

POSTANOWIENIE Z DNIA 7 MAJA 2012 R.

V KK 402/11

Ustawodawca nie uzależnia statusu osoby pełniącej funkcję publiczną od wyposażenia jej w kompetencję do wydawania decyzji w sferze działalności publicznej. Nie ma takiego zawężającego kryterium w treści art. 115 § 19 k.k. Jak wynika z jego brzmienia *in fine*, pełni funkcję publiczną także osoba, która w działalności publicznej wykonuje uprawnienia i obowiązki określone w ustawie. W sferze zamówień publicznych sprawującymi funkcję publiczną są te osoby, które na podstawie ustawy wykonują uprawnienia i obowiązki w procedurach wiodących do udzielenia zamówienia. Wywierają one, a przynajmniej mogą wywierać, wpływ na przebieg postępowania i na wybór wykonawcy zamówienia. Biegły uczestniczący w pracach komisji przetargowej w procedurze zamówienia publicznego jest zatem osobą pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k.

*Przewodniczący: sędzia SN H. Gradzik (sprawozdawca).*

*Sędziowie: SN B. Skoczowska, SA (del. do SN) D. Kala.*

*Prokurator Prokuratury Generalnej: Z. Siejbik.*

Sąd Najwyższy w sprawie Cezarego T., skazanego z art. 305 § 1 k.k., 228 § 1 i 3 k.k. i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 7 maja 2012 r. kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 19 kwietnia 2011 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 19 lipca 2010 r.,

o d d a l i ł kasację (...).

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 lipca 2010 r., Sąd Okręgowy w W. skazał Cezarego T. za to, że:

1. w okresie od grudnia 2002 r. do kwietnia 2003 r. w W. i innych miejscowościach, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz w celu spowodowania, aby przetarg na wyłonienie generalnego wykonawcy inwestycji w postaci budowy gmachu (...), organizowany przez (...) wygrała firma M. S.A., wszedł w porozumienie z Aleksandrem S. i Grzegorzem R., w ten sposób, że w zamian za korzyści majątkowe przekazane przez tą firmę, z ramienia „Kancelarii Prawnej (...) s.c.”, podjął się funkcji konsultanta i rzeczoznawcy w tym przetargu, a następnie przekazywał członkom porozumienia informacje z działań komisji przetargowej, konsultował z nimi projekty „specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, tak by były korzystne dla M. S.A., brał udział w przerobieniu oferty przetargowej M. S.A. tak by była ważna, w wyniku czego przetarg ten wygrała firma M. S.A., czym działał na szkodę (...) – tj. za przestępstwo z art. 305 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności;

2. w kwietniu 2003 r. w W. usunął części oferty przetargowej firmy M., dotyczącej wykonania inwestycji w postaci budowy gmachu (...) oraz podrobił tę dokumentację przetargową przez zamianę stron nr 5 oraz od 266 do 281 zawierających błąd rachunkowy na inne o tej samej numeracji, lecz nie zawierające tego błędu tak, by oferta firmy M. była ważna – tj. za przestępstwo z art. 276 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności;

3. w okresie od grudnia 2002 r. do czerwca 2004 r. w W., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, pełniąc funkcję publiczną jako doradca (...) do spraw przetargów publicznych oraz rzeczoznawca komisji przetargowej powołanej do wyłonienia generalnego

wykonawcy inwestycji w postaci budowy gmachu (...), żądał od przedstawicieli firmy M. S.A. Aleksandra S. oraz Grzegorza G. korzyści majątkowej w kwocie odpowiadającej 1,25% wartości kontraktu, a następnie przyjął korzyść w kwocie nie mniejszej niż 142 740 zł z tytułu faktur wystawionych przez wskazaną przez niego firmę A.-B., zapłaconych przez oddział M. S.A., w zamian za spowodowanie, iż opisany przetarg wygra M. – tj. za przestępstwo z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę 2 lat pozbawienia wolności i 200 stawek grzywny po 500 zł każda, orzekając nadto na podstawie art. 45 § 1 k.k. przepadek równowartości osiągniętej przez oskarżonego korzyści majątkowej w określonej wyżej kwocie;

4. w okresie od marca do kwietnia 2004 r. w W. udzielił pomocy Zbigniewowi Z. – prezesowi Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego (...) (PBP) oraz Ryszardowi W. – wiceprezesowi tej firmy, do podrobienia umowy z dnia 23 stycznia 2004 r. między R. K. P. sp. z o.o. a PBP S.A., opiewającej na świadczenie usług doradztwa techniczno-organizacyjnego, w ten sposób, iż przekazał Zbigniewowi Z. sporządzoną wcześniej i podpisaną przez Jacka M. umowę celem podpisania jej przez przedstawicieli PBP – tj. za przestępstwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;

5. w okresie od maja do czerwca 2004 r. w W., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, pełniąc funkcję publiczną jako doradca (...) do spraw przetargów publicznych oraz członek komisji przetargowej na wyłonienie generalnego wykonawcy inwestycji w postaci kontynuacji budowy (...), żądał od prezesa zarządu PBP Zbigniewa Z. korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w łącznej kwocie 490 000 zł za spowodowanie, iż opisane wyżej zamówienie publiczne udzielono tej firmie, a następnie przyjął od Zbigniewa Z. korzyść majątkową w kwocie 50 000 zł, a także w postaci zapłaty przez PBP poświadczającej nieprawdę faktury VAT wystawionej dla tej firmy przez R. K. P. z dnia 23 kwietnia 2004 r. na

