

Sygnatura akt II AKa 384/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 stycznia 2018 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:**

Przewodniczący: SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)

Sędziowie: SSA Witold Franckiewicz

SSA Wiesław Pędziwiatr

Protokolant: Anna Czarniecka

**przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej we Wrocławiu Tadeusza Potoki**

**po rozpoznaniu w dniu 31 stycznia 2018 r.**

**sprawy J. H.**

**oskarżonego o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art.294 § 1 k.k.**

**i R. L.**

**oskarżonego o czyn z art. 231 § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.**

**na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych i prokuratora**

**od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu**

**z dnia 9 października 2017 r. sygn. akt III K 341/16**

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego J. H. w ten sposób, że:**

**- z opisu czynu przypisanego w punkcie I części rozstrzygającej eliminuje ustalenie o poświadczeniu nieprawdy w kosztorysie powykonawczym,**

**- w punktach I, IV i VI części rozstrzygającej podstawę skazania, wymiaru kary, orzeczenia obowiązku naprawienia szkody i przepadku uzupełnia o przepis art. 4 § 1 k.k.,**

**II. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego R. L. w ten sposób, że:**

**- za podstawę skazania za czyny przypisane oskarżonemu R. L. w punkcie II części rozstrzygającej przyjmuje art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. a za podstawę wymiaru kary art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i w zw. z art. 4 § 1 k.k.**

**- podstawę orzeczenia zakazu wykonywania zawodu (punkt V części rozstrzygającej) uzupełnia o przepis art. 4 § 1 k.k.**

**III. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy wobec oskarżonych R. L. i J. H.,**

**IV. zasadza od oskarzonych R. L. i J. H. na rzecz Skarbu Państwa po 306 złotych kosztów sądowych postępowania odwoławczego i określa, że wydatki związane z nieuwzględnioną apelacją prokuratora ponosi Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

J. H. został oskarżony o to, że:

I. W okresie od sierpnia do grudnia 2013 r. we W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził Skarb Państwa reprezentowany przez Komendanta Wojewódzkiego Policji we W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w kwocie 297.692,51 zł poprzez uzyskanie nienależnego wynagrodzenia na podstawie faktury VAT nr (...) wystawionej dnia 30 września 2013 r. oraz faktury VAT nr (...) wystawionej dnia 17 grudnia 2013 r. za wykonanie prac w ramach umowy z dnia 2 sierpnia 2013 r. nr (...) (...), której przedmiotem miało być wykonanie modernizacji obiektu Komisariatu Policji W. R. przy ul. (...) w ten sposób, że wprowadził zamawiającego w błąd co do zakresu i jakości faktycznie wykonanych prac poprzez ujęcie w kosztorysie powykonawczym prac, które w rzeczywistości nie zostały wykonane, zawyżając wartość prac o kwotę odpowiadającą pracom, które faktycznie nie zostały wykonane lub zostały wykonane w sposób i przy użyciu materiałów innych niż ujęte w kosztorysie powykonawczym bądź niezgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami i wymogami technicznymi,

**tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.**

R. L. został oskarżony o to, że:

II. Jako Starszy Specjalista Wydziału Interwencji i Remontów Komendy Wojewódzkiej Policji we W. w dniu 30 września 2013r. nie dopełnił swoich obowiązków służbowych wynikających z § 8 umowy z dnia 2 sierpnia nr (...) (...) oraz poświadczył nieprawdę w protokole częściowym odbioru robót realizowanych w ramach wykonania wymienionej wyżej umowy, której przedmiotem było wykonanie modernizacji obiektu Komisariatu Policji W. R. przy ul. (...), w ten sposób, że potwierdził dokonanie odbioru robót, oraz zatwierdził merytorycznie fakturę VAT nr (...) wystawioną przez wykonawcę na kwotę brutto 552.707,03 zł mimo, że część prac nie została faktycznie wykonana lub została wykonana w sposób i przy użycie materiałów innych niż ujęte w kosztorysie powykonawczym, bądź niezgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami i wymogami technicznymi, działając tym samym na szkodę Skarbu Państwa reprezentowanego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji we W.,

**tj. o czyn z art. 231 § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.**

III. Jako Starszy Specjalista Wydziału Interwencji i Remontów Komendy Wojewódzkiej Policji we W. w dniu 30 września 2013r. nie dopełnił swoich obowiązków służbowych wynikających z § 8 umowy z dnia 2 sierpnia nr (...) (...) oraz poświadczył nieprawdę w protokole częściowym odbioru robót realizowanych w ramach wykonania wymienionej wyżej umowy, której przedmiotem było wykonanie modernizacji obiektu Komisariatu Policji W. R. przy ul. (...), w ten sposób, że potwierdził dokonanie odbioru wszystkich robót, przewidzianych ww. umową, podczas gdy część prac zleconych głównemu wykonawcy nie została faktycznie wykonana lub została wykonana w sposób i przy użycie materiałów innych niż ujęte w kosztorysie powykonawczym, bądź niezgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami i wymogami technicznymi oraz na podstawie tego protokołu zatwierdził merytorycznie fakturę VAT nr (...) wystawioną przez wykonawcę na kwotę brutto 547.339,60 zł, działając tym samym na szkodę Skarbu Państwa reprezentowanego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji we W.,

**tj. o czyn z art. 231 § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k..**

W wyroku z dnia 9 października 2017r. sygn. akt III K 341/16 Sąd Okręgowy we Wrocławiu wydał następujące rozstrzygnięcia:

I. Uznał oskarżonego J. H. za winnego popełnienia czynu polegającego na tym, że w okresie od sierpnia do grudnia 2013 r., we W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako wykonawca modernizacji obiektu Komisariatu Policji W. R. przy ul. (...) we W., poświadczył nieprawdę w kosztorysie powykonawczym poprzez ujęcie robót posadzkowych, tynkarskich i malowania I, II, III piętra, stolarki okiennej poddasza, stolarki drzwiowej III piętra, oraz w zakresie prac dekarских, zagospodarowania terenu oraz instalacji oświetlenia i gniazd wtykowych, które nie zostały w rzeczywistości wykonane a następnie wystawił za te prace faktury VAT nr (...) z dnia 30 września 2013 r. i nr (...) z dnia 17 grudnia 2013 r., na podstawie których uzyskał nienależne wynagrodzenie w kwocie 123.003,08 zł, czym działał na szkodę Skarbu Państwa, reprezentowanego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji we W., tj. występku z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 271 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

II. Uznał oskarżonego R. L. za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt II i III części wstępnej wyroku, stanowiących przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – dwukrotnie, przyjmując, że zostały popełnione w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności oraz stanowią ciąg przestępstw i za to na podstawie art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył za tak opisany ciąg przestępstw, karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed 1.07.2015r.) wykonanie wymierzonej J. H. oraz R. L. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 3 (trzech) lat;

