

Sygnatura akt II AKa 107/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Witold Franckiewicz

Sędziowie: SSA Jerzy Skorupka (spr.)

SSA Barbara Krameris

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej w Zielonej Górze Wiesława Łatkowskiego

po rozpoznaniu w dniu 14 czerwca 2017 r.

sprawy **T. S. (1)**

oskarżonego o czyn z art. 296 § 3 kk w związku z art. 296 § 1 i 2 kk w związku z art. 12 kk, art. 271 § 3 kk i art. 270 § 1 kk w związku z art. 11 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 27 grudnia 2016 r. sygn. akt III K 326/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt I części rozstrzygającej w ten sposób, że uniewinnia oskarżonego T. S. (1) od popełnienia przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. oraz w zw. z art. 12 k.k.,**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,**

**III. stwierdza, iż koszty postępowania odwoławczego ponosi Skarb Państwa**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 27 grudnia 2016 r., III K 326/12:

I. uznał T. S. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku z tą zmianą, że przyjął za datę początkową okres od 2 maja 2001 r. oraz zmodyfikował wysokość szkody jaką oskarżony wyrządził Miastu W. przyjmując, że wyniosła ona 1.037.374 zł. i za to na podstawie art. 296§3 KK i art. 12 KK oraz art. 309 KK w zw. z art. 33§2 KK wymierzył mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 500 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 200 zł.,

II. na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego T. S. (1) kary pozbawienia wolności na okres 5 (pięciu) lat próby;

III. na podstawie art. 72 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r. zobowiązał oskarżonego T. S. (1) do naprawienia szkody w części poprzez zapłatę na rzecz Miasta W. kwoty 100.000 (stu tysięcy) zł w terminie 3 lat od uprawomocnienia się wyroku.

IV. uniewinnił oskarżonego T. S. (1) od popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;

V. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary grzywny zaliczył oskarżonemu T. S. (1) zatrzymanie w dniu 19 maja 2008r.

VI. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego T. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa 1/2 kosztów sądowych, zwalniając go jednocześnie na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. z ponoszenia dalszych kosztów sądowych w tym opłaty od kary.

Wymieniony wyrok zaskarżył apelacją obrońca oskarżonego adw. R. W., w zakresie dotyczącym punktów I, II, III i VI w całości, zarzucając:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

a. art. 296§4a KK w zw. z art. 4§1 KK polegającą na rozpoznaniu sprawy bez wniosku o ściganie Gminy W. jako pokrzywdzonej jednostki samorządowej,

b. art. 296 KK (tak w oryginale) polegającą na dokonaniu jego błędnej interpretacji, zwłaszcza takich pojęć, jak „niedopełnienie ciężącego na sprawcy obowiązku” oraz „wielka szkoda majątkowa”, a także błędnej interpretacji zamiaru ewentualnego, będącego znamieniem strony podmiotowej przypisanego oskarżonemu czynu oraz ustaleniu i przyjęciu za podstawę orzeczenia, że oskarżony przysporzył korzyść majątkową w 17 przypadkach zleceń wykonania przez podmioty gospodarcze opracowań i oprogramowań z zakresu informatyki, gdy wypłacone, zgodnie z zawartymi przez Zarząd Miasta i Gminy W. umowami wynagrodzenia, wobec braku zastrzeżeń czy reklamacji stanowiły wyłącznie zapłatę należności, a nadto, że umowa o pracę, a nie stosowne pełnomocnictwo jest wystarczającą podstawą do przyznania oskarżonemu przymiotu osoby „upoważnionej do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” organu samorządowego; „wyrządzenie szkody” Gminie W., gdy jest powszechnie przyjęte przez komentatorów i orzecznictwo sądów, że znamiona przestępstwa z art. 296 KK mają treść nadaną przez ustawę z dnia 28.12.1988 r. o działalności gospodarczej, przez rozumie się działalność wytwórczą, budowlaną, handlową i usługową prowadzoną w celach zarobkowych i na własny rachunek prowadzącego ją podmiotu gospodarczego, zaś określenie ustawowe „zajmuje się” dotyczy rozporządzania mieniem, dokonywania czynności prawnych dotyczących mienia lub praw majątkowych a nawet doradztwa, jeśli jest do tego zobowiązany, a organy samorządowe nie posiadają takich cech i uprawnie, bo zaspokajają wyłącznie potrzeby mieszkańców,

2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, w tym:

a. art. 2§2, art. 7, art. 167, art. 410, polegającą na dowolnej ocenie dowodów i oparciu orzeczenia na opisie zdarzenia zawartego w konkluzji aktu oskarżenia i swoistych domniemaniach, dotyczących przebiegu i istoty działań oskarżonego, który w dacie czynu nie był formalnie i faktycznie (...) Prezydenta W. ds. komputeryzacji, z uwagi na brak stosownego pełnomocnictwa, pominięcie istotnego dowodu i faktu, że przedmiotem czterech z 17 umów były, poza tekstem opracowań, wykonane programy informatyczne, z których dwa biegli po raz pierwszy zobaczyli i mogli zbadać podczas eksperymentu procesowego przeprowadzonego w dniu 12 maja 2010 r. (k. 3323-3324), które obszernie opisał sąd okręgowy w wyroku z dnia 13.12.2011 r., III K 197/08 (s. 176 uzasadnienia) oraz zeznania M. B. (1) (k. 3322), co wobec pominięcia w ustaleniach faktycznych tej okoliczności, mogło mieć znaczący wpływ na treść wyroku, poprzez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa, wartości szkody i korzyści majątkowych wykonawców owych 17 opracowań,

b. art. 7 i art. 424§1 i 2 przez dowolną ocenę materiału dowodowego w części dotyczącej ustalenia szkody Gminy W. i jej wysokości oraz rzekomych korzyści majątkowych firm wykonujących opracowania, a także odstępianie od zasady prawidłowego uzasadnienia wyroku, w tym wskazania, na jakich dowodach oparł się sąd wyliczając szkodę i korzyści majątkowe oraz nie wskazanie przyczyn orzeczenia środka karnego i odszkodowania, gdy oskarżony jest 72 emerytem, bardzo poważnie chorym, niemającym możliwości wykonania orzeczenia w tej części,

c. art. 5§2 poprzez nieusunięcie przez sąd w postępowaniu dowodowym wątpliwości dotyczących podstaw prawnych działania oskarżonego, jako (...) Miasta W. ds. informatyzacji, pomimo braku jakiegokolwiek pełnomocnictwa i oczywiście innego określenia specyfiki pracy i charakteru zatrudnienia, podstawy do wykonywania obowiązków zgodnie z kodeksem pracy wyłącznie na podstawie umowy o pracę, a także jednoczesne przyjęcie, że oskarżony realizował trójstronną umowę pomiędzy Gminą W., (...) (...), która nie jest wymieniona w części zarzutów (od lit. a do lit. j) i została zrealizowana w latach 2003/2004, po okresie zatrudnienia, tj. po 31.12.2002 r. i niewskazania wpływu tych ustaleń na istotę, wartość szkody czy korzyści majątkowej, co powinno być rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego,

d. art. 393§1 i art. 410 poprzez odczytanie na rozprawie w dniu 15.12.2016 r. notatki (...) stanowiącej materiał niejawnym z 2008 r. dotyczącej oskarżonego i informacji stanowiącej „ustalenia” z okresu 2001 – 2002, gdy wymieniona instytucja nie prowadziła żadnych czynności procesowych w sprawie, nie specjalizuje się i nie powinna zajmować się zatrudnieniem oskarżonego na stanowisku (...) Prezydenta W. ds. komputeryzacji, w sytuacji, gdy lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazuje, że nie przywołując notatki, sąd oparł o jej treść istotę rozstrzygnięcia, odstępując od sensu i wymowy przeprowadzonych dowodów osobowych, opinii biegłych i innych dokumentów i ich wykorzystania przy orzekaniu,

