

Sygn. akt: II AKa 448/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Mirosław Ziaja
Sędziowie	SSA Wiesław Kosowski SSO del. Wojciech Paluch (spr.)
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Katowicach Mariusza Łącznego

po rozpoznaniu w dniach 16 listopada, 13 grudnia i 27 grudnia 2018 r. sprawy

1. **J. M.** s. A. i H., ur. (...) w G.

oskarżonego z art. 296 § 1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 229 § 1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

1. **J. P.** s. W. i H., ur. (...) w R.

oskarżonego z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

2. **Z. R.** s. S. i I., ur. (...) w L.

oskarżonego z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

na skutek apelacji prokuratora co do oskarżonych J. M. i J. P., pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2018 roku

sygn. akt IV K 244/15

1. zmienia zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego J. M., co do którego zastosowanie mają przepisy kodeksu karnego

w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. w ten sposób, że:

a) na zasadzie art. 414§1 kpk w zw. z art. 17§1 pkt 2 kpk w zw. z art. 632 pkt 2 kpk uniewinnia go od popełnienia czynów przypisanych mu w pkt 2 i 3,

a kosztami sądowymi w tym zakresie obciąża Skarb Państwa,

b) przyjmuje, że zachowaniami opisanymi w pkt VIII, IX i XI części wstępnej wyroku działał na szkodę (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., zaś zachowaniem opisanym w pkt VI części wstępnej wyroku na szkodę Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w C.

c) przyjmuje, iż zachowania mu przypisane w pkt 5 nie stanowią czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 kk lecz dwa odrębne zachowania kwalifikowane z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk;

d) uchyla orzeczenie o karze zawarte w pkt 5;

e) w odniesieniu do czynu opisanego w pkt X części wstępnej wyroku na zasadzie art. 414§1 kpk w zw. z art. 17§1 pkt 10 kpk w zw. z art. 632 pkt 2 kpk umarza postępowanie, a kosztami sądowymi w tym zakresie obciąża Skarb Państwa;

f) w odniesieniu do czynu opisanego w pkt XI części wstępnej wyroku na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk wymierza mu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności i 30 (trzydziestu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 200 (dwieście) zł

2. uchyla orzeczenia zawarte w pkt 6-8 zaskarżonego wyroku i na zasadzie art. 85 kk i art. 86§1 i 2 kk w miejsce kar pozbawienia wolności i grzywny wymierzonych w pkt 1, 4 zaskarżonego wyroku i 1.f niniejszego wyroku orzeka wobec oskarżonego J. M. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 200 (dwieście) zł; przy czym na zasadzie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. przy zast. art. 4§1 k.k. wykonanie kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza na okres próby wynoszący 5 (pięć) lat, zaliczając jednocześnie na podstawie art. 63§1 kk na poczet kary łącznej grzywny okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 10 kwietnia do dnia 11 kwietnia 2014 roku, uznając ją za wykonaną do wysokości 4 (czterech) stawek dziennych,

3. zmienia zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego J. P. w ten sposób, że przyjmuje, iż zachowaniem opisanym w pkt XIII części wstępnej wyroku działał na szkodę (...) sp. z o.o. z siedzibą w C.,

4. zmienia zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego Z. R. w ten sposób, że przyjmuje, iż zachowaniem opisanym w pkt XIV części wstępnej wyroku działał na szkodę (...) (...)sp. z o.o. z siedzibą w C.,

5. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

6. zasądza od oskarżonego J. M. na rzecz oskarżyciela posiłkowego (...) Sp. jawna w likwidacji z siedzibą w G. kwotę 1.440 (tysiąc czterysta czterdzieści) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego z wyboru w postępowaniu odwoławczym;

7. zasądza od oskarżonego J. M. na rzecz oskarżyciela posiłkowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. kwotę 1.680 (tysiąc sześćset osiemdziesiąt) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego z wyboru w postępowaniu odwoławczym;

8. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

SSO del. Wojciech Paluch SSA Mirosław Ziaja SSA Wiesław Kosowski

sygn. akt **II AKa 448/18**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 18 czerwca 2018 r., sygn. akt

IV K 244/15, uznał oskarżonego J. M. za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów z art. 296§1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk, z art. 229 § 1 i 3 kk (czterokrotnie) i z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk (sześciokrotnie) w tym na szkodę Gminy T. i wymierzył mu za przestępstwo art. 296§1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 200 (dwustu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 200 (dwustu) złotych, za przestępstwo z art. 229 § 1 i 3 kk (pkt II części wstępnej) karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, za przestępstwo z art. 229 § 1 i 3 kk (pkt III do V części wstępnej) przy przyjęciu konstrukcji czynu ciągłego karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, za przestępstwo z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk (pkt VI do IX części wstępnej) przy przyjęciu konstrukcji czynu ciągłego karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 200 (dwustu) złotych, za przestępstwo z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk (pkt X do XI części wstępnej) przy przyjęciu konstrukcji czynu ciągłego karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 200 (dwustu) złotych. Nadto wymierzył karę łączną pozbawienia wolności w wymiarze 2 (dwóch) lat, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 5 lat oraz karę łączną grzywny w wymiarze 400 (czterystu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 200 (dwustu) złotych, orzekł o obowiązku naprawienia szkody oraz zaliczeniu rzeczywistego pozbawienia wolności. Sąd uznał też oskarżonego J. P. za winnego zarzucanych mu, a opisanych w punktach XII i XIII części wstępnej czynów przyjmując, że stanowią one jeden czyn zabroniony z art. 305 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. popełniony w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i wymierzył mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 2 lata oraz 70 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 30 złotych. Nadto Sąd uznał oskarżonego Z. R. za winnego zarzucanego mu czynu z art. 305 § 1 k.k. i wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 2 lata oraz 50 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 50 złotych. Ponadto Sąd orzekł o kosztach.