IV. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego J. H. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem opisanym w pkt. I części dyspozytywnej wyroku, poprzez zapłatę kwoty 123.003,08 zł (stu dwudziestu trzech tysięcy trzech złotych 08/100) na rzecz Skarbu Państwa, reprezentowanego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji we W.;

V. na podstawie art. 41 § 1 k.k., orzekł wobec oskarżonego R. L. zakaz wykonywania zawodu inspektora nadzoru inwestorskiego na okres 3 (trzech) lat;

VI. na podstawie art. 44 § 1 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa i zarządził pozostawienie w aktach sprawy dowodów rzeczowych opisanych w wykazie Drz 1156/16 pod poz. 30 oraz w wykazie Drz 1157/16 pod poz. 31;

VII. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił dowody, uznając za zbędne dla postępowania osobom uprawnionym:

- J. H. – opisane pod poz. 4-14 w wykazach nr Drz 1130/16-1140/16

- Komendantowi Wojewódzkiemu Policji we W. – opisane pod poz. 1,2 oraz 15-29 w wykazach Drz 1127/16-1128/16, 1141/16-1155/16

- M. K. – opisane pod poz. 3 w wykazie Drz 1129/16;

VIII. na podstawie art. 627 k.p.k., art. 633 k.p.k. zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe na nich przypadające, w tym wymierzył im opłatę w kwocie po 300 zł.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez prokuratora oraz obrońców oskarżonych.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonych J. H. i R. L. w części dotyczącej orzeczenia o karze. Zarzucił:

I. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu J. H. za przypisane mu przez Sąd I instancji przestępstwo, polegającą na nie orzeczeniu wobec ww. obok zastosowanej kary pozbawienia wolności i środka kompensacyjnego kary grzywny z uwagi na nieuwzględnienie w stopniu należyтым określonych w art. 53 k.k. dyrektyw sądowego wymiaru kary w następstwie niedostatecznego uwzględnienia przy jej wymiarze okoliczności obciążających oskarżonego, tj. stopnia winy, stopnia społecznej szkodliwości, motywacji i sposobu zachowania sprawcy oraz rodzaju ujemnych następstw przestępstwa, korzyści majątkowej jaką osiągnął, celów zapobiegawczych i wychowawczych, jak również

potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej przestępstwa pomimo poczynienia prawidłowych ustaleń w tym zakresie,

II. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu R. L. za przypisane mu przez Sąd I instancji przestępstwo, polegającą na nie orzeczeniu wobec ww. obok zastosowanej kary pozbawienia wolności i środka kompensacyjnego kary grzywny z uwagi na nieuwzględnienie w stopniu należyтым określonych w art. 53 k.k. dyrektyw sądowego wymiaru kary w następstwie niedostatecznego uwzględnienia przy jej wymiarze okoliczności obciążających oskarżonego, tj. stopnia winy, stopnia społecznej szkodliwości, motywacji i sposobu zachowania sprawcy oraz rodzaju ujemnych następstw przestępstwa, korzyści majątkowej jaką osiągnął, celów zapobiegawczych i wychowawczych, jak również potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej przestępstwa pomimo poczynienia prawidłowych ustaleń w tym zakresie,

III. obrazę przepisów prawa procesowego mającą wpływ na treść orzeczenia, mianowicie naruszenia art. 424 § 2 k.p.k. wyrażającą się w braku odniesienia się Sądu co do faktu nie wymierzenia wobec podejrzanych J. H. i R. L. wnioskowanych kar grzywny w treści uzasadnienia wyroku pomimo złożenia takich wniosków przez oskarżyciela.

Prokurator wniósł o:

I. zmianę zaskarżonego wyroku wobec J. H., poprzez wymierzenie mu za czyny przypisane w części dyspozytywnej wyroku, obok kary w postaci pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz środka kompensacyjnego w postaci obowiązku naprawienia szkody, kary grzywny w wysokości 180 stawek po 80 złotych,

II. zmianę zaskarżonego wyroku wobec R. L., poprzez wymierzenie mu za czyny przypisane w części dyspozytywnej wyroku, obok kary w postaci pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz środka kompensacyjnego w postaci zakazu wykonywania zawodu inspektora nadzoru inwestorskiego, kary grzywny w wysokości 250 stawek po 120 złotych,

przy pozostawieniu bez zmian pozostałych rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym wyroku.

Obrońca oskarżonego R. L. zaskarżył wyrok w całości w odniesieniu do oskarżonego R. L.. Zarzucił:

I. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez naruszenie:

1) art. 2 § 1 pkt. 1 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. przez dokonanie przez Sąd I instancji sprzecznego z prawdą ustalenia faktycznego, że oskarżony dopuścił się zarzucanego przestępstwa i pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej w sytuacji, kiedy w rzeczywistości jest on osobą niewinną, a oskarżony nie przyznał się do winy zaś dowody go obciążające są niespójne i wątpliwe;

2) art. 4 k.p.k. przez jednostronną ocenę dowodów wbrew zasadzie obiektywizmu w świetle której należało uwzględnić i merytorycznie odnieść do merytorycznej linii obrony akcentującej wątpliwości co merytorycznych argumentów opinii biegłego mgr. I. W. J. w zakresie poczynionych ustaleń;

3) art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 2 i § 2 k.p.k., art. 201 k.p.k. i naruszenia swobodnej oceny dowodów poprzez:

a) preferowanie dowodów obciążających oskarżonego przy jednoczesnym odrzuceniu dowodów przemawiających na korzyść oskarżonego – zeznań świadków i prywatnych opinii;

b) przyjęcie za wiarygodne zeznań K. K. (1) Komisariatu Policji W. – R. – przedstawiciela użytkownika, która jak sama przyznała dokonywała sugestii innych rozwiązań niż przewidziane w projekcie, z perspektywy podmiotu korzystającego w przyszłości z pomieszczeń;

c) oskarżony miał zamiar ewentualny popełnienia zarzucanych mu przestępstw co razi sprzecznością z poczynionymi przez Sąd ustaleniami faktycznymi albowiem „prawidłowe sprawowanie nadzoru przez inspektorów w czasie objętym

zarzutami było utrudnione z uwagi na małą ilość inspektorów i dużą liczbę inwestycji” (s. 11 uzasadnienia wyroku) co stanowi okoliczność zewnętrzną niezależną od oskarżonego, którą oskarżony musiał zaakceptować, jako polecenie wydane mu przez przełożonych;

d) pominięcie okoliczności, iż oskarżony R. L. odmówił Wykonawcy zatwierdzenia robót dodatkowych wykonanych, a nie ujętych w kosztorysie robót bacząc by wartość wykonanych prac nie przekroczyła wartości kontraktu co obrazuje brak zamiaru oskarżonego popełnienia zarzucanych mu przestępstw;