łącną kwotę 148 840 zł za rzekome doradztwo techniczne, z której kwotę nie mniejszą niż 50 000 zł przyjął za pośrednictwem Macieja J. – tj. za przestępstwo z art. 228 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę 2 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny po 500 zł każda, orzekając nadto na podstawie art. 45 § 1 k.k. przepadek równowartości osiągniętej przez oskarżonego korzyści majątkowej w kwocie 100 000 zł;

6. w okresie od dnia 30 sierpnia 2002 r. do dnia 30 września 2004 r. w R., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, prowadząc działalność gospodarczą pod firmą C. i będąc z tego tytułu uprawnionym do wystawiania faktur VAT, poświadczył nieprawdę na 32 fakturach VAT opiewających na kwotę brutto 856 495 zł wystawionych przez tą firmę dla firmy A.-B., potwierdzających wykonanie usług konsultingowych i doradczych związanych z przetargami publicznymi i inwestycjami, mimo że usług takich dla A.-B. nie wykonywał, a następnie wprowadzał je do urzędzeń księgowych C. – tj. za przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s. na karę 100 stawek dziennych grzywny po 500 zł każda;

7. w okresie od dnia 29 sierpnia 2002 r. do dnia 26 sierpnia 2004 r. w R. i innych miejscowościach, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, udzielił Maciejowi J. pomocy do poświadczenia nieprawdy na 95 fakturach VAT opiewających na łączną kwotę brutto 896 661 zł wystawionych przez firmę A.-B. dla M. S.A. Oddziały w (...), potwierdzających wykonanie usług konsultingowych i doradczych związanych z inwestycjami prowadzonymi przez wskazane oddziały M., wiedząc, iż w rzeczywistości usługi takie nie były wykonywane przez A.-B., w ten sposób, iż w uzgodnieniu z przedstawicielami M. S.A. przekazywał Maciejowi J. dane, jakie mają znaleźć się na fakturach, ich wartość oraz

daty wystawienia – tj. za przestępstwo skarbowe z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art.62 § 2 k.k.s. na karę 100 stawek dziennych grzywny po 500 zł każda.

Na podstawie art. 85 i 86 § 1 i 2 k.k. Sąd Okręgowy wymierzył oskarżonemu łączne kary 4 lat pozbawienia wolności i 350 stawek dziennych grzywny po 500 zł każda, a na podstawie art. 41 § 1 i 2 k.k. orzekł wobec niego zakaz zajmowania stanowisk oraz wykonywania działalności gospodarczej, związanych z zamówieniami publicznymi na okres 2 lat.

Wyrok powyższy zaskarżył obrońca oskarżonego. W apelacji podniósł zarzuty oparte na każdej z podstaw odwoławczych określonych w art. 438 k.p.k.

Po jej rozpoznaniu Sąd Apelacyjny w W. w wyroku z dnia 19 kwietnia 2011 r., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

– przyjął, iż czyny przypisane Cezaremu T. w pkt 1 i 2 stanowią jedno przestępstwo wypełniające znamiona z art. 305 § 1 k.k. i art. 276 k.k. oraz art. 270 § 1 k.k. i za tak kwalifikowany czyn na podstawie art. 270 § 1 k.k. wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności, stwierdzając, iż straciła moc kara łączna pozbawienia wolności;

– przyjął, że podstawą wymierzonych oskarżonemu kar grzywny jest art. 62 § 2 k.k.s. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 178, poz. 1479);

– wymierzył oskarżonemu nową karę łączną pozbawienia wolności w wymiarze 3 lat.

W pozostałej części, w tym co do wymierzonej oskarżonemu kary łącznej grzywny, zaskarżony wyrok został utrzymany w mocy.

Od prawomocnego wyroku obrońca oskarżonego wniósł kasację. Skarżąc wyrok w całości zarzucił rażące naruszenie prawa materialnego i procesowego, mające wpływ na jego treść, tj:

1. wadliwe przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 305 § 1 k.k., przez oparcie wnioskania, że Cezary T. wypełnił znamiona tego czynu

zabronionego w sytuacji, gdy nie wykazano, aby opisanym zachowaniem, po ogłoszeniu przetargu przez inwestora miał on w ogóle możliwość i utrudniał lub udaremniał przetarg na budowę (...) albo działał na szkodę (...), zaś Sąd Apelacyjny nie poddał krytycznej ocenie tych rozważań, w kontekście zarzutów faktycznych i prawnych wskazanych w apelacji;

2. wadliwe przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 228 § 1 i 3 k.k., przez subsumcję zachowania Cezarego T., polegającego na wykonywaniu na podstawie umowy zlecenia obowiązków „konsultanta” wyłącznie na rzecz kancelarii prawnej obsługującej przetarg na zlecenie (...) oraz uznania, że pełnił w jakimkolwiek momencie funkcję publiczną w tej instytucji w rozumieniu art. 115 § 19 k.k., w tym miał wpływ na opinię komisji przetargowej bądź decyzję dyrektora albo możliwość lub udział w rozporządzeniu czy wykorzystaniu środków publicznych i z tego powodu mógł wypełnić jakiegokolwiek znamię tego czynu zabronionego;

