

Sygn. akt I ACa 320/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2013 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny** w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jerzy Geisler
Sędziowie:	SA Hanna Małaniuk SA Piotr Górecki (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sąd. Kinga Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 21 maja 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Ltd Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R.**

przeciwko (...) **spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 29 listopada 2012 r., sygn. akt IX GC 203/10

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 1.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

P. Górecki J. Geisler H. Małaniuk

Sygn. akt IACa 320/13

## UZASADNIENIE

Powódka (...) Ltd. spółka z o.o. w R. wniosła przeciwko pozwanej (...) spółka z o.o. w W. o zasądzenie kwoty 205.319 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot i dat: 148.516zł od dnia 1 grudnia 2009 r. do dnia 14 grudnia 2009 r., 165.676 zł od dnia 15 grudnia 2009r. do dnia 24 stycznia 2010r., 190.527,40 zł od dnia 25 stycznia 2010 r. do dnia 7 lutego 2010 r., 205.319,90 zł od dnia następującego po dniu doręczenia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu wskazano, że opisana wyżej kwota obejmuje karę umowną za okres od 26 lutego 2009 r. do 8 lutego 2010r. zastrzeżonej w umowie nr (...) z dnia 26 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu powództwo uwzględnił nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 5 marca 2010r. wydanym w sprawie o sygn. akt IX GNc 94/10.

Pozwana wniosła sprzeciw od powyższego nakazu zapłaty domagając się oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z dnia 29 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził na rzecz powódki od pozwanego kwotę 32.980 zł ustawowymi odsetkami od następujących kwot i dat: 16.490 zł od dnia 7 grudnia 2009 r., 16.490 zł od dnia 18 stycznia 2010 r. do dnia zapłaty, w pozostałym zakresie powództwo oddalił i orzekł o kosztach postępowania (sygn. akt IXGC 203/10),

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujący stan faktyczny.

Strony w dniu 26 października 2009 r. zawarły w W. umowę o nr (...) na podstawie której pozwana zobowiązała się do wykonania instalacji automatyki wentylacji dla fabryki materacy R. (...) zgodnie z zakresem prac i dostaw określonych w § 2 umowy. Z jego treści wynika, że zakres ten obejmował:

- a) dostawę rozdzielnic zasilająco-sterujących (2 sztuki, każda rozdzielnica wyposażona w ochronniki przepięciowe),
- b) dostawę falowników wyposażonych w filtry zakłóceń klasy (...) do wentylatorów central (4 sztuki) i ich oprogramowanie,
- c) sprawdzenie wykonanych podłączeń,
- d) dostarczenie instrukcji obsługi,
- e) szkolenie użytkownika,
- f) dostawę i oprogramowanie sterowników,
- g) uruchamianie systemów automatyki,
- h) dostawę kabli i elementów mocujących,
- i) wykonanie pomiarów elektrycznych ochronnych oraz dostarczenie wraz z dokumentacją protokołów z pomiarów elektrycznych - sprawdzanie ochrony przeciwpożarowej i stanu izolacji kabli,
- j) wykonanie dokumentacji technicznej rozdzielnic,
- k) dostawę elementów (...) (zawory, siłowniki, czujniki),
- l) dostawę i podłączenie presostatów na filtrach centrali wentylacyjnej,
- ł) dostawy wyłączników serwisowych silników wentylatorów,
- m) pomiar wydatków powietrza w centralach wentylacyjnych.

Umowa przewidywała także zakres prac i dostaw nie objęty umową.

Pozwana zobowiązała się wykonać prace w terminie 30 dni od daty otrzymania zaliczki. Strony ustaliły, że przez wykonanie prac należy rozumieć podpisanie protokołu końcowego stwierdzającego bezusterkowe ich wykonanie.

