

**Sygn. akt II AKa 525/16**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lutego 2017 r.

**Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Robert Kirejew</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Gwidon Jaworski</b> <b>SO del. Arkadiusz Cichocki (spr.)</b>
Protokolant:	Grzegorz Pawelczyk

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Katowicach Bogusława Rolki**

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2017 r. sprawy

1. **W. K., s. J. i E., ur. (...) w Ż.**, oskarżonego

o czyn z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.,

2. **P. M., s. K. i S., ur. (...) w L.**, oskarżonego o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw.

z art. 11 § 2 k.k., art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.

na skutek apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 3 października 2016 roku, sygn. akt

XVI K 114/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że eliminuje z opisu czynu przypisanego P.M. w pkt 3 sformułowanie „zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego z 16 maja 2013 roku”;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Skarb Państwa;

4. zasądza od Skarbu Państwa tytułem zwrotu kosztów obrony z wyboru w postępowaniu odwoławczym:

- na rzecz oskarżonego W. K. kwotę 600 (sześćset) złotych,

- na rzecz oskarżonego P. M. kwotę 600 (sześćset) złotych.

**Sygn. akt II AKa 525/16**

## UZASADNIENIE

W. K. został oskarżony o to, że w dniu 20 maja 2013 roku, w Ł. rejonu (...), będąc współnikiem firmy (...) spółka jawna W. K. i E. K. z siedzibą w Ł. i będąc uprawnionym do sporządzenia dokumentu, działając w zamiarze wyłudzenia

mienia znacznej wartości w kwocie 2.189.400 zł poprzez popełnienie czynu zabronionego przez P. M. w prowadzonym przez firmę (...) S.A. z siedzibą w C. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż dwóch frezarek bramowych w ramach zadania „Adaptacja hali napraw wagonów na pomieszczenia warsztatu zwrotnic wraz z zakupem maszyn i urządzeń w (...) B.” – nr sprawy (...), w sporządzonym w formie oświadczenia dokumencie datowanym Ł., dnia 20.05.2013r. poświadczył niezgodnie z prawdą, że „...W roku 2011 podpisaliśmy z nią umowę na dostawę wiertarko-frezarki (...), która obejmowała montaż i uruchomienie maszyny oraz szkolenie pracowników z zakresu jej obsługi. Wartość umowy opiewała na kwotę 1 250 000 zł wykonano dostawę, montaż, uruchomienie wiertarki (...), podczas gdy w rzeczywistości powyższą wiertarkę dostarczyła firma Handlowa (...) i jej montaż, uruchomienie nastąpiło w grudniu 2009 roku, a wartość umowy opiewała na kwotę 951 600,00 złotych brutto, tj. o przestępstwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

P. M. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od nieustalonego dnia miesiąca kwietnia 2013 roku do dnia 20 maja 2013 r., jako właściciel firmy (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w znacznej wielkości w kwocie 2.189.400 zł w wyniku uzyskania zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż dwóch frezarek bramowych w ramach zadania „Adaptacja hali napraw wagonów na pomieszczenia warsztatu zwrotnic wraz z zakupem maszyn i urządzeń w (...) B.” – nr sprawy (...), prowadzonego przez (...) S.A. z siedzibą w C., nakłonił W. K. (...) spółki jawnej (...) z siedzibą w Ł. (...) do poświadczenia nieprawdy w sporządzonym przez niego dokumencie datowanym Ł., dnia 20.05.2013r. , w którym stwierdził, że „...W roku 2011 podpisaliśmy z nią umowę na dostawę wiertarko-frezarki (...) 13.8C, która obejmowała montaż i uruchomienie maszyny oraz szkolenie pracowników z zakresu jej obsługi. Wartość umowy opiewała na kwotę 1 250 000 zł wykonano dostawę, montaż, uruchomienie wiertarki (...), podczas gdy w rzeczywistości powyższą wiertarkę dostarczyła firma Handlowa (...) i jej montaż, uruchomienie nastąpiło w grudniu 2009 roku, a wartość umowy opiewała na kwotę 951 600,00 złotych brutto, tj. o przestępstwo z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271§1 k.k. i art. 297§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k.

II. w okresie od dnia 20 maja 2013 roku do dnia 25 czerwca 2013 roku, w C., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w stosunku do mienia znacznej wartości w prowadzonym przez firmę (...) S.A. z siedzibą w C. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż dwóch frezarek bramowych w ramach zadania „Adaptacja hali napraw wagonów na pomieszczenia warsztatu zwrotnic wraz z zakupem maszyn i urządzeń w (...) B.” – nr sprawy(...), wprowadził ją w błąd w ten sposób, że: użył jako prawdziwego dokumentu stwierdzającego nieprawdę, a sporządzonego w formie poświadczenia datowanego dnia 20 maja 2013 roku przez współnika firmy (...) spółka jawna z siedzibą w Ł. W. K., w którym niezgodnie z prawdą stwierdzono, że w roku 2011 doszło do dostawy, montażu i uruchomienia maszyny: wiertarko-frezarki (...) i szkolenia pracowników z zakresu jej obsługi, a wartość umowy stanowiła kwotę 1 250 000 zł, podczas gdy w rzeczywistości powyższą wiertarkę dostarczyła firma Handlowa (...) i jej montaż, uruchomienie nastąpiło w grudniu 2009 roku, a wartość umowy opiewała na kwotę 951 600,00 złotych brutto, nadto w złożonym oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne zataił fakt, iż wyrokiem Sądu Okręgowego w K. z dnia 19 grudnia 2012 r. o sygn. (...) skazany został za przest. z art. 13§1 kk w zw. z art. 286§1 kk i art. 297§1 kk w zw. z art. 11§2 kk i tym samym doprowadził wymienioną firmę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci przyznania powyższego zamówienia publicznego sektorowego w kwocie 2.189.400 zł, tj. o przestępstwo z art. 286§1 k.k. i art. 297§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k.

