



Sygn. akt IV KK 64/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 listopada 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Barbara Skoczowska

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Klaudia Binienda

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Małgorzaty Kozłowskiej,

w sprawie **J. T.**

skazanego z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k. i inne

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 18 listopada 2020 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt IV Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K (...),

**I. na podstawie art. 531 § 1 k.p.k w związku z art. 530 § 2 k.p.k.
i art. 429 § 1 k.p.k. oraz art. 523 § 2 k.p.k. pozostawia kasację bez
rozpoznania w zakresie rozstrzygnięcia o utrzymaniu w mocy
wyroku Sądu Rejonowego w K. co do czynu zarzucanego w pkt 2
aktu oskarżenia i zwalnia skazanego od kosztów postępowania
kasacyjnego w tym zakresie;**

II. uchyla pkt I. 1 zaskarżonego wyroku i pkt II tego wyroku w zakresie rozstrzygnięcia o utrzymaniu w mocy orzeczenia o karze pozbawienia wolności wymierzonej w pkt I wyroku Sądu Rejonowego i w tej części przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

III. w pozostałej części oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;

IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz P. D. - Kancelaria Radcy Prawnego P. D. w K. 1280, 80 zł, w tym 23% VAT, za sporządzenie kasacji z urzędu i obronę skazanego w postępowaniu kasacyjnym przed Sądem Najwyższym.

UZASADNIENIE

J. T. został oskarżony o to, że:

1. w okresie od 30 maja 2006 r. do dnia 21 lipca 2006 r. 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 K. pod nazwą Zarząd Dróg i Komunikacji, pełniący jednocześnie – z mocy upoważnienia nr (...)/2004 Prezydenta Miasta K. z dnia 1 października 2004 r. do wykonywania w imieniu Gminy Miejskiej K. czynności zwykłego zarządu związanych z bieżącym funkcjonowaniem i realizacją zadań statutowych ZDiK oraz na mocy statutu ZDiK i ustawy Prawo zamówień publicznych – funkcję zamawiającego, zarządzając jednoosobowo i reprezentując tę 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 K. 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. o czyn z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 231 § k.k. i art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 12 k.k.;

2. w okresie od 19 stycznia do dnia 2 lutego 2007 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu z I. K., A. Z. i inną ustaloną osobą, co do której toczy się odrębne postępowanie, będąc funkcjonariuszem publicznym – jako dyrektor jednostki budżetowej Gminy Miejskiej K. pod nazwą K. Zarząd Dróg, pełniący jednocześnie z mocy statutu KZD i ustawy Prawo zamówień publicznych – funkcję zamawiającego, zarządzając jednoosobowo i reprezentując tę 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, przekroczył przysługujące mu uprawnienia, polecając wytworzenie podległym pracownikom dokumentacji zamówienia publicznego na potrzeby uzasadnienia wybranego już wcześniej przez siebie wykonawcy, tj. Akademii (...) i dopuszczając do tego, aby wykonawca usługi uczestniczył w opracowywaniu dokumentacji zamawiającego, co winno skutkować jego wyłączeniem z procedury ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, 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 Głównego 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 już uprzednio wyznaczył wykonawcę opisanego wyżej zadania, czym działał na szkodę interesu publicznego, tj. o czyn z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w K.:

1. uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt I aktu oskarżenia, stanowiącego występki 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. i za to na mocy art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;
2. na mocy art. 33 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego karę 250 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50 złotych;

3. 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;
4. orzekając w ramach zarzutu z pkt II aktu oskarżenia uznał oskarżonego za winnego tego, że w okresie od 19 stycznia do dnia 2 lutego 2007 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu z I. K., A. Z. i inną ustaloną osobą, co do której toczy się odrębne postępowanie, będąc funkcjonariuszem publicznym – jako dyrektor jednostki budżetowej Gminy Miejskiej K. pod nazwą K. Zarząd Dróg, pełniący jednocześnie z mocy statutu KZD i ustawy Prawo zamówień publicznych – funkcję zamawiającego, zarządzając jednoosobowo i reprezentując tę jednostkę przez 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 poświadczyl 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 Głównego 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 i przyjmując, że czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 271 § 2 k.k., na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 6 miesięcy ograniczenia

wolności, zobowiązując oskarżonego na mocy art. 34 § 1a pkt 1 k.k. i art. 35 § 1 k.k. do wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie;

5. 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 wymierzył oskarżonemu karę łączną 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności.

