

Sygnatura akt IV Ka 691/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2013 roku.

Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący :	SSO Mariusz Górski (spr.)
Sędziowie :	SO Waldemar Majka SO Agnieszka Połyniak
Protokolant :	Magdalena Telesz

przy udziale Władysławy Kunickiej - Żurek Prokuratora Prokuratury Okręgowej,

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2013 roku

sprawy

1. **J. K.**

oskarżonego z art. 297§1 kk

2. **Z. W.**

oskarżonego z art. 271§1kk, art. 297 § 1 kk w zw. 11 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego J. K.i obrońcę oskarżonego Z. W.

od wyroku Sądu Rejonowego w Kłodzku

z dnia 8 lipca 2013 roku, sygnatura akt II K 604/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, iż oskarżonych J. K.oraz Z. W.uniewinnia od zarzutów popełnienia przypisanych im czynów;

II. koszty procesu zaistniałe w sprawie zalicza na rachunek Skarbu Państwa.

**Sygn. akt IV Ka 691/13**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem **J. K.** uznany został za winnego, że działając w podobny sposób i w krótkich odstępach czasu dopuścił się popełnienia następujących przestępstw:

a) w dniu 26 sierpnia 2010 roku w L., woj. (...)w celu uzyskania zamówienia publicznego, w trakcie przetargu organizowanego przez Gminę L.na budowę oświetlenia drogowego w miejscowości K.przedłożył nierzetelne, pisemne

oświadczenie w postaci referencji wystawionych przez Gminę K.zaświadczających o tym, że Zakład (...)– P.J. K.wykonał na rzecz Gminy K.jedno zadanie pod nazwą Budowa oświetlenia drogowego we wsi Ł.i S.na kwotę 432.000,00 zł, podczas gdy w rzeczywistości w ramach tej kwoty wykonał dwa odrębne zadania pod nazwą „Budowa oświetlenia drogowego we wsi Ł.” na kwotę 379.420,00 złotych oraz „Budowa oświetlenia drogowego we wsi S.” na kwotę 74.400,00 zł, która to okoliczność miała istotne znaczenie prawne dla wzięcia udziału w przetargu ogłoszonym przez Gminę L.na budowę oświetlenia drogowego we wsi K.i w konsekwencji uzyskaniu tego zamówienia publicznego, czym działał na szkodę tejże Gminy L.,

b) w dniu 8 września 2010 roku w L., woj. (...), w celu uzyskania zamówienia publicznego, w trakcie przetargu organizowanego przez Gminę L.na budowę oświetlenia drogowego w miejscowości K.przedłożył nierzetelne, pisemne oświadczenie w postaci referencji wystawionych przez współwłaściciela spółki jawnej (...)zaświadczające, że Zakład (...)– P.J. K.wykonał dla spółki (...)s. j. przy realizacji zadania „Budowa dróg na ulicach: (...)w N.– I etap” roboty elektryczne o wartości 407.000,00 zł obejmujące ułożenie 890 mb linii kablowej wraz z latarniami i przekładkę 280 mb kabla średniego i wysokiego napięcia, gdy w rzeczywistości wartość wskazanych robót według kosztorysu ofertowego firmy (...)nie przekroczyła kwoty 49.117,70 zł netto (59.923,59 zł brutto), która to okoliczność miała istotne znaczenie dla wzięcia udziału w przetargu ogłoszonym przez Gminę L.na budowę oświetlenia drogowego we wsi K.i w konsekwencji uzyskaniu tego zamówienia publicznego, czym działał na szkodę tejże Gminy L.,

to jest za winnego popełnienia czynów z art. 297 § 1 kk i za to na mocy powołanego przepisu oraz art. 91 § 1 kk wymierzono oskarżonemu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie w oparciu o art. 69 § 1 i 2 kk oraz art. 70 § 1 pkt 1 kk zawieszono warunkowo na okres lat 2.

Nadto, zgodnie z treścią art. 33 § 2 kk wymierzono J. K. 100 stawek dziennych grzywny po ustaleniu wysokości jednej stawki na 50 zł.

