

Sygnatura akt VI Ka 1331/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **28 lutego 2017 r.**

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

Przewodniczący SSO Krzysztof Ficek

Sędziowie SSO Arkadiusz Łata

SSO Marcin Schoenborn (spr.)

Protokolant Agata Lipke

po rozpoznaniu w dniu 14 lutego 2017 r.

przy udziale Sławomira Świderka Prokuratora Prokuratury Okręgowej w G.

sprawy **P. B. /B./** ur. (...) w T.

syna R. i J.

oskarżonego z art. 231§1 kk

J. L./L./ ur. (...) w B.

syna P. i M.

oskarżonego z art. 271§1 kk

F. P./P./ ur. (...) w M.

syna W. i M.

oskarżonego z art. 231§1 kk

A. S. (1)/S./ ur. (...) w B.

syna K. i K.

oskarżonego z art. 271§1 i 3 kk w zw. z art. 273 kk przy zast. art. 11§2 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego J. L., obrońcę oskarżonych P. B. i F. P. oraz obrońcę oskarżonego A. S. (1)

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 29 kwietnia 2016 r. sygnatura akt II K 644/13

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 435 kpk, art. 632 pkt 2 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok, również wobec A. S. (2), która apelacji nie wnosila, w ten sposób, że:

- w miejsce rozstrzygnięć z pkt 1-16 oraz z pkt 18, a także w odniesieniu do P. B., F. P., J. L. i A. S. (1) z pkt 20 i 21, uniewinnia oskarżonych P. B., F. P., J. L. i A. S. (1) od popełnienia zarzucanych im aktem oskarżenia czynów,
 - w miejsce rozstrzygnięcia z pkt 17 o umorzeniu postępowania uniewinnia oskarżoną A. S. (2) od popełnienia zarzucanego jej aktem oskarżenia czynu;
2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
 3. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego A. S. (1) kwotę 2.100 (dwa tysiące sto) złotych tytułem zwrotu wydatków poniesionych na ustanowienie obrońcy w sprawie;
 4. kosztami procesu w sprawie obciąża Skarb Państwa.

sygn. akt VI Ka 1331/16

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 28 lutego 2017 r. w całości

Prokuratura Okręgowa w G.oskarżyła:

5. P. B. (B.) o popełnienie ośmiu przestępstw z art. 231 § 1 kk, których miał się dopuścić jako Kierownik (...)w Urzędzie Miejskim w T., będący również członkiem komisji przetargowej w ramach przetargu na wykonanie remontu elewacji, wymiany okien sali sesyjnej i na poddaszu, naprawy kominów wychylonych od pionu, zabudowy balustrady schodów zewnętrznych w budynku Ratusza Miejskiego w T., a z czasem również inspektorem nadzoru nad pracami prowadzonymi w wykonaniu umowy zawartej w ramach wspomnianego postępowania przetargowego,
6. F. P. (P.) o popełnienie siedmiu przestępstw z art. 231 § 1 kk, których miał się dopuścić jako Naczelnik Wydziału (...) w Urzędzie Miejskim w T., będący również członkiem komisji przetargowej w ramach przetargu na wykonanie remontu elewacji, wymiany okien sali sesyjnej i na poddaszu, naprawy kominów wychylonych od pionu, zabudowy balustrady schodów zewnętrznych w budynku Ratusza Miejskiego w T.,
7. J. L. i A. S. (2) o popełnienie przestępstwa z art. 271 § 1 kk, którego mieli się dopuścić wspólnie i w porozumieniu, J. L. jako właściciel (...), a A. S. (2) jako kosztorysant związany umową o dzieło ze wspomnianą pracownią projektową,
8. A. S. (1) o popełnienie przestępstwa z art. 271 § 1 i 3 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, którego miał się dopuścić jako właściciel Zakładu (...) i osoba uprawniona w myśl art. 22 ustawy – Prawo budowlane do sporządzenia dokumentacji powykonawczej,
9. M. L. o popełnienie przestępstwa z art. 231 § 1 kk, którego miała się dopuścić jako Zastępca (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w K..

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2016 r. sygn. akt II K 644/13 w oparciu o art. 66 § 1 kk i art. 67 § 1 kk warunkowo umorzył postępowanie na dwuletnie okresy próby:

- przeciwko oskarżonemu P. B. o zarzucane mu czyny z art. 231 § 1 kk przy przyjęciu, iż pierwszych pięciu z nich dopuścił się będąc Głównym Specjalistą w Wydziale (...), a w przypadku ostatniego kosztorys powykonawczy nie odzwierciedlał rzeczywiście poniesionych kosztów wykonanych prac i ich zakresu (pkt 1-8 wyroku),
- przeciwko oskarżonemu J. L. o zarzucane mu przestępstwo z art. 271 § 1 kk z tą zmianą jego opisu, iż nie dopuścił się go we współsprawstwie z inną osobą (pkt 9 wyroku),
- przeciwko oskarżonemu F. P. o zarzucane mu przestępstwa z art. 231 § 1 kk (pkt 10-16 wyroku),

- przeciwko oskarżonemu A. S. (1) o zarzucane mu przestępstwo z tą zmianą jego opisu, iż nie działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i przyjęciu jego kwalifikacji z art. 271 § 1 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk (pkt 18 wyroku),
- przeciwko oskarżonej M. L. o zarzucane jej przestępstwo z art. 231 § 1 kk (pkt 19) wyroku.

W związku z warunkowym umorzeniem postępowania na mocy art. 67 § 3 kk i art. 39 pkt 77 orzekł wobec w/w oskarżonych świadczenia pieniężne na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej ustalając ich wysokość: na kwoty po 1.000 złotych od P. B., F. P. i M. L., a na kwoty po 2.000 złotych od oskarżonych J. L. i A. S. (1) (pkt 20).

Z kolei na mocy stosownych przepisów obciążył w/w oskarżonych kosztami sądowymi obejmującymi opłaty po 100 złotych oraz wydatki w przypadających na nich częściach do kwot po 36,66 złotych, a w pozostałym zakresie owymi wydatkami obciążył Skarb Państwa (pkt 21 wyroku).

Jednocześnie na mocy art. 17 § 1 pkt 3 kpk w zw. z art. 1 § 2 kk, a zatem z powodu znikomej społecznej szkodliwości czynu, umorzył postępowanie przeciwko oskarżonej A. S. (2) o zarzucane jej przestępstwo z art. 271 § 1 kk z tą zmianą jego opisu, iż nie dopuściła się go we współsprawstwie z inną osobą (pkt 9 wyroku), a w konsekwencji kosztami sądowymi w tej części obciążył Skarb Państwa (pkt 17 wyroku).

Apelacje od tego wyroku wywiedli: obrońca oskarżonych P. B. i F. P., obrońca oskarżonego A. S. (1) oraz osobiście oskarżony J. L.. Zatem wyrok bez zaskarżenia uprawomocnił się wobec oskarżonych A. S. (2) i M. L..