Opisane orzeczenie zaskarżone zostało w całości apelacjami oskarżonego i jego obrońcy.

Obrońca oskarżonego zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenie art. 6 k.p.k. w zw. z art. 117 § 2 oraz 2a k.p.k. w zw. z art. 193 k.p.k. w zw. z art. 374 k.p.k. w zw. z art. 377 § 3 k.p.k., a nadto art. 6 ust. 1 lit. c Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – przez błędne uznanie, iż nieobecność oskarżonego J. T. na rozprawach w dniach: 8.02.2018 r., 15.02.2018 r., 29.03. 2018 r., 9.04.2018 r. nie była usprawiedliwiona, co doprowadziło do rozpoznania sprawy pod nieobecność oskarżonego, a także uniemożliwienie mu wygłoszenia mowy końcowej we własnym imieniu, naruszając tym samym prawo oskarżonego do obrony, w sytuacji gdy oskarżony nie był obecny bez swojej winy, a zastrzegał chęć udziału w czynnościach oraz usprawiedliwił swoją absencję w sposób prawidłowy, tj. poprzez przedłożenie zwolnienia lekarskiego wydanego przez lekarza sądowego, a ewentualne zanegowanie rzetelności takiego zwolnienia wymagało wiedzy specjalistycznej, której źródła nie może stanowić powoływana przez Sąd opinia Collegium Medicum (...) jako zdezaktualizowana w dacie powoływania się na nią przez Sąd oraz niemiarodajna z punktu widzenia metodologii jej przeprowadzenia (brak badań fizykalnych i osobistej styczności z oskarżonym);
2. obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenie art. 6 k.p.k. w zw. z art. 378 § 2 k.p.k., a także z art. 81 § 2 k.p.k. poprzez przyjęcie przez Sąd i instancji, że

zaufanie oskarżonego do wyznaczonego mu obrońcy nie jest warunkiem prawidłowego pełnienia obrony z urzędu, a w konsekwencji naruszenie prawa do obrony oskarżonego; nadto całkowite pominięcie aspektu materialnego prawa do obrony polegającego na umożliwieniu oskarżonemu podejmowania samodzielnej obrony niezależnie od obrońcy, tym bardziej w kontekście braku porozumienia między obrońcą, a oskarżonym, na co oskarżony zwracał uwagę Sądu I instancji;

3. obrazę art. 624 § 1 k.p.k. poprzez niezwołnienie oskarżonego, nawet częściowe, od konieczności poniesienia kosztów postępowania, wobec jego ciężkiej sytuacji majątkowej, co było m.in. powodem wyznaczenia obrońcy z urzędu;

W zakresie czynu przypisanego w pkt I wyroku:

4. rażącą obrazę przepisów postępowania, a to:
 - art. 170 § 1 i 2 k.p.k. poprzez oddalenie złożonych przez oskarżonego wniosków dowodowych, pomimo ich istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,
 - art. 193 w zw. z art. 171 § 2 k.p.k. w zw. z art. 197 § 3 k.p.k. poprzez pozbawienie oskarżonego możliwości zadawania pytań biegłemu W. P. podczas przesłuchania biegłego na rozprawie w dniu 20 września 2017 r., a także zaniechanie ponownego wezwania biegłego na rozprawę lub też sporządzenia opinii uzupełniającej, w której zawarta byłaby odpowiedź na złożone w terminie pytania oskarżonego – pomimo wniosku oskarżonego,
 - art. 171 § 2 k.p.k. poprzez pozbawienie oskarżonego możliwości zadawania pytań świadkowi K. A. podczas przesłuchania tego świadka na rozprawie w dniu 27 maja 2015 r., a także zwolnienie świadka w sytuacji konieczności dalszego weryfikowania twierdzeń podanych przez głównego świadka oskarżenia,
 - art. 384 § 1 k.p.k. poprzez odebranie na rozprawie w dniu 2 września 2014 r. zeznań od świadka W. C. bez wezwania świadka K. A. do opuszczenia sali rozpraw, choć świadek K. A. nie skończyła jeszcze składać własnych zeznań i kontynuowano jej przesłuchanie na następnych terminach rozpraw w dniach: 14.10.2014 r., 10.12.2014 r., 14.01.2015 r., 29.04.2015 r., 27.05.2014 r.,