Do obowiązków pozwanej należało zapewnienie terminowego wykonania innych instalacji technicznych na obiekcie niezbędnych do terminowego zakończenia prac objętych umową (doprowadzenie instalacji elektrycznej zasilającej system automatyki zgodnie z posiadanymi projektami technicznymi). Przedmiotem odbioru miał być zlecony zakres prac po sprawdzeniu należytego ich wykonania. Pozwana miała zakończyć czynności odbioru końcowego w terminie 14 dni od daty rozpoczęcia odbioru, a prace miały być zaakceptowane przez inwestora. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 97.000 zł netto. Do uzgodnionej ceny nie został włączony podatek VAT.

Za niedotrzymanie terminu umownego zakończenia prac pozwana miała zapłacić powódce karę w wysokości 0,5% wartości umownej za każdy dzień zwłoki.

Powódka w dniu 26 stycznia 2009r. wpłaciła na pozwanej tytułem opisanej wyżej umowy zaliczkę w wysokości 35.502 zł.

Pozwana zawarła z R. B. (1) pod koniec stycznia 2009 r. umowę w zakresie automatyki central wentylacyjnych, objętych łącząca go z powodem umową. Do zakresu obowiązków umownych R. B. (1) należało wykonanie prac, będących przedmiotem umowy stron z wyłączeniem prac związanych z montażem, okablowaniem dławików i aparatury kontrolno-pomiarowej, czyli wszystkie prace związanych z presostatami, czujnikami, siłownikami i ich montażem mechanicznym i elektrycznym. Miał on dostarczyć aparaturę kontrolno-pomiarową (siłowniki, czujniki, presostaty), sterowniki, rozdzielnice zasilająco-sterujące, falowniki. Do jego obowiązków należało sprawdzenie wykonania podłączeń elektrycznych, oprogramowanie i uruchomienie sterowników i falowników. R. B. (1) przyjechał do R. 9 marca 2009 r. późnym popołudniem i od 10 marca rozpoczął w zakładzie pozwanego kontrole połączeń elektrycznych wykonanych przez powoda. Wówczas zorientował się, że pozwana nie zapewniła dostępu do gazu ziemnego i nie będzie mógł on zakończyć pracy w całości, albowiem nie będzie można uruchomić układu w zakresie sterowania wydajnością cieplną palników gazowych.

Do pełnej realizacji przedmiotu umowy niezbędne były następujące elementy: precyzyjna specyfikacja zadania, sprawnie działające i kompletny system wentylacyjny, system zasilania w energię elektryczną, kompletna i dobrze działająca instalacja gazowa łącznie z palnikami, zestaw czujników, przetworników pomiarowych oraz sterownik z oprogramowaniem. Brak, niekompletność lub niewłaściwe działanie któregokolwiek z wykonanych elementów skutkowało niemożnością realizacji przez pozwanego umowy. W chwili podpisania umowy nie istniał jeden z wymienionych elementów, a mianowicie brakującym elementem była instalacja gazowa wraz z palnikami. Bez wykonania kompletnej i dobrze działającej instalacji gazowej wykonanie instalacji automatyki systemu wentylacji w przedsiębiorstwie powódki nie było możliwe. Obowiązek wykonania tej instalacji, co było pomiędzy stronami bezsporne obciążało powódkę. Brak instalacji gazowej zasilania w gaz i sprawnie działających palników w czasie przeznaczonym na realizację umowy było istotnym czynnikiem o krytycznym wręcz znaczeniu dla prawidłowego przebiegu realizacji umowy, który zakłócił i uniemożliwił prawidłowy przebieg realizacji prac objętych umową i był przyczyną tego, że dalsze terminy realizacji umowy były opóźnione.

Do dnia 11 marca 2009r. R. B. (1) wykonał 55% prac przewidzianych umową stron. Wobec powyższego sporządził w imieniu pozwanej protokół częściowy odbioru automatyki wentylacji, w którym strony oświadczyły, że zaawansowanie prac związanych z automatyką central wentylacyjnych wyniosło 55%. Ustaliły częściową zapłatę w wysokości 53.000zł + należny podatek VAT. Ponadto pozwana zobowiązała się do wymiany kabli od przemiennika do silnika na ekranowane a strony ustaliły, że całkowita zapłata ma nastąpić po odbiorze końcowym zgodnie z kontraktem.