e) przypisanie oskarżonemu wyłącznej winy za zaistnienie nieprawidłowości w odbiorze prac remontowych przeprowadzonych w budynku Komisariatu Policji W. R., podczas gdy odbiór został dokonany przez Komisję odbiorową, której Przewodniczącym nie był oskarżony, a w skład której wchodził również przełożony oskarżonego w tym Naczelnik Wydziału Inwestycji i Remontów K. W. T. C., a odbioru prac nie dokonał samodzielnie R. L. lecz komisja odbiorowa;

f) oparcie się przez Sąd w znacznej mierze na opinii biegłego W. J., której rzetelność została skutecznie zakwestionowana w toku prowadzonego postępowania, co dostrzegł Sąd I instancji przyjmując odmienną wartość szkody niż wskazana przez biegłego;

g) oddaleniu wniosku obrońcy oskarżonego o dopuszczenie dowodu z nowej opinii biegłego co w kontekście podnoszonych przez świadków i biegłych prywatnych okoliczności związanych z ułożeniem nawierzchni przed budynkiem bez rozebrania poprzedniej uniemożliwiło dokonanie weryfikacji prawdziwości stawianych oskarżonemu zarzutów;

h) pominięcie w rozważaniach ustaleń wynikających z zeznań świadków pracowników – D. K. i A. L. z Wydziału Inwestycji i Remontów K. we W., którzy dokonali ponownego obmiaru robót budowlanych i prywatnej opinii sporządzonej przez mgr inż. Z. O. złożonej przez oskarżonego do akt postępowania przygotowawczego,

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający bezpośredni wpływ na treść orzeczenia polegający na uznaniu oskarżonego za winnego zarzucanych mu przestępstw umyślnego niedopełnienia obowiązków i poświadczenia nieprawdy pomimo, że oskarżony do winy się nie przyznał i nie zostało w postępowaniu wykazane w sposób dostateczny wykazane aby oskarżony miał zamiar ewentualny popełnienia zarzucanych mu czynów oraz wyjaśnił, że na skutek sytuacji zewnętrznej w jakiej się znalazł, nie było obiektywnie możliwe wykonanie nałożonych na niego obowiązków co świadczy bardziej o lekkomyślności lub niedbalstwie i zostało przez Sąd I instancji całkowicie pominięte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku;

III. obrazę prawa materialnego a to art. 41 § 1 k.k. polegającą na jego niewłaściwym zastosowaniu poprzez orzeczenie zakazu wykonywania zawodu inspektora nadzoru wobec oskarżonego R. L. przy przyjęciu rzekomego niebezpieczeństwa wykonywania tej funkcji przez oskarżonego, podczas gdy niebezpieczeństwo jeśli takie powstało to tylko za przyczyną przełożonych oskarżonego a więc z przyczyn zewnętrznych od oskarżonego niezależnych.

Wskazując na powyższe obrońca wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie oskarżonego,

ewentualnie o:

2. uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania.

Obrończyni oskarżonego J. H. zaskarżyła wyrok w całości na korzyść oskarżonego. Zarzuciła:

I. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżanego wyroku, a to:

1) art. 167 w zw. z art. 366 § 1 k.p.k., polegającą na zaniechaniu podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, w szczególności zaś niepodjęciu czynności, które pozwoliłyby na ustalenie, jaką wartość miały prace dodatkowe zlecone oskarżonemu w toku remontu Komisariatu Policji W. R., pomimo tego, że dopiero ustalenie tej kwoty pozwoliłoby na rzetelne określenie, czy w przedmiotowej sprawie po stronie pokrzywdzonego powstała jakakolwiek szkoda;

2) art. 193 k.p.k. polegającą na:

a) zaniechaniu powołania nowego biegłego bądź zobowiązaniu biegłego ustanowionego w niniejszej sprawie do wydania opinii uzupełniającej na piśmie, której przedmiotem byłoby zweryfikowanie wartości zleconych i faktycznie wykonanych prac przez oskarżonego i oparcie wyroku jedynie na treści opinii biegłego W. J., mimo konsekwentnego kwestionowania jej rzetelności zarówno przez obu oskarżonych jak i samego pokrzywdzonego,

b) przejęciu przez Sąd orzekający kompetencji biegłego, przejawiające się w ustaleniu wartości szkody w sposób dowolny i odmienny od wycenienia biegłego;

3) art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności zaś wyjaśnień oskarżonych oraz zeznań przesłuchiwanego na rozprawie głównych świadków, co doprowadziło do dowolnego, a więc nie pozostającego pod ochroną normy wynikającej z art. 7 k.p.k. przyjęcia, że w momencie wykonywania prac na terenie Komisariatu Policji W. R. przy ul. (...), oskarżony J. H. celowo ujął w kosztorysie powykonawczym prace, które w rzeczywistości nie zostały wykonane bądź zawyżył wartość prac, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w sytuacji gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oceniony prawidłowo oraz w sposób zgodny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego nie uzasadniał takiej jego oceny;

II. obrazę prawa materialnego, a mianowicie:

1) art. 271 § 3 k.k. poprzez przyjęcie, że oskarżony J. H. zrealizował znamiona czynu zabronionego stypizowanego w tym przepisie, pomimo tego, że ocena zebranego materiału dowodowego wprost wskazuje, iż nie działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;

2) art. 46 k.k. poprzez nieustalenie przez Sąd I instancji w sposób nie budzący wątpliwości czy w przedmiotowej sprawie Skarb Państwa rzeczywiście poniósł szkodę, a jeżeli tak, to jaka była jej faktyczna wartość i w konsekwencji powyższego orzeczenie obowiązku naprawienia szkody na rzecz podmiotu, który prawdopodobnie szkody nie poniósł.

Skarżąca wniosła, aby Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok na korzyść oskarżonego uniewinniając go od zarzucanych mu czynów, ewentualnie uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja wniesiona przez prokuratora nie zasługuje na uwzględnienie, natomiast apelacje obrońców oskarżonych zasługują na uwzględnienie w części.

#### **1. Co do apelacji obrońcy oskarżonego R. L.:**

Apelacja wniesiona przez obrońcę oskarżonego R. L. zasługuje na uznanie jedynie w niewielkiej części.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że konstrukcja apelacji obrońcy R. L., choć nie jest to w niej dosłownie wskazane, wskazuje, że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia jak i po części zarzut obrazę przepisów postępowania jest konsekwencją naruszeń przepisów postępowania. Dlatego też, zarzuty należy rozpatrywać w formule nieco innej niż wskazanej przez skarżącego, mimo wyraźnego podziału w apelacji.