- art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów zgromadzonych w sprawie, a w szczególności zeznań świadków K. A., L. K., A. C., W. C. w oderwaniu od sytuacji konfliktowej pomiędzy świadkami a oskarżonym, w tym też pominięciu faktu, że w stosunku do świadków K. A. i L. K. toczyło się postępowanie karne, a obciążenie przez nich oskarżonego polepszało sytuację procesową świadków w toczących się przeciwko nim postępowaniach karnych,
 - art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów zgromadzonych w sprawie, a w szczególności zeznań świadka K. A. i występujących w tych zeznaniach rozbieżności, a także wzajemnej sprzeczności twierdzeń stawianych przez świadka;
5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, a skutkujący w przypisaniu oskarżonemu realizacji znamion czynów zabronionych, o których mowa w art. 231 § 1 w związku z art. 231 § 2 k.k. oraz w art. 271 § 1 w zw. z art. 271 § 3 k.k., podczas gdy prawidłowo ustalony stan faktyczny wskazuje na brak realizacji tychże znamion i konieczność uniewinnienia oskarżonego, a w szczególności:
- błędne przyjęcie, jako oskarżony przekroczył przysługujące mu uprawnienia, polecał 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, podczas gdy w rzeczywistości całość dokumentacji tego zamówienia publicznego przygotowywała świadek K. A. „wg własnego pomysłu”, a co więcej świadek ten sama zeznała, że jedynymi poleceniami jakie uzyskiwała od oskarżonego było to, aby jej działanie „było zgodne z prawem”,
 - błędne przyjęcie, jakoby oskarżony 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 K. z okazji wizyty Papieża” nr (...), podczas gdy w rzeczywistości całość dokumentacji tego zamówienia publicznego przygotowywała świadek K. A., a daty na

dokumentach były przez nią wpisywane wg „jej autorskiego pomysłu” w okresie przez nią wybranym,

- błędną ocenę depozycji procesowych K. A. oraz L. K. przejawiającą się w ich wybiórczej analizie tylko tych fragmentów, które potwierdzały treść oskarżenia, przy jednoczesnym pominięciu tych fragmentów, które rodziły wątpliwości odnośnie wiarygodności oświadczeń tych osób, podczas gdy świadkowie ci zeznawali w sposób obciążający oskarżonego, z którym mieli poważny konflikt, a także którzy obciążali oskarżonego w celu uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia w toczących się przeciwko tym świadkom postępowaniach karnych,

- błędne ustalenie, że dokumenty dotyczące przetargu na zadanie „Zmiana organizacji ruchu na terenie miasta K. z okazji wizyty Papieża” nr (...), powstały po dniu 25 maja 2006 r., podczas gdy z opinii biegłego przesłuchanego również w toku postępowania przed Sądem I instancji wynika, że nie da się jednoznacznie wskazać daty powstania plików istotnych dla sprawy, a w szczególności data utworzenia dokumentu elektronicznego nadana przez system nie może być traktowana jako data pewna,

- błędne ustalenie, że oskarżony działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz że oskarżony celowo i bezpodstawnie zawyżył wartość faktury, podczas gdy wszystkie środki wypłacone na rzecz Zakładu Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. były ekwiwalentem za faktycznie wykonane na rzecz ZDiK.

