

Sygnatura akt VI Ka 1008/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **7 grudnia 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Grażyna Tokarczyk

Sędziowie SSO Marcin Schoenborn (spr.)

SSO Małgorzata Peteja-Żak

Protokolant Monika Dąbek

przy udziale Sabiny Konicz Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T.

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2018 r.

sprawy **T. D.** ur. (...) w T.

syna P. i M.

oskarżonego z art. 231§2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 19 lipca 2018 r. sygnatura akt II K 712/17

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art 632 pkt 2 kpk w zw. z art. 634 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu;
2. kosztami procesu w sprawie obciąża Skarb Państwa.

sygn. akt VI Ka 1008/18

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 7 grudnia 2018 r. w całości

Prokuratura Rejonowa w T. oskarżył T. D. o popełnienie przestępstwa z art. 231 § 2 kk polegającego na tym, że w dniu 26 lipca 2010 r. w T., będąc Zastępcą Wójta Gminy T., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez konsorcjum (...) sp. z o. o. i (...) do kwoty 2.257.089,75 PLN brutto, przekroczył swoje uprawnienia, w ten sposób, że w imieniu Urzędu Gminy w T., zawarł umowę nr (...) dotyczącą budowy kanalizacji sanitarnej w S.: T., K., B. - dokończenie budowy kanalizacji sanitarnej w K., Gmina T., mimo, że w dniu 5 lipca 2010 r. odrzucił ofertę tego konsorcjum jako nieodpowiadającą specyfikacji istotnych warunków zamówienia i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czym działał na szkodę interesu publicznego.

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 19 lipca 2018 r. sygn. akt II K 712/17 oskarżonego T. D. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego wyżej, wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 231 § 2 kk i za to na mocy art. 231 § 2 kk wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności, a na mocy art. 33 § 2 i 3 kk

grzywnę w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 30 złotych, przy czym w oparciu o art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił tytułem próby na okres 2 lat. Ponadto na mocy art. 43b kk orzekł podanie wyroku do publicznej wiadomości przez publikację na stronie internetowej oraz tablicy ogłoszeń Urzędu Gminy T. przez okres 1 miesiąca. W końcu na mocy art. 627 kpk, art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe obejmujące opłatę w kwocie 780 złotych oraz wydatki w kwocie 4741,16 złotych.

Apelacje od tego wyroku złożyli obrońcy oskarżonego. Zaskarżyli orzeczenie w całości.

Obrońca adw. W. M. zarzucił wyrokowi:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść polegający na uznaniu, iż przypisany oskarżonemu czyn miał charakter przestępstwa określonego w art. 231 § 2 kk z uwagi na narażenie na szwank dobrego imienia gminy, doprowadzenia gminy do rozporządzenia mieniem wielkiej wartości oraz uzyskania przez osobę trzecią korzyść majątkowej, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż działanie oskarżonego nie tylko w żaden sposób nie naraziło gminy na szkodę, ale również do tej szkody nie doprowadził oraz nie spowodował uzyskania korzyści majątkowej przez osobę trzecią,
2. obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 4, art. 5 § 2, art. 7 i art. 424 § 1 pkt 1 kpk, która miała wpływ na treść wyroku, a wynika z oparcia orzeczenia o winie oskarżonego tylko na wątpliwych dowodach obciążających i pominięcia dowodów korzystnych dla obwinionego, całkowicie dowolną ocenę zebranych dowodów, a także rozstrzygnięcie wyłącznie na niekorzyść obwinionego nie dających się usunąć wątpliwości dotyczącej przede wszystkim kwestii dotyczącej niemożności podpisania przez oskarżonego umowy i logicznego uzasadnienia takiego stanowiska,
3. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, tj. art. 193 § 1 kpk przez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego której przedmiotem były kwestie prawne, które nie mogą być przedmiotem opinii,

a na tej podstawie domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uniewinnienia oskarżonego, względnie uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach.

Z kolei wedle obrońcy adw. S. L. zaskarżony wyrok miał zostać wydany z obrazą prawa materialnego, a to:

- art. 231 § 2 kk przez jego błędną wykładnię i skazanie oskarżonego za przekroczenie uprawnienia, podczas gdy właściwa analiza przepisu wskazuje, iż do jego zastosowania konieczne jest przekroczenie lub niedopełnienie co najmniej dwóch uprawnień,
- art. 231 § 2 kk w zw. z art. 115 § 4 kk przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż doszło do osiągnięcia korzyści majątkowej przez osobę trzecią, podczas gdy wynagrodzenie wynikające ze stosunku prawnego nie może być uznane jako korzyść.