3. obrazę art. 7 k.p.k., 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegającą na nierozważeniu i nieuwzględnieniu istotnych zarzutów apelacji oskarżonego, także zawartych w jej uzasadnieniu, dotyczących:

a) pominięcia w ustaleniach, także Sądu Apelacyjnego, treści dokumentów przedłożonych przez Cezarego T. w trakcie składania wyjaśnień na temat rzeczywistych opracowań, jakie w latach 2002-2004 wykonał na rzecz różnych oddziałów firmy M., za które otrzymywał ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne, które potraktowane zostało dowolnie jako korzyść majątkowa, a nie zapłata firmie C. za wykonane usługi i jednocześnie przyjęcie, że faktury wystawiane za pośrednictwem A.-B. były nierzetelne, bez wykazania jakiegokolwiek niezgodności z rzeczywistością choćby w jednym dokumencie i przyjęcie w wyniku takiego rozumowania winy i sprawstwa oskarżonego, co przemawia za pozostawieniem zarzutów poza zakresem ich rozpoznania, akceptowania sprzecznych z doświadczeniem życiowym i zasadami racjonalnego rozumowania

sposobem dokonywania ustaleń faktycznych i brakiem rzetelnego ustosunkowania się do nich w uzasadnieniu wyroku;

b) nieustosunkowaniu się Sądu Apelacyjnego do zarzutu apelacji dotyczącej sposobu ustalenia i wyliczenia wysokości korzyści majątkowej w kwocie nie mniejszej niż 142 740 zł, pomimo że przyjęta metoda ustalenia jest zawodna, nie odpowiada ustaleniom w sprawie i opiera się na dowolnych założeniach co do wysokości wynagrodzenia ryczałtowego, które zależne było od ilości opracowań i opinii firmy C., co wynika z dokumentów, a nie spekulacji o teoretycznej możliwości nadania niektórym przelewom charakteru łapówki, a niektórym zapłaty za nietypowe i specjalistyczne usługi;

c) nieustosunkowaniu się Sądu Apelacyjnego do zarzutów dotyczących braku stosownego orzeczenia bądź oceny przydatności dowodu bądź wskazania, dlaczego nie wykorzystano w sprawie odtworzonych w całości operacyjnych nagrań rozmów telefonicznych oskarżonych z okresu luty 2002 do września 2004 r., wnioskowanych jako dowody przez oskarżyciela – bez jakiegokolwiek niezbędnego komentarza;

d) nierozważenie przez Sąd Apelacyjny wszystkich wniosków i zarzutów apelacyjnych zawartych także w uzasadnieniu apelacji, dotyczących błędnej oceny postanowień prawa o zamówieniach publicznych, w tym zdarzeń zaliczanych do okresu trwania przetargu publicznego, roli czy funkcji, jaką w rzeczywistości pełnił Cezary T. od grudnia 2002 r. w (...), w oparciu o umowy zlecenia oraz błędnego przyjęcia, że faktury ryczałtowe wystawiane do zapłaty M. od lipca 2002 r. były nierzetelne, tzn. nie były wynikiem rzeczywistej pracy wykonywanej co miesiąc przez skazanego w imieniu firmy C.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, bądź uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w W. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej. Taki sam wniosek złożył prokurator Prokuratury Generalnej na rozprawie kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Co do zarzutu z pkt 1.

Naruszenie prawa materialnego polega na wadliwym jego zastosowaniu lub niezastosowaniu w orzeczeniu wydanym na podstawie prawidłowych ustaleń faktycznych. Oznacza to, że poza zakresem zaskarżenia pozostają same ustalenia, które były lub powinny być przedmiotem subsumcji pod przepis prawa materialnego. W zarzucie naruszenia prawa materialnego można odwoływać się do tych ustaleń, które są zawarte w opisie czynu przypisanego, bo tylko one podlegają materialnoprawnemu kwalifikowaniu. Należy więc zauważyć, że w prawomocnym wyroku przypisano Cezaremu T. popełnienie czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, polegającego na wejściu w porozumienie z innymi osobami w postępowaniu przetargowym, stanowiącego działanie na szkodę instytucji, na rzecz której ogłoszono przetarg publiczny na wyłonienie wykonawcy inwestycji budowlanej. Opis czynu, przytoczony na wstępie, jest bardziej rozbudowany, ale jego istota sprowadza się do tak skondensowanych ustaleń faktycznych. Wypełniają one znamiona jednej z alternatywnych form strony podmiotowej i przedmiotowej przestępstwa określonego w art. 305 § 1 k.k. Jest więc oczywiste, przy założeniu trafności ustaleń ujętych w opisie czynu, jako warunku podniesienia prawidłowego procesowo zarzutu obrazy prawa materialnego, że subsumcja czynu pod przepis art. 305 § 1 k.k. była trafna. Z tego punktu widzenia utrzymanie w mocy wyroku Sądu pierwszej instancji także w zakresie kwalifikacji prawnej było zasadne.