W zakresie czynu zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia, a przypisanego w pkt IV wyroku:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 271 § 2 k.k. oraz art. 26 § 1 k.k. przez przyjęcie, iż działania oskarżonego wypełniły znamiona czynu zabronionego opisanego w art. 271 § 2 k.k., zamiast uniewinnienia oskarżonego od zarzucanego mu czynu na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 26 § 1 k.k. – to jest działania w warunkach stanu wyższej konieczności.

W konsekwencji tych zarzutów skarżący wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Z ostrożności procesowej obrońca zarzucił także (pkt 7 apelacji) rażącą niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu kar, środków karnych i kary łącznej i wniósł o zmianę wyroku i wymierzenie oskarżonemu kar jednostkowych w granicach dolnego zagrożenia ustawowego oraz kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Apelacja oskarżonego nie zawierała sformalizowanych zarzutów, choć z jej treści wynikało, że skarżący kwestionuje ustalenia faktyczne, ocenę dowodów, kompletność zgromadzonego materiału dowodowego oraz prawidłowość przeprowadzenia poszczególnych dowodów. Skarżący podkreślał też pozbawienie go prawa do obrony, a także utrzymywał, że nie działał jako funkcjonariusz publiczny. W środku odwoławczym oskarżony sformułował nadto wnioski dowodowe i wniósł o uniewinnienie go bądź uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt IV Ka (...), Sąd Okręgowy w K. 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.

W kasacji wywiedzionej od całości wyrok Sądu odwoławczego, obrońca skazanego zarzucił:

1. obrazę art. 231 § 1 k.k. poprzez błędną wykładnię znamienia funkcjonariusz publiczny w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k.,
2. obrazę art. 231 § 1 k.k. poprzez błędne zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy, w sytuacji, gdy zachowanie skazanego co najwyżej należałoby rozpatrywać jako wypełniające znamiona przepisu art. 296 § 1 k.k.,

3. naruszenie art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z 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 biegłego na okoliczność rzeczywistej wartości zadania „Zmiana organizacji ruchu na terenie miasta K. z okazji wizyty Papieża” nr (...),
4. naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na niewłaściwym rozpoznaniu zarzutu rażącej niewspółmierności orzeczonych kar i środków karnych i niepełnym uzasadnieniu poprzez brak uwzględnienia niekaralności skazanego przy wymiarze kary i środków karnych,
5. 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 pominięcie zatarcia z mocy prawa wcześniejszego prawomocnego skazania J. T. wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt II K (...), zaistniałego w dacie wyrokowania przez Sąd I instancji oraz przez Sąd odwoławczy,
6. naruszenie art. 458 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., poprzez nieuwzględnienie w wydanym wyroku przeprowadzonego dowodu z dokumentu, tj. karty karnej oskarżonego (ujawnionego na rozprawie odwoławczej w dniu 5 grudnia 2018 r.), z której wynikała niekaralność skazanego,
7. naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na niewłaściwym rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 6 k.p.k., art. 117 § 2 i 2a k.p.k. i tym samym zaakceptowanie rażącego naruszenia prawa skazanego do obrony, w tym prawa do zapoznania się z nowymi dowodami przeprowadzonymi z urzędu po wznowieniu przewodu sądowego oraz prawa do ostatniego głosu przed Sądem I instancji,
8. naruszenie art. 458 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k., poprzez nieuwzględnienie w wydanym wyroku przeprowadzonych dowodów z k – 4613- 4631, k – 4659 oraz dowodu nadesłanego do Sądu 26 lutego 2019 r. zatytułowanego „Informator”, przeprowadzonych na rozprawie odwoławczej w dniu 5 marca 2019 r.,
9. naruszenie art. 170 § 3 k.p.k. poprzez brak rozpoznania wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka M. H. oraz świadka B. Ź.,