3. błąd w ustaleniach faktycznych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść, w tym:

a. przyjęcie za aktem oskarżenia, że oskarżony pełnił w latach 2001-2002 w oparciu o umowę o pracy i uchwałę Zarządu Miasta W. funkcję (...) Miasta W. ds. informatyzacji, gdy wielokrotnie w uzasadnieniu wyroku, w zeznaniach świadków i dokumentach sprawy może być mowa jedynie o (...) Prezydenta Miasta W. ds. informatyzacji, a na dodatek, z ustaleń regionalnej Izby Obrachunkowej we W. wynika (s. 9), że nigdy nie zostało sporządzone stosowne pełnomocnictwo dla oskarżonego i nie ma śladu po nim w spisie pełnomocników Urzędu Miasta W. i teczce pracownika T. S. (1) z lat 2001-2002, a zatem umowa o pracę w charakterze takiego (...) nie dawała podstaw władczych przedsięwzięć, o jakich mowa w sprawie, a stanowiła wyłącznie podstawę do urzędniczego wykonywania sprecyzowanych w zakresie czynności obowiązków, podobnie, jak pozostałych pracowników urzędu,

b. przyjęcie, że oskarżony był członkiem i przewodniczył komisjom przetargowym, prowadząc postępowanie przetargowe w imieniu i na rzecz Miasta W., uczestnicząc w odbiorze opracowań oraz współuczestnicząc w zawieraniu umów, wyrządził wielką szkodę, gdy:

- działania przewodniczącego czy członka komisji przetargowej, zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych, służą wyłącznie kierownikowi jednostki, który podejmuje merytoryczną decyzję dotyczącą zawarcia umowy,
- oskarżony nie mógł uczestniczyć w zawieraniu umów, poza jednostkowymi przypadkami umów o wartości do 3000 i 5000 Euro, tj. do kwot nieprzekraczających 20.000 zł., w sytuacji, gdy wszystkie umowy wymienione w punkcie I, od lit. a do lit. j przekraczają te wartości,
- odbiory umów były komisyjne i członkowie komisji nigdy nie zakwestionowali jakości opracowań, zaś członkowie (...), Zarząd Miasta oraz odpowiedni pracownicy urzędu nie reklamowali jakości opracowań, nie toczyły się procesy sądowe o ich jakość czy wartość, zaś władze Gminy W. wdrożyły w latach 2008-2010 w czterech wydziałach opracowania z 2002 r., kupując na nie koncesje, co przemawia za praktycznym ich znaczeniem i uniemożliwia wnioskowanie o szkodzie majątkowej.

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie A. M. (tak w oryginale) od popełnienia przypisanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu.

Wymieniony wyrok zaskarżył także oskarżyciel publiczny, tj. Prokurator Okręgowy w Zielonej Górze w zakresie dotyczącym czynu z punktu I aktu oskarżenia w części orzeczonego środka w postaci zobowiązania do naprawienia szkody oraz w zakresie czynu z punktu II aktu oskarżenia w całości, zarzucając wyrokowi:

1. rażąco niewspółmierność środka karnego w postaci zobowiązania do naprawienia szkody poprzez orzeczenie tego obowiązku jedynie w wysokości stanowiącej zaledwie około 10% szkody wyrządzonej przestępstwem zarzuconym oskarżonemu w punkcie I aktu oskarżenia,

2. obrazę art. 410 KPK w zw. z art. 424§1 pkt 1 KPK poprzez nieoparcie wyroku na całokształcie okoliczności ujawnionych na rozprawie głównej i niewskazanie, czy fakty przytoczone przez św. W. S. dotyczące okoliczności kontaktowania się przez niego z oskarżonym w 2001 r. przed objęciem przez niego funkcji (...) Miasta W. ds. informatyzacji sąd uznał za udowodnione, czy za nieudowodnione, a nadto poprzez niepoddanie ocenie niektórych wyjaśnień T. S. (1) oraz części zeznań K. J., co skutkowało uniewinnieniem oskarżonego od zarzutu opisanego w punkcie II aktu oskarżenia.

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej punktu II aktu oskarżenia i przekazania postępowania w tym zakresie do ponownego rozpoznania oraz zmianę wyroku w części dotyczącej środka karnego w zakresie czynu z punktu I wyroku poprzez zobowiązanie oskarżonego do naprawienia szkody na podstawie art. 72§2 KK w zw. z art. 4§1 KK do zapłaty na rzecz Miasta W. 300.000 zł., w terminie 3 lat od uprawomocnienia się wyroku.

#### **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zważył, co następuje.**

Apelacja obrońcy T. S. (1) okazała się zasadna, choć zasadniczo z innych powodów, niż wskazane w środku odwoławczym. Trafny okazał się wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego.

Kwestią o podstawowym znaczeniu dla przypisania T. S. (1) przestępstw zarzuconych mu w akcie oskarżenia, jest rozstrzygnięcie, czy jest podmiotem sprawczym typu czynu zabronionego określonego w art. 296§1 i 3 KK. Określone w tych przepisach typy czynów zabronionych mają bowiem charakter indywidualny, a zatem odpowiedzialności z niego wynikającej może podlegać jedynie ściśle określony w tym przepisie krąg osób. Ustawodawca przyjął, że są nimi osoby, które są obowiązane w oparciu o jedno z wymienionych w art. 296§1 KK źródeł, do zajmowania się sprawami majątkowymi określonych osób lub jednostek. W rozpoznawanej sprawie Sąd Okręgowy we Wrocławiu nie badał wymienionej kwestii, a więc nie rozważał, czy oskarżony posiada przymioty podmiotu sprawczego wymienionych przestępstw. Kwestii tej nie badał też Sąd Okręgowy we Wrocławiu w sprawie III K 197/08, ani Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 5.9.2012 r., II AKa 115/12, gdyż wymieniona kwestia nie była przedmiotem zarzutu apelacyjnego.