Powyższy wyrok zaskarżyła obrońca oskarżonego J. M. i w oparciu o art. 438 pkt 1 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzuciła zaskarżonemu orzeczeniu:

A. w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 wyroku tj. przestępstwa z art. 296 § 1 i 3 k.k.:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne ustalenie, iż porozumienie między współnikami spółki (...) sp. j. w osobach J. M. oraz W. Ż. w ramach prowadzonej spółki zawierało imperatywne postanowienie co do braku możliwości przekroczenia 10% marży sprzedaży dokonywanej między spółką (...) a działalnością gospodarczą oskarżonego, podczas gdy prawidłowo oceniany materiał dowodowy prowadzi do wniosku, iż przedmiotowe zastrzeżenie nie było elementem porozumienia współników, gdyż nie było zawarte w umowie spółki, a jedynie w dodatkowym dokumencie pod nazwą „dokumentacja podatkowa podmiotów powiązanych”, gdzie 10% marża została wskazana jako jedynie przykład modelowej transakcji. Przedmiotem prawidłowo poczynionych w tej materii ustaleń winien być § 4 umowy handlowej z dnia 1 stycznia 2007 r., gdzie bezsprzecznie zostało wskazane, iż ceny przedmiotowych transakcji będą ustalane każdorazowo przy uwzględnieniu specyfikacji każdej sprzedaży, jej kosztów, producenta, zobowiązań gwarancyjnych, ruchów kursu walut, co w konsekwencji winno prowadzić do wniosku, iż oskarżony swoim postępowaniem nie dopuścił się niedopełnienia ciążących na nim obowiązków, nie naraził spółkę na szkodę i nie można mu przypisać sprawstwa przestępstwa z art. 296 § 1 i 3 k.k.;

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k. polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez wybiórczą ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji pominięcie przez Sąd udowodnionej okoliczności w sprawie, iż oskarżony J. M. w czasie istnienia spółki zaciągał kredyty hipoteczne jako osoba fizyczna na swój majątek osobisty, które następnie przeznaczał na funkcjonowanie przedsiębiorstwa, wystawiał osobiste weksle do kwoty 1 miliona złotych zabezpieczając swoim majątkiem osobistym realizację umów zawieranych przez spółkę, polecał świadkowi - pracownikowi spółki - O. G. zmniejszanie kwot na fakturach rozliczeniowych między (...) sp. j. a działalnością oskarżonego, w ten sposób,

aby więcej pieniędzy zostało w spółce, przyjmował na siebie odpowiedzialność za prowadzenie spraw spółki, a każda dokonywana transakcja handlowa przez oskarżonego skutkowała w osiągnięciu przez spółkę zysku, wypracowanego wyłącznie przez oskarżonego, wyniki działu, którym kierował J. M. (lata 2006, 2007, 2008) zakończyły się zyskiem w kwocie 408.662,00 zł i w momencie likwidacji spółki J. M. przejął na siebie zapłatę zobowiązań jego działu na łączną kwotę 290.285,00 zł, podczas gdy drugi wspólnik W. Ż. w ramach prowadzonego przez siebie działu myjni (...) doprowadził do powstania znacznego zadłużenia spółki w łącznej kwocie ok 250.000,00 zł na przestrzeni lat 2006-2008, nie angażował się w sprawy spółki, rzadko bywał w spółce i zajmował się wyłącznie rozwijaniem swojej odrębnej od spółki, aczkolwiek konkurencyjnej działalności gospodarczej, zatem prawidłowe ustalenia Sądu winny prowadzić do konstatacji, iż nie tylko oskarżony nie wypełnił znamion z art. 296 § 1 i § 3 k.k., lecz to właśnie W. Ż. niedopełniał ciężących na nim obowiązków wynikających z zawartej umowy spółki, co winno skutkować postawieniem mu ww. zarzutu;

3. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 366 § 1 k.p.k. polegającą na pominięciu konieczności dopuszczenia opinii biegłego rewidenta ds. rachunkowości na okoliczność prawidłowego zweryfikowania czy postępowania oskarżonego naraziło spółkę na szkodę przy uwzględnieniu całości dostępnej dokumentacji finansowo-skarbowej, w tym niedostępnej na czas sporządzania opinii przez biegłego w sprawie dokumentacji skarbowej zabezpieczonej przez CBA w sprawie (...) CDAdel. K. oraz dokumentacji skarbowej zdeponowanej u likwidatora spółki (...) sp. j., które nie zostały mimo wniosków oskarżonego dołączone do akt sprawy, w sytuacji gdy z samej treści opinii biegłego P. K. (str. 5) wynika, iż bez przedmiotowych dokumentów „ustalenia, dokonywane jedynie na podstawie tej obecnie dostępnej, niekompletnej dokumentacji, byłyby zdaniem biegłego obarczone dużym ryzykiem błędu i jako takie z pewnością mogłyby być skutecznie poddawane w wątpliwość”.

4. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 5 § 2 k.p.k. polegającą na niezastosowaniu niniejszego przepisu, mimo istnienia niedających się usunąć wątpliwości co do nie narażenia przez oskarżonego spółki na szkodę, albowiem niezbędna do ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonego dokumentacja skarbowa za 2009 r. zdeponowana przez likwidatora spółki według informacji przedstawionych w sprawie przez biuro księgowo (...) została zniszczona, w konsekwencji przyjąć należy, iż w sprawie pozostają niedające się usunąć wątpliwości co realizacji znamion przestępstwa z art. 296 k.k. przez oskarżonego, gdyż niezbędna dokumentacja skarbowa za 2009 r. została zniszczona, w konsekwencji Sąd meriti winien wątpliwości pojawiające się na tym tle, a wyrażone choćby w powołanej wyżej opinii biegłego rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego;

5. obrazę prawa materialnego w postaci art. 296 § 1 i § 3 k.k., poprzez dokonanie błędnej subsumpcji i przypisanie oskarżonemu odpowiedzialności za przedmiotowe przestępstwo, podczas gdy w sprawie nie zostały zrealizowane znamiona tego czynu zabronionego, bowiem dla bytu przestępstwa z art. 296 k.k. wymagane jest, aby postępowanie sprawcy wyrządziło spółce szkodę majątkową, natomiast w sprawie zostało prawidłowo ustalone, iż każdorazowe transakcje dokonywane przez oskarżonego generowały dla spółki zysk, a także poprzez dokonanie błędnej wykładni tego przepisu, gdyż z wykładni art. 296 § 1 i § 3 k.k. prezentowanej w nauce prawa wynika, iż zrealizować znamiona tego przestępstwa może wyłącznie osoba trzecia, której powierzono prowadzenie spraw spółki, odrębna od osób wspólników, zatem oskarżony jako wspólnik spółki nie mógł zrealizować znamion tego przestępstwa.