Obrońca P. B. i F. P. zaskarżył wyrok w odniesieniu do tych oskarżonych w całości zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, a to art. 8 § 1 kpk i art. 193 § 1 kpk poprzez oparcie wyroku o opinie biegłych z zakresu budownictwa i wyceny nieruchomości, które de facto stanowią prawną ocenę zachowania oskarżonych i zgodności ich postępowania z obowiązującymi przepisami prawa, w sytuacji gdy czynienie w/w ustaleń w świetle art. 8 § 1 kpk zastrzeżone jest wyłącznie dla kompetencji sądu orzekającego,
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na ustaleniu, że oskarżeni P. B. (zarzut 2) i F. P. (zarzut nr 1) nie dopełnili ciążących na nich obowiązków w ten sposób, że nie wykluczyli z przetargu oferty złożonej przez K. firm (...) i Załad (...) pomimo iż do oferty nie dołączono dokumentów potwierdzających wykształcenie i kwalifikacje osoby, która miała wykonywać prace przy witrażach, podczas gdy przedmiotowe dokumenty na etapie składania i wyboru oferty nie były wymagane,
3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na ustaleniu, że to oskarżony P. B. w grudniu 2009 r. przyjął sporządzony przez (...) kosztorys na wykonanie projektu budowlano-wykonawczego dla remontu elewacji, wymiany okien w sali sesyjnej i na poddaszu, naprawy kominów wychylonych od pionu, zabudowy balustrady schodów zewnętrznych w budynku Ratusza Miejskiego w T., podczas gdy zgodnie z projektem przekazania – odbioru przedmiotowy kosztorys został przyjęty przez zastępcę Naczelnika Wydziału E. D. (1),
4. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że P. B. w uzgodnieniu z F. P. zwrócili się do projektanta J. L. o przeliczenie kosztorysu inwestorskiego wskazując sumę 750.000 złotych jako kwotę, do której powinna zostać zwiększona jego wartość,
5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że zmiana pod pozycją 1.11 (spoinowanie muru z cegły, mury gładkie, do 1,0 m² - Rx1,875x1,75) nastąpiła bez uzasadnionej przyczyny, podczas gdy przedmiotowe zmiany wynikały z poprawienia przez biegłą wcześniejszego błędu,
6. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że zmiana pod pozycją 93 polegająca na podwyższeniu ilości zaprawy renowacyjnej R. (...) z 194,45 kg do 2.336,38 kg, a także jej

cen jednostkowych z 56 do 76 zł nastąpiła bez uzasadnionej przyczyny, podczas gdy przedmiotowe zmiany wynikały z poprawienia przez biegłą wcześniejszego błędu,

7. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że Wojewódzki Konserwator Zabytków i Powiatowy Konserwator Zabytków nie byli informowani o zmianie sposobu czyszczenia elewacji, zmianie fugi i sposobu jej wykonania, także wzmocnieniu elementów z piaskowca i cegły środkiem wzmacniającym firmy (...), podczas gdy analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosku przeciwnego,

8. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że w świetle obowiązujących przepisów prawa inwestor nie może zwrócić się o przeliczenie kosztorysu inwestorskiego, podczas gdy żaden przepis tego nie zabrania,

a z ostrożności procesowej również:

9. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na błędnym przyjęciu, że stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu P. B. i F. P. jest wyższy niż znikomy, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo-podmiotowym określonym w art. 115 § 2 kk takim jak: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiar wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, waga naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywacja sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia powinno skutkować uznaniem, że oskarżonemu nie można przypisać winy, a stopień społecznej szkodliwości czynu jest niższy niż znikomy.

W uzasadnieniu środka odwoławczego w/w skarżący wytknął dodatkowo Sądowi I instancji, że co do części czynów przypisał oskarżonemu P. B. i F. P. nieznaną ustawie karnej przekroczenie ciężących na nich obowiązków, co do czynu V przypisanego oskarżonemu P. pominął w jego opisie konieczne dla zrealizowania wszystkich znamion przestępstwa z art. 231 § 1 kk działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, nadto nie wskazał, jakich to konkretnie obowiązków oskarżeni nie dopełnili i z czego one wynikały, by w końcu twierdzić, że działania oskarżonych nie groziły realnym niebezpieczeństwem powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym, a przynajmniej, żeby ci byli tego świadomi i do tego dążyli choćby działając z zamiarem ewentualnym.

Z powołaniem się zaś na podniesione zarzuty obrońca P. B. i F. P. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie tychże oskarżonych od zarzucanych im czynów, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku co do obu tych oskarżonych w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach.

Obrońca A. S. (1) również zaskarżył wyrok w całości w odniesieniu do tego oskarżonego, podnosząc następujące zarzuty:

1. błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mającego wpływ na jego treść, polegającego na bezpodstawnym uznaniu przez Sąd Rejonowy, wbrew treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, że A. S. (1) zachowaniem swoim wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 271 § 1 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i świadomie sporządził w dniu 6 października 2010 r. w T. kosztorys powykonawczy na remont: elewacji, wymiany okien w sali sesyjnej i na poddaszu, naprawy kominów wychylonych od pionu, zabudowy balustrady schodów zewnętrznych w budynku Ratusza Miejskiego w T., w którym poświadczył nieprawdę co do okoliczności mających znaczenie prawne co do zakresu i kosztów faktycznie wykonanych prac, a następnie przedłożył go w Urzędzie Miejskim w T. celem rozliczenia prac w ramach umowy (...) z dnia 25 maja 2010 r., pomimo całego szeregu istotnych wątpliwości faktycznych w powyższym zakresie,

2. obrazy przepisów postępowania mającej wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

- art. 5 § 1 pkp poprzez uznanie oskarżonego winnym, pomimo iż jego wina nie została przez Sąd udowodniona,

- art. 167 kpk i art. 366 kpk poprzez całkowite pominięcie szeregu istotnych okoliczności dotyczących zdarzenia będącego przedmiotem rozstrzygnięcia, w szczególności nie wyjaśnienie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia tak istotnych okoliczności dla prawnokarnej oceny czynu, jak ustalenie, która z pozycji kosztorysu powykonawczego z dnia 6 października 2010 r. nie odzwierciedlała faktycznego stanu wykonanych robót, jakich prac (zakres) i jakich kosztów poniesionych przez wykonawcę nie odzwierciedlał rzeczywiście owy kosztorys i jakiego rodzaju nieprawdę stwierdzał,
- art. 7 kpk, art. 410 kpk oraz art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez dokonanie dowolnej ocen dowodów, niewyjaśnionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, skutkującej też błędnymi ustaleniami faktycznymi, tj. uznaniem, że oskarżony sporządził kosztorys powykonawczy z dnia 6 października 2010 r. poświadczając w nim nieprawdę co do okoliczności mających znaczenie prawne – zakresu i kosztów faktycznie wykonanych prac, a następnie użył przedmiotowego dokumentu celem rozliczenia wykonanych prac w ramach wiążącej go umowy, podczas gdy nie wskazano, jakie to prace zostały (bądź nie zostały) ujęte w kosztorysie powykonawczym, a które faktycznie nie zrealizowano na tej budowie, bądź jakie koszty zostały ujęte w w/w dokumencie, których wykonawca nie poniósł.

W oparciu o powyższe obrońca A. S. (1) wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie reprezentowanego oskarżonego oraz zasądzenie na jego rzecz wydatków poniesionych na ustanowienie obrońcy w sprawie, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku co do w/w oskarżonego i przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania.

Także oskarżony J. L. zaskarżył wyrok w całości w zakresie zawartych w nim rozstrzygnięć go dotyczących. Zarzucił orzeczeniu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który generalnie polegał na tym, że niezasadnie zostało przyjętym, że w kosztorysie inwestorskim z 20 kwietnia 2010 r. celowo poświadczono nieprawdę co do cen oraz ilości użytego materiału, podczas gdy zmiana sprowadzająca się do zwiększenia potrzebnej do spoinowania ilości zaprawy renowacyjnej R. (...) z 195,45 kg do 2.336,38 kg polegała na poprawieniu wcześniej popełnionego błędu. Nadto niezasadnie Sąd Rejonowy miał określić w stosunku do jego osoby, inaczej niż co do A. S. (2), która owy kosztorys sporządziła, stopień społecznej szkodliwości czynu pozwalający na jego ukaranie. Stawiając tego rodzaju zarzuty oskarżony J. L. domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uniewinnienia, względnie uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach.