Inną natomiast kwestią jest to, czy wejście oskarżonego w porozumienie z Aleksandrem S. i Grzegorzem R. (niekwestionowane tu



przez skarżącego) stanowiło *in concreto* działanie na szkodę (...) jako inwestora. Rzeczą w tym, że przy rozpoznaniu zarzutu obrazy prawa materialnego zasadność akceptacji dla subsumcji określonych okoliczności faktycznych pod znamię typu przestępstwa podlega kontroli w postępowaniu kasacyjnym zwłaszcza wtedy, gdy jest ono ujęte, jak w niniejszym wypadku, pojemnym w treści określeniem. Zawarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie „działając na szkodę” jest znamieniem skutku przestępstwa. W doktrynie przyjmuje się, że skutkiem tym nie musi być realna szkoda majątkowa, do której dochodzi w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany (R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.): Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz, Warszawa 2005, s. 1368; W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.): Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz, Warszawa 2008, s. 779, por. też uzasadnienie uchwały TK z dnia 18 lutego 1992, W 7/92, OTK 1992, cz.2 , poz. 34, s. 127).

W realiach sprawy przedmiotem ochrony z punktu widzenia art. 305 § 1 k.k. były szeroko pojęte interesy majątkowe (...) w sytuacji ogłoszenia przetargu na wykonanie dużej inwestycji budowlanej. Gdyby treść i cel przypisanego oskarżonemu porozumienia z innymi osobami, nie oddziaływały ujemnie na interesy majątkowe inwestora w podejmowanym przedsięwzięciu, to wiązanie czynu z działaniem na szkodę tego podmiotu oznaczałoby nieuprawnioną subsumcję pod odnośne znamię ustawowe przestępstwa z art. 305 § 1 k.k., a to z kolei czyniłoby zasadnym zarzut kasacji. Ustalone fakty dowiodły jednak nietrafności zarzutu. Należy przypomnieć, że w pierwszym z postępowań o zamówienie publiczne oskarżony pełnił funkcję konsultanta, a następnie biegłego (rzeczoznawcy) w komisji przetargowej. Równocześnie, bez wiedzy inwestora działał w zamian za korzyści majątkowe, na rzecz firmy M. S.A., tj. jednego z

oferentów, który przystąpił do przetargu nieograniczonego. Łącząc te role, oskarżony opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia, a więc kluczowy w procedurze zamówienia publicznego dokument, konkretyzujący opis przedmiotu zamówienia, stanowiący zarazem zaproszenie przez inwestora do składania ofert przez firmy wykonawcze. Przygotowanie tego dokumentu nastąpiło jeszcze przed formalnym ogłoszeniem przetargu i, co wymaga zaakcentowania, we współdziałaniu oskarżonego z osobami reprezentującymi M. S.A., zmierzającym do takiego doprecyzowania warunków zamówienia, by zawęzić krąg potencjalnych oferentów, a zarazem, by sprostał im M. Natomiast już w stadium oceny ofert przez komisję przetargową oskarżony doprowadził do przerobienia oferty M., co uchroniło przed jej odrzuceniem z powodu błędów rachunkowych, które zauważyła jedna z firm konkurujących.

Łączenie przez oskarżonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego roli biegłego komisji przetargowej z nieformalnym, ukrytym ale efektywnym działaniem na rzecz jednego z oferentów było, co oczywiste, ustawowo wykluczone. Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 obowiązującej wówczas ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm., dalej: uzp), w postępowaniu tym nie mogły wykonywać czynności w imieniu zamawiającego osoby, które pozostawały z oferentem w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógł rodzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności. Zaistnienie takich okoliczności z mocy prawa wyłączało daną osobę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego właśnie członkowie komisji przetargowej i biegli rzeczoznawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia pisemnego o braku tych przeszkód prawnych w pełnieniu swoich funkcji. Oskarżony w dniu 11 kwietnia 2003 r. (publiczne otwarcie ofert) złożył fałszywe oświadczenie, że wobec braku przytoczonych okoliczności nie podlega wyłączeniu. Ukrył zatem przed inwestorem swoje

