

KAMILA KLEPAS – KRASZKA

adwokat

KANCELARIA ADWOKACKA
60-275 POZNAŃ, UL. TĘCZOWA 8
T. 604 7777 95
e-mail: adwokat@klepas.pl

Poznań, dnia 09.07.2021 roku

MEMORANDUM

na zlecenie Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu

w przedmiocie: przeprowadzonej przez Komisję Rady Nadzorczej kontroli dokumentacji związanej z modernizacją budynku 16 ABC na osiedlu Dębina w Poznaniu i wnioskami końcowymi Komisji – w ramach umowy na realizację robót remontowo-budowlanych nr 15/2017 z dnia 19 maja 2017 roku zawartej pomiędzy Spółdzielnią a firmą Pana Leszka Dudka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZURB MARBUD Leszek Dudek w odniesieniu do przepisów tj. art. 296 §1 i §1a kodeksu karnego, art. 267d ustawy Prawo Spółdzielcze i art. 270 §1 kodeksu karnego.

Wyłącznym zamiarem niniejszego memorandum jest dostarczenie informacji prawnej Radzie Nadzorczej w związku z przeprowadzoną przez Komisję kontrolą dokumentacji związanej z modernizacją budynku 16 ABC na osiedlu Dębina w Poznaniu i wnioskami końcowymi Komisji, o których jest mowa poniżej – w ramach umowy na realizację robót remontowo-budowlanych nr 15/2017 z dnia 19 maja 2017 roku zawartej pomiędzy Spółdzielnią a firmą Pana Leszka Dudka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZURB MARBUD Leszek Dudek.

Niniejsze, memorandum zostało przygotowane w oparciu o dane, dokumenty i informacje dostarczone przez Radę Nadzorczą oraz działającą przy Radzie Komisję, o ile w treści niniejszego memorandum nie zaznaczono inaczej.

Organami Spółdzielni są: Walne Zgromadzenie, Rada Nadzorcza i Zarząd. Zadania i kompetencje władz Spółdzielni określone są w: Statucie Spółdzielni, w Regulaminie Rady Nadzorczej oraz w Regulaminie Zarządu.

Na dzień sporządzenia niniejszego memorandum Zarząd Spółdzielni jest dwuosobowy. Prezesem Zarządu jest Pan Marek Szymański, członkiem Zarządu Pan Krzysztof Mieszała - Zastępca Prezesa. Rada Nadzorcza jest dziewięcioosobowa, w skład Rady Nadzorczej wchodzi – Przewodniczący Pan Marian Suchanowski, Zastępca Przewodniczącego Pani Maria Grzelak oraz Sekretarz Pan Michał Kaniewski, a także członkowie: Pan Stefan Najderek, Pani Elżbieta Kadow, Pani Małgorzata Gierwazik, Pan Edward Sobieraj, Pan Włodzimierz Grupa oraz Pan Robert Jaskulski.

Zgodnie z treścią protokołu Komisji Rady Nadzorczej w skład, której wchodzi: Pani Małgorzata Gierwazik, Pani Maria Grzelak oraz Pan Marian Suchanowski z kontroli dokumentacji związanej z modernizacją budynku 16 ABC na osiedlu Dębina w Poznaniu z dnia 02 maja 2021 roku Komisja stwierdziła, że zachodzą wątpliwości co do prawidłowości działań członków Zarządu w zakresie w/w procesu inwestycyjnego, a w konsekwencji możliwości spełnienia przez członków Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu znamion przestępstw, o których jest mowa w art. 267d ustawy *Prawo Spółdzielcze* oraz w art. 270 §1 i 296 *kodeksu karnego*. Wniosek końcowy Komisji jest następujący – *rozważenie możliwości spełnienia przez członków Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” znamion wyżej opisanych przestępstw*.

Protokół zawiera szereg twierdzeń i zarzutów związanych z remontem budynku 16 ABC na os. Dębina w Poznaniu, poczynając od zawarcia umowy na częściowy remont za kwotę znacznie przekraczającą umocowanie Zarządu, jak również zakres zleconych robót, wątpliwości Komisji budzi również realność oceny planowanego kosztu remontu przedstawionego w planie remontowym na rok 2017 (przyjętym przez organ nadzoru). Do dalszej weryfikacji Komisja przedstawiła prawdziwość informacji przedstawianych Radzie Nadzorczej oraz Spółdzielcom przez Zarząd. A także, Komisja wskazała na przedstawienie dwóch wersji tego samego dokumentu, co uzasadnia w jej ocenie popełnienie przestępstwa określonego w art. 270 *kodeksu karnego*.