W toku rozprawy apelacyjnej Prokurator zgodził się jedynie z twierdzeniem obrońcy F. P. dotyczącym braku znamienia działania na szkodę interesu publicznego w opisie czynu temu oskarżonemu przypisanemu w związku z warunkowym umorzeniem postępowania w pkt 14, a stanowiącym powielenie błędu popełnionego przez oskarżyciela publicznego w akcie oskarżenia (zarzut 14). Z tego względu wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w tym zakresie i uniewinnienie oskarżonego P.. W pozostałej części Prokurator domagał się utrzymania zaskarżonego wyroku w mocy.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Wywiedzione apelacje okazały się na tyle zasadne, iż musiały poskutkować zmianą zaskarżonego wyroku, również wobec A. S. (2), która apelacji nie wносиła, a to w trybie art. 435 kpk, polegającą na uniewinnieniu oskarżonych P. B., F. P., J. L., A. S. (1) i A. S. (2) od popełnienia zarzucanych im czynów. Na tego rodzaju rozstrzygnięcie, zgodne z kierunkiem zaskarżenia, pozwalał zgromadzony w sprawie materiał dowodowy.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji obrońcy A. S. (1) wskazać należy, iż tenże oskarżony nie był podmiotem zdającym do ponoszenia odpowiedzialności karnej za przypisane mu przestępstwo.

Nie budzi przecież wątpliwości, że podmiotami przestępstwa z art. 271 § 1 kk są funkcjonariusz publiczny lub inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu. Występek poświadczania nieprawdy, określony w art. 271 § 1 kk, jest więc przestępstwem indywidualnym. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że owo uprawnienie do wystawiania dokumentu musi mieć charakter publicznoprawny i nie obejmuje ono ogólnej kompetencji do uczestniczenia w obrocie oraz zawierania umów o charakterze cywilnoprawnym, czy też sporządzania dokumentów związanych z stosunkami prawnymi o charakterze prywatno-prawnym (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5

października 2005 r., II KK 126/05, LEX nr 164270, z dnia 13 listopada 2008 r., IV KK 373/08, LEX nr 468649, z dnia 30 sierpnia 2011 r., IV KK 190/11, LEX nr 950443, z dnia 23 lutego 2012 r., III KK 375/11, LEX nr 1119522, z dnia 27 czerwca 2012 r., V KK 112/12, OSNKW 2012, z. 11 poz. 19).

Niewątpliwie oskarżony S. sporządzając przedmiotowy kosztorys powykonawczy nie był funkcjonariuszem publicznym.

Wedle oskarżenia, a i zapewne Sądu I instancji, choć ten w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zagadnienie przemilczał, A. S. (1) miał być inną niż funkcjonariusz publiczny osobą uprawnioną do wystawienia rzeczonoego dokumentu, której kompetencji do jego wykreowania należało się doszukiwać w art. 22 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (dalej: pr. bud).

Zgodnie z tym przepisem do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy m.in. przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego (pkt 8). Tymczasem przez dokumentację powykonawczą zgodnie z legalną definicją tego pojęcia zawartą w art. 3 pkt 14 pr. bud. należy rozumieć dokumentację budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót oraz geodezyjnymi pomiarami powykonawczymi.

W kategorii tej nie mieszczą się zatem kosztorysy powykonawcze, które nie są dokumentacją budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót oraz geodezyjnymi pomiarami powykonawczymi, a stanowią jedynie występujący w praktyce obrotu prawnego sposób rozliczania się z umówionego przez strony m.in. umowy o roboty budowlane (wykonanie remontu budynku lub budowli) wynagrodzenia ustalanego według kosztorysu (tzw. wynagrodzenie kosztorysowe, por. art. 629 kc).

Zauważenia wymaga, iż w przypadku umowy nr (...) z dnia 25 maja 2010 r. zawartej pomiędzy Gminą T. jako zamawiającym, a K., w skład którego jako lider wchodził Zakład (...), zwanym wykonawcą, przedmiotem której było wykonanie I etapu robót obejmującego remont elewacji i wymianę okien w sali sesyjnej w budynku Ratusza na podstawie projektu budowlano-wykonawczego pn „Remont elewacji, wymiana okien w sali sesyjnej, wentylacji i klimatyzacji sali sesyjnej, naprawy kominów wychyłnych od pionu oraz zabudowy hydrantów wewnętrznych w budynku ratusza” autorstwa (...) J. L., jej strony ustaliły w § 9, że wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty 759.712,27 złotych brutto i zostanie rozliczone na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego w oparciu o faktycznie wykonane i odebrane roboty wymienione w kosztorysie ofertowym oraz ceny jednostkowe i składniki cenotwórcze ujęte w tym kosztorysie (k. 48-50).

Źródłem uprawnienia dla wykonawcy, nie zaś kierownika budowy, do sporządzenia owego kosztorysu powykonawczego, była zatem rzeczona umowa. Kompetencja do sporządzenia tego dokumentu związana była więc ze stosunkiem prawnym o charakterze prywatno-prawnym. W żadnym razie nie ingerowały w nią przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp), choć z ich zastosowaniem doszło do wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim przedmiotowej umowy. Wynagrodzenie kosztorysowe określała przecież wyłącznie umowa. Czym innym natomiast jest wartość przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określana m.in. na podstawie kosztorysu inwestorskiego (por. art. 33 pzp). To nie innego jak całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalane przez zamawiającego z należytą starannością (por. art. 32 ust. 1 pzp). Z przyczyn wyżej naprowadzonych owej ogólnej kompetencji wynikającej z uczestniczenia w obrocie i zawierania umów o charakterze cywilnoprawnym nie obejmuje jednak art. 271 § 1 kk.

Tym samym, niezależnie od treści przedmiotowego kosztorysu powykonawczego, A. S. (1) sporządzając go nie mógł popełnić przestępstwa z art. 271 § 1 kk, a używając następnie tego dokumentu nie zrealizował znamion występku określonego w art. 273 kk.

Z kolei już tylko z przyczyn, dla których Prokurator jeszcze w postępowaniu przygotowawczym zdecydował się zmienić zarzut postawiony A. S. (1), z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk na art. 271 § 1 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, w grę nie wchodziło, oczywiście w ramach tożsamości zdarzenia historycznego objętego zarzutem aktu oskarżenia, ocenianie zachowania oskarżonego S. polegającego na przedłożeniu przedmiotowego kosztorysu powykonawczego

celem rozliczenia wynagrodzenia należnego mu za wykonane prace na podstawie w/w umowy jako zmierzającego do doprowadzenia zamawiającego, czyli Gminy T., a konkretnie jej przedstawicieli, do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Biegły S. B. w opinii uzupełniającej uzyskanej jeszcze w śledztwie (k. 5785) potwierdził bowiem w istocie, iż wartość zrealizowanych prac przekraczała kwotę wypłaconego firmie (...) wynagrodzenia odpowiadającego w istocie maksymalnej kwocie określonej w przedmiotowej umowie, a na więcej nie mógł liczyć. Wyniki przewodu sądowego nic w tym zakresie nie zmieniły.

Czyn oskarżonego S. nie realizował zatem znamion żadnego przestępstwa. Z tego też względu oskarżony ten musiał zostać uniewinniony od popełnienia zarzucanego mu czynu. Nie zachodziła też w związku z tym potrzeba ustosunkowania się do zarzutów apelacji obrońcy tego oskarżonego.