Tymże wyrokiem **Z. W.** uznany został za winnego, że we wrześniu 2010 roku w Ś., działając w zamiarze uzyskania przez J. K.zamówienia publicznego, w trakcie przetargu organizowanego przez Gminę L.na budowę oświetlenia drogowego w miejscowości K.udzielił mu pomocy w ten sposób, że jako współwłaściciel firmy (...)poleciał sporządzić, a następnie podpisał nierzetelne, pisemne oświadczenie w postaci referencji zaświadczające, że Zakład (...)– P.J. K.wykonał dla spółki (...)s. J. Przy realizacji zadania „Budowa dróg na ulicach:(...)w N.– I etap” roboty elektryczne o wartości 407.000,00 zł obejmujące ułożenie 890 mb linii kablowej wraz z latarniami i przekładkę 280 mb kabla średniego i wysokiego napięcia, gdy w rzeczywistości wartość wskazanych robót według kosztorysu ofertowego firmy (...)nie przekroczyła kwoty 49.117,70 zł netto (59.923,59 zł brutto), która to okoliczność miała istotne znaczenie dla wzięcia udziału w przetargu ogłoszonym przez Gminę L.na budowę oświetlenia drogowego we wsi K.i w konsekwencji uzyskaniu tego zamówienia publicznego, czym działał na szkodę Tejże Gminy L.tj. za winnego popełnienia czynu z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 297 § 1 kk i za to, na mocy art. 19 § 1 kk w zw. z art. 297 § 1 kk wymierzono oskarżonemu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie w oparciu o art. 69 § 1 i 2 kk oraz art. 70 § 1 pkt 1 kk zawieszono warunkowo na okres lat 2.

Wyrok powyższy zaskarżył oskarżony J. K.oraz obrońca Z. W..

Pierwszy ze skarżących zarzucił orzeczeniu:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 297 § 1 kk w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, 25 ust. 1 i 2, 26 ust. 3, art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz.1817), poprzez błędną wykładnię znamienia „nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego”, co następczo skutkowało błędnym zakwalifikowaniem referencji do rej kategorii pojęciowej i uznaniem tegoż dokumentu za nośnik okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego poza granicami zakresu treści i funkcji tego dokumentu w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, co w konsekwencji

skutkowało skazaniem J. K. za przypisane mu czyny pomimo, że te nie wyczerpały ustawowych znamion przestępstwa określonego w przywołanym przepisie;

2. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

a) rażące naruszenie art. 443 kpk polegające na jego niezastosowaniu i dokonaniu zmiany opisu czynów uprzednio przypisanych oskarżonemu w wyroku uchylonym poprzez ich uzupełnienie o nowe znamię przestępstwa, które zostało przez sąd pierwotnie orzekający w sprawie wyeliminowane w opisie czynów przypisanych oskarżonemu, a tym samym zakazane uzupełnienie czynów przypisanych oskarżonemu poprzez skazanie go za przedłożenie referencji, co w konsekwencji skutkowało wydaniem orzeczenia surowszego w sferze ustaleń faktycznych i zapatrywań prawnych niż wynikające z uchylonego orzeczenia pomimo, że to orzeczenie nie było zaskarżone na niekorzyść oskarżonego;

***ewentualnie;***

b) naruszenie art. 442 § 3 kpk poprzez nierespektowanie przez Sąd Rejonowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy zapatrywań prawnych Sadu Okręgowego w zakresie obowiązku oceny charakteru prawnego nierzetelnych referencji w aspekcie okoliczności istotnych z punktu uzyskania zamówienia oraz obowiązku oceny prawnej ich przedłożenia jedynie w kategoriach nieudolnego usiłowania, co miało istotny wpływ na treść wyroku, albowiem prawidłowa ocena faktu przedłożenia nierzetelnych referencji w świetle art. 13 § 2 w zw. z art. 297 § 1 kk i okoliczności faktycznych związanych z przedłożeniem tego dokumentu prowadzi do wniosku, że jest to zachowanie niepenalizowane;