powiązania i zaangażowanie na rzecz jednego z oferentów, a w decydującym stadium postępowania, w którym wybierano najkorzystniejszą ofertę, działał na rzecz tego oferenta i w porozumieniu z nim. Jeśli zważyć, że w myśl art. 27d ust. 1 uzp, wyboru najkorzystniejszej oferty należało dokonywać wyłącznie na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wypadku opracowanych wcześniej w konsultacji oskarżonego z oferentem, który wygrał przetarg, to nie sposób zanegować, że przypisane oskarżonemu porozumienie z osobami reprezentującymi M. stanowiło działanie na szkodę podmiotu ogłaszającego przetarg. Zachowanie oskarżonego zmierzało bowiem od początku do ograniczenia kręgu potencjalnych oferentów, a w dalszym stadium realnie wzmacniało pozycję oferty M. wśród innych ofert. Realizowanie porozumienia z M. odebrało postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie przetargu nieograniczonego jego najbardziej pożądaną przymiot, tj. zapewnienie wszystkim potencjalnym oferentom równych szans w przystąpieniu do przetargu, a inwestorowi możliwość przyjęcia optymalnej ilości ofert i obiektywnego wyboru najkorzystniejszej. *De facto* zamówienie publiczne utraciło cechę przetargu nieograniczonego. Najbardziej wyrazistym działaniem zmierzającym do osiągnięcia celu zawartego porozumienia było przerobienie fragmentu złożonej przez M. oferty dla usunięcia błędu w obliczeniu ceny, który pociągałby obligatoryjne jej odrzucenie przez zamawiającego (art. 27a ust. 1 pkt 5 uzp). Wszystko to prowadzi do wniosku, że uznanie zachowania przypisanego oskarżonemu w opisie czynu (porozumienie w zamian za korzyści majątkowe z osobami reprezentującymi firmę uczestniczącą w przetargu) za wypełniające znamię działania na szkodę inwestora, oznaczało trafną subsumcję i jako takie nie naruszało przepisu art. 305 § 1 k.k. w wyniku zastosowania go w niniejszym wypadku. W ocenie prawnej czynu Sądy obu instancji prawidłowo postrzegały ogólny przedmiot ochrony przestępstwa z art. 305 § 1 k.k.,

którym jest wzmocnienie ochrony instytucji przetargu publicznego, jako elementu obrotu gospodarczego, a zarazem chronienie interesów majątkowych podmiotu ogłaszającego przetarg (O. Górniok: Przesłępstwa gospodarcze w Kodeksie karnym. Komentarz, Warszawa 2000, s. 93). Zarzut obrazy tego przepisu jest zatem niezasadny.

Co do zarzutu z pkt 2.

Zarzudem tym objęte są orzeczenia skazujące Cezarego T. za dwa przestępstwa opisane w pkt III i VII, aczkolwiek wywód uzasadnienia nawiązuje wyłącznie do pierwszego z nich. Skarżący zakwestionował zasadność przyjęcia, że pełniąc funkcję biegłego w komisji przetargowej powołanej do wyboru generalnego wykonawcy budowy gmachu (...), a później funkcję członka komisji przetargowej, która wybrała firmę do kontynuacji budowy (...), oskarżony był osobą pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Podnosząc zarzut, obrońca utrzymywał, że doszło w konsekwencji do obrazy przepisów art. 228 § 1 i 3 k.k., penalizujących przyjmowanie korzyści majątkowej lub osobistej w związku z pełnieniem takiej funkcji i za naruszenie zarazem przepisów prawa. Zdaniem autora kasacji oskarżony nie pełnił „w jakimkolwiek momencie” funkcji publicznej w działalności tej instytucji.

Odnosząc się do zarzutu należy raz jeszcze zauważyć, co niesporne, że funkcje, które Cezary T. pełnił w przetargach na budowę gmachu (...) i na ukończenie budowy (...) nie były identyczne. W pierwszym wypadku był on początkowo konsultantem władz (...) w sprawach przetargów publicznych, a następnie biegłym (rzeczoznawcą) uczestniczącym w pracach komisji przetargowej. W drugim, był doradcą organów (...) zajmującymi się zamówieniami publicznymi, po czym został członkiem komisji przetargowej.

Broniąc poglądu, że w żadnej z powierzonych mu ról oskarżony nie był osobą pełniącą funkcję publiczną, obrońca koncentrował argumentację na tym, że wykonywał on tylko czynności „usługowe”, a decyzje co do

rozstrzygnięcia przetargów podejmował kierownik instytucji (...), przez zatwierdzenie propozycji komisji przetargowych (art. 20a ust. 4 uzp). Wywód obrońcy razi powierzchownością, a w warstwie prawnej wręcz rozmija się z normatywną treścią przepisu art. 115 § 19 k.k., zawierającego legalną definicję osoby pełniącej funkcję publiczną. Ustawodawca wyszczególnia w nim cztery kategorie osób pełniących funkcję publiczną: a) funkcjonariusza publicznego, b) członka organu samorządowego, c) osoby zatrudnionej w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi (chyba, że wykonuje wyłącznie czynności usługowe), d) innej osoby, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Mimo niewskazania *expressis verbis* w wyroku, z którą z wymienionych kategorii osób, wiązano czyny oskarżonego, to już z jednoznacznych ustaleń wynika, że Sądy obu instancji postrzegały go jako osobę, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone przez ustawę. Jest to kwalifikacja trafna. Istotnie, wykonywanie uprawnień i obowiązków przewidzianych w obowiązującej do marca 2004 r. ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, należało do sfery pełnienia funkcji publicznej, pojmowanej jako działalność zinstytucjonalizowana, służąca realizacji zadań publicznych (J. Majewski [w:] A. Zoll (red.): Kodeks Karny. Część Ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 1434).