Stan faktyczny: ustalony na podstawie dokumentów przekazanych przez Komisję Rady Nadzorczej, zgodnie z wykazem przekazanych w dniu 22 czerwca 2021 roku oraz dokumentacji uzupełniającej przekazanej przez członka Komisji i Zarząd (tj. załączników do umowy nr 15/2017 oraz protokołu lustracyjnego za lata 2016 - 2018).

Przedmiotem prac Komisji było przeprowadzenie działań kontrolnych w zakresie dokumentacji i czynności prowadzonych przez Zarząd Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu związanej z modernizacją budynku 16 ABC na os. Dębina w Poznaniu.

Prace związane z modernizacją części budynku wielomieszkaniowego położonego w Poznaniu, przy os. Dębina 16ABC realizowała firma Pana Leszka Dudka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZURB MARBUD Leszek Dudek, zgodnie z umową na realizację robót remontowo-budowlanych nr 15/2017 z dnia 10 maja 2017 roku.

Inwestycja została zlecona po wyłonieniu wykonawcy w procedurze przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez Zarząd Spółdzielni na remont i termomodernizację budynku mieszkalnego wielorodzinnego zlokalizowanego na działce nr 5/21 ark. 36, obręb Dębiec, os. Dębina (szczegółowe warunki określone zostały w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej przez mgr inż. arch. Bartłomieja Nazdrowicza – (projektanta). W przetargu trzy podmioty gospodarcze złożyły oferty, ostatecznie jeden z trzech oferentów zrezygnował, pozostały zatem dwie oferty spośród, których Komisja wyłoniła wykonawcę. Zgodnie z treścią protokołu z przetargu nieograniczonego na dostawy, usługi i roboty wykonywane na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu sporządzonego przez Komisję w składzie: Pana Marka Szymańskiego, Pana Krzysztofa Mieszały i Władysława Wieczorkowskiego przy udziale (w charakterze obserwatorów) członków Rady Nadzorczej: Pana Ryszarda Mieszkowskiego, Pana Edwarda Sobieraja i Pana Włodzimierza Grupy została wybrana oferta najkorzystniejsza spełniająca wszystkie warunki – oferta firmy ZURB MARBUD Leszek Dudek.

Przedmiot umowy był podzielony na etapy, tj. 6 etapów (zgodnie z umową, w projekcie mowa jest o trzech etapach, każdy z nich podzielony na dalsze dwa) – brak aneksów określających w sposób szczegółowy realizację prac, mimo zastrzeżenia w §1 ust. 3 umowy. W tym miejscu wskazuję, że przedmiot prac został przez Strony określony w §1 ust. 1 umowy, a

szczegółowe prace zostały określone w Załączniku nr 1 do umowy. Dodatkowo, zakres prac określała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz kosztorys ofertowy złożony przez wykonawcę (oferenta w przetargu), w którym określono zarówno zakres przedmiotowy jak i cenowy robót, z tym zastrzeżeniem, że przetarg dotyczył części elewacji budynku mieszkalnego, wielorodzinnego, jedenastokondygnacyjnego tj. pierwszego z czterech etapów (zgodnie z treścią ogłoszenia).

Termin rozpoczęcia prac I Etapu Robót określono w umowie na dzień 22 maja 2017 roku, a termin zakończenia ostatniego Etapu Robót na dzień 15 września 2020 roku. Odbiory robót następowały w częściach, co zostało potwierdzone Protokołami odbioru robót (częściowymi), a po zakończeniu prac odnotowany został przez Inspektora Nadzoru Pana Janusza Sokalskiego wpis do Dziennika Budowy datowany na dzień 05 września 2017 roku o zakończeniu robót tynkarskich i malowania elewacji zgodnie z projektem, ze wskazaniem co do dalszych zaleceń do odbioru końcowego.

W dokumentacji przekazanej przez Radę do badania znajdują się kopie protokołów odbioru robót (dwa protokoły z adnotacją odręczną „częściowy” i jeden bez adnotacji, ale z treści wynika, że dotyczy również częściowego odbioru robót „faktura częściowa”) oraz kopia protokołu odbioru robót (z adnotacją odręczną – „końcowy”) bez daty, potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Głównego Księgowego, jak również kserokopia powyższego dokumentu – protokołu odbioru robót (z adnotacją odręczną – „końcowy”) z datą również wpisaną ręcznie „10.10.2017 r.” o tożsamej treści co dokument przedstawiony przez Głównego Księgowego (który nie zawierał daty). Uwagi co do treści protokołów i poczynionej wzmianki odnośnie daty w dalszej części niniejszego opracowania.

Treść w/w dokumencie – protokołu końcowego wskazuje, że protokół został podpisany przez członka Zarządu Pana Krzysztofa Mieszałę i wykonawcę, był ostatnim protokołem odbioru z realizacji robót, został podpisany bez zastrzeżeń.