Tenże skarżący także wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, a alternatywnie o jego uchYLENIE, przy czym oczekiwanym przez niego orzeczeniem następczym było umorzenie postępowania z powodu przedawnienia.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Wywiedzione środki odwoławcze zasadnie postulowały zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu. Przy czym za tego rodzaju rozstrzygnięciem reformatoryjnym przemawiało już tylko częściowe uwzględnienie zarzutu 2 apelacji obrońcy adw. W. M., opartego w istocie na twierdzeniu, że oskarżony zawierając w dniu 26 lipca 2010 r. w imieniu Gminy T., którą reprezentował w zastępstwie nieobecnego w pracy wójta, umowę w sprawie zamówienia publicznego z (...) Sp. z o. o. po tym, jak w dniu 12 lipca 2010 r. jego przełożony służbowy

wspomniany Wójt Gminy T. w osobie E. G., dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą była oferta konsorcjum firm (...) Sp. z o. o. z/s w I. oraz (...) z siedzibą w T. Z. w Niemczech, nie przekroczył swoich uprawnień.

Zgodzić się trzeba z apelującym adw. W. M., iż Sąd Rejonowy dokonując ustaleń faktycznych nie pochylił się głębiej nad tym, co wynikało z podpisania przez oskarżonego w zastępstwie wójta pisma z dnia 5 lipca 2010 r. kierowanego do lidera w/w konsorcjum, tj. (...) Sp. z o. o., informującego o odrzuceniu oferty tego konsorcjum ze wskazanych w nim przyczyn (brak wyceny kilku pozycji w kosztorysie ofertowym powodującej niezgodność oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia) i unieważnieniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w związku z odrzuceniem jedynej złożonej w terminie oferty, które to pismo zostało jednak faktycznie wycofane z wysyłki (świadczyć o tym musi również treść załącznika do anonimu, którym jest niewątpliwie oryginał owego pisma będący przyczynkiem do podjęcia czynności zakończonych wszczęciem postępowania w niniejszej sprawie – k. 290-291), kiedy nie było nawet zdaniem Sądu I instancji wiarygodnego dowodu, który potwierdzałby, że jego treść dotarła do adresata (nie dał przecież wiary w tym zakresie zeznaniom A. S. złożonym w postępowaniu przygotowawczym), a oskarżonemu, który przedmiotowym przetargiem się nie zajmował w ramach spraw powierzonych mu na stałe przez wójta (dotyczyły bezpośredniego nadzorowania pracy Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w T., Gminnego Ośrodka Kultury w T. oraz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w T. i upoważnienia do prowadzenia w jego imieniu spraw związanych z działalnością w/w jednostek, z wydawaniem decyzji administracyjnych włącznie- k. 251), wszelkie czynności podejmował zaś w ramach sprawowanego ogólnego zastępstwa wójta w czasie jego nieobecności (był w tym czasie upoważniony do prowadzenia w jego spraw gminy w pełnym zakresie, w wydawaniem decyzji administracyjnych włącznie oraz do składania oświadczeń woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem - k. 251), zostało następnie zakomunikowanym przez członka komisji przetargowej A. P. pełniącego faktycznie kierowniczą rolę w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który też rzeczne pismo przedłożył mu do podpisu, że zostało ono anulowanym, gdyż nieprawidłowo odrzucało ofertę (tym twierdzeniem T. D. Sąd Rejonowy również dał wiarę), wiedział on też, że następnie wójt dokonał wyboru oferty złożonej przez wskazane konsorcjum.

