

**Sygn. akt I ACa 1575/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Lidia Sularzycka (spr.)

Sędziowie: SA Zbigniew Cendrowski

SO (del.) Małgorzata Mączkowska

Protokolant: sekr. sąd. Marta Lach

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.

przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 17 września 2012 r.

sygn. akt XVI GC 870/09

I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok

- w punkcie 1 (pierwszym) w ten sposób, że kwotę 104.347,00 zł (sto cztery tysiące trzysta czterdzieści siedem złotych) obniża do kwoty 48.791,56 zł (czterdzieści osiem tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt sześć groszy) oddalając powództwo o zasądzenie kwoty 55.555,44 zł (pięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt pięć złotych czterdzieści cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 9 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty;

- w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że znosi pomiędzy stronami koszty procesu;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. znosi pomiędzy stronami koszty procesu za drugą instancję.

I ACa 1575/12

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17.09.2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie z powództwa (...) sp. z o.o. we W. przeciwko (...) S.A. w W.: 1. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 104.347,00 zł wraz odsetkami ustawowymi liczonymi od kwot: 55.555,44 zł od dnia 09.12.2008 r. do dnia zapłaty; 727,61 zł od dnia 24.12.2008 r. do dnia zapłaty; 1.251,90 zł od dnia 19.02.2009 r. do dnia zapłaty; 267,13 zł od dnia 12.01.2009 r. do dnia zapłaty; 30.396,00 zł od dnia 12.02.2009

r. do dnia zapłaty; 16.148,92 zł od dnia 21.02.2009 r. do dnia zapłaty; 2. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 8.835,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Strony zawarły umowy, na podstawie których powódka jako podwykonawca wykonała roboty w zakresie zamontowania, dostarczenia i wykonania kompletu stolarki okiennej dla pozwanej jako głównego wykonawcy: dnia 12.08.2008 r. odnośnie inwestycji w W. przy ul. (...) i dnia 06.07.2007 r. odnośnie inwestycji w O. przy ul. (...). W przypadku inwestycji przy ul. (...) zakończenie prac przewidziano na dzień 31.10.2008 r. Ostatnim etapem prac powódki na tej inwestycji miał być montaż akcesoriów (nawietrzaki, klamki) do dnia 31.10.2008 r.

Poza zakresem robót objętych powyższą umową pozwana zlecała powódce roboty dodatkowe na podstawie odrębnych zamówień. Część z robót dodatkowych było zlecane już po upływie terminu umowy.

Poza powódką prace wykonywali również wykonawcy z innych dziedzin. Powódka instalowała stolarkę okienną po tzw. brudnych robotach czyli tynkarskich i posadzkarskich, które zostały wykonane z opóźnieniem. Pozwana w związku z tym zwracała się pisemnie do powódki o przesunięcie terminu montażu okien. Pismem z dnia 23.10.2008 r. pozwana zwróciła się do powódki o przesunięcie terminu montażu klamek i nawietrzaków z dnia 31.10.2008 r. na termin późniejszy, o którym powiadomiła telefonicznie. Jako przyczynę przesunięcia terminu pozwana podała możliwość kradzieży tych elementów. Po uzyskaniu informacji telefonicznej powódka zamontowała powyższe elementy w dniu 30.12.2008 r.

Z tytułu wykonanych prac przy ul. (...) pozwana nie uregulowała powódce kwoty dochodzonej niniejszym pozwem. Odnośnie inwestycji przy ul. (...) w O. to ustalony w umowie termin zakończenia robót - 15.09.2007 r. nie został zachowany z następujących powodów.