Zważyć więc należy, że piśmiennictwie prawniczym i orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że **istotą zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą jest dysponowanie przez sprawcę faktycznym wpływem na procesy decyzyjne, dysponowanie władztwem kształtującym możliwości decyzyjne wobec spraw majątkowych lub działalności gospodarczej co najmniej w powierzonym na podstawie stosunku powierniczego zakresie** (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 27.10.2005 r., II AKa 88/05). Zarazem należy podkreślić, że jakkolwiek zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą obejmuje różnorakie zachowania, to jednak **zasadza się na określonym zakresie samodzielności**. W związku z tym wskazuje się, że dla zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą nie jest wystarczające samo udzielanie rad czy też przekazywanie informacji. Istota czynności wykonawczej opisanej w art. 296, przedstawionej jako wyrządzenie szkody majątkowej stanowiącej konsekwencje

nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków ciężących na sprawcy, opiera się na **specyficznie władczej relacji, a innymi słowy - takim zakresie uprawnień i obowiązków, które umożliwiają sprawcy władcze kształtowanie sfery prawa i obowiązków podmiotu, w imieniu i na rzecz którego działa sprawca**. W tym sensie podkreśla się, że dla spełnienia warunku zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wymagana jest **określona samodzielność decyzyjna sprawcy** (por. wyrok SN z dnia 30.10.2013 r., II KK 81/13). Przyjmuje się, że „**zajmowanie się sprawami majątkowymi w rozumieniu art. 296 KK to m.in. wykonywanie czynności o kompetencjach władczych, kierowanie sprawami majątkowymi w sposób identyczny lub zbliżony zakresowo do tego, co czynić może sam mocodawca, podejmowanie czynności polegających na zarządzaniu mieniem, decydowanie w zakresie składników majątkowych, zawieranie umów, w wyniku których następuje przeniesienie własności, obciążenie majątku, zniesienie obowiązków lub przyjęcie zobowiązań obciążających majątek, zawieranie ugody sądowej, ochrona interesów mocodawcy**” (zob. wyr. SA w Warszawie z dnia 28.11.2008 r., II AKa 361/08, Apel.-W-wa 2009, nr 2, poz. 7). Wskazuje się również, że „ustalenie, czy treścią danego obowiązku jest „zajmowanie się” sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innego podmiotu, **musi być dokonywane w kontekście struktury organizacyjnej i faktycznych procedur podejmowania decyzji w ramach tego podmiotu, w szczególności wówczas, gdy ma on charakter jednostki organizacyjnej**” (zob. wyr. SN z dnia 30.10.2013 r., II KK 81/13). Wyrażany jest też pogląd, że w przestępstwie z art. 296 KK kwalifikowanymi podmiotami są osoby, które są obowiązane w oparciu o jedno z wymienionych w nim źródeł, do zajmowania się sprawami majątkowymi określonych osób lub jednostek, rozumianego jako zobowiązanie lub uprawnienie do podejmowania decyzji należących do sfery zarządzania majątkiem, **co wiąże się z faktycznym wpływem decyzyjnym na kształtowanie określonych wartości ekonomicznych zarządzanego mienia**. Z perspektywy kryterium podmiotowego **sprawcą tego typu czynu zabronionego mogą być także pełnomocnicy (niezależnie od statusu), zarówno majątkowi jak też procesowi, pod warunkiem ustalenia, że dysponują uprawnieniami do samodzielnego rozstrzygnięcia o sprawach majątkowych** (zob. wyr. SA we Wrocławiu z dnia 20.2.2015 r., II AKa 326/14).

Zważyć więc należy, że T. S. (1) został zatrudniony na stanowisku (...) Prezydenta W. na podstawie umowy o pracę zawartej 2.5.2001 r. na czas określony do 31.12.2001 r. Następnie umowa o pracę została przedłużona do 31.12.2002 r. (k. 68). Od 1.1.2003 r. do 31.3.2003 r. T. S. (1) był zatrudniony na stanowisku (...) w Wydziale Informatyki (k. 68). Do obowiązków T. S. (1) na stanowisku (...) Prezydenta W. należało:

- przestrzeganie ustaw o samorządzie gminnym, pracownikach samorządowych, ochronie informacji niejawnych, ochronie danych osobowych i kodeksu pracy,
- znajomość i przestrzeganie obowiązujących aktów normatywnych związanych z wykonywaną pracą,
- analiza i formułowanie wniosków dotyczących systemu informatycznego w urzędzie na tle istniejącej struktury organizacyjnej, podziału zadań pomiędzy wydziałami, obiegu dokumentów i zakresu wymiany informacji między wydziałami,
- analiza i opiniowanie projektów informatyzacji w wydziałach w aspekcie integracji informacyjnej i informatycznej zasobów,
- ocena możliwości realizacji planowanych zadań siłami własnymi urzędu oraz określanie zadań zleczanych na zewnątrz,
- działanie na rzecz utworzenia bazy koncepcyjnej wytyczającej kierunki dalszej informatyzacji urzędu, uwzględniającej obszary zastosowań i proponowane technologie służące ich realizacji,
- monitoring korzyści z wdrażanych systemów,

- analiza możliwości pozyskania środków finansowych spoza budżetu miasta, niezbędnych dla realizacji wytyczonych kierunków informatyzacji urzędu,
- współdziałanie z Zespołem (...), inspirowanie kierunków jego działań, koordynacja przez Zespół zadań (k. 75-75).

Uchwałą nr (...) Zarządu Miasta W. z 5.6.2001 r. T. S. (1) udzielono pełnomocnictwa do składania oświadczeń woli w imieniu Zarządu Miasta przy zawieraniu umów niezbędnych dla potrzeb właściwego opracowania i wdrażania (...) (...) jednoosobowo do 3000 Euro, a łącznie z członkiem Zarządu Miasta powyżej 3000 Euro. Dla ważności oświadczeń woli wymagana była kontrasygnata Skarbnika Miasta lub osoby przez niego upoważnionej (k. 74). Wymienione kwoty zobowiązań pieniężnych zostały następnie podwyższone uchwałą Zarządu Miasta z 16.7.2002 r. do 5000 Euro (k. 75).

Sąd Okręgowy we Wrocławiu ustalił, że formalne obowiązki T. S. (1) obejmowały: 1) analizę i formułowanie wniosków dotyczących systemu informacyjnego w Urzędzie Miasta na tle istniejącej struktury organizacyjnej, 2) podział zadań pomiędzy wydziałami, 3) analizę i opiniowanie projektów informatyzacji w wydziałach w aspekcie integracji informacyjnej, 4) ocenę możliwości realizacji planowanych działań siłami własnymi urzędu oraz określenie zadań zleczanych za zewnątrz, 5) działanie na rzecz utworzenia bazy koncepcyjnej wytyczającej kierunki dalszej informatyzacji urzędu uwzględniającej obszary zastosowań i proponowane technologie służące ich realizacji, 6) uczestnictwo w konferencjach, seminariach i innych przedsięwzięciach dotyczących informatyzacji administracji samorządowej, 7) monitoring korzyści z wdrażanych systemów, 8) analizę możliwości pozyskiwania środków finansowych spoza budżetu miasta niezbędnych dla realizacji wytyczonych kierunków informatyzacji urzędu, 9) współpracę z organami (...) Wojewody i Urzędu Marszałkowskiego w zakresie ustalania obszarów wymiany informacji i wspólnych przedsięwzięć informatycznych, 10) współdziałanie z Komitetem Sterującym, inspirowanie kierunków jego działań, koordynacja rozpatrywanych przez komitet zagadnień, 11) opracowywanie sprawozdań dla Zarządu Miasta.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu nie ustalił jednak i w konsekwencji nie wskazał, które z obowiązków nałożonych na T. S. (1) powodowały, że posiadał on kompetencję do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą Gminy W. (Zarządu Miasta W.). Wymieniony sąd (podobnie jak oskarżyciel publiczny), w ogóle pominął wymienioną kwestię, która ma podstawowe znaczenie dla możliwości przypisania T. S. (1) zarzuconych mu przestępstw. Brak ustalenia, że T. S. (1) posiadał właściwości w postaci zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą swojego mocodawcy powoduje, że nie zostały ustalone elementy podmiotowe przestępstwa z art. 296§1 i 3 KK, a w konsekwencji – znamiona ustawowe wymienionego typu czynu zabronionego. Ustalenie przez sąd a quo, że T. S. (1) nie dopełnił określonych obowiązków lub nadużył udzielonych mu uprawnień, bez ustalenia, że jest on osobą posiadającą właściwości czyniące go podmiotem przestępstwa z art. 296§1 i 3 KK, mogą powodować odpowiedzialność służbową, dyscyplinarną, a nawet cywilną, ale nie odpowiedzialność za wymienione przestępstwo.