Sąd a quo bezrefleksyjnie przyjął za oskarżycielem publicznym, iż rzeczne pismo z dnia 5 lipca 2010 r. stanowić musiało dla oskarżonego jako reprezentanta gminy działającego w zastępstwie wójta ostateczną i obowiązującą na dzień 26 lipca 2010 r. decyzję kierownika zamawiającego o odrzuceniu jedynej oferty złożonej w postępowaniu przetargowym mającym za przedmiot udzielenie zamówienia publicznego na dokończenie budowy kanalizacji sanitarnej w K., a w konsekwencji o unieważnieniu tego postępowania, nawet nie zauważając, iż dokument mający zgodnie z aktualnym na tamten czas brzmieniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) obrazować przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia wraz z wymaganymi załącznikami do niego (zob. art. 96 pzp oraz przepisy ówczesnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), nie potwierdzał, iż została podjęta przez kierownika zamawiającego wiążąco decyzja, o której informowało rzeczne pismo z dnia 5 lipca 2010 r.. Z § 11 ust. 4 Regulaminu Pracy Komisji Przetargowej wynika natomiast, iż w przypadku zaistnienia okoliczności nakazujących unieważnienie postępowania komisja przetargowa występuje do kierownika zamawiającego o unieważnienie postępowania przedkładając do zatwierdzenia protokół postępowania. Tymczasem nic takiego się nie wydarzyło. Żaden dowód nie potwierdza bowiem, że taki protokół zawierający informację o unieważnieniu postępowania został przedłożony do podpisu oskarżonemu, czy też wójtowi. Umknęło również Sądowi Rejonowemu, że oskarżony nie miał w zakresie stałego nadzoru postępowań o zamówienie publiczne organizowanych przez Urząd Gminy T., była to dziedzina, którą pod bezpośrednią pieczęć miał wójt. Oskarżonemu przypadło jedynie zastępowanie wójta przez pewien czas w okresie, w którym w przedmiotowym postępowaniu przetargowym podejmowanymi były określone prawem zamówień publicznych czynności po dokonaniu w dniu 30 czerwca 2010 r. otwarcia ofert, zmierzające do zbadania pod względem formalnym i merytorycznym jedynej złożonej w terminie oferty konsorcjum firm (...) Sp. z o. o. oraz (...), a w dalszej kolejności (na wypadek nie wykluczenia oferenta, nie odrzucenia oferty) dokonania jej oceny wedle przyjętych kryteriów. Poza tym będąc nawet podczas nieobecności wójta kierownikiem zamawiającego, a więc formalnym decydem, z natury rzeczy opierać się musiał na przedłożeniach komisji przetargowej powołanej

do wyłonienia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zgodnie z Prawem zamówień publicznych będącej zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny oferty (art. 20 ust. 1 pzp), który w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 20 ust. 3 pzp).

Oczywiście zagadnieniem w sprawie bezdyskusyjnym pozostaje, że wójtowi nie było nic wiadomym o piśmie z dnia 5 lipca 2010 r., stąd w pierwszym dniu po powrocie z krótkiego urlopu, tj. 12 lipca 2010 r., nie widział przeciwwskazań, żeby podpisać przygotowane pismo stanowiące zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, potwierdzające faktycznie dokonanie przez kierownika zamawiającego takiego wyboru, który został również udokumentowany w treści pisemnego protokołu, a także załącznikiem do niego w postaci pisma z dnia 12 lipca 2010 r.. Niewątpliwie w tym aspekcie wójt działał w zaufaniu do przedłożenia, jakie otrzymał od A. P. – będącego członkiem komisji przetargowej, z racji zajmowanego stanowiska kierownika (...) Urzędu Gminy w T., który przygotował przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, faktycznie odpowiedzialnego za to postępowanie, w tym bacząc również na podział kompetencji pomiędzy członków komisji przetargowej, za merytoryczne zbadanie oferty pod względem jej zgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a następnie dokonanie jej oceny wedle kryteriów oceny w tej specyfikacji przyjętych (art. 36 pkt 13 pzp). Jednocześnie nie miał informacji od oskarżonego, z którym pomiędzy 5 a 9 lipca 2010 r. miał mieć kontakt telefoniczny, o podpisaniu przez tegoż przedmiotowego pisma z dnia 5 lipca 2010 r..