W dniu 14.09.2007 r. strony zawarły aneks do w/w umowy odnośnie zmiany zakresu wartości robót oraz zmiany terminu ich wykonania, który został wyznaczony na dzień 12.10.2007 r. Także w dniu 14.09.2007 r. strony zawarły porozumienie dotyczące wstrzymania prac powódki montażu 68 sztuk okien do dnia 12.10.2007 r. z uwagi na konieczność wykonania robót (szlicht) na ostatnich kondygnacjach budynków. Ponadto pozwana na prośbę powódki wyraziła zgodę na przesunięcie terminu realizacji robót do dnia 10.12.2007 r., przy czym pozwana zobowiązała powódkę do wstrzymania montażu klamek i nawietrzników do czasu zakończenia robót tynkarskich.

Z uwagi na przedłużające się roboty tynkarskie powódka była zmuszona do montażu powyższych elementów dopiero w październiku 2008 r. (30.10.2008 r.). Przy tej inwestycji z uwagi na niewłaściwe wykonawstwo otworów okiennych zachodziła konieczność jego poprawienia. Zobowiązania finansowe pozwanej odnośnie tej inwestycji zostały przez pozwaną w całości uregulowane.

W dniu 23.04.2009 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty nieuregulowanej części wynagrodzenia za roboty przy ul. (...). W piśmie z dnia 10.06.2009 r. pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu przysługujących jej wierzytelności z tytułu naliczenia kar umownych w związku z opóźnieniem w wykonaniu robót, które odnośnie inwestycji przy ul. (...) wynosiło 382 dni, a odnośnie ul. (...) dni. Powódka nie uznała za zasadne naliczanie kar umownych z tytułu opóźnienia.

Stan faktyczny w sprawie Sąd ustalił w oparciu o dokumenty oraz zeznania świadków A. W. i M. K. (1). Sąd uznał za niewiarygodne zeznania świadka M. N., jako sprzeczne z zeznaniami pozostałych świadków oraz pozostałym materiałem dowodowym.

Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione w całości. Stwierdził, że opóźnienia w montażu okien przez powódkę na obu inwestycjach nie były spowodowane z winy powódki, lecz z powodu opóźnień w wykonaniu prac przez innych podwykonawców pozwanej, którzy bezpośrednio przed powódką wykonywali swoje roboty (tynkarskie i szlichta). Z tej przyczyny pozwana wielokrotnie przesuwała powódce termin montażu okien, zaś z powodu możliwości kradzieży zakazała powódce montażu klamek i nawietrzaków (ostatni etap prac) do momentu, kiedy na to zezwoli. Poza tym

otwory okienne, gdzie miały być montowane okna były w niektórych przypadkach źle zrobione, co również miało wpływ na zakończenie nieterminowe prac przez powódkę.

Z tych powodów w ocenie Sądu bezpodstawne było obciążenie powódki przez pozwaną na podstawie zawartych umów karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu prac w kwocie odpowiadającej wysokości roszczeniu powódki o zapłatę wynagrodzenia. W konsekwencji należało uznać za bezzasadny zarzut potrącenia wierzytelności pozwanej z tytułu w/w kar umownych z wierzytelnością powódki objętą pozwem.

Żądanie pozwu jest uzasadnione w świetle art. 647 kc w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 1 kc.

W apelacji od powyższego wyroku pozwana zarzuciła:

I. naruszenie prawa materialnego i procesowego, przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w tym:

1) naruszenie art. 483 kc i art. 484 § 1 kc w zw. z art. 498 § 1 i § 2 kc w zw. z art. 499 kc, art. 503 kc poprzez:

a) nie uwzględnienie zarzutu potrącenia kwoty 104.347 zł z tytułu kar umownych z kwotą wynagrodzenia należnego powódce od pozwanej z uwagi na ustalenie przez Sąd I instancji, że pozwana nie udowodniła swoich wierzytelności z tytułu kar umownych z powodu „...przesuwania terminu montażu okien...” bez precyzyjnego ustalenia przez Sąd I instancji stanu faktycznego w zakresie terminu zakończenia robót przez powódkę i podania uzasadnienia w zakresie zasadności zastosowania kary umownej przez pozwaną;

b) nie zbadanie i nie ustalenie, czy nastąpiło opóźnienie w wykonaniu robót przez powódkę oraz nie ustalenie, czy zachodziła podstawa do ewentualnego miarkowania kary umownej w myśl art. 484 § 2 kc lub uznania przez Sąd I instancji, że kara umowna jest bezzasadna;

c) nie zbadanie podniesionego przez pozwaną zarzutu formalnego - zarzutu potrącenia;