Kolejno przedmiotem rozważań należało uczynić środek odwoławczy pochodzący od oskarżonego J. L..

Zasadnie tenże skarżący podniósł, iż Sąd Rejonowy nieprawidłowo ustalił, że wykonany na zlecenie Gminy T. przez (...) w ramach przygotowania dokumentacji budowlano-wykonawczej dotyczącej zadania budżetowego (...) kosztorys inwestorski w jego postaci z kwietnia 2010 r. zawierał niezgodne z prawdą dane dotyczące cen oraz ilości materiału potrzebnego do spoinowania murów z cegły. Tymczasem na tym wedle oskarżenia, jak i Sądu I instancji, miało wyłącznie polegać poświadczenie w nim nieprawdy, przez sporządzającą kosztorys A. S. (2), oraz zatwierdzającego ten dokument właściciela owej pracowni projektowej J. L..

Podkreślenia wymaga, iż dopiero na etapie postępowania sądowego zostało wyraźnie zasygnalizowane, skąd w podanym zakresie wzięły się zasadnicze różnice pomiędzy kosztorysem inwestorskim w pierwotnym brzmieniu pochodzącym z grudnia 2009 r., a tego rodzaju dokumentem zmodyfikowanym z datą „kwiecień 2010 r.". Oskarżony L. podał, iż w dokumencie z grudnia 2009 r. kosztorysantka pomyliła się w określeniu ilości materiału potrzebnego do spoinowania, po prostu ją znacząco zaniżyła (k. 6030). Wskazała, iż na wyspoinowanie $706 \text{ m}^{(2)}$ potrzeba $195,447 \text{ kg}$ fugi R. (...) (k. 16), podczas gdy powinno być na to przeznaczonych $2.336,377 \text{ kg}$ tego materiału (k. 28). Określenie jej w dokumencie kwietniowym na adekwatnym poziomie poskutkowało musiał z kolei z przyczyn stricte matematycznych zmianami, które za obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, bowiem nie wynikające z dokonania ponownego obmiaru, czy zwiększenia cen usług i materiałów budowlanych, potraktował Sąd Rejonowy w ślad za Prokuratorem, który zdawał się opierać na pierwotnym stanowisku biegłego B.. Warto jednak podkreślić, iż w/w okoliczności podniesione przez J. L. potwierdził biegły B. w opinii uzupełniającej uzyskanej na etapie postępowania sądowego (k. 6163-6169). Nie można przy tym zapominać, iż istotnym czynnikiem kształtującym koszt spoinowania murów z cegły określony w dokumencie kwietniowym stanowił rodzaj fugi ściśle wskazany projekcie budowlano-wykonawczym (konkretnie R. (...) nr (...) – k. 4114) i jej cena ustalona u przedstawiciela producenta bez upustów ($60,28$ złotych netto – k. 4428) oraz potwierdzona przez tegoż wydajność tego materiału ($4,0-6,0 \text{ kg/m}^{(2)}$ – k. 4428). Z uwzględnieniem tych danych biegły B. już w postępowaniu sądowym w istocie pozytywnie zweryfikował pierwotnie zakwestionowany przez niego koszt spoinowania, który w sporządzonym na potrzeby opinii uzupełniającej kosztorysie nr 1, opartym o cenę jednostkową zaprawy bez upustu, określił na poziomie $235.133,30$ złotych netto, a więc nawet nieznacznie wyższym od kalkulacji przedstawionej w przedmiotowym kwietniowym kosztorysie inwestorskim. W nim ten koszt określony został w wysokości $232.902,34$ złotych netto (k. 20). Zgodził się w szczególności biegły z normą zużycia zaprawy podaną w informacji przedstawiciela producenta na poziomie $4,0-6,0 \text{ kg/m}^{(2)}$ wskazującą ewidentnie, że dla spoinowania powierzchni $706 \text{ m}^{(2)}$ nie miało prawa wystarczyć niespełna 200 kg fugi. Proste działanie matematyczne (iloraz powierzchni i normy zużycia) prowadziło natomiast do wniosku, iż wskazana w kosztorysie kwietniowym ilość zaprawy potrzebna na wyspoinowanie wskazanej powierzchni nie mogła uchodzić za niezasadnie zwiększoną w stosunku do kosztorysu grudniowego. W ślad za tym zmianie (podwyższeniu) musiała w nim ulec cena (koszt) wyspoinowania $1 \text{ m}^{(2)}$ powierzchni. Oczywiście było to również efektem przyjęcia wyższej niż w kosztorysie grudniowym ceny 1 kg zaprawy (miał 56 zł netto za 1 kg przyjęto 76 złotych netto za 1 kg). Kosztorysantka wyjaśniła, iż pierwotnie pomyliła rodzaj zaprawy, przyjęła zwykłą zaprawę, miast firmy (...) (k. 6032v). Uwzględniając podaną przez przedstawiciela firmy (...) cenę bez upustów konkretnie tej zaprawy, na którą wskazywał projekt budowlano-wykonawczy, wyższą od ceny przyjętej w kosztorysie grudniowym, nie sposób tego twierdzenia

również odrzucić. Poza tym trudno ową podwyższoną do 76 złotych netto za 1 kg cenę materiału w dobie, gdy ceny materiałów budowlanych nie są w żaden sposób urzędowo reglamentowane, a ich poziom jest kształtowany przez mechanizmy rynkowe i mogą być powiększane o narzuty handlowe, traktować jako obiektywnie nieprawdziwą, co do której autorzy rzeczzonego kosztorysu kwietniowego celowo zafalszowywali rzeczywistość stwierdzając w nim w podanym zakresie okoliczności nieistniejące lub przeinaczające. Przyznane zostało przecież przez biegłego B., iż w cennikach S. z IV kwartału 2009 r. i I kwartału 2010 r. nie występowała zaprawa F. firmy (...), a informację o cenie tej zaprawy można było uzyskać wówczas wyłącznie u przedstawiciela lub dystrybutora firmy (...) w Polsce (k. 6164). Nie można w końcu zapominać, iż kosztorys kwietniowy miał być oparty z założenia na wyższym poziomie cen względem tych, które przyjęto na potrzeby kosztorysu grudniowego. Takie było też oczekiwanie ze strony przedstawicieli Urzędu Miejskiego w T., którzy wystąpili o przygotowanie tego dokumentu w sytuacji, gdy wszystkie ze złożonych ofert okazały się przewyższać wartość przedmiotu zamówienia ustaloną na podstawie grudniowego kosztorysu inwestorskiego, mającego być opartym akurat o niski pułap cen, zapewne też w związku z wysokością środków zarezerwowanych na remont Ratusza w 2010 r. w budżecie miasta. Ceny materiałów w kosztorysie ofertowym nie odpowiadają zaś przecież wyłącznie kosztom ich zakupu, skoro w § 5 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym wyraźnie wskazano, iż owe ceny podaje się łącznie z kosztami zakupu. Ponadto przywołane rozporządzenie wprost jako jedną z metod ustalania cen czynników produkcji, a więc i materiałów, obok danych rynkowych lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji, pozwalał stosować również analizy własne (por. § 5 ust. 2).

Dziwić więc musi, iż rzeczonej opinii uzupełniającej Sąd Rejonowy nie dostrzegł, choć samemu uprzednio zlecił jej sporządzenie (k. 6159). Wynika z niej, iż kosztorys inwestorski z kwietnia 2010 r. nie zawiera nieprawdziwych danych, co do których wedle oskarżenia i Sądu I instancji miało dojść w nim do poświadczenia nieprawdy.