W zakresie wykonanych prac R. B. (1) zaprogramował i uruchomił falowniki, przywiózł również zaprogramowane wcześniej sterowniki. Zamierzał dokonać w obiekcie parametryzacji i uruchomienia sterowników. Podczas wykonywania prac pracownicy pozwanej A. D. (1) i J. K. poinformowali go, że ma uruchomić falowniki i wentylatory.

Chodziło o to, żeby nastąpił przepływ powietrza przez złożę filtra węglowego w celu regulacji tego filtra przez obecnego na miejscu w zakładzie specjalistę z Anglii. R. B. (1) uruchomił wskutek ich nalegań falowniki i wentylatory. Przed wyjazdem R. B. (1) falowniki były wyłączone. Były zaprogramowane i działające. Przeszkolił on pracowników powódki, w tym A. D. (1) w ich obsłudze i w dniu 12 marca 2009 r. wyjechał. Po wyjeździe pracownicy pozwanej uruchomili falowniki i korzystalali z nich w sposób przemysłowy (pracowały one w trybie ciągłym), które następnie się spaliły.

Od strony technicznej stan realizacji umowy na dzień uruchomienia falowników należy określić jako pracę w toku. Istniejący w tym dniu stan zaawansowania prac pozwalał na przeprowadzenie prób, natomiast nie pozwalał na bezpieczne użytkowanie central w sposób przemysłowy. Przyczynami niezdolności do przemysłowej eksploatacji central były: brak odpowiedniej ochrony falowników przed wilgocią, brak instalacji systemów sterowania (z powodu braku działającej instalacji gazowej), brak kontroli i sterowania przepływem powietrza przez wentylatory - możliwe było znaczne ograniczenie lub odcięcie przepływu powietrza przez wentylatory. Świadomym zagrożenia wynikającego z niewystarczającej ochrony przeciwwilgociowej (falowniki lub inaczej przemienniki o stopniu ochrony (...) nie nadają się do eksploatacji bez obudowy) falowników był A. D. (1), pełniący u powódki funkcje kierownika działu ruchu i poinformował o tym R. B. (1), który w dalszym toku prac zainstalował obudowy falowników zwiększając stopień ochrony do wystarczającego poziomu. Zanim jednak wykonawca zwiększył stopień ochrony falowników przed wilgocią i pomimo świadomości powódki, że falowniki w ówczesnej fazie realizacji umowy nie spełniały wymagań powódka włączyła je do eksploatacji przemysłowej nie informując o tym pozwanej. Kolejną przyczyną uszkodzenia mógł być brak przepływu powietrza przez wentylatory lub jego znaczne ograniczenie. W chwili uruchomienia central przez powódkę instalacja sterowania przepływem powietrza nie była ukończona. Stan ten został wymuszony przez przerwę w realizacji zadania spowodowaną brakiem instalacji gazowej. Użytkowanie spornego systemu pomimo braku uruchomienia planików i przed zasilaniem systemu w gaz, spowodowało jego uszkodzenie, w tym uszkodzenie falownika i sterownika. Powódka świadomie naraziła falowniki na uszkodzenie. Można wskazać dwie przyczyny uszkodzenia falownika. Pierwszą z nich mogło być zawilgocenie styków falownika na skutek braku obudowy. Do uszkodzenia z tego powodu mogło jednak dojść tylko wtedy jeżeli falownik jest włączony i używany, tak jak miało to miejsce. Gdyby falownik nie był użytkowany na skalę przemysłową to jego uszkodzenie z powodu braku obudowy nie byłoby możliwe. Jeżeli falownik nie jest włączony to nawet jeśli ulegnie zawilgoceniu to i tak nie dojdzie do jego uszkodzenia z powodu braku obudowy. W umowie znajduje się jedynie zastrzeżenie, że rozdzielnia zasilająca powinna posiadać stopień ochrony (...), a więc wymóg ten nie dotyczył falowników. Drugą przyczyną uszkodzenia falowników mogło być zamknięcie żaluzji na wentylatorach i odcięcie na skutek tego przepływu powietrza przez system wentylacyjny. Do uszkodzenia nie doszłoby, gdyby powód nie rozpoczął eksploatacji przemysłowej niekompletnego systemu.

