

Sygn. akt V ACa 782/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2013r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Zofia Kołaczyk
Sędziowie:	SA Urszula Bożalkińska (spr.) SA Tomasz Pidzik
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2013r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) w K.

przeciwko P. M.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 20 września 2012r., sygn. akt I C 84/11

oddala apelację i zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt. V ACa 782/12

## UZASADNIENIE

Powód wnosił o zasądzenie kwoty 15025492 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu i kosztami procesu, w uzasadnieniu podając, że pozwany zobowiązał się wykonywać zlecony mu nadzór inwestorski. W umowie strony ustaliły obowiązki stron, wynagrodzenie oraz kary umowne. Inwestycja została zakończona, ale pozwany nie podjął działań zmierzających do formalnego przekazania obiektu do użytkowania. Powód naliczył zatem pozwanemu karę umowną, ale do zapłaty tej kary nie doszło.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty (k. 100) pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości zgłaszając zarzut nienależytego wykonania przez powoda umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego, ergo braku przesłanek naliczenia przez pozwanego kary umownej obciążającej pozwanego.

Oddalając powództwo Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Strony łączyła umowa z dnia 12.04.2005r. o pełnienie nadzoru inwestorskiego. Powód zlecił pozwanemu nadzór budowlany pełnobrańzowy wraz z rozliczeniem finansowym rzeczowym oraz doradztwo techniczne przy realizacji inwestycji zlokalizowanej w B. przy ulicy (...) dla (...) w K.. Zleceniobiorca zobowiązał się zlecony nadzór inwestorski wykonywać zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. Wśród podstawowych obowiązków pozwanego było: współdziałanie z inwestorem w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu oraz przekazanie inwestorowi obiektu do użytkowania. Obowiązkiem inwestora było dostarczenie kompletnej dokumentacji budowlanej oraz dokumentacji formalno-prawnej inwestycji. Strony ustaliły kary umowne: w wysokości 0,1 % wartości umowy w przypadku nieuzasadnionej zwłoki „w dostawie” za każdy dzień zwłoki.

W dniu 31.05.2005 powód zawarł umowę z inż. J. L. ( (...)) na wykonanie roboty budowlanej – adaptacji hali produkcyjnej na hale handlową w obiekcie w B. przy ulicy (...).

W toku inwestycji zostało wydane zamienne pozwolenie na budowę z 10.11.2005r. Zmianie uległy bowiem układ funkcjonalny hali z dostosowaniem do przepisów o bezpieczeństwie przeciwpożarowym oraz wytycznych inwestora. Drugim elementem była zmiana zagospodarowania terenu w celu dostosowania do przepisów o egzaminowaniu kierowców. Dążono też do zminimalizowania kosztów: Dodatkowo miało być wykonane oświetlenie awaryjne. Zmieniały się założenia dotyczące projektu, nie był dokończony projekt instalacji elektrycznej, bo nie wiadomo było jaka miała być aranżacja wnętrza. To drugie pozwolenie budowlane wynikało z zakresu, który chciał uzyskać inwestor. Nie była dokończona instalacja oświetlenia przeciwpożarowego, a także sygnalizacja przeciwpożarowe. Po marcu 2006 roku budowa stanęła. Na początku 2007r. wypaliła się część rozdzielni garażu. Niektóre zmiany na przykład czujek przeciwpożarowych – były projektowane doraźne i miały być potem ujęte w projekcie powykonawczym. Na datę odbioru w marcu 2006 nie została wykonana instalacja oświetleniowa i awaryjna, nie została uruchomiona instalacja sygnalizacji przeciwpożarowej, nie została zrealizowana możliwość wyłączania wentylacji, nie zostały wymienione transformatory; bez projektu wykonano część instalacji elektrycznej, która obejmowała garaż i zaplecze. Część techniczna nie była ujęta w projekcie i zmiany w tym zakresie przeprowadzono bez projektu. Inwestycja została zaniechana, bo główny najemca się wycofał, a inni się nie pojawili. Protokół odbioru był sporządzony na potrzeby rozliczenia się z wykonawcą.

W dniu 28.03.2006r. spisano protokół odbioru robót kończących zadanie inwestycyjne: adaptacja hali produkcyjnej na halę handlową w obiekcie zlokalizowanym w B. przy ul. (...).

W ramach inwestycji wykonano lokalną oczyszczalnię ścieków.