B. w zakresie zarzutów opisanych w pkt 2-5 wyroku tj. przestępstw z art. 229 § 1 i 3 k.k.:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne ustalenie, iż wyjazdy służbowe były organizowane w celu skłonienia do podjęcia działań preferujących spółkę (...) sp. j. i nosiły one cechy przekupstwa, podczas gdy z prawidłowo ocenianych zeznań świadków wynika, iż wyjazdy te miała charakter wyłącznie techniczny, bowiem oferowane przez spółkę oskarżonego pojazdy marki B. oraz N. E. były mało znane na polskim rynku, nosiły cechy innowacyjności, a przez to niezbędne było zapoznanie kontrahentów z możliwościami technicznymi tych pojazdów, co następowało bezpośrednio w fabrykach producentów we Włoszech, gdzie kontrahenci uczestniczyli w pokazach maszyn, a nadto większość kosztów wyjazdu pokrywali sami uczestnicy oraz producenci sprzętów, a doświadczenie życiowe nakazuje przyjąć,

iż trudno połączyć węzłem związku przyczynowo-skutkowego pokrycie kosztów wyjazdu kontrahentów w wysokości między 500,00 zł a 1.500,00 zł z przekupstwem tych osób i skłonieniem ich w ten sposób do nabycia pojazdów wartych kilkaset tysięcy złotych;

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolne przyjęcie, niezweryfikowane w toku postępowania dowodowego, opierające się wyłącznie na intuicyjnym zakwalifikowaniu spółek prawa handlowego, w których firmie zawarty jest członek „komunalny” jako wykorzystujących środki publiczne, a zatem w sprawie nie wykazano, aby spółki o których mowa w zarzutach spełniały definicję z art. 4 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami, co niezbędne jest do bytu przestępstwa z art. 229 k.k.

3. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 410 k.p.k., polegające na poczynieniu ustaleń faktycznych przez Sąd nie znajdujących pokrycia w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, iż kontrahenci oskarżonego opisani w zarzutach pkt 2-5 wyroku pełnili funkcje publiczne, podczas gdy te osoby nie mieszczą się w definicji funkcjonariusza publicznego z art. 115 § 13 k.k., a w sprawie nie zostało także wykazane, iż spółki o których mowa w zarzutach wykorzystują środki publiczne lub nimi dysponują, co niezbędne jest do bytu przestępstw z art. 229 k.k.

C. w zakresie zarzutów opisanych w pkt 6 -12 wyroku tj. przestępstw z art. 305 § 1 k.k.:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne ustalenie, iż oskarżony wszedł w porozumienie doprowadzając do wprowadzenia do zamówienia zapisów preferujących ofertę spółki (...) sp. j. ograniczając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy oskarżony wyłącznie oferował sprzedaż przez siebie pojazdów i maszyn, które to stanowiły produkty firm trzecich na sprzedaż, których oskarżony nie posiadał wyłączności i nie był ich producentem, zatem nawet zawarcie tych specyfikacji technicznych w zamówieniu publicznym nie prowadziło do ograniczenia wyboru oferty tylko co do oferty spółki oskarżonego, bowiem każda inna firma z Polski i Europy mogła mieć w swojej ofercie przedmiotowe pojazdy firm włoskich, niemieckich, francuskich i innych i złożyć swoją ofertę o tych samych parametrach.

i na zasadzie art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego J. M. od wszystkich zarzucanych mu czynów;
2. względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania wraz z zaleceniami co do ponownego przeprowadzenia postępowania dowodowego;

oraz o:

3. zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów postępowania, w tym kosztów obrony za obie instancje.

Wyrok w odniesieniu do oskarżonych J. M. i J. P. zaskarżył także Prokurator Okręgowy w Katowicach i powołując się na przepis art. 438 pkt 1 i 3 kpk wyrokowi zarzucił:

I. Obrazę prawa materialnego, a to art. 12 kk, poprzez przyjęcie, że J. M. dopuścił się czynów opisanych w punktach od VI do IX oraz czynów opisanych w punktach IX i X w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz że J. P. dopuścił się czynów opisanych w punktach XII i XIII w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, podczas gdy prawidłowa ocena prowadzi do wniosku, iż czyny te stanowią odrębne przestępstwa.

II. Rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego J. M. polegającą na wymierzeniu mu rażąco łagodnej kary za czyn opisany w punkcie I wyroku w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 200 stawek

dziennych przy ustaleniu wysokości stawki dziennej na kwotę 200 zł. oraz łącznie kary łącznej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności oraz kary łącznej grzywny w wymiarze 400 stawek dziennych przy ustaleniu wysokości stawki dziennej na kwotę 200 złotych, podczas gdy prawidłowa ocena stopnia zawinienia, społecznej szkodliwości oraz okoliczności obciążających przy wymiarze tych kar, winna skutkować orzeczeniem wobec oskarżonego:

- za czyn opisany w punkcie I wyroku kary 5 lat pozbawienia wolności oraz grzywny 200 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.,
- kary łącznej 7 lat pozbawienia wolności oraz grzywny 400 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.

Podnosząc powyższy zarzut, na podstawie art. 437 § 1 i 2 kpk wniósł o:

1. Zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1 i wymierzenie oskarżonemu J. M. za czyn opisany w punkcie I wyroku kary 5 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 200 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.

2. Zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 4, poprzez przyjęcie iż czyny oskarżonego J. M. opisane w punktach od VI do IX wyroku nie stanowią jednego czynu zabronionego popełnionego w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i orzeczenie następujących kar:

- za czyn opisany w punkcie VI wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.,
- za czyn opisany w punkcie VII wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.,
- za czyn opisany w punkcie VIII wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.,
- za czyn opisany w punkcie IX wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.

3. Zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 5, poprzez przyjęcie iż czyny oskarżonego J. M. opisane w punktach X i XI wyroku nie stanowią jednego czynu zabronionego popełnionego w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i orzeczenie następujących kar:

- za czyn opisany w punkcie X wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.,
- za czyn opisany w punkcie XI wyroku — na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.

4. Zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 6, poprzez orzeczenie wobec oskarżonego J. M. kary łącznej 7 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 400 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 200 zł.

5. Uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie 7.

6. Zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 8, poprzez zaliczenie oskarżonemu J. M. okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniach 10 i 11 kwietnia 2014 roku na poczet kary łącznej pozbawienia wolności.

7. Zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 10, poprzez przyjęcie iż czyny oskarżonego J. P. opisane w punktach XII i XIII wyroku nie stanowią jednego czynu zabronionego popełnionego w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i orzeczenie następujących kar:

- za czyn opisany w punkcie XII wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 30 zł.
- za czyn opisany w punkcie XIII wyroku - na podstawie art. 305 § 1 kk i art. 33 § 2 kk - 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości stawki dziennej w kwocie 30 zł.