2) naruszenie art. 647 kc w zw. z art. 656 § 1 kc oraz art. 14.2. Standardowych Warunków Dla Podwykonawców przez przyjęcie, że pozwana nie była uprawniona do dokonania potrącenia kary umownej z przysługującego powódce wynagrodzenia w sytuacji, gdy opóźnienie zakończenia robót przez powódkę było tak znaczne, jak wskazano to w piśmie z dnia 10.06.2009 r., a pisma i adnotacje na pismach dotyczące „przesunięcia” terminu zakończenia robót pochodziły od osób nieupoważnionych do działania jednoosobowo za pozwaną i dotyczyły krótkich okresów, a opóźnienie w O. przekraczało 1 rok;

3) naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez niewiarygodną, zdaniem pozwanej, ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie uznania, że zastosowanie kar umownych wobec powódki jest bezzasadne;

II. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu I instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz nie wyjaśnienie okoliczności faktycznych przez przyjęcie i ustalenie, że:

1) pracownicy pozwanej byli umocowani do zmiany postanowień umów zawartych z powódką, wbrew zapisom w KRS;

2) porozumienie podpisane w dniu 14.09.2007 r. przez kierownika budowy W. S. - dotyczyło inwestycji w O., a nie inwestycji przy ul. (...) w W. i jest zawarte przez osobę upoważnioną do zawierania porozumień w imieniu pozwanej (...) S.A.;

3) „...wszelkie usterki zgłoszone powodowi byty na bieżąco usuwane...” w sytuacji, gdy takich dowodów nie ma w aktach sprawy, a pozwana przedstawiła szereg dowodów na wady w stolarce okiennej i pisma kierowane do pozwanej;

4) zeznania świadka M. N. są niewiarygodne i sprzeczne z zeznaniami pozostałych świadków, bez wskazania - na czym ta sprzeczność zeznań polega oraz bez wykazania przyczyny,

5) zeznania świadka M. K. (1) są wiarygodne, chociaż ten świadek z identycznych przyczyn jak świadek M. N. był zainteresowany przedstawieniem określonego stanu faktycznego;

6) pozwana jest zobowiązana wypłacić powódce wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, ponieważ zarzut potrącenia jej wierzytelności z tytułu kar umownych jest bezzasadny, bez bliższego określenia, z jakich przyczyn Sąd I instancji uznał to roszczenie pozwanej wobec powódki za bezzasadne.

W oparciu o powyższe zarzuty pozwana wniosła o zmianę w całości zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu za obie instancje ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja jest uzasadniona w części.

W rozpatrywanej sprawie poza sporem leży kwestia przysługiwania powódce co do zasady wynagrodzenia z tytułu dostarczenia i montażu okien w zespole budynków mieszkalnych przy ul. (...); także wysokość tego wynagrodzenia (łącznie na kwotę 104.347,00 zł), ujęta w fakturach wskazanych w żądaniu pozwu, oraz jego wymagalność nie nasuwała zastrzeżeń. Sporne pozostało zagadnienie skuteczności dokonanego przez pozwaną potrącenia wierzytelności, o jakiej twierdzi, iż jej przysługuje z tytułu opóźnienia w oddaniu przez powódkę zadania w zespole budynków mieszkalnych przy ul. (...) i w zespole budynków mieszkalnych przy ul. (...). W związku z powyższym wskazać zatem należy, iż ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe i zasługują na podzielenie w części w jakiej obejmują kwestię bezpodstawnego naliczenia kar umownych w przypadku opóźnienia w realizacji zadania w zespole budynków mieszkalnych przy ul. (...), w pozostałym zakresie – ustalenia te są wadliwe i nie znajdują oparcia w materiale dowodowym sprawy.