Poza sporem jest też, pomimo wykazania tego wyłącznie logiką wypadków (tj. powiązania wykazanych w piśmie z dnia 5 lipca 2010 r. braków pierwotnie stanowiącego część oferty kosztorysu ofertowego z treścią wyjaśnień i zeznań A. S., treścią zeznań B. K. i D. O. oraz treścią zabezpieczonego do sprawy tegoż kosztorysu, wykazujących zmianę pierwotnej jego treści poprzez uzupełnienie stwierdzonych braków i dołączenie do dokumentacji postępowania kosztorysu opracowanego na nowo bez tych błędów), że zaistniały faktyczne podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum w kształcie, w jakim została złożona w sposób wiążący zamawiającego i oferenta (art. 84 i 85 pzp), tj. niezgodność oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie będąca omyłką nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zob. również wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1379/17, LEX nr 2339152), a w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp), nie wspominając innych nieprawidłowości natury formalnej w rzeczony ofercie, nie dostrzeżonych przez A. Ł. – przewodniczącego komisji przetargowej, zgodnie z podziałem zadań pomiędzy jej członków będącego właśnie odpowiedzialnym za tę stronę badania oferty i podjęcie stosownych działań sanujących stwierdzone braki. Rzeczono okoliczności nie były jednak wiadomymi wójtowi. Oskarżonemu została natomiast wprowadzona treścią przedłożonego do podpisu pisma z dnia 5 lipca 2010 r. wadliwość oferty, która powinna spowodować jej odrzucenie, a w konsekwencji unieważnienie przetargu, nie krył się przy tym, że miał wiedzę, co podpisuje (niepotrzebnie zatem Sąd I instancji powoływał się na małe prawdopodobieństwo stanu przeciwnego), nie mniej jednak dostrzec należało, iż nawet jeśli również w swym wewnętrznym przekonaniu sygnując rzeczony pismo zdecydował o tym, nie można zapominać, że kierownikiem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był jedynie w okresie nieobecności wójta, o czym ewidentnie musiał przekonywać już tylko zakres powierzonych mu zadań (k. 251). Wynikało z niego bowiem niezbicie, że nie miał powierzonych do prowadzenia spraw Gminy T. związanych z udzielaniem zamówień publicznych, a w zakresie z tym związanych zadań i kompetencji zastępował on wójta tylko w czasie jego nieobecności. Zgodnie z ustawą z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym także w brzmieniu aktualnym na czas prowadzenia przedmiotowego postępowania przetargowego organem wykonawczym Gminy T. był natomiast wójt (art. 11a ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 1), który jedynie mógł powierzyć prowadzenie określonych spraw gminy w swoim imieniu zastępcy wójta (art. 33 ust. 4). Zastępca wójta wedle tej ustawy nie jest organem gminy. Nie ma też zadań i kompetencji przypisanych temu stanowisku. Jedynie w przypadku przemijającej przeszkody w wykonywaniu zadań i kompetencji wójta spowodowanej tymczasowym aresztowaniem, odbywaniem kary pozbawienia wolności wymierzonej za przestępstwo nieumyślne, odbywaniem kary aresztu, niezdolnością do pracy z powodu choroby trwającej powyżej 30 dni – przejmuje z mocy ustawy jego zadania i kompetencje (art. 28g). Nie miał zatem oskarżony jako zastępca wójta własnej kompetencji do podejmowania decyzji

w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, lecz była ona pochodną statusu wójta określonego w przepisach ustawy o samorządzie gminnym oraz powierzenia mu przez wójta określonych spraw gminy do prowadzenia, w tym przypadku z racji nieobecności wójta spowodowanej inną przyczyną, niż wymieniona w art. 28g ustawy o samorządzie gminnym. Tymczasem kierownikiem zamawiającego w myśl art. 2 ust. pzp jest osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniony do zarządzania zamawiającym. Niewątpliwie na poziomie samorządu gminnego jest takim podmiotem co do zasady wójt.

W tym kontekście warto zauważyć, że oskarżony jako kierownik zamawiającego wykonujący czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia nawet nie złożył oświadczenia o nie podleganiu wyłączeniu z tego postępowania wymaganego art. 17 ust. 2 pzp, co tylko musi wskazywać, niezależnie od tego, że był oczywiście obowiązany do złożenia takiego oświadczenia z racji podejmowanych faktycznie czynności w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, iż jego rola w tym postępowaniu przez osoby realnie odpowiedzialne za dopełnienie wszystkich wymogów (na przewodniczącym komisji przetargowej ciążył obowiązek nadzorowania prawidłowego prowadzenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - § 7 ust. 2 pkt g Regulaminu Prac), w szczególności A. P. faktycznie zawiadującego tym postępowaniem, mogła być wręcz postrzegana jako wpadkowa i niczego nie rozstrzygająca.

Z powyższego wynikało więc niezbieżnie, że oskarżony w czasie obecności wójta w pracy nie mógł podejmować żadnych czynności związanych z przedmiotowym postępowaniem przetargowym, a to musiało też oznaczać, że był związany decyzjami swego przełożonego podjętymi przez niego w wykonaniu kompetencji kierownika zamawiającego w rozumieniu Prawa o zamówieniach publicznych, w szczególności wówczas, kiedy nie miał podstawy zakładać, iż zostały wydane z naruszeniem prawa.