Analizę zarzutów obrazy prawa procesowego należy rozpocząć od rzekomego preferowania dowodów obciążających oskarżonego przy jednoczesnym odrzuceniu dowodów przemawiających na korzyść oskarżonego. Nie można z tym zarzutem w żaden sposób się zgodzić. Przede wszystkim pochylić się należy nad kontestowaną przez obu oskarżonych opinią biegłego mgr inż. W. J.. Biegły został powołany do sprawy postanowieniem prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego. Jego opinia jest pełna, spójna i logiczna (k. 332-367). Dodać należy, że przy dość skomplikowanej materii opinia jest jasno i przejrzysto zaprezentowana przez biegłego. Tzw. opinie prywatne, czyli opinia sporządzona przez zespół inspektorów D. K., A. L. i K. K. (2), powołanych poleceniem służbowym Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów KWP (k. 566-574), a także opinia prywatna sporządzona przez Z. O. (k. 465-471) kwestionowały stanowisko biegłego W. J.. Wówczas biegły ten wydał ekspertyzę uzupełniającą (k. 668-682), w której przekonująco odniósł się do zarzutów opinii prywatnych. Sąd I instancji przesłuchał dwukrotnie biegłego na rozprawie, gdzie pytania zadawali mu także oskarżeni oraz obrońcy, co świadczy o wnikliwym podejściu Sądu do opinii biegłego.

Wszystkie podnoszone przez oskarżonych wątpliwości odnośnie opinii biegłego zostały wyczerpująco wyjaśnione. Dodać należy, że w przeciwieństwie do autorów opinii prywatnych, biegły dokonywał obliczeń w sposób kompleksowy i bardzo dokładny. Choćby obliczenia powierzchni dachu zostały wykonane przez wejście na dach, a nie jak wskazują autorzy opinii zespołu inspektorów jedynie wychylając się przez okno. Wskazać należy też fakt dokonania przez biegłego dwukrotnej odkrywki w różnych miejscach na placu przed Komisariatem w celu sprawdzenia, czy faktycznie kostkę brukową położono na istniejącej wcześniej „trylinie”, czego autorzy opinii prywatnych nie uczynili. Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że opinia biegłego jest kompleksowa, natomiast opinie prywatne koncentrują się jedynie na wybranych kwestiach, co automatycznie sprawia, że nie można traktować ich jako pełnej oceny wykonania robót budowlanych. Sąd I instancji słusznie podnosi w uzasadnieniu wyroku (k. 979), że obiektywność autorów opinii prywatnych jest co najmniej wątpliwa z uwagi na to, że byli oni osobami współpracującymi z oskarżonym R. L.. Nie można zgodzić się w tej sytuacji z oceną obrońcy twierdzącego, że „rzetelność opinii została skutecznie zakwestionowana”.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzuty odnośnie opinii biegłego mają naturę jedynie polemiczną. Z tego powodu, Sąd I instancji nie miał obowiązku powołania nowego biegłego, ponieważ opinia nie została skutecznie podważona (art. 201 k.p.k.), a biegły przekonująco wytłumaczył wątpliwości podnoszone przez oskarżonych. Sąd Okręgowy dysponował wystarczającym materiałem dowodowym w postaci wiadomości specjalnych przekazanych od biegłego. Wskazany w apelacji zarzut niepowołania kolejnego biegłego nie zasługuje na uwzględnienie. Nie można wymagać od Sądu powołania kolejnego biegłego tylko dlatego, że strona nie zgadza się z istniejącą opinią.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji prawidłowo ocenił zeznania świadka K. W., która jest K. Komisariatu Policji W. – R.. Przede wszystkim należy wskazać, że inaczej rolę K. W. w procesie nadzoru przedstawia ta świadek, a inaczej oskarżony R. L. i przede wszystkim oskarżony J. H.. Jak twierdzi oskarżony J. H., sugestie Pani K. były dla niego wiążące i traktował je na równi z poleceniami inspektora nadzoru, czyli oskarżonego R. L.. Świadczyć może o tym zakup tzw. „kombajnu”. Opis remontu przedstawiony przez świadka K. W. (k. 499-501) jest zbieżny z zeznaniami innych świadków, między innymi B. H. i B. M. (k. 855-857). Zeznania te korespondują przecież także z wyjaśnieniami oskarżonego R. L., który nie zaprzecza temu, że na placu budowy pojawiał się za rzadko. Nawet jeśli przyjąć, że sugestie K. Komisariatu W. R., które pojawiły się w trakcie trwania robót budowlanych mogły wpływać na niedoświadczonego wykonawcę, to jednak oskarżony R. L. jako inspektor nadzoru budowlanego miał świadomość tego, że przedstawiciel użytkownika, czyli K. Komisariatu, nie jest stroną umowy i ewentualne sugestie nie są dla wykonawcy wiążące.

W tym miejscu należy wskazać, że Sąd Apelacyjny działając na podstawie art. 455 k.p.k. zmuszony był do zmiany kwalifikacji prawnej czynu z urzędu. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku prezentowanym przez część przedstawicieli doktryny, że przepis art. 271 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* względem art. 231 § 1 k.k. W ocenie Włodzimierza Wróbla - autora komentarza do art. 271 k.k. (teza 31 - (w:) A. Zoll Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 177-277 Kodeksu karnego. Kraków 2006) - "Należy przyjąć, iż art. 271 § 1 ma charakter *lex specialis* w stosunku do art. 231 § 1, nie zachodzi więc potrzeba stosowania kumulatywnej kwalifikacji". Tożsamy pogląd prezentują też w swoich komentarzach M. Mozgawa i T. Razowski. Dlatego też nie wychodząc poza granice zaskarżenia, z podstawy prawnej

skazania oskarżonego R. L. należało usunąć przepis art. 231 § 1 k.k., co w konsekwencji powoduje też eliminację przepisu art. 11 § 2 k.k. Sąd I instancji stosując warunkowe zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności zasadnie zastosował art. 4 § 1 k.k., który pozwalał na zastosowanie korzystniejszego dla oskarżonych stanu prawnego. W tej sytuacji jednak, pozostałe rozstrzygnięcia stosowane przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu należało także uzupełnić o przepis art. 4 § 1 k.k., Sąd bowiem stosuje korzystniejszą ustawę jako całość, a nie wybrane przepisy.

Należy też pochylić się nad przedmiotem przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. Problemem, który należy przeanalizować w tej sytuacji jest okoliczność, czy można poświadczyć nieprawdę w protokole odbioru robót budowlanych. W orzecznictwie kwestia ta została rozstrzygnięta w wyr. SN z 19.11.2004 r., III KK 81/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 2127, gdzie Sąd Najwyższy stwierdził „Protokół robót budowlanych stanowi dokument w rozumieniu art. 271 KK.” Zasadnie więc Sąd I instancji skazał oskarżonego za przestępstwo poświadczenia nieprawdy w protokołach odbioru robót budowlanych.

Szeroko w uzasadnieniu apelacji podnoszona jest kwestia strony podmiotowej popełnionego przestępstwa. obrońca słusznie wskazuje, że przestępstwo z 271 § 1 k.k. można popełnić jedynie umyślnie, w obu postaciach zamiaru. Nie ma jednak racji obrońca wskazując, że oskarżony R. L., stosownie do art. 9 § 1 k.k. nie mógł działać umyślnie. Podnieść tutaj należy przede wszystkim, że oskarżony jest inspektorem nadzoru budowlanego. Zgodnie z art. 25 ustawy Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy:

- 1) reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;
- 2) sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy wykonywaniu tych robót wyrobów zgodnie z art. 10;
- 3) sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania;
- 4) potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.

