

Sygn. akt **II AKa 48/17**

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 23 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie, II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Olszewski (spr.)
Sędziowie:	SA Andrzej Wiśniewski SA Małgorzata Jankowska
Protokolant:	st. sekr. sądowy Jorella Atraszkiewicz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Międzyrzeczu Sławomira Dudziaka

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2017 r. sprawy

1) **H. D.**

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i inne

2) **M. D.**

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i inne

na skutek apelacji, wniesionych przez prokuratora, pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego i obrońcę oskarżonych od wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim

z dnia 12 grudnia 2016 r., sygn. akt II K 66/15

uchyla zaskarżony wyrok w całości i sprawę H. D. oraz M. D. przekazuje Sądowi Okręgowemu w Gorzowie Wielkopolskim do ponownego rozpoznania.

Małgorzata Jankowska Andrzej Olszewski Andrzej Wiśniewski

**Sygn. akt II AKa 48/17**

## UZASADNIENIE

Subsydiarnym aktem oskarżenia, H. D. i M. D. zarzucono, że:

I. w okresie od czerwca 2009r. do grudnia 2009r., działając jako Członkowie Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M., wprowadzili w błąd pokrzywdzonego – w związku z umową o roboty budowlane z dnia 29.05.2009r. zawartą przez (...) Sp. z o.o. z pokrzywdzonym – co do sposobu wykonania parkingu, dróg i placów manewrowych na stacji paliw

w R. (działająca pod firmą (...)), zakresu wykonanych robót i momentu ich zakończenia – w szczególności poprzez celowe zaniżenie faktycznej wartości inwestycji poprzez zamierzone i zatajone wykonanie tej części prac w sposób sprzeczny z projektem budowlanym, przy zastosowaniu tańszych i niedopuszczalnych zamienników oraz materiałów sprzecznych z umową oraz dokonanie tych odstępstw bez uzgodnień ze stronami procesu inwestycyjnego, w celu uzyskania korzyści majątkowych przez wykonawcę robót – co wywołało powstanie po stronie pokrzywdzonego szkody w wysokości 629.614,40zł,

**tj. czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.,**

II. działając jako Członkowie Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. w toku postępowania przed Sądem Okręgowym w Szczecinie, sygn. akt VIII GC 199/11, posłużyli się podrobionym dokumentem w postaci „Notatki służbowej” z dnia 19.06.2009r., potwierdzającym nieprawdę i stworzonym w celu użycia tego dokumentu jako autentyczny dla wykazania rzekomej zgody pokrzywdzonego na dokonanie zmiany rodzaju kostki brukowej nieprzewidzianej w projekcie w celu uniknięcia odpowiedzialności odszkodowawczej objętej postępowaniem w ww. sprawie,

**tj. przestępstwo określono w art. 270 i 273 k.k.,**

III. działając jako Członkowie Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M., w toku postępowania przed Sądem Rejonowym w Gorzowie Wlkp. sygn. akt V GU 13/13, w sprawie dotyczącej wniosku o ogłoszenie upadłości firmy (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. podali nieprawdziwe dane, w szczególności poprzez:

- zatajenie informacji o toczącym się postępowaniu sądowym z powództwa firmy (...) przeciwko spółce (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. o zapłatę kwoty 629.614,40zł toczącej się przed Sądem Okręgowym w Szczecinie pod sygn. akt VIII GC 199/11;

- podanie nieprawdziwych informacji o rzekomym istnieniu wierzytelności w stosunku do firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., jako podstawy do finansowania spłaty zobowiązań stosownie do propozycji układowych, gdy tymczasem wierzytelność ta jest nieistniejąca;

stwarzając pozory istnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości w postępowaniu układowym,

**tj. przestępstwo z art. 522 Ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze z dnia 28 lutego 2003r.,**

IV. na przełomie lat 2012/2013, realizując inwestycję na rzecz (...) Sp. z o.o., działając jako Członkowie Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. zaciągali oni zobowiązania majątkowe, bez realnego zamiaru ich wykonania w całości celowo doprowadzając do upadłości spółki (...) Sp. z o.o. oraz uniemożliwiając wierzycielom tej spółki, w tym firmie pokrzywdzonego, możliwości zaspokojenia wymagalnych roszczeń,