Jakkolwiek z przyczyn zupełnie niezależnych od wójta, a spowodowanych przede wszystkim postępowaniem nieżyjącego A. P., podjął jednak E. G. decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wprawdzie niemożliwa z oczywistych względów do podjęcia, gdy jedyna złożona oferta uprzednio została odrzucona, a w związku z tym przetarg unieważniony, nie mniej ewidentnie takowa została podjęta. Choć też z przyczyn faktycznych nie powinna zapaść, co nie budzi najmniejszych wątpliwości, to jednak od strony formalnej nic nie stałoby na przeszkodzie, aby kierownik zamawiającego zmienił decyzję podwładnego uprzednio go jedynie zastępującego o odrzuceniu oferty i unieważnieniu przetargu oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, gdy o poprzedniej decyzji nikogo nie powiadomiono. Żaden przepis Prawa o zamówieniach publicznych nie zabraniałby wycofania się z podjętej wcześniej takiej decyzji kończącej postępowanie przetargowe, gdyby z przyczyn faktycznych była ona błędną, tym samym niepotrzebną, stąd wymagającą skorygowania celem wyeliminowania wynikającego z tego naruszenia prawa. Odrzucenie oferty i unieważnienie przetargu przy braku ku temu podstaw stanowiłoby przeciwieństwo naruszenie prawa. Zgodnie zaś z art. 93 ust. 1 pkt 7 tylko postępowanie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający obowiązany byłby unieważnić. Poza tym Regulamin Pracy Komisji Przetargowej przewidywał dla kierownika zamawiającego kompetencję stwierdzenia nieważności czynności podjętej z naruszeniem prawa i wydania polecenia powtórzenia unieważnionej czynności podjętej z naruszeniem prawa (§ 18). Przepis art. 17 ust. 3 pzp ogranicza natomiast jedynie dopuszczalność powtórzenia czynności faktycznych podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu. Pamiętać zaś należy, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są jawne i pisemne (art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 pzp). Wszelkie decyzje muszą być udokumentowane w formie pisemnego protokołu, co więcej te najistotniejsze zakomunikowane oferentom (art. 24 ust. 4 pzp – o wykluczeniu oferenta, art. 92 ust. 1 pzp – o wyborze najkorzystniejszej oferty, art. 92 ust. 2 pzp – o odrzuceniu oferty, art. 93 ust. 3 pzp – o unieważnieniu postępowania). Po temu właśnie konkretnie przygotowane zostały pisma z dnia 6 lipca 2010 r. i 12 lipca 2012 r., przy czym pierwsze z nich nie zostało wyekspediowane i nie dotarło do wiadomości jedynego oferenta. Jednocześnie z poczynionych przez Sąd Rejonowy ustaleń, wynikało, że oskarżonemu przez osobę, która z racji powierzonych jej zadań (jako członek komisji przetargowej odpowiedzialny za merytoryczną ocenę oferty) była kompetentną i właściwą, aby wiarygodnie poinformować go o dalszym toku sprawy, w której sygnował pismo z dnia 5 lipca 2010 r., a jeszcze wcześniej podpisał pismo wzywające do usunięcia braku formalnego oferty, było wiadomym, że odrzucenie oferty i unieważnienie przetargu było pomyłką i doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty,

a z tym wiązał się konkretny obowiązek, mianowicie wynikający z art. 94 pzp obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc kontraktu, podpisanie którego przez oskarżonego w dniu 26 lipca 2018 r. wedle Sądu I Instancji stanowić miało przekroczenie przez niego jego uprawnień.

Przedstawiony powyżej wywód wskazywał, iż tak naprawdę oskarżony nie mógł przekroczyć uprawnień podpisując rzeczoną umowę w imieniu Gminy T., skoro wykonał obowiązek ciążyący na nim z mocy art. 94 pzp wobec nieobecności wójta w pracy, nie będąc przy tym świadomym, że został on wykreowany w następstwie nieprawidłowo podjętej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Obiektywnie przekroczeniem uprawnień w tych okolicznościach, a więc wobec wcześniej podjętej przez oskarżonego decyzji o odrzuceniu jedynej oferty niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie nadającej się do poprawienia oraz w następstwie tego o unieważnieniu postępowania przetargowego, której nikt też formalnie nie zmienił, została natomiast zatajona przed wójtem przez A. P. (on jedynie na pewno musiał o niej wiedzieć), który przecież w świetle przeprowadzonych dowodów i poczynionych na ich podstawie ustaleń odpowiada za zmianę w ofercie, która miała wyeliminować z jej treści błędy stanowiące podstawę dla wykreowania pisma z dnia 5 lipca 2010 r., byłby natomiast dokonany przez E. G. wybór najkorzystniejszej oferty. To bowiem tego rodzaju decyzja, do podjęcia której doszło przy nieuświadomianiu sobie przez osobę ją podejmującą istniejących obiektywnie nieprawidłowości rzeczywiście nie pozwalających na wyłonienie wykonawcy, in concreto doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 pzp) udzielenia zamówienia na dokończenie budowy kanalizacji w K. podmiotowi, z którym zawarta została umowa z dnia 26 lipca 2010 r..