Już tylko z tych względów, oczywiście mając również na względzie kierunek zaskarżenia na korzyść i ustalenia poczynione w dotychczasowym postępowaniu, J. L. nie mógł popełnić przestępstwa z art. 271 § 1 kk. Tym samym nie mogła go również popełnić A. S. (2). Te same względy przemawiały zatem za uniewinnieniem obojga. W stosunku do nieapelującej A. S. (2) tego rodzaju korekta zaskarżonego wyroku nastąpiła w trybie art. 435 kpk.

Przechodząc natomiast do rozważań w związku z apelacją obrońcy P. B. i F. P., zgodzić należało się z tymże skarżącym, iż reprezentowani przez niego oskarżeni winni zostać uniewinnieni od popełnienia zarzucanych im czynów. W większości stanowią one tożsame zachowania, których mieli się dopuścić z osobna z racji zajmowanych stanowisk w Urzędzie Miejskim w T. i pełnionych funkcji w związku z przetargiem na wykonanie remontu ratusza w T..

Co do czynu oskarżonego B. polegającego na przyjęciu w grudniu 2009 r. kosztorysu inwestorskiego mającego nie spełniać wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, rację ma apelujący, gdy twierdzi, że rzeczonego przyjęcia owego dokumentu dokonał kto inny, konkretnie Naczelnik Wydziału (...) E. D. (1). Świadczy o tym wprost protokół przekazania-odbioru z dnia 28 grudnia 2009 r., którym dysponował Sąd Rejonowy (k. 480), a którego kopię do apelacji dołączył obrońca P. B. (k. 6408). Wynika z niego przekazanie zamawiającemu Gminie T. przez wykonawcę (...) dokumentacji projektowej wykonanej zgodnie z umową nr (...) o prace projektowe zawartą w dniu 17 sierpnia 2009 r. (k. 476-477). Na podstawie tej umowy wykonawca miał dostarczyć dokumentację projektową w związku z wykonaniem projektu budowlano-projektowego dla remontu: elewacji, wymiany okien, zabezpieczenia przeciwpożarowego sufitu i klimatyzacji sali sesyjnej (wentylację), hydrantów zewnętrznych, bariery wieży, wymiany okien poddasza, naprawy kominów wychylonych od pionu w budynku Ratusza – (...) w T.. W skład tej dokumentacji wchodzić miał również kosztorys inwestorski, a więc dokument, który zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 pzp sporządzany jest na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. Na owym protokole jako odbierający w imieniu Gminy T. ową dokumentację, a więc i kosztorys inwestorski, figuruje E. D. (1). Podkreślenia wymaga, iż oskarżony B. zaprzeczał zarzucanemu mu przyjęciu owego kosztorysu inwestorskiego (k. 6028v). Nikt natomiast nie kwestionował autentyczności i prawdziwości rzeczzonego protokołu, w szczególności

okolicznościom z niego wynikającym nie zaprzeczał przesłuchany w charakterze świadka E. D. (2) (k. 3716-3717). Nie sposób też nie dostrzec, że zgodnie z umową nr (...) o prace projektowe P. B. był jedynie koordynatorem zamawiającego w zakresie wykonania obowiązków umownych. Co najwyżej do jego obowiązków należało więc zweryfikowanie w imieniu zamawiającego pod względem merytorycznym dokumentacji projektowej przed jej formalnym odbiorem w formie protokołu zdawczo-odbiorczego, który to tryb postępowania, mający na celu ewentualne wyeliminowanie wad owej dokumentacji, został określony w § 3 ust. 3 powołanej umowy. Ewentualne z tym związane zaniechanie, względnie wadliwe przeprowadzenie owej weryfikacji, które przecież z założenia doprowadzić miałyby do uzupełnień lub zmian poprzedzających formalny odbiór nie zostało jednak zarzucone oskarżonemu, a zatem wykracza poza ramy oskarżenia. Zdarzeniem faktycznym objętym zarzutem 1 aktu oskarżenia ewidentnie objęte zostało zachowanie związane z formalnym odbiorem dokumentacji projektowej w formie protokołu zdawczo-odbiorczego, o czym świadczy posłużenie się w opisie tego czynu wyłącznie zwrotem „przyjęcie” dla określenia czynności sprawczej mającej stanowić po stronie P. B. niedopełnienie obowiązków. Zgodnie zaś z przywołaną umową czynności weryfikacyjne musiały poprzedzać owo przyjęcie dokumentacji projektowej, stanowiące w istocie jej odbiór przez zamawiającego. Wyrażało się też w innym zespole aktywności ludzkiej. Polegać miało na sprawdzeniu dokumentacji i ewentualnym zainicjowaniu procedury jej poprawienia. Dopiero później miał nastąpić formalny odbiór. Tymczasem alternatywą dla mającego stanowić niedopełnienie obowiązków przyjęcia kosztorysu inwestorskiego z grudnia 2009 r., który miał być niekompletny, a dokonującego się już na etapie odbioru dokumentacji projektowej, winna być odmowa jej przyjęcia.

Powyższe oznacza, iż P. B. nie popełnił czynu mu zarzucanego w pkt 1 aktu oskarżenia, co zgodnie z art. 414 § 1 kpk w zw. z art. 17 § 1 pkt 1 kpk stanowi podstawę do wydania wyroku uniewinniającego.

Co do zarzutów postawionych P. B. i F. P., a związanych z zaniechaniem wykluczenia z przetargu oferty złożonej przez konsorcjum firm Zakład(...) i Zakład (...) (zarzuty 2 i 10 aktu oskarżenia), na wstępie podkreślenia wymaga, iż tego rodzaju czynu każdy z nich miał się dopuścić jako urzędnik samorządowy powołany w skład komisji przetargowej. Tak oskarżycielowi, jak i Sądowi I instancji umknęło jednak, że zgodnie z art. 20 pzp komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert, a kierownik zamawiającego może jej powierzyć dokonanie jeszcze innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym komisja przetargowa 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. W przypadku przedmiotowego przetargu na remont Ratusza kierownikiem zamawiającego Gminy T. był niewątpliwie Burmistrz tego miasta (por. art. 2 pkt 3 pzp). Z dokumentacji przetargowej, w tym decyzji Burmistrza T. powołującej komisję przetargową i określającej jej zadania (k. 239-623), nie wynikało, by jej członkowie wyposażeni zostali w jakiegokolwiek kompetencje decyzyjne. Wszelkie decyzje związane z przetargiem, choćby na wniosek lub po zasięgnięciu opinii komisji przetargowej, podejmował Burmistrz T..

Nie mogli zatem oskarżeni z założenia nie dopełnić swych obowiązków nie wykluczając oferty opisanego wyżej konsorcjum.