Zamówienie publiczne to jedna z form operowania finansami publicznymi w celu zaspokajania określonych potrzeb publicznych. Regulacje prawne dotyczące zamówień określają w sposób ścisły procedury poprzedzające wydatkowanie środków publicznych, w szczególności zgłoszenie zamówienia, tryb wyłaniania wykonawców i podpisywanie umów. W myśl art. 4 uzp jej przepisy miały zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych, między innymi, przez państwowe jednostki organizacyjne, a więc także wyższe uczelnie państwowe. Ustawa ta określała na czym

polegał udział osób zaangażowanych w kolejnych etapach postępowania, którego finałem było udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku przetargu nieograniczonego na budowę (...), ze względu na to, że wartość zamówienia przekraczała kwotę 30 000 euro, obligatoryjne było powołanie komisji przetargowej (art. 20a ust. 1 uzp.). Członkowie komisji decydowali w szczególności czy wykonawcy spełniają wymagane w specyfikacji warunki, oceniali oferty pod względem merytorycznym i proponowali wybór oferty najkorzystniejszej. Ostatecznego wyboru dokonywał kierownik jednostki lub osoba upoważniona, zatwierdzając propozycję komisji przetargowej (art. 20 a ust. 3 i 4 uzp). Zgodnie z art. 20a ust 2 uzp prace komisji przetargowej mogły być wspomagane przez biegłych (rzeczoznawców). W tym właśnie charakterze komisja zaangażowała Cezarego T. Wymaga podkreślenia, że biegły miał prawo uczestniczyć w pracach komisji. W § 5 ust. 3 obowiązującego wówczas rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad powoływania członków komisji przetargowej oraz trybu jej pracy (Dz. U. Nr 82, poz. 743) określono formy tego uczestniczenia. Polegały one na przedstawianiu opinii na piśmie, a na żądanie komisji przetargowej – na udziale w jej pracach z głosem doradczym. Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że Cezary T., jako biegły wykonywał dla komisji przetargowej wszystkie wymienione w rozporządzeniu czynności. Bez większego znaczenia prawnego pozostaje natomiast to, że rola oskarżonego była *in concreto* daleko poważniejsza. To on opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia, oceniał autorytatywnie każdą z ofert, wnioskował odrzucenie dwóch spośród trzech ofert, przygotował decyzję o nieuwzględnieniu protestu jednego z oferentów i wypowiedział się za wyborem oferty M., doprowadzając do zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego z tą właśnie firmą. Podobną rolę, nawet w jeszcze bardziej wyrazistym stopniu, spełnił oskarżony już jako członek komisji przetargowej, która po wejściu w życie ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wyłoniła wykonawcę budowy (...). Odpowiednio organizując przebieg zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji (przez angażowanie oferentów dla samego tylko uczestniczenia w procedurze zamówienia), doprowadził do rozstrzygnięcia, w wyniku „ustawienia” przetargu, na korzyść firmy PBP S.A. To prawda, że końcowe decyzje w obu postępowaniach podejmował kierownik jednostki udzielającej zamówienia publicznego (...), gdyż taki był wymóg obu kolejno obowiązujących ustaw, lecz istotny, wręcz decydujący wpływ na rozstrzygnięcia w obu wypadkach miał oskarżony, wykonując określone w ustawie uprawnienia i obowiązki osoby uczestniczącej w pracach komisji przetargowej zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego, a tym samym do rozporządzenia środkami publicznymi (biegłego w pierwszym wypadku, członka komisji przetargowej w drugim).

Całkowicie nietrafny jest argument skarżącego, jakoby oskarżonemu nie przysługiwał status osoby pełniącej funkcję publiczną z tego względu, że decyzje o rozstrzygnięciu przetargu (wybór oferty najkorzystniejszej) podejmował kierownik instytucji (...). Ustawodawca nie uzależnia przecież statusu osoby pełniącej funkcję publiczną od wyposażenia jej w kompetencję do wydawania decyzji w sferze działalności publicznej. Nie ma takiego zawężającego kryterium w treści art. 115 § 19 k.k. Jak wynika z jego brzmienia *in fine*, pełni funkcję publiczną także osoba, która w działalności publicznej wykonuje uprawnienia i obowiązki określone w ustawie. W sferze zamówień publicznych sprawującymi funkcję publiczną są te osoby, które na podstawie ustawy wykonują uprawnienia i obowiązki w procedurach wiodących do udzielenia zamówienia. Wywierają one, a przynajmniej mogą wywierać, wpływ na przebieg postępowania i na wybór wykonawcy zamówienia (por. J. Majewski, *op. cit.*, s. 1434). Biegły uczestniczący w

pracach komisji przetargowej w procedurze zamówienia publicznego jest zatem osobą pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k.

Zarzut autora kasacji okazał się bezzasadny. W prawomocnym wyroku nie doszło do naruszenia przepisów art. 228 § 1 i 3 k.k. Sądy obu instancji prawidłowo zastosowały te przepisy przy skazaniu oskarżonego za czyny określone w pkt III i VII, skoro przyjęcie przez niego korzyści materialnych nastąpiło w związku z pełnieniem funkcji publicznej, i jak wynika z ustaleń, za zachowania stanowiące naruszenie przepisów prawa.

Co do zarzutu z pkt 3.