c) naruszenie art. 442 § 3 poprzez nierespektowanie przez Sąd Rejonowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy wskazań Sądu Okręgowego, co do konieczności rozróżnienia pojęcia „zadanie” od pojęcia „roboty”, a także oceny okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, w tym okoliczności wypełnienia przez oskarżonego wykazu robót w zakresie wartości robót wykonanych w Z.i R. oraz faktu wezwania oskarżonego przez przedstawicieli Gminy L. do uzupełnienia dokumentów w prowadzonym przetargu, co wyklucza umyślności jego działania w zakresie przekazania referencji zawierających nieprawdziwe informacje;

d) art. 7 kpk w zw. z art. 4 kpk, art. 424 § 1 pkt 1) kpk, art. 410 kpk poprzez:

- nierozważenie wszystkich okoliczności wynikających z dowodów przeprowadzonych w sprawie, które przemawiały na korzyść oskarżonego, w szczególności wyjaśnień J. K., wyjaśnień Z. W., zeznań R. C., A. K. oraz T. B. oraz dokumentów w postaci umowy konsorcjum z 7.12.2008 r., umowy o wykonanie robót budowlanych z 2.01.2009r. oraz faktur wystawionych wyłącznie przez R. C. pomimo, że Sąd nie uzasadnił obiektywnie powodów uznania ich za niewiarygodne, poprzestając na wyrażeniu subiektywnych podejrzeń i domniemań w zakresie ich oceny;

- naruszenie zasady bezstronności, reguł prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz oparcie się na okolicznościach nieustalonych w sprawie poprzez uznanie, iż oskarżony umyślnie przedłożył referencje zawierające nieprawdziwe informacje, podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności związanych z faktem ich wystawienia i przedłożenia, prowadzi do wniosku, że oskarżony nie miał świadomości zawartych w nich nieprawdziwych danych, a jego jedynym celem działania było wykazania prawidłowości ukończenia robót budowlanych w oderwaniu od ich zakresu i wartości;

***a w konsekwencji;***

3. Bąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że oskarżony popełnił przypisane mu występki, podczas gdy zebrany materiał dowodowy i prawidłowo ustalony stan faktyczny przeczą temu wnioskowi.

Tym samym apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego J. K. od popełnienia przypisanych mu czynów.

Z kolei obrońca Z. W. zarzucił orzeczeniu:

1) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku i mający wpływ na jego treść, a polegający na sprzecznym z materiałem dowodowym uznaniu oskarżonego Z. W. winnym popełnienia czynu opisanego w pkt IV dyspozytywnej części wyroku, pomimo że materiał dowodowy niniejszej sprawy podstaw do takiego ustalenia nie daje,

2) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, a to:

- art. 14 kpk przez naruszenie zasady skargowości w zakresie nieuprawnionej modyfikacji opisu zarzucanego przez prokuratora oskarżonemu czynu poprzez roszczenie – w stosunku do zarzuconych oskarżonemu – znamion czynu w postaci „okoliczności istotnych dla wzięcia udziału w przetargu ogłoszonym przez Gminę L. na budowę oświetlenia drogowego we wsi K. i w konsekwencji uzyskaniu tego zamówienia”, co ponadto nie zostało omówione w uzasadnieniu wyroku,

- art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 410 kpk i art. 424 § 1 pkt 1 kpk polegającą na:

a) wymienieniu większości dowodów bez poddania ich właściwej ocenie, a w szczególności zeznań świadków J. D. i R. M. i wskazania, które z nich były podstawą do uznania faktów za udowodnione, a które z dowodów przeciwnych nie zasługiwały na to w sytuacji, gdy poza alternatywą przyjętą w uzasadnieniu wyroku istniała inna możliwość w zakresie ustaleń co do przypisanego oskarżonemu Z. W. czynu, a nadto uzasadnienie zawiera sprzeczne ustalenia i twierdzenia,

b) częściowym pominięciu dowodu z zeznań świadka R. C. w zakresie dotyczącym szacowania kwot wskazanych w umowie konsorcjum oraz całkowitym pominięciu dowodu z F. V. Nr (...), F. V. Nr (...) oraz F. V. Nr (...),