Jednocześnie pozostając w granicach oskarżenia wyznaczonych zdarzeniem historycznym opisanym w zarzucie aktu oskarżenia, nie sposób było stwierdzić, aby oskarżony nie informując wójta o fakcie podpisania pisma z dnia 5 lipca 2010 r. nie dopełnił ciążyących na nim obowiązków. W tym zakresie obowiązek informacyjny ciążył na członkach komisji przetargowej, co dobitnie wynika z jej ustawowej roli oraz zadań wynikających z aktu powołującego ją do życia, a ten odsyłał do obowiązującego w Urzędzie Gminy T. Regulaminu pracy w/w gremium, wedle którego do zadań jego członków należało właśnie komunikowanie się z kierownikiem zamawiającego w sprawach dotyczących prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z żadnego aktu nie wynikał natomiast obowiązek informowania wójta przez jego zastępcę o sprawach, którymi ten się zajmował w czasie nieobecności zastępowanego szefa, co akurat w odniesieniu do postępowania przetargowego dokumentowanego na piśmie i prowadzonego w oparciu o zaufanie do osób zaangażowanych w to postępowanie jako aparat pomocniczy, z natury rzeczy mający służyć swoją wiedzą w danej dziedzinie, a także do zadań którego należało wykonanie pewnych działań pozwalających na podjęcie właściwej decyzji, wcale nie musi dziwić, choć w praktyce okazać się to miało rozwiązaniem niewystarczającym, nie gwarantującym właściwego przepływu informacji.

Niezależnie od powyższego w realiach sprawy nie mogłoby być mowy o umyślności w zachowaniu oskarżonego, którego działanie i zaniechanie zawsze byłoby następstwem zawierzenia tym, którzy właśnie mieli w zakresie powierzonych im zadań przedstawienie kierownikowi zamawiającego zgodnie z art. 20 ust. 3 pzp oraz na mocy Zarządzenia nr (...) Wójta Gminy T. z dnia 21 czerwca 2010 r. o powołaniu komisji przetargowej (k. 31), a także Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych przez Gminę T. (k. 1328-1332) oraz Regulaminu Pracy Komisji Przetargowej w Urzędzie Gminy T. oraz jednostkach organizacyjnych gminy (k. 1336-1341), propozycji co do sposobu rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania. Do istoty ich pracy, jako ciała pomocniczego należało przecież dostarczenie informacji, na podstawie których osoba decyzyjna miała wywiązać się ze swych obowiązków w granicach posiadanych uprawnień. Zgodnie z Regulaminem Pracy Komisji Przetargowej do zadań jej przewodniczącego należało m.in. przedkładanie Kierownikowi Zamawiającego do zatwierdzenia projektów dokumentów przygotowanych przez komisję (§ 7 ust. 2 pkt f), informowanie Kierownika Zamawiającego o problemach związanych z pracami Komisji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (§ 7 ust. 2 pkt h). To Komisja też proponować miała wybór najkorzystniejszej oferty (§ 8 ust. 1), a w przypadku okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pzp, wystąpić obowiązana była do Kierownika Zamawiającego o unieważnienie postępowania przedkładając do zatwierdzenia protokół postępowania (§ 11 ust. 4), kończyła też pracę dopiero z dniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, które było przedmiotem postępowania lub z chwilą unieważnienia postępowania (§ 12 ust. 2). Najzupełniej zrozumiałym w świetle zasad logiki oraz wskazań doświadczenia życiowego jest, iż efektem