Wyrok w odniesieniu do oskarżonego J. M. zaskarżył także pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego - (...) Sp. z o. o. z siedzibą w S. i na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz 439 § 1 pkt 7 k.p.k. w pierwszej kolejności podniósł bezwzględną przyczynę odwoławczą tj. sprzeczność w treści komparycji oraz tenoru orzeczenia uniemożliwiająca jego wykonanie w wyniku rozbieżności w określeniu w wyroku podmiotu pokrzywdzonego przestępstwem, którym w opisie czynów z pkt VIII, IX i XI komparycji orzeczenia jest Gmina Miasta C., przy czym podmiotem rzeczywiście pokrzywdzonym przestępstwem jest (...) Sp. z o. o. z siedzibą w S., który został dopuszczony do udziału w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego, brał udział w postępowaniu sądowym oraz na jego rzecz w pkt 14 części dyspozycyjnej wyroku Sąd zasądził od oskarżonego zwrot kosztów zastępstwa procesowego. W dalszej kolejności oraz na wypadek uznania przez Sąd, iż nie ma podstaw dla stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej w oparciu o art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i 438 pkt 2 k.p.k. przedmiotowemu orzeczeniu zarzucił:

- obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. poprzez niedokładne - błędne określenie w opisie czynu podmiotu pokrzywdzonego przestępstwem, wbrew obowiązkowi wynikającemu z powołanego przepisu, albowiem pokrzywdzony dopuszczony do udziału w postępowaniu sądowym jako oskarżyciel posiłkowy jest (...) Sp. z o. o. w S. a nie Gmina Miasta C. jak wynika to z opisu czynów w pkt VIII, IX oraz XI komparycji wyroku, a za tak opisane czyny, wyczerpujące znamiona przestępstwa z art. 305 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oskarżony został skazany w pkt 4 i 5 części dyspozytywnej wyroku;
- obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia w postaci art. 410 k.p.k. w zw. z art. 424 k.p.k., gdyż opis czynów w pkt VIII, IX oraz XI komparycji wyroku nie odzwierciedla ujawnionych w toku rozprawy głównej okoliczności co do tożsamości pokrzywdzonego ww. czynami, którym jest (...) Sp. z o. o. i które brało udział w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego, a nie Gmina Miasta C., a nadto uzasadnienie wyroku nie wyjaśnia skąd wynika rozbieżność pomiędzy podmiotami pokrzywdzonymi w sentencji orzeczenia.

W związku z powyższym, wniósł o:

1. w sytuacji uznania, iż zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza - o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania;

względnie o

2. zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez zmianę opisu czynów z pkt VIII, IX i XI komparycji orzeczenia przez wykreślenie z każdego opisu i wpisanie po słowach „(...) działał na szkodę (...)” w miejsce Gminy MiastaC. - (...) Sp. z o. o. w S.;

3. zasądzenie od oskarżonego kosztów zastępstwa adwokackiego za postępowanie przed Sądem II instancji według norm przepisanych.

Wyrok zaskarżyła również obrońca oskarżonego J. P. i w oparciu o art. 438 pkt 1 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzuciła zaskarżonemu orzeczeniu:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne ustalenie, iż oskarżony wszedł w porozumienie doprowadzając do wprowadzenia do zamówienia zapisów preferujących ofertę spółki (...) sp. j. ograniczając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy oskarżony wyłącznie oferował sprzedaż pojazdów i maszyn, które to stanowiły produkty firm trzecich na sprzedaż, których spółka nie posiadała wyłączności i nie była ich producentem, zatem nawet zawarcie tych specyfikacji technicznych w zamówieniu publicznym nie prowadziło do ograniczenia wyboru oferty tylko co do oferty spółki, bowiem każda inna firma z Polski i Europy mogła mieć w swojej ofercie identyczne pojazdy firm włoskich i wszystkich producentów europejskich i złożyć swoją ofertę.

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne ustalenie, iż oskarżony wszedł w porozumienie doprowadzając do wprowadzenia do zamówienia zapisów preferujących ofertę spółki (...) sp. j. ograniczając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy oskarżony wyłącznie oferował sprzedaż pojazdów i maszyn, które to stanowiły produkty firm trzecich na sprzedaż, których spółka nie posiadała wyłączności i nie była ich producentem, a nadto jak wynika z zeznań E. K. to on, jako człowiek zajmujący się sprawami nadbudów śmieciarek miał osobisty kontakt z producentem i z firmami min. w C. (telefoniczny, mailowy i osobisty), opracowywał wszystkie oferty dla klientów, zamówienia a J. P. nad regionem - P. sprawował nadzór merytoryczny i marketingowy.

3. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 k.p.k., polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne ustalenie, iż oskarżony wszedł w porozumienie, doprowadzając do wyjazdu Prezydenta W. K. H., co miało mieć wpływ na wybór oferty spółki (...) sp. j., chociaż już wcześniej spółka wygrała przetarg i zawarła stosowną umowę, a decyzja o wyjeździe, K. H. do Włoch zapadła podczas Forum Dyrektorów Zakładów Komunalnych w W., wobec rezygnacji z wyjazdu Prezesa (...) M. M. B., na nazwisko którego był już zakupiony bilet lotniczy

podnosząc te zarzuty na zasadzie art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego J. P. od zarzucanych mu czynów;
2. względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania wraz z zaleceniami co do ponownego przeprowadzenia postępowania dowodowego;

oraz o:

3. zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów postępowania, w tym kosztów obrony za drugą instancję;

Wyrok zaskarżyła również obrońca oskarżonego Z. R. i zarzuciła zaskarżonemu orzeczeniu:

1. na mocy art. 438 pkt 3 kpk - błąd w poczynionych ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegający na bezzasadnym uznaniu, iż oskarżony swoim postępowaniem wypełnił znamiona czynu z art. 305 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w szczególności, iż wszedł w porozumienie z inną osobą działając na szkodę instytucji na rzecz której przetarg jest dokonywany oraz, iż oskarżony działał w zamiarze bezpośrednim kierunkowym,

2. na podstawie art. 438 pkt 2 kpk - obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia a tj. art. 424 kpk polegającą na sporządzeniu niepełnego uzasadnienia skarżonego wyroku, w zakresie w jakim odnosi się on do oskarżonego Z. R., poprzez całkowite pominięcie przez Sąd Orzekający wskazania znamion czynu zabronionego,



które w ocenie Sądu miał wypełnić oskarżony, w tym wskazania jaką korzyść majątkową miał na celu osiągnąć oskarżony i czy takową osiągnął, na czym miało polegać porozumienie w które wszedł oskarżony w świetle art. 305 § 1 kk i jakie były jego elementy, na czym miała polegać potencjalna szkoda instytucji na rzecz której przetarg był dokonywany oraz innych istotnych elementów zaistnienia przestępstwa z art. 305 § 1 kk;

