

Sygn. akt IV KK 716/21

POSTANOWIENIE

Dnia 28 grudnia 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Siwek

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 28 grudnia 2022 r.,

sprawy **J. G.**

oskarżonego z art. 233 § 6 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k. i in.

z powodu kasacji wniesionej przez prokuratora,

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 31 maja 2021 r., sygn. akt IX Ka 276/21

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Ostrowcu Świętokrzyskim

z dnia 29 grudnia 2020 r., sygn. akt II K 540/20

p o s t a n o w i ł

I. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

**II. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć
Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Ostrowcu Świętokrzyskim wyrokiem z 29 grudnia 2020 r., sygn. akt II K 540/20, uniewinnił J. G. od zarzutów popełnienia czynów z art. 231 § 2 k.k. i art. 233 § 6 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k. i art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k., a także z art. 233 § 6 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Kielcach, po rozpoznaniu apelacji prokuratora, wyrokiem z 31 maja 2021 r., sygn. akt IX Ka 276/21, zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego utrzymał w mocy, rozstrzygając jednocześnie o kosztach postępowania.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł prokurator, który zaskarżając to orzeczenie w całości na niekorzyść J. G., zarzucił:

1. rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegające na zaniechaniu dokonania przez Sąd Okręgowy w Kielcach wszechstronnej kontroli odwoławczej oraz należytego rozważenia i ustosunkowania się w uzasadnieniu orzeczenia do zarzutów zawartych w apelacji prokuratora, jak i wspierającej je argumentacji zawartej w uzasadnieniu środka odwoławczego, nawiązującej do dokonanej przez Sąd I instancji błędnej oceny relacji pomiędzy J. G. a H. J., czego skutkiem było uznanie, że pomiędzy wyżej wymienionymi nie istniał taki stosunek faktyczny, który powodowałyby stronnictwo oskarżonego podczas procedury przetargowej;
2. rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegające na zaniechaniu dokonania przez Sąd Okręgowy w Kielcach wszechstronnej kontroli odwoławczej oraz należytego rozważenia i ustosunkowania się w uzasadnieniu orzeczenia do zarzutów zawartych w apelacji prokuratora, jak i wspierającej je argumentacji zawartej w uzasadnieniu środka odwoławczego, nawiązującej do dokonanej przez Sąd I instancji błędnej oceny zaniechań i działań J. G. podejmowanych w celu zagwarantowania firmie R. Sp. z o.o. wyłonienia jej w postępowaniach przetargowych dotyczących odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy [...] od właścicieli nieruchomości zamieszkujących na terenie tejże gminy, jako podmiotu realizującego to zadanie:
3. prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 2 pkt. 11 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843), polegające na wyrażeniu za Sądem I instancji błędnego poglądu prawnego, iż „wykonawcą” w rozumieniu przywołanego przepisu nie jest dyrektor oddziału podmiotu biorącego udział w procedurze przetargowej;

Prokurator wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Kielcach do ponownego rozpoznania.

Obrońcy J. G. w odpowiedzi na kasację wnieśli o jej oddalenia jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja jest oczywiście bezzasadna.

Przede wszystkim nie ma racji skarżący twierdząc, że w przedmiotowej sprawie doszło o obrazy wskazanych w *petitum* kasacji przepisów prawa procesowego, ani także naruszenia prawa materialnego. Przepis art. 433 § 2 k.p.k. nakłada na Sąd odwoławczy obowiązek rozważenia wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym, co powinno znaleźć swój wyraz w treści sporządzonego uzasadnienia, tak aby można było poznać motyw, jakimi kierował się sąd apelacyjny uznając sformułowane zarzuty za zasadne lub niezasadne (art. 457 § 3 k.p.k.). Wbrew wszelkim sugestiom skarżącego, zaskarżone orzeczenie Sądu Okręgowego spełnia te wymogi, gdyż nie tylko Sąd ten rozpoznał zarzuty apelacyjne, ale również wyczerpująco przedstawił powody ich odrzucenia. Z treści kasacji wynika natomiast, że jej autor nie akceptuje stanowiska Sądu odwoławczego, dlatego przy użyciu zarzutów naruszenia wskazanych przepisów, które spełniają jedynie formalne wymogi wniesienia kasacji (art. 523 § 1 k.p.k.), dąży w rzeczy samej do spowodowania ponownej kontroli orzeczenia Sądu I, a nie II instancji, do czego Sąd Najwyższy nie jest uprawniony (art. 519 k.p.k.).

Taki sposób formułowania zarzutów kasacyjnych wskazuje zatem na obejście ustawowych podstaw wniesienia kasacji, co powoduje, że nie może być zaakceptowany, a zarazem skuteczny. Zważając, że obszar ustaleń faktycznych, których weryfikacji oczekuje, choćby w sposób pośredni skarżący, nie podlega w ogóle badaniu w postępowaniu kasacyjnym, w toku którego możliwa jest wyłącznie

kontrola prawna i to w obrębie uchybień istotnych, mogących mieć istotny wpływ na wydane orzeczenie.

