

Sygn. akt II AKa 266/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 grudnia 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący SSA – Marzanna A. Piekarska-Drażek (spr.)

Sędziowie: SA – Ewa Gregajtys

SA – Anna Zdziarska

Protokolant: sekr. sąd. Aleksandra Duda

przy udziale H. N. (1)

po rozpoznaniu w dniu 14 grudnia 2021 r.

sprawy

1) *K. K. (1), urodzonego dnia (...) w S., syna S. i A.*

2) *B. W. (1), urodzonego dnia (...) w P., syna S. i T.*

3) *J. B. (1), urodzonego dnia (...) w S., syna S. i J.*

oskarżonych z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 271 § 3 k.k. i art. 272 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego H. N. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 28 maja 2020 r. sygn. akt XVIII K 253/18

1. *utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;*

1. *zasądza od oskarżyciela subsydiarnego H. N. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze.*

UZASADNIENIE

UZASADNIENIE		
Formularz UK 2	Sygnatura akt	II AKa 266/20
Załącznik dołącza się w każdym przypadku. Podać liczbę załączników:	1	

1. CZĘŚĆ WSTĘPNA**1.1 Oznaczenie wyroku sądu pierwszej instancji**

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt XVIII K 253/18, uniewinniający oskarżonych K. K. (1), B. W. (1) i J. B. (1).

1.2 Podmiot wnoszący apelację

oskarżyciel publiczny albo prokurator w sprawie o wydanie wyroku łącznego

oskarżyciel posiłkowy

pełnomocnik oskarżyciela substydiarnego

obrońcy oskarżonych

oskarżony albo skazany w sprawie o wydanie wyroku łącznego

inny

1.3. Granice zaskarżenia**1.3.1. Kierunek i zakres zaskarżenia**

na korzyść

na niekorzyść oskarżonych

w części

#

w całości

#

co do kary

co do winy

#	co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia	
1.3.2. Podniesione zarzuty		
Zaznaczyć zarzuty wskazane przez strony w apelacji.		
#	art. 438 pkt 1 k.p.k. - obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu	
#	art. 438 pkt 1a k.p.k. - obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu	
#	art. 438 pkt 2 k.p.k. - obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia	
#	art. 438 pkt 3 k.p.k. - błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia	
#	art. 438 pkt 4 k.p.k. - rażąca niewspółmierność kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przypadku lub innego środka	
#	art. 439 k.p.k.	
#	brak zarzutów	

1.4. Wnioski

#	uchylenie	#	zmiana
---	-----------	---	--------

2. Ustalenie faktów w związku z dowodami przeprowadzonymi przez sąd odwoławczy**2.1. Ustalenie faktów**

<u>2.1.1. Fakty uznane za udowodnione</u>				
Lp.	Wskazać oskarżonego.	Wskazać fakt.	Dowód ze wskazaniem numeru karty, na której znajduje się dowód.	
<u>2.1.2. Fakty uznane za nieudowodnione</u>				
Lp.	Wskazać oskarżonego.	Wskazać fakt.	Dowód ze wskazaniem numeru karty, na której znajduje się dowód.	

2.2. Ocena dowodów

<u>2.2.1. Dowody będące podstawą ustalenia faktów</u>		
Wskazać fakt	Dowód	Zwięźle o powodach uznania dowodu.

<p><u>2.2.2. Dowody nieuwzględnione przy ustaleniu faktów (dowody, które sąd uznał za niewiarygodne oraz niemające znaczenia dla ustalenia faktów)</u></p>		
Wskazać fakt	Dowód	Zwięźle o powodach nieuwzględnienia dowodu.

<p>3. STANOWISKO SĄDU ODWOŁAWCZEGO WOBEC ZGŁOSZONYCH ZARZUTÓW i wniosków</p>		
Lp.	Zarzuty	
<p>I. 1. 2. II. II. I.1. I.2.</p>	<p>naruszenie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 393 § 3 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie opinii prywatnej P. F. (1);</p> <p>naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez błędną ocenę wyjaśnień oskarżonych, zeznań oskarżyciela i innych świadków oraz opinii biegłych A. B. (1) i Z. C.;</p> <p>błąd w ustaleniach faktycznych w zakresie zamiaru przestępnego polegającego na wprowadzeniu w błąd sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie w celu doprowadzenia H. N. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci żądania zapłaty za faktury z 29 lipca 2004 r. i 8 czerwca 2005 r.</p>	<p># zasadny # częściowo zasadny # niezasadne</p>
<p>Zwięźle o powodach uznania zarzutów za zasadne lub niezasadne.</p>		
<p>W odniesieniu do apelacji pełnomocnika oskarżyciela</p>		

posiłkowego H. N. (1), uzasadnienie należy rozpocząć od refleksji nad istotą zarzutu aktu oskarżenia i zwrócenia uwagi na:

- konstrukcję aktu oskarżenia, z której trudno dociec kto i ilu jest rzeczywistych pokrzywdzonych i kto jest bezpośrednim celem oszukańczych działań:

- czy jest to sąd, sędziowie
- czy też H. N. (1), zwłaszcza w kontekście stanowczych stwierdzeń apelacji, że treścią zarzutu nie było wprowadzenie w błąd oskarżyciela?

- wielowarstwowość zarzucanego oszustwa:

- godzi w decyzje sędziów orzekających w postępowaniach nakazowych
- a pokrzywdzonym jest N., który przegrał te postępowania;

- niekonsekwencja apelacji:

- z jednej strony zarzuca, że faktury poświadczały nieprawdę, czyli nie dotyczyły rzeczywistych zdarzeń gospodarczych wynikających z umowy i porozumień inwestora i wykonawcy, co do wykonywania robót budowlanych w obiekcie H. N.,
- z drugiej zaś, skarżący odchodzi od znamienia z art. 271 § 1 k.k., tj. poświadczenia tej nieprawdy czyli nie twierdzi, że faktury wystawiono mimo nieistniejących prac firmy oskarżonych na budowie domu oskarżyciela, tylko używa różnych wariantów realizacji tych prac, przez pryzmat efektów spodziewanych przez

inwestora. Zarzut poświadczenia nieprawdy w fakturach, wg apelującego, nie polega więc tylko na konsekwentnym twierdzeniu, że robót objętych fakturami nie wykonano, ale owa nieprawda ma następujące wersje:

- wg zarzutu I apelacji:

- „faktury VAT z 29 lipca 2004 r. i 8 czerwca 2005 r. nie odzwierciedlały rzeczywistości”
- „nie odzwierciedlały rzeczywistego stanu robót”
- „część robót wykonanych ... nie była objęta umową”

- wg zarzutu II apelacji (str. 4 i 13 apelacji):

- „obejmowały również usługi niewykonane”
- „dotyczyły prac wykonanych poza zleceniem”
- „bądź prac, które nie były uzgodnione z H. N.”
- „bądź uprzednio rozliczonych”
- „wykonane roboty powinny być objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, a nie dodatkowym”.

Różnorodność podstaw faktycznych do zakwestionowania faktur z a/o, które miały być wystawione jako poświadczające nieprawdę, jest tak duża, że sama w sobie wywołuje wątpliwości, co do celu wytoczonego postępowania karnego, które w zamierzeniu oskarżyciela posiłkowego miało dotyczyć w istocie wyceny ilości (rodzaju) i wartości prac budowlanych, które w rzeczywistości były prowadzone

w domu oskarżyciela, aż do czasu, kiedy nie przerwał on ich finansowania, współpracy i wszelkiego kontaktu z wykonawcą. Mimo to prace budowlane zostały zrealizowane przez wykonawcę w tak dużym zakresie, że nie sposób mówić o zamiarze oszukania inwestora.

Analiza konstrukcji zarzutu a/o, już na pierwszy rzut oka wskazuje na brak konsekwencji, który przejawia się w opisie przebiegu oszustwa skierowanego na wprowadzenie w błąd sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie, a pośrednie doprowadzenie do szkody H. N. (1). Według oskarżyciela wprowadzenie w błąd sędziów – oszustwo sądowe z art. 272 k.k. – skutkowało wyłudzeniem poświadczenia nieprawdy od sądu w postaci dwóch wydanych nakazów zapłaty na kwoty widniejące w fakturach, wraz z odsetkami i kosztami postępowań cywilnych, obciążającymi H. N., to zaś doprowadzić go miało do niekorzystnego rozporządzenia mieniem o wartości nie mniejszej niż wartość drugiej faktury, tj. 112,450,58 zł. Skuteczny zarzut a/o powinien wykazać, że faktury poświadczały nieprawdę, tj. nie odzwierciedlały rzeczywistych zdarzeń gospodarczych. Wynika stąd, że nie tylko oskarżeni mieli poświadczyć nieprawdę w fakturach (umyślnie), ale i Sąd Okręgowy oszukany przez oskarżonych. Uznał bowiem zasadność ich roszczeń wynikających z faktur, dokonał rzekomo poświadczenia nieprawdy orzekając o tych roszczeniach, w wyniku czego pokrzywdzono H. N.. Tak opisany czyn wskazuje na grupę pokrzywdzonych, którymi mogą być sędziowie, sąd, jako organ i H. N. oraz na rzadką przy przestępstwach oszustwa

dwustopniowość, wyrażającą się w tym, że działania oszukańcze miałyby być podjęte wobec jednego z podmiotów – sędziów czy sądu - zaś skutki, tj. niekorzystne rozporządzenie mieniem, wobec innego, czyli kontrahenta oskarżonych.

W dodatku wprowadzenie w błąd sędziów/sądu miało nastąpić w odniesieniu „do faktu (istnienia) wiarygodności przysługującej przedsiębiorstwu oskarżonych” względem oskarżyciela za wykonane prace budowlane. Trudność w ocenie zamiaru oszustwa, czasu jego podjęcia, jest bardzo duża, dlatego Sąd Okręgowy rozpatrywał także wersję, według której zamiar ten dotyczył bezpośredniego pokrzywdzenia H. N. przez usiłowanie wyłudzenia od niego pieniędzy za wystawione faktury. Sąd rozparzył więc szczegółowo czy kwoty zawarte w fakturach mają pokrycie w rzeczywistym wykonaniu robót budowlanych.

Należy już na wstępie zaznaczyć, że H. N. przegrał zasadniczo postępowania cywilne zmierzające do podważenia nakazów zapłaty wydanych na podstawie kwestionowanych faktur (ostateczne wyroki z 2015 r.).

Wyraźnym celem wniesionego przez H. N. aktu oskarżenia było podważenie w drodze postępowania karnego prawomocnych rozstrzygnięć sądów cywilnych i to w dość zagadkowej części, skoro szkoda materialna H. N. określona jest w „kwocie niemniejszej niż 112.450,58 zł” czyli w wysokości kwoty z jednej faktury – z 8 czerwca 2005 r.