3. na podstawie art. 438 pkt. 2 kpk - obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, wydanie wyroku wbrew zasadzie obiektywizmu oraz prawdy materialnej oraz działania organów procesowych z urzędu tj. przepisów art. 2 par. 2, art. 4, art. 7 kpk, art. 9 kpk;

4. na podstawie art. 438 pkt. 2 kpk - obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia polegającą na nieuwzględnieniu, na korzyść oskarżonego, przez Sąd Orzekający, poważnych wątpliwości, które pojawiły się w sprawie, w szczególności w zakresie zaistnienia znamion przestępstwa z art. 305 kk tj. elementy porozumienia w które wszedł oskarżony w świetle art. 305 § 1 kk, potencjalnej korzyści majątkowej jaką miał osiągnąć oskarżony na skutek popełnienia zarzucanego mu przestępstwa i tym samym zaistnienia w ogólności zamiaru kierunkowego po stronie oskarżonego Z. R. oraz szkoda instytucji na rzecz której przetarg był dokonywany i tym samym naruszeniu przez Sąd Orzekający zasady in dubio pro reo wyrażonej w art. 5 § 2 kpk.

Wobec powyższego, wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez uniewinnienie oskarżonego Z. R. od zarzucanego mu czynu, względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I -ej instancji do dalszego prowadzenia, w szczególności celem uzupełnienia postępowania dowodowego.

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

Apelacje obrońcy oskarżonego J. M. i prokuratora zasługują na uwzględnienie w części. Apelacja pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego jest zasadna w zakresie wniosków alternatywnych. Z kolei apelacje obrońców oskarżonych J. P. i Z. R. są bezzasadne.

Odnosząc się w pierwszym rzędzie do apelacji obrońcy oskarżonego J. M. – jako najdalej idącej, zauważyć należy, że Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku trafnie przeanalizował okoliczności zarówno obciążające jak i łagodzące występujące po stronie oskarżonego i wpływające na przyjęcie zawinienia w zakresie zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 296§1 i 3 kk. Sąd Apelacyjny w pełni podziela zaprezentowane tam poglądy i aby się nie powtarzać odsyła do tegoż uzasadnienia. Sąd Okręgowy bezpośrednio zetknął się na rozprawie z materiałem dowodowym, z przeprowadzonych dowodów wyciągnął prawidłowe wnioski, czemu dał wyraz w pisemnym uzasadnieniu.

Sąd Okręgowy prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami przeprowadził postępowanie dowodowe i trafnie uznał, że oskarżony dopuścił się przestępstwa przypisanego mu w wyroku. Sąd I instancji na rozprawie zetknął się bezpośrednio z oskarżonym oraz świadkami W. Ż., B. D., i A. K.. Ocena powyższych dowodów dokonana w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jest zgodna z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego i w żadnym razie nie narusza wyrażonej w art. 7 kpk zasady swobodnej oceny dowodów.

Okoliczność, że sąd nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego w świetle zasady swobodnej oceny dowodów nie może budzić żadnych zastrzeżeń sądu II instancji, skoro swe zdanie sąd meriti w sposób należyty i wyczerpujący uzasadnił, wskazując na szereg nieścisłości, sprzeczności występujących w wersji podanej przez oskarżonego. „Nie dochodzi do naruszenia dyrektywy zawartej w art. 5 § 2 kpk wtedy, gdy wprawdzie istnieją dwie grupy przeciwstawnych sobie dowodów, ale ustalając przebieg wydarzeń sąd orzekający oprze się na dowodach, które wspierają przyjęty stan faktyczny z jednoczesnym przedstawieniem argumentacji przemawiającej za takim wyborem i wskazaniem dlaczego nie dał wiary dowodom przeciwnym” (post. SN, III KK 46/07, OSNwSK 2007/1/943). Sąd poddał analizie zarówno zeznania świadków, jak i wyjaśnienia oskarżonego. Swe stanowisko prawidłowo uzasadnił. Opisał dowody dotyczące tego zdarzenia. Wskazał dlaczego nie ma wątpliwości, co do sprawstwa oskarżonego. Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie dyspozycja art. 5§2 kpk skierowana jest do sądu, a nie do uczestników postępowania. Przepis art. 5§2 kpk. nie ma odniesienia do wątpliwości, które ma w zakresie postępowania dowodowego któraś ze stron

procesu karnego, natomiast przepis ten dotyczy wyłącznie wątpliwości, które mogły powstać po stronie sądu co do interpretacji zgromadzonego materiału dowodowego, i wskazuje, jak należy w takiej sytuacji postąpić (m.in. wyrok SA w Katowicach, II AKa 389/08, Prok.i Pr.-wkl. 2009/10/37). Zatem skoro sąd meriti nie miał wątpliwości co do sprawstwa wspomnianego czynu, a swe stanowisko w sposób wyczerpujący i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego uzasadnił, zarzut obrazy art. 5§2 kpk nie mógł zostać uwzględniony.

Wbrew stanowisku apelacji wnioski zawarte w opiniach biegłego z zakresu księgowości P. K. są rzeczowe i spójne, a także zostały należycie, wyczerpująco uzasadnione. Dla oceny zarzutu stawianego oskarżonemu J. M. w odniesieniu do przestępstwa z art. 296§1 i 3 kk nie miały znaczenia braki w dokumentacji finansowej (...) sp. j., gdyż istotą zarzutu było zawyżanie marży przez należącą wyłącznie do oskarżonego firmę (...). Kwestię ustalania wysokości marży w transakcjach pomiędzy oboma powiązаныmi podmiotami gospodarczymi z kolei w sposób wyczerpujący regulowało porozumienie pomiędzy obiema firmami, mające kształt umowy handlowej z dnia 1 stycznia 2007 r., wraz dokumentacją podatkową podmiotów powiązanych do umowy dostawy towarów. W 5 ust. 2 w/w dokumentacji zawarto definicję tzw. „marży rozsądnej” określonej na koszty wytworzenia podwyższone o 10% marżę zysku. Aby powyższe ustalenia nie budziły wątpliwości interpretacyjnych, w tej części dokumentacji zamieszczono też tabelę zawierającą rozliczenie przykładowej transakcji. Stąd sąd orzekający trafnie nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego, co do metody obliczania marży. Treść wspomnianych porozumień jest jasna i zrozumiała. Zarówno umowę handlową, jak i dokumentację podatkową podpisał oskarżony – i to w imieniu obu firm, co nie było kwestionowane. Zatem trudno było uznać inaczej niż, że działanie J. M. polegające na zawyżaniu marży, a w konsekwencji na transferowaniu środków do własnej firmy, stanowiło działanie na szkodę spółki jawnej, której oskarżony był udziałowcem. Dla oceny zawinienia oskarżonego nie miało też znaczenia, że każdorazowe transakcje dokonywane przez oskarżonego generowały dla spółki zysk. Poza sporem jest bowiem to, że gdyby marże dotyczące poszczególnych transakcji nie przekraczały 10%, to zysk spółki byłby wyższy. Tak samo dla tej oceny bez znaczenia był fakt, że działalność działu spółki zarządzana przez drugiego wspólnika była deficytowa. To wolą oskarżonego było prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółki jawnej, zaś błędy w zarządzaniu spółką przez drugiego wspólnika nie dawały oskarżonemu prawa do drenowania finansów spółki. Dla ustalenia zaś, czy marża była właściwa istotne było porównanie jej wysokości z kosztami ponoszonymi przez firmę będącą dostawcą, czyli (...), co zostało uczynione w opiniach biegłego z zakresu księgowości. Koszty spółki jawnej, czy też marża zewnętrzna, stosowana wobec klienta końcowego, były w odniesieniu do tego zarzutu bez znaczenia – co trafnie podkreślił biegły i ustalił Sąd I instancji.