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 3 października 2016 roku, wydanym w sprawie XVI K 114/16, orzekł co następuje:

- 1) uniewinnia oskarżonego W. K. od popełnienia zarzucanego mu czynu,
- 2) uniewinnia oskarżonego P. M. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie I,

3) uznaje oskarżonego P. M. za winnego tego, że 20 maja 2013 roku, w C., w celu uzyskania zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż dwóch frezarek bramowych w ramach zadania „Adaptacja hali napraw wagonów na pomieszczenia warsztatu zwrotnic wraz z zakupem maszyn i urządzeń w (...) B.”, organizowanego przez (...) S.A. w C., przedłożył nierzetelne dokumenty w postaci zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego z 16 maja 2013 roku, poświadczenia z 20 maja 2013 roku, dotyczącego umowy dostawy wiertarko-frezarki (...), wystawionego przez H. sp. j. w Ł. i wykazu wykonanych dostaw głównych oraz nierzetelne, pisemne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych i o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania tego zamówienia publicznego, tj. przestępstwa z art. 297§1 kk i za to na podstawie art. 37a kk w zw. z art. 297§1 kk wymierza mu karę 100 (sto) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych,

4) na podstawie art. 44§2 kk orzeka wobec P. M. przepadek poświadczenia z 20 maja 2013 roku, dotyczącego umowy dostawy wiertarko-frezarki (...), wystawionego przez H. sp. j. w Ł., znajdującego się na karcie 127 akt sprawy,

5) na podstawie art. 632 pkt 2 kpk kosztami procesu w części dotyczącej W. K. obciąża Skarb Państwa,

6) na podstawie art. 627 kpk i art. 633 kpk oraz art. 630 kpk i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zasądza od P. M. na rzecz Skarbu Państwa wydatki obejmujące część skazującą w kwocie 93,35 zł (dziewięćdziesiąt trzy złote i trzydzieści pięć groszy) i opłatę w kwocie 1000 (tysiąc) złotych, a wydatkami w części uniewinniającej obciąża Skarb Państwa, od którego zasądza na rzecz P. M. 570 (pięćset siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów obrony.

Apelację od wyroku wywiódł Prokurator Prokuratury Rejonowej w Limanowej. Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść obydwu oskarżonych. Podniósł zarzuty:

I. obraży prawa materialnego a zwłaszcza art. 271 § 1 k.k. oraz art. 115 § 14 k.k. poprzez bezpodstawne ustalenie, że sporządzone przez W. K. w formie oświadczenia pismo z dnia 20 maja 2013 r. (którego treść przytoczono w apelacji) nie było dokumentem w rozumieniu wskazanych powyżej przepisów prawa karnego, podczas gdy w rzeczywistości ze względu na zawartą w nim treść i publicznoprawny charakter stanowiło ono dowód stosunku prawnego w postaci zawartej umowy dostawy;

II. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mającego wpływ na jego treść a polegającego na bezzasadnym przyjęciu, iż zebrane w sprawie dowody i ustalone na ich podstawie okoliczności nie są wystarczające do przyjęcia, że oskarżony W. K. popełnił czyn zarzucony mu w akcie oskarżenia (tu przytoczono dosłowne brzmienie zarzutu), podczas gdy prawidłowa analiza treści jego wyjaśnień oraz zeznań pozostałych świadków, a zwłaszcza A. W. oraz dokumentacja z przeprowadzonego postępowania przetargowego jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż oskarżony wyczerpał swoim zachowaniem znamiona tego przestępstwa,

III. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mającego wpływ na jego treść a polegającego na bezzasadnym przyjęciu, iż zebrane w sprawie dowody i ustalone na ich podstawie okoliczności nie są wystarczające do przyjęcia, że oskarżony P. M. popełnił pierwszy z czynów zarzuconych mu w akcie oskarżenia (którego opis przytoczono w apelacji), podczas gdy prawidłowa analiza treści wyjaśnień obydwu oskarżonych oraz zeznań świadków A. W. i T. S. oraz dokumentacja z przeprowadzonego postępowania przetargowego we wzajemnym ze sobą powiązaniu nieodparcie prowadzi do wniosku, że P. M. wyczerpał swoim zachowaniem znamiona tego przestępstwa,

IV. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mającego wpływ na jego treść a polegającego na bezzasadnym przyjęciu, iż zebrane w sprawie dowody i ustalone na ich podstawie okoliczności nie są wystarczające do przyjęcia, że oskarżony P. M. popełnił drugi z czynów zarzuconych mu w akcie oskarżenia (którego opis przytoczono w apelacji), podczas gdy prawidłowa analiza treści wyjaśnień obydwu oskarżonych oraz zeznań świadków A. W. i

T. S. oraz dokumentacja z przeprowadzonego postępowania przetargowego i dokument w postaci pisma W. K. z dnia 20 maja 2013 r. (o ponownie przytoczonej treści) nieodparcie prowadzą do wniosku, że P. M. wyczerpał swoim zachowaniem znamiona tego przestępstwa.

W konkluzji prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Katowicach do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja prokuratora jest bezzasadna. Jediną konieczną korektą wyroku Sądu I instancji było wyeliminowanie z opisu czynu przypisanego zapisu o przedłożeniu nierzetelnego dokumentu w postaci zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Taka zmiana na korzyść oskarżonego wiązała się z przełamaniem kierunku środka odwoławczego, co było dopuszczalne na podstawie art. 434 § 2 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k.