- art. 442 § 3 kpk poprzez niezastosowanie się przez Sąd I instancji do zapatrywań prawnych sądu odwoławczego zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy IV Wydział Karny z dnia 28 czerwca 2012 r. sygn. akt IV Ka 370/12 co do tego, że referencje nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przetargu i uzyskania zamówienia zgodnie z art. 91 § 2 i 3 Prawo Zamówień Publicznych oraz poprzez nie wykonanie zaleceń sądu odwoławczego w zakresie analizy prawnej referencji jako nierzetelnego dokumentu lub oświadczenia,

- art. 5 § 2 kpk poprzez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego.

Tym samym apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku im uniewinnienie oskarżonego Z. W. od przypisanego mu czynu ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Okręgowy zważył:**

Część zarzutów apelujących zasługuje na uwzględnienie i w efekcie musiała prowadzić do zmiany zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienia oskarżonych od popełnienia przypisanych im czynów.

I tak, wbrew twierdzeniom skarżących Sąd I instancji dokonał w zasadzie właściwego ustalenia stanu faktycznego sprawy, który nie wydaje się być szczególnie skomplikowanym. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie jest kompletny i jednoznaczny.

Nie oznacza to jednak, że analiza owego materiału dowodowego jest prosta, nie nastrożająca jakichkolwiek problemów. Przeciwnie, istnieje szereg zagadnień natury prawnej, a te wymagają szerszego odniesienia, zwłaszcza że głównie z tego względu Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska Sądu I instancji i w konsekwencji zmienił zaskarżony wyrok uniewinniając oskarżonych od zarzutów popełnienia przypisanych im czynów.

### **Ad apelacji oskarżonego J. K.**

W pierwszej kolejności należy zastanowić się, czy dopuszczalne było by Sąd Rejonowy wydający obecnie kwestionowane orzeczenie „powrócił” do granic oskarżenia, w sytuacji gdy pierwotny (następnie uchylony) wyrok został zaskarżony wyłącznie na korzyść J. K..

Zdaniem Sądu Okręgowego na pytanie należy odpowiedzieć pozytywnie, a tym samym stwierdzić, że nie został tu naruszony zakaz reformationis in peius.

Zwrócić bowiem trzeba uwagę, iż prawdą jest, że poprzednie skazujące rozstrzygnięcie zaskarżyli wyłącznie obrońcy oskarżonego.

Zakwestionowali oni wówczas między innymi przypisanie J. K. przedłożenie nierzetelnych pisemnych oświadczeń w postaci wykazów robót budowlanych, a tym samym skazania za inne czyny niż zarzucane.

Z poglądem tym zgodził się Sąd II instancji, uchylając głównie z tego powodu zaskarżone orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Obecnie Sąd Rejonowy skazując oskarżonego za przedłożenie nierzetelnych referencji (choć traktując je dodatkowo jako oświadczenia) uznał zatem trafnie, iż przepisy kpk pozwalają jedynie na rozważenie, czy w ten sposób doszło do popełnienia przestępstwa.

W efekcie obrońcy „osiągnęli swój pierwotny cel”, a to skutecznie podważyli wyrok z 7 lutego 2012 r.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym odniesienia jest sama możliwość przypisania czynu z art. 297 § 1 kk do działań sprawców, którzy przedkładają nierzetelne referencje dotyczące nie rozstrzygnięcia przetargu lecz jego części wstępnej, a to samego dopuszczenia do niego.

Jak się wydaje, choć wskazany przepis traktuje o samym zamówieniu publicznym (efekt przetargu) to jednak analogiczne zasady trzeba odnieść także do dopuszczenia do przetargu, bowiem bez tego staje się niemożliwym zrealizowanie pożądanego efektu.

Następnym problemem jest ocena, czy dopuszczalnym było potraktowanie referencji jako oświadczenia J. K..

W tym kontekście należy wyrazić co najmniej poważne wątpliwości.