Sąd Okręgowy (karny) w niniejszej sprawie zauważył, że oskarżyciel posiłkowy wniósł zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa dopiero w listopadzie 2011 r. – około 6 lat po zdarzeniu, zaś akt oskarżenia w 2016 r., po prawomocnym rozstrzygnięciu postępowań cywilnych opartych na kwestionowanych fakturach (zawiadomienie z dnia 21 listopada 2011 r., k. 1 akt śledztwa), przy czym podstawą zawiadomienia było wyłącznie twierdzenie o „sfalszowaniu dokumentu rozliczenia budynku mieszkalnego z dnia 11 maja 2005 r.”. W uzasadnieniu tym H. N. zarzucił K. K. (1) i B. W. (1) (brak J. B.), że w dokumencie z 11 maja 2005 r. (pismo B. do H. N. o dokonanie ostatecznego rozliczenia budowy) „dokonali fałszywych obliczeń zawyżając ilość zużytych materiałów oraz zwiększając zakres wykonanych prac, w celu wymuszenia od ... H. N. zapłaty za prace, które nie zostały wykonane”. We wstępnym przesłuchaniu, z dnia 11 października 2010 r., H. N. (1) zeznał, że nie zapłacił faktury nr (...) (pierwsza z a/o), „bo uważałem, że jest błędnie wyliczona, gdyż moim zdaniem nie uwzględnili kar umownych” (k. 6). Według H. N., firma oskarżonych „złożyła równolegle (do postępowania o ww. fakturę) pozew ... o zapłatę dodatkowo kwoty 112.450,58 zł za ... rzekome prace ..., ta kwota była de facto wyłudzeniem nienależnych pieniędzy” (k. 6). Dopiero w kolejnym zawiadomieniu, z 2012 r., pokrzywdzony nawiązuje do prac rozliczonych pierwszą fakturą z 29 lipca 2004 r. na kwotę 299 tys. zł, choć w rozliczeniu takim uczestniczył i je zaakceptował. Chronologia i zakres składanych zawiadomień o

przestępstwach i aktu oskarżenia wskazuje ewidentnie na to, że były one reakcją na pozwy B., a następnie przegrane procesy cywilne, które nie potwierdziły zarzutów odnoszących się do faktur wystawionych przez wykonawcę inwestycji. Postępowania cywilne inicjowane przez H. N. (1), podważające prawdziwość dwóch faktur objętych aktem oskarżenia zakończyły się ostatecznie w 2015 r. i wykazały bezzasadność twierdzeń powoda H. N., jakoby faktury te poświadczały w całości nieprawdę co do realizacji przez firmę oskarżonych robót nimi objętych. Wprawdzie wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Płocku, po długim postępowaniu dowodowym, uznał częściowo powództwo H. N. w zakresie wyceny robót, stwierdzając niewielką ich część jako wadliwie lub nie w pełni wykonaną, ale ich wartość Sąd ocenił na 14 tys. zł, a nie na wysokie kwoty, na które wskazywał oskarżyciel w pozwie (żądał ponad 93 tys. zł za roboty samowolnie wykonane przez B. oraz 810 tys. zł z tytułu wad i usterek w wykonanych robotach).

Wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2015 r. oddalono też (prawomocnie) powództwo H. N. o pozbawienie tytułu wykonawczego II faktury z a/o, na 112.450 zł, którą akcentuje oskarżyciel jako szkodę „nie mniejszą niż” wymieniona w niej kwota, co jest także zastanawiające w kontekście opisu zarzucanego czynu i utrzymywania jednej z wersji jego uzasadnienia, jakoby prace za które oskarżeni wystawili obie faktury: z 29 lipca 2004 r. i 8 czerwca 2005 r. dotyczyły prac niewykonanych.

Wprawdzie postępowania cywilne nie były decydujące dla oceny znamion zarzucanego przestępstwa, ale przeprowadzone tam dowody (w tym opinie biegłych (...) i K. dot. jakości wykonanych rzeczywiście robót) i wydane w oparciu o nie prawomocne orzeczenia wskazywały na to, że zarzut niewykonania robót czyli wystawienia tzw. pustych faktur, tj. poświadczenia nieprawdy – znamienia przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. – jest bezpodstawny, zwłaszcza w powiązaniu z zarzutem oszustwa i posłużył wyłącznie do kwestionowania pewnej części robót, z których jakości oskarżyciel nie był zadowolony oraz niewielkiego zakresu robót, których wykonawca rzeczywiście nie wykonał w sposób opisany w dokumentacji, przy czym uznając zastrzeżenia biegłych rzeczoznawców firma oskarżonych uznała część zaniedbań, czyniąc potrącenia rozliczeń lub naprawiając niedoróbki budowlane.

Zarówno biegły sądowy w postępowaniu karnym, jak i Sąd Okręgowy, w sposób obiektywny rozgraniczyli kwestie robót wykonanych i niewykonanych czy też wykonanych inaczej niż oczekiwał inwestor, uznając na tej podstawie, że umowa budowlana była przez firmę oskarżonych realizowana fachowo i w dobrej wierze, a końcowe niedociągnięcia jakościowe i ilościowe wykonywanych prac, będące powodem roszczeń cywilnych, nie stanowią żadnej faktycznej podstawy do przypisania oskarżonym zarzutu fałszu i oszustwa, zarówno sądowego, jak i w stosunku do H. N. (1).

Oskarżyciel H. N. nie twierdził i nie wykazał, że został oszukańczo

wprowadzony w błąd w taki sposób, że miały zapłacić kwotę wynikającą z faktur, które nie miały żadnego pokrycia w umowie, którą zawarł z firmą oskarżonych wykonującą budowę (rozbudowę i remont) jego domu. Początkowe twierdzenia jakoby faktury w ogóle nie odzwierciedlały faktów (nie wykonano robót) upadły już w czasie postępowania przygotowawczego, które zostało słusznie umorzone. Wniesiony później subsydiarny akt oskarżenia balansował pomiędzy pierwotnym zarzutem fikcyjności prac objętych II fakturą, niejasną sugestią o braku prac objętych I fakturą, a ostatecznymi twierdzeniami o niewykonaniu „pewnych”, „niektórych” robót lub wykonaniu nieakceptowanym przez oskarżyciela. Wszystkie te zabiegi świadczą o niezdolności H. N. do pogodzenia się z koniecznością rozliczenia się za wykonane prace, po braku satysfakcji z cywilnoprawnych prób podważenia wyceny prac, za które wystawiono faktury. Należy przy tym pamiętać, że I faktura z 29 lipca 2004 r. została wystawiona w oparciu o zgodne rozliczenie stron, które nastąpiło bezpośrednio na placu budowy. Podczas spotkania H. N. z przedstawicielami B., po oględzinach budowy i akceptacji oskarżyciela, strony określiły zaawansowanie robót na 781,647 zł, a więc na ok. 2/3 kontraktu na pełne wykonawstwo budynku (umowa z 10 kwietnia 2003 r. – 1.059.678 zł netto). Potwierdzono przy tym, że H. N. wpłacił dotąd kwotę ponad 400.000 zł i pozostaje do dopłaty przez niego 299.362,87 zł brutto – faktura z 29 lipca 2004 r. – z płatnością do 24 września 2004 r. Mimo wspólnych uzgodnień i pełnej akceptacji tego rozliczenia przez H. N., dłużnik nie zapłacił tej kwoty

w terminie, ani przez następne pół roku (i później), co spowodowało skierowanie przeciwko niemu pozwu w dniu 26 kwietnia 2005 r., przez B. i częściową egzekucję po wielu latach, z koniecznością wytoczenia przez B. postępowania w związku z przeniesieniem majątku H. N. na członków rodziny, co uczynił w 2005 r. w okresie wezwań do zapłaty i wszczęcia postępowań cywilnych.

Akceptacja H. N. (1) dla rozliczenia robót objętych fakturą z lipca 2004 r. czyni zarzut oszustwa obejmujący I fakturę za całkowicie bezzasadny. H. N. jest człowiekiem dojrzałym, zaradnym życiowo i biznesowo, co wynika choćby z jego planów wykorzystania budynku w G. na hotelowo – apartamentowy, podczas gdy w zgłoszeniu budowy podał „dom jednorodzinny”, co ułatwiało zatwierdzenie planów i oszczędność kosztów. Zaradność ta objawiała się także w unikaniu należnej zapłaty za I fakturę, kiedy H. N. zastosował wybieg wyzbycia się nieruchomości (na żonę i dzieci). H. N. osobiście i za pośrednictwem M. B. sam doglądał budowy, o czym świadczą regularne notatki sporządzone przez wykonawcę po każdej wizycie inwestora i po dokonanych na bieżąco ustaleniach. Wykonawstwo inwestycji, tj. postęp budowy, sposób jej prowadzenia od strony technicznej i czasowej nie były przez H. N. kwestionowane, a nawet rozliczenie finansowe wykonanych robót nie było przez niego negowane, aż do czasu, gdy należało zapłacić za lipcową fakturę. Sąd Okręgowy dostrzegł zależność między zwłoką H. N. w uiszczeniu należności za I fakturę, a radykalizacją stanowisk stron i ostatecznego zerwania kontraktu. H. N. nie płacił, przyjmując,

że obowiązkiem wykonawcy jest całkowite ukończenie budowy w terminie, w ramach ryczałtu albo zapłata ustalonych w pierwotnej umowie odsetek za zwłokę. Nie przyjmował racjonalnego stanowiska wykonawcy, że w sytuacji, gdy inwestor nie zapłacił za znaczący etap budowy, a więc także za koszty zakupionych przez B. materiałów budowlanych i koszty podwykonawców, to dalsze inwestowanie spółki oskarżonych w ukończenie budowy, przy braku wkładu finansowego H. N., stanowiłoby stratę B., z wątpliwymi szansami na odzyskanie wkładu. Obawy wykonawcy potwierdziło postąpienie H. N. z jego majątkiem, w okresie, od wystawienia I faktury w dniu 29 lipca 2004 r. do pozwu przeciwko H. N. – 26 kwietnia 2005 r. (upłynęło 9 miesięcy), przy czym płatność z tej faktury była odroczonej o prawie 2 miesiące, do 24 września 2004 r. Po upływie tego terminu, a także z powodu wcześniejszego już braku bieżących rozliczeń H. N. z firmą oskarżonych, która mimo to kontynuowała prace budowlane do wiosny 2004 r., wykonawca wystąpił na drogę postępowania sądowego dopiero po wielu miesiącach. H. N. przyznał, że celowo nie płacił uzgodnionej w fakturze kwoty, gdyż wydłużał czas odsetek obciążających oskarżonych za nieukończoną budowę, które miał potrącić od żądanej przez nich kwoty, a ponadto przestał mu odpowiadać sposób wykonania robót, głównie więźby dachowej, ścian basenu w piwnicy i innych elementów, które odbiegały od pierwotnego projektu i dlatego wygenerowały dodatkowe koszty, które powinny zawrzeć się w cenie ryczałtowej wykonawstwa zawartej w umowie z dnia 10 kwietnia 2003 r.. H. N. (1), już po

zaakceptowaniu prac dodatkowych wykonanych do lipca 2004 r., zaczął podważać niektóre elementy robót, które mogły wyjść poza sumę ryczałtową 1.059.678 zł netto. H. N. przestał płacić za kolejny etap budowy już po grudniu 2003 r., po początkowej wpłacie ok. 490 tys. zł i mimo zgodnego rozliczenia z lipca 2004 r., według którego inwestorowi należało dopłacić jeszcze 299 tys. zł za roboty dotąd wykonane. Wykonawca był gotów kontynuować umowę, liczył na to, utrzymywał gotowość do wykończenia budynku, posiadał materiały, ekipę, dopilnował, by nawet po zejściu z budowy budynek nie ucierpiał wskutek nieogrzewania czy braku nadzoru, podczas gdy H. N. przyjął pozycję wyczekującą – nie płacił za wcześniejsze roboty i oczekiwał odsetek za brak realizacji umowy. Strony weszły więc, po lipcu – wrześniu 2004 r. w stan wyczekiwania, przy czym wykonawca kierował się słusznym żądaniem zapłaty za wykonany etap budowy i decyzji inwestora o jej kontynuacji. W takich warunkach akt oskarżenia obejmujący kwotę na I fakturze, jako żądanie poświadczające nieprawdę, wyłudzające nienależną zapłatę, jest bezzasadny. Należy przy tym zauważyć, że mimo celowego nieuiszczenia kwoty z I faktury, która była po wielu latach ściągnięta w drodze egzekucji komorniczej, oskarżyciel zarzuca, że dokonano oszustwa w okresie wydania przez sąd cywilny nakazów zapłaty za obie faktury – 28 kwietnia 2005 r. i 29 grudnia 2005 r., przy czym wprowadza kolejną niekonsekwencję do zarzutu aktu oskarżenia, stwierdzając: „czym doprowadzili do niekorzystnego rozporządzenia mieniem H. N. w

kwocie nie mniejszej niż 112.450,58 zł” (wartość II faktury).

