

Sygn. akt III KK 130/18

## POSTANOWIENIE

Dnia 6 czerwca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Rafał Małarski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Grubba

SSN Kazimierz Klugiewicz

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Józefa Gemry,  
w sprawie **G. W. i M. W.** uniewinnionych od popełnienia czynu z art. 305 § 1 k.k.  
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie  
w dniu 6 czerwca 2019 r.,  
kasacji, wniesionej przez prokuratora Prokuratury Okręgowej w S.  
- na niekorzyść  
od wyroku Sądu Okręgowego w S.  
z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt II Ka [...],  
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.  
z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt II K [...],

**I. oddala kasację;**

**II. obciąża Skarb Państwa kosztami sądowymi za  
postępowanie kasacyjne.**

### UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w S., wyrokiem z 28 marca 2017 r., uznał G. W. i M. W.,  
każde z osobną, za winnych dokonania w okresie od 2 do 25 czerwca 2010 r.  
przestępstwa art. 305 § 1 k.k. polegającego na tym – ujmując rzecz skrótowo – że  
w celu osiągnięcia korzyści majątkowej weszli w porozumienie między sobą  
działając na szkodę Gminy Z., na rzecz której był dokonywany przetarg, i za to  
każdemu z oskarżonych wymierzył karę grzywny w ilości 80 stawek dziennych,

ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 50 zł. Sąd Okręgowy w S. – po rozpoznaniu apelacji obrońcy M. W. i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego (kwestionował on brak orzeczenia o obowiązku naprawienia szkody) – w dniu 14 grudnia 2017 r zmienił pierwszoinstancyjny wyroku i uniewinnił oskarżonych, przy czym G. W. na podstawie art. 435 k.p.k.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego złożył na niekorzyść oskarżonych Prokurator Okręgowy w S., zarzucając rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku uniewinniającego naruszenie art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. oraz nierozzerwalnie z tym związane naruszenie art. 305 § 1 k.k. polegające na braku ustosunkowania się w sposób wyczerpujący do przesłanek przemawiających za przyjęciem, że zachowanie małżonków G. i M. W. doprowadziło do zagrożenia prawnie chronionych interesów i faktycznego narażenia interesów majątkowych pokrzywdzonego. W konsekwencji autor kasacji zażądał uchylenia zaskarżonego wyroku w części dotyczącej obojga oskarżonych i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Do wniosku zamieszczonego w prokuratorskiej kasacji przyłączył się pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego – Gminy Z.. Obecny na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o uwzględnienie kasacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się niezasadna.

Rzeczowe odniesienie się do zarzutu kasacji trzeba poprzedzić przypomnieniem, że odpowiedzialność karna przewidziana w art. 305 § 1 k.k. wchodzi w grę, gdy uczestnik przetargu publicznego lub osoba prowadząca przetarg, działające w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w rozumieniu art. 115 § 4 k.k., m.in. wchodzi w porozumienie z inną osobą, przez co działa na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Jak widać, istotą komentowanego przestępstwa jest zakłócenie przetargu publicznego przez naruszenie reguł prawnych nim rządzących i wywołania określonych skutków.

Bliższej analizy wymaga, ze względu na treść zarzutu kasacyjnego, użyty w art. 305 § 1 k.k. zwrot „działając na szkodę”, ponieważ samo „wejście

w porozumienie z inną osobą” nie stanowi jeszcze realizacji znamion określonego w tym przepisie przestępstwa. Skutkiem zachowania sprawcy nie musi być wprowadzenie realna szkoda, do której dochodzi zazwyczaj w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów podmiotów wymienionych w art. 305 § 1 k.k. (zob. postanow. SN z 7 maja 2012 r., V KK 402/11). Innymi słowy, dla bytu omawianego przestępstwa nie jest konieczne wystąpienie szkody; wystarczy, że zachowanie sprawcy może realnie grozić powstaniem takiej szkody.

Ze względu na rodzaj dóbr chronionych przez przepisy rozdziału XXXVI Kodeksu karnego i na istotę przetargu publicznego, który stanowi instytucję, za pomocą której dochodzi do zawierania umów w gospodarce rynkowej, w art. 305 § 1 k.k. mowa jest o szkodzie o charakterze majątkowym. Ustawodawca co prawda nie sprecyzował tego pojęcia, zatem – *lege non distinguente* – należy przez nie rozumieć każdy uszczerbek majątkowy obejmujący zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*, przy czym jego rozmiar może być różny i – co oczywiste – rzutował będzie na ocenę stopnie społecznej szkodliwości czynu (art. 115 § 2 k.k.). Nie ulega więc kwestii, że taka szkoda majątkowa musi wyrażać się w określonej kwocie pieniężnej. Ciężar udowodnienia (*onus probandi*) tej okoliczności, a więc rozmiaru szkody warunkującego w ogóle możliwość przypisania winy w płaszczyźnie art. 305 § 1 k.k., spoczywa – w myśl art. 5 § 1 k.k. – na oskarżycielu publicznych. Silnie trzeba podkreślić, że powinność poszukiwania dowodów określających w sposób wiarygodny wielkość wyrządzonej lub grożącej szkody w związku ze znową przetargową nie obciąża sądu; dążyć do wykazania takiej szkody powinien prokurator.