pracy tych osób się ufa, a tym samym przyjmuje się do wiadomości przekazywane przez nich w związku z tym informacje, czy to ustnie, czy też na piśmie choćby w formie projektów określonych decyzji, czy pism. Nadzór nad prawidłowym tokiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prowadzeniem dokumentacji sprawuje przecież przewodniczący komisji przetargowej (§ 17 regulaminu jej prac), a jedynie prawem Kierownika Zamawiającego, zgodnie z art. 18 ust. 1 pzb będącego odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, właśnie w związku z tą odpowiedzialnością, jest kontrola wyników prac komisji przetargowej, stwierdzanie nieważności podjętej czynności z naruszeniem prawa oraz polecenie powtórzenia unieważnionej czynności podjętej z naruszeniem prawa (§ 18). Niewątpliwym zaś pozostaje w ustalonym już przez Sąd Rejonowy stanie faktycznym, iż to świadomie sprzeczne z prawem działania A. P. oraz wprowadzanie przez niego w błąd wójta (co do warunków dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty) i zastępcy wójta (odnośnie istnienia podstaw do wycofania się z wcześniej podjętej decyzji o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania), a także na pewno brak wymaganej staranności A. Ł. w zakresie badania przedmiotowej oferty od strony formalnej, doprowadziły do obiektywnie stwierdzonych nieprawidłowości opisanych, czy to wynikach kontroli problemowej przeprowadzonej po latach w Urzędzie Gminy T. (k. 1311-1323) oraz w wynikach kontroli Centralnego Biura Antykorupcyjnego (k. 15-18), czy też przez opiniującą w sprawie biegłą z zakresu zamówień publicznych (k. 1454-1482). Zdawała się na to też zwracać uwagę autorka przywołanej opinii, której fragment właśnie wskazujący, że w działaniach zarówno wójta oraz zastępcy wójta trudno doszukiwać się aktywności wyrażającej się w celowym dążeniu do rozstrzygnięcia przetargu niezgodnie z przepisami Prawa o zamówieniach publicznych, czy też przewidywaniem możliwości zaistnienia takiego stanu rzeczy i godzeniem się z nim, z niewiadomych względów został skrzętnie przemilczany, najpierw przez oskarżyciela, a następnie przez Sąd Rejonowy. Warto go zaś dosłownie zacytować. Biegła niejako starając się znaleźć wytłumaczenie przyczyny zaistnienia stwierdzonych nieprawidłowości podała cyt. „W badanym postępowaniu ujawniono również istotne uchybienia organizacyjne związane z udzielaniem zamówień publicznych. Uprawnione wydaje się twierdzenie, że do stwierdzonych naruszeń przyczynił się rażący brak współpracy pomiędzy poszczególnymi komórkami organizacyjnymi za zamówienie publiczne w strukturze organizacyjnej zamawiającego, w szczególności współpracy pomiędzy osobami pełniącymi zamiennie funkcje kierownika zamawiającego (wójt – zastępca wójta), komisją przetargową, a kierownikiem zamawiającego i wreszcie na etapie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (dopisek SO: w związku ze stwierdzonym wadliwym oznaczeniem w kontrakcie wykonawcy, miast konsorcjum firm, tylko jednej z nich) – pomiędzy kierownikiem zamawiającego a służbami finansowymi i prawnymi. Brak współpracy między poszczególnymi komórkami odpowiedzialnymi za zamówienie publiczne w strukturze organizacyjnej zamawiającego wpływa negatywnie na prawidłowość podejmowanych decyzji, a w efekcie na efektywność udzielania zamówień publicznych. Warto podkreślić, że ograniczenie czynności proceduralnych jedynie do sporządzenia dokumentów niezbędnych z punktu widzenia obowiązującej ustawy Pzp może prowadzić – i w badanym postępowaniu istotnie prowadziło – do poważnych naruszeń prawa, widocznych dopiero w toku działań kontrolnych”.

Kwestia odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne z art. 231 § 3 kk byłaby zaś w realiach sprawy wykluczona, kiedy nie było podstaw, by w związku z udzieleniem przedmiotowego zamówienia publicznego wyrządzona została istotna szkoda, w szczególności zamawiającemu, czyli Gminie T.. Okazało się, że prace zostały wykonane należyście, zgodnie ze sztuką, przedstawiać też miały nieco większą wartość, niż kwota, która ostatecznie została wydatkowana przez zamawiającego (wykonawca bez wynagrodzenia miał też wykonać dodatkowe prace). Przypomnieć zaś trzeba, że według kosztorysu inwestorskiego zamawiający gotowy był wyłożyć na kontynuację budowy instalacji sanitarnej w K. zdecydowanie więcej, niż finalnie na ten cel wydatkował. Poza tym częściowo skorzystał z dofinansowania z Unii Europejskiej, od której pozyskane środki finansowe wydane zostały ewidentnie zgodnie z przeznaczeniem i prawidłowo rozliczone, czego dowiodła kontrola Komisji Europejskiej (k. 1631-1634). Są to w istocie okoliczności bezsporne. Nie wiadomo również, czy za mniejsze pieniądze ktokolwiek inny wykonałby te prace w ewentualnie nieco później ogłoszonym kolejnym przetargu. Nie poniósł zatem z tego powodu zamawiający uszczerbku w majątku (szkoda majątkowa). Nie sposób się natomiast doszukać jakichkolwiek przesłanek wskazujących na wystąpienie szkody o charakterze niemajątkowym.

