

POSTANOWIENIE

Dnia 7 marca 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Eugeniusz Wildowicz

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 7 marca 2023 r.
sprawy **J. T.**
skazanego z art. 231 § 1 k.k. i in.,
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę
od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie
z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt IV Ka 1495/20,
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego
dla Krakowa – Krowodrzy w Krakowie
z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K 318/13/K,

p o s t a n o w i ł

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną,**
- 2. obciążyć skazanego kosztami postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

J. T. został skazany wyrokiem Sądu Rejonowego dla Krakowa – Krowodrzy w Krakowie z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K 318/13/K:

I. na karę 2 lat pozbawienia wolności i 250 stawek dziennych grzywny po 50 zł każda za to, że w okresie od 30 maja do 20 lipca 2006r. w K., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez Zakład sp. z o.o. z tytułu zawyżenia wartości

zamówienia publicznego, wspólnie i w porozumieniu z I. K., A. Z., S. J. oraz innymi ustalonymi osobami, co do których toczyły się odrębne postępowania, będąc funkcjonariuszem publicznym - jako dyrektor jednostki budżetowej Gminy Miejskiej Kraków pod nazwą Zarząd Dróg i Komunikacji, pełniący jednocześnie - z mocy upoważnienia nr 493/2004 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 1 października 2004 r. do wykonywania w imieniu Gminy Miejskiej Kraków czynności zwykłego zarządu związanych z bieżącym funkcjonowaniem i realizacją zadań statutowych ZDiK oraz z mocy statutu ZDiK i ustawy Prawo zamówień publicznych - funkcję zamawiającego, zarządzając jednoosobowo i reprezentując tą jednostkę przed innymi organami administracji oraz wykonawcami, nadzorujący funkcjonowanie podległych mu komórek organizacyjnych ZDiK i będąc na mocy § 4 regulaminu udzielania zamówień publicznych oraz pracy komisji przetargowej z dnia 15 czerwca 2005 r. uprawnionym do wystawiania dokumentów w zakresie organizacji zamówień publicznych w ZDiK, przekroczył przysługujące mu uprawnienia, polecając podległym mu pracownikom ZDiK wytworzenie nieprawdziwych dokumentów, pozorujących przeprowadzenie procedury zamówienia publicznego na rzecz uprzednio wskazanej przez niego firmy wykonawczej i na określoną przez niego wartość w kwocie 810 000 zł brutto, a następnie poświadczył nieprawdę co do okoliczności mających znaczenie prawne, w dokumentach związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na zadanie „Zmiana organizacji ruchu na terenie miasta Krakowa z okazji wizyty Papieża” nr [...] a w szczególności w oświadczeniu kierownika zamawiającego na druku ZP -11, protokole postępowania na druku ZP-1, protokole z negocjacji, dokumencie powołania komisji przetargowej, poprzez sporządzenie tej dokumentacji z datą 25 maja 2006 r., podczas gdy w rzeczywistości całość dokumentacji tego zamówienia publicznego przygotowywana była dopiero od 30 maja 2006 r. do nieustalonego dotychczas dnia czerwca 2006 r., po wykonaniu już zadania przez wykonawcę, a w konsekwencji powyższego, bez dokonania weryfikacji faktycznych kosztów powyższego zadania, przyjął w dniu 22 czerwca 2006 r. a następnie zatwierdził w dniu 19 lipca 2006. r do wypłaty fakturę VAT nr [...] z dnia 21 czerwca 2006 r. wystawioną przez Z. sp. z o.o. na kwotę 810 000 zł brutto, doprowadzając tym samym do wypłaty tej kwoty w dniu 20 lipca 2006 r., czym

działał na szkodę interesu publicznego, tj. czyn z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

