia, mimo, że kwestia ta powinna być oceniona przez organ procesowy samodzielnie w oparciu o całokształt materiału dowodowego w tym również o dowody z dokumentów;

7) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, wynikający z naruszenia art. 7 k.p.k. w zakresie obowiązku kształtowania swego przekonania na podstawie wszystkich dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez nieuprawnione uznanie, iż w przypadku umowy nr (...) dla określenia charakteru zamówienia jako dostawy zastosowanie ma art. 6 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy zgromadzone dowody wskazują na to, iż usługi zakupione w ramach ww. umowy, w większości nie polegały na rozmieszczeniu i instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, a więc umowa ta dotyczyła nabycia usług i nie mogła być procedowana w trybie art. 67 ust 1 pkt 7 Pzp, jako dotyczącego wyłącznie dostawy;

8) obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp wg stanu prawnego na datę popełnienia przez oskarżonych zarzucanego im czynu, mającą wpływ na treść wydanego orzeczenia poprzez dokonanie rozszerzającej

interpretacji tego przepisu i uznanie, iż tryb zamówienia uzupełniającego pozwalał na nabywanie usług, jak również poprzez wadliwą interpretację znamienia konieczności nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co spowodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze.

W konkluzji wniósł o:

- uchylenie przedmiotowego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji celem jej ponownego rozpoznania.

Zarzuty apelacji okazały się na tyle bezzasadne, że dla ich odparcia wystarczy wskazać co następuje.

Istota niniejszej sprawy – wobec postawionych oskarżonym zarzutów z art. 231 § 1 k.k. i art. 296 § 1 k.k. – sprowadza się do ustalenia i oceny zachowań podejmowanych przez nich w wykonaniu zleconej przez przełożonych „rozbudowy i utrzymania platformy teleinformatycznej (...)”.

W tym przedmiocie Sąd I instancji ustalił, co następuje:

- w związku z wejściem P. do strefy S. z dniem 21 grudnia 2007 r. (...) podjęła decyzję o budowie własnego systemu teleinformatycznego,

- w tym celu przeprowadzono trzy postępowania w przetargach nieograniczonych,

- po unieważnieniu postępowania o sygn. akt (...) przez (...) zachodziło niebezpieczeństwo niewywiązania się P. z obowiązków i opóźnienie w uruchomieniu 21 grudnia 2007 r. mechanizmów „strefy S.”,

- w (...) podjęto decyzję o zastąpieniu unieważnionego przetargu „zamówieniami uzupełniającymi”,

- decyzję tę zaakceptował zastępca(...),

- w toku dalszych czynności osk. G. W. sporządził wniosek o wszczęcie postępowania „rozbudowa i utrzymanie platformy teleinformatycznej” trybie kontraktu uzupełniającego (z wolnej ręki),

- wniosek ten został zaakceptowany przez Dyr. Zespołu ds. zamówień publicznych i Zastępcę (...),

- oskarżeni sporządzili wniosek o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki w powołaniu na art. 67 ust. 1 prawa zamówień publicznych

- wniosek został zatwierdzony przez pełnomocnika (...), który następnie podpisał zaproszenie do negocjacji do firmy (...),

- umowę z I. zawarł osk. G. W..

Budowa platformy teleinformatycznej (...)powiodła się. System zaczął działać 21 grudnia 2007 r., w dniu przystąpienia P. do strefy S. i bez zastrzeżeń funkcjonuje do chwili obecnej (vide k. 2 - 10 pisemnych motywów wyroku).

Wobec osk. W. prowadzone było przez (...) postępowanie wyjaśniające, którego przedmiotem było udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę przedmiotowej platformy teleinformatycznej w trybie „z wolnej ręki”. Rzecznik umorzył postępowanie postanowieniem z 25 października 2010 r. stwierdzając brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie faktycznym, jak trafnie uznał Sąd I instancji:

- oskarżeni nie byli inspiratorami wyboru trybu postępowania przetargowego, ani nie decydowali ostatecznie o zatwierdzeniu jego formy;

- o przyjęciu takiego trybu postępowania decydowały stosowne organy kierownicze (...);
- taki tryb postępowania zatwierdziło kierownictwo (...);
- umowę z I. zawarł osk. W. na polecenie przełożonych;
- umowa została wykonana;
- termin wejścia do strefy S. został dotrzymany.