Pismem z dnia 10.06.2009 r., doręczonym powódce dnia 16.06.2009 r. (k. 67), pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu przysługujących jej wierzytelności w kwotach: 67.447,00 zł z tytułu kar umownych na opóźnienie w realizacji umowy z dnia 06.07.2007 r. i 36.900,00 zł z tytułu kar umownych za opóźnienie w realizacji umowy z dnia 12.08.2008 r.

Powyższe oświadczenie w przedmiocie potrącenia wierzytelności ma charakter materialny (w odróżnieniu od późniejszego oświadczenia o charakterze procesowym) i wbrew powódce było możliwym objęcie nim wierzytelności przysługujących pozwanej, stanowiących równowartość naliczanych kar umownych na podstawie obu umów. Każda z umów regulowała kwestię potrącenia stanowiąc, iż „zapłata należnych kar umownych nastąpi poprzez potrącenie ich z wynagrodzenia, wynagrodzenia dodatkowego lub wynagrodzenia za prace zlecone lub też z kwot zatrzymanych lub zatrzymania gwarancyjnego, na co PW niniejszym nieodwołalnie wyraża zgodę zobowiązując się tym samym takie kwoty na GW zapłacić (pkt 14.2 załącznika nr 2 do każdej z umów pn. „Standardowe Warunki dla Podwykonawców”)”. Jako że instytucja potrącenia ustawowego, regulowanego treścią art. 498 i nast. kc, nie jest oparta na przepisach o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens), dłużnik może prawem potrącenia swobodnie rozporządzać, może się go zrzec, jak i strony w drodze umowy mogą to prawo (możliwość dokonywania potrąceń) wyłączyć, jak i zmodyfikować. Strony niniejszego sporu takiej modyfikacji dokonały i na tej podstawie pozwana potrąciła kary umowne (10% wynagrodzenia), jakie jej przysługiwały z umowy z dnia 12.08.2008 r. To jednak nie stało na przeszkodzie spełnieniu należnej z innej umowy kary umownej w drodze potrącenia na zasadach ogólnych, a więc w drodze potrącenia opartego wprost na ustawie – co też uczyniła pozwana w szczególności w przypadku kar umownych, jakie jej przysługiwały na podstawie umowy z dnia 06.07.2007 r.

Rozpatrując zatem oświadczenie w przedmiocie potrącenia, zawarte w piśmie z dnia 10.06.2009 r, wskazać należy na jego dopuszczalność w świetle art. 498 i nast. kc. W myśl art. 498 § 1 kc gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony,

jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

Należności żądane przez powódkę, wymienione w fakturach dotyczących prac na ul. (...) były w dniu 10.06.2009 r. wymagalne, tak samo należności żądane przez pozwaną, stanowiące równowartość naliczonych kar umownych z obu umów, były wymagalne w dniu 10.06.2009 r. (umowa z dnia 06.07.2007 r. została zakończona dnia 30.10.2008 r., a umowa z dnia 12.08.2008 r. została zakończona dnia 31.12.2008 r.). Istniał więc stan potrącalności, współistniały ustawowo określone przesłanki z art. 498 kc.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem wytoczenie powództwa przez wierzyciela wzajemnego nie pozbawia pozwanego możliwości dokonania czynności prawnych prowadzących do wygaśnięcia dochodzonej wierzytelności. Jeżeli jest on również wierzycielem powoda, może w szczególności złożyć oświadczenie o potrąceniu. Dokonanie tego poza procesem, w razie spełnienia się przesłanek materialnych, prowadzi do wygaśnięcia wierzytelności i, w zależności od etapu postępowania, może wpłynąć na treść rozstrzygnięcia. Dokonanie potrącenia jest uprawnieniem wierzyciela, dla którego rozpoczęła się faza kompensacyjna. Powstanie możliwości potrącenia nie stwarza po jego stronie obowiązku. Jedną granicą czasową skorzystania z uprawnienia jest zakończenie fazy kompensacyjnej z powodu odpadnięcia przesłanek, w szczególności na skutek zapłaty jednej z wierzytelności czy jej wygaśnięcia na innej podstawie. W tym okresie wierzyciel może - według własnego uznania - zażądać spełnienia świadczenia, albo dokonać potrącenia, albo zachować się całkowicie pasywnie, tj. nie musi realizować swojej należności (wyrok SN z dnia 20.06.2008 r. IV CSK 49/08 LEX nr 453020).