Częściowe faktury VAT wystawione przez wykonawcę po zsumowaniu opiewają na łączną kwotę 501.129,95 złotych brutto (464.009,21 zł netto) - zgodne z ustalonym w umowie wynagrodzeniem dotyczącym I Etapu Robót (wynagrodzenie stanowi cenę jednostkową za wykonanie każdego z Etapów Robót (§7 ust. 1 i 2 umowy), zgodnie z projektem do SIWZ. Natomiast, budżet zadania oszacowany w planie remontowym na rok 2017 wynosił 300.000

złotych dla danego etapu (łącznie 900.000 złotych dla całego budynku, takie wartości szacunkowe określał również plan remontowy na rok 2015).

Komisja słusznie zwróciła uwagę, że plan remontowy na rok 2017 przyjęty przez Radę Nadzorczą uchwałą nr 2/17 z dnia 27 marca 2017 roku określał łączny koszt brutto wszystkich prac remontowych w kwocie 2.070.120 złotych, a w części pkt 5 *Roboty różne* w łącznej kwocie 644.620 złotych, w tej części przewidziana była realizacja zadania remontowego budynku Dębina 16 ABC, stanowiącego przedmiot kontroli Komisji.

Nadmieniam, że w załączeniu do uchwały znajdują się wyjaśnienia do tabeli planu remontów na 2017 roku, z których wynika że nadal prowadzone są przez Zarząd konsultacje z przedstawicielami Politechniki Poznańskiej w zakresie technologii realizacji prac dla budynku 16 ABC (likwidacji płyt azbestocementowych).

Faktem jest, że nie dokonano korekty planu remontowego na rok 2017 w tej części w związku z przekroczeniem budżetu zadania, o którym jest mowa w pkt 5 *Roboty różne* planu remontowego. Zważyć należy, że wysokość wynagrodzenia wykonawcy była znana już na etapie procedury przetargowej, podczas wyboru ofert. Mimo, że Komisja przetargowa dokonała wyboru najniższej oferty pod względem ceny, to jednak kwota nie mieściła się w planowanym i oszacowanym na ten cel budżecie.

Wobec powyższego, zasadne było przedstawienie przez Zarząd Radzie Nadzorczej stosownej korekty planu remontowego w celu wprowadzenia zmian i przyjęcia nowego planu w części dotyczącej w/w zadania. Opracowanie planów remontowych leży w kompetencjach członka Zarządu – Zastępcy Prezesa, zgodnie z zakresem jego obowiązków (cyt. *opracowywanie planów prac remontowo – konserwacyjnych oraz innych przedsięwzięć związanych z poprawą stanu technicznego obiektów infrastruktury na osiedlu*).

Jednakże, mając na względzie fakt, że Rada uczestniczyła w zasadzie od początku procesu inwestycyjnego, albowiem jej przedstawiciele brali udział w przetargu w charakterze obserwatorów, nie sposób twierdzić, że Rada nie miała wiedzy o warunkach umowy, w tym wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a w konsekwencji również o przekroczeniu planu remontowego w tej części. Zarząd składał Radzie Nadzorczej kwartalne i roczne sprawozdania finansowe, w tym także relacjonował przebieg procesu inwestycyjnego, co znajduje

potwierdzenie w protokołach z posiedzeń Rady Nadzorczej również z udziałem członków Zarządu jak i Głównego Księgowego, jak również w protokołach m.in. Komisji Technicznej poprzedniej kadencji.

Zgodnie z protokołem z posiedzenia Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2017 roku, Rada przyjęła sprawozdanie z wykonania planu finansowego za III kwartały 2017 roku jednogłośnie. Również jednogłośnie Rada przyjęła sprawozdanie z wykonania remontów za III kwartały, załącznikiem uchwały był protokół Komisji Technicznej (pkt 4 i 7 porządku obrad).

W następstwie dalszych czynności w sprawozdaniu rocznym Rady w latach 2017 i 2018 była rekomendacja Rady dla Walnego Zgromadzenia o zatwierdzenie planu finansowego i udzielenie członkom Zarządu absolutorium. Walne Zgromadzenie zatwierdziło plan finansowy zarówno za rok 2017 jak i 2018, w tym okresie członkom Zarządu Walne Zgromadzenie udzieliło absolutorium.

Od realizacji kolejnych Etapów robót Zarząd odstąpił z przyczyn braku środków finansowych na ten cel, jak również wobec braku zgody mieszkańców. Zarząd wystąpił do każdego członka spółdzielni (właściciela) lokalu mieszkalnego położonego w budynku 16 ABC na os. Dębina w Poznaniu o wyrażenie zgody na realizację prac w kolejnych etapach, jednakże nie uzyskał takich zgód od wszystkich (dokumentacja okazana przez Prezesa Zarządu).