Od inspektora nadzoru budowlanego należy więc wymagać należytej staranności, stosownej do jego grupy zawodowej, przy wykonywaniu swoich obowiązków. R. L. jako inspektor nadzoru budowlanego miał niejako automatycznie świadomość, że nie był w stanie wykonać właściwie powierzonych mu zadań. Mimo tego, zdecydował się na podpisanie protokołów (częściowego i końcowego) odbioru robót budowlanych oraz zatwierdził merytorycznie faktury wystawione przez oskarżonego J. H.. Nie może być więc w tym przypadku mowy o sugerowanej przez obrońcę „lekkomyślności” lub „niedbalstwie”, bowiem już w momencie dokonywania odbioru prac i akceptowaniu faktury oskarżony miał świadomość, że nie sprawdził w wymagany sposób wykonanych prac. Warto zwrócić uwagę, że oskarżony jako inspektor nadzoru potwierdził m.in. wykonanie 314 opraw lamp, gdy w rzeczywistości było ich blisko trzykrotnie mniej (113). Dostrzeżenie tej znacznej różnicy przez fachowy podmiot nie nastęrczało trudności. Podobnie jak wykonanie lub brak stolarki okiennej poddasza.

Podnoszona przez obrońcę okoliczność, że w badanym okresie w Wydziale Inwestycji i Remontów KWP we W. były dramatyczne braki kadrowe i z tego powodu inspektorzy mieli zdecydowanie za dużo obowiązków, nie podważa oceny strony podmiotowej przypisanego czynu dokonanej przez Sąd I instancji. Sąd Apelacyjny nie traci oczywiście z pola widzenia tego faktu, niemniej jednak, podobnie jak Sąd I instancji, traktuje to jako okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary. Natomiast kwestia umyślności nie może być oceniana na podstawie przyczyn zewnętrznych, bowiem oskarżony R. L. w momencie podpisywania protokołów i akceptowania faktur miał świadomość tego, że poświadcza nieprawdę. Świadomość tę miał już przed poświadczeniem nieprawdy, ponieważ nie będąc w stanie prawidłowo kontrolować wykonawcy podczas wykonywania robót budowlanych musiał liczyć się z tym, że nie będzie w stanie prawidłowo zweryfikować przedstawionego przez wykonawcę kosztorysu powykonawczego częściowego i końcowego. Okoliczność, że oskarżony R. L. odmówił zaakceptowania robót dodatkowych wykonanych przez oskarżonego J.



H. także nie może zmienić faktu, że oskarżony R. L. musiał liczyć się z niedopełnieniem obowiązków. Odmowa zaakceptowania robót dodatkowych spowodowana była tym, że oskarżony R. L. nie chciał uchybić uwarunkowaniom wynikającym z udzielenia zamówienia publicznego, nie wskazuje jednak na to, że nie musiał liczyć z tym, że poświadcza nieprawdę w protokołach odbioru robót.

Nie można także zgodzić się z argumentami obrony odnośnie zastosowanego przez Sąd I instancji środka karnego w postaci zakazu wykonywania zawodu inspektora nadzoru inwestorskiego na okres 3 lat. Jak już zostało wyżej wykazane, przestępstwo z art. 271 § 1 k.k. jest przestępstwem umyślnym, a od oskarżonego R. L. wymagana była staranność przy wykonywaniu obowiązków. Nie tracąc z pola widzenia faktu, że okoliczności związane z brakami kadrowymi nie sprzyjały właściwemu wykonywaniu obowiązków służbowych, należy wskazać, że przestępstwo zostało popełnione przez oskarżonego R. L. w związku z wykonywaniem przez niego obowiązków służbowych. Podkreślić też należy, że od funkcjonariusza publicznego szczególnie oczekiwać należy w każdym przypadku działania zgodnego z prawem. Niedopełnienie swoich podstawowych obowiązków prowadziło do popełnienia zarzucanego mu czynu z art. 271 § 1 k.k., należy więc zastosować środek karny, aby wyeliminować możliwość podobnego działania w najbliższej przyszłości. Argument, że oskarżony jest już emerytem jest nietrafny, nie ma bowiem przeszkód aby wykonywać ten zawód nadal, niekoniecznie na podstawie umowy o pracę.

## 2. Co do apelacji obrończyni oskarżonego J. H.:

Także apelacja obrończyni oskarżonego J. H. zasługuje na uwzględnienie jedynie w niewielkiej części.

Niektóre zarzuty przedstawione w apelacji obrończyni oskarżonego J. H. w pewnym stopniu są tożsame z zarzutami wywiedzionymi w apelacji obrońcy oskarżonego R. L.. Nie ma więc potrzeby powtarzać argumentacji już przytoczonej wyżej, za wystarczające uznając odesłanie do odpowiedniej części uzasadnienia.

Nie ma racji obrończyni oskarżonego J. H., gdy wskazuje uchybienia Sądu I instancji w postaci obrazy przepisów postępowania. Analizę tego problemu należy zacząć od przypomnienia, że J. H. konsekwentnie przyznaje się do tego, że zawarł w kosztorysie prace i materiały, których nie wykonał bądź nie dostarczył (k. 518). Odnośnie motywacji oskarżonego więcej w dalszej części uzasadnienia, natomiast w tym miejscu należy wskazać, że szkoda została wyliczona na podstawie tego właśnie kosztorysu powykonawczego. Proponowane przez obrończynię ustalenie wartości prac faktycznie wykonanych a nie ujętych w kosztorysie nie należy do kompetencji Sądu karnego. Jak trafnie zauważył Sąd I instancji, ewentualne rozliczenie między oskarżonym J. H. a KWP we W. możliwe jest na drodze cywilnej. Zbadać przede wszystkim należy, czy na te prace, które zostały wykonane a nie ujęte w kosztorysie powykonawczym zawarta została skutecznie umowa. Reakcja prawokarna dotyczy natomiast tylko naruszenia materialnego prawa karnego. Oskarżony J. H. bowiem świadomie wykazał w kosztorysie powykonawczym prace, które nie zostały wykonane w celu otrzymania zapłaty jego zdaniem mu należnej za prace nieobjęte kosztorysem powykonawczym i na tej podstawie wystawił dwie faktury VAT.

Kwestia powołania kolejnego biegłego została już szeroko przeanalizowana w części uzasadnienia dotyczącej oskarżonego R. L.. Tutaj należy jedynie dodać i przypomnieć, że zweryfikowanie prac faktycznie wykonanych a nie ujętych w kosztorysie powykonawczym nie należy do kompetencji Sądu karnego, a Sąd Okręgowy ustalił jakie dodatkowe prace wykonał oskarżony J. H..