10. naruszenie art. 167 k.p.k. oraz art. 366 § 1 k.p.k. poprzez brak uchylenia tajemnicy radcy prawnego i przeprowadzenia dowodu z przesłuchania tego świadka na okoliczność daty, w której podpisał umowę,
11. naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na niewłaściwym rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 6 k.p.k. w zw. z art. 171 § 2 k.p.k. i tym samym zaakceptowanie rażącego naruszenia prawa skazanego do obrony poprzez ograniczenie możliwości zadawania pytań biegłemu W. P. i K. A.,
12. naruszenie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosków dowodowych o przesłuchanie W. P. i K. A. z powodu uznania, iż wnioski zmierzają do przedłużenia postępowania, w sytuacji, gdy skazany miał ograniczoną możliwość zadania wszystkich pytań, a w przypadku biegłego dodatkowo ograniczoną możliwość zadania w sposób bezpośredni, a nie jedynie pisemnie,
13. naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez brak rozpoznania zarzutów zawartych w osobistej apelacji skazanego, a to zarzutów:
 - braku ustalenia kto i w jakim zakresie był organem decydującym w sprawie wizyty papieskiej,
 - braku określenia wpływu wydania opinii Komendanta Policji w dniu 16 czerwca 2006 r., a więc po wizycie Papieża w K., która miała miejsce w dniach 26 – 28 maja 2006 r.,
 - sprzeczności między treścią zeznań świadka A. C. a informacją pisemną z Urzędu Miasta K. w zakresie momentu, w którym ZDiK posiadał środki finansowe na wykonanie zadania,
 - nieprzeprowadzenia wszystkich dowodów z zeznań świadków „z ramienia Policji” i ograniczenie się przez Sąd tylko do świadka W. N.,
 - dotyczącego przyjęcia przez Sąd pierwszej instancji, że zawarcie umowy było jedyną możliwością rozliczenia wykonanych prac w ramach zadania związanego ze zmianą organizacji ruchu na terenie K. z okazji wizyty Papieża,
 - nieokreślenia przez Sąd, na temat jakich dowodów wypowiadali się świadkowie (m.in. C., A., K.) w swoich zeznaniach w postępowaniu

przygotowawczym, które następnie potwierdzili przed Sądem, a następnie Sąd dokonał ich oceny,

- braku ustalenia przez Sąd pierwszej instancji, jaka kwota rzeczywiście była należna do Z. za prace przy zmianie organizacji ruchu; braku powołania biegłego do oceny kosztów zakupów i innych materiałów.

Tak sformułowane zarzuty pozwoliły skarżącemu na wniesienie o uchylenie wyroków Sądów obu instancji i uniewinnienie skazanego od obu zarzutów, ewentualnie o uchylenie obu wyroku i przekazanie sprawy do rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna w odniesieniu do rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego 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 w K..

W odniesieniu do rozstrzygnięcia Sądu odwoławczego dotyczącego czynu zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia, a następnie przypisanego skazanemu w pkt IV wyroku Sądu pierwszej instancji, kasacja jest niedopuszczalna z mocy ustawy, co pociągnęło za sobą konieczność pozostawienia jej bez rozpoznania w tym zakresie. Zgodnie z art. 523 § 2 k.p.k. kasację na korzyść można wnieść jedynie w razie skazania oskarżonego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (ograniczenie to nie dotyczy, w wypadku kasacji wnoszonej przez stronę, sytuacji, gdy podniesiono zarzuty o charakterze bezwzględny, wymienione w art. 439 k.p.k., co w niniejszej sprawie nie miało miejsca). J. T. został skazany za czyn przypisany mu w pkt IV wyroku Sądu Rejonowego na karę ograniczenia wolności, zatem wniesienie kasacji przez stronę postępowania było w tym zakresie niedopuszczalne.

W pozostałym zakresie, tj. wykraczającym poza opisane na wstępie rozważań rozstrzygnięcia o karze, kasacja oceniona została jako oczywiście

bezzasadna w rozumieniu art. 535 § 3 k.p.k., co zwolniło Sąd Najwyższy z obowiązku sporządzenia pisemnego uzasadnienia w tej części.