Sumując, wolno stwierdzić: **Użyty w art. 305 § 1 k.k. zwrot „działając na szkodę” oznacza zarówno efektywne wystąpienie szkody materialnej, jak i realne, a nie abstrakcyjne niebezpieczeństwo jej powstania, przy czym niezbędne jest tu ustalenie rozmiaru tego uszczerbku majątkowego, jako że od tego zależy – ze względu na treść art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 1 § 1 i 2 k.k. – możliwości uznania czynu sprawcy za przestępstwo.**

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, wypadało najpierw przypomnieć niesporne okoliczności, a mianowicie to, że oskarżeni działali w celu osiągnięcia

korzyści majątkowej i że w związku z ogłoszeniem przez Wójta Gminy Z. nieograniczonego przetargu na wybudowanie zbiornika retencyjnego oskarżeni weszli we wzajemne porozumienie. Kontrowersje budziła jedynie kwestia, czy wystąpiło znamię w postaci „działania na szkodę”. Sąd odwoławczy doszedł do przekonania – czemu dał wyraz w zwięźle sporządzonej (zgodnie z nakazem wyrażonym w art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k.) motywacyjnej części wyroku – że Gmina Z. wskutek działań oskarżonych małżonków nie tylko nie poniosła żadnych wymiernych strat, ale i „nie została narażona na szkodę w postaci chociażby konieczności poniesienia dodatkowych kosztów związanych z realizacją inwestycji, utrudnień w jej realizacji czy też opóźnienia w terminie jej wykonania”; według Sądu *ad quem*, nie było podstaw do przyjęcia, że oskarżyciel posiłkowy „doznał uszczerbku w jakichkolwiek chronionych interesach i aby jego interes majątkowy został faktycznie zagrożony”. Skarżący natomiast był zdania, że komentowane znamię wystąpiło, bowiem „porozumienie zawarte pomiędzy oskarżonymi przedłużyło zwykły tok procedury, jak i doprowadziło do wyboru oferty mniej korzystnej cenowo od pierwotnie wybranej”.

Pomijając fakt, że autor kasacji tezę o wydłużeniu procedury przetargowej ujął niezwykle enigmatycznie, rezygnując z podania, o jaki okres tu chodziło (*prima facie* widać, że o bardzo krótki, a więc nieistotny z punktu widzenia odpowiedzialności karnej), należało przede wszystkim stwierdzić, że prokurator – wbrew ciężącej na nim powinności – nie podjął nawet próby określenia rozmiaru rzekomo grożącej oskarżycielowi posiłkowemu szkody. Nie mógł tu posiłkować się – i zresztą tego nie czynił – argumentacją prezentowaną przez Gminę Z. o wyrządzeniu przez oskarżonych szkody w wysokości 585 000 zł, skoro koncepcja ta została już przez Sąd pierwszej instancji skutecznie zdyskredytowana, a oskarżyciel posiłkowy odstąpił od jej dalszego forsowania i nie wywiódł kasacji.

Autor kasacji w jej uzasadnieniu odwołał się do wyrwanego z kontekstu fragmentu wypowiedzi jednego z przedstawicieli nauki prawa (zob. Kodeks karny. Komentarz pod red. V. Konarskiej – Wrzosek, Warszawa 2016, s. 1290), łącząc ją z treścią wyroku Sądu Najwyższego z 17 października 2006 r., WA 28/06. Zabieg ten nie mógł jednak przynieść oczekiwanego przez skarżącego skutku, jako że wskazany judykat odnosił się do zgoła innej sytuacji faktycznej i prawnej, to jest

do „uzgodnionego wygrania przetargów przez firmy o słabej kondycji finansowej, zdolne do wywiązania się z przyjętych zobowiązań umownych tylko przy wsparciu innych podmiotów gospodarczych, co stanowiło zagrożenie dla szybkiej i płynnej realizacji zadań nałożonych na określoną jednostkę wojskową”.

Trudno nie dostrzec, że oferta G. W. opiewała na kwotę 2 562 000 zł, a więc była niższa o blisko 200 000 zł od sumy podanej przez Wójta Gminy Z. w kosztorysie inwestorskim. Była więc to cena w istocie nierealna, a wspomnieć też trzeba, że we wszystkich pozostałych siedmiu ofertach, wśród których najniższą cenę proponował M. W. (3 147 600 zł), wymieniono sumy pieniężne wyższe; najbardziej zbliżoną do kwoty, która ostatecznie zwyciężyła, było kwota zawarta w ofercie A. M. (3 150 000 zł).

W konsekwencji nie sposób było przyjąć że zмова przetargowa, w której uczestniczyli oskarżeni małżonkowie, doprowadziła do jakiegokolwiek narażenia Gminy Z. na szkodę majątkową. Przeprowadzona w 2013 r. kontrola wykazała, że inwestycję wykonano bez dodatkowych kosztów i utrudnień, w zastrzeżonym w umowie terminie. Wartość końcowa inwestycji (jak i zresztą częściowych robót) nie była kwestionowana. Biorąc pod uwagę wszystkie te okoliczności, wolno wręcz uznać, że cena podana przez M.W. nie tylko nie była zawyżona, ale – w zestawieniu z pozostałymi sześcioma ofertami – zasługiwała na miano umiarkowanej.

W tym stanie rzeczy, stwierdzając, że na etapie postępowania apelacyjnego nie doszło ani do naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. (ten ostatni przepis powołano najpewniej wskutek nieporozumienia), ani do opracowania pisemnego uzasadnienia wyroku niezgodnie z ustawowymi wymogami, jak też i do obrazy prawa karnego gospodarczego (art. 305 § 1 k.k.), którego rola – co warto uwypuklić – jest przecież subsydiarna w sensie *ultima ratio*, Sądowi Najwyższemu nie pozostawało nic innego, jak tylko kasację oddalić (art. 537 § 1 k.p.k.).

O kosztach sądowych za postępowania kasacyjne orzeczono po myśli art. 636 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k.