Chybiony jest także zarzut, jakoby Sąd I instancji ustalając wysokość szkody przejął rolę biegłego. Zgodzić należy się z orzeczeniami Sądów przedstawionymi przez obrończynię, że w przypadku gdy zaistnieje potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych, rolą Sądu jest powołanie biegłego. Niemniej jednak należy pamiętać, że zgodnie z art. 7 k.p.k. każdy dowód podlega ocenie Sądu, w tym także opinia biegłego. Opinia biegłego, jak już zostało wyżej wykazane, jest wyczerpująca, spójna i logiczna. Jak jednak wynika z jej treści, szkoda wykazana we wnioskach przez biegłego jest spowodowana nie tylko niewykonaniem przez oskarżonego J. H. niektórych punktów, które ujął w kosztorysie powykonawczym, ale także doboorem niewłaściwych materiałów, niewłaściwej technologii czy niefachowego wykonania. Sąd I instancji bardzo trafnie wskazał, że należy rozgraniczyć szkodę, która wynika z przestępstwa poświadczenia nieprawdy, od szkody wynikłej w wyniku niefachowego wykonania robót budowlanych.

Ponownie należy wskazać, że ewentualne rozliczenia w tej kwestii należą do Sądu cywilnego. Nie jest więc przejęciem roli biegłego przez Sąd Okręgowy analiza dostępnej opinii. Uzasadnienie Sądu I instancji odnośnie sposobu wyliczenia szkody spowodowanej przestępstwem jest wyczerpujące.

Polemiczny jest zarzut przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów. Sąd I instancji wskazał jakie dowody i z jakich powodów zasłużyły na uznanie, oraz dlaczego innych, przeciwnych dowodów nie uznał za wiarygodne. Podkreślenia wymaga, że w istocie Sąd I instancji w znacznej części nie odmawia wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonych. Nie daje wiary jedynie co do postaci zamiaru.

Nie przekonuje również argumentacja obrońcy odnośnie postaci zamiaru oskarżonego J. H.. Ponownie należy wskazać, że oskarżony przecież przyznaje się, że świadomie wykazał prace, których nie wykonał, aby uzyskać zapłatę za prace, które nie zostały ujęte w kosztorysie powykonawczym. Trudno o bardziej ewidentne wskazanie, że spełniona została dyspozycja z art. 271 § 3 k.k. Przesłupstwo to popełnić można jedynie w zamiarze bezpośrednim kierunkowym, dolus directus coloratus. Zamiar bezpośredni nie budzi wątpliwości. Podobnie należy podejść do kierunkowości tego zamiaru. Korzyść majątkowa to przysporzenie majątku zarówno przez zwiększenie aktywów, jak i zmniejszenie pasywów. Sama obrońcy wskazuje w apelacji, że wystawienie faktur za niewykonane prace niewątpliwie mieści się w zakresie korzyści majątkowej. Nie może natomiast zmienić postaci zamiaru, że wedle skarżącej wszystkie działania zostały uzgodnione wcześniej z inwestorem. Nie zmienił się przecież w ten sposób zamiar oskarżonego J. H.. Chciał on otrzymać wynagrodzenie (czyli korzyść majątkową) i w tym celu wystawił fakturę poświadczającą nieprawdę. Natomiast motywacja sprawcy jest kwestią irrelevantną przy ocenie zamiaru. Nie jest negowane przecież przez Sąd I instancji, że oskarżony w ten sposób chciał rozliczyć się z inwestorem za prace wykonane.

W tym miejscu należy odnieść się do właściwego opisu czynu za przestępstwo popełnione przez oskarżonego J. H.. Sąd I instancji w części dyspozytywnej wyroku wskazał między innymi, że oskarżony J. H. „poświadczył nieprawdę w kosztorysie powykonawczym (...) a następnie wystawił za te prace faktury VAT ...” Zgodnie z art. 271 § 1 k.k., który jest typem podstawowym przestępstwa z art. 271 § 3 k.k. popełnionego przez oskarżonego J. H., poświadczyć nieprawdę może inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu. Problemem, z którym należy się zmierzyć jest kwestia oceny, czy zarówno kosztorys powykonawczy jak i faktura VAT wystawiona przez oskarżonego J. H. jest dokumentem o jakim mowa w art. 271 § 1 k.k. Jak podkreśla się w literaturze i orzecznictwie „nie każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, stwierdzający okoliczność mającą znaczenie prawne ze względu na zapisaną w nim treść, może odpowiadać odnośnemu znamieniu przedmiotowemu przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. Rzecz w tym, że pojęcie dokumentu zamieszczone w tym przepisie ma węższy zakres niż pojęcie dokumentu zdefiniowane w art. 115 § 14 k.k. Dokument w rozumieniu art. 271 § 1 k.k. musi wprawdzie odpowiadać wszystkim atrybutom wymienionym w art. 115 § 14 k.k., ale nadto powinien być dokumentem, który poza tym, że jest wystawiony przez funkcjonariusza publicznego lub inną osobę uprawnioną do jego wystawienia, w swojej treści zawiera poświadczenie, któremu przysługuje cecha zaufania publicznego, a zarazem domniemanie prawdziwości (por. wyrok SN z 9 października 1998 r., V KKN 63/96, OSP 1998, nr 7-8, poz. 47, glosa aprobująca J. Piórkowskiej-Flieger w OSP 1998, nr 7-8, poz. 147)”. W przedmiocie faktury VAT orzecznictwo przyjmuje, że osoba upoważniona do jej wystawienia należy do kategorii innych osób uprawnionych do wystawienia dokumentu w rozumieniu art. 271 § 1 k.k. (A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2018). Dlatego też należy zaakceptować pogląd Sądu I instancji, że oskarżony J. H. poświadczył nieprawdę w wystawionych przez siebie fakturach VAT, a że działał przy tym jak zostało wyżej wykazane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wypełnił tym samym znamiona przestępstwa z art. 271 § 3 k.k.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu błędnie jednak zaakceptował twierdzenie z zarzutu z aktu oskarżenia, że oskarżony J. H. poświadczył nieprawdę także w kosztorysie powykonawczym. Nie można zgodzić się z poglądem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 27 stycznia 2016 r. II AKa 268/15, który stwierdził, że „nie jest dokumentem prywatnym kosztorys sporządzony z toku realizacji zamówienia publicznego.” Rzecz w tym, że przepis art. 271 § 1 k.k. wskazuje wyraźnie, że przedmiotem przestępstwa poświadczenia nieprawdy może być jedynie taki dokument, który można „wystawić”. Kosztorys powykonawczy nie jest wymieniony w ustawie - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz.1579). Ustawa - Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1332) natomiast reguluje kwestię „dokumentacji powykonawczej”. Zgodnie z art. 22