**tj. przestępstwo z art. 301 § 2 k.k.**

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp. z dnia 12 grudnia 2016 r. orzeczono:

I. „Oskarżonych H. D. i M. D. uniewinnia od popełnienia czynów opisanych w pkt I, II i IV części wstępnej wyroku.

II. Oskarżonych H. D. i M. D. uznaje za winnych tego, że działając z co najmniej z zamiarem ewentualnym, jako członkowie Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. w toku postępowania przed Sądem Rejonowym w Gorzowie Wlkp., sygn. akt V GU 13/13 w sprawie dotyczącej wniosku o ogłoszenie upadłości firmy (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. podali nieprawdziwe dane poprzez zatajenie informacji o toczącym się postępowaniu sądowym z powództwa firmy (...) przeciwko spółce (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. o zapłatę kwoty 629.614,40zł toczącej się przed Sądem Okręgowym w Szczecinie pod sygn. akt VIII GC 199/11 tj. przestępstwa z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003r. Prawo upadłościowe i za to na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003r. Prawo upadłościowe wymierza im kary po 3 (trzy) miesiące pozbawienia wolności.

III. Na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk, art. 70 § 1 pkt 1 kk w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015r. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonych H. D. i M. D. warunkowo zawieszając okres próby na 2 (dwa) lata.

IV. Na podstawie art. 624 § 1 kpk zwalnia oskarżonych oraz oskarżyciela subsydiarnego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.”

Powyższy wyrok zaskarżyli prokurator, pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego i obrońca oskarżonych.

Prokurator wniósł apelację na korzyść oskarżonych i zarzucił:

„obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na jego treść, tj. art. 55§1 kpk w zw. z art. 330§2 kpk polegającą na merytorycznym rozstrzygnięciu stawianego subsydiarnym aktem oskarżenia zarzutu z art. 522 ust. 1 Prawa upadłościowego, pomimo tego, że czyn ten nie był przedmiotem wydanego przez Prokuratora postanowienia umarzającego postępowanie przygotowawcze, a nadto pomimo faktu, iż oskarżyciel posiłkowy nie jest pokrzywdzonym, w rozumieniu art. 49 kpk, wyżej wymienionym przestępstwem, a co za tym idzie - nie był on w ogóle uprawniony do wniesienia skargi w zakresie omawianego czynu, co w konsekwencji oznacza, iż skarżony wyrok dotknięty jest bezwzględnie przyczyną odwoławczą, o której mowa w art. 439§1 pkt 9 kpk, polegającą na zaistnieniu negatywnej przesłanki procesowej z art. 17§1 pkt 9 kpk, tj. braku skargi uprawnionego oskarżyciela.”

Podnosząc taki zarzut, skarżący wniósł „o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jego uchylenie i umorzenie postępowania.”

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zarzucił wyrokowi:

„I. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na przyjęciu, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie wykazał, by zachowanie obu oskarżonych wypełniło znamiona zarzucanych im czynów opisanych w pkt I, II i IV części wstępnej wyroku.

II. Naruszenie przepisu postępowania art. 7 kpk poprzez dokonanie dowolnej oceny zeznań św.d. Dr W. S. (1) i inż. G. K. i przyjęcie, iż zeznania tych świadków są jedynie spekulacjami na temat celowego działania oskarżonych, a nie innych przyczyn związanych z ryzykiem budowlanym czy niedbalstwem, i że zeznania tych świadków trudno odnieść do zarzutów formułowanych wobec oskarżonych, gdy tymczasem zeznania tych świadków potwierdzone treścią i opinią Instytutu Politechniki (...) (karta 83 i 103 opinii) przedstawiają czytelny i jednoznaczny obraz działania oskarżonych nie tylko ujawniający istotne wady w wykonawstwie, ale wskazują iż:

1) wady w zakresie wykonawstwa dróg, parkingów i placów manewrowych były wynikiem celowego działania obliczonego na zaniżenie wartości inwestycji i przyniosło oskarżonym korzyści finansowe kosztem Pokrzywdzonego Z. K.. Wykonawstwo tej części inwestycji było „przekrętem budowlanym”, albowiem wykonawca świadomie, a jednocześnie w sposób utajniony przed Inwestorem wykonał przedmiot umowy w sposób ewidentnie odbiegający pod względem technicznym, jakościowym i wartościowym od wymaganego w umowie i projekcie budowlanym, uzyskując korzyść finansową kosztem pokrzywdzonego, który zapłacił pełną cenę za to wykonawstwo w błędnym przekonaniu, iż uzyskał ekwiwalentne do zapłaty świadczenie.