Ocena relacji zachodzącej pomiędzy J. G. a H. J., także ocena działań podejmowanych przez oskarżonego, które zdaniem prokuratora miały zagwarantować firmie R. sp. z o. o. uprzywilejowanie jej w postępowaniach przetargowych dotyczących zagospodarowania odpadami komunalnymi z terenu Gminy [...], to obszary zagadnień, których kontroli dokonuje się wyłącznie w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd odwoławczy rozważył i wyjaśnił zarazem, że znajomość J. G. z H. J. oraz prywatne relacje ich małżonek są bez znaczenia dla oceny bezstronności działania oskarżonego w procedurze przetargowej. Bezspornym jest, że oskarżony miał wiedzę co do tego, iż do przetargu na wywóz nieczystości staje m.in. firma R. sp. z o.o. w W., a nie oddział tej spółki w której pracownikiem pełniącym funkcję dyrektora, zatrudnionego na etacie, był H. J.. Oskarżony nie znał przecież nikogo z członków Zarządu spółki R., zaś miał pełną świadomość tego, że zakres udzielonego pełnomocnictwa dyrektorowi oddziału [...], ogranicza jego wpływ na jakiegokolwiek elementy oferty przetargowej, w tym cenę, zakres usługi itp. W tych warunkach nie zachodziła żadna sytuacja mogąca powodować wątpliwość co do jego bezstronności na linii podmiotu zamawiającego usługę, z wykonawcą z drugiej strony.

Oskarżony złożył więc zgodne z prawdą oświadczenie, że z żadnym oferentem, potencjalnym wykonawcą, w tym przede wszystkim również z H. J. nie łączyły go takie zależności czy stosunki (prawne lub faktyczne), które wyłączałyby jego niezależność oraz bezstronność (art. 17 ust. 2 i ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Dodać należy, że w tym wypadku nie jest bowiem wystarczające ustalenie jakiegokolwiek relacji pomiędzy poszczególnymi osobami wykonującymi czynności w postępowaniu z wykonawcą a samym wykonawcą, ale chodzi o realnie występujące koligacje, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego. Nie przełamuje tej oceny zwłaszcza wyłącznie subiektywne przekonanie na ten temat skarżącego. Z tej też przyczyny słusznie

Sąd Okręgowy potwierdził stanowisko wyrażone w I instancji, że nie można było przypisać oskarżonemu odpowiedzialności z art. 233 § 1 i 6 k.k.

Opisany przez Sąd odwoławczy cały przebieg mającej miejsce procedury przetargowej na wywóz śmieci z terenów O., która przebiegała niejako trójetapowo potwierdzała, że do przetargu ze swą ofertą stanęła firma R. spółka z o.o. w W., reprezentowana przez członków jej Zarządu, wśród których nie było przecież H. J..

Sąd Okręgowy w sposób rzeczowy przekonywał również, z jakich powodów identyfikuje się z zapatrywaniami Sądu I instancji, iż w odniesieniu do znamion zarzucanych oskarżonemu występków, pojęcie „wykonawca” zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie może być rozumowane w sposób rozszerzający. Wspomniana ustawa nie bez przyczyny zawiera bowiem definicję legalną „wykonawcy”, po to właśnie, aby przypisanie odpowiedzialności karanej następowało wyłącznie wobec osób, podmiotów, enumeratywnie w niej wymienionych.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z obowiązującym wówczas (w czasie czynów) art. 2 pkt. 11 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), ilekroć w ustawie mowa jest o „wykonawcy”, należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Status wykonawcy posiada zarówno każdy podmiot, który pobrał specyfikację istotnych warunków zamówienia, następnie tylko ten, który złożył wniosek lub ofertę, a w końcowej fazie wyłącznie ten wykonawca, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Z akt sprawy wynika natomiast, że jednym z wykonawców postępowań przetargowych, wskazanym przecież również w zarzutach aktu oskarżenia, była właśnie spółka z o. o. R. w W., a zatem spółka prawa handlowego będąca jednocześnie osobą prawną. H. J. jest za to osobą fizyczną, dyrektorem [...] oddziału R., a zgodnie z obowiązującą wówczas ustawą z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, a dokładniej jej art. 5 pkt 4, oddział stanowi wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym

miejszem wykonywania działalności. Status przedsiębiorcy posiadał zatem tylko ten podmiot, który oddział utworzył, zaś działalność w oddziale zawsze miała charakter wobec niego zależny. Oddział nie posiadał ani zdolności prawnej ani zdolności do czynności prawnych. Oddział przedsiębiorstwa spółki praw handlowego nie był zatem odrębnym od spółki macierzystej podmiotem prawa (zob. tak też prawidłowo Sąd Rejonowy na str. 12 uzasadnienia). Kompetencją do reprezentowania oddziału w stosunkach zewnętrznych dysponował zatem Zarząd spółki matki, a co za tym idzie sam oddział nie miał tym samym statusu „wykonawcy” w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu stwierdzić również należy, że w przedmiotowej sprawie, a zwłaszcza przed Sądem II instancji, nie doszło do rażącej obrazę prawa materialnego tj. art. 2 pkt 11 cyt. ustawy. Po pierwsze jest to zarzut skierowany do orzeczenia Sądu I instancji, po wtóre przywołana przez prokuratora argumentacja do zarzutu z pkt III kasacji, dowodzi że chodzić mogło wyłącznie o błąd w ustaleniach faktycznych, skoro nie podzielano przede wszystkim ustalenia, że H. J. dyrektor oddziału spółki R. nie był „wykonawcą” w rozumieniu tego przepisu. Marginalnie zauważyć należy, że tożsamej treści argumentacja znalazła się w zarzucie z pkt. II apelacji, który dotyczył błędu w ustaleniach faktycznych. Próba obejścia przez skarżącego wymogów przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego dla kasacji jest więc w tym zakresie oczywista.

Skarżący nie przekonał również, aby w tej sprawie zaszyły jakiegokolwiek okoliczności z udziałem oskarżonego, mogące przywołaną spółkę w procedurze przetargowej faworyzować. Nie zmieniają tej oceny podnoszone przez prokuratora sytuacje, związane np. z terminem ogłaszania przetargów, czy niepodaniem zmienionego konta.

Jak prawidłowo argumentował Sąd II instancji, ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera ścisłych terminów, w jakich przetarg powinien zostać ogłoszony. Trudno zatem zgodzić się z zarzutem, że pierwszy z nich został ogłoszony z opóźnieniem, zważywszy, iż zdążyły swe oferty do niego zgłosić aż dwie firmy. Propozycje te zostały jednak odrzucone z uwagi nazbyt wygórowane oczekiwania finansowe za usługę, na które nie było stać gminy [...]. Po unieważnieniu pierwszego przetargu ogłoszono kolejny, a to z uwagi na rychły

upływ okresu obowiązywania dotychczasowej umowy, a także z założeniem zawarcia umowy na wywóz nieczystości tylko czasowo i to w okresie od 1 lipca 2016 r. do 31 sierpnia 2016 r. Do tego przetargu swój udział zgłosiła jako jedyna spółka R., której dyrektorem oddziału [...] był istotnie H. J.. Interpretacja faktów dokonana przez prokuratora, jakoby w ten sposób miała nastąpić faworyzacja tej spółki poprzez danie zbyt krótkiego terminu do przygotowania ofert dla innych form, nie może być przekonująca, zważywszy przecież na zalewie 2 miesięczny plan zawarcia umowy, który dla wielu firm nie byłby dostatecznie korzystny, czyniąc tę ofertę mało atrakcyjną. Faktem jest, że w trzecim przetargu, w specyfikacji i ogłoszeniach nie wskazano nowego konta bankowego, na które oferenci mogli wpłacać wadium, lecz zamieszczono te dane wyłącznie na stronie internetowej w zakładce „przetargi”. Ta okoliczność jednak, która była wyłączną inicjatywą banku, oddziaływała w ten sam sposób na wszystkie firmy stające do przetargu, z których tylko dwie wpłaciły wadium na właściwe konto. Sąd II instancji podkreślał przy tym, że w tym zakresie oskarżony mógłby ponieść odpowiedzialność wyłącznie za nie dość wnikliwy nadzór, gdyż nie zajmował się on w ogóle szczegółami przetargów, lecz tym procesem wyłącznie gospodarował. Trzeci przetarg został unieważniony z uwagi na błędy merytoryczne zgłoszonych ofert. Nie doszło do sytuacji, aby firma R. została w tej procedurze wybrana w niewyjaśnionych okolicznościach lub poprzez fakt jej nieuzasadnionego uprzywilejowania.

Sąd Okręgowy dostrzegł rzecz oczywista pewne zaniedbania, niedociągnięcia w organizowaniu i prowadzeniu, poszczególnych przetargów, jednak słusznie podkreślił, że owe błędy mogłyby być rozpatrywane poprzez pryzmat jedynie odpowiedzialności służbowej oskarżonego, w tym dyscyplinarnej. Nie dają jednak podstaw do przypisania mu odpowiedzialności za przekroczenie czy niedopełnienie obowiązków, gdyż w zachowaniu J. G. brak jest znamion przestępstwa z art. 231 § 1 i 2 k.k.

Z powyższego wynika zatem, że przeprowadzona przez Sąd II instancji kontrola orzeczenia Sądu Rejonowego był wszechstronna, uwzględniająca wszystkie zarzuty apelacyjne, zaś twierdzenia skarżącego zawarte w kasacji są bezpodstawne i w niedopuszczalny na tym etapie postępowania zmierzają do ponowienia kontroli ustaleń faktycznych Sądu *meriti*.

Nie znajdując zatem podstaw do uwzględnienia kasacji orzeczono jak w pkt I postanowienia, na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k. rozstrzygając o kosztach postępowania kasacyjnego.

[as]