Powyższe ustalenia i oceny nie dają podstaw do przyjęcia, że zachowania oskarżonych były umyślnym działaniem na szkodę interesu publicznego. Wydaje się, że oskarżyciel dlatego nie wskazał w akcie oskarżenia konkretnych zachowań przynoszących interesowi publicznemu szkodę, a zarzucił oskarżonym „działanie na szkodę interesu publicznego przez udaremnienie realizacji zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego”. Tak formułowany zarzut aktu oskarżenia nie mógł być podzielony przez Sąd. Wbrew pogładowi oskarżyciela nie mogli Oni „udaremnąć” – czyli uniemożliwić – przetargu nieograniczonego i dlatego, że na jego przeprowadzenie było zbyt mało czasu i dlatego, że o trybie „z wolnej ręki” zdecydowały inne, stosowne organy (...), a nie oskarżeni. Co więcej zaś, zarówno w doktrynie, jak i w utrwalonym orzecznictwie sądowym przyjęto, że:

1) zgoda uprawnionego organu na dokonanie określonych (formalnie szkodliwych) czynności przez pracownika wyłącza bezprawność czynu nadużycia zaufania (teza 3b do art. 296 k.k.),

2) interes publiczny podlegający ochronie art. 231 k.k. to interes oparty na prawie materialnym, a nie (jak w niniejszym akcie oskarżenia interes do samej właściwej procedury – w przeciwnym razie każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków należałoby utożsamiać z działaniem na szkodę interesu publicznego (nawet gdyby przynosiło nie szkodę a pożytek) – teza 12 do art. 231 w K.K. Komentarz pod redakcją A. Zolla, Zamykacze 2006. Jeśli nadto mieć na względzie, że wbrew pogładowi oskarżyciela, przepis art. 67.1.3) prawa zamówień publicznych pozwala udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia – nie sposób dopatrzeć się w działaniach oskarżonych zachowań pozwalających przypisać im nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków z art. 231 k.k., bądź z art. 296 k.k.

Wniesiona apelacja w istocie nie odnosi się do omówionego powyżej braku znamion czynu zabronionego.

Zarzuty z pkt 1, 2, 3 i 5 apelacji dotyczące ocen i ustaleń w odniesieniu do opinii biegłych, w żadnym razie nie mogły być uznane za zasadne, gdyż niezależnie od treści wskazywanych opinii, oceny czy doszło do wypełnienia znamion przestępstwa dokonuje Sąd w oparciu o całokształt zgromadzonych dowodów, dla którego opinie informatyczne są tylko jednym z elementów podlegających ocenie.

Zarzuty z pkt 7 i 8 apelacji dotyczące obrazy przepisu art. 67 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych również nie mogły być uznane za trafne, skoro jak wykazano powyżej, na przeprowadzenie zamówienia z wolnej ręki zezwalał przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy.

Za niezasadny uznać należało zarzut obrazy art. 7 k.p.k. (pkt 4 apelacji). Skarżący polemizuje w tej części z ocenami zeznań świadków dokonanymi przez Sąd. Wbrew jego twierdzeniom Sąd obszernie, szczegółowo i przekonująco omówił i ocenił zeznania świadków, wskazując którym, dlaczego i w jakim zakresie dał wiarę, a którym i z jakich powodów jej odmówił. Sąd Apelacyjny nie doszukał się w ocenach Sądu uchybienia regułom oceny dowodów z art. 7 k.p.k., a skarżący nie wykazał by oceny te były sprzeczne z dowodami, nielogiczne, czy niezgodne z wiedzą i doświadczeniem.

Z kolei zarzut z pkt 6 apelacji okazał się bezprzedmiotowy, skoro Sąd trafnie uznał, że oskarżonym nie można przypisać nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków.

Tylko na marginesie zatem wskazać trzeba, że zawarty w akcie oskarżenia zarzut wyrządzenia szkody z §3 art. 296 k.k. oskarżyciel opiera wyłącznie na stwierdzeniu: „biegły uważa, że przeprowadzenie przetargu nieograniczonego pomogłoby zaoszczędzić 4,5 mln zł ...” (t. IV k. 687 akt).

Oczywistym jest natomiast, że przeprowadzenie przetargu nieograniczonego w sytuacji zaistniałej w toku rozbudowy platformy teleinformatycznej (...) nie było możliwe, ze względu na brak wystarczającego czasu dla jego przeprowadzenia i realizacji przed 21 grudnia 2007 r. Oczywistym jest również, że ewentualne „zaoszczędzenie” nie może być, jako przyszłe i niepewne, utożsamianie z umyślnym wyrządzeniem szkody.

Z tych wszystkich przyczyn uznając zarzuty apelacji za niezasadne orzekł Sąd o utrzymaniu zaskarżonego wyroku w mocy.