Na budowie prowadzony był dziennik budowy z ostatnim wpisem z daty 20.12.2007 r. dotyczącym zakończenia prac przy miejscowej oczyszczalni ścieków. Stwierdzono że teren został uporządkowany i doprowadzony do stanu projektowanego i istnieje możliwość zgłoszenia do użytkowania obiektu.

Decyzją z dnia 29.10.2008r. PINB udzielił powodowi pozwolenia na użytkowanie. Powód naliczył pozwanemu karę umowną wobec odmowy załatwienia przez pozwanego formalności niezbędnych do przekazania obiektu do użytkowania. Strony prowadziły też korespondencję w tym przedmiocie.

Do wykonanego zadania zgłosiła swoje zastrzeżenia straż pożarna. Decyzją z 24.09.2008r. wskazano naruszone przepisy i określono terminy wykonania na 31.10.2008r. Upřednio, w dniu 9.09.2008 sporządzono protokół kontroli i wskazano powodowi uchybienia stwierdzone przez PSP.

W dniu 18.09.2008r. sporządzono protokół z oględzin PINB przeprowadzonych przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie, w którym stwierdzono zasadność wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu z warunkiem po uzupełnieniu wskazanych braków.

Pozwany wystosował pismo do PINB z 26.09.2008r., wskazując, że obiekt nie nadaje się do użytkowania.

Pozwany osobiście zgłosił się do PINB i rozmawiał z jego pracownikiem, przedstawiając zarzuty zawarte w piśmie. W aktach PINB dokumentu pozwolenia zamiennego nie ma. Dawniej były jednolite numery sprawy i w nadzorze (PINB) i w wydziale architektury. Obecnie w wydziale poszczególne decyzje mają odrębne numery, a wnioski o zmianę pozwolenia są rejestrowane jako nowe wnioski, czyli nowe sprawy. Dokumenty z architektury trafiają bezpośrednio do nadzoru budowlanego, bez pośrednictwa strony. W niniejszej sprawie nikt poza pozwanym – nie wnosił zastrzeżeń. Kierownik budowy podpisał oświadczenie, że budowa była prowadzona zgodnie z pozwoleniem na budowę w związku z czym pozwolenie zamienne mogło trafić od razu do archiwum nadzoru budowlanego zamiast do właściwych akt sprawy.

Po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót wykonywanych przez firmę (...) dziennik budowy został przekazany powodowi – poprzedniemu zastępcy dyrektora. Po tym odbiorze obiekt sobie stał, a inwestor czekał na najemcę. W trakcie inwestycji okazało się że kanalizacja nie istnieje. Gdy lokalna oczyszczalnia została wykonana, okazało się że dziennika budowy u inwestora nie ma a było to wiosna 2008r. Gdy dziennik został odnaleziony, pozwany dokonał do niego wpisu z datą wsteczną by nie wygasło pozwolenie na budowę. Pozwany nawiązał też kontakt z kierownikiem budowy i uzyskał do niego brakujące oświadczenie o zakończeniu budowy. Pozwany poinformował obecnego zastępcę dyrektora powoda jakie są możliwe ścieżki postępowania. Pozwany pojechał do PINB gdzie mu powiedziano że nie jest stroną. W PINB pozwany uzyskał wiedzę, że do akt dołączono podstawowe pozwolenie na budowę i pierwotną dokumentację projektową a nie pozwolenie zamienne z prawidłową dokumentacją. Pozwany ustnie poinformował PINB o istnieniu dokumentacji zamiennej, złożył także pismo. Wcześniej podpisywał on protokół odbioru robót wykonanych nie podpisywał protokołu robót niewykonanych. Obecny zastępca dyrektora powoda zaczął pracę w 2008 roku i znalazł dziennik budowy w gabinecie swego poprzednika. Wtedy okazało się, że formalności nie są zakończone. Pozwany już nie współpracował z powodem, przyniósł jednak druki do wypełnienia a o pozwolenie na użytkowanie wystąpił już sam powód i takie pozwolenie uzyskał.