Tak skonstruowany zarzut, z wyraźnym zaznaczeniem w ciągu całego procesu karnego, że zarzut oszustwa dotyczy wyłącznie wprowadzenia w błąd sędziów – sądów, które wydały nakazy zapłaty na podstawie faktur, z równoczesnym twierdzeniem, że prowadziło to do rozporządzenia mieniem przez H. N. w niesprecyzowanej ostatecznie kwocie i przy niewykazaniu zapłaty, wywołał oczywistą trudność przy ustalaniu znamion oszustwa, czy to na poziomie pokrzywdzenia sądów cywilnych, które nigdy takiego przestępstwa (z art. 272 k.k.) nie odnotowały, mimo trwających długo postępowań cywilnych między stronami wytaczanych także przez H. N. przeciwko podstawom wydania nakazów zapłaty za kwestionowane faktury; czy to na poziomie zarzutu oszustwa w stosunku do H. N.. Orzecznictwo zna podobny rodzaj dwupoziomowego oszustwa ale są to przypadki, w których wykazano, że sprawca wyłudził lub usiłował wyłudzić od podmiotu, na który wystawił fikcyjną fakturę (art. 271 k.k.), oczywiście nienależną zapłatę w ten sposób, że bez powodu i uzasadnienia zażądał jej realizacji, następnie wyłudził od sądu orzeczenie nakazujące zapłatę (art. 272 k.k.), kierując wszelkie te zabiegi pośrednie w celu wprowadzenia w błąd i wyłudzenia zapłaty od podmiotu, który był stroną rzekomego zobowiązania będącego podstawą faktyczną faktury (art. 286 k.k.). Istnieje zatem powód w opisanym stanie faktycznym, by fałszerstwo intelektualne dotyczące faktury, z wykorzystaniem wyłudzenia

poświadczających nieprawdę orzeczeń sądowych, zmierzało do oszukania pokrzywdzonego, który na podstawie sumy tych zabiegów zostaje wprowadzony w błąd, po to by doprowadzić do zapłaty, przy czym sprawca zmierza do osiągnięcia korzyści majątkowej z przestępstwa, a nie, jak w niniejszej sprawie dochodzi zapłaty za wykonaną usługę, której wysokość lub jakość, nie zaś istnienie, kwestionuje strona przeciwna.

Konstrukcja subsydiarnego aktu oskarżenia wniesionego przez H. N. (pełnomocnika adw. prof. P. K.) i jego uzasadnienie, podkreślone jeszcze argumentami apelacji, że „treścią zarzutu jest wprowadzenie w błąd nie H. N. ale sędziów ... wydających nakazy” (str. 14 apelacji), przeczy założeniom instytucji subsydiarnego aktu oskarżenia. Oskarżyciel twierdzi, że nie został oszukany, nie wykazuje, że rozporządził mieniem, tj. że zapłacił kwoty wynikające z faktur. Podaje jako przedmiot fałszu dwie faktury, a szkody nie określa w sposób ścisły, twierdząc, że rozporządzenie mieniem dotyczyło „co najmniej” kwoty z jednej (późniejszej) faktury. Wszystko to łącznie potwierdza wniosek Sądu Okręgowego, że oskarżenie karne nie było spowodowane rzeczywistym pokrzywdzeniem w wyniku oszustwa i próby wyłudzenia nienależnej zapłaty w drodze fikcyjnych faktur i wyłudzenia sądowych nakazów zapłaty, ale miało służyć podważeniu cywilnoprawnych podstaw do rozliczenia się H. N. ze spółką oskarżonych jako wykonawcą zleconych robót budowlanych. Słusznie przy tym uznał Sąd I instancji, że celem postępowania karnego nie było wykazanie szczegółowego

zakresu realizacji umowy, tj. etapu wykonanych prac albo ich jakości, tylko zbadanie czy w fakturach poświadczono nieprawdę, czy były one oderwane od rzeczywistości i jako całkowicie fikcyjne były środkami do oszukańczego wyłudzenia zapłaty od inwestora, a więc czy prowadziły do faktycznego jego pokrzywdzenia. Kwestionowanie przez oskarżyciela „części” robót, jakości niektórych robót, jakości niektórych materiałów, powstania w trakcie rozbudowy dodatkowych prac, jak np. nowa więźba dachowa, oczekiwanie, by umówione wynagrodzenie ryczałtowe objęło wszelkie dodatkowe roboty, a wreszcie niezmiernie do konsensualnego zakończenia budowy lub rozwiązania umowy i rozliczenia według bieżącego stanu zaawansowania prac, nie służą wykazaniu znamion przestępstwa po stronie oskarżonych. Spór o jakość robót, czasowość i dodatkowe nakłady jest sporem czysto cywilnym, nawet w przypadku wykazania, tak jak miało to miejsce w sprawie cywilnej i karnej, że pewna część robót nie była formalnie uzgodniona z inwestorem, część wykonano z usterkami, których wykonawca nie kwestionował i za co przyznano H. N. 14 tys. zł w wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 27 kwietnia 2015 r., a części nie wykonano lub trudno to potwierdzić, co ustalił sąd karny w obecnej sprawie. Ta ostatnia kwestia, w odniesieniu do obu faktur, a zwłaszcza co do drugiej, wystawionej przez firmę oskarżonych po przekazaniu budowy inwestorowi, była przedmiotem wnikliwych badań Sądu Okręgowego, z udziałem biegłych sądowych, w szczególności

biegłego A. B. (1), który w sposób fachowy i obiektywny wykazał roboty z pewnością wykonane oraz niewielką część takich których nie potwierdził. Ocena sądu, że w zakresie tych ostatnich nie istnieją dowody na to, że było to celowe, zamierzone działanie oszukańcze wobec pokrzywdzonego, jest w pełni logiczna, polegająca na wiedzy dowodowej, prawniczej, zgodna z doświadczeniem życiowym. Uzasadnienie wyroku Sądu I instancji jest staranne, pełne, w sposób wszechstronny i logiczny przekonuje o braku znamion oszustwa (o zamiarze bezpośrednim, kierunkowym) podczas rozliczenia budowy z inwestorem. Apelacja biegnie w swej argumentacji niejako obok logicznych argumentów sądu, powtarzając niezmiennie od aktu oskarżenia, że H. N. nie powinien zapłacić firmie oskarżonych, która częściowo nienależycie wywiązała się z umowy o wykonanie robót budowlanych.

Odnosząc się na tle powyższych rozważań do poszczególnych zarzutów apelacji Sąd Apelacyjny nie uznał zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych – II – ponieważ bazuje on na twierdzeniu, że akt oskarżenia „nie dotyczył wprowadzenia w błąd pokrzywdzonego, a sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie” (str. 4, 14 apelacji), co oznacza, że H. N. nie czuje się i nie jest pokrzywdzonym, zwłaszcza, że nie zapłacił kwot z faktur, a spory wokół nich były przedmiotem prawomocnie zakończonych postępowań cywilnych.

Według niejasnej argumentacji skarżącego pokrzywdzonymi oszustwem byli wyłącznie sędziowie – sąd – orzekający o wydaniu nakazów zapłaty, a żądanie zapłaty

skierowane na tej podstawie przez spółkę oskarżonych w stosunku do H. N. było skutkiem ubocznym oszustwa. Inny podmiot został rzekomo wprowadzony w błąd, a inny wskazano jako pokrzywdzonego wyłudzeniem pieniędzy, a właściwie usiłowaniem wyłudzenia, gdyż H. N. nie zapłacił, wdając się w spory dotyczące braku zgody na dodatkowe roboty, jakości robót i tego, że powinny być objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Z argumentacji aktu oskarżenia wynika, że istotą postępowania karnego nie było rzeczywiste pokrzywdzenie oskarżyciela, a podważenie niekorzystnych dla niego orzeczeń sądów cywilnych, co uwolniłoby H. N., a także członków rodziny, na których przepisał swój majątek, od egzekucji komorniczej roszczeń wynikających z nakazów zapłaty, w tym od wysokiej kwoty odsetek. Linia dowodzenia twierdzeń oskarżyciela była nielogiczna. W uzasadnieniu do zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych, na str. 13 i 14 apelacji stwierdzono, że „faktury dotyczyły bądź prac niewykonanych” (do których zalicza rozliczenie z 11 maja 2005 r.), bądź prac wykowanych ale niezgodnionych z inwestorem, których on nie uznaje z powodu nieprzyjęcia i niepodpisania aneksu do umowy, bądź prac rozliczonych w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Ostatecznie skarżący stwierdza, że „brak było podstaw do domagania się przez wykonawcę zwiększenia kwoty zapłaty za wykonanie prac, które ujęte były już na etapie zawarcia umowy”. Skarżący w apelacji, a oskarżyciel na rozprawie apelacyjnej stwierdzili, że nie uznają wszelkich prac dodatkowych podnoszących wynagrodzenie (remont więźby dachowej, budowa komina w

kotłowni, docieplenie itd.), ponieważ powinny być przewidziane w obliczeniu wynagrodzenia ryczałtowego, a H. N. nie podpisał aneksu przesłanego przez wykonawcę na początku maja 2004 r.