W tym miejscu, zwracam uwagę, że mimo postanowień umownych - formalnie nie zawieszono realizacji zadania, co w tej sytuacji winno znaleźć odzwierciedlenie w rzeczywistym stanie faktycznym.

Rekomenduję, rozważenie przez Radę w ramach zaleceń dla Zarządu podjęcie dalszych działań zmierzających do formalnego zakończenia współpracy z wykonawcą ze względu na brak możliwości kontynuowania zadania i brak środków finansowych na realizację kolejnych etapów, dla zachowania wymogów formalnych łączącej strony umowy. Na marginesie dodam, że nadal w dyspozycji Spółdzielni pozostaje wadium wpłacone przez Wykonawcę w związku ze złożeniem oferty w przetargu, należy również przeanalizować warunki jego ewentualnego zwrotu.

Analizując dokumenty związane z w/w zadaniem, zastrzeżenia Komisji budził fakt ingerencji w treść dokumentu protokołu odbioru robót – końcowego poprzez uzupełnienie przez jednego z członków Zarządu kserokopii w/w dokumentu o wzmiankę o dacie sporządzenia dokumentu. W tym kontekście, Komisja zwróciła uwagę na fakt posłużenia się przez członka Zarządu Pana Krzysztofa Mieszałę kserokopią dokumentu, w ten sposób że kserokopia opatrzona datą została przekazana Komisji prowadzącej kontrolę. Równolegle Komisja otrzymała od Głównego Księgowego komplet dokumentów tj. protokoły odbioru robót częściowe wraz z częściowymi fakturami VAT, a nadto protokół odbioru robót - końcowy (bez daty), który został opatrzony wzmianką „za zgodność z oryginałem”.

W protokole Komisji nie odnotowano faktu zwrócenia się do członka Zarządu z prośbą o wyjaśnienie sytuacji, ani treści jego wyjaśnień, jak doszło do wydania kserokopii dokumentu oraz celu jakiemu kserokopia miała służyć. Nie ustalono, nadto czy poczynione uzupełnienia kserokopii miały charakter porządkowy, adnotacji potwierdzających określone fakty i jaki był cel tychże adnotacji, a jest to okoliczność dość istotna.

Wobec powyższego, stwierdzić należy, że w obrocie prawnym funkcjonowały dwa dokumenty w postaci poświadczonych za zgodność z oryginałem kserokopii i kserokopii, która nie została w żaden sposób uwierzytelniona. Na tej podstawie, nie sposób twierdzić, by kserokopia dokumentu miała na celu wprowadzenie organu nadzoru w błąd co do treści dokumentu, albowiem równocześnie złożony był Radzie (Komisji) dokument w postaci uwierzytelnionej kserokopii – wiarygodność tego dokumentu, nie budziła żadnych wątpliwości, ani zastrzeżeń i znalazła odzwierciedlenie również w innych dokumentach Rady Nadzorczej poprzedniej kadencji, do których również odwołała się Komisja w protokole z dnia 02 maja 2021 roku, z wyłączeniem protokołu z dnia 24 września 2018 roku Komisji Rewizyjnej poprzedniej kadencji Rady Nadzorczej, który nie ma cech dokumentu.

Stan prawny: analiza wskazanych przepisów karnych na gruncie kodeksu karnego oraz ustawy *Prawo Spółdzielcze*, a także ich wykładnia i przegląd orzecznictwa.

Przestępstwo fałszerstwa materialnego stypizowane w art. 270 kodeksu karnego, stanowi że *kto, w celu użycia za autentyczny, podrabia lub przerabia dokument lub takiego*

dokumentu jako autentycznego używa, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (§1).

Jak zauważa Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 03 czerwca 1996 roku, sygn. akt: II KKN 24/96 *dobrem chronionym w przypadku przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów jest pewność obrotu prawnego, opierająca się na zaufaniu do dokumentu*, czy też – jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 24 maja 2011 roku, sygn. akt: II KK 13/11, (LEX nr 847132) „*dobro prawne ogólnej natury, jakim jest wiarygodność dokumentu*” (Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2019 roku, sygn. akt: IV KK 338/18, (LEX nr 2686093). Bezpośrednim przedmiotem ochrony unormowania art. 270 §1 k.k. jest **zaufanie do dokumentu** – jako formalnego sposobu stwierdzenia istnienia prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne, nie zaś samo to prawo, czy stosunek prawny, z którym konkretny podmiot łączy swój własny interes. Interes ten więc – o ile w ogóle – ulega naruszeniu lub zagrożeniu tylko w sposób pośredni, nieokreślony wprost znamionami rozważanego typu czynu. Przerobienie dokumentu polega na zmianie treści istniejącego, autentycznego dokumentu. Przerobienie może polegać m.in. na dokonaniu skreśleń, dopisków, wymazań. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 września 2000 r., sygn. akt: II KKN 569/97).