Dokonując ustaleń związanych z uprzednią karalnością J. T., Sąd Rejonowy stwierdził, że był on karany wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 21 lutego 2008 r. za czyn z art. 231 § 3 k.k., za który wymierzono mu karę grzywny (strona 46 uzasadnienia). Ustalając tę okoliczność Sąd powołał się na odpis wyroku znajdujący się na k – 1406 – 1407 akt sprawy. Rzeczywiście, na wskazanych kartach znajduje się opisana kopia wyroku wydanego w sprawie o sygnaturze akt II K (...). Ustalając opisany fakt Sąd nie przywołał znajdującej się na k – 1403 informacji o skazanym z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 7 marca 2011, z której wynika, że we wskazanej sprawie wymierzono skazanemu karę 250 stawek dziennych grzywny, przy ustaleniu wysokości jednej stawki na 40 złotych i że kara ta została wykonana w dniu 23 kwietnia 2009 r. W toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji dwukrotnie uzupełniano informację o karalności skazanego. Z informacji z dnia 11 grudnia 2015 r. (k – 3033) wynika, że J. T. został skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt II K (...) na karę 100 stawek dziennych grzywny, przy ustaleniu wysokości jednej stawki na 50 złotych. Pochodząca z dnia 9 listopada 2017 r. informacja o tej samej treści znajduje się na k – 3872 akt sprawy. Jak już wspomniano, informacje te nie zostały wzięte pod uwagę przy ustalaniu karalności skazanego (Sąd powołał się na skazanie w sprawie II K (...), choć nie figuruje ono w nowych informacjach). Dane o karalności zaktualizowane zostały w trakcie postępowania odwoławczego. Z pochodzącej z dnia 2 sierpnia 2018 r. informacji z Krajowego Rejestru Karnego wynika, że J. T. nie figuruje w kartotece karnej (k – 4522). Dokument ten ujawniono w toku rozprawy odwoławczej w dniu 5 grudnia 2018 r., k – 4537v (w protokole odnotowano – „Ujawniono aktualne dane o karalności oskarżonych z dnia 02.08.2018 roku”).

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego, kwestia uprzedniej karalności skazanego nie była obojętna z punktu widzenia rozstrzygnięcia o karze. Wystarczy przypomnieć, że:

- na stronie 197 uzasadnienia stwierdzono, że: „Jako okoliczność łagodzącą w przypadku oskarżonych I. K., A. Z. oraz S. J. Sąd wziął pod uwagę ich uprzednią

niekaralność. Z kolei w przypadku oskarżonego J. T. jako okoliczność obciążającą Sąd wziął pod uwagę to, że był on już uprzednio karany”;

- na stronie 200 Sąd wskazał, że: „Tym co różnicowało wymierzone im (oskarżonym – uwaga SN) kary i środki karne w ramach przypisanych czynów, o których mowa była z jednej strony kwestia uprzedniej karalności oskarżonego J. T., ale z drugiej – co dużo bardziej istotne – rola, jaką każdy z oskarżonych odegrał w przestępczym procederze”;

- na stronie 203 uzasadnienia podkreślono, że: „W przypadku S. J., I. K. i A. Z. Sąd miał na uwadze ich uprzednią niekaralność. W przypadku J. T., z uwagi na jego rolę w procederze kara musiała być surowsza”;

- w końcu na stronie 213 stwierdzono, że: „Sąd kształtując wymiar kary łącznej miał także na uwadze, że ma ona charakter swoiście podsumowujący represję stosowaną wobec sprawcy. W tym kontekście nie można stracić z pola widzenia faktu uprzedniej karalności oskarżonego J. T., ale i jego postawy w ciągu całego przewodu sądowego”.

Zawarte w wyroku Sądu Rejonowego rozstrzygnięcie o karze kwestionowane było w apelacji wywiedzionej na korzyść oskarżonego poprzez podniesienie zarzutu rażącej niewspółmierności (surowości) orzeczonej kary, przy czym w wywodach zawartych w apelacjach skazanego i jego obrońcy nie znalazły się zarzuty kwestionujące prawidłowość ustaleń związanych z uprzednią karalnością skazanego.