Pełnomocnik stwierdził, że nawet jeśli H. N. celowo nie podejmował korespondencji od wykonawcy, żeby nie podpisać aneksów, to i tak oskarżeni nie mieli prawa naliczyć dodatkowych kosztów. Pełnomocnik przyznaje więc, że oskarżyciel nie był zaskoczony koniecznością wykonania dodatkowych robót, zwłaszcza dachowych, bo inwestor był o tym na bieżąco informowany na miejscu budowy, sporządzane były notatki z takich uzgodnień. Uzgodniono w ten sposób podniesienie ostatniej kondygnacji (wiosna, lato 2003 r.), co oczywiście skutkowało zmianą i zdjęciem nieprzystającej do tego pomysłu więźby dachowej i innymi robotami dodatkowymi. H. N. (1) wyrażał na nie zgodę, o czym ostatecznie świadczy zgodne rozliczenie z dnia 23 lipca 2004 r. (faktura z 29 lipca 2004 r.), a mimo to później i obecnie kwestionował to wspólne rozliczenie i kolejne, które nastąpiło już jednostronnie, po przekazaniu mu terenu budowy 30 kwietnia 2005 r. – faktura z 8 czerwca 2005 r. H. N. (1) podważa te rozliczenia głównie w oparciu o fakt niepodjęcia korespondencji z aneksami i nie podpisania ich. Uważa, że ten wymóg formalny uzupełnienia umowy o wykonanie robót z 10 kwietnia 2003 r. wyklucza żądanie od niego zapłaty za jakiegokolwiek dodatkowe roboty. Jego pełnomocnik oświadczył na rozprawie apelacyjnej wprost, że akt oskarżenia nie dotyczy tego czy roboty zostały wykonane, ani tego

czy wykonawstwo było prawidłowe, tylko tego czy wykraczały poza zakres pierwotnej umowy, tj. poza wynagrodzenie ryczałtowe – poza wycenę poszczególnych etapów budowy tam opisanych. Strona prezentuje pogląd, że nawet jeśli H. N. celowo nie podpisał aneksów, to i tak nie było jego zgody i wykonawca nie może dochodzić zapłaty za ostatnie faktury. Stanowisko to potwierdził H. N. oświadczając, że się nie godził na aneksy, „bo podpisałem umowę ryczałtową”. Przedstawione stanowisko dezawuuje cel wniesienia aktu oskarżenia, gdyż nie może być tu mowy o działaniu oszukańczym oskarżonych, a wyłącznie o rozliczeniach typowych dla stosunków umownych.

Skarżący raz twierdzi, że faktury poświadczają nieprawdę co do faktu istnienia wierzytelności, a w tym samym zarzucie (II) stwierdza, że bez znaczenia jest czy chodzi o prace wykonane lub niewykonane, skoro H. N. nie zgodził się podpisać aneksów, a więc nie spełniano umownego warunku uzyskania pisemnej zgody na roboty dodatkowe. Wymóg ten miałby znaczenie w rozliczeniach cywilnoprawnych, ale w sprawie o oszustwo wymagającej wykazania zamiaru kierunkowego wprowadzenia w błąd pokrzywdzonego, fakt wykonania co do zasady prac będących podstawą faktur, wyklucza działanie przestępne oskarżonych.

Ustalenia Sądu Okręgowego o wykonaniu przez firmę oskarżonych prac o zasadniczym znaczeniu dla wystawionych faktur, z uwzględnieniem niewielkiego zakresu niewykonanych prac, np. dotyczących ścianki, wartości 300

zł (II faktura) oraz prac, których wykonanie potwierdziły dowody pośrednie w postaci wyjaśnień oskarżonych, zeznań świadków i dokumentów, np. kwestia dozoru placu budowy, nadzoru inwestorskiego, co do których ustalenie o ich wykonaniu nastąpiło przy zastosowaniu art. 5 § 2 k.p.k., są prawidłowe. Apelacja w tym zakresie posługuje się argumentami o charakterze ogólnej polemiki, które nie są w stanie podważyć precyzyjnych ustaleń Sądu I instancji, co do każdego elementu robót podnoszonych przez oskarżyciela, w szczególności w odniesieniu do II faktury, która została wystawiona przez spółkę oskarżonych już po przekazaniu placu budowy. Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego w zakresie każdego z elementu robót są tak rzeczowe i skrupulatne (str. 28 – 44 uzasadnienia wyroku), że powtarzanie ich jest niecelowe. Lakoniczne motywy apelującego do zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych (fragment na str. 13 i trzy zdania na str. 14 apelacji) nie są w stanie podważyć wszechstronnych, starannych i logicznych ustaleń sądu o tym, że prace za które wystawiono faktury zostały zasadniczo wykonane, z nieistotnymi wyjątkami, które nie mogą stanowić o istnieniu zamiaru oszukania pokrzywdzonego, gdyż wyliczenie ich wartości (nieznacznej), nie miało znaczenia dla rzeczywistych podstaw wystawienia faktur.

Z powyższych względów zarzut II apelacji jest bezzasadny.

Zarzut I.1. apelacji, dotyczący naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 393 § 3 k.p.k. został zweryfikowany

w postępowaniu odwoławczym poprzez przyjęcie i ocenę dokumentu w postaci prywatnej opinii rzeczoznawcy budowlanego P. F. (1). Według twierdzeń skarżącego opinia ta miała „stanowić asumpt do podważenia wiarygodności wyjaśnień oskarżonych oraz opinii biegłego A. B. (1)”. Opinia P. F. nie wywołała takiego skutku, ponieważ nie jest oparta na pełnym materiale dowodowym, jak opinie A. B., uzupełnione, połączone z wynikami pomiarów biegłego geodety. Opinia P. F. z 20 sierpnia 2019 r. już w samym tytule wskazuje na to, że stanowi rodzaj weryfikacji kwotowej – wyceny wykonanych robót – w porównaniu do założeń ich wartości przewidzianej w pierwotnej umowie.

Tytuł opinii: „w zakresie nieprawidłowości wykonania robót...” świadczy o tym, że spółka oskarżonych wykonała prace objęte umową, a inwestor, z pomocą swojego rzeczoznawcy, kwestionuje określone ich elementy jako niesatysfakcjonujące. Wnioski P. F. (str. 22 opinii) sprowadzają się do tego, że inwestycja nie została zakończona, a część robót wykonano niezgodnie z projektem i wiedzą techniczną; wiele elementów zostało wykonanych nieprawidłowo; więźba dachowa została wykonana z drewna nieklasyfikowanego, dlatego należy sporządzić ekspertyzę o jej przydatności. P. F. (1), dysponując dokumentacją i kosztorysami robót z października – listopada 2003 r. - dostarczonymi przez H. N. określał nieprawidłowości wykonania robót budowlanych, analizując jedynie wersję i roszczenia zleceniodawcy. Równocześnie storna czołowa opinii prezentuje zdjęcie bardzo dużego budynku, rozbudowanego, ukończonego według stanu surowego zamkniętego, z nowym

dachem, urozmaiconym wieloma zadaszonymi oknami na poddaszu. Opinia P. F. potwierdza wykonanie objętych umową i dodatkowych robót, tak więc bez względu na ocenę ich jakości oraz częściowych odstępstw od pierwotnego projektu, które w celu poniesienia dachu akceptował sam inwestor, prace te zasadniczo zostały wykonane. Stanowisko Sądu Okręgowego o tym, że opinia tego rodzaju jest nieprzydatna do wykazania znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., jest słuszne. Wyceny tego rodzaju służyć mogą jedynie dochodzeniu roszczeń cywilnych, przy czym należy pamiętać, że nie mamy do czynienia z przypadkiem, gdy inwestor zapłacił pełną kwotę za wykonane roboty, co do których ma zastrzeżenia, ale sytuację odwrotną, że inwestor, mimo uznania głównego etapu budowy za zakończony i wykonany według wspólnych, bieżących uzgodnień (2003 r.), po wystawieniu w lipcu 2004 r. faktury na 299 tys. zł - nie płacił, unikał kontaktu z wykonawcą i przedłużał odbiór terenu budowy. Tak postąpił H. N., wyrażając niezadowolenie z pewnych elementów realizacji umowy dopiero wówczas, gdy należało uiścić zapłatę za wykonanie określonego etapu budowy.

Opinia P. F. (1), podążająca za potrzebą H. N. ponownego przeliczenia wartości wykonywanych robót była nieprzydatna w postępowaniu karnym i w żadnej mierze nie podważyła opinii sądowej biegłego A. B. (1), ani wyjaśnień oskarżonych. Wszystkie dowody, włącznie z zeznaniami H. N. potwierdzają, że spółka (...) przystąpiła do realizacji budowy i czyniła to z zaangażowaniem, do czasu gdy była możliwa współpraca

z inwestorem, dotąd gdy strony były w stanie zgodnie decydować o sposobie wykonania budynku, do czasu gdy H. N. zerwał kontakt, nie zapłacił za fakturę z lipca 2004 r., przestał odbierać korespondencję i porozumiewać się z wykonawcami.

Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. zbudowany jest na ponownym twierdzeniu, że „są elementy materiału dowodowego sprzyjające stanowisku oskarżyciela, że oskarżeni dopuścili się oszustwa (w stosunku do sędziów Sądu Okręgowego), gdyż faktury objęte aktem oskarżenia, nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu robót wykonanych..., a nadto część robót wykonanych ... nie była objęta umową stron”.

Skarżący podkreśla wiarygodność zeznań H. N. i uznaje, że zeznania świadków A. K., M. B. (2) oraz opinie biegłych sądowych A. B. (1) i Z. C. (z postępowania przygotowawczego) potwierdzają niewykonanie pewnych robót i wykonanie części robót niezgodnie z projektem technicznym. Skarżący w swoich zarzutach zmierza nieustannie, od czasu wszczęcia postępowania karnego, do rozliczenia wykonawstwa budowy w sposób najkorzystniejszy finansowo dla H. N..

Stanowisko prezentowane w zeznaniach H. N. sprowadza się do tego, że jakiegokolwiek roboty wykonane na budowie jego budynku, bez względu czy były przewidziane w kosztorysie umowy czy wynikły w trakcie realizacji, powinny zamknąć się w ustalonym z góry wynagrodzeniu ryczałtowym. H. N. (1) oczekiwał, że w postępowaniu karnym zostanie dokonane rozliczenie robót, tak jak

w postępowaniach cywilnych, tylko że wynik obecnej sprawy będzie dla niego korzystniejszy. Postawa taka jest nieporozumieniem, jeśli brać pod uwagę cele procesu karnego, a przede wszystkim konieczność wykazania zamiaru przestępnego o szczególnym zabarwieniu, jak w przypadku oszustwa. Mimo to Sąd Okręgowy zbadał, na tle twierdzeń aktu oskarżenia, wszystkie elementy realizacji umowy między stronami, które mogłyby świadczyć o fikcyjności faktur. Służyły temu staranne przesłuchania stron, świadków, analiza dokumentacji budowlanej, a wreszcie opinie biegłych.