Jest to przestępstwo powszechne, które może być popełnione umyślnie.

W odniesieniu do podrabiania i przerabiania w grę wchodzi jedynie zamiar bezpośredni (ustawa używa określenia „*w celu*”); w przypadku używania dokumentu jako autentycznego możliwy jest też zamiar ewentualny (sprawca bowiem może przewidywać i godzić się na to, że dokument nie jest autentyczny). Por. Piórkowska-Flieger [w:] *System*, t. 8, s. 1014. **Samo posiadanie sfałszowanego dokumentu nie jest jego używaniem.**

Zachowanie się sprawcy przestępstwa opisanego w art. 270 §1 k.k. polega na podrobieniu lub przerobieniu dokumentu (*fałsz materialny*) lub też użyciu takiego dokumentu jako autentycznego.

Istota podrobienia dokumentu sprowadza się do sporządzenia takiego zapisu informacji, któremu nadaje się pozory autentyczności, w szczególności zaś tego, że pochodzi od określonego wystawcy. Podrobienie może zostać dokonane w każdy sposób prowadzący do stworzenia takiego zapisu informacji, który z uwagi na swoją treść odpowiadał będzie definicji dokumentu. Jednakże, **anonimowo poczynione adnotacje i zaznaczenia na dokumentach nie stają się integralną częścią dokumentów.**

Nie jest warunkiem dokonania przestępstwa użycia sfałszowanych dokumentów wyrządzenie przez to innemu podmiotowi szkody, ani by przedstawienie sfałszowanego dokumentu innej osobie wywołało u niej przekonanie o prawdziwości tego dokumentu - bo jest to przestępstwo formalne, godzące w wiarygodność dokumentów. Z punktu widzenia przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 270 k.k. obojętne jest, czy podrobiony został **oryginał dokumentu, jego kopia czy kserokopia**. Przestępstwo w swojej istocie skierowane jest przeciwko wiarygodności dokumentu, a to może być zachwiane w sytuacji, gdy w obrocie prawnym znajdzie się **kserokopia dokumentu nieodpowiadająca treści oryginalnego dokumentu lub stanowiąca jedyny dokument** (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 marca 2020 roku sygn. akt: II AKa 301/18 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2017 roku, sygn. akt: V KK 2/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w obrocie prawnym, tj. w zakresie prac Komisji Rady Nadzorczej funkcjonowały w obiegu dokumenty w postaci uwierzytelnionej za zgodność z oryginałem kopii jak również kserokopii niewuierzytelnionej, w konsekwencji zarówno Komisja jak i Rada miała wiedzę, co do treści autentycznej dokumentu. **Kserokopia dokumentu nieodpowiadająca treści oryginalnego dokumentu nie stanowiła jedynego dokumentu.**

Natomiast, działanie członka Zarządu należy ocenić przez pryzmat celu jakiemu miało służyć przekazanie przez niego dokumentu, a także fakt posiadania przez niego kopii na własny użytek. Samo zaś posiadanie sfałszowanego dokumentu nie jest jego używaniem.

Wobec powyższego, oryginały dokumentów zostały zabezpieczone wraz z kompletem dokumentacji dotyczącej tego remontu i znajdowały się u Głównego Księgowego. Zważyć należy, że kopie przekazane Komisji były poświadczane za zgodność z oryginałem i opatrzone zostały podpisem Głównego Księgowego, a nie członka Zarządu.

Jeżeli chodzi o odpowiedzialność odszkodowawczą organów wobec Spółdzielni zastosowanie mają nie tylko ogólne zasady określone w przepisach ustawy *Prawo Spółdzielcze*, a konkretnie w art. 58, który stanowi że *członek zarządu, rady oraz likwidator odpowiada wobec spółdzielni za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami statutu spółdzielni, chyba że nie ponosi winy*.

Nadto, członkowie Zarządu ponoszą również odpowiedzialność w zakresie gospodarowania i zajmowania się sprawami majątkowymi Spółdzielni na zasadach określonych w innych przepisach, w tym także w kodeksie karnym. Zważyć należy że w okresie, którego dotyczy badanie były przeprowadzone dwie kontrole niezależnych podmiotów – lustratora (lata 2016 – 2018) i biegłego rewidenta (za rok 2019), na wniosek Rady Nadzorczej.