Poza tym wykluczenie dotyczy wykonawcy, a nie jego oferty, co wynika wprost z art. 24 pzp. Oferta natomiast podlega odrzuceniu przez zamawiającego z przyczyn, o których mowa w art. 89 pzp, w tym jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem możliwości poprawienia przez zamawiającego w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Oczywiście oskarżeni mogliby przynajmniej o jedną z takich decyzji wnioskować do Burmistrza T., czy jej podjęcie mu doradzać. Zgodzić się jednak trzeba z apelującym, iż nie było ku temu podstaw z tej to przyczyny, że do oferty owego konsorcjum nie dołączono dokumentów potwierdzających wykształcenie i kwalifikacje osoby, która miała wykonywać prace przy witrażach. Nie nakazywała tego specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wszystkie dokumenty, jakie należało przedłożyć, wymienia część VIII owej specyfikacji (k. 101). Próżno w niej szukać dokumentów

potwierdzających wykształcenie i kwalifikacje osoby, która miała wykonywać prace przy witrażach. Na pewno w tej kategorii nie mieścił się wymagany przez specyfikację wykaz osób, które będą kierowały robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia. Wykonywanie robót, a kierowanie nimi to przecież coś zgoła innego. Wskazany wymóg określało jedynie pozwolenie (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 28 stycznia 2010 r. n (...), ale wiązało go konkretnie z rozpoczęciem prac przy witrażach, a obowiązek udokumentowania kwalifikacji zawodowych m.in. konserwatora witraży polegać miał na dostarczeniu potwierdzających tę okoliczność dokumentów do Urzędu Ś.Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków (k. 1827-1830). Czynności z tym związane mogły być zatem dokonane już po zakończeniu postępowania przetargowego, wyłonieniu wykonawcy, podpisaniu z nim umowy, a nawet rozpoczęciu przez niego zleconych prac, byleby nie dotyczyły witraży. Przeciwnie stanowisko Sądu I instancji, zgodne z tezą oskarżenia, nie ma oparcia w zabezpieczonej dokumentacji, zgodnie z którą wyjaśniali oskarżeni B. i P., ani też w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Nie ma zatem podstaw, by twierdzić, że opisane wyżej konsorcjum nie wykazało spełniania warunków do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, co w myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp stanowiłoby podstawę jego wykluczenia z postępowania. Spełnienie owych warunków, opisanych w pkt VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonać się miało bowiem poprzez złożenie stosownego oświadczenia według załącznika nr 1 do formularza oferty oraz przedłożenie dokumentów, o których mowa w części VIII specyfikacji. Konsorcjum owych wymogów dopełniło, o czym świadczy zawartość złożonej przez niego oferty (k. 1444-1499).

Rzeczywiście w szczegółach oferta konsorcjum miała być niezgodna pod względem technologicznym z dokumentacją projektową w zakresie metody czyszczenia powierzchni elewacji z cegły, na co wskazywała opinia biegłego S. B. z postępowania przygotowawczego (k. 5412-5521). Owa dokumentacja projektowa stanowiła zaś integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Chodziło o to, że wg projektu budowlano-wykonawczego i kosztorysu inwestorskiego oczyszczanie powierzchni elewacji ratusza z cegły miało nastąpić metodą R. P., czyli poprzez nałożenie owej pasty na suche powierzchnie przeznaczone do oczyszczania, pozostawieniu jej na 2-5 minut nie dopuszczając do wyschnięcia, a następnie zmyciu dużą ilością wody pod ciśnieniem (k. 4112, 20). W kosztorysie ofertowym konsorcjum przedstawiło natomiast ową metodę nieco inaczej. Założyło dwukrotne mycie wodą pod ciśnieniem, przy czym pierwsze z użyciem ścierniwa G.. Według biegłego połączyło metodę suchą z metodą chemicznego czyszczenia, gdy tymczasem wedle dokumentacji projektowej miała być stosowana jedynie metoda chemiczna. Wskazana niezgodność byłaby więc podstawą do odrzucenia oferty. Oczywiście decyzja w tym zakresie należała do Burmistrza T., a nie oskarżonych B. i P. jako członków komisji przetargowej. Dostrzegając ową niezgodność powinni postulować odrzucenie oferty, co nie miało miejsca. Sądu Rejonowego nie zainteresowało jednak, dlaczego teje okoliczności nie wykorzystano w postępowaniu przetargowym. Ograniczył się w istocie na obiektywnym stwierdzeniu faktu, a przyczyny wytkniętego oskarżonym zaniechania nie wskazał. Wynika to niezbitie z uzasadnienia zaskarżonego wyroku. W przekonaniu Sądu Okręgowego w zgromadzonym kompletnie materiale dowodowym nie ma jednak dowodów na to, iż ową niezgodność w technologii robót, jedyną dostrzeżoną przez biegłego B. w ofercie konsorcjum, oskarżeni B. i P. stwierdzili, względnie świadomie nierzetelnie zbadali ofertę konsorcjum. Nie można natomiast wykluczyć, iż rzeczona niezgodność nie została najzwyczajniej zauważona, co dowodziłoby jedynie nieumyślności w działaniu i to zapewne jedynie oskarżonego B., który to konkretnie dokonywał oceny technicznej kosztorysów dołączonych do poszczególnych ofert i udokumentował, że wskazywanej wyżej niezgodności nie stwierdził (k. 99 załącznika nr 1), a tym samym o niej nie mógł informować pozostałych członków komisji przetargowej, w tym F. P.. Oskarżony B. nawet w wyjaśnieniach upierał się, iż użycie ścierniwa G. do pierwszego płukania nie zmieniało jego zdaniem technologii określonej w dokumentacji projektowej. Co jednak istotne, także biegły B. w uzupełniającej ustnej opinii złożonej przed Prokuratorem zauważył, że projektant założył czyszczenie chemiczne powierzchni cegieł, a następnie dwukrotne spłukanie wodą tej powierzchni. Zdaniem biegłego było to niedopatrzanie ze strony projektanta, który niedokładnie przyjął metodę czyszczenia. Nie był po prostu konsekwentny (k. 5522v). Nie zostało też wykazane, by oferta konsorcjum była przez członków komisji przetargowej w jakikolwiek sposób preferowana, a udzielone mu zamówienie finalnie przeplacone. Chęć rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu wiązała się zaś również z potrzebą jak najszybszego wykonania zaplanowanego remontu Ratusza. Bynajmniej z teje okoliczności nie wynika jeszcze, by świadomie przymykano oko na wady oferty tego wykonawcy.

W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, że oskarżeni B. i P. zdawali sobie sprawę (co najmniej przewidywali) z występowania okoliczności, która zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych skutkować powinna odrzuceniem oferty konsorcjum. Zaznaczenia wymaga, iż innego rodzaju przyczyna odrzucenia oferty poza przedstawioną wyżej niezgodnością technologii nie została stwierdzona przez Sąd Rejonowy, co przy kierunku zaskarżenia na korzyść nie pozwalało Sądowi odwoławczemu na czynienie niekorzystnych dla nich ustaleń. Już tylko z tego powodu nie było zatem podstaw, by w związku z tym przypisywać im umyślne niedopełnienie ciężących na nich obowiązków. Nie mogli więc zrealizować znamion przestępstwa z art. 231 § 1 kk.

Kwestia odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne z art. 231 § 3 kk była zaś wykluczona, kiedy nie było podstaw, by w związku z udzieleniem przedmiotowego zamówienia publicznego opisanemu konsorcjum wyrządzona została istotna szkoda zamawiającemu, czyli Gminie T.. Okazało się, że prace zostały wykonane należycie, zgodnie ze sztuką, nadzór budowlany, jak i służba konserwatorska nie miały do nich zastrzeżeń, przedstawiały też większą wartość, niż kwota, która ostatecznie została wydatkowana przez zamawiającego, a są to w istocie okoliczności bezsporne. Nie wiadomo również, czy za mniejsze pieniądze ktokolwiek inny wykonałby te prace gwarantując jakość ich wykonania. Tańsza od oferty konsorcjum oferta innego wykonawcy okazała się pochodzić od podmiotu nie mającego doświadczenia w remontach elewacji zewnętrznej, a fałszywie o tym zaświadczającego i z tego powodu został on wykluczony z postępowania. 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 oskarżonych B. i P. od czynów im zarzucanych, odpowiednio w pkt 2 i 10 aktu oskarżenia.