Analiza obowiązków nałożonych na oskarżonego pozwala zaś na ustalenie, że nie posiadał on wymaganej przez art. 296§1 KK władczej samodzielności w rozstrzyganiu o sprawach majątkowych Gminy W.. Taką samodzielność posiadał jedynie przy zawieraniu umów o wartości do 3000, a następnie do 5000 Euro. Przy zawieraniu pozostałych umów, obowiązany był do współdziałania z członkiem Zarządu Miasta. Pracownicze obowiązki T. S. (1) nie obejmowały bowiem **łącznie zarówno dbałości o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem albo pogorszeniem interesów majątkowych, jak i powinności wykorzystania powierzonego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, by zostało ono powiększone lub wzrastała jego wartość.**

W taki sposób obowiązki oskarżonego postrzegał (...) W. A. J., który zeznał, że „Zadaniem (...) (...) było zidentyfikowanie dotychczasowego stanu i ustalenie, co nie działa. Kolejnym zadaniem było podwyższenie jakości usług. (...) (...) nie działał sam, tylko w komisjach. Wszystkie umowy, która przygotowałem przechodziły przez biuro prawne. Nie przypuszczam, aby profesor miał wpływ na treść umów zawieranych przez Zarząd Miasta. Uważam, że nie miał wpływu na prawny kształt tych umów.” (k. 4005-4009). W. P. (1), będący członkiem Zarządu Miasta, którego zeznania sąd uznał za wiarygodne podał, że „całość decyzji merytorycznych i finansowych pełnomocnik (T. S. (1))

podejmował w powiązaniu z Zarządem Miasta. Wskazuje to, że nie miał on samodzielności decyzyjnej”. Również R. N., ówczesny (...) Wydziału Informatyki zeznał, że „oskarżony realizował politykę Prezydenta Miasta, bo był (...) Prezydenta W. ds. informatycznych” (k. 3879v). W świetle wymienionych dowodów ustalenie sądu a quo, że T. S. (1) działał autonomicznie, narzucając swój punkt widzenia, jest dowolne. Zresztą, brak władczych uprawnień przyznanych T. S. (1) zauważył sam sąd pierwszej instancji, gdyż ustalił, że „na oskarżonym ciążył obowiązek merytorycznego patronatu nad poszczególnymi opracowaniami”. Wynika stąd, że oskarżony obowiązany był do merytorycznego nadzoru nad zlecanymi projektami informacyjnymi, z czego nie wynika właściwość do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą Gminy W. (Zarządu Miasta W.). W każdym razie, takiego ustalenia w sprawie nie dokonano.

Okoliczność, że T. S. (1) był członkiem, a nawet przewodniczącym komisji przetargowych nie świadczy jeszcze, że w Urzędzie Miasta zajmował się sprawami majątkowymi. Obowiązki wynikające z piastowania tych funkcji nie łączyły się z samodzielnym podejmowaniem decyzji majątkowych wiążących Gminę W.. A. J. zeznał wszak, że protokoły z posiedzenia komisji przetargowych przedstawiał i referował na posiedzeniach Zarządu Miasta, który podejmował decyzje o zawarciu bądź niezawarciu umowy z podmiotem rekomendowanym przez komisję przetargową. W żadnym razie nie było tak, że Zarząd Miasta był związany rekomendacją komisji przetargowej, niejako bezwolny w podjęciu decyzji o zawarciu umowy. Takiego ustalenia dokonał też sąd pierwszej instancji stwierdzając, że T. S. (1) decyzje merytoryczne podejmował w uzgodnieniu (powiązaniu) z Zarządem Miasta (s. 68 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Z pola widzenia nie można też stracić, że będące przedmiotem zarzutów aktu oskarżenia opracowania zlecone przez oskarżonego miały następujące tytuły:

1. Projekt wstępnego wdrożenia integracji systemu podatku od nieruchomości z ewidencją nieruchomości we W.,
2. Koncepcja rozwoju planu internetowego miasta w Urzędzie Miejskim,
3. Powiązania systemu i zarządzanie środowiskiem akustycznym W. z projektowanym systemem (...),
4. Syntetyczna koncepcja Modernizacji Systemów Informatycznych Urzędu Miasta W.,
5. Projekt rejestracji graficznej w (...) i Administracji Budowlanej i analiz na bazie mapy numerycznej W.,
6. Weryfikacja i modernizacja bazy (...) dla aplikacji kancelaryjnej AP wykonywanej w (...) i Administracji Budowlanej,
7. Projekt wdrożenia informatycznego obiegu dokumentów w (...) i Administracji Budowlanej,
8. Opracowanie projektu – koncepcji funkcjonowania (...) w Wydziale Zarządzania Kryzysowego,
9. Opracowanie projektu graficzno – opisowej bazy danych obiektów istotnych dla Wydziału Zarządzania Kryzysowego w sytuacjach kryzysowych,
10. Projekt wdrożenia informatycznego obiegu dokumentów w Wydziale Gospodarki Nieruchomościami i Geodezji,
11. Projekt wdrożenia informatycznego obiegu dokumentów w Wydziale Ochrony i (...),
12. Projekt wdrożenia informatycznego obiegu dokumentów w Centrum Gospodarowania Komunalnym Zasobem Mieszkaniowym.

Tytuły tych projektów wskazują, że miały one charakter koncepcyjny, stanowiąc podstawę do opracowania strategii (koncepcji) informatyzacji Urzędu Miasta W., a w dalszej kolejności, zaplanowania kolejnych szczegółowych zadań związanych z informatyzacją tego podmiotu, co miało nastąpić w ciągu 4-5 lat. Na taki sposób oceny wymienionych

projektów wskazał W. P. (2) - ówczesny członek Zarządu Miasta - zeznając, że „zlecone opracowania miały służyć rozpoznaniu zagadnień szczegółowych, niezbędnych do zaplanowania całości prac nad systemem”.