Zatem, gospodarka finansowa Spółdzielni została poddana szczegółowej analizie.

Z protokołu lustracji w zakresie pełnym Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu wynika wprost, że: *Rada Nadzorcza sukcesywnie dokonywała oceny realizacji przez Zarząd prac objętych planem remontowym, co wynika z przedłożonych protokołów i posiedzeń Rady Nadzorczej. Plany były na bieżąco weryfikowane i dostosowywane do bieżących potrzeb (...). Kontroli poddano również umowę nr 15/2017 z dnia 19 maja 2017 roku na realizację robót remontowo – budowlanych. Bez uwag (s. 38 i 39 protokołu – opracowanie Inż. Ireneusz Purol – członek Związku Lustracyjnego Spółdzielni).*”

Wobec powyższego, stwierdzić należy że działania Zarządu były podejmowane za wiedzą i zgodą ówczesnej Rady Nadzorczej. Oba opracowania zawierały pozytywny wynik analiz, nie stwierdzając nieprawidłowości w zakresie gospodarki finansowej Spółdzielni.

Powyższe również potwierdzają sprawozdania Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej „Dębina” w Poznaniu w okresach sprawozdawczych za lata 2016 – 2018, o czym była już mowa wyżej.

W odniesieniu do analizy prawnej **przestępstwa niegospodarności stypizowanego w art. 296 kodeksu karnego** *kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (§1). Jeżeli sprawca, o którym mowa w § 1, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, spowoduje bezpośrednio niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 (§1a).*

Przedmiotem ochrony „przestępstwa” nadużycia zaufania są interesy majątkowe podmiotów, które powierzyły innym osobom prowadzenie swoich interesów. Czynność wykonawcza czynu zabronionego przez §1 polega na wyrządzeniu szkody. Omawiany czyn można popełnić zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie, podjęte wbrew obowiązкови (Górniok [w:] Górniok i in., t. 2, s. 426; Kardas [w:] Zoll III, s. 514 i n.). Należy dodać, że wyrządzenie szkody inaczej niż przez zachowanie podjęte wbrew obowiązкови nie wypełnia znamion omawianego czynu zabronionego (Kardas [w:] Zoll III, s. 546). Wyrządzenie szkody musi nastąpić przez nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków. *Nadużycie uprawnień* polega na zachowaniu bądź przekraczającym je, bądź nawet pozostającym w ich ramach, lecz podjętym niezgodnie z celem, dla którego uprawnienia zostały sprawcy nadane (Zawłocki [w:] Wąsek, Zawłocki II, s. 1312 i n.; Zawłocki [w:] *System*, t. 9, s. 472 i n.; Zawłocki [w:] Królikowski, Zawłocki, *Szczególna II*, s. 711; Górniok [w:] Górniok i in., t. 2, s. 426; por. też Czajka, *Przestępstwa*, s. 122 i n.; Zientara, *Przestępstwo*, s. 94). *Niedopełnienie obowiązków* polega albo na całkowitej bierności w sytuacji, kiedy konieczne było podjęcie działania, albo na podjęciu działań niewystarczających dla prawidłowego wywiązania się z obowiązków (Górniok [w:] Górniok i in., t. 2, s. 426).

Skutek przestępstwa stanowi szkoda majątkowa, która obejmuje zarówno rzeczywisty uszczerbek w majątku (*damnum emergens*), jak i utracone zyski (*lucrum cessans*). Natomiast, zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą oznacza wszelkie czynności podejmowane w ramach tych spraw, przy czym sporne jest, czy chodzi o zachowanie obejmujące nawet udzielanie rad (Peiper, *Komentarz*, s. 580; Górniok [w:] Górniok i in., t. 2, s. 423), czy chodzi tylko o sytuację, w której sprawca posiada samodzielność decyzyjną w zakresie majątku mocodawcy (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 roku, sygn. akt: II KK 81/13, OSP 2014/9, poz. 81 z glosą Zawłockiego i Gałęskiego, tamże).

Mając powyższe na uwadze, w ramach przestępstwa tzw. niegospodarności zachowanie sprawcy jest wyznaczone przez trzy elementy, tj. *formalną powinność zachowania się sprawcy wobec pokrzywdzonego, nadużycie przez niego swoich uprawnień lub niedopełnienie obowiązków oraz powstanie szkody majątkowej pokrzywdzonego będącej, wynikiem realizacji znamion czynnościowych przez sprawcę - pomiędzy powyższymi (występującymi łącznie) elementami musi istnieć związek przyczynowy, zaś każdy z tych elementów musi być objęty umyślnością co najmniej w zamiarze ewentualnym* (por. wyrok

Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 02 grudnia 2020 roku, sygn. akt: II AKa 202/20). Nieumyślne nadużycie zaufania jest stypizowane w art. 296 § 4 k.k. W orzecznictwie wyrażono pogląd, że do kręgu podmiotów przestępstwa z art. 296 k.k. nie mogą zostać zaliczone osoby wykonujące ściśle określone czynności w sposób niesamodzielny, jako wykonawcy cudzych poleceń (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 07 lutego 2019 roku sygn. akt: II AKa 318/18). Natomiast, szkoda w rozumieniu przepisu zamyka się uszczerbkiem w majątku danego podmiotu lub utratą spodziewanych korzyści i musi być konkretnie określona w pieniądzu. Oznacza to, że **jeżeli zachowania podjęte przez osobę określoną w art. 296 § 1 k.k. (polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązku) nie są uzasadnione, nie są celowe, nie są etyczne bądź są kontrowersyjne, ale w efekcie ich podjęcia nie została spowodowana szkoda majątkowa w wielkich rozmiarach lub też znaczna szkoda majątkowa to nie ma wówczas podstaw do przypisania sprawcy przestępstwa z art. 296 § 1 k.k.** Zatem, skoro przepis wymienia różne czynności sprawcze dla wypełnienia znamion czynu konieczne jest precyzyjne ustalenie: w przypadku przekroczenia uprawnień - że zachowanie sprawcy nie mieściło się w granicach przyznanych mu kompetencji, że nie był on w ogóle umocowany do podejmowania takich czynności, a w przypadku nadużycia uprawnień - czy polegało ono na zachowaniu charakteryzującym się formalnie przyznanymi sprawcy kompetencjami, czy też na zachowaniu się mieszczącym się formalnie w ramach posiadanych przez sprawcę uprawnień, lecz stanowiącym niezgodne lub wręcz przeciwne celowi tych kompetencji posługiwanie się nimi (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 grudnia 2018 roku, sygn. akt: II AKa 433/17 oraz z dnia 20 lipca 2018 roku sygn. akt: II AKa 358/16). Określenie "*nadużycie uprawnień*" jest szersze niż przekroczenie uprawnień (wskazane w art. 231 §1 k.k.) i obejmuje zarówno działania wykraczające poza zakres udzielonych uprawnień, jak i działania formalnie mieszczące się w tym zakresie, ale wyraźnie sprzeczne z interesem mocodawcy lub obowiązkami "*dobrego gospodarza*" (tj. dbania o interesy mocodawcy przy prowadzeniu na jego rzecz działalności gospodarczej, aby przyniosła ona zysk, a nie powodowała strat).

Zatem, mając na uwadze powyższe, należy rozważyć czy działanie Zarządu w rozumieniu w/w przepisu stanowiło przekroczenie, czy nadużycie uprawnień – w kontekście wniosków Komisji w zakresie przekroczenia umocowania do zawarcia umowy na częściowy remont budynku przy os. Dębina 16 ABC na warunkach w niej określonych i czy w związku z

takim działaniem po stronie Spółdzielni powstała szkoda majątkowa, a także czy pomiędzy takim działaniem a powstaniem szkody zachodzi związek przyczynowo – skutkowy.

Jeżeli chodzi o szkodę majątkową, to nie jest to jednoznaczne. Albowiem, mimo zawarcia przez Zarząd w/w umowy, mimo braku sporządzenia przez członka Zarządu korekty planu remontowego uwzględniającego konieczność poniesienia przez Spółdzielnię wyższych – niż te szacowane – kosztów, to jednak realizacja robót, stanowiła inwestycję w zasobach Spółdzielni. Nie sposób więc, nie dostrzec korzyści wynikających z wykonanego remontu, w tym sensie fakt wystąpienia szkody wymaga zastanowienia i zważenia interesu Spółdzielni.

Wydaje się więc, że realny wpływ jaki mogła mieć w/w inwestycja na ogólny budżet Spółdzielni, to konieczność przesunięć innych zamierzeń remontowych w ramach funduszu remontowego na kolejny okres. Rada Nadzorca poprzedniej kadencji nie zwracała się o wyjaśnienia do Zarządu w tej kwestii, czy w związku z przekroczeniem planu remontowego, jakieś inwestycje czy remonty nie zostały zrealizowane i czy w związku z tym Spółdzielnia poniosła szkodę majątkową.

Na podstawie dostarczonych dokumentów, nie można stwierdzić, czy taka sytuacja miała miejsce. Jednakże, żadne zastrzeżenia nie zostały w tym zakresie poczynione ani przez Zarząd, ani przez organ nadzoru w sprawozdaniach finansowych, w tym wykonania remontów w roku 2017.