2) Zakres wad i ich charakter - zważywszy na treść opinii i stanowisko opiniujących, nie mogły być następstwem normalnych błędów, albowiem wykonawstwo przedmiotu umowy w postaci dróg i parkingów oraz placów tak bardzo odbiega od wymogów i standardów materiałowych i technicznych i wytrzymałościowych, iż musiało być efektem celowego działania oskarżonych, którzy ukryli przed oskarżonym, iż faktycznie wybudowali atrapę przedmiotu umowy inkasując od niego należność za rzekomo pełnowartościowy towar.

3) Zapisy zawarte w dokumencie urzędowym jakim jest Dziennik Budowy dokonane przez Wykonawcę reprezentowanego przez Oskarżonych są nieprawdziwe i to zarówno w zakresie rzekomego wykonawstwa przedmiotu umowy zgodnie z projektem, jak i rzekomego terminowego zakończenia prac. Potwierdzenie nieprawdy w dokumencie

urzędowym jakim jest dziennik budowy było zamierzonym działaniem wykonawcy i jego reprezentantów, by stworzyć pozory zakończenia robót, tj. by uniknąć kar umownych i ukryć faktyczny stan robót (niedokończone wykonawstwo).

III. Naruszenie przepisu postępowania art. 7 kpk poprzez dokonanie dowolnej oceny wyjaśnień oskarżonych i innych dowodów, polegającej na przyjęciu, iż zarzuty zawarte w pkt I kwalifikowały odpowiedzialność oskarżonych w kategoriach cywilnoprawnych, gdy tymczasem materiał dowodowy jednoznacznie wykazał, iż oskarżeni celowo:

a) wykonali podbudowę parkingów, dróg i placów manewrowych w sposób „nienadający się do użytku i obniżający wymaganą wytrzymałość o 80 % (strona 87 opinii Biegłego Dr W. S.);

b) zastosowali do budowy przedmiotu umowy określonego w pkt a) bezwartościowy gruzobeton zamiast kruszywa, a także poprzez odstępstwa od projektu nie zastosowali wymaganych ilości materiałów;

c) dokonali zamiany kostki brukowej o parametrach gorszych od wymaganych w projekcie i umowie;

d) zaniżyli faktyczną wartość wykonanych prac, zatajając istotne odstępstwa od umowy i projektu, i stwarzając pozory i przekonanie w stosunku do Z. K., iż otrzymuje pełnowartościowy przedmiot umowy.

IV. Naruszenie art. 7 Kpk i art. 193 §1 KPK poprzez bezzasadne oparcie się na opinii biegłego P. W. (1), którego ustalenia i wnioski zawarte w były całkowicie chybione i wewnętrznie sprzeczne. Pominięcie przez Sąd zastrzeżeń do opinii sformułowanych przez Oskarżyciela - mimo, iż prima facie - zważywszy na wyjątkowo tendencyjną i niefachową, a miejscami naiwną opinię biegłego - opinia ta wymagała pogłębionej analizy i konfrontacji z wiedzą specjalną innego biegłego.

V. Naruszenie art. 9 §1 kpk w zw. z art. 170§1 pkt 2 i 5 kpk oraz art. 193 §1 kpk i 201 kpk oraz art. 442 §3 kpk - poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego z uwagi na oczywiste błędy i istotne wady zawarte w opinii biegłego P. W. (1).

VI. Niewłaściwe zastosowanie art. 286 oraz art. 294 par 1,270 i 273 KK oraz art. 301 par 2 KK. poprzez przyjęcie, iż Oskarżeni nie wyczerpali swym postępowaniem znamion czynów karalnych objętych tymi przepisami.”

Podnosząc takie zarzuty, skarżący wniósł o:

”1. uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w zaskarżonym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji,

ewentualnie:

2. o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonym zakresie, tj. w zakresie punktów I i III zaskarżonego orzeczenia odnoszących się do pkt I II i IV części wstępnej wyroku poprzez uznanie oskarżonych za winnych zarzucanych im czynów opisanych w tych punktach i wymierzenie im stosownych kar wraz z obowiązkiem wyrównania szkody na rzecz pokrzywdzonego.”