II. na karę 6 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie za to, że w okresie od 19 stycznia do 2 lutego 2007 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu I. K., A. Z. i inną ustaloną osobą, co do której toczyło się odrębne postępowanie, będąc funkcjonariuszem publicznym - jako dyrektor jednostki budżetowej Gminy Miejskiej Kraków pod nazwą Krakowski Zarząd Dróg, pełniący jednocześnie z mocy statutu KZD i ustawy Prawo zamówień publicznych - funkcję zamawiającego, zarządzając jednoosobowo i reprezentując tą jednostkę przed innymi organami administracji oraz wykonawcami, nadzorujący funkcjonowanie podległych mu komórek organizacyjnych KZD i będąc na mocy § 4 regulaminu udzielania zamówień publicznych oraz pracy komisji przetargowej z dnia 15 czerwca 2005 r. uprawnionym do wystawiania dokumentów w zakresie organizacji zamówień publicznych, polecił wytworzenie podległym pracownikom dokumentacji zamówienia publicznego na potrzeby uzasadnienia wybranego już wcześniej przez siebie wykonawcy tj. Akademii, a następnie poświadczył nieprawdę co do okoliczności mających znaczenie prawne w dokumentach związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na zadanie pod nazwą „Wykonanie prac konserwatorskich wraz z opracowaniem programu konserwatorskiego w zakresie zabezpieczenia obiektów zabytkowych odkrytych w trakcie prac archeologicznych prowadzonych na wschodniej części Rynku w K.” nr [...], poprzez sporządzenie tej dokumentacji w sposób sugerujący, iż miało miejsce postępowanie określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, podczas gdy w rzeczywistości dokumentacja postępowania została wytworzona na jego polecenie, w celu ukrycia faktu, iż jako dyrektor KZD, jeszcze przed przeprowadzeniem postępowania o wyłonienie wykonawcy w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych wyznaczył wykonawcę opisanego wyżej zadania, co stanowiło wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 271 § 2 k.k., tj. czyn z art. 231 § 1 k.k. i art. 271 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Na mocy art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 3 k.k. oraz art. 87 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. w miejsce kar jednostkowych pozbawienia wolności i ograniczenia wolności Sąd Rejonowy wymierzył oskarżonemu karę łączną 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności.

W związku z czynem opisanym w pkt I aktu oskarżenia na mocy art. 41 § 1 k.k. i art. 43 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz pełnienia funkcji kierowniczych w administracji publicznej na okres 5 lat.

Orzeczenie to zaskarżone zostało w całości apelacjami oskarżonego i jego obrońcy.

Wyrokiem z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt IV Ka 936/18, Sąd Okręgowy w Krakowie, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że obniżył wymierzoną oskarżonemu karę łączną do 2 lat (pkt I.1.), a w pozostałym zakresie orzeczenie Sądu Rejonowego utrzymał w mocy.

Obrońca skazanego wniósł kasację od tego wyroku Sądu odwoławczego, którą Sąd Najwyższy, wyrokiem z dnia 18 listopada 2020 r., sygn. akt IV KK 64/20, uznał za zasadną w odniesieniu do rozstrzygnięcia o karze łącznej (pkt I.1. zaskarżonego wyroku) oraz w odniesieniu do pkt II tego wyroku w zakresie utrzymującym w mocy rozstrzygnięcie o karze co do czynu zarzucanego skazanemu w pkt 1 aktu oskarżenia, a przypisanego w pkt I wyroku Sądu Rejonowego dla Krakowa – Krowodrzy w Krakowie. Wyrokiem tym Sąd Najwyższy uchylił orzeczenie Sądu Okręgowego w Krakowie w powyższym zakresie i przekazał mu sprawę w tej części do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Krakowie, po ponownym rozpoznaniu apelacji oskarżonego i jego obrońcy w granicach zakreślonych wyrokiem Sądu Najwyższego, wyrokiem z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt IV Ka 1495/20, zmienił wyrok Sądu Rejonowego w ten sposób, że uzupełnił pkt I tego wyroku o treść art. 4 § 1 k.k., uchylił rozstrzygnięcie o karze łącznej, a wymierzoną oskarżonemu karę obniżył do 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności. W pozostałym zakresie utrzymał wyrok Sądu I instancji w mocy.

Obrońca skazanego wniósł kasację od powyższego wyroku Sądu odwoławczego, zaskarżając go w zakresie pkt I i II, zarzucając mu:

- naruszenie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., przejawiające się tym, że członek Sądu orzekającego w niniejszej sprawie SSO T.M. nie był obecny na całej rozprawie, tj. w dniu 17 grudnia 2021 r. w składzie Sądu zamiast tego sędziego zasiadał SSO S.N., co doprowadziło do tego, że w niniejszej sprawie postępowanie prowadziły dwa różne składy sędziowskie,
- naruszenie art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. - polegające na tym, że Sąd odwoławczy nie zastosował się do wszystkich wskazań Sądu Najwyższego co do dalszego postępowania, a to nie odwołał się do danych wskazywanych przez obrońcę skazanego w uzasadnieniu kasacji oraz informacji z postępowań wykonawczych znajdujących się w aktach poszczególnych spraw, a także nie zweryfikował miarodajności informacji nadesłanej do Sądu Najwyższego w dniu 13 listopada 2018r., z której wynika, że grzywna wymierzona w sprawie o sygn. akt II K 543/12/N uiszczona została dopiero 22 maja 2018 r.,
- naruszenie art. 6 k.k. i art. 117 § 2 i 2a k.p.k. - prowadzenie rozprawy pod usprawiedliwioną nieobecność skazanego wywołaną stanem psychicznym skazanego i tym samym rażące naruszenie jego prawa do obrony, w tym prawa do zapoznania się z przeprowadzonymi dowodami oraz prawa do ostatniego głosu przed Sądem II instancji i to w sytuacji braku zweryfikowania przez biegłych psychiatrów stanu zdrowia skazanego,
- naruszenie art. 193 § 1 k.p.k. w zw. art. 458 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. oraz art. 366 § 1 k.p.k. poprzez brak przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych psychiatrów na okoliczność stanu zdrowia skazanego,
- naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., polegające na niewłaściwym rozpoznaniu zarzutu niewspółmierności orzeczonej kary pozbawienia wolności i braku szczegółowego uzasadnienia motywów, którymi kierował się Sąd odwoławczy, poprzez brak przeprowadzenia właściwej oceny faktu niekaralności skazanego dla wymiaru kary,
- naruszenie art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k., polegające na wydaniu przez Sąd odwoławczy orzeczenia rażąco niesprawiedliwego poprzez brak właściwej oceny faktu niekaralności skazanego dla wymiaru kary.