Natomiast, jeżeli chodzi o przepis karny z ustawy *Prawo Spółdzielcze*, do którego odwołała się Komisja tj. **art. 267d ustawy, który stanowi, że *kto, będąc członkiem organu spółdzielni albo likwidatorem, ogłasza dane nieprawdziwe albo przedstawia je organom spółdzielni, władzom państwowym, członkom spółdzielni lub lustratorowi, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.***

Istotne jest więc, ustalenie czy działania członka/ członków zarządu były czynnościami (działaniem) sprzecznym z interesem członków Spółdzielni, czy ich działania były podejmowane z należytą starannością, a także czy działanie członka zarządu doprowadziło do powstania szkody w majątku Spółdzielni, przy uwzględnieniu reguł dotyczących Spółdzielni, spółdzielnie podlegają przede wszystkim przepisom art. 5 i 6 ustawy o *spółdzielniach mieszkaniowych*. W zasadzie aktualne pozostają uwagi poczynione podczas analizy przepisu

art. 296 kodeksu karnego, ze szczególnym uwzględnieniem cech spółdzielni i specyfiki jej działalności. Orzecznictwo sądów na gruncie w/w przepisu jest dość ubogie, a analiza orzeczeń nie znajduje odzwierciedlenia w niniejszym stanie faktycznym.

III. Wnioski i rekomendacje

Zasadne jest rozważenie przez Radę Nadzorczą wszczęcia postępowania wyjaśniającego z udziałem Zarządu i/lub poinformowanie Zarządu (członka Zarządu) o wynikach kontroli przeprowadzonej przez Komisję Rady Nadzorczej.

Nadto, wydaje się że podniesienie tak istotnych zarzutów pod adresem jednego z członków Zarządu wymaga złożenia przez niego wyjaśnień przed Radą, w szczególności w zakresie rozliczenia prac remontowych, nie tylko w ramach umowy, ale także tych prac i kosztów, o których Zarząd informował mieszkańców. Bowiem kwoty pozostają w znacznej dysproporcji, a wobec wydatkowania tych środków aktualizuje się obowiązek rzetelnego ich rozliczenia, także w kontekście poczynienia ustaleń czy w majątku Spółdzielni powstała szkoda wobec decyzji podjętych przez Zarząd.

W przypadku, stwierdzenia podejrzenia popełnienia przestępstwa zachodzi obowiązek zawiadomienia organów ścigania o możliwości jego popełnienia w celu dalszego wyjaśnienia sprawy.

Analiza prawna znamion czynów zabronionych będąca przedmiotem zainteresowania Komisji Rady Nadzorczej pozwoli na dokonanie rzeczowej oceny naruszeń Zarządu lub członka zarządu, w kontekście powierzonych obowiązków, jak również oceny samodzielności decyzji przy realizowaniu zadania remontowego stanowiącego przedmiot kontroli oraz ewentualnie istnienia lub nie współodpowiedzialności innych organów w tymże procesie decyzyjnym. Przy czym, istotnym warunkiem jest wystąpienie po stronie Spółdzielni szkody majątkowej spowodowanej działaniem lub zaniechaniem podmiotu odpowiedzialnego.

Reasumując, szacowane koszty remontu budynku nr 16 ABC na osiedlu Dębina, były założeniem w planie remontowym na rok 2017 niewystarczającym. W przetargu została

wybrana oferta znacznie przekraczająca wartość przyjętego szacunku, zatem już na tym etapie należało dokonać korekty planu remontowego lub zakończyć procedury przetargowe bez wyboru oferty.

Niezależnie od powyższego, sprawozdania zarówno finansowe jak i remontowe zostały przez Radę Nadzorczą przyjęte bez żadnych zastrzeżeń, konsekwentnie Rada wnioskuje do Walnego Zgromadzenia o przyjęcie sprawozdań i udzielenie członkom Zarządu absolutorium, a Walne sprawozdania zatwierdziło. Na podstawie dokumentów finansowych, a w szczególności planu remontowego na rok 2017 stwierdzić należy, że Zarząd przekroczył umocowanie i wykonał plan remontowy ponad założenia budżetu dla remontu ściany budynku 16 ABC to jednak, decyzja Zarządu i inne czynności z w/w inwestycją związane zostały w pewnym sensie usankcjonowane przez decyzje ex post organów Spółdzielni.

Podstawa prawna:

Kodeks karny.

Ustawa Prawo Spółdzielcze i o spółdzielniach mieszkaniowych

Orzecznictwo i komentarze do art. 270 k.k., art. 296 k.k. oraz art. 267d ustawy *Prawo Spółdzielcze*.

oraz akty wewnętrzne Spółdzielni.

adwokat Kamila Klepas – Kraszka