Nie jest trafny zarzut obrazy prawa materialnego, tj. art. 271 § 1 k.k. oraz art. 115 § 14 k.k. (**cytowany wyżej zarzut D**). Argumentacja przedstawiona na poparcie tego zarzutu opiera się na błędnym założeniu, iż Sąd I instancji odmówił waloru „dokumentu” pismu W. K. datowanemu na 20 maja 2013 r. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku wcale jednak takiego stwierdzenia nie zawierało. Sąd Okręgowy nie kwestionował tego, że wspomniane pismo jest „dokumentem” w rozumieniu art. 115 § 14 k.k., więc zarzut obrazy tego przepisu jest chybiony w stopniu oczywistym. Istotą zagadnienia w omawianym zakresie była należyta wykładnia zawartego w art. 271 § 1 k.k. znamienia „inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu” oraz znamienia „poświadcza”. Osią sporu były zatem cechy dookreślające pojęcie „dokumentu” użyte w art. 271 k.k. Dokonana przez Sąd I instancji wykładnia tych pojęć jest prawidłowa. Zakres zastosowania art. 271 § 1 k.k. jest ograniczony do pewnej kategorii dokumentów, a to dokumentów, które są „wystawiane” i które stanowią „poświadczenie” treści w nich zawartych, a co za tym idzie, przysługuje im cecha zaufania publicznego. Ta wynikać zaś musi z konkretnej podstawy normatywnej, a nie z samego uczestniczenia określonej osoby w obrocie prawnym. Kontestowany przez skarżącego kierunek wykładni art. 271 § 1 k.k. jest utrwalony w judykaturze. Skarżący nie przedstawił żadnych przekonujących racji, które uzasadniałyby odmienną wykładnię znamion art. 271 § 1 k.k. Można wręcz stwierdzić, że skarżący zbywa milczeniem istotę problemu skupiając się, zupełnie niepotrzebnie, na bezspornym zagadnieniu, czy pismo W. K. z 20 maja 2013 r. jest „dokumentem” w rozumieniu art. 115 § 14 k.k. Sąd Apelacyjny w Katowicach podziela wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie poglądy co do wykładni art. 271 § 1 k.k., a co za tym idzie, stwierdza, że Sąd Okręgowy w Katowicach w żadnej mierze nie naruszył prawa materialnego.

W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03 (OSNKW z 2003 r. Nr 9-10, poz. 75) wskazano, co następuje: „Osoby nie będące funkcjonariuszami są upoważnione do wystawiania dokumentów w rozumieniu art. 271 k.k. tylko wtedy, gdy takie ich uprawnienie wynika z ustawy lub aktów normatywnych niższego rzędu. Uprawnienie osoby nie będącej funkcjonariuszem publicznym do wystawienia takiego dokumentu musi być przy tym wyraźne i nie może wynikać jedynie z racji zwykłego udziału w obrocie prawnym (czy to we własnym imieniu, czy też w ramach różnych form przedstawicielstwa, do których należy m.in. reprezentowanie osoby prawnej przez członków jej organów). Nie może zatem być uznana za „osobę uprawnioną do wystawienia dokumentu” w rozumieniu art. 271 k.k. osoba będąca zwykłym uczestnikiem powszechnego obrotu prawnego. Uprawniona w rozumieniu art. 271 k.k. osoba nie wystawia bowiem dokumentu z racji „ogólnego, przysługującego każdemu, prawa uczestnictwa w obrocie prawnym” lecz z tytułu „uprawnień szczególnych związanych z przedmiotem i zakresem działania”.

Sąd Najwyższy w uchwale z 12 marca 1996 r., sygn. I KZP 39/95 (OSNKW z 1996 r. Nr 3-4, poz. 17) wskazał, że uprawnienia do wystawiania dokumentów w rozumieniu art. 266 kodeksu karnego z 1969 r. (obecnie art. 271 k.k.) nie może zastąpić uprawnienie osoby do zawierania wszelkiego rodzaju umów cywilnoprawnych, nie wyłączając umów, dla których ustawodawca zastrzega formę pisemną (art. 73 § 1 k.c.), ani też uprawnienie do składania oświadczeń dla różnych celów, m. in. w postępowaniu administracyjnym (art. 75 § 2 k.p.a.). Wskazał Sąd Najwyższy w tej uchwale, że

w takich wypadkach można mówić jedynie o złożeniu dwu lub jednostronnego oświadczenia, nie zaś poświadczenia, o którym mowa w art. 271 k.k.

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 9 października 1996 r., sygn. V KKN 63/96 (OSP 1998/7-8 poz. 147), gdzie wskazano, że pojęcie dokumentu używane w art. 266 d.k.k. (obecnie: art. 271 k.k.) ma zakres węższy niż ogólne pojęcie dokumentu zdefiniowane w art. 120 § 13 d.k.k. (obecnie: art. 115 § 14 k.k.). Wskazano w uzasadnieniu tego wyroku, że dokument o którym mowa w art. 271 k.k. musi nie tylko odpowiadać cechom wymienionym w art. 115 § 14 k.k., lecz ponadto musi to być dokument, który jest wystawiony przez funkcjonariusza publicznego lub inną osobę upoważnioną do tego, a ponadto w swojej treści zawierający poświadczenie, któremu przysługuje cecha zaufania publicznego, a w związku z tym domniemanie prawdziwości, a co za tym idzie, do takich dokumentów należą przede wszystkim dokumenty urzędowe w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez art. 245 k.p.c. i art. 76 k.p.a., a ponadto inne dokumenty, którym taką moc dowodową nadają inne przepisy.

W orzecznictwie analizowano nadto zagadnienie odpowiedzialności karnej z art. 271 k.k. za podanie w umowie przez jedną lub więcej stron nieprawdziwych okoliczności dotyczących kontraktu. Utrwalony jest pogląd, że takie działania nie stanowią wystawienia dokumentu z poświadczeniem nieprawdy w rozumieniu art. 271 § 1 k.k. Zagadnienie to zostało kompleksowo omówione w cytowanej już wyżej uchwale Sądu Najwyższego z 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03, gdzie wskazano, co następuje. „Zawężenie (pojęcia dokumentu w rozumieniu art. 271 k.k. w stosunku do ogólnej definicji z art. 115 § 14 k.k. – uwaga SA) następuje tu przez przyjęcie, że odpowiedzialność karna aktualizuje się jedynie przy poświadczeniu nieprawdy w dokumentach „wystawianych”, a nie we wszelkich dokumentach, w tym - jak np. na gruncie procedury cywilnej - w ogóle „sporządzanych”. Stąd też w orzecznictwie Sądu Najwyższego trafnie wskazuje się, że na gruncie odpowiedzialności karnej (z art. 271 § 1 k.k. – uwaga SA) nie jest dokumentem taki dokument, który nie jest „wystawiany”, lecz jedynie - jak umowy cywilnoprawne - „zawierany” (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 października 1996 r. V KKN 63/96 Wokanda 1997/5 str. 15 i z dnia 3 grudnia 1997 r. V KKN 296/96 Prokuratura i Prawo - dodatek 1998/4 poz. 6), a tym samym, że zawarcie (podpisanie) takiej umowy, np. sprzedaży, przez osoby uprawnione do działania w imieniu stron transakcji, z podaniem w jej treści nieprawdziwych okoliczności dotyczących kontraktu, nie stanowi wystawienia dokumentu z poświadczeniem nieprawdy w rozumieniu art. 271 § 1 k.k. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2002 r. V KKN 323/99 OSNKW 2002/9-10 poz. 71).). Cytowane poglądy zachowują pełną aktualność także w odniesieniu do innych dokumentów sporządzanych w związku z zawartą wcześniej umową cywilnoprawną, np. referencji dla drugiej strony, w których jedna ze stron potwierdza prawidłowe wykonanie umowy i rekomenduje kontrahenta jako rzetelnego.