Ad a) obrońca utrzymuje, że Sąd drugiej instancji nie rozpoznał zarzutu apelacji, kwestionującego nienadanie właściwego znaczenia dokumentom przedłożonym w czterech skoroszytach przez oskarżonego w trakcie składania wyjaśnień. Ich treść powinna w przekonaniu skarżącego dowodzić, że comiesięczne faktury, które oskarżony wystawiał za pośrednictwem firmy A.-B., dokumentowały rzeczywiście świadczone usługi na rzecz M., a tym samym odbierane przez niego kwoty nie mogły być uznane przez Sądy orzekające za korzyść majątkową w rozumieniu art. 228 § 1 k.k.

Tak formułowany zarzut ma niekasacyjny charakter. W gruncie rzeczy autor kasacji podważa to, że Sąd pierwszej instancji uznał za niewiarygodne wyjaśnienia oskarżonego, według których wszystkie faktury dokumentowały wykonane usługi. Sąd *meriti* oparł natomiast swoje ustalenia na dowodach osobowych świadczących, że wystawienie części z tych faktur przez oskarżonego było pretekstem do tego, by M. mógł dokonać na jego rzecz wypłat stanowiących umówioną wcześniej korzyść majątkową za doprowadzenie do wygrania przetargu, a więc że stanowiło ukrytą formę udzielania takich korzyści. W formule zarzutu obraży art. 433 § 1 i 457 § 3 k.p.k. skarżący w istocie ponowił niekasacyjny już zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, który został wcześniej odrzucony przez Sąd



odwoławczy. Dążył zatem do powielenia kontroli apelacyjnej wyroku w tym zakresie.

Za bezzasadne uznał Sąd Najwyższy kwestionowanie przez obrońcę uznania określonych faktur, na podstawie których M. płacił oskarżonemu, za wystawione w sposób nierzetelny w rozumieniu art. 62 § 2 k.k.s. Argumentem skarżącego jest nadal to, że wszystkie faktury dokumentują rzeczywiście wykonaną pracę. Pomijając, że Sądy orzekające zajęły w tej kwestii inne stanowisko, to decydujące znaczenie w nawiązaniu do czynu z art. 62 § 2 k.k.s. ma okoliczność, iż przypisanie wystawienia faktur w sposób nierzetelny nastąpiło dlatego, że jako odbiorcę usługi wpisano w nich firmę A.-B. W ten sposób oskarżony ukrywał okoliczność, że stroną była spółka M., fałszując rzeczywisty obraz stosunku umownego. W tym właśnie przejawiało się wystawianie faktur w sposób nierzetelny, wypełniające znamię strony przedmiotowej przestępstwa skarbowego z art. 62 § 2 k.k.s. Podnoszenie innych aspektów stanu faktycznego związanego z przypisanym przestępstwem jest bezprzedmiotowe w sytuacji, gdy w prawomocnym wyroku wskazano na czym *in concreto* polegała bezprawność procederu wystawiania faktur z posłużeniem się pośrednikiem w celu zakamuflowania rzeczywistego przepływu pieniężnego.

Ad b) Trafnie skarżący zauważył, że Sąd Apelacyjny nie skontrolował okoliczności zawartej w opisie przestępstwa przypisanego oskarżonemu w pkt III, tj. wyliczenia na 142 740 zł kwoty korzyści majątkowej przyjętej od M. za doprowadzenie do wygrania przetargu. Zauważyć jednak trzeba, że nie podważano tej kwoty w zarzucie apelacji. Dopiero w jej uzasadnieniu obrońca kwestionował sposób wyliczenia korzyści przez Sąd *meriti*. Mimo to należy zgodzić się z obrońcą, że wobec zaskarżenia wyroku Sądu Okręgowego w całości, a więc i w zakresie skazania za wymieniony czyn, przedmiotem kontroli instancyjnej powinna być także i ta okoliczność. Pominięcie jej w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego jest pewnym

uchybieciem przepisowi art. 457 § 3 k.p.k. Nie w tym jednak stopniu, by uznać je za rażące naruszenie prawa procesowego, niekorzystne dla oskarżonego, wpływające na treść prawomocnego wyroku. Sąd Okręgowy przyjął bowiem przy wyliczeniu korzyści na podstawie dowodów uznanych za wiarygodne, kryterium najbardziej korzystne dla oskarżonego. Sposób wyliczenia przedstawił w uzasadnieniu wyroku. Polegało ono na wychwyceniu różnicy między kwotami widniejącymi w fakturach przedstawianych za pośrednictwem A.-B. do sierpnia 2003 r. (przyjmując, że do tej pory były wystawiane na zasadach umówionych z M.), a tymi, które pojawiały się począwszy od września 2003 r., gdy firma ta na żądanie oskarżonego przystąpiła do wypłacania zwiększonych kwot obejmujących już także korzyść majątkową za doprowadzenie do wygrania przetargu. Przyjęte kryterium wyliczeń daje rzeczywiście kwotę wskazaną w wyroku, co wynika z arytmetycznego zsumowania. Każda inna interpretacja, zwłaszcza dowodów osobowych uznanych za wiarygodne, potwierdzających fakt przekazywania oskarżonemu korzyści majątkowych od września 2003 r. za wygrany przetarg, a więc wliczająca do korzyści przyjętej przez oskarżonego kwoty z pozostałych faktur wystawionych po wrześniu 2003 r., prowadziłaby do ustaleń mniej korzystnych dla oskarżonego. Ustalenia Sądu *meriti*, jako poczynione ostrożnie, według reguły określonej w art. 5 § 2 k.p.k., były zatem nietrafnie podważane w uzasadnieniu apelacji. Z tych względów należało uznać, że ponowne podnoszenie tej kwestii w kasacji w ramach zarzutu obrazy wymienionych wyżej przepisów procesowych, jest bezzasadne.