Sąd pierwszej instancji uznał, że oskarżony był samodzielny w wykonywaniu powierzonych mu zadań. Miał on także obowiązek troski, aby zlecone przez niego zadania nie naruszyły interesu mocodawcy. Wymieniony sąd nie zauważył jednak, że kwestią mającą istotne znaczenie dla ustalenia, czy oskarżony posiada kwalifikacje do bycia podmiotem przestępstwa z art. 296§1 i 3 KK jest nie to, czy wykonując określone zadanie, dana osoba wykonuje je w pełni samodzielnie, ale czy treścią owego zadania jest także **podejmowanie samodzielnych decyzji w odniesieniu do majątku mocodawcy**. Tej ostatniej okoliczności sąd a quo nie ustalił, choć uznał za uzasadnione twierdzenie oskarżyciela publicznego, że T. S. (1) zrealizował znamiona typu czynu zabronionego z art. 296§1 i 3 KK.

W podsumowaniu tego wątku należy więc stwierdzić, że ustalenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, że „bezkrytyczne zatwierdzanie opracowań przez oskarżonego i brak merytorycznego nadzoru nad opracowaniami, których odbioru nie dokonywał osobiście, stanowiło nadużycie zaufania, o którym mowa w art. 296 KK” (s. 88 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), stanowi wyraz głębokiego niezrozumienia ustawowych znamion wskazanego typu czynu zabronionego. Sąd Okręgowy we Wrocławiu charakteryzując na s. 74-75 uzasadnienia wyroku przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 KK pominął zupełnie kwestię właściwości podmiotu tego przestępstwa. Nie jest zadaniem sądu odwoławczego ustalanie powodów tego stanu rzeczy. Niemniej, konsekwencją zaniechania sądu pierwszej instancji, a wcześniej prokuratora, jest brak ustaleń, co do posiadania przez oskarżonego właściwości podmiotu przestępstwa z art. 296 KK, co spowodowało nieuzasadnione skierowanie przeciwko T. S. (1) aktu oskarżenia i prowadzenie postępowania przed sądem.

Dowolne jest także ustalenie, że „Zespół (...) był zbędny w zakresie informatyzacji Urzędu Miasta”, a „wszelkie decyzje w zakresie reformy podejmował oskarżony”. Dokonując wymienionych ustaleń sąd a quo pominął nie tylko treść uchwały Zarządu Miasta W. nr (...)z dnia 10.4.2001 r. o powołaniu Zespołu (...) i wcześniejszej uchwały nr (...)z dnia 10.4.2001 r. w sprawie modernizacji i rozbudowy systemu informatycznego dla potrzeb Urzędu Miejskiego W., ale także zeznanie Wiceprezydenta W. A. J., będącego przewodniczącym wymienionego zespołu i członków Zarządu Miasta W.. Ponadto, z zeznań R. N., na których sąd oparł ustalenia faktyczne dokonane w ocenianej sprawie wynika, że „na przełomie lat 2000/2002 w ramach programu (...) W., zgodnie z zaleceniami ekspertów (...) powstały różne zespoły sterujące, mające na celu przeanalizowanie sytuacji w urzędzie pod kątem organizacyjnym i procedur z tym związanych. (...) był jednym z kilku zespołów, więc nie było to czymś niezwykłym. W skład tego zespołu wchodził Prezydent J., który nadzorował jego prace. Byłem członkiem tego zespołu” (k. 3979v).

Dalej należy zauważyć, że treść zarzutów aktu oskarżenia oraz ustaleń dokonanych przez sąd pierwszej instancji prowadzą do wniosku, że wyrządzenie szkody przez T. S. (1) oskarżyciel publiczny oraz sąd a quo upatrują w:

1. zleceniu wykonania prac podmiotom zewnętrznym, w sytuacji, gdy mogły być one wykonane przez pracowników Miejskiego Ośrodka (...),
2. akceptowaniu i odbiorze prac, które z uwagi na ogólnikowy i teoretyczny charakter nie stanowiły użytecznego dla Miasta W. narzędzia do wykorzystania,
3. akceptowaniu i odbiorze części prac, które nie zostały wykonane w całości zgodnie z umową,
4. akceptowaniu i odbiorze części prac, które zawierały fragmenty z opracowań, które zostały wcześniej wykonane na podstawie innych umów.

Odnośnie do pierwszej kwestii, sąd a quo ustalił, że oskarżony: 1) „nie czynił żadnych starań, by zorientować się, które zadania w zakresie informatyzacji można wykonać siłami własnymi”, 2) nie współdziałał w wydziałach Urzędu Miasta, 3) zlekceważył istnienie Miejskiego Ośrodka (...), 4) „nie podjął działań, by zorientować się, w jakim zakresie [ten] ośrodek jest w stanie wspomóc prace dotyczące reformy informatyzacji, 5) nie zapoznał się z dorobkiem wymienionego



ośrodka, 6) nie ustalił, jakie prace mogą wykonać pracownicy tego ośrodka (s. 77-78 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Stwierdzić więc należy, że oskarżycielowi publicznemu i sądowi a quo umknęło, że **warunkiem przyjęcia przez Zarząd Miasta W. koncepcji globalnej informatyzacji urzędu, było zlecenie jej opracowania podmiotom zewnętrznym, a nie pracownikom urzędu miasta**. W dniu 10.4.2001 r. Zarząd Miasta W. podjął uchwałę nr (...) w sprawie modernizacji i rozbudowy systemu informatycznego dla potrzeb Urzędu Miejskiego W. i jednostek organizacyjnych Gminy W. oraz opracowania (...) (...). Zgodnie z postanowieniami tej uchwały, uznano potrzebę dokonania modernizacji i rozbudowy systemu informatycznego poprzez opracowanie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego. Warunki, zakres i terminy opracowania oraz wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego określić miał (...) (...). Dla potrzeb opracowania i wdrożenia tego programu, uchwałą nr (...) z 10.4.2001 r. powołano Zespół (...) w składzie: A. J., W. P. (2), T. S. (1), R. N., P. G., M. B. (2), M. C., J. S., J. B., M. G.. Przewodniczącym zespołu został A. J. będący (...) W. (k. 146, 147).

W kwietniu 2002 r. Zespół (...) opracował (...) W. (k. 268-329), w której wskazano, że termin niezbędny do uruchomienia tego systemu wynosi od 4 do 5 lat (k. 227). Zgodnie z uchwałą nr (...) koordynację działań związanych z opracowaniem, wdrożeniem i kierowaniem (...) (...) powierzono Pełnomocnikowi Prezydenta W., którym został T. S. (1) (k. 147, 246).