Należy też podkreślić, że zakres zastosowania art. 271 k.k. nie jest warunkowany treścią pisma, czy też użyciem w jego tekście takich, czy innych sformułowań (np. „poświadczenie”). Byt takiego przestępstwa nie jest zależny od rodzaju dokumentu, w którym poświadczono nieprawdę, lecz od tego, kto ten dokument wystawił. Sprawcy tego przestępstwa, którymi mogą być funkcjonariusze publiczni, czerpią kompetencje do wystawiania dokumentów w sposób generalny z pełnionej funkcji, natomiast osoby nie będące funkcjonariuszami są upoważnione do wystawiania dokumentów z mocy ustawy lub aktów normatywnych niższego rzędu. Takiego upoważnienia nie może zastąpić uprawnienie osoby do zawierania wszelkiego rodzaju umów cywilnoprawnych. W tych wypadkach można bowiem mówić jedynie o dwu lub jednostronnym oświadczeniu, nie zaś poświadczeniu, o którym mowa w art. 266 § 1 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 271 § 1 k.k.) (cytowana wyżej uchwała SN w sprawie I KZP 39/95; uchwała SN z dnia 15 kwietnia 1999 r., I KZP 5/99, opubl. Prokuratura i Prawo 2000/3 str. 91).

Powyższe, nie mające z oczywistych względów wyczerpującego charakteru, zestawienie poglądów judykatury wskazuje na istnienie utrwalonego oraz szczegółowo i przekonująco uzasadnionego kierunku wykładni art. 271 § 1 k.k. Sąd Apelacyjny w Katowicach cytowane poglądy podziela i nie znajduje żadnych przekonujących racji dla zajęcia stanowiska odmiennego. Złożona w niniejszej sprawie apelacja prokuratora nie dostarcza jakichkolwiek merytorycznych argumentów w tym zakresie. Nie sposób zatem szerzej odnosić się do proponowanego kierunku wykładni, sprowadzającego się w istocie do błędnego stwierdzenia, że sprawcą przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. może być każdy.

Odnosząc powyższe wywody do realiów niniejszej sprawy należy podkreślić, co następuje. Podpisany przez W. K. dokument z 20 maja 2013 r. został sporządzony w związku z prowadzoną przez tę osobę działalnością gospodarczą i odnosił się do realizowanej w przeszłości umowy cywilnoprawnej, w której wykonaniu uczestniczył P. M. (oczywiście w innym charakterze, w innym czasie i w związku z inną wartością transakcji, aniżeli wskazano to w treści pisma). Sporządzenie owego dokumentu było wystawieniem referencji, rekomendacji dla byłego kontrahenta i wiązało się ze zwykłym udziałem obu stron w obrocie prawnym. Sporządzenie pisma z 20 maja 2013 r. nie opierało się na żadnej szczególnej podstawie normatywnej i nie skutkowało powstaniem dokumentu, któremu przysługiwałaby cecha zaufania publicznego. Chybiona jest zatem teza o publicznoprawnym charakterze omawianego dokumentu.

Chybiony jest zarzut błędu w ustaleniach faktycznych odnoszący się do czynu zarzucanego W. K. (**cytowany wyżej zarzut II**). Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji opierają się na prawidłowo ocenionym materiale dowodowym. W. K. bez wątplenia podpisał dokument z 20 maja 2013 r. zawierający w swojej treści informacje niezgodne z prawdą. Charakter tego dokumentu wykluczał możliwość przypisania mu odpowiedzialności z art. 271 § 1 k.k., o czym była już mowa wyżej. Nie było także podstaw do uznania, że oskarżony popełnił czyn realizujący opisane w akcie oskarżenia znamiona art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 297 § 1 k.k. Sąd Okręgowy przyjął, że W. K. podpisał przygotowany przez kogoś innego dokument nie analizując szczegółowo jego treści i działając w zaufaniu do P. M., który poprosił go o podpisanie takiego pisma. Uznał ów Sąd również, że W. K. nie wiedział o zamiarze wykorzystania tego pisma przez P. M. do ubiegania się o zamówienie publiczne. Ocena dowodów dokonana przez Sąd Okręgowy jest przekonująca i trafna. Sąd w żadnej mierze nie uchybił zasadzie swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Sama treść dokumentu z 20 maja 2013 r. nie daje podstaw do twierdzenia, że podpisująca go osoba musiała wiedzieć o planowanym wykorzystaniu go w postępowaniu przetargowym. Inaczej należałoby oceniać sytuację, w której treść pisma (np. użycie sformułowania, że wystawca udziela referencji dla potrzeb postępowania przetargowego) lub jego szata graficzna (np. wykorzystanie formularza przygotowanego przez zamawiającego i stanowiącego załącznik do SIWZ – czego skądinąd dokumentacja przetargowa w tej sprawie nie zawierała) wskazywałaby na jego związek z ubieganiem się o konkretne zamówienie publiczne. Tak jednak w tej sprawie nie było. Teza o działaniu W. K. ze świadomością co do istniejącego po stronie P. M. zamiaru wykorzystania dokumentu w procedurze przetargowej, nie znajduje uzasadnienia także w dowodach ze źródeł osobowych, trafnie ocenionych przez Sąd I instancji. Istotnie, ani wyjaśnienia oskarżonych ani zeznania świadka A. W. nie zawierały żadnych informacji świadczących o tym, by P. M. (lub ktokolwiek inny) poinformował W. K., że przygotowane już pismo ma zostać podpisane przez tego ostatniego w związku z jakąkolwiek procedurą przetargową. Nie ma nic błędnego w stwierdzeniu Sądu Okręgowego, że wystawianie referencji w obrocie gospodarczym jest czymś normalnym, mało znaczącym i nie wiążącym się z istotnym zaangażowaniem intelektualnym, zwłaszcza dla osób kierujących większymi podmiotami gospodarczymi. Odnosząca się do omawianego zarzutu ocena dowodów zaprezentowana przez Sąd Okręgowy znajduje zatem pełną aprobatę Sądu Apelacyjnego.

Argumentacja zaprezentowana w poprzednim akapicie pozostaje w ścisłym powiązaniu z kolejnym zarzutem środka odwoławczego, a to zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych co do pierwszego z czynów zabronionych zarzucanych P. M. (**cytowany wyżej zarzut III**). Istotą podżegania jest oddziaływanie na wolę innej osoby w taki sposób, by wzbudzić w niej zamiar popełnienia przestępstwa. Skoro W. K. nie był wtajemniczony w plany P. M. i nie wiedział, że ten ostatni wykorzysta dokument z 20 maja 2013 r. składając go jako załącznik do oferty w postępowaniu przetargowym, to bezpodstawne byłoby przyjmowanie, że chciał u niego jednocześnie wzbudzić zamiar popełnienia przestępstwa. Faktem jest, że P. M. musiał mieć świadomość nieprawdziwości informacji zawartych w piśmie przygotowanym dla W. K. i przekazanym mu tylko do podpisu. Nie ma jednak możliwości przypisania podżegania do poświadczenia nieprawdy w dokumencie w przypadku, gdy faktycznym wystawcą takiego dokumentu ma być osoba nie posiadająca cechy indywidualnej określonej w art. 271 § 1 k.k. Jak już wskazano wyżej przy omawianiu zarzutu naruszenia prawa materialnego, sporny dokument niczego nie poświadczał, bowiem nie był wystawiony przez „inną osobę uprawnioną do wystawienia dokumentu”. Prawidłowe ustalenie Sądu Okręgowego o braku świadomości po stronie W. K. co do zamiaru wykorzystania dokumentu przez P. M. w przetargu wykluczało zresztą z góry możliwość przypisania czynu polegającego na podżeganiu. Skoro podżeganie zmierza do wzbudzenia u innej osoby zamiaru

popelnienia czynu zabronionego a zamiar jest elementem czynów popelnionych wyłacznie umyŝlnie (art. 9 § 1 k.k.), to nie ma moŝliwosci, by w realiach sprawy przypisać P. M. podŝeganie do czegokolwiek.

Wskazać dodatkowo naleŝy, ŝe pierwszy z czynów zarzuconych P. M. miał polegać takŝe na podŝeganium do czynu realizujacego znamiona art. 297 § 1 k.k. W kwalifikacji tego czynu nie powołano art. 18 § 3 k.k. Taki zarzut nie był skorelowany z treścią zarzutu postawionego W. K.. Istotą zarzutu było nakłanianie (czyli podŝeganie) W. K. do popelnienia czynu zabronionego, który tej ostatniej osobie został zarzucony w tej samej sprawie. Podŝeganie miało zresztą zostać dokonane, tzn. P. M. miał doprowadzić do powzięcia przez W. K. zamiaru popelnienia czynu zabronionego (czego skądinąd postępowanie dowodowe nie potwierdziło). W. K. został natomiast oskarŝony o pomocnictwo (a nie współsprawstwo) do przestępstwa z art. 297 § 1 k.k. Sprawcą tego przestępstwa miał być (i faktycznie był) P. M.. Dekodując treść postawionych zarzutów naleŝy zatem stwierdzić, ŝe oskarŝyciel zarzucił P. M. czyn polegajacy na podŝeganium innej osoby do pomocnictwa na swojå własnå rzecz. Sprawca czynu glównego nie ponosi zaŝ, co do zasady, odrębnej odpowiedzialności za nakłanianie innych osób do udzielenia sobie pomocy w przestępstwie, które zamierza popelnić. Zachowania takie są w istocie przygotowaniem do popelnienia własnego czynu zabronionego, zaŝ w przypadku czynu o znamionach określonych w postawionych P. M. zarzutach nie zachodzą przesłanki karalności przygotowania (art. 16 § 2 k.k.). Nadmienić warto, ŝe niezależnie od powyŝszego, odpowiedzialność P. M. za przestępstwo z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 297 § 1 k.k. (bo tak naleŝałoby prawidłowo zakwalifikować czyn o opisie wskazanym w akcie oskarŝenia), nie mogła wchodzić w rachubę w omówionej juŝ wyŝej sytuacji braku świadomości po stronie W. K.. Skoro nie wtajemniczono tej osoby w plany P. M. a wręcz wykorzystano jego zaufanie do oskarŝonego, to nie można mówić o podŝeganium ukierunkowanym na wzbudzenie u innej osoby zamiaru popelnienia przestępstwa.

Nie jest trafny zarzut odnoszący się do błędu w ustaleniach faktycznych co do drugiego z czynów zabronionych zarzuconych P. M. (*cytowany wyŝej zarzut IV*). Sposób sformułowania tego zarzutu odwoławczego jest dalece nieprecyzyjny. Skarŝący kwestionuje rzekomo poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenie, ŝe P. M. nie popelnił drugiego z zarzuconych mu czynów. Popelnienie przestępstwa w okolicznościach faktycznych określonych ramami tego zarzutu zostało natomiast oskarŝonemu przypisane a jedynie doszło do zmiany opisu tego czynu i zmiany jego kwalifikacji prawnej. Przyjając więc naleŝy, ŝe istotą zarzutu apelacji jest kwestionowanie ustaleń Sądu I instancji skutkujacych zmianą opisu czynu i eliminacją niektórych elementów ujętych w zarzucie aktu oskarŝenia. Poza sporem jest kwestia sprawstwa oskarŝonego w zakresie znamion zarzuconego i przypisanego mu zachowania realizujacego znamiona art. 297 § 1 k.k. Poza kwestią ujęcia w opisie czynu informacji odnoszących się do zaświadczenia z KRK (o czym dalej), ustalenia Sądu Okręgowego były prawidłowe i w tym zakresie zgodne z tezami oskarŝenia. Nie sposób zatem odnieść się szerzej do zarzutów środka odwoławczego, skierowanych zgodnie z ich literalnym brzmieniem, do całości rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 3. zaskarŝonego wyroku.