Z podanych względów należało zatem w ramach korekty zaskarżonego wyroku uniewinnić oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu. Prawdopodobnie ustalony stan faktyczny nie wskazywał bowiem, żeby oskarżony swoim zachowaniem pozostającym w granicach oskarżenia mógł zrealizować wszystkie znamiona czynów zabronionych stypizowanych w art. 231 kk oraz w jakimkolwiek innym przepisie ustawy karnej. Nie wystarczyłoby zatem uchylene zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania z powodu przedawnienia karalności, choć niewątpliwie przy przyjęciu, że oskarżony zrealizowałby znamiona przestępstwa z art. 231 § 1 kk lub z art. 231 § 3 kk, czyn taki popełniony najpóźniej 26 lipca 2010 r. uległby przedawnieniu z uwagi na jego ustawowe zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat (termin 5 letni – art. 101 § 1 pkt 4 kk) zanim w dniu 20 stycznia 2016 r. zostało wszczęte postępowanie (k. 6-7), z którym to faktem procesowym ze względu na aktualne brzmienie art. 102 kk obowiązujące od dnia 2 marca 2016 r. można byłoby ewentualnie łączyć przedłużenie 5 letniego terminu o kolejne 10 lat (zob. również art. 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny – Dz.U. z 2016 r. poz. 189).

Uniewinnienie oskarżonego w ramach zmiany zaskarżonego wyroku z przyczyn wyżej wskazanych zwalniało z kolei Sąd odwoławczy od konieczności szerszego ustosunkowania się do zarzutów i twierdzeń zawartych w wywiedzionych apelacjach przez obrońców. Skorzystał tym samym Sąd Okręgowy z możliwości przewidzianej w art. 436 kpk. Jedynie tytułem sygnalizacji należało zwrócić uwagę, że Sąd I instancji nie mógł obrazić art. 193 § 1 kpk, kiedy to dowód z opinii biegłego z zakresu zamówień publicznych dopuścił prokurator na etapie postępowania przygotowawczego, oczekując w zasadzie stwierdzenia z wykorzystaniem wiadomości specjalnych okoliczności, które można byłoby generalnie zaliczyć do tzw. technikaliów związanych z prowadzeniem postępowań w trybie Prawa o zamówieniach publicznych (k. 1451-1453), acz rzeczywiście efekt końcowy zleconej biegłej pracy zdawał się jednak wskazywać, że wydana przez nią opinia miast ograniczać się do stwierdzenia okoliczności faktycznych z wykorzystaniem posiadanej przez nią wiedzy specjalistycznej, koncentrowała się na kwestiach stricte prawnych, które organy procesowe korzystając z dostępnych źródeł prawa powszechnie obowiązującego, a w razie potrzeby również dostępnej im literatury i judykatów, powinny we własnym zakresie rozwikłać. Rolą biegłego nie jest bowiem zastępować organ procesowy w formułowaniu ocen prawnych. Stylizacja art. 231 kk nie wskazuje też wcale, że do popełnienia stypizowanych w tym artykule przestępstw wymagane jest przekroczenie co najmniej dwóch uprawnień lub niedopełnienie co najmniej dwóch obowiązków. Niedopełnienie obowiązków obejmuje bowiem zarówno zaniechanie podjęcia nałożonego na funkcjonariusza publicznego obowiązku, jak i niewłaściwe jego wykonanie. Z kolei przekroczenie uprawnień wymaga wykazania, że podjęte przez sprawcę zachowanie nie wchodziło w zakres jego kompetencji i może zachodzić tylko w dziedzinie działalności służbowej oraz obejmować tylko te czynności, które mają charakter służbowy i dotyczą osób lub dóbr, w stosunku do których sprawca występuje jako funkcjonariusz publiczny. Może także polegać na podjęciu działania wprawdzie w ramach kompetencji, lecz niezgodnie z prawnymi warunkami podjętej przez funkcjonariusza publicznego czynności. Za przekroczenie kompetencji uznaje się ponadto takie zachowanie funkcjonariusza publicznego, które stanowi „wykorzystanie”, „nadużycie” przysługujących mu kompetencji, a nie ich realizację. W końcu zauważyć trzeba, że w realiach sprawy nie chodziło o korzyść majątkową rozumianą li tylko jako wynagrodzenie należne z tytułu wykonanych prac na podstawie zawartej ważnej umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, a o świadczenie pieniężne wypłacone na podstawie wykonania takiej umowy, do zawarcia której w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno w ogóle dojść.

W związku z uniewinnieniem oskarżonego należało natomiast kosztami procesu w sprawie obciążyć Skarb Państwa po myśli art. 632 pkt 2 kpk w zw. z art. 634 kpk.

W końcu wskazać należy, iż Sąd odwoławczy nie doszukał się takich uchybień, które uwzględnione z urzędu nakazywałyby uchylene zaskarżonego wyroku niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.