Oświadczenie o potrąceniu może być złożone poza postępowaniem sądowym i podlega ogólnym przepisom co do sposobu i chwili złożenia, także co do ważności oraz skuteczności. Oświadczenie w przedmiocie potrącenia, jako oświadczenie woli, może być badane pod kątem skuteczności - gdy na brak jego skuteczności powołuje się strona w danym procesie (tak jak to czyni powódka, podnosząc, iż nie było podstaw do dokonania potrącenia przez pozwaną).

Dla uznania, że potrącenie wywołało skutek prawny w postaci umorzenia wzajemnych wierzytelności (art. 499 kc, art. 498 § 2 kc) - na co z kolei powołuje się pozwana, nie wystarczy więc samo powołanie się przez składającą oświadczenie o potrąceniu na fakt przysługiwania mu wierzytelności przeznaczonej do potrącenia; istnienie tej wierzytelności należy udowodnić. W przypadku pozwanej powinna ona wykazać przewidziane umową uprawnienie do naliczenia kary (czas opóźnienia, sposób wyliczenia, tytuł).

Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił sposób realizacji umowy z dnia 12.08.2008 r. nr (...), która dotyczyła zadania inwestycyjnego przy ul. (...) w W. (k. 14 i nast.). Umowa ta uległa zakończeniu dnia 31.12.2008 r., a więc z 60-dniowym opóźnieniem. Umowy tej dotyczyły kierowane do powódki pisma pozwanej z dnia 10.09.2008 r. (k. 50), z dnia 19.09.2008 r. (k. 51) i z dnia 23.10.2008 r. (k. 52). Wszystkie one świadczą o tym, że zachodziły ze strony pozwanej (a nie ze strony powódki) okoliczności spowalniające tempo prac w przedmiotowym zadaniu, tak że jego oddanie przez powódkę było możliwe dopiero w dniu 31.12.2008 r. Powódka wykazała, iż opóźnienie, jakie jej przypisuje pozwana, nie powstało w przyczyn obciążających powodowego podwykonawcę. Pozwana sama przyznaje, iż tę umowę Sąd Okręgowy zbadał i tu ocenił proces inwestycyjny (str. 5 apelacji), i tylko zgłasza uwagę, iż mylnie Sąd Okręgowy ustalił, że porozumienie podpisane przez W. S. ma związek z inwestycją B. w W. (str. 5 apelacji), przy czym niczego bliżej tej uwagi nie omawia i nie precyzuje zarzutu na jej tle. Zatem powódce przysługuje reszta wynagrodzenia w kwocie 36.900,00 zł, a naliczenie kar umownych w wysokości 36.900,00 zł i ich przedstawienie przez pozwaną w trybie pkt 14.2 załącznika do umowy pn. „Standardowe Warunki dla Podwykonawców” do potrącenia (pismo z dnia 10.06.2009 r., doręczone powódce 16.06.2009 r. k. 67) nie było uzasadnione.