Nie ma błędu w ustaleniach faktycznych Sądu I instancji w zakresie, w jakim nie stwierdzono realizacji ustawowych znamion art. 286 § 1 k.k. (i w konsekwencji takŝe art. 294 § 1 k.k.). Sąd Okręgowy trafnie wyeksponował brak jakichkolwiek zastrzeŝeń zamawiajacego co do sposobu realizacji przez firmę P. M. umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego oraz korzystność tej umowy dla (...). Kluczowe znaczenie dla oceny sprawy pod kątem znamion art. 286 k.k. ma treść zeznań świadka T. S. (pracownika (...) S.A.), z których wynika, ŝe zamówienie zostało wykonane zgodnie z ofertą i zawartą umową a spółka (...) nie poniosła żadnych strat materialnych ani majątkowych (k. 888, 1132-1133). To samo wynika z pisma (...) S.A. w którym stwierdzono, ŝe w dniu 6 grudnia 2013 r. zostało wykonane zobowiązanie wynikajace z umowy zawartej w drodze przetargu (k. 1120).

Poza sporem jest to, ŝe samo powstanie szkody w mieniu nie jest koniecznym warunkiem do przyjęcia, ŝe doszło do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (tak np.: wyrok Sądu Najwyŝszego z 16 maja 2008 r., sygn. II KK 354/07, opubl. Biuletyn Prawa Karnego SN nr 10/2008, poz. 1.2.1; postanowienie Sądu Najwyŝszego z dnia 24 listopada 2009 r., III KK 138/09; opubl. Biuletyn Prawa Karnego SN nr 1/10, poz. 1.2.8; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 maja 2010 r., sygn. II AKa 105/10, opubl. Biuletyn SA Katowice nr 3/2010, poz. 6). Zagadnieniem kluczowym w niniejszej sprawie nie jest jednak brak szkody po stronie pokrzywdzonego ale brak jakiegokolwiek zagrożenia dla prawidłowej realizacji umowy w związku z nierzetelnym postępowaniem uczestnika

przetargu. Wprowadzenie w błąd, o którym mowa w art. 286 § 1 k.k. dotyczyć musi tzw. istotnych okoliczności danej sprawy, a więc takich które mogą mieć wpływ na podjęcie przez pokrzywdzonego finalnej decyzji o rozporządzeniu mieniem. Niekorzystność musi być oceniana z punktu widzenia interesów pokrzywdzonego. Eksponowany w tym przypadku jest aspekt ekonomiczny, odnoszący się zarówno do kwestii czynionych przez pokrzywdzonego wydatków i innych nakładów, jak i do poziomu ryzyka niepowodzenia planowanego przedsięwzięcia gospodarczego (co jest warunkowane m.in. rzeczywistą sytuacją ekonomiczną kontrahenta, perspektywami prawidłowego i terminowego spełnienia świadczenia, do którego zobowiązuje się sprawca, rzeczywistej jakości i wartości udzielanych zabezpieczeń itd.). W realiach sprawy nie doszło do wprowadzenia w błąd co do żadnych kwestii mających znaczenie dla decyzji o rozporządzeniu mieniem. Naruszono jedynie reguły równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych oraz rzetelności i uczciwości osób ubiegających się o takie zamówienia – rozpatrywanej przede wszystkim z punktu widzenia reguł uczciwej konkurencji. Firma P. M. faktycznie dysponowała możliwością dostarczenia urządzenia o specyfikacji i wartości oczekiwanych przez zamawiającego. Cena zaproponowana przez firmę oskarżonego faktycznie była najkorzystniejsza dla zamawiającego. Terminowość realizacji zamówienia nie była zagrożona. Po stronie zamawiającego zostały ustanowione zabezpieczenia niwelujące praktycznie do zera ryzyko niekorzystnego wydatkowania środków pieniężnych. Przesądzała o tym konstrukcja zawieranej umowy, przede wszystkim ustanowione w niej zabezpieczenia oraz warunki płatności uzależnione od prawidłowej realizacji zamówienia. Nie sposób zatem twierdzić, że rozporządzenie mieniem było niekorzystne z punktu widzenia interesów pokrzywdzonego.

Bezprawne zachowanie oskarżonego godziło wyłącznie w dobro o charakterze ponadindywidualnym, tj. prawidłowy obrót gospodarczy w sferze zamówień publicznych. Okoliczności, co do których oskarżony przedstawił nieprawdziwe informacje, nie rzutowały na możliwość wywiązania się przez niego ze zobowiązania, jakie zaciągał w związku z wygranym przetargiem. Podanie nieprawdziwych informacji świadczących o rzekomym spełnieniu wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia nijak nie wpływało na to, czy oskarżony będzie w stanie dostarczyć urządzenie, do którego miał przecież dostęp i którego terminowe przekazanie zamawiającemu mógł bez przeszkód zrealizować, co zresztą uczynił. Uprzednia karalność oskarżonego także nie rzutowała na poziom ryzyka podejmowanej przez drugą stronę decyzji gospodarczej. Karalność nie pozbawiała możliwości dostarczenia urządzenia ani wykonania jakichkolwiek innych działań, do których zobowiązywał się oskarżony w umowie. Zachowanie oskarżonego godziło i to ewidentnie, w prawidłowość procedur związanych z zamówieniami publicznymi. Oskarżony przedłożył nierzetelne dokumenty dążąc (zresztą skutecznie) do ukrycia okoliczności dyskwalifikujących jego ofertę. Przedstawił bowiem nierzetelne informacje odnoszące się nie tylko do warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ale także co do warunków ustawowych, przesądzających o tym, że z uwagi na uprzednią karalność w ogóle nie może ubiegać się o zamówienie publiczne. Wprowadzenie w błąd dotyczyło okoliczności związanych z możliwością ubiegania się o zamówienie publiczne i tylko takich okoliczności. To zachowanie odpowiada ustawowym znamionom art. 297 § 1 k.k., który to przepis w całości wyczerpuje zakres odpowiedzialności oskarżonego. Ten przepis chroni dobro ponadindywidualne, to jest prawidłowość obrotu gospodarczego w zakresie procedur zamówień publicznych. To dobro obejmuje swoim zakresem także prawa innych uczestników przetargów, którzy wskutek przestępstwa tracą szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. W realiach sprawy naruszenie procedur przetargowych nie wiązało się jednak z niekorzystnością rozporządzenia mieniem przez zamawiającego. Trafne było zatem stanowisko Sądu Okręgowego, który wyeliminował z opisu czynu sformułowanie dotyczące ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k.