Sąd ocenił zeznania H. N. na tle wszystkich dowodów, zwrócił uwagę na zakres i czas składania zawiadomień o przestępstwie w odniesieniu do etapu postępowań cywilnych. Zwrócił uwagę na to, że w części zeznań H. N. nie zgłaszał zastrzeżeń do pierwszej faktury, opartej na zgodnym rozliczeniu stron z dnia 23 lipca 2004 r. Dopiero w drugim zawiadomieniu powrócił do zastrzeżeń związanych z tym rozliczeniem, opierając się na danych dostarczonych mu dopiero w 2012 r. przez nowoustanowionego kierownika budowy A. K.. Oceny Tego świadka dotyczące jakości i stanu robót nie mogą zastąpić badań, pomiarów i wiedzy fachowej biegłych powołanych w postępowaniu sądowym. W miarę upływu czasu roszczeniowe podejście H. N. w stosunku do wykonawcy budynku radykalizowało się i wszelkie odchylenia od pierwotnego projektu budowy, nawet te uzgodnione z nim, jak podniesienie wysokości górnej kondygnacji i związana z tym wymiana więźby dachowej, były kwestionowane. Oskarżyciel

wyraźnie zmierzał do powtórzenia sporu i procesu cywilnoprawnego przed sądem karnym. Powodem wniesienia oskarżenia był spór o to czy wykonane zasadniczo roboty i wynagrodzenie za nie, będące podstawą faktur, mieszczą się w wynagrodzeniu ryczałtowym czy też powinny być policzone osobno i nie powinny obciążać H. N.. Należy przy tym pamiętać, że faktury z lipca 2004 r. i czerwca 2005 r. (łącznie ok. 410 tys. zł), gdyby dodać ich wartości do zbliżonej kwoty uiszczonej przez H. N. w pierwszym etapie budowy, nie przekroczyłyby i tak uzgodnionego w pierwotnej umowie wynagrodzenia, które wynosiło ponad 1 mln zł. Nie było więc sytuacji nadpłaty, zwłaszcza, że H. N. nie zapłacił nawet za I fakturę z lipca 2004 r. mimo, że była to cena uzgodniona za roboty wówczas zakończone.

W zarzucie I.2. apelacji, zarzucie naruszenia art. 7 k.p.k., pełnomocnik oskarżyciela substydiarnego dzieli dowody na te potwierdzające wersję oskarżonych o prawdziwości faktur, tj. wykonanie prac, za które wystawiono obie faktury oraz dowody wspierające stanowisko H. N. (1). Sprzeczność między zarzutem I1. a I2. polega na tym, że najpierw skarżący twierdzi, że wprowadzenie do procesu opinii prywatnej P. F. (1), o której była już mowa, podważyłoby wiarygodność opinii biegłego A. B. (1), a następnie powołuje się na treść tej właśnie opinii (A. B.), jej zbieżność z zeznaniami oskarżyciela i opinią biegłego Z. C. (z okresu śledztwa), jako dowodami zgodnymi, potwierdzającymi wersję H. N. i wniesionego przez niego aktu oskarżenia.

Kolejna niekonsekwencja, do której Sąd Apelacyjny wraca wciąż w niniejszym uzasadnieniu to niezdolność jasnego określenia znamienia przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. (także znamion oszustwa z art. 286 § 1 k.k.), tj. tego na czym miałyby polegać poświadczenie nieprawdy przy wystawieniu faktur z 29 lipca 2004 r. i 8 czerwca 2005 r. Oskarżyciel w a/o, ani w swoich zeznaniach nie twierdził stanowczo, że faktury były całkowicie fikcyjne, tzn., że roboty budowlane, za które je wystawiono nie zostały wykonane. Wprawdzie w zarzucie II apelacji (błąd w ustaleniach faktycznych) mówi, że faktury obejmowały „również (?) usługi niewykonane”, ale w pkt I.2a rozmywa to twierdzenie określeniem: „faktury nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu robót wykonanych ..., a nadto część robót nie była objęta umową stron”. Uzasadnienie apelacji nie wyjaśnia problemu poświadczenia nieprawdy w fakturach, bowiem na str. 13 autor wymienia zbiór zastrzeżeń co do podstaw materialnych faktur – ich odbicia w wykonanych lub kwestionowanych usługach wystawcy tych dokumentów (B.). Oskarżyciel nie twierdzi bowiem, że firma oskarżonych nie przystąpiła do realizacji umowy budowlanej, nie podważa okresu zajmowania się budową i terenem nią objętym, nie przeczy, że budynek, wraz z dachem, otrzymał nową – wyremontowaną – powiększoną bryłę, wraz ze stolarką okienną, tynkami, przyłączami itd., nie podważa tego, że B. opiekował się budynkiem, także po zaprzestaniu robót - z powodu nierozliczenia się H. N. za odebrane w lipcu 2004 prace – oskarżyciel zgłasza natomiast różnego rodzaju niejasne pretensje do jakości i staranności

wykonanych robót i zgody co do wykonania części z nich, nadzoru inwestorskiego czy dozory terenu budowy. W związku z takim zakresem sprawy i wyraźnie wybrzmiewającym celem, którym jest doprowadzenie do korzystnych dla niego rozliczeń (potrąceń) dotyczących zapłaty za prace przy budynku w G., wniosek Sądu Okręgowego o cywilno-prawnym charakterze sporu, był w pełni uprawniony. Postępowanie karne miało spowodować kolejną kontrolę prawidłowości wykonania umowy przez wykonawcę budynku, w sytuacji gdy postępowania cywilne nie potwierdziły lub w nikłym stopniu uwzględniły roszczenia H. N. w rozliczeniu budowy (uwzględniono powództwo co do kwoty 14 tys. zł). Postępowanie karne, w szczególności z zarzutami fałszu i oszustwa, nie może być nadużywane do rozliczeń stron umowy, w kwestii jakości, staranności czy pełności jej wykonania. Częściowa niestaranność, nieterminowość strony, która realizowała jednak umowę, prowadziła intensywne, długotrwałe i specjalistyczne roboty budowlane, z zaangażowaniem finansowanych przez siebie materiałów budowlanych i podwykonawców, zmierzając w dobrej wierze i w pełnej gotowości do uwzględniania zdania inwestora, nie może być traktowana w kategoriach umyślnego przestępstwa.

Wie o tym doskonale autor apelacji, doświadczony wykładowca i praktyk prawa, dlatego używa w niej tak wielu niedookreślonych sformułowań dotyczących wykonania umowy przez firmę oskarżonych, np. na str. 13:

- roboty „wykonane poza wykazem prac”,
- „bez uzgodnienia z oskarżycielem”,
- „dotyczyły bądź prac niewykonanych”, „bądź uprzednio rozliczonych w ramach wynagrodzenia ryczałtowego”,
- „część robót wykonanych nie objętych umową” (str. 2).

Interesujący jest w tym zakresie przedmiot powództw cywilnych H. N. przeciwko spółce (...), gdzie powód wnosił o zwrot zapłaty (chodzić może o ściągnięte komorniczo kwoty) za roboty samowolnie wykonane przez spółkę, które wycenił na 93.545 zł oraz prace, którym zarzucił wady i usterki wyliczone na kwotę 810.988 zł. Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Płocku uznał powództwo za ledwie co do 14.166 zł, zaś wyrokiem z 13 kwietnia 2015 r. oddalono powództwo o pozbawienie tytułu wykonalności II faktury – 112.450 zł. Dokumenty z postępowań cywilnych potwierdziły, że H. N. nie wykazał fikcyjności faktur. Należy przy tym przywołać zabiegi dokonane przez H. N. w celu zapobiegnięcia wyegzekwowaniu przez B. należnej zapłaty. W maju 2005 r., tuż po wydaniu przez Sąd nakazu zapłaty dotyczącego pierwszej faktury, H. N. (1) zawarł umowy z członkami rodziny (żona, dzieci) przenoszące na nich majątek (podział majątku, darowizny nieruchomości). Dopiero w dniach 14 marca 2008 r. i 20 października 2010 r. zapadły wyroki sądów cywilnych stwierdzające bezskuteczność tych czynności. Nakazy zapłaty za faktury z lipca 2004 r. i czerwca 2005 r., wydano w kwietniu i grudniu

2005 r., tak więc działania H. N. były motywowane „ucieczką z majątkiem” przed spodziewaną egzekucją roszczeń.

Zeznania H. N. skupiły się na pretensjach o jakość robót, rzekomą samowolność części odstępstw od projektu technicznego, kwestionowaniu nadzoru inwestorskiego czy dozoru terenu budowy. Sam przyznał przy tym, że celowo prowadził pewną grę, nie podejmując korespondencji (aneksu), nie kontaktując się z wykonawcą itp., by zmusić wykonawcę do ukończenia budowy za cenę ryczałtową, mimo zmian, które uznał wcześniej za niezbędne. Obliczał przy tym, że kary umowne za zwłokę w ukończeniu robót przez wykonawcę działają na jego korzyść. Wyjaśnił, że od 30 kwietnia 2005 r. nie miał kontaktu z firmą oskarżonych i nie dążył do takiego spotkania, twierdząc, że będzie płacił, jak wróci na budowę i potrąca kary umowne (przesłuchanie przed Sądem z dnia 22 lutego 2019 r.).

Ostatecznie apelujący, w ślad za zeznaniami oskarżyciela, twierdzi, że tak czy inaczej, skoro H. N. umówił się na wynagrodzenie ryczałtowe i nie podpisał aneksów dotyczących robót dodatkowych, których wykonanie byłoby nawet konieczne (podwyższenie II kondygnacji i zmiany w więźbie dachowej itp.), to oskarżeni nie mieli prawa żądać od niego zwiększonego wynagrodzenia. Oskarżyciel przemilcza przy tym to, że nie zapłacił dobrowolnie nawet kwoty uzgodnionej w lipcu 2004 r. – I faktury – tak więc nie uiścił fizycznie choćby połowy z kwoty przewidzianej w

umowie. Nie zamierzał rozliczyć się choćby za zakupy i umowy B. z podwykonawcami, w które zainwestowała firma oskarżonych.

H. N. (1) nie został wprowadzony w błąd co do realizacji umowy przez oskarżonych, co skarżący wprost przyznaje. Nie twierdzi, że faktury były zupełną fikcją w stosunku do zrealizowanych usług ale poprzez elementy prac, z których nie jest zadowolony oraz niewielki zakres robót niewykonanych, które w sposób obiektywny potwierdził biegły A. B. (1), zmierza do przypisania oskarżonym umyślnego przestępstwa.

Sąd Okręgowy, mimo dostrzeżenia takiego celu postępowania karnego zainicjowanego subsydiarnym aktem oskarżenia, którego sformułowania w zasadzie dyskwalifikowały to postępowanie (wcześniej prokurator dwukrotnie umorzył postępowanie przygotowawcze), przeprowadził starannie pełny przewód sądowy, by ostatecznie potwierdzić, że mimo pewnych zastrzeżeń, co do realizacji usług przez firmę oskarżonych, nie można przypisać temuż znamion celowych działań oszukańczych.

Z dużą starannością Sąd analizował wszystkie dowody, dopuścił opinie uzupełniające: techniczne i geodezyjne, uznając słusznie, że kwestia szczegółowej wyceny wykonanych prac leży na uboczu zadań postępowania karnego, w sytuacji gdy wykonawca realizował umowę w dobrej wierze, aż do czasu zerwania współpracy i kontaktów przez zleceniodawcę i po nieuzyskaniu kolejnej transzy rozliczenia budowy z lipca 2004 r.