Sąd Okręgowy natomiast nieprawidłowo ocenił sposób realizacji umowy z dnia 06.07.2007 r. nr (...), która dotyczyła zadania inwestycyjnego przy ul. (...) w O. (k. 53 i nast.). W związku z powyższym za słuszne uznać należy po części zarzuty naruszenia wskazywanych w apelacji przepisów prawa procesowego i materialnego.

Umowa z dnia 06.07.2007 r. jako termin końcowy zakładała pierwotnie dzień 15.09.2007 r., następnie dzień 12.10.2007 r., faktycznie uległa zakończeniu dnia 30.10.2008 r., a więc opóźnienie wyniosło 382 dni. Stało się podstawą do naliczenia kary umownej w wysokości 67.447,00 zł.

Aneks z dnia 14.09.2007 r. (k.62-63) do umowy istotnie wprowadzał termin jej zakończenia: 12.10.2007 r. Ma rację pozwana (k. 91), gdy twierdzi, iż porozumienie podpisane ze strony pozwanej przez kierownika budowy W. S. z dnia 14.09.2007 r. (k. 61) nie zmienia umowy (nie jest formą jej aneksu), a tylko stwierdza termin zakończenia prac: 12.10.2007 r., który to termin, już i tak przesunięty na korzyść powódki (pierwotny termin to 15.09.2007 r. w umowie), pozwana przyjmuje do naliczania opóźnienia. Ma też rację pozwana (k. 91), gdy twierdzi, iż powódka nie przedstawiła dowodów, iż owo opóźnienie nie obciąża powódki.

Pismem z dnia 10.10.2007 r. (k. 64) powódka wystąpiła o zmianę terminu montażu okien i zgodę na to otrzymała do 10.12.2007 r., ale trzeba mieć na uwadze, iż pochodzi ona od osoby, która nie mogła składać oświadczeń woli w imieniu pozwanej (chodzi o dyr. d/s produkcji A. W.); uwaga w powyższym piśmie, pochodząca od A. W. o wstrzymaniu montażu klamek i nawietrzników do czasu zakończenia robót tynkarskich - nie mogła być wiążącą, ale jeśli nawet uznać, że tak – to i tak dotyczyła tylko montażu klamek i nawietrzników, a nie montażu całych okien.

Zakończenie prac tynkarskich - jak zauważa powódka wskazując na zapis w dzienniku budowy - nastąpiło 08.07.2008 r. (pismo procesowe powódki k. 341), zatem wykonywanie montażu okien do dnia 30.10.2008 r., a więc w opóźnieniu, obciąża powódkę.

Montaż okien miał co do zasady trwać 51 dni (w umowie przewidziano rozpoczęcie prac dnia 26.07.2007 r. k. 54 i zakończenie dnia 15.09.2007 r. k. 54), zatem skoro powódka - nawet jeśli mogła montować okna po zakończeniu tzw. „brudnych prac”, to i tak powinna skończyć dnia 28.08.2008 r. (08.07.2008 r. plus 51 dni), a nie dnia 30.10.2008. Tu bezwzględnie obciąża ją opóźnienie co najmniej dwumiesięczne. Powódka nie wykazała, iż nie była w stanie montować okien wcześniej tam, gdzie tzw. „brudne prace” zakończyły się przed dniem 08.07.2008 r. Konkretna korespondencja stron w przedmiocie przesunięcia montażu okien pochodzi wyłącznie z września i października 2007 r.; powódka pomimo twierdzeń o niemożności wykonywania swych robót nie powołuje konkretnych faktów (sama podaje ostatni wpis w dzienniku z dnia 08.07.2008 r. na temat tynków), które by hamowały roboty powódki i obciążały pozwaną.