Czyniąc powyższe ustalenia Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Roszczenie powoda nie jest uzasadnione. Treść umowy łączącej strony wątpliwości nie budziła z wyjątkiem kwestii zwłoki w kontekście współdziałania w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie i przekazania obiektu do użytkowania. Wobec użycia wyrażenia „zwłoki w dostawie” wątpliwe jest czy strony miały na uwadze – co ustalono, w myśl reguł z art. 65 k.c. – zwłokę w przekazaniu obiektu. Umowa w zakresie kar umownych (k. 23) jest wysoce nieprecyzyjna. Już tiret pierwszy, nieistotny w sprawie jest niejasny. Tiret drugi - podstawa procesu – nie precyzuje kto komu miałby płacić karę. Także tiret trzeci jest niedokładny (...zamawiający zapłaci wykonawca...). Przyjmując jednak interpretację powoda, stwierdzić należy iż nie ma podstaw do naliczania kar umownych.

Istotą niniejszej sprawy jest wykonanie zadania w zakresie przekazanym pozwanemu, a w szczególności kwestia przygotowania wniosku i uzyskania przedmiotowego pozwolenia. W ocenie Sądu, abstrahując od teoretycznych rozważań należy odnieść się przede wszystkim do treści umowy, opisanej powyżej. Obowiązkiem pozwanego było „współdziałanie z inwestorem w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu” a nie uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu” a nie „uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu”. Z uwagi na autonomiczność drogi sądowej i administracyjnej nie można formalnie podzielić twierdzenia pozwanego, że „decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa” (k. 293), ale proste porównanie zawartości akt (...)i akt PINB nr (...)wskazuje, że w aktach wydziału architektury jest zamienne pozwolenie na budowę, którego nie ma w aktach nadzoru budowlanego. Z zeznań świadka K. wynika, że mogło ono omyłkowo trafić „do archiwum”. Skoro pozwany zdawał sobie sprawę, że nie ma przesłanek do przekazania obiektu do użytkowania, a wizyta w PINB upewniła go w przekonaniu, że są braki w dokumentacji – to nie mógł dążyć, contra legem, do uzyskania takiego pozwolenia. Brak jest zatem po stronie

pozwanego przesłanek nienależytego wykonania zobowiązania z art. 471 k.c. a co za tym idzie, brak jest przesłanek z art. 484 k.c.

Od powyższego wyroku wniósł apelację powód zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a mianowicie:

art. 25 ustawy prawo budowlane poprzez jego błędną wykładnię, na skutek której Sąd uznał, że to powód będący inwestorem odpowiedzialnym był za przebieg prac budowlanych oraz dostarczenie dokumentacji powykonawczej, żeby ubiegać się o użytkowanie obiektu jednak na mocy umowy powód przeniósł zakres tych obowiązków na pozwanego, który jako inspektor nadzoru inwestorskiego miał wykonywać prawa i obowiązki inwestora oraz informować go o wszelkich przeszkodach w realizacji umowy, czego nie uczynił popadając w zwłokę.

2. Naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia a mianowicie:

- art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez jego błędne zastosowanie i wydanie przez Sąd wyroku z pominięciem dowodów oraz twierdzeń strony powodowej opierając orzeczenie wyłącznie na twierdzeniach strony pozwanej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa i wydanie wyroku zasądającego,

ewentualnie

uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

### ***Rozpoznając przedmiotową apelację Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie wobec niezasadności podniesionego w niej zarzutu naruszenia prawa materialnego.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należało mieć na uwadze, że art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (j.t. Dz.U. z 2010r. Nr 243, poz. 1623 ze zmianami) dotyczy inspektora nadzoru inwestycyjnego, jako tego uczestnika procesu budowlanego, którego udział w procesie budowlanym jest uzależniony od postanowień zawartych w decyzji o pozwoleniu na budowę z uwzględnieniem życzeń inwestora pragnącego mieć dodatkową kontrolę nad wykonaniem robót budowlanych.