Natomiast obrońca oskarżonych zarzucił wyrokowi:

„ I. Naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia tj.:

art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., w zw. z 410 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 i 2 k.p.k. poprzez dowolną, niezgodną z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego ocenę dokonaną przez Sąd co do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przejawiająca się w szczególności w:

- dowolnej, a przez to wadliwej ocenie dowodu w postaci wyjaśnień oskarżonych M. D. oraz H. D. bez uwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkująca ustaleniem, iż oskarżonym nie przyswieceła należyta dokładność i staranność w przygotowaniu i sporządzeniu wniosku o ogłoszenie

upadłości, podczas gdy prawidłowa ocena wymienionych dowodów prowadzi do wniosków odmiennych, co mogło mieć wpływ na treść wyroku przez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, co do sprawstwa i winy oskarżonej;

- poprzez niewskazanie przez Sąd I instancji w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, czy i jakich zakresie odmawia waloru wiarygodności i mocy dowodowej wyjaśnieniom złożonym przez oskarżonych H. D. i M. D. w szczególności w zakresie w jakim wskazują, że nie mieli wiedzy w chwili składania wniosku o sprawie wytoczonej przez Z. K. o sygn. akt: VIII GC 199/11.

art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie przez Sąd I instancji niedających się usunąć wątpliwości dotyczących świadomości oskarżonych, co do zawiśnięcia przed Sądem sprawy o sygn. akt: VIII GC 199/11 w chwili złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości PUP (...) na niekorzyść oskarżonych, co mogło mieć wpływ na treść orzeczenia przez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych w zakresie popełnienia przez oskarżonych zarzucanego im czynu.

II. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że:

- oskarżeni H. i M. D. jako osoby reprezentujące spółkę (...) w chwili składania wniosku o ogłoszenie upadłości i składając oświadczenie o prawdziwości danych zawartych we wniosku o upadłość, który nie zawierał informacji o procesie w sprawie VIII GC 199/11 działali z zamiarem ewentualnym, co najmniej godzili się na to, że podają nieprawdziwe dane, mając świadomość wysokiego prawdopodobieństwa tej nieprawdziwości przy jednoczesnym braku woli, by te informacje zweryfikować podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje aby w chwili składania wniosku o ogłoszenie upadłości oskarżeni posiadali jakąkolwiek wiedzę o zainicjowaniu postępowania w sprawie o sygn. akt. 199/11, co doprowadziło do niesłusznego skazania oskarżonych za czyn z art. 552 ustawy prawo upadłościowe.”

Stawiając takie zarzuty, obrońca oskarżonych wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego rozstrzygnięcia i uniewinnienie oskarżonych od zarzucanego im czynu

względnie

2. uchylenie zaskarżonego rozstrzygnięcia i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania w zaskarżonym zakresie.”

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje stron okazały się o tyle uzasadnione, że doprowadziły do kontroli instancyjnej wyroku, a następnie do jego uchylenia w całości.

Subsydiarny akt oskarżenia to szczególny dokument. Jego wniesienie jest możliwe, gdy zostaną spełnione warunki formalne wynikające z art. 330§2 k.p.k. w zw. z art. 55§1 k.p.k. Jednak spełnienie warunków formalnych, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie zwalnia sądu rozstrzygającego od dokonania wstępnej oceny podmiotowo - przedmiotowej takiego aktu oskarżenia.

W niniejszej sprawie, pełnomocnik pokrzywdzonego złożył formalne zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstw przez zarząd spółki PUP „(...) tj. przez H. i M. D. w dniu 23.09.2013 (data wpływu).

Postanowieniem z dnia 12 listopada 2013 r., Asesor Prokuratury Rejonowej w Międzyrzeczu odmówił wszczęcia śledztwa. Na skutek zażalenia pełnomocnika Z. K., Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp., 28 maja 2014r. uchylił to postanowienie i przekazał sprawę Prokuraturze Rejonowej w Międzyrzeczu do dalszego prowadzenia śledztwa.