Twierdzenia o przyczynach leżących po stronie pozwanej takich jak: nieprzygotowanie frontu robót czy brak należytej koordynacji działań wszystkich podmiotów na terenie inwestycji, są niewykazane, zwłaszcza zeznaniami świadków: A. W. – pracownika pozwanej spółki (k. 389 -394), J. W. - pracownika pozwanej spółki (k. 475-476), M. N. - byłego członka zarządu pozwanej spółki (k. 541-543), S. R. – pracownika pozwanej spółki (k. 415-416) i M. K. (2) – podwykonawcy powodowej spółki (k. 510 - 511) (wniosek o przesłuchanie stron na okoliczność zawinienia przez pozwaną w opóźnieniu montażu okien został przez powódkę cofnięty v. k. 414). Wymienieni świadkowie zeznawali na wysokim poziomie ogólności, używając określeń nacechowanych niepewnością i przypuszczeniem („chyba”, „wydaje mi się”, „trudno powiedzieć precyzyjnie”), niedokładnością („orientacyjnie”). W swych wypowiedziach nie rozróżniali obu umów, łącząc przyczyny opóźnień każdej z nich i opierali się bardziej na ogólnym doświadczeniu zawodowym niż doświadczeniu płynącym z przedmiotowych umów. Zeznania ich nie są spójne i jednoznaczne co do przyczyn opóźnienia w wykonaniu umów i zawinienia którejś ze stron, co tym bardziej nakazuje ostrożność w przypisywaniu im doniosłego dowodowego znaczenia. Świadczenie ci odsyłali do zapisów dokonywanych w odpowiednich dokumentach. Zdaniem Sądu II instancji głównie dokumenty stanowią podstawą ustaleń w niniejszej sprawie, zwłaszcza gdy się zważy, iż szczegółowość procesu inwestycyjnego i jego dokładny przebieg w istocie najlepiej obrazują właśnie czynione w stosownym czasie drobiazgowo zapisy (umowa, aneksy do niej, porozumienia, korespondencja stron, dziennik budowy). Z nich natomiast nie wynikają żadne trwałe przeszkody ze strony pozwanej, takie, które uniemożliwiłyby powódcie terminowe wykonywanie jej prac. Pozwana skutecznie kwestionowała twierdzenia powódki o niemożności wykonywania przez nią montażu okien aż do lipca 2008 r.; można co najwyżej mówić o utrudnieniu do dnia 08.07.2008 r. Mając na uwadze wykonanie jednak przez powódkę zobowiązania Sąd II instancji uznał za uzasadnione

miarkowanie (zredukowanie) naliczonej wobec powódki kary umownej w związku z zadaniem w O. o ok. 18%, tj. 11.891,56 zł –zgodnie z art. 484 § 2 kc.

Naliczone kary umowne za opóźnienie w realizacji zadania w O. (67.447,00 zł) stawały się wymagalne z datą faktycznego zakończenia tego zadania, tj. 30.10.2008 r., mogły więc zostać przedstawione do umorzenia z również wymagalną wierzytelnością powódki w kwocie 55.555,44 zł z faktury nr SK 29/10/2008 płatnej od dnia 09.12.2008 r. (k. 25). Pozwana skutecznie złożyła oświadczenie o potrąceniu kwoty 55.555,44 zł, więc powódce w tej części świadczenie nie przysługuje.

W tym stanie rzeczy powódce należy się świadczenie w zakresie pozostałych należności, łącznie 48.791,56 zł (104.347,00 zł - 55.555,44 zł).

W sprawie rozpoznaniu podlegało oświadczenie o potrąceniu, mające charakter wyłącznie materialny, a nie materialno-procesowy, złożone w trakcie postępowania. To drugie nie ma już znaczenia, więc zarzuty do niego skierowane przez powódkę są bez znaczenia.

Reasumując Sąd II instancji wobec słuszności niektórych zarzutów apelacji zmienił częściowo zaskarżony wyrok - na podstawie art. 386 § 1 kpc. W pozostałym zakresie apelację oddalono jako bezzasadną (art. 385 kpc).

O kosztach procesu orzeczono stosownie do art. 100 i 108 § 1 kpc.