Tak samo na uwzględnienie nie zasługiwały wnioski apelacji obrońcy oskarżonego J. M. odnoszące się do zarzutów popełnienia przez oskarżonego przestępstw z art. 305§1 kk w zw. z art. 12 kk, a także korespondujące nimi zarzuty apelacji obrońców oskarżonych J. P. i Z. R..

W istocie zarzuty wszystkich trzech apelacji odnoszące się do zarzutów uczestnictwa w zмовach przetargowych stanowią jedynie polemikę z prawidłowymi ustaleniami sądu orzekającego i do sprawy nie wniosły niczego nowego. Omówione wyżej powody dla których Sąd Apelacyjny nie uwzględnił zarzutów naruszenia art. 5§2 kpk i art. 7 kpk w odniesieniu do apelacji obrońcy oskarżonego J. M. mają także pełne zastosowanie dla oceny zarzutów apelacji obrońców oskarżonych J. P. i Z. R.. Niewątpliwie firma (...) sp. j. uczestnicząc w przetargach na dostawy pojazdów specjalistycznych organizowanych przez poszczególne przedsiębiorstwa komunalne była zobowiązana dołączyć do oferty specyfikacje proponowanych w konkretnych przetargach pojazdów. To, jako fakt notoryjny dowodu nie wymaga. Nie to było jednak istotą zarzutów. W żadnym razie rzeczą firmy reprezentowanej przez J. M. nie było jednak tworzenie projektów SIWZ, dotyczących konkretnych zamówień. Na to że taka praktyka miała miejsce w (...) sp. j. wskazują jednoznacznie zeznania świadków O. G., E. K., a także uczestników postępowań przetargowych, bądź pracowników firm zamawiających: A. R., W. B., S. P., W. M., K. D.. Zeznania tych ostatnich świadków wskazują też na ponadprzeciętne zainteresowanie oskarżonego Z. R. przebiegiem przetargów z udziałem (...) sp. j., a nadto, że SIWZ były ukształtowane pod konkretne oferty. Kluczowymi dowodami pozwalającymi na przyjęcie zawinienia oskarżonych z zakresie zмów przetargowych były wszakże dokumenty zabezpieczone w trakcie przeszukań, a w szczególności wydruki korespondencji mailowej pomiędzy (...) sp. j., a organizatorami przetargów. Stąd trafnie Sąd Okręgowy przyjął, że wspomniane (...) były tak kształtowane, że preferowały pojazdy dostarczane przez (...) sp. j. Wskazywały

na to nie tylko specyfikacje techniczne, ale także bardzo krótkie terminy dostaw, nierealne dla innych konkurentów, a możliwe do spełnienia jedynie dla dostawcy dysponującego gotowym produktem.

Oskarżony J. P. pośredniczył w kontaktach z przedstawicielami przedsiębiorstw komunalnych z W. i C., spotykał się z nimi, przekazywał im dokumenty, informował o tym, jakie wymagania powinny być zawarte w specyfikacjach zamówień. Trafnie uznał sąd meriti, że przekraczało to rolę, którą powinien pełnić jako przedstawiciel jednego z oferentów.

Odnosząc się dodatkowo do podniesionego w apelacji obrońcy oskarżonego Z. R. zarzutu obrazy art. 4 kpk dodatkowo należy zauważyć, że ten przepis formułuje ogólną zasadę procesową i aby trafnie podnieść zarzut jego naruszenia, skarżący wskazać powinien na obrazę konkretnego przepisu (lub przepisów) postępowania gwarantujących przestrzeganie zasady obiektywizmu (post SN, V KK 62/2018, LEX nr 2490938), a w niniejszej sprawie ten wymóg nie został spełniony.

Niewątpliwie rację ma obrońca oskarżonego Z. R., że uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie w pełni odpowiada wymogom art. 424§1 kpk, niemniej po myśli art. 455a kpk nie mogło to stać się przyczyną uchylenia wyroku. Bez wątplenia przestępstwo z art. 305§1 kk popełnić można jedynie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Nie oznacza to jednak, że każda ze współdziałających osób korzyść taką musi osiągnąć. Jednoznacznie przesądza o tym treść art. 115§4 kk. W realiach tej konkretnej sprawy konsekwencją zmów przetargowych była korzyść majątkowa dla oskarżonego J. M., jako współwłaściciela (...) sp. j.

Ustaleń sądu meriti w zakresie popełnienia przez oskarżonych przestępstw z art. 305§1 kk dotyczyły też apelacje oskarżyciela posiłkowego – (...) sp. z o. o. oraz prokuratora.