Środek odwoławczy pochodził od oskarżyciela publicznego i został wniesiony na niekorzyść oskarżonego. Sąd odwoławczy mógł zatem orzec na niekorzyść oskarżonego tylko w granicach zaskarżenia i tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym (art. 434 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k.), a w szerszym zakresie, wyłącznie w sytuacjach opisanych w art. 435, art. 439 § 1, art. 440 i art. 455 k.p.k. Poza sytuacją opisaną poniżej a związaną z opisem czynu, nie było podstaw do przeprowadzenia kontroli odwoławczej poza zakresem podniesionych zarzutów. Dotyczy to także orzeczenia o karze wobec P. M., co do której zarzutów w środku odwoławczym nie podniesiono. Miał Sąd na uwadze, iż w realiach sprawy uznanie trafności zarzutu odnoszącego się do punktu 3. zaskarżonego wyroku skutkowałoby koniecznością uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Obowiązywałby



bowiem w takiej sytuacji zakaz zmiany wyroku na niekorzyść poprzez poszerzenie opisu czynu (co oznacza zmianę ustaleń faktycznych) i jednocześnie zaostrzenie kary. Akt oskarżenia w sprawie został wniesiony w dniu 30 maja 2014 r., więc w omawianej sytuacji obowiązywałby zakaz z art. 454 § 2 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Pomimo tego ograniczenia skarżący nie był zwolniony z obowiązku wyczerpującego sformułowania zarzutów przeciwko zaskarżonemu rozstrzygnięciu. Skarżący nie może z góry zakładać, że jego najdalej idące zarzuty okażą się trafne i tym samym rezygnować z formułowania innych zarzutów (np. określając je jako ewentualne), skoro warunkuje to granice kontroli odwoławczej. Zaskarżając wyrok w zakresie rozstrzygnięcia o winie skarżący zrezygnował ze sformułowania – na wypadek niepodzielenia takiego zarzutu – także zarzutu co do kary orzeczonej w punkcie 3. wyroku. Nie stwierdzając przesłanek z art. 440 k.p.k. nie mógł zatem Sąd odwoławczy ingerować w rozstrzygnięcie o karze odnoszące się do prawidłowego a przez to nieskutecznie kwestionowanego w apelacji orzeczenia co do winy.

Pomimo uznania zarzutów środka odwoławczego za nietrafne Sąd Apelacyjny dokonał zmiany zaskarżonego wyroku polegającej na wyeliminowaniu sformułowania „zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego z 16 maja 2013 roku”. Zmiana ta była konieczna niezależnie od granic zaskarżenia i postawionych zarzutów. Utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy bez dokonania tej zmiany byłoby bowiem rażąco niesprawiedliwe. Świadczyłoby bowiem o zrealizowaniu przez oskarżonego znamienia posłużenia się dokumentem poświadczającym nieprawdę mimo faktu, że w tym jednym aspekcie jego zachowanie pozbawione było cechy bezprawności.

Wspomniany dokument miał odmienny od pozostałych charakter. Był to dokument urzędowy, wystawiony w związku z realizacją ustawowo określonych zadań Krajowego Rejestru Karnego. Poza sporem jest, że nie dokonywano żadnych nieuprawnionych ingerencji w treść tego dokumentu i że nie doszło w odniesieniu do niego do fałszerstwa materialnego (art. 270 § 1 k.k.). Teza, że dokument był „nierzetelny” (w rozumieniu art. 297 § 1 k.k.) pociąga za sobą dalsze reperkusje. Nieprawidłowości w treści takich dokumentów należy oceniać inaczej, aniżeli w przypadku dokumentów prywatnych. Zaświadczenie z KRK „poświadcza” okoliczności w nim zawarte i poświadczeniu temu przysługuje cecha zaufania publicznego. Zaświadczenie z KRK zawierające informacje niezgodne z prawdą (tzn. sprzeczne z rzeczywistymi zapisami odnotowanymi w rejestrze) nie jest dokumentem „nierzetelnym”, ale dokumentem „poświadczającym nieprawdę”. Jeśli osoba wystawiająca taki dokument świadomie poświadcza w nim okoliczności nieprawdziwe, to zachowanie takie odpowiada znamionom przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. Osoba świadomie używająca takiego dokumentu realizuje natomiast znamiona art. 273 k.k., ewentualnie art. 297 § 1 k.k., jeśli przedłożenie takiego dokumentu służy celom wymienionym w tym przepisie. Jeśli natomiast zaświadczenie z KRK powstaje wskutek podstępnego wprowadzenia wystawcy w błąd, to osoba wyłudniająca takie poświadczenie realizuje znamiona czynu zabronionego z art. 272 k.k.