Podnosząc powyższe, wniośł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w zaskarżonym zakresie i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniośł o jej oddalenie jako bezzasadnej w stopniu oczywistym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest oczywiście bezzasadna, toteż podlega rozpoznaniu i oddaleniu na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Przed wszystkim, w postępowaniu przed Sądem odwoławczym nie doszło do zaistnienia wskazywanego przez skarżącego w pierwszym zarzucie kasacji uchybienia w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Wprawdzie na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 r. w składzie sądu rozpoznającego sprawę zamiast sędziego Tomasza Mrzygłoda rzeczywiście zasiadł sędzia Sławomir Noga, jednak na rozprawie w powyższej dacie nie przeprowadzono żadnych innych czynności, oprócz wydania postanowienia o odroczeniu rozpoznania sprawy. Warto zaznaczyć, że na tym etapie postępowania nie doszło jeszcze do otwarcia przewodu sądowego, co nastąpiło w późniejszym terminie, kiedy sędzia sprawozdawca zgodnie z art. 453 § 1 k.p.k. złożył ustne sprawozdanie. Nie było zatem przeszkód, by prowadzić dalsze postępowanie w składzie, w którym zasiadał sędzia T. M. (pierwotnie wyznaczony do składu orzekającego), nieobecny na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 r. i by brał on udział w wydaniu zaskarżonego wyroku. Chwilowa nieobecność członka składu orzekającego na rozprawie, ale przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy, np. w czasie sprawdzania stawienia czy podczas podejmowania decyzji o charakterze porządkowym, np. o przerwie lub o odroczeniu rozprawy, czy nawet przy podejmowaniu decyzji dowodowych, nie stanowi bowiem bezwzględnej przyczyny odwoławczej (por. D. Świecki, Komentarz do art. 439 k.p.k., [W:] Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany (red.) D. Świecki, teza 32, Lex/el). Jeśli więc nawet wydane na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 r. postanowienie o odroczeniu rozprawy, zapadło w wadliwym składzie, gdyż zamiast sędziego T.M.zasiadał w nim sędzia S. N., wadliwość ta nie dotyka zaskarżonego wyroku. Pozostałe czynności procesowe, które doprowadziły do jego wydania,

zostały przecież wykonane przez sąd „należycie obsadzony”, czyli w tym przypadku w składzie SSO T. K., SSO R. L. i SSO T.M. Skład ten był nieprzerwanie obecny od momentu otwarcia przewodu sądowego aż do wydania wyroku.

Pozostałe podniesione przez skarżącego zarzuty rażącego naruszenia prawa procesowego również nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszym z nich obrońca podniósł, że Sąd Okręgowy nie zrealizował wszystkich wskazań Sądu Najwyższego co do dalszego postępowania, zawartych w wyroku z dnia 18 listopada 2020 r., sygn. akt IV KK 64/20, uchylającym poprzedni wyrok Sądu odwoławczego, orzekającego w niniejszej sprawie. Sąd Najwyższy zobowiązał wówczas Sąd Okręgowy do:

- zgromadzenia aktualnych danych o karalności oskarżonego, ustalenia karalności J. T. na dzień wyrokowania przez Sąd pierwszej instancji oraz Sąd odwoławczy z odwołaniem się do informacji o karalności znajdujących się w aktach sprawy, danych wskazywanych przez obrońcę skazanego w uzasadnieniu kasacji oraz informacji z postępowań wykonawczych znajdujących się w aktach poszczególnych spraw, a także zweryfikowania miarodajności informacji nadesłanej do Sądu Najwyższego w dniu 13 listopada 2018 r., z której wynika, że grzywna wymierzona w sprawie o sygn. akt II K 543/12/N uiszczona została dopiero 22 maja 2018 r.;
- rozważenia znaczenia ewentualnej niekaralności oskarżonego dla rozstrzygnięcia o karze wobec wskazywania przez Sąd pierwszej instancji szeregu innych okoliczności obciążających rzutuujących na rozmiar represji karnej.