W dniu 13 maja 2009 r. pozwana w związku z uszkodzeniem falownika dokonała przeglądu serwisowego. M. in. stwierdziła, że prace objęte umową nie zostały wykonane. W dniach 4 czerwca i 25 września 2009 r. S. G. inspektor nadzoru branży elektrycznej ze strony powódki sporządził notatki, w których opisał stan central wentylacyjnych na dzień jej sporządzenia. Uwagi jego dotyczyły pracy w toku. Opisywał on w większości stan faktyczny. Stan rzeczy wskazany na zdjęciach (k.45-52 akt) wyraźnie ukazywał, że nie jest to montaż ostateczny i ukończony. Jeżeli chodzi o drugą notatkę, to została ona sporządzona w trakcie przerwy w pracach spowodowanej brakiem instalacji gazowej, palników i zasilania w gaz. Uwagi w punktach 1 do 8 stanowią zlecenia dla wykonawcy instalacji, nie mogły jednak świadczyć o wadach dzieła, ponieważ wykonawca nie zgłosił w tym czasie działa do odbioru.

W dniu 26 czerwca 2009 r. powódka zakończyła roboty związane z rozbudową wewnętrznej instalacji gazowej. Pod koniec września 2009r. R. B. (1) otrzymał informację od pozwanej, że instalacja gazowa jest sprawna i udał się do powoda w celu uruchomienia palników. Rozpoczęto proces uruchamiania palnika. Okazało się wówczas, że wentylatory pracowały, a palnik wyłączył się po osiągnięciu 1/3 mocy znamionowej. Powodem tego było zainstalowanie niewłaściwego reduktora gazu, który przepuszczał zbyt małą jego ilość. Powyższa wada została usunięta w dniu 7 października 2009 r., o czym świadczy sporządzony przez (...) spółka z o.o. w P. w tym dniu protokół serwisowy. R. B. uzyskał informacje o prawidłowym funkcjonowaniu reduktora około 10 października 2010 r. Przystąpił do dalszego wykonywania prac, które zakończył w dniu 7 stycznia 2010 r. W tym dniu została sporządzona przez A. D. (1) w imieniu

powódki informacja, z której wynikało, że w dniu 7 stycznia 2010 r. podwykonawca pozwanego R. B. (1) uruchomił sterownik centrali. Stwierdził, że obydwie centrale wentylacyjne (...) i (...) są sprawne i nadają się do eksploatacji.

Aby powódka mogła kontynuować prace powinny być spełnione znacznie ostrzejsze kryteria niż tylko konieczność zasilania w gaz. Oprócz zasilania w gaz była potrzebna kompletna i sprawnie działająca instalacja gazowa razem z palnikami, reduktorami i całym sprzętem. Prace takie jak okablowanie palników, podłączenie zasilania i sterowanie palnikiem, zabezpieczenie przed przegrzaniem oraz podłączenie przepustnic sterujących klimatyzatorami nie powinny być wykonywane przed ostatecznym uruchomieniem palników i odbiorem instalacji gazowej. Aby możliwe było wykonanie programowania niezbędnego do realizacji umowy niezbędne było istnienie kompletnego obiektu sterowania, czyli central wentylacyjnych, instalacji gazowej z palnikami, reduktorami, przetwornikami pomiarowymi, przepustnicami, systemami zabezpieczającymi, zasilaniem i okablowaniem. Zbudowanie wystarczająco dobrego modelu obiektu sterowania w siedzibie pozwanej byłoby w odniesieniu do spornej umowy zbyt czasochłonne i kosztowne. Z tych względów pozwana nie mogła zastosować metody off-line i zaprogramować sterownika przed wykonaniem instalacji gazowej. Nie było również możliwe z opisanych wyżej względów zakończenie przez pozwanego prac montażowych przy braku kompletnej i sprawnie działającej instalacji gazowej, tak aby po jej uruchomieniu dokonać jedynie parametryzacji central.