ustawy Prawo budowlane, do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy między innymi przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego. Dokumentacja ta jednak jest pewnego rodzaju oświadczeniem wykonawcy, czyli oskarżonego J. H. odnośnie wykonania określonych robót budowlanych ich rozmiaru, czasu trwania, ceny jednostkowej, użytych materiałów. Nie przysługuje mu cecha zaufania publicznego. Oświadczenie to jest następnie weryfikowane przez inspektora nadzoru (§ 4 ust. 1 i 5 umowy) i dopiero po takim sprawdzeniu, odbiorze robót, jest podstawą wystawienia faktury które skutkuje wypłatą środków publicznych. Także uprawnienie do sporządzenia kosztorysu powykonawczego wynika z umowy z Komendą Wojewódzką Policji we W., a nie ze szczególnego przepisu prawa przyznającego oskarżonemu jako wykonawcy uprawnienie do sporządzania dokumentu wywołującego skutki w sferze publicznej. Jak zresztą wskazuje Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wymienionym wyżej wyroku, kosztorys powykonawczy jest „sporządzany” a nie „wystawiany”. Dopiero na podstawie sporządzonego, sprawdzonego i zatwierdzonego przez inspektora nadzoru pod względem ilościowym i jakościowym kosztorysu powykonawczego wystawić można dokumenty będące przedmiotem ochrony art. 271 § 1 k.k., czyli w omawianym przypadku protokoły odbioru częściowego i końcowego oraz sporządzone na ich podstawie faktury VAT. Dlatego też należało z wyroku Sądu I instancji usunąć ustalenie o poświadczeniu nieprawdy przez J. H. w kosztorysie powykonawczym.

Zostało ustalone, że Sąd I instancji prawidłowo wskazał metodę wyliczenia szkody. Mając na uwadze, że uprawniony podmiot pokrzywdzony przestępstwem, Komendant Wojewódzki Policji we W. reprezentujący Skarb Państwa, prawidłowo w myśl art. 49a k.p.k. złożył wniosek o naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem na podstawie art. 46 § 1 k.k., Sąd orzekający zobligowany był do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody. Zarzut więc naruszenia art. 46 § 1 k.k. nie może w żaden sposób zasługiwać na uznanie.

Podobnie jak w przypadku oskarżonego R. L., także w przypadku oskarżonego J. H. Sąd Okręgowy we Wrocławiu trafnie zastosował art. 4 § 1 k.k., który pozwalał na orzekanie na podstawie ustawy korzystniejszej dla oskarżonego, pozwalającej warunkowo zawiesić wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności. W tej sytuacji, pozostałe rozstrzygnięcia stosowane przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu należało także uzupełnić o przepis art. 4 § 1 k.k., Sąd bowiem stosuje korzystniejszą ustawę jako całość, a nie korzystniejsze wybrane przepisy.

### 3. Co do apelacji prokuratora:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że prokurator co do zasady zgadzając się z ustaleniami Sądu I instancji odnośnie winy i sprawstwa oskarżonych kwestionuje jedynie orzeczenie w części dotyczącej kary, a konkretnie nie orzeczenie obok kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania kary grzywny, co kwalifikuje jako rażącą niewspółmierność kary. Przypomnieć na wstępie należy, że zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą, „niewspółmierność rażąca to znaczna, „bijąca w oczy” różnica między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą, zasłużoną (tak m. in. wyr. SN z 1.12.1994 r., III KRN 120/94, OSP 1995, Nr 6, poz. 138)”.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, brak orzeczenia kary grzywny obok kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oskarżonemu J. H. nie powoduje, że tak ukształtowana kara jest rażąco niewspółmiernie łagodna, w świetle przytoczonego wyżej wyroku Sądu Najwyższego. Z lektury uzasadnienia wyroku Sądu I instancji wynika, że Sąd I instancji prawidłowo zastosował dyrektywy wymiaru kary wskazane w art. 53 k.k. Pamiętać bowiem należy, że Sąd wymierza karę według swojego uznania, przy zachowaniu pozostałych reguł wynikających z tego przepisu. Prokurator w apelacji domaga się wymierzenia kary grzywny w wysokości 180 stawek po 80 złotych. Mając na uwadze, że J. H. został w wyroku Sądu I instancji skazany za przestępstwo z art. 271 § 3 k.p.k., czyli za przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, bez głębszej analizy całokształtu sprawy wydawać by się mogło, że faktycznie zasadne byłoby orzeczenie kary grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k. Analizując jednak szczegółowo sytuację oskarżonego J. H. należy jednak przede wszystkim wskazać dość specyficzną motywację do ujęcia w fakturach czynności i materiałów, których faktycznie nie wykonał.

Oceniając okoliczności popełnienia przestępstwa należy mieć na uwadze, że w ten sposób oskarżony J. H. zamierzał uzyskać jego zdaniem należne mu wynagrodzenie za inne prace, które faktycznie wykonał, a na których uwzględnienie

w kosztorysie powykonawczym oskarżony R. L. nie godził się. Jak wielokrotnie powtarzał oskarżony J. H., po raz pierwszy wykonywał on prace po wybraniu jego oferty w procedurze przetargowej i nie miał w związku z tym w tej kwestii dużego doświadczenia. Jego zdaniem, właśnie w ten sposób rozliczono roboty budowlane przez KWP we W.. Dlatego, choć osiągnięcie korzyści majątkowej jest ewidentne, celem działania oskarżonego H. było uzyskanie należności za wykonanie dodatkowych prac, nie ujętych w umowie o wykonanie modernizacji budynku komisariatu policji. Zasadnie też brak doświadczenia oskarżonego J. H. w zakresie realizacji umów przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Sąd I instancji potraktował jako okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary.

Wymierzając karę 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania Sąd I instancji trafnie wskazał wszystkie okoliczności dotyczące oskarżonego J. H.. Trzeba zwrócić uwagę, że oskarżony nigdy nie był karany sądownie, prowadzi ustabilizowane życie, zarówno zawodowe jak i osobiste. Jest przedsiębiorcą budowlanym, zatrudnia ludzi. Ma żonę i małą córeczkę. W jego sytuacji, już sama świadomość skazania za przestępstwo pozwala przyjąć, że nie popełni on więcej przestępstwa. Oskarżony J. H. nie jest bowiem w żaden sposób zdemoralizowany i już sama świadomość skazania pozwala na stwierdzenie, że w stosunku do oskarżonego istnieje pozytywna prognoza kryminologiczna na przyszłość.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, prokurator w apelacji zbyt mocno akcentuje zarówno stopień szkodliwości społecznej, jak też i stopień winy oskarżonego J. H.. Niewątpliwie wystawienie faktury za prace faktycznie niewykonane i spowodowanie tym szkody w wysokości 123.008,03 zł niesie ze sobą określony ładunek społecznej szkodliwości. Także wina nie budzi wątpliwości, zwłaszcza w świetle wyjaśnień oskarżonego J. H., który przecież przyznał się do tego, że świadomie wykazał prace, których nie wykonał (k. 518). Nie można jednak zapominać o tym, iż oskarżony J. H. był zapewniany przez oskarżonego R. L., że nie ma innej możliwości, aby rozliczyć te prace. Jak podnosi obrończyni J. H., miał on prawo mieć zaufanie do funkcjonariusza publicznego, zatrudnionego w KWP we W.. Dlatego też oceniając winę oskarżonego J. H. należy mieć to na uwadze.