Na rozprawie w dniu 9.05.2013 r. A. J. zeznał, że „w latach 1998-1999 pracowano nad koncepcją planu generalnego zmian systemu informatycznego w Urzędzie Miasta W. pod kątem integracji pomiędzy gminą, jako podatnikiem, a wydziałami finansowymi. **Rozstrzygnięto, że plan ten będzie realizowany przez podmiot zewnętrzny** i Prezydent Z. zdecydował o zatrudnieniu (...) (...), jako wykonawcy tego projektu. Powołano Zespół (...). Zadaniem (...) (...) było zidentyfikowanie dotychczasowego stanu i ustalenie, co nie działa. Kolejnym zadaniem było podwyższenie jakości usług” (k. 4005-4009). B. A. będący członkiem Zarządu Miasta W. zeznał, że „**w tamtym czasie w (...) nie było nikogo, kto miałby przekonanie, wiedzę i doświadczenie, aby zaplanować duży system**” (k. 4069v-4070). R. H., będący od kwietnia 2003 r. do lipca 2007 r. (...) W. zeznał, że „**1/3 pracowników Wydziału nie miała podstawowej wiedzy informatycznej**” (k. 3999-4001). T. S. (2), pracujący w Wydziale Informatyki zeznał, że „**koncepcja, dla której powołano (...) (T. S. (1)) w żadnym stopniu nie mogła być opracowana siłami (...)**, ponieważ pracownicy nie mieli wystarczającego doświadczenia i wiedzy w świecie informatyki. Byliśmy przytłoczeni zadaniami bieżącymi”. Także R. N. zeznał, że otrzymał notatkę służbową podpisaną przez Prezydenta J. o zleceniu opracowań informatycznych firmom zewnętrznym (k. 3979v). Koncepcję informatyzacji Urzędu Miasta W. za pomocą firm zewnętrznych lansował także R. H., będący od 2002 r. (...) W.. Według tej koncepcji, wymieniony wydział miał zajmować się jedynie obsługą programów opracowanych przez firmy zewnętrzne (k. 4072-4072v).

W świetle wymienionych dowodów nie znajduje uzasadnienia przypisywanie T. S. (1), że nie dopełnił ciężących na nim obowiązków w ten sposób, że zlecał wykonanie poszczególnych projektów podmiotom zewnętrznym, zamiast pracownikom Miejskiego Ośrodka (...). Przeciwnie, T. S. (1) podporządkował się stanowisku Zarządu Miasta i wykonywał uchwałę nr (...), której celem była modernizacja i rozbudowa systemu informatycznego dla potrzeb Urzędu Miejskiego W. i jednostek organizacyjnych Gminy W. oraz opracowania (...) (...), przez tzw. podmioty zewnętrzne wobec zleceniodawcy, a nie pracowników zleceniodawcy. Poza tym, niedopuszczalne jest dyktowanie przez organy ścigania i oskarżyciela publicznego oraz sąd wyrokujący w sprawie, jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296§1 KK posiadają uzasadnienie gospodarcze, a które są pozbawione tego uzasadnienia oraz w jaki sposób i przez kogo powinny być wykonane. Akceptacja stanowiska sądu pierwszej instancji w tym względzie wymagałaby uznania, że prawo karne spełnia w obrocie gospodarczym funkcję regulacyjną. Tymczasem regulatorem zachowań w obrocie gospodarczym są w pierwszym rzędzie normy prawa cywilnego określające m.in. zasadę autonomii woli stron czynności prawnej oraz zasadę swobody umów (wolności kontraktowej), a w dalszej kolejności normy administracyjne regulujące zasady zawierania umów, których przedmiotem są środki publiczne oraz dotyczące m.in. wykonywania regulowanej (reglamentowanej) działalności gospodarczej, posiadania przez przedsiębiorcę określonych kwalifikacji zawodowych. Prawo karne spełnia tutaj funkcję subsydiarną, wchodząc z

represją dopiero i wyłącznie wtedy, gdy zachowanie sprawcy stanowi zamach na działalność gospodarczą lub sprawy majątkowe podmiotów wymienionych w art. 296§1 KK, w sposób przewidziany w tym przepisie. Uznanie, że przepisy prawa karnego mogą „samodzielnie” wyznaczać sferę dozwolonego i zabronionego zachowania osób zarządzających podmiotami wymienionymi w art. 296§1 KK, uzasadnione było w okresie gospodarki nakazowo – rozdzielczej, ale nie w czasie obowiązywania „wolności gospodarczej”.

Sąd pierwszej instancji pominął też dowód, że biegli M. S., E. A. i D. K. w opinii uzupełniającej (k. 4292) stwierdzili, że „prowadzenie prac koncepcyjnych mających na celu wypracowanie rozwiązania organizacyjno – informatycznego **bez udziału przedstawicieli pracowników** (przyszłych użytkowników) uważa się za niewłaściwe od lat 80 XX w. Z kolei, samodzielne prowadzenie tego rodzaju prac przez pracowników jednostek organizacyjnych, w których planuje się wdrożenie systemów informatycznych **jest rzadko spotykane**. Wynika to stąd, że wiedza potrzebna do zaplanowania, prowadzenia i zarządzania pracami jest wiedzą specjalistyczną wymaganą w momencie podjęcia i realizacji tych prac, które kończą się wraz z wdrożeniem rozwiązania i przekazaniem go do eksploatacji. Z tego względu, **powszechną praktyką jest korzystanie z zewnętrznego wsparcia**. W wypadku prac mających na celu opracowanie projektu koncepcji rozwiązania informatycznego, tj. takich, na jakie opiewały umowy: (...); (...); (...); (...); (...); (...); (...); (...); (...), **nie można mówić o możliwości wykonania tych umów własnymi siłami. Realizacja prac objętych tymi umowami wymagałaby powołania w Urzędzie Miasta jednostki o kompetencjach firmy projektowo – programistycznej** (k. 4292-4304).

W konkluzji należy więc stwierdzić, że nie znajduje uzasadnienia w dowodach ujawnionych na rozprawie głównej stawianie T. S. (1) zarzutu, że nie zlecał wykonania rzeczonych prac projektowych pracownikom Miejskiego Ośrodka (...) oraz nie wykorzystywał tej jednostki przy opracowaniu koncepcji informatyzacji Urzędu Miasta W..

Odnosnie do drugiej kwestii, tj. akceptowania i odbioru przez oskarżonego prac, które z uwagi na ogólnikowy i teoretyczny charakter nie stanowiły użytecznego dla Miasta W. narzędzia do wykorzystania, sąd pierwszej instancji stwierdził, że „opracowania zaaprobowane przez oskarżonego nie wnosiły nowej wiedzy, miały nierzadko ogólny charakter, powielaly tematy publikacji o powszechnym dostępie. Część opracowań nie miała przełożenia na projekty [...] Część z nich zawierała elementarne zasady informatyki” (s. 84 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Zważyć zatem należy, że o tym, czy wykonane projekty były, czy nie były użyteczne dla W., decydować powinien przede wszystkim zarząd miasta (zleceniodawca), a nie prokurator (oskarżyciel publiczny) i sąd wyrokujący w sprawie. Takiej legitymacji nie posiadają również biegli powołani w sprawie, gdyż wymieniona kwestia nie wymaga wiadomości specjalnych. To zarząd miasta zlecał wykonanie określonych prac, a następnie oceniał jakość ich wykonania oraz ich użyteczność z perspektywy celów, dla których te prace były zlecane. Wiedza specjalna biegłych mogła być wykorzystana jedynie do ustalenia, czy zleczone opracowania „miały ogólnikowy i teoretyczny charakter”, a zatem do ustalenia, czy odpowiadały one aktualnemu stanowi wiedzy. Nawet jeżeli opracowania zleczone przez T. S. (1) miały ogólny i teoretyczny charakter, nie świadczy to automatycznie o ich nieprzydatności dla Zarządu Miasta W., który użyteczność tych projektów oceniał przez pryzmat celu, któremu miały one służyć, tj. opracowania długofalowej koncepcji informatyzacji Urzędu Miasta.