Okres i zakres rozliczenia objęty I fakturą, wystawioną 29 lipca

2004 r., nie daje żadnych podstaw do twierdzenia, że faktura ta poświadczala nieprawdę co do zdarzeń faktycznych stanowiących jej podstawę. Oskarżyciel uczestniczył osobiście w doглядaniu postępujących prac budowlanych, a także za pośrednictwem M. B. (2), który to potwierdził. M. B. zeznał, że był kilkakrotnie na budowie, na zlecenie H. N., który korzystał z wiedzy fachowej świadka, „to było w formie jakiegoś nadzoru” (rozprawa 28 sierpnia 2019 r.). Były uzgodnienia co do więźby dachowej, „miała być wymiana w technicznie uzasadnionym zakresie”, bo stara „więźba była w złym stanie” (j.w.). Świadek przyznał, że przy tak rozległej przebudowie obiektu część prac remontowych wychodzi w trakcie. Zeznania te odpowiadają prawdzie i znalazły potwierdzenie w notatkach prowadzonych przez inwestora i częściowo w Dzienniku Budowy. Zapisy Dziennika Budowy, choć niedoskonałe, to w połączeniu z dowodami osobowymi i notatkami ze spotkań i uzgodnień z H. N. i M. B., z okresu kwiecień – grudzień 2003r. a potem maj – lipiec 2004, potwierdzają, że inwestor miał pełną świadomość zakresu i jakości prowadzonych przez prawie rok prac budowlanych i je akceptował. Po spotkaniu stron 4 grudnia 2003 r. (notatka) i wystawieniu faktury H. N. wiedział, że trzeba rozliczyć dotychczasowe roboty, które zmierzają do końca, ale wymagają wpłaty kolejnej transzy wynagrodzenia. H. N. wiedział też, że nadplanowe roboty dachowe czy piwniczne (basen) należy rozliczyć dodatkowo. H. N. zerwał więc kontakt z oskarżonymi, a brak zapłaty spowodował przerwanie prac budowlanych. Mimo nieusprawiedliwionego

niepodejmowania aneksów do umowy (pisma B. z 4 i 23 marca 2004 r. wysłane na podany w umowie adres H. N.), niepodpisania projektu porozumienia stron z 6 kwietnia 2004 r. (pismo z 5 maja 2004 r.), a więc wielu zabiegów ze strony oskarżonych, zmierzających do ugodowego wykonania umowy, H. N. przeciągał sprawę, nie płacąc za już wykonane roboty i licząc na kary umowne za nieukończenie budowy przez ich firmę. Postawa taka i kalkulacje tego rodzaju czynią obecny zarzut oszustw za skrajnie bezpodstawny. W działaniach oskarżonych nie było żadnego elementu zaskoczenia czy podstępny.

H. N. (1) przybył w końcu na spotkanie 12 lipca 2004 r., gdzie strony umówiły się na zakończenie budowy w ciągu 4 miesięcy od uregulowania zaległej części wynagrodzenia (k. 112 t. I Ds. 391/14). Oskarżeni nadal zmierzali do całkowitego wywiązania się z umowy.

Spotkanie (kolejne) w dniu 23 lipca 2004 r. doprowadziło do zgodnego rozliczenia dotychczasowych robót i wystawienia I faktury a/o. Od jej zapłaty strony uzależniały kontynuację – zakończenie budowy, jednak H. N. nie zrealizował zobowiązania zapłaty.

Sąd Okręgowy, w oparciu o obiektywną opinię kompetentnego biegłego sądowego A. B. wskazał, że tylko niewielka część tego rozliczenia była niezgodna z wartością wykonanych prac (dot. objętości komina, dociepleń, wymiaru okien dachowych), co rozliczone zostało w późniejszym postępowaniu cywilnym, jednak nierzetelność ta nie uzasadnia

zarzutu oszustwa i fałszu co do całego procesu budowlanego i zakresu wykonanych prac, wyliczonych łącznie – zgodnie – na ponad 781 tys. zł, z czego H. N. miał dopłacić 299 tys. zł. Tak więc pierwsza z wystawionych faktur nie wzbudzała żadnych wątpliwości, że co do zasady odpowiadała zakresowi wykonanych prac, z niewielkimi zastrzeżeniami.

Pewne wątpliwości dotyczyły podstaw wystawienia II faktury z dnia

8 czerwca 2005 r. a więc około rok od rozliczenia stron podsumowanego pierwszą fakturą. Wydawać by się mogło, że skoro w lipcu 2004 r. strony dokonały obliczenia wykonanych robót, a H. N. nie zajął stanowiska w kwestii ich kontynuacji, to nie było powodu, by oskarżeni dokonali dodatkowego podliczenia wydatków na prowadzenie budowy.

Podstawy faktyczne wystawienia drugiej faktury były więc przedmiotem szczególnego badania przez sądy obu instancji.

Sąd Okręgowy nie pominął żadnej z okoliczności, które wskazały strony procesu w odniesieniu do kosztów usług, które firma oskarżonych zawarła w tej fakturze – w łącznej kwocie 112.450,58 zł.

Fakturę wydano na bazie dokumentu z dnia 11 maja 2005 r. (k. 16 – 17) „dot. rozliczenia budowy ...”, skierowanego przez B. (podpisanego przez K. K. i B. W.) do H. N.. W piśmie oskarżeni stwierdzają, że H. N. jest winien kwotę ponad 299 tys. zł na podstawie faktury sprzed roku – 29 lipca 2004 r., a nadto, zgodnie z podpisanym 30 kwietnia 2005 r. protokołem przekazania placu budowy, „strony

odnosiły się dodatkowo do 4 elementów wpływających znacząco na wartość wykonanych robót”. Dokument zawiera szczegółowe uzupełniające wyliczenie robót i usług, wśród których są korekty do wyliczeń z lipca 2004 r., zarówno in plus (zmniejszenie należności za orynowanie wyliczone w kwietniu 2003 r. na 4.1 tys. zł, a wg wyliczenia z maja 2005 r. zaproponowano 3 tys. zł), jak i in minus dla inwestora. Punkty 1 – 4 dotyczące orynowania, pokrycia dachu, docieplenia ścian i kotłowni opisują stan wykonanych prac, zarówno w stosunku do założeń pierwszej umowy, jak i zmian wynikłych w trakcie oraz końcowego stanu robót. Przykładem jest pkt 4 dot. kotłowni gazowej, gdzie wykonawca od umówionej kwoty 200 tys. zł, odjął wpłatę 150 tys. zł, odjął 20 tys. zł za niewykorzystane rury solarne na dachu oraz niewykonaną regulację automatyki kotłowni – 3 tys. zł, wyliczając pozostałą do zapłaty kwotę – 27.000 zł. Druga część dokumentu zawiera 10 pkt robót, w tym 7 przeróbek, rozbiórek, rozładunku wykonanych na ustne zlecenie zamawiającego. Kolejne: poszerzenie ścian basenu, stropu i innych elementów basenu oraz wymiana więźby przy dodatkowych oknach dachowych były konieczne dla zachowania standardów technicznych. Dozorowanie obiektu „było konsekwencją faktycznego przerwania robót w kwietniu 2004 r. i nie podjęcia ich z powodu braku zapłaty za I fakturę...”. Wykonawca zapewnił inwestora, że niezamontowane elementy basenowe przekaże w każdej chwili inwestorowi. Należy podkreślić, że dokument z 11 maja 2005 r. miał źródło w rozliczeniu stron z 23 lipca 2004 r. (k. 12 –

15), gdzie obok niekwestionowanych elementów wyliczeń wykonanych prac, wskazano w pkt 4, że do wyjaśnienia pozostaje orynowanie, a w pkt 2 oznaczono kontrowersje wokół jakości części wykonanych robót. Dokument rozliczeniowy z 11 maja 2005 r. wynikał bezpośrednio z zapisów protokołu przekazania budowy z 30 kwietnia 2005 r. z załącznikami, a więc z dokumentów podpisanych przez strony (k. 64 – 71).

Tak więc rozliczenie z lipca 2004 r. nie było rozliczeniem ostatecznym, gdyż strony miały uzgodnić warunki kontynuowania budowy, przy czym podstawowym była zapłata za I fakturę, której H. N. nie uiścił.

Sąd Okręgowy słusznie zauważył, że rozliczenie z 23 lipca 2004 r. nie kończyło współpracy inwestora z wykonawcą, bowiem strony rozstały się z zapewnieniem uregulowania przez H. N. I faktury i oczekiwaniem wykonawcy na ruch z jego strony, co do wykończenia budowy. H. N. (1) nie uiścił uzgodnionej zapłaty za dotychczasowy etap robót i nie nawiązywał kontaktu z wykonawcą, aż do stanowczego wezwania do przybycia w celu odebrania terenu i placu budowy, w dniu 30 kwietnia 2005 r.

Wyjaśnienia oskarżonych na temat tego, że oczekiwali w gotowości do wykończenia budowy są wiarygodne, ale brak zapłaty i kontaktu z inwestorem – wstrzymywał ukończenie. Oskarżony K. K. stwierdził, że „nie spodziewaliśmy się, że nie będziemy kontynuować budowy, dlatego rozliczenie z 23 lipca 2004 r. nie było pełne...” (k. 866). Oskarżeni twierdzili także, że gdyby nie zachowanie H. N.,

w tym głównie brak zapłaty za I fakturę i konieczność wystąpienia do Sądu o nakaz zapłaty, to ich stanowisko byłoby bardziej koncyliacyjne. Nie oznacza to jednak, że II faktura była fikcyjna. Biegły A. B. (1) wskazał wprawdzie usługi, które jego zdaniem nie zostały wykonane (niewielki zakres) i takie, co do których nie ma oczywistych dowodów wykonania, jak dozоровanie, jednak Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił konkluzje biegłego przy zastosowaniu art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. Biegły zaakceptował pierwszą część rozliczenia z 11 maja 2005 r., będącego podstawę II faktury, przyznając, że roboty tam wymienione uwzględniały kwestie nieuregulowane rozliczeniem z lipca 2004 r. i były konieczne do wykonania. Koszt tych robót, a raczej wyliczenie należnej od inwestora dopłaty, było prawidłowe i wyniosło łącznie 50.140 tys. zł.