Oдноśnie pierwszej z powołanych apelacji na uwzględnienie zasługiwały alternatywne wnioski. Niewątpliwie w opisie czynów zamieszczonych w pkt VIII, IX i XI części wstępnej zaskarżonego wyroku błędnie wskazano pokrzywdzonego. Do kwestii właściwego określenia osób pokrzywdzonych w niniejszym postępowaniu, Sąd Apelacyjny szerzej odniósł się w uzasadnieniu sporządzonym z urzędu. Tu wspomnieć należy jedynie, że pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo (art. 49§1 kpk), zaś pokrzywdzonym przestępstwem z art. 305§1 kk jest właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Błędny był pogląd reprezentowany przez oskarżyciela publicznego, że „właścicielem mienia” w rozumieniu art. 305§1 kk jest właściciel gminnej (samorządowej) osoby prawnej. Wykładnia gramatyczna art. 305§1 kk sprzeciwia się też uznaniu, że pokrzywdzonym w rozumieniu tego przepisu jest „właściciel osoby na rzecz której przetarg jest dokonywany”. Wskazuje na to użycie spójnika rozłącznego „albo” w treści tego przepisu. Reasumując, pokrzywdzonym w rozumieniu art. 305§1 kk jest właściciel mienia, czyli w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ta spółka. Pokrzywdzonym może być też osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany, jeśli beneficjentem przetargu nie jest zamawiający. Zatem pokrzywdzonym w odniesieniu do wyżej wspomnianych zarzutów było (...) sp. z o. o., a nie Gmina Miasta C. – jak błędnie w ślad za aktem oskarżenia przyjął Sąd Okręgowy. Powyższy błąd sądu orzekającego w żadnym razie nie stanowił jednakże bezwzględnej przyczyny odwoławczej w rozumieniu art. 439 kpk.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny z tych samych powodów, działając z urzędu dokonał też zmiany zaskarżonego wyroku w zakresie czynów zamieszczonych w pkt XIII i XIV części wstępnej zaskarżonego wyroku, przyjmując, że pokrzywdzonym było Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w C., a nie jego udziałowcy.

Sąd odwoławczy nie podzielił zarzutów apelacji prokuratora odnoszących się do przyjęcia przez sąd orzekający, iż zachowania opisane w pkt VI-IX oraz XII-XIII części wstępnej zaskarżonego wyroku stanowią odpowiednio pojedyncze czyny zabronione popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Na trafność rozumowania sądu I instancji wskazuje podobieństwo działania i bliskość czasowa poszczególnych zachowań, godzących w dobro, nawet w dwóch przypadkach tego

samego, pokrzywdzonego. Zatem przyjęcie, że było to wynikiem z góry powziętego zamiaru uczestnictwa w znowach przetargowych, było w pełni uzasadnione

Rację miał natomiast skarżący, co do braku przesłanek z art. 12 kk w odniesieniu do zachowań opisanych w pkt X-XI części wstępnej zaskarżonego wyroku. Duży odstęp czasowy pomiędzy poszczególnymi zachowaniami, wynoszący pół roku sprzeciwiał się zastosowaniu konstrukcji czynu ciągłego, - i to niezależnie od negatywnej przesłanki procesowej w postaci braku wniosku o ściganie, co do czynu opisanego w pkt X części wstępnej zaskarżonego wyroku. W tym miejscu sąd odwoławczy ponownie odsyła do pisemnego uzasadnienia wyroku, sporządzonego z urzędu.

W odniesieniu do postawionych w apelacji obrońcy oskarżonego J. M. zarzutów odnoszących się do błędnego przypisania temu oskarżonemu sprawstwa przestępstw z art. 229§3 kk zauważyć należy, że sąd I instancji nie zwrócił należytej uwagi na fakt, iż firma (...) sp. j. prowadziła działalność gospodarczą sprowadzającą się w istocie do pośrednictwa pomiędzy producentami pojazdów specjalistycznych, a przedsiębiorstwami komunalnymi. Wspomniane pojazdy były produkowane we Włoszech, przez dwie firmy: (...) i (...). Celem działalności firmy zarządzanej przez J. M., tak jak każdego innego podmiotu gospodarczego, było osiąganie zysku. Z kolei krąg potencjalnych odbiorców był wąski i sprowadzał się właściwie do firm zajmujących się usługami komunalnymi, oczyszczaniem miast, gospodarką odpadami. Jak w przypadku każdego podmiotu gospodarczego jednym elementów służących zwiększeniu przychodów musiała być działalność reklamowa, marketingowa. Potencjalni odbiorcy, przed podjęciem decyzji w przedmiocie zakupu kosztownych pojazdów specjalistycznych musieli zostać przekonani o tym, że zakup tego rodzaju kosztownych maszyn w firmie kierowanej przez oskarżonego będzie działaniem racjonalnym, opłacalnym, że zakupione pojazdy spełnią wymagania nabywcy. Nie bez znaczenia było również przekonanie potencjalnych nabywców, że producenci maszyn mają w tym zakresie niezbędne doświadczenie, że prowadzą działalność na szeroką skalę, że są przedsiębiorcami rzetelnymi. Firma (...) sp. j. w swej siedzibie nie dysponowała jednak pojazdami pokazowymi, serwisem itp. Stąd przekonanie potencjalnych nabywców o jakości produktów oferowanych przez firmę(...) sp. j. było zadaniem kluczowym dla jej funkcjonowania. Zatem jednym ze sposobów prowadzenia skutecznych działań marketingowych było umożliwienie potencjalnym nabywcom zapoznania się z funkcjonowaniem zakładów, w których przedmiotowe pojazdy były wytwarzane, czyli wspomnianych włoskich firm (...) i (...), a przez to zachęcenie do rozważenia ewentualnego skorzystania w przyszłości z oferty firmy(...) sp. j. Nie sposób jednak stawiać znaku równości pomiędzy tego rodzaju działaniami marketingowymi, opłacanymi z kasy firmy, a propozycjami korupcyjnymi.

Sąd I instancji nie zwrócił należytej uwagi na fakt, że dwa przedmiotowe wyjazdy do Włoch, a opisane w zarzutach II-V części wstępnej zaskarżonego wyroku były jednymi z wielu tego rodzaju wyjazdów, organizowanych nie tylko dla osób decyzyjnych w spółkach, ale też i dla mechaników i serwisantów. Sądowi umknęło też, że zdecydowaną większość kosztów wyjazdów w postaci zakwaterowania i wyżywienia na miejscu pokrywała strona włoska. Podkreślić przy tym należy, że wbrew temu, co ustalił sąd I instancji, wyjazdy nie miały charakteru turystycznego. Podczas pobytu na miejscu uczestnicy wyjazdów rzeczywiście zapoznawali się z funkcjonowaniem zakładów odpowiednio (...) i (...). W trakcie wyjazdu w 2011 r. przedmiotem wyjazdu było też zapoznanie się z działalnością zakładu zajmującego się przerobem odpadów segregowanych. W trakcie wyjazdów nie było zaplanowanych atrakcji typowo wypoczynkowych. Trudno za takie uznać grzecznościowe oprowadzenie przez przedstawiciela (...) sp. j. zaproszonych osób wraz z pokryciem drobnych wydatków na wstępy, czy bilety komunikacji miejskiej, po centrum B., czy R., czy też zatrzymanie się po drodze pod M.. W trakcie tegoż zwiedzania zaproszone osoby nie korzystały z żadnych atrakcji turystycznych wymagających wcześniejszej rezerwacji, co dowodzi tego, że zeznania świadków M. O., K. B. i A. S. wskazujące na to, że pomysły zwiedzania pojawiły się ad hoc, były rzetelne. Wskazać tu należy, że przeloty odbywały się tanimi liniami (...) i (...), a noclegi miały miejsce w niedrogich hotelach położonych w pobliżu lotnisk. Krótki pobyt w B., (a nie w M. jak wynika z opisu czynu) wymuszony był względami logistycznymi, koniecznością przesiadki na kolejny lot. Zatem ocena dowodów dokonana w tym zakresie przez sąd meriti budzi poważne wątpliwości. Wspomnieć tu należy, że przestępstwo z art. 229§1 i 3 kk popełnić można jedynie z zamiarem bezpośrednim (zob. Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el., 2018). Oskarżony J. M. w przedmiotowych wyjazdach nie uczestniczył. Brak jest dowodów na poparcie tezy, że wszelkie wydatki czynione w