Kolejno przypisanymi w/w oskarżonym zostały czyny z art. 231 § 1 kk, które polegać miały na niedopuszczalnej zdaniem oskarżenia i Sądu I instancji aktywności zmierzającej do rozstrzygnięcia przetargu kosztem zwiększenia finansowania z budżetu miasta T. zadania objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi o czyny z pkt 3 i 5 aktu oskarżenia co do P. B. oraz o czyny z pkt 11 i 12 odnośnie F. P.. W tym zakresie Sąd Rejonowy zdawał się twierdzić za oskarżycielem, iż w istocie z przekroczeniem uprawnień (nie może być bowiem mowy o przekroczeniu obowiązków) wystąpili oni o przeliczenie kosztorysu ofertowego, którego efektem był tego rodzaju dokument opatrzony datą „kwiecień 2010 r.”, jak i podejmowali konkretne działania w celu zwiększenia środków finansowych na remont Ratusza w budżecie Miasta T. na 2010 r. (przygotowanie projektu pisma z załącznikami, przedłożenie owego pisma z załącznikami Burmistrzowi Miasta T., wszystko celem uruchomienia i przeprowadzenia procedury zmiany budżetu).

W podanym zakresie nie sposób się jednak doszukać w działaniu oskarżonych przekroczenia uprawnień, ani tym bardziej niedopełnienia ciężących na nich obowiązków. Oczywiście zgodzić się trzeba ze stanowiskiem, że w trakcie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nie jest dopuszczalnym wprowadzanie zmian w kosztorysie inwestorskim. Wynika to z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, na co trafnie wskazał biegły B. (k. 4481), choć, jak słusznie wytknął to apelujący obrońca, nie leżało to w jego kompetencjach. Rolą biegłego było bowiem stwierdzić okoliczności faktyczne z wykorzystaniem posiadanej przez niego wiedzy specjalistycznej, a nie zastępować organ procesowy w ocenach prawnych. Biegłego usprawiedliwia natomiast zakres zlecenia, jakie otrzymał od organu procesowego, ewidentnie nie przystającego do unormowania art. 193 kpk. W każdym bądź razie nie zostało jednak zauważonym, iż w owym zleceniu przeliczenia nie chodziło formalnie tak naprawdę o zmianę kosztorysu inwestorskiego. Ten z grudnia 2009 r. pozostał przecież aktualnym. To na jego podstawie ustalono wartość przedmiotu zamówienia. W tym też konkretnie celu zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych został sporządzony. Przywołane przeliczenie nie miało natomiast na celu zmiany wartości przedmiotu zamówienia. Trafnie zauważył skarżący, że chodziło o pozyskanie dokumentu, który uzasadniałby ewentualne postąpienie po myśli art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W tym konkretnym przetargu ostała się jedynie oferta, właśnie opisanego wyżej konsorcjum. Zaoferowana przez nie cena była zatem najkorzystniejszą. Niewątpliwie jednocześnie przekraczała kwotę, którą w budżecie miasta na 2010 r. zapisano na remont Ratusza. Przesłanki za tym przemawiające badającemu ofertę P. B. miały być znane jeszcze 14 kwietnia 2010 r.. Co do oferty W. uzyskane zostało jedynie potwierdzenie z Urzędu Miasta G. posiadanej wcześniej przez P. B. wiedzy, iż podmiot ten nie uczestniczył w remoncie elewacji zewnętrznej budynku tego urzędu (k. 374). W związku z tym, jak wynika również z dokumentacji przetargowej, rozważano unieważnienie przetargu, albo zwiększenie finansowania zamówienia. Na ten temat jeszcze 14 kwietnia 2010 r. rozmawiać mieli F. P. i Burmistrz T.. Przeważać miały argumenty za tym drugim rozwiązaniem. Nie spodziewano się bowiem pozyskania w kolejnych miesiącach roku kalendarzowego korzystniejszych ofert w nowo rozpisany przetargu, jak też za pilne uchodźło przystąpienie do prac remontowych. Na potrzeby procedury nowelizacji budżetu miasta za konieczne chciano uzyskać jednak potwierdzenie, iż oferta konsorcjum nie odbiega jednak od realiów rynkowych. W tym konkretnie celu zwrócono się o przeliczenie kosztorysu inwestorskiego, nie wykluczone, iż sugerując nawet kwotę, jaką miasto byłoby gotowe wyłożyć na remont Ratusza, a odpowiadającą kwocie z oferty konsorcjum. Nie chodziło zatem formalnie o sporządzenie nowego kosztorysu inwestorskiego w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych, czy też zmianę wcześniej sporządzonego tego rodzaju dokumentu w celach, dla których został on przewidziany w przywołanej ustawie. Tym samym nie sposób było się doszukiwać w tego rodzaju aktywności działalności zabronionej przez prawo, w szczególności, gdy jednocześnie żaden przepis prawa nie zabraniał władzy samorządowej zmian w uchwalonym już budżecie na dany rok kalendarzowy, choćby celem zwiększenia finansowania określonego zadania. W konsekwencji i działania legalnie w tym celu podejmowane nie mogły uchodzić za wyraz przekroczenia uprawnień funkcjonariuszy publicznych tę władzę reprezentujących. Na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp wybór, czy należy postępowanie zakończyć zawarciem umowy, czy też unieważnieniem, leży wyłącznie po stronie zamawiającego. Przesłanki, w oparciu o które zamawiający będzie podejmował decyzję w tej sprawie, nie są limitowane prawnie, a jedynie finansowo (por. M. Lamch-Rejowska, Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców, WKP 2012).

Tylko z podanych względów czyny oskarżonych B. i P. opisane w zarzutach 3, 5, 11 i 12 aktu oskarżenia nie mogły realizować znamion przestępstwa z art. 231 § 1 kk, jak i jakiegokolwiek innego. Stąd musieli zostać od ich popełnienia uniewinnieni. Na marginesie trzeba jednak zauważyć, iż czynu z pkt 5 aktu oskarżenia P. B. w postaci mu zarzucanej i przypisanej nie mógł się dopuścić. Projekt pisma, o którym w nim mowa przygotowała bowiem R. P., co potwierdziła przesłuchana w charakterze świadka (k. 4562-4564). Takie też ustalenie poczynili śledczy, czemu dano wyraz w uzasadnieniu aktu oskarżenia (k. 5872v-5873).

W konsekwencji należało uniewinnić w/w oskarżonych od czynów, odpowiednio z pkt 4 i 13 aktu oskarżenia, a polegających na mającym stanowić wyraz niedopełnienia ciężących obowiązków przyjęciu kwietniowego kosztorysu inwestorskiego, nie spełniającego wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Z przyczyn wyżej wskazanych nie był to dokument, który podlegał rygorom określonym w przywołanym akcie prawnym. Poza tym z przyczyn omówionych we wcześniejszym fragmencie niniejszego uzasadnienia, rzeczony kosztorys inwestorski z kwietnia 2010 r., nie zawierał treści, która winna uchodzić za poświadczającą nieprawdę.

Również w świetle stanowiska oskarżyciela publicznego zaprezentowanego w toku rozprawy apelacyjnej za oczywistą musiała uchodzić konieczność zmiany zaskarżonego wyroku i uniewinnienia oskarżonego F. P. od czynu zarzucanego mu w pkt 14 aktu oskarżenia.

Jak celnie dostrzegł to skarżący obrońca tego oskarżonego, Sąd Rejonowy przypisał F. P. czyn z art. 231 § 1 kk, który w swoim opisie ograniczał się do określenia czynności sprawczej oraz czasu, miejsca i sposobu jego popełnienia. Pomijał natomiast konieczne dla stwierdzenia popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 231 § 1 kk znamię działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Ewentualne uzupełnienie opisu czynu o brakujące znamię byłoby zaś niedopuszczalne w postępowaniu odwoławczym, czy też w postępowaniu ponownym, a to z mocy art. 434 § 1 kpk

i art. 443 kpk, w związku z zaskarżeniem wyroku wyłącznie na korzyść. Prowadziłyby bowiem zawsze do wydania orzeczenia surowszego.