Wyliczenie z drugiej części dokumentu z 11 maja 2005 r. zostało zakwestionowane przez biegłego w zakresie dozоровania terenu budowy, na które oskarżeni nie przedstawili żadnych dokumentów, a ponadto biegły stwierdził, że wykonawca powinien jak najszybciej dokonać przekazania, ograniczając koszty dozоровania. Należy jednak zaznaczyć, że oskarżeni nie przeciągali przekazania budowy, to H. N. zwlekał, zakładając, że nie płacąc za fakturę z lipca 2004 r. i dysponując zapisem o karach umownych za zwłokę w zakończeniu budowy przez wykonawcę oraz o wynagrodzeniu ryczałtowym, wywrze presję na wykonawcę, który już był stratny z powodu nieuzyskania tej zapłaty i zainwestowania własnych środków. H. N. (1) nie ukrywał tego

planu w swoich wyjaśnieniach. Nie podejmował niewygodnych dla niego pism, poczynając od aneksów z 2004 r., aż po rozliczenie z maja 2005 r. To, że H. N. odebrał teren budowy dopiero 30 kwietnia 2005 r. nie może obciążać oskarżonych, natomiast brak umowy z dozorcą nie dyskwalifikuje twierdzeń oskarżonych, gdyż H. N. przyznał, że będąc na budowie widział tam jakiegoś dozorcę, który przyjechał na rowerze (k. 433). Racjonalna jest argumentacja oskarżonych, że ich zadaniem było zabezpieczenie budynku przed niszczeniem, niską temperaturą w zimie, kradzieżą czy dewastacją, aż do odbioru, by inwestor nie żądał od nich naprawienia szkody, która mogła z tego wyniknąć. Budowa została przekazana inwestorowi bez takich szkód, a on sam zastał tam, przyjeżdżając bez uprzedzenia, dozorcę. Ponadto oskarżyciel zeznał, że po przejęciu budowy, sam wynajął osobę do dalszego pilnowania budynku (k. 1090), co potwierdza racjonalność decyzji oskarżonych o konieczności ustanowienia dozoru – ochrony budowy w czasie oczekiwania na przełamanie kontaktów z oskarżonym, zwłaszcza gdy przyjął on postawę roszczeniową i mógłby czynić im zarzuty o niedopilnowanie budynku. To, że dozоровanie budowy nie było ujęte jako osobny wydatek w pierwotnej umowie, nie czyni go fikcyjnym, gdyż umowa zakładała sprawne ukończenie budowy przy dobrej woli obu stron, a więc późniejsza postawa inwestora obligowanego umową do sukcesywnej zapłaty za etapy umowy, nie była wówczas zakładana, podobnie jak spowodowane tym przestoje.

Dodatkowe komplikacje wynikłe z przerwy w robotach i zabezpieczanie terenu budowy przez 8 miesięcy zwłoki w wypełnianiu obowiązku zapłaty, przemawiały za uznaniem wiarygodności wyjaśnień oskarżonych o dozorowaniu terenu, mimo braku bezpośrednich dowodów (brak umowy z dozorcą itp.).

Kwestia ustanowienia nadzoru inwestorskiego, którą kontestuje oskarżyciel posiłkowy, została rozstrzygnięta w oparciu o wyjaśnienia oskarżonych znajdujące potwierdzenie w dokumentach budowy. W decyzji budowlanej Nr (...) (k. 95) pouczonego inwestora, że jest zobowiązany do dołączenia oświadczenia inspektora nadzoru inwestorskiego. Do zawiadomienia o zamierzonym terminie rozpoczęcia budowy H. N. dołączył oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego (pismo z 22 kwietnia 2003 r. podpisane przez H. N., k. 174). K. K. (1) złożył wówczas oświadczenie pisemne o przyjęciu obowiązków na funkcji inspektora (k. 176) i to właśnie oświadczenie złożył w urzędzie H. N.. Na karcie 170 akt postępowania przygotowawczego znajduje się urzędowa Decyzja zatwierdzająca przebudowę i rozbudowę, w której pouczonego inwestora, że jest zobowiązany dołączyć m. in. oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego, co H. N. pokwitował odpisem, a następnie złożył wymagane dokumenty w dniu 22 kwietnia 2003 r. (k. 174). Wpisy w dzienniku budowy także potwierdziły działalność inspektora nadzoru inwestorskiego. Zeznania oskarżyciela o tym, że nie ustanowił nadzoru inwestorskiego stoją więc

w oczywistej sprzeczności z tymi dokumentami.

Wprawdzie biegły A. B. stwierdził w opinii uzupełniającej, że ówczesne przepisy nie nakładały obowiązku ustanowienia nadzoru inwestorskiego przy budowie budynku jednorodzinnego, na jaki formalnie zgłosił budowę H. N., nie wyklucza to jednak możliwości ustanowienia takiego nadzoru. W rzeczywistości powstawał duży budynek, co do którego inwestor miał plany dotyczące działalności gospodarczej (wynajmu pomieszczeń), co m. in. spowodowało odstępstwa od projektu, które H. N. nie tylko tolerował, ale wprowadzał w poleceniach ustnych do wykonawcy (podniesienie II kondygnacji, dodatkowe okna itd.). W związku z powyższym, naliczenie wynagrodzenia za dozór inwestorski, choć nie było wyszczególnione w pierwotnej umowie, nie było oparte na fikcji – zostało wykazane dowodami w postaci dokumentów oraz wyjaśnień oskarżonych i ustalenie to korzysta z ochrony art. 5 § 2 k.p.k., zwłaszcza, że kwota wynagrodzenia mieściła się w dolnych granicach przyjętego powszechnie wynagrodzenia do 5% wartości inwestycji, co w przypadku umowy przekraczającej 1 mln zł mogłoby wynieść nawet 50 tys. zł (od oskarżyciela żądano 18 tys. zł). Należy przy tym pamiętać trzeba, że w piśmie z 11 maja 2005 r., odwołującym się do protokołu przekazania budowy z dnia 30 kwietnia 2005 r., oprócz pozostałych do rozliczenia robót, zaznaczono też wynagrodzenie za dozorowanie budowy i nadzór inwestorski. To, że H. N. unikał odbioru niewygodnej korespondencji kierowanej na prawidłowy, podany przez niego

w umowie adres, nie tłumaczy jego postawy i nie uwiarygadnia jego wyjaśnień o fikcyjności tego rozliczenia. To, że biegły uznał dozоровanie budynku za nieudokumentowane, a więc niepotwierdzone, nie powodowało, że sąd dysponując dowodami osobowymi i zasadą interpretowania niedających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonych, nie mógł przyjąć takiego właśnie kierunku oceny ich wyjaśnień, wspartych częściowo zeznaniami oskarżyciela (k. 423), przy zastosowaniu art. 5 § 2 k.p.k.

Ta sama zasada z art. 5 § 2 k.p.k. dotyczyła drobnej części prac budowlanych z II faktury, co do których biegły nie widział technicznej możliwości ich zweryfikowania (opinia z lipca 2018 r. str. 16, opinia z kwietnia 2020 r. i opinia ustna). Nie można było po kilkunastu latach od budowy potwierdzić prac rozbiórkowych, wyładunkowych i części przeróbek, co nie znaczy, że ich nie wykonano, jak wyjaśnili oskarżeni. Część tych robót ma racjonalne uzasadnienie w samej istocie prac, które należy wykonać przed remontem, a które nie do końca można przewidzieć przy planowaniu tego rodzaju budowy, rozbudowy i wymiany. Do prac takich można zaliczyć część rozbiórek oraz podniesienie więźby dachowej, rozładunek więźby na stajnię i inne prace, które biegły wymienia na str. 16 opinii z lipca 2018 r. Zasada in dubio pro reo obejmuje uznanie tych prac jako wykonanych, o czym wyjaśnili oskarżeni. Obiektywizm i skrupulatność biegłego A. B. przejawiała się w tym, że stosował ściśle fachowe – techniczne kryteria konfrontacji twierdzeń stron z zastanym stanem budowy,

nie wprowadzając domniemań do których uprawniony jest sąd analizujący całokształt dowodów i stosujący procesowe reguły oceny według art. 7 i 5 § 2 k.p.k. Do robót, które zostały wykonane ale nie odpowiadały rzeczywistości, zaliczył sposób wykonania łazienek przy basenie, które zbudowano z innego materiału niż opisany w dokumentacji wykonawcy i naliczono za to 300 zł (pkt 6 rozliczenia z 11 maja 2005 r.). Oskarżeni przyznali, że jest to pomyłka, ale trudno na tym niewielkim elemencie budowy, odbiegającym od wyceny, oprzeć zarzut oszustwa obejmującego całość rozliczeń z lipca 2004 r. i maja 2005 r.

Pomiary elementów budynku wykonane przez biegłego geodetę Ł. S. w grudniu 2019 r. i wydane z uwzględnieniem tych pomiarów kolejne opinie A. B. (1) (pisemna i ustna z 2020 r.) wykazały ostatecznie, że twierdzenia oskarżonych o wykonaniu na życzenie inwestora dodatkowych prac służących podniesieniu II kondygnacji, w tym podniesienie więźby dachowej, są prawdziwe.

Oskarżyciel zaprzeczał temu z niezrozumiałych względów, skoro na początkowym etapie budowy, od wiosny do grudnia 2003 r., wizytował często budowę i zarówno on, jak i zastępujący go M. B. (2), wydawali wykonawcy polecenia takich zmian, co zostało udokumentowane w notatkach ze spotkań i w zapisach w dzienniku budowy, choć ten nie był starannie prowadzony i trudno było się oprzeć wyłącznie na nim przy odtwarzaniu prac wykonanych (zapisy te były podstawą opinii biegłego C.). Trudno uznać za wiarygodne i

logiczne obecne zarzuty H. N. o nieuznawaniu prac dachowych z powodu ich niezgodności z projektem technicznym, skoro to na jego życzenie wprowadzone były te zmiany i niewątpliwie generowały dodatkowe prace. Wersję tę, o naruszeniu projektu i niesklasyfikowaniu drzewa na więźbie dachowej poparł biegły prywatny P. F. (1), ale opinia ta nie przeczy wykonaniu omawianych prac, tylko krytykuje je przez pryzmat jakości materiałów i jakości wykonania.

Jak słusznie uznał Sąd Okręgowy, celem postępowania karnego nie było sporządzenie protokołu rozbieżności i roszczeń oskarżyciela co do jakości wykonanych robót. Wyliczenie kosztów nadbudowania ścian piwnicznych nie jest zgodne z ich ostateczną szerokością (pkt 5 rozliczenia), ale nie oznacza to, że koszt wylania żelbetonu na ich wzmocnienie był niższy, co wyjaśnił logicznie biegły A. B..

Podobny charakter miały zastrzeżenia oskarżyciela co do jakości wykonania kotłowni, w tym niezamontowanych rur solarnych, zakupionych wcześniej. Sąd Okręgowy, posługując się opinią biegłego A. B., zeznaniami M. G. (podwykonawcy oskarżonych) oraz depozycjami stron, słusznie uznał, że rozliczenie dotyczące kotłowni – pkt 4 str. 1 (k. 17) jest prawidłowe. Kotłownia została wykonana, z brakami, które opisał sam wykonawca, kwotę 20 tys. zł za odsprzedaż rur odjęto od naliczonej kwoty zapłaty, podobnie jak 3 tys. zł, które należałoby dołożyć do wyregulowania ogrzewania przed jego bezpiecznym i skutecznym eksploataowaniem. Dalsze wyliczenie zastrzeżeń H. N. w stosunku

do licznych elementów wykonania budowy, jest pozbawione celu procesowego, ponieważ takie rozliczenia przeprowadził Sąd Okręgowy i ujawnione braki i niedociągnięcia nie są tego rodzaju i znaczenia, by przypisać oskarżonym oszustwo przy wystawianiu faktur objętych aktem oskarżenia.

Uchybienia w realizacji umowy mają charakter marginalny w porównaniu z zakresem zrealizowanych usług.