Treść zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego z 16 maja 2013 roku niczego nieprawdziwego jednak nie poświadcza. Nie jest to ani dokument nierzetelny ani dokument poświadczający nieprawdę. P. M. w dacie 16 maja 2013 r. był co prawda osobą prawomocnie skazaną, jednak w Krajowym Rejestrze Karnym jeszcze nie figurował. Zagadnienia nie można sprowadzać do niedoskonałości systemu i stwierdzenia, że dokument rzetelnie obrazujący treść zapisów w rejestrze publicznym może być jednocześnie nierzetelny z jakichś innych przyczyn. Można sformułować w tym zakresie ogólniejszą myśl. Ustawodawca określający reguły funkcjonowania różnych rejestrów publicznych akceptuje taką sytuację, że niektóre z tych rejestrów nie są aktualizowane w czasie rzeczywistym, tylko z pewnym przesunięciem czasowym. Procedura dokonywania wpisów w KRK sprawia, że w przypadku praktycznie każdej osoby prawomocnie skazanej przez pewien czas zachodzi rozbieżność pomiędzy stanem faktycznym (tzn. posiadaniem przez skazanego statusu osoby uprzednio karanej) a treścią zapisów w rejestrze (brakiem wpisu o skazaniu). Patrząc na zagadnienie szerzej, można zresztą wskazać także na sytuacje odwrotne, tzn. takie w których dana osoba będzie figurowała w KRK nie mając statusu osoby uprzednio karanej (np. po uprawomocnieniu postanowienia o wcześniejszym zatarciu skazania a przed zawiadomieniem o tym KRK przez Sąd, który orzekł o tym zatarciu). Ustawodawca nie ustanawia zakazu występowania o zaświadczenia z KRK przez osoby niedawno skazane, więc tym samym akceptuje sytuację, w której organy władzy publicznej wystawiają dokumenty nie odpowiadające

stanowi faktycznemu. Ujmując rzecz wprost można stwierdzić, że wbrew potocznemu rozumieniu zaświadczenie z KRK nie jest „zaświadczeniem o niekaralności” (albo „karalności”), lecz tylko (i aż) „zaświadczeniem o figurowaniu w Krajowym Rejestrze Karnym” (albo „niefigurowaniu” – czy to w ogóle, czy też w odniesieniu do konkretnego skazania). Skazanie P. M. w sprawie SO w Krakowie, sygn. III K 269/11 stało się prawomocne w dniu 9 maja 2013 r. Akta zostały zwrócone do Sądu I instancji w dniu 27 maja 2013 r. (k. 202). Przed tą datą nie było zatem możliwe ani wydanie zarządzenia wykonania wyroku ani przesłanie karty rejestracyjnej do KRK (co należy do sądu pierwszej instancji). Oczywiście jest zatem, że przed tym dniem oskarżony nie mógł figurować w KRK. Żaden przepis prawa nie zabraniał mu natomiast ubiegania się w tym swoistym „okresie przejściowym” o zaświadczenie z KRK.

Oskarżony uzyskał zaświadczenie w dniu 16 maja 2013 r. a przedłożył je w celu uzyskania zamówienia publicznego w dniu 20 maja 2013 r. W obu tych datach nie figurował w KRK, choć był już prawomocnie skazany. Uzyskanie w tym okresie zaświadczenia z KRK zawierającego informacje o skazaniu w sprawie(...) (abstrahując w tym momencie od kwestii, czy dla oskarżonego miałyby to jakikolwiek sens) byłoby niewykonalne, skoro ani oskarżony ani urzędnik wydający zaświadczenie nie mieli żadnej możliwości, by przyspieszyć dokonanie wpisu w tym rejestrze.

Istotą czynu z art. 297 § 1 k.k. jest posługiwanie się „nierzetelnym dokumentem” a nie „nierzetelne posługiwanie się dokumentem”. „Nierzetalność” dokumentu musi wynikać z samej jego treści, czyli być niejako inkorporowana w tym dokumencie. Nie sposób twierdzić, że o nierzetelności dokumentu (rzetelnego samego w sobie) może przesądzać sposób jego użycia. Rzecz nie w tym, jak dokument jest używany, ale w tym, co wynika z samej jego treści. Nie ma natomiast żadnych wątpliwości, że P. M. w dacie 20 maja 2013 r. nie figurował w KRK, jakkolwiek był już wówczas osobą prawomocnie skazaną. Bezprawność zachowania oskarżonego oddaje w tym aspekcie fragment opisu czynu odnoszący się do pisemnego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z przetargu publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Oświadczenie takie oskarżony złożył na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ (k. 312). Wykluczenie odnosi się wszak do osób „prawomocnie skazanych” a nie do „figurujących w Krajowym Rejestrze Karnym”, co przecież nie zawsze musi być twierdzeniem tożsamym. Nie było natomiast podstaw do poczynienia ustalenia, że oskarżony posłużył się nierzetelnym zaświadczeniem z KRK. Akceptacja twierdzenia, że zaświadczenie z „KRK” było w omawianej sytuacji dokumentem nierzetelnym, jest niedopuszczalna. Skazanie za przestępstwo, w którego opisie wymieniono zachowania pozbawione bezprawności uznając je za realizujące znamiona przestępstwa, jest w tej części rażąco niesprawiedliwe. W takim przypadku zmiana na korzyść oskarżonego jest dopuszczalna niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów (art. 440 k.p.k.). Dlatego przełamując kierunek środka odwoławczego i uznając, że utrzymanie wyroku w mocy w odniesieniu do omawianego ustalenia faktycznego byłoby rażąco niesprawiedliwe, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 434 § 2 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. dokonał zmiany zaskarżonego wyroku na korzyść oskarżonego.

Mając na uwadze całość powyższych rozważań, opierając się na dyspozycji art. 437 § 2 k.p.k., Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok zmienił w sposób opisany w pkt. 1 wyroku, w pozostałym zakresie utrzymując go w mocy. Częściowa zmiana zaskarżonego wyroku wynikała z przyczyn niewymienionych w środku odwoławczym pochodzącym od oskarżyciela publicznego. Apelacja pochodząca wyłącznie od prokuratora nie została uwzględniona. Konsekwencją tego było rozstrzygnięcie o kosztach procesu na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. Na tej samej podstawie zasądzone na rzecz oskarżonych zwrot kosztów obrony z wyboru w postępowaniu odwoławczym.