Co się natomiast tyczy czynów z pkt 6 i 15 aktu oskarżenia polegających generalnie na wyrażeniu przez oskarżonych B. i P. zgody na zmianę technologii prac i zastosowanych materiałów do oczyszczania powierzchni murów z cegły, czy to bez powiadomienia (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków (oczywiście błędnie określonego Wojewódzkim Konserwatorem Budynków), czy też bez uzyskania na to jego zgody, zdaniem Sądu odwoławczego tego rodzaju zachowanie oskarżonych, niezależnie czy stanowiło przekroczenie uprawnień, czy też niedopełnienie ciążących na nich obowiązków oraz przedsięwzięte zostało świadomie, czy też nie, nie mogło być in concreto działaniem na szkodę interesu publicznego, jak przyjął to w ślad za oskarżycielem Sąd I instancji, nie stwierdziwszy jednocześnie działania na szkodę interesu prywatnego, co akurat nie może dziwić. Uznał Sąd I instancji, że w ten sposób stworzono istotne zagrożenie dla obiektu zabytkowego. Nie sposób się z tym jednak zgodzić, kiedy właśnie zmiana technologii i zastosowanych materiałów była efektem nieadekwatności w tym zakresie dokumentacji projektowej. Zmiany w istocie ochroniły ceglana elewację przed degradacją, a przynajmniej zwiększonym ryzykiem jej wystąpienia, co więcej były efektem prób przewidzianych w dokumentacji budowlano-wykonawczej (k. 4112). Owych zmian negatywnie nie ocenił również biegły B.. Wskazał, iż pozwoliły uniknąć penetracji wody do wnętrza cegieł (k. 5522v). Pamiętać zaś trzeba, że interes, czy to publiczny, czy też prywatny, o którym mowa w art. 231 § 1 kk, jak to słusznie podkreślił skarżący, musi być oparty na prawie materialnym. Nie może to być interes do samej właściwej procedury, bo w przeciwnym razie każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków należałoby utożsamiać z działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (zob. A. Barczak-Oplustil (w): Komentarz do art. 231 Kodeksu karnego Zakamycze 2006 t. 12). Tymczasem opis czynów przypisanych oskarżonym zdawał się sugerować, iż owo działanie na szkodę interesu publicznego wyrażało się jedynie w niedopełnieniu wymagań proceduralnych.

Z przyczyn oczywistych wyrażenie zgody na przedstawione zmiany nie wyrządzało szkody, czy to materialnej, czy to niematerialnej. Nie wchodziło zatem w grę rozważanie zachowań oskarżonych z perspektywy art. 231 § 3 kk.

Także więc od czynów z pkt 6 i 15 aktu oskarżenia, należało odpowiednio P. B. i F. P. uniewinnić. Swoim zachowaniem nie zrealizowali na pewno wszystkich znamion przestępstwa.

Sąd Okręgowy nie miał również wątpliwości, iż w/w oskarżeni nie popełnili przestępstwa podpisując się w imieniu zamawiającego pod protokołem odbioru końcowego wykonanych prac, a tym samym potwierdzając ich odbiór (czyny z pkt 7 i 16 aktu oskarżenia). Nie zostało przecież zakwestionowane, by treść tego dokumentu nie odpowiadała prawdzie, a popełnione na wcześniejszym etapie błędy proceduralne przedstawione powyżej, związane ze zmianą technologii i użytych materiałów, uzgodnioną z zamawiającym, dokonaną natomiast formalnie bez zgody konserwatora zabytków, wbrew warunkom udzielonego pozwolenia budowlanego i konserwatorskiego, miały świadczyć, że wykonane roboty nie były kompletne pod względem wymagań (choćby wadliwie zmodyfikowanych), a postawionych przez zamawiającego. Nikt też nie twierdził, iż należało stwierdzić wady w wykonaniu prac, a jakość robót i użytych materiałów nie powinny być ocenione jako dobre. Wręcz niezrozumiałym było, dlaczego odbierając końcowo roboty oskarżeni mieli nie dopełnić ciążących na nich obowiązków, czy choćby należało twierdzić, iż przekroczyli uprawnienia. Nawet z umowy nr (...) wynikało, że stwierdzone przy odbiorze wady wykonanych robót nie mogły stanowić przeszkody w dokonaniu odbioru robót, były natomiast podstawą do przedsięwzięcia określonych działań (§ 7 umowy).

Co się zaś tyczy ostatniego z czynów przypisanych oskarżonemu B. (zarzut 8 aktu oskarżenia), nie zostało dostrzeżonym przez Sąd Rejonowy, że negatywnie oceniona w postępowaniu przygotowawczym przez biegłego B. treść kosztorysu powykonawczego, jako dokumentu wynikającego wyłącznie z umowy o prace remontowe, była dość ściśle rzeczonym kontraktem określona. Zwróciła na to uwagę żona oskarżonego S. – E. S.. Zgodnie z przywołaną umową kosztorys powykonawczy, miał być sporządzony w oparciu o faktycznie wykonane i odebrane roboty wymienione w kosztorysie ofertowym oraz ceny jednostkowe i składniki cenotwórcze ujęte w tym kosztorysie (k. 49). Już w toku postępowania sądowego biegły B. w istocie potwierdził, że z tej perspektywy kosztorys powykonawczy nie mógł

budzić zastrzeżeń. Indagowany przez obrońcę oskarżonego S. stwierdził przecież, iż de facto wszystkie pozycje zostały wykonane, a koszty zostały poniesione (k. 6130v).

W tych warunkach za przekroczenie uprawnień, czy niedopełnienie obowiązków, nie mogło uchodzić zachowanie oskarżonego B. polegające na przyjęciu i zatwierdzeniu przywołanego kosztorysu powykonawczego. Stąd i od czynu z pkt 8 aktu oskarżenia należało go uniewinnić.

Uniewinnienie oskarżonych B. i P. od wszystkich zarzucanych mu czynów 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 apelacji wywiedzionej przez obrońcę tychże oskarżonych. Skorzystał tym samym Sąd Okręgowy z możliwości przewidzianej w art. 436 kpk.

Co oczywiste, uniewinnienie oskarżonych za wyjątkiem M. L., co do której z racji braku zaskarżenia wyroku odnośnie jej osoby nie było prawnych podstaw do ingerencji w treść wyroku Sądu I instancji, dezaktualizowało względem P. B., F. P., J. L. i A. S. (1) orzeczenia o świadczenia pieniężnych i kosztach sądowych, stanowiące rozstrzygnięcia powiązane z warunkowym umorzeniem postępowania względem tych oskarżonych i nim determinowane. W związku z uniewinnieniem w/w osób należało natomiast kosztami procesu w sprawie obciążyć Skarb Państwa po myśli art. 632 pkt 2 kpk, w tym wykazanymi przez A. S. (1) wydatkami na ustanowienie obrońcy z wyboru w obu instancjach.

W mocy natomiast należało utrzymać orzeczenie o kosztach z pkt 17 odnoszące się do A. S. (2). Zmiana zaskarżonego wyroku polegająca na uniewinnieniu tejże oskarżonej w miejsce bezwarunkowego umorzenia postępowania z powodu znikomej społecznej szkodliwości czynu w najmniejszym stopniu go bowiem nie zdezaktualizowała.

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