Ad c) Skarżący zauważa, że Sąd Okręgowy pominął przy orzekaniu dowód z odtworzonych operacyjnych nagrań rozmów telefonicznych Cezarego T. i innych oskarżonych z okresu od lutego 2003 r. do września 2004 r. Jako uchybienie przepisom art. 433 § 1 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. podniósł, że również Sąd odwoławczy nie rozważył znaczenia tego dowodu.

Odnosząc się do tej części zarzutu trzeba zauważyć, że kwestia niewykorzystania dowodowego nagrań operacyjnych nie była przedmiotem zaskarżenia apelacją. Jedynie w uzasadnieniu apelacji zamieszczono uwagę, że rezultaty kontroli operacyjnej nie wskazują na „możliwość przestępczych działań opisanych w akcie oskarżenia”, bez skonkretyzowania przez skarżącego dlaczego pominięcie tego dowodu miałyby wpłynąć na treść wyroku. W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny, ważąc znaczenie tych dowodów, na których oparto wyrok skazujący, nie miał obowiązku odnoszenia się do tak nieokreślonych, w pewnym sensie przewrotnych supozycji obrońcy. W innym świetle jawiłby się omawiany zarzut, gdyby skarżący wskazał w apelacji na określone zapisy z owych rozmów, które zaprzeczałyby trafności poczynionych ustaleń, a więc gdyby przedstawił je jako dowody przeciwne w rozumieniu art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. Wtedy rzeczą Sądu odwoławczego byłoby odniesienie się do tak formułowanego zarzutu obrazy art. 410 k.p.k. Obrońca nie uczynił jednak tego, markując tylko enigmatycznie znaczenie dowodu z materiałów operacyjnych jako niepotwierdzających ustaleń poczynionych na podstawie innych dowodów. Także w kasacji nie ma rozwinięcia wyводу w tym przedmiocie. Oznacza to, że ten segment zarzutu obrazy art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k. jest w gruncie rzeczy bezprzedmiotowy. Nie wskazuje się w nim jaki konkretnie wpływ na treść rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym mogło mieć nieodniesienie się do uwag obrońcy co do dowodu, który nie był podstawą orzekania przez Sąd pierwszej instancji.

Ad d) W tej części zarzutu autor kasacji wytknął, że w prawomocnym wyroku nie rozważono w stopniu wystarczającym argumentów kwestionujących ustalenia co do roli i funkcji, jaką oskarżony pełnił w (...) na podstawie umowy zlecenia udzielonego jednej z kancelarii prawnych w W. W przekonaniu skarżącego argumenty te wykazały bezpodstawność przyjęcia, że była to funkcja publiczna w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Z

poglądem obrońcy nie można się zgodzić, gdyż w uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny odniósł się w sposób wyczerpujący i adekwatny do tego, co skarżący zawarł w zarzucie apelacji. W istocie chodzi tu o oceny prawne, a finalnie o trafność subsumcji okoliczności faktycznych pod znamiona czynów zabronionych określonych w art. 305 § 1 oraz art. 228 § 1 i 3 k.k. Kwestia ta została omówiona wyżej przy rozstrzyganiu co do zasadności zarzutów obrazy prawa materialnego. Twierdzenie skarżącego, jakoby nie rozpoznano dostatecznie wnikliwie zarzutu apelacji kwestionującego ustalenie o pełnieniu przez oskarżonego funkcji publicznej w postępowaniach przetargowych, należy traktować jako w istocie próbę ponownego podważenia tego ustalenia, tym razem z punktu widzenia właściwego stosowania przepisów procedury w postępowaniu odwoławczym.

W ostatnim fragmencie tej części zarzutu obrońca raz jeszcze podnosi, że błędnie przyjęto, iż faktury ryczałtowe wystawiane od lipca 2002 r. do zapłaty przez M. były nierzetelne. Przeciwstawia temu ustaleniu to, że dokumentowały one rzeczywiście wykonaną pracę dla tej firmy. Skarżący powieła tu swój pogląd inaczej formułujący pojęcie nierzetelności faktur, od wyrażonego w wyroku. Sądy obu instancji wyraźnie przecieży stwierdziły, że nierzetelność faktur wyrażała się w tym wypadku na zafałszowaniu przez wystawcę rzeczywistego odbiorcy dokumentowanej usługi dla ukrycia stosunku prawnego łączącego oskarżonego z M. Ta właściwość faktur mieści się w pojęciu „wystawienia w sposób nierzetelny” w rozumieniu art. 62 § 2 k.k.s. Argument skarżącego jest więc bezprzedmiotowy.

Z całości powyższych uwag wynika, że zarzut obrazy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. jest niezasadny.

Z wszystkich tych względów Sąd Najwyższy orzekł o oddaleniu kasacji (art. 537 § 1 k.p.k.).