Wbrew opinii biegłego M. J. i ustaleń dokonanych przez sąd a quo na podstawie opinii tego biegłego, opracowania zleczone przez oskarżonego były użyteczne dla Zarządu Miasta W.. W tej kwestii członkowie Zarządu Miasta W. nie zgłaszali żadnych krytycznych uwag. Projekty zleczone przez T. S. (1) stanowiły podstawę realizacji programu informatyzacji Urzędu Miasta W. oraz uruchamiania dalszych szczegółowych prac związanych z tym projektem. Sąd pierwszej instancji pominął bowiem dowód z zeznań A. J., który na rozprawie w dniu 9.05.2013 r. zeznał, że „będąc (...) ds. kontrolowania procesów nad jakością, w dużej części korzystałem z dorobku (...) (...). Początek tego projektu obejmował to, co zgromadził profesor (...). Będąc Wiceprezydentem Miasta W. byłem przewodniczącym Zespołu (...) i sprawowałem merytoryczny nadzór nad pracą (...) (...). Wtedy powstały opracowania, które pokazywały kierunek. Czas dostarczył wiele dowodów na prawidłowość tamtych wyborów. (...) mapy akustycznej, to jedno z opracowań, które znalazły się w dorobku Zespołu (...), którym zarządzał pan (...). Dużą część opracowań stanowiła diagnoza dotychczasowego stanu. **Były to rzeczy, które musiały się pojawić**. Każdy dyrektor ds. środowiska potwierdza, że **to, co w tej chwili funkcjonuje jest zbieżne z tym, co zostało zaprojektowane, jako koncepcja Zespołu (...)**. [...] **Nie miałem świadomości, aby zleczone i zapłacone opracowania były nieużyteczne.**

Nie było wątpliwości, że zadania zostały wykonane zgodnie z umowami. **Koncepcja, która powstała była innowacyjna w 100% na skalę krajową. Działająca mapa akustyczna w mieście powyżej 200.000 mieszkańców była pierwszą w Polsce** (k. 4005-4009). R. H. zeznał, że „uważam, że nieprzydatne były 2 lub 3 opracowania. Dziesięć opracowań dotyczyło jednego wycinka systemu informatycznego. **Była to aptekarska robota.** [...] Część z tych opracowań została zaadaptowana w nowym systemie” (k. 3999-4001). T. S. (2) zeznał, że „wówczas w Wydziale Informatyki oceniano, że opracowania (...) (...) miały niewielką wartość z uwagi na to, że stanowiły zlepek pewnych koncepcji kopiowanych z Internetu. Mogło to wynikać z naturalnej opozycji, która wytworzyła się w momencie, gdy Prezydent Miasta powołał (...) w osobie (...) (...), który otrzymał dość duże prerogatywy i odpowiedni budżet. Mogło to mieć wpływ na surowość oceny działań (...)” (k. 4061v). Na rozprawie w dniu 13.11.2013 r. R. Z., którego wnioski pokontrolne stanowiły podstawę złożenia przez Najwyższą Izbę Kontroli zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa zeznał, że „moje zastrzeżenia nie odnoszą się do oceny jakości, czy wartości produktu, ale do tego czy był on skutecznie wykorzystany. **Nie przypominam sobie takiej sytuacji, aby ze strony Urzędu Miasta były jakieś zastrzeżenia** (k. 4097v-4099).

O użyteczności wymienionych projektów dla Zarządu Miasta W. świadczą także zeznania R. N., który na rozprawie z dnia 24.4.2013 r. podał, że „w 2001 r. otrzymałem z wydziału finansowego pismo, do którego było dołączone pismo Prezydenta J., abym przejął faktury, a tym samym opracowania zaakceptowane przez (...)” (k. 3979v). Pismo Prezydenta A. J. nakazujące świadkowi zaewidencjonowanie rzeczonych projektów, stanowiło wszak wyraz ich akceptacji i użyteczności dla Zarządu Miasta. W przeciwnym razie, takie polecenie nie zostałoby wydane.

W końcu należy stwierdzić, że biegli M. S., E. A. i D. K. w opinii uzupełniającej (k. 4292) stwierdzili, że „prace objęte umowami (...); (...); (...); (...); (...); (...); (...); (...) miały na celu sformułowanie wymagań dla przyszłych systemów informatycznych poprzez opisanie uwarunkowań i oczekiwań, co do szczegółowych rozwiązań. Przydatność prac nad koncepcjami rozwiązań dla informatyzacji Urzędu Miasta we W. można zweryfikować po wdrożeniu systemów informatycznych. Jeśli rozwiązania informatyczne, zbudowane dokładnie w oparciu o wyniki tych prac (koncepcje i projekty) **spełniają oczekiwania użytkowników, to efekty prac były użyteczne** (k. 4292-4304). Wymienieni biegli stwierdzili również, że „w każdym opracowaniu znajdują się rozwiązania mające charakter elementarnych zasad, gdyż stanowią one podstawę formułowania bardziej zaawansowanych rozwiązań i jest to **merytorycznie poprawne podejście**. Wykonanie tych opracowań wymagało posiadania wiedzy szczególnej. Opracowania stanowią też wiedzę profesjonalną. **Prace powstałe na podstawie umów z 2002 r. o numerach: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...)** nie miały charakteru ogólnikowego i teoretycznie akademickiego. Prace objęte tymi umowami miały na celu sformułowanie wymagań dla przyszłych systemów informatycznych poprzez opisanie uwarunkowań i oczekiwań co do szczegółowych rozwiązań” (k. 4292-4304).

Odnosnie do trzeciej i czwartej kwestii, tj. akceptowania i odbioru przez oskarżonego części prac, które nie zostały wykonane w całości zgodnie z umową oraz zawierających fragmenty opracowań, które zostały wykonane na podstawie innych umów, sąd a quo ustalił, że „oskarżony od samego początku miał świadomość, że wartość merytoryczna poszczególnych opracowań jest wątpliwa” (s. 86 uzasadnienia wyroku). Wymienione ustalenie dokonane zostało jednak w oderwaniu od wyjaśnień oskarżonego, który od początku i konsekwentnie twierdził, że miał świadomość merytorycznej wartości zleczanych opracowań i ich przydatności dla opracowania koncepcji informatyzacji Urzędu Miasta W.. Dodać należy, że wymieniony sąd całkowicie pominął też zeznania A. J.. Tymczasem wymieniony świadek zeznał, że „odbior przedmiotów umów dokonywany był komisyjnie. Ja zapoznawałem się z protokołami odbioru i referowałem sprawę na posiedzeniu zarządu miasta. Nie spotkałem się z uwagami dopracowań przyjętych w latach 2001-2002. Nie przypominam sobie, aby ktokolwiek zgłaszał zastrzeżenia, nawet w rozmowach prywatnych” (k. 4005-4009).