Pismem z dnia 4 grudnia 2009r. doręczonym pozwanej w dniu 7 grudnia 2009 r. powodowa spółka wezwała do zapłaty w terminie 7 dni kary umownej w wysokości 165.676 zł, a pismem z dnia 14 stycznia 2010r., doręczonym pozwanej w dniu 18 stycznia 2010 r. wezwał ją do zapłaty w terminie 5 dni kary umownej w wysokości 190.527,40 zł.

W ocenie sądu I instancji pozwana pozostawała w zwłoce z wykonaniem dzieła od dnia 1 listopada 2009 r. do dnia 7 stycznia 2010 r., tj. 68 dni, co pozwało uwzględnić powództwo do kwoty 32.980 zł (97.000x0,5%x68 dni).

Apelacje od powyższego orzeczenia wniosła pozwana spółka, która zarzuciła:

1) „naruszenie przepisów postępowania mającego wpływ na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie tj. art. 233 § 1 k.p.c w zw z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, iż pozwana miała możliwość wykonania umowy nr (...) roku do dnia 31 października 2009 t.”(...) pomimo tego, iż wniosek taki jest sprzeczny z treścią - uznanej przez ten Sąd za w pełni wiarygodną, rzetelną i kompletną - opinii instytutu naukowego Politechniki (...) w G. i opinii biegłego M. C. (1),”

2) „naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 483 § 1 i 484 § 1 zd 1 kc w zw z art. 476, 472 i 355 § 1 i 2 k.c. i uznanie, że pozwana pozostawała w okresie od dnia 1 listopada 2009 roku do dnia 7 stycznia 2010 roku w zwłoce w wykonaniu umowy nr (...), pomimo tego, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym w szczególności z opinii instytutu naukowego Politechniki (...) w G. jednoznacznie wynika, iż pozwana - z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosiła strona powodowa - nie miała możliwości zakończenia prac objętych przedmiotową umową przed dniem, w którym faktycznie zostały one przez nią zakończone”.

W konkluzji autor apelacji wniósł o zmianę pkt 1) zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz zmianę pkt 3) zaskarżonego wyroku i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego i zasądzenie kosztów postępowania za drugą instancję wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Nadto „Z ostrożności procesowej” zgłosił „zarzut potrącenia wierzytelności wskazanej w uzasadnieniu niniejszej apelacji z wierzytelnością zasądzoną w pkt 1 zaskarżonego wyroku”.

Pozwana spółka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na jej rzecz od powódki kosztów zastępstwa procesowego. Co do zarzutu potrącenia, pozwana wskazała na jego niezasadność a nadto, że wierzytelność ta jest przedawniona z dniem 7 stycznia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie. Sąd odwoławczy podziela ustalenia faktyczne sądu I instancji i tym samym przyjmuje je za własne. Wypada zatem odnieść się do zarzutów apelacyjnych.