Jak to bowiem trafnie zauważył Sąd Rejonowy referencje to dokument potwierdzający (że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone). Tym samym istotą tego dokumentu jest fakt, iż wystawiła go osoba inna, niż ta która następnie nim się posługuje (przedkłada).

Można zatem wyprowadzić wniosek, że otrzymujący referencje nie odpowiada za ich treść, a nawet może jej nie znać (np. umieszczenie ich w zaklejonej kopercie).

W konsekwencji utożsamianie referencji z pisemnym oświadczeniem tego, który nimi się posługuje wydaje się być nieuprawnione.

Ponadto, jak już wskazano wyżej referencje jakimi posługiwał się J. K. miały potwierdzić wyłącznie rzetelność i terminowość wykonanych wcześniej prac.

W tym kontekście rodzi się zatem kolejne pytanie, a to czy wskazanie w owych dokumentach nierzetelnych, czy wręcz nieprawdziwych danych co do wartości wykonanych zadań (robót) może nieść tak dla wystawiającego jak i otrzymującego ten dokument jakiegokolwiek negatywne skutki prawne.

Wydaje się, że nie bowiem dla potwierdzenia kwot na jakie wykonano konkretne prace konieczne było przedłożenie przez J. K. wykazów robót budowlanych. Takie to dokumenty przedłożył organizatorowi przetargu oskarżony i zawarł w nich nierzetelne (nieprawdziwe) informacje.

W ten właśnie sposób J. K. dopuścił się dwóch przestępstw z art. 297 § 1 kk, a co jak się wydaje trafnie ustalił sąd pierwotnie orzekający w sprawie, choć ze względów proceduralnych nie mógł tego uczynić.

Ad apelacji obrońcy Z. W..

Oczywistym jest, że znaczna część poruszonych wyżej zagadnień i wątpliwości tyczy nie tylko J. K. lecz także i Z. W..

Podkreślić jednak trzeba, że sytuacja procesowa tego oskarżonego przy ponownym rozpoznaniu sprawy była nieco odmienna niż J. K..

Wynika to w szczególności z dwóch powodów.

Po pierwsze to Z. W. był wystawcą referencji, a po drugie został pierwotnie uniewinniony od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Tak więc, jego sytuacja prawna byłaby paradoksalnie znacznie gorsza od sytuacji współoskarżonego, gdyby przyjąć, że sąd ponownie orzekający nie mógłby powrócić do zarzutu aktu oskarżenia i gdyby to z tej przyczyny uniewinniono obecnie J. K..

Tak się jednak nie stało, a nadto fakt, że to Z. W. sporządził nierzetelne referencje nie było wystarczające dla utrzymania w mocy wyroku skazującego.

Decydującym argumentem dla reformatoryjnego rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego (prócz podniesionych wcześniej, a dotyczących głównie J. K.) i uniewinnienia obu oskarżonych od zarzutów popełnienia przypisanych im czynów było oczywiste wyjście Sądu I instancji poza granice oskarżenia.

I tak zarówno J. K. jak i Z. W. zarzucono, iż nierzetelne referencje miały istotne znaczenie prawne dla rozstrzygnięcia przetargu. Tymczasem sąd I instancji dość, iż referencje uznał za pisemne oświadczenia (także co do Z. W.), co było nieuprawnione, to nadto przyjął, że były to okoliczności mające istotne znaczenie dla wzięcia udziału w przetargu.

Tak więc, pamiętając, że przetarg publiczny składa się z dwóch odrębnych etapów, dla których wymagane są od uczestników odmienne dokumenty (inne zgoła są wymagania) – nie można mieć wątpliwości, że skoro w akcie oskarżenia przyjęto, iż nierzetelne referencje miały znaczenie dla wyniku drugiego etapu postępowania przetargowego, (co nie polega na prawdzie) to Sąd nie był władny (nawet jeśli miał rację) przypisać oskarżonym, że referencje miały znaczenie dla wzięcia udziału w przetargu.

Z uwagi na powyższe – zdecydowano jak w wyroku.