Przy ewentualnym orzeczeniu kary grzywny oskarżonemu H. na podstawie art. 33 § 2 k.k. nie można tracić z pola widzenia faktu, że orzeczono także wobec niego obowiązek naprawienia szkody w wysokości 123.003,08 zł. W tej sytuacji, dodatkowe karanie oskarżonego proponowaną przez prokuratora grzywną (14.400 zł) byłoby nadmierną represją, nieuzasadnioną okolicznościami sprawy. Wysokość szkody powoduje, iż orzeczenie obowiązku jej naprawienia jest niewątpliwie dla oskarżonego bardzo dotkliwe ze względów finansowych, a kolejna dolegliwość finansowa w postaci kary grzywny mogłaby limitować uzyskanie kompensacji szkody przez pokrzywdzonego.

Także w przypadku oskarżonego R. L. nie może być mowy o karze rażąco niewspółmiernej. Wnioskowana przez prokuratora kara grzywny wobec oskarżonego R. L. w wysokości 250 stawek po 120 złotych daje sumę 30.000 zł. Przede wszystkim, już sama wysokość proponowanej grzywny jest zaskakująco wysoka, w świetle tego, że oskarżony R. L., jak ustalił Sąd Okręgowy, co nie jest podważane, nie dążył do osiągnięcia korzyści majątkowej, ani dla siebie, ani dla oskarżonego J. H.. Fakt, że J. H. tę korzyść osiągnął nie ma dla oceny zachowania oskarżonego R. L. znaczenia. Podobnie jak w przypadku oskarżonego J. H., orzeczenie kary grzywny byłoby nadmierną represją.

Przede wszystkim należy wskazać, że względem oskarżonego R. L. orzeczenie kary grzywny jest możliwe tylko na podstawie art. 71 § 1 k.k., bowiem skazany nie działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Jak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, celem orzeczenia kary grzywny przy warunkowym zawieszeniu wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności jest zwiększenie dolegliwości tego środka probacyjnego, tak by nie powstało przeświadczenie, że środek ten oznacza bezkarność sprawcy (wyr. SN z 28.12.1977 r., VI KRN 326/77, OSNPG 1978, Nr 7, poz. 78). Oceniając sytuację oskarżonego R. L. nie sposób stwierdzić, że dolegliwość orzeczonej kary i środka karnego jest przejawem pobłażliwości Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę na to, że oskarżony R. L. nigdy nie był karany sądownie. Pracował przez wiele lat jako inspektor nadzoru budowlanego w KWP we W.. W tym przypadku już samo skazanie za poświadczenie nieprawdy pełni rolę prewencyjną. Wyrok karny, dla osoby do tej pory o nieposzlakowanej opinii jest bezsprzecznie

„stygmatyzacją”. Nie sposób sobie wyobrazić powrotu sprawcy do przestępstwa. I choć niewątpliwie należy uznać, że przestępstwo zostało popełnione umyślnie, to jednak Sąd I instancji nie dopatrywał się w działaniu tego oskarżonego zamiaru bezpośredniego. W świetle okoliczności wiernie odtworzonych w uzasadnieniu wyroku przez Sąd I instancji, oskarżony R. L. akceptując merytorycznie faktury wystawione przez oskarżonego J. H. musiał liczyć się z tym, że może dojść do popełnienia przestępstwa, nie dokonał bowiem odbioru prac w sposób rzetelny. Należy też pamiętać o tym, że braki kadrowe w Wydziale Inwestycji i Remontów KWP we W. były w omawianym okresie dramatyczne, dość wskazać, że jak wynika z wystąpienia pokontrolnego NIK (k. 869), ale także z zeznań świadków – pracowników Wydziału Inwestycji i Remontów KWP, zatrudnionych inspektorów powinno być 15, a pracowało 7-9 osób. Nie można także tracić z pola widzenia faktu, że dolegliwością dla skazanego jest także orzeczony względem niego środek karny w postaci zakazu zajmowania stanowiska inspektora nadzoru inwestorskiego. Oceniając stopień szkodliwości społecznej i stopień winy trzeba mieć na uwadze przede wszystkim to, że oskarżony R. L. nie działał z zamiarem bezpośrednim i nie dążył do spowodowania szkody.

Nie zasługuje także na uznanie trzeci zarzut z apelacji prokuratora. Przedmiotem kontroli apelacyjnej jest, co do zasady wyrok, a nie sporządzone po jego wydaniu (art. 423 § 1 k.p.k.) i odrębne od niego (art. 413 k.p.k., art. 94 § 1 k.p.k.) uzasadnienie. Wady uzasadnienia nie dowodzą wadliwości wyroku (tak jak ich brak nie dowodzi jego trafności) i z istoty rzeczy nie mogły mieć wpływu na jego treść. Skoro, więc dla skuteczności zarzutu obraży przepisu postępowania konieczne jest wykazanie jego możliwego wpływu na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.) to naruszenie art. 424 k.p.k. samo w sobie nie może prowadzić do spodziewanego przez skarżącego rezultatu, tak jak to co było później nie może wpływać na to co było wcześniej. Można dodać, że na podstawie art. 424 § 2 k.p.k. w uzasadnieniu wyroku należy przytoczyć okoliczności, które sąd miał na względzie przy wymiarze kary, a zwłaszcza przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary, środków zabezpieczających oraz przy innych rozstrzygnięciach zawartych w wyroku. Jest więc zupełnie jasne, że Sąd orzekający merytorycznie nie ma obowiązku odnosić się w pisemnych motywach wyroku do tego czego nie uczynił, choć mógł (w tym wypadku orzeczenie fakultatywnych grzywien wobec oskarżonych) nawet jeśli na potrzebę takiego rozstrzygnięcia wskazywały strony (ich przedstawiciele) w przemówieniach końcowych.

Kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania na trzyletnie okresy próby orzeczone wobec oskarżonych J. H. i R. L. nie rażą też niewspółmierną surowością Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny stopnia karygodności czynów oskarżonych oraz stopnia ich winy, w kontekście wpływu tych ocen na wysokość kary, nie można przecież nie dostrzec okoliczności związanych z rozmiarem powstałej szkody. W konsekwencji wymierzone oskarżonym kary pozbawienia wolności za przypisane przestępstwa, nie można uznać za surowe w stopniu rażącym, co dopiero pozwalałoby orzec Sądowi Apelacyjnemu o ich obniżeniu.

4. Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k., art. 634 k.p.k. i art. 633 k.p.k., art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 23 czerwca (...) r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz.223 z późn.zm.).

**SSA Witold Franckiewicz SSA Cezariusz Baćkowski SSA Wiesław )Pędziwiatr**