Jednym z podstawowych obowiązków nadzoru inwestorskiego jest dbanie o prawidłowe wykonywanie robót budowlanych. Jego udział w procesie budowlanym jest przede wszystkim zastępstwem inwestora wykonywanym przez fachowca. Ma to zapewnić możliwość faktycznej kontroli zgodności wykonywanych robót budowlanych z projektem, przepisami i zasadami wiedzy technicznej. Wiedza, którą posiada inwestor nadzoru inwestorskiego ma zapewnić inwestorowi bezpieczeństwo i pewność, że nie popełniono błędów i budowa nie przebiega wadliwie. Ponadto, uczestnictwo inspektora nadzoru inwestorskiego w przygotowaniu zrealizowanego obiektu do odbioru i do użytkowania, gdy tylko w takim kontekście mogły być wykładane postanowienia §2 pkt 10 i 11 umowy z dnia 12.04.2005r. o pełnienie nadzoru inwestorskiego jako dające inwestorowi gwarancję tego, że inwestycję zrealizowano zgodnie z prawem i oczekiwaniem inwestora. Owey „gwarancji i odpowiedniej jakości inwestycji” nie można oceniać subiektywnie np. na potrzeby procesu o zapłatę kar umownych, jako braku współpracy z inwestorem, gdyż nadzór inwestorski odnosi się do zgodności procesu realizacji budowli z założeniami wynikającym z projektu, którego realizacja stanowi przedmiot świadczenia wykonanego na rzecz inwestora (por. uchwałę K10 z 6 lipca 2012r. K10/Kd 57/12, Lex nr 1217617). Ustawowe obowiązki przypisane poszczególnym uczestnikom procesu budowlanego w przepisach prawa budowlanego są bowiem obowiązkami, których żaden z nich nie może się zrzec bez zrzeczenia się funkcji (por. wyrok U KO z 12 października 2011r., K10 2079/11, Lex nr 988114).

Obowiązki inspektora nadzoru są określone ustawowo, stąd jako pełnomocnik inwestora może on działać tylko wobec wykonawcy, nie zaś w tych wypadkach gdy przepis ustawy jednoznacznie określony obowiązek przypisuje innemu uczestnikowi procesu budowlanego (por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 października 2003r., III CK 57/02, LEX nr 157284).

Z tego względu pozwany, kierując do właściwego organu a to Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w B. pismo z 26.09.2008r. (k. 119) działał w granicach swych obowiązków ustawowych zwracając uwagę na okoliczności istotne z racji bezpieczeństwa pożarowego, bezpieczeństwa użytkowania obiektu oraz zapewnienia warunków bezpieczeństwa i higieny pracy.

Zgodność działań pozwanego z ustawą w okresie po 1 sierpnia 2008r. nie przenosiła się równocześnie na zasadność żądania kar umownych za zwłokę we współdziałaniu z inwestorem przy oddawaniu obiektu do użytkowania.

Jednocześnie pozwanemu nie można było przypisywać zwłoki w czynnościach do których uprawniony a jednocześnie obowiązany był wyłącznie inny uczestnik procesu budowlanego, zwłaszcza gdy tym w świetle art. 56 i 57 prawa budowlanego był inwestor, pozwany zaś nie uczestniczył w nich faktycznie przy braku zainteresowania inwestora, aż do września 2008 r. w oddawaniu całej inwestycji (łącznie z oczyszczalnią ścieków) do użytkowania. Budynek, którego odbiór miał miejsce 31 marca 2006r. był bowiem faktycznie wykorzystywany pod wynajem, a co do części pomieszczeń brak było chętnych na wynajem. Stąd pewnych prac nawet zaniechano. Z faktu istnienia umowy wynikł obowiązek współdziałania pozwanego z inwestorem w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie, ale gdy inwestor działań w tym kierunku nie przejawiał, trudno mówić o zwłoce i nie współdziałaniu pozwanego z inwestorem w zakresie obowiązków umownych.

Podkreślenia bowiem wymaga, że z dziennika budowy jako dokumentu urzędowego (vide: wyrok K10 z 12 października 2011r., K10 2079/11, LEX nr 988114) wynika, że kierownikiem budowy był Z. W., a pozwany był jednym z trzech inspektorów nadzoru inwestorskiego z zakresem robót ograniczonym do robót instalacyjnych. Miał on przy tym tylko kierować zespołem sprawującym nadzór inwestorski. Jednocześnie, jak wynika z zapisów w dzienniku budowy pozwany dokonał w dniu 1.03.2006r. jedynie odbioru instalacji naziemnych budynku uczestnicząc w odbiorze robót końcowych i spisywaniu protokołu odbioru z 28.03.2006r., (k. 24-26), gdy nie były to równocześnie roboty kończące zadanie inwestycyjne.

Jak wynika z zapisów pozwanego dokonanych pod datą 10.10.2007r. zaszła konieczność wybudowania oczyszczalni ścieków na podstawie posiadanego już pozwolenia na budowę, w związku z czym 28.10.2007r. pozwany przekazał wykonawcy tych prac plac budowy. Tym samym z odnotowywania (jedynie w dzienniku budowy) zakończenia prac przy budowie oczyszczalni ścieków (vide: zapis pozwanego na k. 53 akt sprawy) nie wynikł dla powoda żaden niekorzystny skutek prawny) a zwłaszcza nie przedkładało się to na zwłokę we współdziałaniu z inwestorem w oddaniu do użytku całej inwestycji w zakresie wszystkich wykonanych obiektów. Jak wynika z dokumentacji przekazanej przez (...) Przedsiębiorstwo (...) (k. 214-220). Decyzją nr (...) zatwierdzono projekt budowlany i udzielono pozwolenia na budowę lokalnej oczyszczalni ścieków wraz z kolektorem (k. 219-220), protokołem z 20.10.2007r. – przekazano plac budowy (k. 217), w dniu 10.04.2008r. sporządzono protokół odbioru robót (k. 216), by po zawiadomieniu o zakończeniu budowy (k. 218) powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w dniu 30.04.2008r. (k. 214) przyjął zawiadomienie o zakończeniu budowy oczyszczalni ścieków).

Jak wynika z akt Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego zawiadomienia o zakończeniu budowy wraz z wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie inwestor dokonał w dniu 10.09.2008r. Dołączył oświadczenie kierownika budowy o zakończeniu robót budowlanych pochodzące dopiero z 26 sierpnia 2008r. Inwestor oświadczył też, że zgodnie z wymogami art. 57 ust. 3 Prawa budowlanego o zakończeniu budowy zawiadomił Inspekcję Sanitarną, Państwową Inspekcję Pracy i Państwową Straż Pożarną, w następstwie czego w dniu 11 września 2008r. zawiadomiono inwestora o wszczęciu postępowania o wydanie pozwolenia na użytkowanie pawilonu handlowego. Postanowieniem z 22 września 2008r. wezwano inwestora do uzupełnienia wniosku, gdy jeszcze po wydaniu pozwolenia – decyzja

z 29 października 2008r. w 2011 r. wykonywano prace usuwające nieprawidłowości związane z realizacją zadania inwestycyjnego.

W związku z powyższym, po przekazaniu placu budowy wykonawcy robót przy oczyszczalni ścieków pozwanego nie można było obciążać skutkami ewentualnej zwłoki inwestora w uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Podkreślenia wymagało, że Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego dopiero w dniu 30.04.2008r. przyjął zawiadomienie o zakończeniu budowy oczyszczalni ścieków, gdy dopiero ta data mogła być uznana za datę zakończenia całego zadania inwestycyjnego z prawem do ubiegania się o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego. Pozostaje równocześnie faktem, że umowa z 12.04.2005r. o pełnienie nadzoru inwestorskiego w §7 ust. 5 przewidywała kary umowne, w tym karę w wysokości 0,1 % wartości umowy w przypadku nieuzasadnionej zwłoki w dostawie za każdy dzień zwłoki gdy w toku procesu strona powodowa nie dokonywała wykładni tego zwrotu, podobnie jak Sąd stwierdzając wyłącznie, że jest to zapis wysoce nieprecyzyjny.

W związku z powyższym wykładni takiej obowiązany był dokonać Sąd Apelacyjny interpretując go w powiązaniu z obowiązkami inspektora określonymi w §2 pkt 10, umowy jako zastrzeżenie kary umownej za każdy dzień zwłoki we współdziałaniu inspektora z inwestorem przy uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu. By można było mówić o karze umownej za zwłokę w dochowaniu terminu do określonych czynności, termin tych czynności winien być wskazany przede wszystkim w umowie, co w stanie faktycznym sprawy nie miało miejsca.

W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984r., III CZP 70/83/ OSNCP 1984, nr 8, poz. 131) wskazano, że kara umowna ze nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzw. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia zobowiązania przewidzianym w treści zabezpieczenia, a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć takich elementów należytego wykonania zobowiązania jak wykonawcy świadczenia, miejsce świadczenia, jakości świadczenia a przede wszystkim terminu świadczenia.

By można było mówić o rozbieżności w zakresie terminu świadczenia, przyjmującej postać zwłoki, jak to przyjęto w umowie łączącej strony ze skutkiem w postaci prawa do kary umownej termin spełnienia świadczenia winien być oznaczony w umowie.

Zgodnie bowiem z art. 476 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w oznaczonym terminie, a czyni to po upływie tegoż przy wynikającym z przedmiotowego unormowania domniemaniu prawnym, że dłużnik nie dotrzymuje terminu pozostaje w zwłoce (por. wyrok Sądu Najwyższego z 22 września 2011r. V CSK 427/10, LEX nr 1095853). W razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, gdyby nawet tak odczytywał postanowienia umowne dotyczące kary umownej kara ta należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Dłużnik może się jednocześnie uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które ponosi odpowiedzialności, gdy w stanie faktycznym sprawy przyjęć należało, że pozwanemu udało się temu zadośćuczynić (por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 października 2010r. II CSK 180/10 LEX nr 970070).

Tym samym, teoretyczne liczenie czasokresu zwłoki – od daty ostatniej faktury przy dodaniu 90 dni na dokonanie czynności niezbędnych do dokonania przekazania zadania inwestycyjnego do użytkowania aż do daty wydania decyzji z 28 października 2008r. o pozwoleniu na użytkowanie obiektu nie mogło odnieść zamierzonego rezultatu, gdy inwestor dopiero 10.09.2008r. złożył zawiadomienie o zakończeniu budowy połączone z wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie. Bezpośrednio przed tą datą, a po dacie przekazania placu budowy innemu wykonawcy do budowy oczyszczalni i już po jej zakończeniu (zawiadomienie o zakończeniu z 21.05.2008r. k.214) inwestor nie wykazał by przejawiać jakąkolwiek aktywność przy której miał współdziałać pozwany, który nawet nie uczestniczył w protokole odbioru oczyszczalni 10.04.2008r. (k. 216). Z zeznań świadka J. K. (k. 201) wynikało wręcz, że po marcu 2006r. budowa stanęła. Zaginął nawet dziennik budowy, gdyż zastępca dyrektora W. M. zaczął pracę u powoda dopiero 1.08.2008r. i dopiero wtedy go odebrał. Był on jednocześnie przekonany, że wszystko jest załatwione bo

obiekt był użytkowany. Wynika to w sposób jednoznaczny z jego zeznań złożonych w charakterze strony. Gdy dopiero potem zainteresował się tą sprawą, dotarł do pozwanego który przekazał mu tylko druki do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Wtedy to dyrektor M. zdecydował się działać sam jak inwestor, rezygnując ze współpracy z pozwanym.

Skoro tak, to nie można również mówić o zwłoce pozwanego we współdziałaniu z inwestorem po dacie rozpoczęcia pracy przez Dyrektora W. M. tj. po 1.08.2008r., gdy podjął on działania w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Nie oczekiwał jednocześnie współdziałania od pozwanego i nie żądał żadnych koniecznych czynności, czy też dostarczenia konkretnych dokumentów, aby zwłoka w tych działaniach mogła się przekładać na roszczenie o karę umowną za zwłokę we współdziałaniu, w tym okresie. Nieobojętne pozostawało i to, że pozwany działał wówczas w uzasadnionym przekonaniu, że obiekt nie nadaje się do przekazania do użytkowania, czemu dał wyraz w piśmie do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 26.09.2008r. (k. 119). Mimo, że powód nie oczekiwał od pozwanego współpracy, ten faktycznie uzyskał od kierownika budowy złożone przez tegoż oświadczenie o zakończeniu budowy i wyjaśniał sprawę dokumentacji zamienną w (...) w B. jako dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Odmówiono mu wówczas informacji, jako że nie miał przymiotu strony, co skutkowało również, że podjął decyzje sporządzenia stosownego pisma w przedmiocie przedwczesności ubiegania się inwestora o pozwolenie na użytkowanie obiektu.

Dlatego też powód nie mógł uzyskać, w żadnym wypadku, wyroku uwzględniającego powództwo, nawet przy zasadności zarzutu obrazy art. 233§1 k.p.c., dotyczącego zresztą okoliczności nieistotnej dla sprawy, gdy wyrok oddalający to powództwo odpowiada prawu.

Przyjmując przeto za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i dzieląc wpływających z nich ostateczny wniosek prawny o braku podstaw do uwzględnienia pozwu, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda, orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 108§1, 98 i 99 k.p.c.