17 czerwca 2014 r. wszczęto śledztwo w sprawie podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 286 w zw. z art. 294§1 k.k., art. 301§1 k.k. art. 270 oraz art. 273 k.k., przez H. D., działającego w imieniu PUP (...) z siedzibą w M.. Postanowieniem z dnia 13 listopada 2014 r. umorzono śledztwo „wobec braku ustawowych znamion czynu zabronionego”.

Na skutek zażalenia pełnomocnika Z. K. Sąd Okręgowy Gorzowie, w dniu 14 stycznia 2015 r. uchylił „zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę Prokuraturze Rejonowej w Międzyrzeczu do ponownego rozpoznania”.

Po przeprowadzeniu dalszych czynności śledczych, postanowieniem z dnia 26 marca 2015 r., prokurator Prokuratury Rejonowej w Międzyrzeczu, „ wobec braku ustawowych znamion czynu zabronionego, na zasadzie art. 17§1 pkt. 2 k.p.k.”, po raz drugi umorzył śledztwo „ o czyny z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. w zw. z art. 301§1 k.k. oraz art. 270 i 273 k.k.”, których miał dopuścić się H. D..

Analiza treści przytoczonych wyżej dokumentów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w przedmiotowej sprawie śledztwo prowadzono „w sprawie” , a nie przeciwko konkretnym osobom (nikomu nie przedstawiono żadnego zarzutu). Powyższe, zdaniem Sądu Apelacyjnego, w chwili wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, zobowiązywało sąd rozstrzygający do analizy, kto może być objęty takim aktem oskarżenia. Wątpliwości budzi bowiem to, że w żadnych z tych dokumentów nie występował **M. D.**.

Także zakres przedmiotowy subsydiarnego aktu oskarżenia powinien być poddany wstępnej ocenie, zanim sąd I instancji rozpoczął merytoryczne rozpoznanie sprawy.

W cytowanych dokumentach prokuratorskich nie ma opisu czynu kwalifikowanego z art. 522 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze z dnia 28 lutego 2003r.. Wymienia się też, bez szczegółowego opisywania sposobu działania, art. 301§1 k.k., a nie, jak w subsydiarnym akcie oskarżenia, art. 301§2 k.k. A przecież, ustawowe znamiona przestępstw opisanych w § 1 i § 2 art. 301 k.k. całkowicie się różnią.

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp., nie dokonując opisanej wyżej kontroli podmiotowo – przedmiotowej subsydiarnego aktu oskarżenia, choćby poprzez skierowanie sprawy na posiedzenie, w trybie art. 339§3 k.p.k., doprowadził do częściowej obrazy art. 17§1 pkt. 9 k.p.k.. Nie można bowiem wykluczyć, że subsydiarnym aktem oskarżenia, analizując akta śledztwa, nie można było objąć ani M. D., ani wszystkich wymienionych w nich przestępstw.

***Podkreślić należy, że o ocenie możliwego zakresu podmiotowo – przedmiotowego subsydiarnego aktu oskarżenia nie decyduje treść zawiadomienia o przestępstwie, ale treść dokumentów prokuratorskich i merytoryczna zawartość akt z postępowania przygotowawczego.***

Mając powyższe na względzie, powyższy wyrok należało uchylić w całości. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, sąd rozstrzygający dokona w/w analizy i przed merytorycznym rozpoznaniem sprawy, ewentualnie skieruje ją na posiedzenie w trybie art. 339§3 k.p.k. Dopiero po ocenie, czy nie ma częściowo zastosowanie art. 17§1 pkt. 9 k.p.k., sprawę będzie można skierować do merytorycznego rozpoznania.

Na marginesie, jeżeli sąd uzna, że subsydiarny akt oskarżenia nie może obejmować czynów kwalifikowanych z art. 301§2 k.k. i art. 522 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, część zarzutów apelacji pełnomocnika pokrzywdzonego co do przeprowadzonych dowodów z opinii biegłych, w szczególności biegłego P. W. (1), stanie się całkowicie bezprzedmiotowa.

Natomiast zarzut art. 286§1 k. k. wymaga wykazania, że oskarżony(i), w chwili zawierania umowy na budowę stacji, wprowadził(li) w błąd pokrzywdzonego, a zarzuty z art. 270 w zw. z art. 273 k.k. – że notatka służbowa z dnia 19.06.2009r. została sfalszowana, albo celowo potwierdzała nieprawdę.

Małgorzata Jankowska Andrzej Olszewski Andrzej Wiśniewski