trakcie wyjazdów z kasy spółki (...), były z nim konsultowane. W szczególności nie wskazują na to zeznania świadków E. K. i D. C.. Z zeznań tych świadków wynika jedynie, że oskarżony zatwierdzał ogólny preliminarz wydatków i plan wyjazdu, co w sumie jest oczywistością. To, że M. O., K. B. i A. S., jako prezesi spółek komunalnych dysponujących środkami publicznymi, pełnili funkcje publiczne – niczego w zakresie uznania, że działanie oskarżonego J. M. nie wyczerpało znamion przypisanego mu przestępstwa zmienić nie może.

Dodatkowo w odniesieniu do zarzutu stawianego oskarżonemu J. M. w pkt II części wstępnej zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy nie wykazał na czym polegać miało przypisane oskarżonemu udzielenie korzyści majątkowej H. S., skoro w wyjeździe uczestniczył K. H. – Prezydent W., a nie H. S.. Nadto w momencie podjęcia przez K. H., w zastępstwie innej osoby decyzji o wyjeździe do Włoch, postępowanie przetargowe prowadzone przez (...) W. na dostawę wielozadaniowego małogabarytowego pojazdu komunalnego, a wygrane przez (...) sp. j., było już zakończone. Podkreślić należy, że sam pomysł wyjazdu do Włoch pojawił się już po podpisaniu umowy na dostawę w/w pojazdu komunalnego. Co do zasady, nie wyklucza to oczywiście, że propozycja tego rodzaju mogła być była formą „wyrazu wdzięczności” za wygrany przetarg, a zatem zachowaniem korupcyjnym. W realiach tej konkretnej sprawy nie zostało to jednak w żaden sposób wykazane. Na marginesie, to właśnie Prezydent Miasta W. – K. H. złożył wniosek o ściganie oskarżonego J. P. za przestępstwo z art. 305§1 kk (k. 2855 t. XV), popełnione rzekomo wspólnie w H. S..

Przechodząc do zawartych w apelacji Prokuratora Okręgowego w Katowicach zarzutów dotyczących niewspółmierności kar w pierwszym rzędzie zauważyć należy, że Sąd Okręgowy wydał orzeczenie zawarte w pkt 6 zaskarżonego wyroku z oczywistą obrazą art. 86§1 kk, wymierzając oskarżonemu J. M. karę łączną grzywny w wymiarze 400 stawek dziennych, podczas gdy suma kar częściowych wynosiła 300 stawek. Stąd orzeczenie to, jako oczywiście niesprawiedliwe, musiało ulec korekcie po myśli art. 440 kpk.

Zauważyć też należy, że skarżący wnioskując o wymierzenie oskarżonemu J. P. dwóch odrębnych kar nie wskazał w jakiej wysokości jego zdaniem powinna być orzeczona kara łączna. Jak już wyżej wspomniano zawarty w teźże apelacji zarzut obrazy art. 12 kk w odniesieniu do oskarżonego J. P. był bezzasadny. W tej sytuacji nie sposób było odnieść się do zarzutów prokuratora w zakresie wymiaru kary, co do oskarżonego J. P..

Oceniając zasadniczą część zarzutów dotyczących wymiaru kary, a odnoszących się do oskarżonego J. M. wskazać należy, że o ile karę łączną sąd I instancji wymierzył błędnie, to kary częściowe za przestępstwa z art. 296§1 i 3 kk i art. 305§1 kk zostały wymierzone prawidłowo. Sąd wziął pod uwagę zarówno stopień społecznej szkodliwości czynów oskarżonego, jak i jego wcześniejszą niekaralność, dobrą opinię, a także upływ czasu od popełnienia poszczególnych przestępstw. Zatem wymierzone kary w żadnym razie nie mogły być uznane za rażąco niewspółmiernie łagodne.

Trafnie też Sąd Okręgowy przyjął, że dotychczasowy sposób życia oskarżonego J. M. pozwala na przyjęcie, że w przyszłości będzie on przestrzegał porządku prawnego, a zatem zachodzi wobec niego pozytywna prognoza. Stąd, stosując przepisy względniejsze dla oskarżonego, trafnie zastosował instytucję warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności.

Ze względu na częściowe uniewinnienie i umorzenie postępowania, a także wskazaną obrazę art. 86§1 kk, sąd II instancji był zobowiązany na nowo ukształtować karę za czyn opisany w pkt XI części wstępnej zaskarżonego wyroku oraz karę łączną. W ocenie Sądu Apelacyjnego orzeczona kara częściowa w wymiarze 5 miesięcy pozbawienia wolności i 30 stawek dziennych grzywny przy ustaleniu wysokości jednej stawki na kwotę 200 zł, a także kara łączna w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności i 250 stawek dziennych grzywny przy ustaleniu wysokości jednej stawki na kwotę 200 zł są karami sprawiedliwymi uwzględniającymi zarówno okoliczności obciążające, jak i łagodzące występujące po stronie oskarżonego J. M.. Na poczet kary łącznej grzywny Sąd Apelacyjny zaliczył oskarżonemu okres dwóch dni pozbawienia wolności, uznając za trafne w tym zakresie wnioski apelacji prokuratora.

Mając na względzie powyższe, Sąd Apelacyjny częściowo zmienił, a w pozostałym zakresie utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, o kosztach orzekając jak w wyroku.

SSO del. Wojciech Paluch SSA Mirosław Ziąja SSA Wiesław Kosowski