Wymienione ustalenie sądu pierwszej instancji nie uwzględnia też przywołanej wcześniej opinii uzupełniającej biegłych (k. 4292), z której wynika, że projekty zleczone przez oskarżonego nie miały ogólnikowego i teoretycznie akademickiego charakteru. Wynika stąd, że ustalenia sądu a quo dotyczące wymienionej kwestii zostały dokonane w sposób sprzeczny z dyrektywą określoną w art. 7 KPK, a zatem mają charakter dowolnych.

Oskarżyciel publiczny zarzucił T. S. (1) wyrządzenie Miastu W. szkody w wysokości 1.037.312,60 zł. Wysokość szkody sąd a quo nieznacznie podwyższył do kwoty 1.037.374 zł. Tymczasem Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 5.9.2012 r., II AKa 155/12 zwrócił już uwagę, że „analiza uzasadnienia aktu oskarżenia nie dostarcza odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób oskarżyciel publiczny ustalił szkodę, którą przyjął w zarzucie aktu oskarżenia. Suma kwot wskazanych w poszczególnych umowach stanowi 1.037.374,60 zł. Należy więc wnosić, że oskarżenie w całości dyskwalifikuje wartość prac zleconych w tych umowach. Czyni to jednak w oderwaniu od wniosków końcowych zawartych w opinii biegłego M. J.”.

Wymieniona kwestia pozostaje aktualną na gruncie zaskarżonego wyroku. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku (s. 84) wynika bowiem, że zlecone opracowania powinny być zrealizowane w 100%, a z tego powodu, że nie wnosiły one nowej wiedzy, miały ogólny i teoretyczny charakter, sąd przyjął, że w całości stanowią one szkodę wyrządzoną Urzędowi Miasta. I w tym wypadku, wymienione ustalenie nie uwzględnia cytowanych wcześniej zeznań A. J. oraz uzupełniającej opinii biegłych M. S., E. A. i D. K.. Z tego względu, ustalenie, co do wysokości szkody wyrządzonej przez oskarżonego jest dowolne.

Dowolne są także ustalenia dotyczące zamiaru, w jakim działał oskarżony. Ustalenie sądu, że „oskarżony działał umyślnie, gdyż znał zakres swoich obowiązków, wiedział, w jakim celu został zatrudniony, był świadomy skali przedsięwzięcia”, a także, że „oskarżony miał świadomość, że przyjmując opracowania [...] powoduje bezcelowe wydatkowanie środków publicznych, narażając Urząd Miasta na szkodę (s. 88 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), oparte zostało nie na dowodach ujawnionych na rozprawie głównej, ale na domniemaniach oskarżyciela publicznego i sądu a quo. Pomimo braku dowodów pierwotnych i bezpośrednich dotyczących przypisanego T. S. (1) zamiaru (co ma miejsce w rozpoznawanej sprawie), ustalenie wyrządzonej przez niego szkody jest możliwe, w razie dokonania ustaleń, na podstawie dowodów poszlakowych. W takim wypadku, ustalenie zamiaru oskarżonego nastąpić powinno w dwóch etapach. Pierwszy, polega na ustaleniu faktów dowodowych (poszlak) na podstawie środków dowodowych wskazujących bezpośrednio na istnienie takiego zamiaru. Jeśli poszlaki ustalone są w sposób niebudzący wątpliwości, to w drugim etapie wolno wnioskować z faktów dowodowych o zamiarze oskarżonego. Fakty dowodowe należy uznać na wystarczające do ustalenia zamiaru oskarżonego, gdy wyłączają wszelkie rozsądne wątpliwości w tym względzie, czyli gdy niemożliwe jest inne ustalenie, co do zamiaru, w którym działał oskarżony. Ustalenia, co do zamiaru oskarżonego nie można opierać na takich faktach dowodowych, z których wynika jedynie prawdopodobieństwo przypisanego mu zamiaru. W rozpoznawanej sprawie wymienione warunki nie zostały spełnione. Nie dość, że nie zostały udowodnione fakty dowodowe, z których należy wnosić o zamiarze, w jakim działał T. S. (1), to przyjęte przez sąd a quo poszlaki nie tworzą nierozzerwalnego łańcucha, gdyż pozwalają na zbudowanie wersji alternatywnej dla forsowanej przez oskarżyciela publicznego i przyjętej przez sąd pierwszej instancji.

Niezasadna jest apelacja oskarżyciela publicznego. Wobec uniewinnienia T. S. (1) od popełnienia czynu przypisanego mu w punkcie I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku, bezprzedmiotowe jest rozpoznanie zarzutu dotyczącego rażącej niewspółmierności środka karnego wymierzonego za wymienione przestępstwo.

Odnosnie do drugiego zarzutu, wbrew zarzutom apelacji, rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego we Wrocławiu o uniewinnieniu T. S. (1) od popełnienia czynu opisanego w punkcie II aktu oskarżenia, oparte zostało na dowodach ujawnionych na dowodach ujawnionych na rozprawie głównej, stosownie do art. 410 KPK oraz prawidłowo uzasadnione, zgodnie z wymogami określonymi w art. 424§1 pkt 1 KPK. Sąd pierwszej instancji na podstawie ujawnionych dowodów, w tym dowodów przeprowadzonych w ponownym postępowaniu stwierdził, że nie jest w stanie ustalić ponad wszelką rozsądną wątpliwość, że T. S. (1) świadomie i celowo użył sfalszowanego (podrobionego) dokumentu. Dlatego, powołując się na przepisy art. 5§1 i 2 KPK, uniewinnił oskarżonego.

W apelacji forsuje się zaś tezę, że skoro T. S. (1) znał W. S. (dowiedziony fakt dowodowy), to musiał wiedzieć, że podpis złożony na protokole odbioru za W. S., został podrobiony, a następnie świadomie użyć tego dokumentu (fakt główny). Rzecz w tym jednak, że wnioskowanie z faktu dowodowego (poszlaki) o fakcie głównym wymaga wykluczenia innych (alternatywnych) wersji zdarzenia. Tymczasem sąd a quo nie ustalił okoliczności, w jakich powstały kwestionowane dokumenty oraz osoby, która podrobiła podpis W. S.. Zasadnie zatem przyjął wymieniony

sąd, że wersja zdarzenia zaproponowana w akcie oskarżenia jest tak samo prawdopodobna, jak wersja jej przeciwna. Innymi słowy, oskarżyciel publiczny nie dowiódł w sposób wykluczający wszelkie rozsądne wątpliwości, że T. S. (1) dopuścił się zarzucanego mu przestępstwa. Argumenty podniesione w apelacji, stanowiąc polemikę z prawidłowymi ustaleniami sądu, wymienionych wątpliwości nie usunęły.

W tym stanie rzeczy, orzeczona, jak na wstępie.

***SSA Jerzy Skorupka SSA Witold Franckiewicz SSA Barbara Krameris***