Rozważania Sądu Okręgowego dotyczące rozliczeń z lipca 2004 r. i maja – czerwca 2005 r. są tak szczegółowe, logiczne i oparte na analizie wszystkich dowodów, że zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. jest bezzasadny. Sąd ocenił, zgodnie z zasadą zawartą w tym przepisie, depozycje oskarżonych, oskarżyciela i świadków wymienionych w apelacji. Apelujący posługuje się fragmentami różnych wypowiedzi i opinii biegłych, by uzasadniać wersję aktu oskarżenia, której nie da się obronić jedynie przez pryzmat roszczeń inwestora niezadowolonego z jakości wykonanych prac i niegasnącego oczekiwania, że wszelkie dodatkowe prace będą mieściły się w pierwotnym kosztorysie, podczas gdy sam te zmiany wprowadzał, a powszechne doświadczenie życiowe mówi, że każda taka zmiana, jak np. podwyższenie ostatniej kondygnacji, pociąga za sobą konieczność dalszych robót w zakresie więźby i dachu.

Opinia biegłego Z. C. z postępowania przygotowawczego, podobnie jak opinia prywatna wniesiona przez oskarżyciela nie odnosiły się do „meritum niniejszej sprawy”, jak twierdzi apelujący. Sąd Okręgowy analizował opinię

Z. C. i słusznie uznał, że formalistyczne podejście biegłego, polegające na akceptowaniu tylko robót potwierdzonych w planach i dzienniku budowy, bez porównania tego ze stanem rzeczywistym robót, nie odpowiada istocie sprawy o zamierzone oszustwo. Pytania sformułowane przez prokuratora w postanowieniu z 27 maja 2013 r. o zgodność wykonanych robót „z zasadami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami” (k. 532 t. II śledztwa) prowadziły w kierunku rozliczeń (potrąceń) cywilnoprawnych, których dotyczyły postępowania cywilne prowadzone do 2015 r. i powołane tam opinie biegłych ((...) i K.). Tylko pytanie trzecie - o roboty rzeczywiście wykonane - było przydatne w sprawie o przestępstwo oszustwa. Ostatecznie Z. C. poprzestał na analizie porównawczej robót planowanych w pierwotnej umowie (z załącznikami) i 26 wpisów w niestarannie prowadzonym dzienniku budowy, dlatego wnioski tego biegłego o niewykonaniu robót i usług spoza tych dokumentów są nieuprawnione (k. 537 – 558).

Realizacja umowy przez oskarżonych była co do zasady działaniem rzeczywistym i poza wymienionymi defektami dość starannym. Oskarżeni współdziałali przy oględzinach biegłych i zgłaszali gotowość naprawy usterek. Ich zachowanie przeczy całkowicie zamiarowi dokonania fałszerstwa faktur w celu wyłudzenia sądowych nakazów zapłaty i oszukania H. N. (1). Gdyby oskarżeni zmiierzali do żądania wynagrodzenia za fikcyjne roboty, to stan budynku udokumentowany przez wszystkich biegłych, obiektu całkowicie przebudowanego, rozbudowanego,

podwyższonego, z fantazyjnymi elementami dachu i innymi elementami wykończenia, byłby nieporównanie gorszy. Należy przy tym pamiętać, że ostateczne prace kończące budowę zostały przerwane z powodu zachowania inwestora, który nie zapłacił za etap prac podliczonych przez strony - zgodnie - w lipcu 2005 r. H. N. nie zakwestionował wówczas i w następnych miesiącach jakości tych robót, prowadząc grę zaplanowaną na spowodowanie (zmuszenie), że wykonawca wykona wszystkie umówione i dodatkowe prace za z góry uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe oraz zapłaci za zwłokę. H. N. (1) przyznaje, że nie podjął wysyłanej na podany przez niego adres korespondencji, w tym aneksów dotyczących dodatkowych prac, bo nie leżało to w jego interesie. Opóźnienie z rozliczeniem ostatecznym i przekazaniem mu terenu budowy nie może zatem obciążać wykonawcy, który liczył na porozumienie co do kontynuowania budowy oczekując na spełnienie zapewnienia zapłaty za I fakturę. Nasilająca się niechęć stron nie obciąża więc tylko oskarżonych i nie była wyłącznym powodem wystawienia II faktury. Roboty wskazane w rozliczeniu uzupełniającym z 11 maja 2005 r. były w znacznej większości wykonane, a wątpliwości co do pozostałej części (nadzór inwestorski, dozór obiektu, rozbiórki, poprawki) muszą być przyjęte na korzyść oskarżonych, ponieważ ani biegli sądowi, ani oskarżyciel, ani świadkowie, nie wykluczyli wiarygodności ich wyjaśnień i wystawionych dokumentów.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał, że

<p>uniewinnienie oskarżonych K. K. (1), B. W. (1) i J. B. (1) od zarzutu czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k., art. 272 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., było w pełni uzasadnione.</p>		
<p>Wnioski</p>		
<p>Wniosek pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego o uchylenie wyroku uniewinniającego i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.</p>	<p># zasadny # częściowo zasadny # niezasadny</p>	
<p>Zwięźle o powodach uznania wniosku za zasadny lub niezasadny.</p>		
<p>Wniosek o uchylenie wyroku jest niezasadny, ponieważ nie potwierdziły się zarzuty zgłoszone w apelacji.</p> <p>Sąd Okręgowy przeprowadził staranne, pełne postępowanie dowodowe. Sąd dopuścił dowody zebrane w czasie umorzonego śledztwa prokuratora, rozważył wszechstronnie i obiektywnie wnioski dowodowe zgłoszone przez strony i nie zaniechał własnej inicjatywy dowodowej, o czym najlepiej świadczy istotne uzupełnienie postępowania poprzez dopuszczenie kolejnych opinii z zakresu budownictwa (pisemnych i ustnych) rzeczoznawcy A. B. (1), opinii biegłego z zakresu geodezji i kartografii Ł. S., dodatkowe przesłuchania świadków związanych z wykonaniem inwestycji H. N., czy dołączenie dokumentów procesowych z postępowań cywilnych i egzekucyjnych, które toczyły się przez kilka lat między oskarżonymi a oskarżycielem. Nie potwierdził się zarzut wadliwej oceny dowodów, a uzupełnienie</p>		

postępowania apelacyjnego o opinię prywatną sporządzoną na zamówienie H. N. (1) nie zmieniło ustaleń faktycznych, ponieważ cel dowodzenia założony przez wnioskodawców, tj. wadliwość wykonania robót budowlanych czy nawet niewielkie ich braki, nie dotyczą istoty przestępstwa oszustwa, a w dodatku w takich ramach faktycznych, jakich zarzucił oskarżyciel.

Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych potwierdził dobitnie niezdolność i nieumiejętność wykazania przez stronę oskarżającą, by H. N. (1) został wprowadzony w błąd przez firmę oskarżonych, w czasie zawarcia umowy o wykonanie budynku lub w trakcie realizacji, co do zamiaru jej wykonania (przebudowy i rozbudowy domu).

Apelujący podkreślał, zarówno w piśmie odwoławczym, jak też zapytany przez Sąd Apelacyjny, że: „zarzut subsydiarnego a/ o nie dotyczył wprowadzenia w błąd pokrzywdzonego a sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie”. Tak sformułowany zarzut aktu oskarżenia i zarzuty apelacyjne świadczą o bezzasadności stanowiska – oskarżyciela subsydiarnego.

4. OKOLICZNOŚCI PODLEGAJĄCE UWZGLĘDNIENIU Z URZĘDU	
Wskazać wszystkie okoliczności, które sąd uwzględnił z urzędu, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów (art. 439 k.p.k., art. 440 k.p.k.).	
Zwięźle o powodach uwzględnienia okoliczności.	

5. ROZSTRZYGNIĘCIE SĄDU ODWOŁAWCZEGO	
<u>5.1. Utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji</u>	
1.3 <u>1</u>	Przedmiot utrzymania w mocy
<u>Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok uniewinniający oskarżonych K. K. (1), B. W. (1) i J. B. (1) od zarzutu przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. i art. 272 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.</u>	
Zwięźle o powodach utrzymania w mocy.	
Wyrok Sądu I instancji jest prawidłowy. Sąd nie dopuścił się żadnego z uchybień zarzuconych w apelacji. Sam opis zarzuczonego czynu był na tyle wadliwy, rozmijający się z wymogiem jasnego wykazania zamiaru oszustwa i pokrzywdzonego (pokrzywdzonych), że wykazanie znamion oszustwa było niewykonalne.	
<u>5.2. Zmiana wyroku sądu pierwszej instancji</u>	
1.3.1 1.	Przedmiot i zakres zmiany
Zwięźle o powodach zmiany.	

<u>5.3. Uchylenie wyroku sądu pierwszej instancji</u>	
<u>5.3.1. Przyczyna, zakres i podstawa prawna uchylenia</u>	
	# art. 439 k.p.k.
Zwięźle o powodach uchylenia.	

	Konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwiężle o powodach uchylecia.		
	Konieczność umorzenia postępowania	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwiężle o powodach uchylecia i umorzenia ze wskazaniem szczególnej podstawy prawnej umorzenia.		
4.	Konieczność warunkowego umorzenia postępowania	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwiężle o powodach uchylecia i warunkowego umorzenia ze wskazaniem podstawy prawnej warunkowego umorzenia postępowania.		
5.		# art. 454 § 1 k.p.k.
Zwiężle o powodach uchylecia.		
<u>5.3.2. Zapatrywania prawne i wskazania co do dalszego postępowania</u>		
<u>5.4. Inne rozstrzygnięcia z wyroku</u>		
Lp.	Wskazać punkt rozstrzygnięcia z wyroku.	Przytoczyć okoliczności.
6. Koszty Procesu		

Wskazać oskarżonego.	Wskazać punkt rozstrzygnięcia z wyroku.	Przytoczyć okoliczności.
	2.	Zgodnie z art. 636 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 640 § 1 k.k., koszty postępowania odwoławczego ponosi oskarżyciel subsydiarny H. N. (1), który wniósł apelację, której nie uwzględniono.

7. PODPIS
Marzanna A. Piekarska-Drażek Ewa Gregajtys Anna Zdziarska

<u>1.3 Granice zaskarżenia</u>		
Wpisać kolejny numer załącznika 1		
Podmiot wnoszący apelację	Pełnomocnik oskarżyciela subsydiarnego	
Rozstrzygnięcie, brak rozstrzygnięcia albo ustalenie, którego dotyczy apelacja	Apelacja skierowana przeciwko wyrokowi Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt XVIII K 253/18 uniewinniającemu oskarżonych K. K. (1), B. W. (1) i J. B. (1) od zarzutu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. i art. 272 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.	
<u>1.3.1 Kierunek i zakres zaskarżenia</u>		
# na korzyść	# w całości	

# na niekorzyść oskarżonych			
# w części	#	co do winy	
#		co do kary	
#		co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia	
<u>1.3.2</u> Podniesione zarzuty			
Zaznaczyć zarzuty wskazane przez strony w apelacji.			
#	art. 438 pkt 1 k.p.k. - obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu		
#	art. 438 pkt 1a k.p.k. - obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu		
#	art. 438 pkt 2 k.p.k. - obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia		
#	art. 438 pkt 3 k.p.k. - błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia,		

	jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia		
#	art. 438 pkt 4 k.p.k. - rażąca niewspółmierności kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przypadku lub innego środka		
#	art. 439 k.p.k.		
#	brak zarzutów		
<u>1.4. Wnioski</u>			
#	uchylenie	#	zmiana