Jak wskazano już wcześniej, Sąd odwoławczy, realizując obowiązek wynikający z art. 213 § 1 k.p.k., uzyskał aktualną informację o karalności skazanego i ujawnił ją na rozprawie odwoławczej. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie co do kary Sąd Okręgowy uznał, że „Sąd pierwszej instancji nie naruszył zasady prawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie wymierzonej kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia oraz wymierzonych środków karnych” (strona 121 uzasadnienia). Oznacza to, że Sąd ten podzielił wszystkie ustalenia Sądu pierwszej instancji stanowiące podstawę wymiaru kary, zatem przyjął, że w chwili wyrokowania J. T. był skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w K. w sprawie o sygn. akt II K (...). Sąd Okręgowy wprawdzie obniżył wymierzoną skazanemu karę łączną pozbawienia wolności do 2 lat, jednak to nie kwestie

związane z uprzednią karalnością skazanego miały wpływ na tę decyzję, a to, że „motywacja oskarżonego poprzez tolerowanie jego zachowania przez władze miasta K., podlegała autodeterminacji przyzwolenia na łamanie prawa” (strona 122 uzasadnienia).

W świetle przytoczonych faktów kasacja obrońcy skazanego w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze, a w szczególności z powodu zarzutu podniesionego w pkt 6, oceniona być musi jako zasadna.

Zgodnie z przywołanym wcześniej art. 213 § 1 k.p.k. w postępowaniu należy ustalić m.in. dane o karalności oskarżonego. Obowiązek ten obciąża organ procesowy, który musi w tym zakresie działać z urzędu. Sąd Okręgowy spełnił ten obowiązek, uzyskał aktualne dane o karalności skazanego, a następnie ujawnił je na rozprawie odwoławczej. Uzyskana informacja, wbrew nakazowi wynikającemu z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., nie stała się jednak podstawą rozstrzygnięcia, skoro uznano, że wszystkie elementy kształtujące wymiar kary zostały przez Sąd pierwszej instancji ustalone prawidłowo. Tymczasem z karty karnej pochodzącej z dnia 2 sierpnia 2018 r. wynika, że J. T. jest osobą niekaraną. Pominięcie tej informacji przez Sąd odwoławczy było następstwem rażącej obrazy art. 410 k.p.k., a w konsekwencji rzutowało na prawidłowość kontroli instancyjnej w kontekście wymagań wynikających z art. 433 § 2 k.p.k. Stwierdzenie to jawi się jako oczywiste, jeśli zważyć, że już z danych o karalności uzyskiwanych dwukrotnie w toku postępowania przed Sądem Rejonowym wynikało, że oskarżony nie był już karany w sprawie II K (...). Treść wywodów uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego dowodzi, że uprzednia karalność skazanego była jednym z istotnych elementów kształtujących rozstrzygnięcie o karze. Podkreślano jej znaczenia jako okoliczności obciążającej, a także jako czynnika wpływającego na różnice w represji karnej w odniesieniu do skazanego i pozostałych współoskarżonych, którzy nie byli dotychczas karani. Warto również zauważyć, że kwestia karalności skazanego nabrała istotnego, nowego znaczenia, wobec obniżenia kary łącznej do dwóch lat pozbawienia wolności. Rozważając problem względności ustaw Sąd Rejonowy uznał, że ustawą korzystniejszą dla skazanego jest ustawa „stara”, choć co do stosowania instytucji warunkowego zawieszenia kary nie ma to znaczenia, bowiem kara łączna przekracza dwa lata (strona 217 uzasadnienia wyroku). Przy obniżeniu

kary łącznej do dwóch lat możliwe jest, z prawnego punktu widzenia, przy zastosowaniu ustawy „starej”, rozważenia możliwości warunkowego zawieszenia jej wykonania.

W opisanym stanie rzeczy konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku we wskazanym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania, ponieważ zaistniałe uchybienia miały charakter rażący i mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia Sądu odwoławczego.

W toku ponowionego postępowania Sąd Okręgowy w K. będzie zobowiązany, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z kierunku zaskarżenia, 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 znajdując 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 (...) 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 rzutujących na rozmiar represji karnej (m.in. strona 200 uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego).