

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Sędziowie:	SSA Marek Boniecki SSA Regina Kurek
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 7 września 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa R. D. i L. K.

przeciwko Skarbowi Państwa - Państwowemu Gospodarstwu L. (...) S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 27 października 2016 r. sygn. akt VII GC 20/16

**1. zmienia zaskarżony wyrok poprzez nadanie mu treści:**

**„I. zasądza od Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa L. (...) S. solidarnie na rzecz R. D. i L. K. kwotę 88 039,17 zł (osiemdziesiąt osiem tysięcy trzydzieści dziewięć złotych 17/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 7 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;**

**II. oddala powództwo w pozostałej części;**

**III. zasądza od strony pozwanej na rzecz powodów solidarnie kwotę 5 198,40 zł (pięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt osiem złotych 40/100) tytułem kosztów procesu.”;**

**2. oddala apelację w pozostałej części;**

**3. zasądza od strony pozwanej solidarnie na rzecz powodów kwotę 810 zł (osiemset dziesięć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;**

**4. nakazuje ściągnąć solidarnie od powodów na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 3 028 zł (trzy tysiące dwadzieścia osiem złotych) tytułem części opłaty sądowej, od ponoszenia której strona pozwana była zwolniona.**

SSA Regina Kurek SSA Sławomir Jamróg SSA Marek Boniecki

Sygn. akt I ACa 221/17

## UZASADNIENIE

R. D. i L. K. wnosili o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Państwowe Gospodarstwa L. (...) S. w S. kwoty 148593,42 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 7 stycznia 2014r. do dnia zapłaty, oraz obciążenie pozwanego kosztami procesu, w tym zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wskazali, że dochodzą zapłaty reszty umówionego wynagrodzenia, określonego fakturą VAT nr (...) z dnia 6 grudnia 2013r, za wykonane roboty budowlane, zgodnie z umową nr (...)/ z dnia 28 marca 2013r.

W odpowiedzi na pozew Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo L. (...) S. w S. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Strona pozwana powołała się na umowne potrącenie kary umownej naliczonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

Wyrokiem z dnia 27 października 2016r. sygn.. akt VII GC 20/16 Sąd Okręgowy w Kielcach zasądził od Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa L. (...) S. solidarnie na rzecz R. D. i L. K. kwotę 148.593,42zł (z ustawowymi odsetkami od dnia 7 stycznia 2014r. do dnia 31 grudnia 2015r., z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty oraz kwotę 11.047 zł tytułem kosztów procesu.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowił następujący stan faktyczny:

Powodowie, R. D. i L. K. działając jako konsorcjum, zawarli w dniu 28 marca 2013r. ze Skarbem Państwa Państwowym Gospodarstwem L. (...) S. w S. umowę nr (...) wykonanie Rewitalizacji górnego stawu tzw. (...). W § 2 strony określiły, że 1. termin rozpoczęcia przedmiotu umowy ustala się na dzień zawarcia umowy 28 marca 2013r., 2. termin wykonania całego przedmiotu umowy ustala się do dnia 30 września 2013r. z tym że poszczególne prace powinny być wykonane zgodnie z harmonogramem terminowym rzeczowym stanowiącym załącznik nr 11 do (...) W § 6 ust. 9 ustalono, do odbioru końcowego Zamawiający przystąpi w terminie do 14 dni od daty pisemnego zgłoszenia (złożenia wniosku) przez Wykonawcę zakończenia całości robót oraz złożenia przez Wykonawcę kompletnych dokumentów odbiorowych tzw. Operatu kołaudacyjnego. W §6 ust. 12 strony określiły, że za datę zakończenia przedmiotu umowy przyjmuje się datę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie przedmiotu umowy. Wynagrodzenie za wykonane przez powodów roboty określono w § 7 pkt 1. na kwotę 297.926,38zł brutto. W §12 strony zawarły postanowienia o karach umownych. W §12 ust. 1 lit a strony postanowił, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku przekroczenia terminu, o którym mowa w § 2 ust. 2, z winy Wykonawcy w wysokości 1% wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 netto za każdy dzień zwłoki. Przed dniem 30 września 2013r. powodowie wykonali całość robót na obiekcie objętym zakresem umowy, co do jakości wykonanych prac pozwany nie zgłosił żadnych zastrzeżeń. Dnia 25 września 2013r. rozpoczęto próbne obdarzenie wodą zbiornika. Napełnienie trwało do dnia 27. (...). W dniu 27 września 2013r. przeprowadzono obserwację stanu budowli i obrzeży zbiornika. W dniach od 27 września 2013r. do 30 września 2013r. dokonano opróżnienia zbiornika. W dniu 30 września 2013r. dokonano obserwacji urządzeń wodnych zbiornika oraz czaszy i obrzeży zbiornika. W wyniku przeprowadzonych obserwacji nie stwierdzono występowania osunień skarp niekorzystnych osiadań ani deformacji ścian zbiornika. Komisja Odbiorowa stwierdziła, że zbiornik nadaje się do użytkowania. W dniu 30 września 2013r. sporządzono protokół próbnego obciążenia wodą zbiornika wodnego. Po wykonaniu robót powodowie pismem z dnia 30 września 2013r. zgłosili Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego. Nadleśnictwo pismem z dnia 4 października 2013r. poinformowało Konsorcjum o wyznaczeniu na dzień 10 października 2013r. odbioru końcowego. W trakcie czynności odbioru Konsorcjum nie przedstawiło

kompletnych dokumentów odbiorowych tzw. Operatu kolaudacyjnego, który zgodnie z §6 ust. 9 umowy stanowił warunek dokonania odbioru prac. W tej sytuacji nie doszło do odbioru końcowego przedmiotu umowy. Na kolejne pismo powoda o zgłoszeniu gotowości do odbioru z dnia 25 października 2013r. pozwany odpowiedział, iż warunkiem rozpoczęcia czynności odbiorowych jest przedłożenie przez powoda ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowania, a co wynika z zapisu § 6 ust.12 umowy(...) z 28.03.2013r.. Zdaniem pozwanego to powodowie winni uzyskać takie pozwolenie dla pozwanego, w braku tego działania pozwany upatrywał również zawinione przez powodów opóźnienie w zakończeniu przedmiotu umowy. Powodowie wywodzili, że nie mogli wystąpić o pozwolenie na użytkowania bowiem zgodnie z k.p.a. nie byłoby do złożenia takiego wniosku uprawnieni, nie byli stroną postępowania administracyjnego. Powodowie nie posiadali pełnomocnictwa do działania w takim postępowaniu za pozwanego. Pozwany takiego pełnomocnictwa powodom nie udzielił. W dniu 15 listopada 2013r. pozwany sam wystąpił o udzielenie pozwolenia na użytkowanie dla zadania inwestycyjnego polegającego na odbudowie stawu górnego (...) w ramach projektu „zwiększenie możliwości retencyjnych oraz przeciwdziałanie powodzi i suszy w ekosystemach leśnych na terenach nizinnych”, na działce o nr ewid. (...) w obrębie ewid. Budy, w jednostce ewid. B. – obszar wiejski. W dniu 20 listopada 2013r. Wojewódzki (...) Inspektor Nadzoru budowlanego w K. wydał pozwolenia na użytkowanie w/w obiektu budowlanego. Czynności związane z odbiorem końcowym robót zakończone spisaniem protokołu technicznego oraz protokołu końcowego miały miejsce w dniu 5 grudnia 2013r. Pozwany na podstawie § 6 pkt 12 i §12pkt 1 ppkt a naliczył karę umowną w wysokości 157.440.77 zł za 65 dni opóźnienia w przekazaniu przedmiotu zamówienia Rewitalizacja górnego stawu tzw. (...), obciążając powodów notą księgową nr (...) z dnia 31.12.2013r. W toku wykonywanych prac, pozwany wypłacił powodom część umówionego wynagrodzeni w kwocie 149.332,96zł. Po dokonaniu odbioru końcowego robót powodowie w dniu 6 grudnia 2013r. wystawili końcową fakturę VAT Nr (...), na pozostałą do zapłaty część wynagrodzenia określonego umową, na kwotę żadaną pozwem – 148.593,42 zł brutto. Pozwany nie uregulował zapłaty powyższej faktury.

Przy tym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji uznał zasadność żądania.

Zdaniem Sądu Okręgowego roszczenie powodów było w pełni udowodnione. Odwołując się do art. 647 k.c. Sąd wskazał, że został zrealizowany wskazany tam obowiązek strony oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Inwestor zobowiązany było do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie z treścią umowy termin wykonania całego przedmiotu umowy został ustalony do dnia 30 września 2013r. Całość robót budowlanych została zakończona do dnia 30 września 2013r., czego pozwany nie kwestionował. Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska strony pozwanej, że § 6 ust. 12 umowy kształtował obowiązek powodów uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Zarówno w §1 jak i §2 umowy oraz w §7 regulującym kwestię wynagrodzenia mowa jest bowiem tylko o obowiązku powodów wykonania „robót”, również 4 zatytułowany (...) nie nakłada się na powodów działania w imieniu pozwanego w postępowaniu administracyjnym. Powodowie nie posiadali także pełnomocnictwa do działania w postępowaniu administracyjnym za pozwanego zgodnie art. 33 k.p.a.

Sąd Okręgowy wskazał, że wprawdzie wierzyciel - dochodząc zapłaty tej kary - nie musi udowadniać zarówno samego faktu istnienia szkody, jak i jego wysokości, jednak jego zdaniem wykładnia art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. wskazuje, że przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest m.in. także szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, dlatego też, jeżeli tylko dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak szkody wierzyciela, to w konsekwencji wykaże też, iż kara umowna nie przysługuje. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania.

Sąd Okręgowy podzielił również pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8.07.2004r., sygn. IV CK 583/03, Lex nr 137571, iż przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 k.c. W tym przypadku zgodnie z art. 59 ust 7 ustawy Prawo Budowlane inwestor był stroną w postępowaniu administracyjnym w sprawie pozwolenia na użytkowanie aby powodowie mogli skutecznie uczestniczyć w wymienionym postępowaniu musieliby być jednoznacznie do tego przez pozwanego umocowani. Strona pozwana takiego pełnomocnictwa powodom nie udzieliła. Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę na wynikający z art. 354§2 k.c. obowiązek wierzyciela

współdziałania z dłużnikiem przy wykonaniu zawiązania. W tym przypadku obowiązek współdziałania pozwanego jako Inwestora z powodami jako wykonawcami w przedmiocie uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budziła wątpliwości. Skoro zaś zgodnie zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 4.2.1 ppkt c, str. 4: „terminy ustalone w 4.1 mogą ulec zmianie w przypadku wystąpienia opóźnień wynikających umowy wykonania przez organy, zezwoleń, uzgodnień z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę” to nie sposób uznać, że powodowi spóźnili się z wykonaniem przedmiotu umowy. Brak uzyskania stosownej decyzji z powodu braku pełnomocnictwa nie był więc zawiniony przez powodów. Pozwany nie wykazał, aby powodowie mogli go skutecznie reprezentować w postępowaniu administracyjnym, nadto o braku zawinienia ze strony powoda w nieuzyskaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, świadczy również to, że ostatecznie pozwany sam (bez udziału powodów) uzyskał taki dokument w dniu 20 października 2013r. Zdaniem Sądu Okręgowego było uprawnionych podstaw do naliczania wobec powodów kary umownej wynikającej z §12 pkt 1 ppkt a) umowy a w konsekwencji do potrącenia. Żądanie zasądzenia wynagrodzenia należało więc uwzględnić na podstawie art. 647 k.c. Jako podstawę zasądzenia odsetek Sad pierwszej instancji powołał art. 481 §1 i §2 k.c. a jako podstawę orzeczenia o kosztach

procesu art. 98 §1 i §3 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana zarzucając naruszenie prawa materialnego a to :

- art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że strona powodowa zakończyła roboty budowlane w całości do dnia 30 września 2013r. , w sytuacji gdy nie przedłożyła kompletnego operatu kolaudacyjnego, w tym dokumentacji powykonawczej oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, od przedstawienia której przedłożenia uzależniony był termin zakończenia przedmiotu umowy,

- art. 484§1 k.c. poprzez przyjęcie, że brak było podstaw do naliczenia kary umownej z tytułu przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy, wynikającej z §12 pkt. 1 ppkt l a) umowy, w sytuacji gdy przedmiot umowy nie został wykonany w całości w terminie określonym w umowie,

- art. 59 ust. 7 ustawy prawa budowlanego w związku z art. 33 k.p.a. przez uznanie, że

zamawiający poprzez stosowne zapisy umowy nie zapewnił wykonawców o możliwości udzielenia im pełnomocnictwa do reprezentowania zamawiającego w postępowaniu administracyjnym dotyczącym uzyskania pozwolenia na użytkowanie,

- art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieuznanie, że strony zawierając umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Strona pozwana zarzuciła także naruszenie przepisów postępowania tj:

- art. 233 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oceną materiału dowodowego i przyjęcie, że „pozwany nie kwestionował, że całość robót budowlanych została zakończona do dnia 30 września 2013r. a jedynie wywodził, że zgodnie z łączącą strony umową „a powodzie spoczywa. obowiązek „uzyskania pozwolenia na użytkowanie”, a wcześniej dostarczenie dokumentu kolaudacyjnego,

- art.233 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodowego i przyjęcie, iż o wykonaniu przedmiotu umowy w terminie do 30 września 2013r. świadczy protokół próbnego obciążenia zbiornika, zeznania świadków, podczas gdy czynności wykonane na zbiorniku stanowią etap przygotowawczy poprzedzający odbiór końcowy, zaś zeznania świadków dotyczące zakończenia budowy zbiornika, nie mogą być interpretowane jako wykonanie tej umowy zgodnie z umową i zasadami wiedzy technicznej,

Strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, w celu przeprowadzenia postępowania

dowodowego pozwalającego na ocenę opóźnienia wykonania przez powodów przedmiotu umowy spowodowanego nie dostarczeniem do daty umownego zakończenia przedmiotu umowy prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, jak również nie dostarczenie do wyznaczonego dnia odbioru dokumentu kolaudacyjnego pozwalających na ocenę wykonania przedmiotu umowy.

Zdaniem strony pozwanej dniem zakończenia przedmiotu umowy miał być dzień otrzymania od wykonawcy ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie przedmiotu umowy. Całość przedmiotu umowy obejmowała nie tylko niezbędne i wymagane prawem dokumenty pozwalające na korzystanie z budowanego obiektu. Wykonanie „Rewitalizacji górnego stawu tzw. R. I” zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej mogła potwierdzić tylko i wyłącznie decyzja o pozwoleniu na użytkowanie.

Rozpoznając apelację Sąd drugiej instancji w zasadzie uznał za własne ustalenia Sądu Okręgowego, odmiennie jednak nieco oceniając terminowość wykonania przedmiotu umowy i zważył co następuje:

Wbrew zarzutom apelacji treść odpowiedzi na pozew nie pozwalała na uznanie, że Skarb Państwa kwestionował okoliczność faktycznego zakończenia budowy do dnia 30 września 2013r. Spór natomiast koncentrował się na kwestii czy było to wystarczające do uznania realizacji przedmiotu umowy, w sytuacji gdy nie został jeszcze złożony operat kolaudacyjny (złożony w końcu października 2013r.) oraz nie została wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie (wydana 20 listopada 2013r.). Niezależnie od tego należy zwrócić uwagę, iż przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że prace budowlane zakończono we wskazanej dacie miało oparcie w zeznaniach w zeznaniach T. S. oraz w protokole próbnego obciążenia woda zbiornika wodnego podpisanego także przez inspektora nadzoru i przedstawiciela inwestora (k-151). Protokół ten potwierdzał, że zbiornik nadawał się do użytkowania i nie stwierdzał niekompletności obiektu. Niewątpliwie natomiast z zeznań świadków powołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wynikał jednoznacznie brak operatu kolaudacyjnego złożonego w dniu 25 października 2013r.

Do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy, chyba że wskazano inną regułę preferencyjną (art. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych według tekstu jedn. Dz.U.2013.907, dalej p.z.p.). Już z samej umowy wynika, że głównym przedmiotem prac było wykonanie sieci rewitalizacji górnego stawu tzw. (...) według harmonogramu terminowo rzeczowego a ten wynikał z (...)i z załączników. Specyfikacja zaś wskazywała, że głównym zakresem przedmiotu zamówienia była budowa obiektów inżynierii wodnej zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Niewątpliwie więc strony łączyła umowa o roboty budowlane, przy uwzględnieniu jednak reżimu wynikającego z prawa zamówień publicznych. Dla oceny sposobu wykonania umowy Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 647k.c. zgodnie z którym: „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z zasady niewykonanie zobowiązania z umowy o roboty budowlane występuje, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest na tyle istotna, że uchybia przepisom budowlanym i w konsekwencji uniemożliwia przydatność czy przewidywane umową wykorzystanie rezultatu robót. Niewątpliwie sam obiekt budowlany został zrealizowany do dnia 30 września 2013r. a wady obiektu nie zostały wykazane. Z zasady więc po zakończeniu realizacji robót zamawiający zobowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem i zapłacić wynagrodzenie. Potwierdza to analogiczna regulacja dotycząca umowy o dzieło zawarta w art. 642§ 1 k.c.

Podkreślić jednak trzeba, że przepis art. 354§1 k.c. wskazuje, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią. Treść zaś zobowiązania wynika nie tylko z normy art. 647k.c ale także z umowy. W tym przypadku treść §4 pkt 32 umowy nie pozostawia żadnych wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było nie tylko wykonanie robót lecz także opracowanie kompletnego operatu kolaudacyjnego i przekazanie go zamawiającemu w terminie określonym w §2 a więc do dnia 30 września 2013r. Zarówno w specyfikacji jak i umowie wskazywano wprawdzie, że za datę zakończenia przedmiotu umowy uznaje się datę otrzymania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, jednak

warunki odbioru końcowego wskazane zostały w §6 ust. 9 umowy. Na tle art. 65 k.c. należy przyjąć kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym (tak również Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC nr 5, poz. 168). Przy kombinowanej metody wykładni uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, jaki zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Jeżeli zaś (tak jak w tym przypadku) każda ze stron rozumiała inaczej zakres obowiązków wykonawcy to konieczne było więc przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten rozumiał i rozumieć powinien przy uwzględnieniu, że obie strony są profesjonalistami. W procesie zaś interpretacji dokumentu podstawowa rola przypada w takim przypadku językowym regułom znaczeniowym. Wykładnia językowa jednoznacznie wskazuje zamawiający miał przystąpić do odbioru po zakończeniu faktycznym robót oraz po złożeniu przez wykonawcę wymaganych dokumentów w tym także dokumentów sporządzonych na skutek geodezyjnego pomiaru wykonawczego. Z §6 pkt 10 i 11 umowy wynikało, że odbiór końcowy miał stwierdzać nie tylko zakończenie robót lecz także kompletność i prawidłowość operatu kolaudacyjnego. Trudno więc przyjąć, że nie oddanie operatu kolaudacyjnego nie stanowiło elementu obowiązku strony powodowej a w konsekwencji trudno przyjąć, że nie doszło do przekroczenia terminu określonego w §2 ust. 2 w sposób uprawniający do naliczenia kar umownych. Zauważyć przy tym należy, że przekroczenie harmonogramu samych było odrębnie sankcjonowane w §12 ust. 1 a. Powyższe wskazuje, że sankcja w postaci kary umownej dotyczyła także przekroczenia terminu w oddaniu dokumentacji warunkującej odbiór obiektu.

Sąd Apelacyjny na podstawie zeznań T. S. ustalił, że strona powodowa złożyła protokół kolaudacyjny w dniu 25 października 2013r. Były więc podstawy do naliczenia kary umownej za okres od dnia 1 października 2013r. do dnia 25 października 2015r. szczególnie w aspekcie domniemania nienależytego wykonania umowy wypływającego z wykazanego faktu opóźnienia w złożeniu tego dokumentu warunkującego odbiór. Przed tą datą odbiór końcowy nie mógł nastąpić a strona powodowa nie wykazała, że opóźnienie w złożeniu tego dokumentu wynikało z obiektywnych okoliczności. Strona powodowa mogła więc naliczyć kary umowne za zwłokę.

Bezprzedmiotowe były rozważania Sądu Okręgowego co do braku szkody skoro ta okoliczność nie była nawet wykazana a ponadto można powołać treść uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., (III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69), mającej moc zasady prawnej, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Natomiast podkreślić należy, że kara umowna jest substratem odpowiedzialności odszkodowawczej a więc do zasad tej odpowiedzialności ma zastosowanie art. 471 k.c. W razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia z tego tytułu. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 2004r. IV CK 583/03 nie publ., LEX nr 137571). Treść §12 jednoznacznie wskazuje, że zasady odpowiedzialności nie zostały rozszerzone. Sąd Apelacyjny podziela rozważania Sądu Okręgowego, że jakkolwiek (...) i umowa odnosiła termin oddania przedmiotu umowy także do uzyskania pozwolenia na użytkowanie to jednak obowiązku wykonawcy nie zawierały zlecenia uzyskania takiego pozwolenia. Treść art. 57 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (tekst jedn. Dz.U. Nr 243, poz. 1623z późn. zm.) wskazywała, że jest to obowiązek inwestora realizowany już po odbiorze skoro złożenie wniosku wymaga złożenia także dokumentacji wskazujące na wykonanie obiektu budowlanego, protokołów badań i sprawdzeń oraz powykonawczej dokumentacji geodezyjnej. Nawet jednak zakładając (jak podnosi apelujący), że elementem wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę było uzyskanie pozwolenia na użytkowanie to jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy realizacja tego obowiązku nie mogła nastąpić bez udzielenia pełnomocnictwa w postępowaniu administracyjnym. Nie może zaś być traktowane jako nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika sytuacja, w której zachowanie terminu wymaga współdziałania wierzyciela. Jeżeli więc brak uzyskania pozwolenia spowodował dalsze opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy to w tej części opóźnienie wynikało z zaniechania strony pozwanej a nie strony powodowej. Wykazanie zaś winy innej osoby jako przyczyny niezachowania terminu uchyla podstawy do odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) na podstawie art. 471 k.c. Strona powodowa nie może też odpowiadać za długotrwałość postępowania administracyjnego a przerzucenie na nią ryzyko przedłużania tego postępowania nie wynikało z umowy. Strona pozwana mogła wprawdzie dowodzić wpływ

naruszenia harmonogramu robót na opóźnienie w uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie w zakładanym terminie jednak przedłożone dokumenty, w tym pismo z dnia 29 lipca 2017r. wskazujące tylko na fakt opóźnienia, nie są wystarczające dla przyjęcia, że to z przyczyn leżących po stronie powodowej nie było możliwe uzyskanie wcześniej pozwolenia na użytkowanie, skoro mimo wcześniejszych problemów już w dniu 27 sierpnia 2013r. stwierdzono wykonanie zbiornika w dziewięćdziesięciu kilku procentach (k-51). Ponadto brak naliczania kar umownych na podstawie §12 ust 1 b dla poszczególnych etapów pośrednio wskazuje na brak powiązania opóźnień na wcześniejszym etapie z ostatecznym terminem oddania obiektu. Na pewno jednak nie było możliwe wystąpienie o pozwolenie na użytkowanie i uzyskanie takiego pozwolenia bez uzyskania wykonawczej dokumentacji budowlanej i geodezyjnej. To opóźnienie leżące po stronie powodowej wpływające na przedłużenie możliwości złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie zostało uwzględnione przez Sąd Apelacyjny w ramach podstaw do naliczenia kary umownej za zwłokę za okres 25 dni.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny uznał częściową zasadność zarzutów strony pozwanej tj. uznał, że miała ona podstawę do naliczenia kary umownej na podstawie §12 pkt 1 a umowy tj w wysokości 1 % wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki. Całkowita wartość robót wskazana w §7 ust. 1 umowy wynosiła 242215,57zł. Kara umowna powinna wynosić 60 554,25zł (jako wynik iloczynu : 25x 2422,17zł). Kara ta mogła zostać potrącona z wynagrodzeniem z ostatniej faktury na podstawie §12 pkt 6 umowy. Na skutek umownego potrącenia zobowiązanie strony pozwanej z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane uległo umorzeniu do wysokości kwoty kary umownej (art. 498§2 k.c.) Tym samym w odniesieniu do wskazanej kwoty 60 554,25zł powództwo było niezasadne.

W częściowym więc uwzględnieniu apelacji Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386§1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok dokonując obniżenia zasądzonej należności z kwoty 148593,42zł do kwoty 88039,17zł, oddalając powództwo co do kwoty 60 554,25zł z odsetkami za opóźnienie od tej kwoty.

W konsekwencji uwzględnienia powództwa w ok. 60 % dokonano na wskazanej podstawie także zmiany orzeczenia o kosztach procesu poprzez ich stosunkowe rozliczenia. Łączne koszty poniesione przez strony wynosiły 14 664zł ( w tym ;-34 zł opłaty od pełnomocnictw, -7430zł płała sądowa, oraz -2x 3600zł wynagrodzenie pełnomocników według stawki wynikającej z właściwego na datę wniesienia powództwa §6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu Dz.U. z 2013 r. poz. 461 oraz z 2015 r. poz. 616 i 1079 i odpowiednio §6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu Dz. U. z 2013 r. poz. 490 oraz z 2015 r. poz. 617 i 1078 . Strona powodowa poniosła opłatę sądową 7430 zł, opłatę opłaty skarbowe 34 zł 3600zł a więc 11064zł a powinna była ponieść 5865,60zł (40% z (...)) . Strona pozwana winna jej więc zwrócić 5198,40zł.

Dalej idącą apelację jako niezasadną oddalono z wyżej podanych przyczyn na podstawie art. 385 k.p.c.

O stosunkowym rozdzieleniu kosztów za postępowanie apelacyjne orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c. przy zastosowaniu §2 pkt 6, §10 ust. 1 pkt 2 oraz §15 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015r. poz. 1800 ze zm. ) i odpowiednio §2pkt 6 i §10 ust. 1 pkt 2 §15 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015r. poz.1804 ze zm.). Powodowie jako wygrywający w 60 % powinni partycypować w kosztach poniesionych przez strony kwotą w wysokości 3240zł ( 40%x 2x4050zł) . Powodowie ponieśli jako współuczestnicy materialni koszty udziału w sprawie swego pełnomocnika w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 4050zł . Strona pozwana winna więc zwrócić stronie powodowej kwotę 810 zł. Powodów jednak obciążają także koszty sądowe a to w części opłaty od apelacji od której strona powodowa była zwolniona, w zakresie w jakim uwzględniono powództwo tj. w wysokości 3028zł.

SSA Regina Kurek SSA Sławomir Jamróg SSA Marek Boniecki