Przedmiotowym wyrokiem Sąd Najwyższy uchylił poprzedni wyrok Sądu odwoławczego w zakresie rozstrzygnięcia o utrzymaniu w mocy orzeczenia o karze pozbawienia wolności wymierzonej w pkt 1 wyroku Sądu Rejonowego. Przyczyną kasatoryjnego orzeczenia Sądu Najwyższego było uchybienie Sądu Rejonowego powielone przez Sąd Okręgowy, polegające na nieprawidłowym ustaleniu faktu dotychczasowej karalności oskarżonego. Sąd Okręgowy, stosując się do wskazań Sądu Najwyższego, w toku ponownego postępowania rozważył powyższe kwestie, czemu dał wyraz w treści uzasadnienia wyroku (s. 3 – 4). Ustalił zarówno aktualne dane o karalności oskarżonego, jak i ocenił wpływ tych ustaleń na rozstrzygnięcie o karze. Spełnił zatem, wbrew temu, co utrzymuje obrońca, wszystkie wymagania, postawione mu przez Sąd Najwyższy.

Nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie zarzuty kasacji dotyczące prowadzenia sprawy pod usprawiedliwioną nieobecność oskarżonego, wywołaną jego stanem psychicznym oraz nieprzeprowadzenia przez Sąd kolejnego dowodu z opinii biegłych psychiatrów na okoliczność stanu zdrowia oskarżonego (nr 2 i 3). Sąd Okręgowy, prowadząc rozprawę odwoławczą pod nieobecność oskarżonego, każdorazowo powoływał się na treść art. 117 § 3a k.p.k. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, niestawiennictwo strony nie blokuje możliwości prowadzenia czynności procesowych, o ile została ona należycie poinformowana o ich terminie, a w samych czynnościach uczestniczył jej obrońca. Bez znaczenia jest przyczyna owego niestawiennictwa. Należy przy tym pamiętać, że obecność oskarżonego na rozprawie apelacyjnej nie jest obligatoryjna (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 2020 r., IV KK 218/20). Art. 117 § 3a k.p.k. umożliwia prowadzenie postępowania mimo działań o charakterze obstrukcyjnym, podejmowanych przez strony, w tym także przez J. T. w toku przedmiotowego postępowania. Sąd Najwyższy podziela przy tym stanowisko Sądu odwoławczego, że nie było potrzeby dokonywania w niniejszej sprawie badania stanu psychicznego oskarżonego po raz kolejny, w toku rozprawy odwoławczej, skoro nie ujawniły się żadne okoliczności podważające dotychczasową opinię biegłych. Absurdem byłoby każdorazowe badanie oskarżonego na podstawie art. 202 k.p.k., ilekroć przedstawi zaświadczenie lekarskie o odbytych konsultacjach psychiatrycznych lub leczeniu, zwłaszcza w świetle poczynionych uprzednich ustaleń w powyższej kwestii.

Dwa ostatnie zarzuty kasacyjne kwestionują wysokość wymierzonej skazanemu kary. Skarżący twierdzi, że ustalając jej wysokość, Sąd odwoławczy nie uwzględnił w wystarczającym stopniu okoliczności wcześniejszej niekaralności J. T.. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Sąd Okręgowy wziął pod uwagę tę oraz wszystkie inne okoliczności dotyczące oskarżonego – także te, które wcześniej przeanalizował już Sąd I instancji. Oceniając niekaralność skazanego w kontekście ogółu okoliczności obciążających i łagodzących uznał, że zasadnym będzie częściowe uwzględnienie apelacji i obniżenie wymiaru kary o dwa miesiące, natomiast większa redukcja kary nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę wiodącą rolę J. T. w popełnionym przestępstwie i społeczną szkodliwość tego

czynu. Sąd Okręgowy w Krakowie uwzględnił przy tym fakt, że oskarżony nie jest krytyczny wobec swojego zachowania.

W świetle powyższych rozważań, podniesione w kasacji zarzuty jawią się jako bezzasadne w stopniu oczywistym.

Nie dostrzegając podstaw do uwzględnienia przedmiotowej kasacji, Sąd Najwyższy orzekł jak na wstępie, o kosztach postępowania rozstrzygając na podstawie art. 637a w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.