Nie można było podzielić zarzutu skarżącego w zakresie naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.). Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Z uzasadnienia zaskarżanego wyroku wynika niezbicie, że sąd ten przyjął, iż powódka w okresie od 12 marca 2009 do 10 października 2009 r. pozostawała w zwłoce. Niewątpliwie do końca października 2009 r. pozwana była w stanie zakończyć prace objęte umową i to tym bardziej, że większość robót została już wcześniej ukończona. Kwestie tę omówił sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i nie ma potrzeby argumentacji tej w tym miejscu raz jeszcze przywoływać i to tym bardziej, że autor apelacji kwestii tej nie podważał. Zatem zasadnie sąd I instancji przyjął, że od listopada 2009 r. do dnia 7 stycznia 2010 r. (68 dni) pozwana pozostawała w zwłoce. Dodać wypada, że data 7 stycznia 2010 r. jako termin zakończenia wykonania dzieła była korzystniejszą od tej jaką przyjęli biegli z Politechniki (...) w G. w swojej opinii z dnia 24 lipca 2012 r. Uznali oni bowiem, że termin zakończenia wszystkich prac przez pozwaną to 12 czerwca 2010 r., co związane było z tym, że dopiero w dniu 7 kwietnia 2010 r. pozwana otrzymała listę sygnałów bez których ukończenie prac nie było możliwe. Sąd Okręgowy przyjął więc korzystniejszy dla skarżącego termin zakończenia prac opierając się na treści informacji A. D., że w dniu 7 stycznia 2010 r. uruchomiono sterowniki centrali i nadają się one do eksploatacji. Ustalenie to znajduje oparcie w materiale dowodowym. Marginalnie można też wspomnieć, że na datę 7 stycznia 2010 r. jako termin zakończenia prac wskazywał już biegły A. B.. Nic innego nie wynikało też z treści opinii biegłego M. C.. Nie można zatem podzielić zapatrywania autora apelacji, że ustalenie to „nie znajduje uzasadnienia w pozostałym materiale dowodowym”. Co ważne ustalenie to zostało także potwierdzone przez samego pozwanego już w sprzeciwie od nakazu zapłaty. Pełnomocnik pozwanej spółki w uzasadnieniu sprzeciwu pisał, że „Palniki zostały zamontowane około 10 października 2009 r. i od tego momentu pozwana mogła przystąpić do wykonywania prac” (k. 83). Dalej wywodził on, że „pozostała część prac winna być wykonana w około 14 dni, tj. do końca października 2009 r.” a ewentualna „kara umowna mogłaby być naliczona jedynie za okres od 1.11.2009 r. do dnia 7.01.2010 r.” (k. 83). Jak już wspomniano, przeprowadzone potem postępowanie dowodowe na nic innego nie wskazywało. Tak więc podniesiony zarzut nie zasługiwał na aprobatę.

Nietrafny był także zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. (kara umowna) i art. 484 § 1 k.c. (zmniejszenie kary umownej) w zw. z art. 474 (odpowiedzialność za działania lub zaniechania osób którymi dłużnik się posłużył), 472 (wina) i art. 355 § 1 i 2 k.c. (dochowanie staranności) poprzez uznanie, że pozwana pozostawała w okresie od 1 listopada 2009 r. do dnia 7 stycznia 2010 r. w zwłoce w wykonaniu umowy (...). Pozwana nie wykazała, aby w tym okresie istniały jakiegokolwiek przeszkody uniemożliwiające lub utrudniające jej wykonanie dzieła. Jak wynikało z zebranego materiału dowodowego, w szczególności z opinii biegłych z Politechniki (...) pozwany nie pozostawał w zwłoce, ani na dzień 15 czerwiec 2009 r., ani na dzień 26 wrzesień 2009 r., ani też na dzień 17 października 2009 r. Zatem zasadnie sąd I instancji przyjął, że od dnia 1 listopada 2009 r. należy liczyć kary za opóźnienie, skoro zakończenie prac nastąpiło dopiero w styczniu 2010 r. Niewątpliwie pozwany nie wykazał, aby istniały jakiegokolwiek usprawiedliwione przeszkody w zakończeniu prac przed 1 listopada 2009 r. lub też, aby to powódka przyczyniła się do opóźnienia zakończenia robót przed wskazaną datą.

Innych zarzutów odwoławczych skarżąca spółka nie podnosiła.

Nie mógł także zostać uwzględniony – podniesiony dopiero w apelacji – zarzut potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu wraz z zarzutem potrącenia, pełnomocnik pozwanej zawarł w apelacji. Zatem oświadczenie to miało podwójny charakter a mianowicie materialnoprawny i procesowy. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c., jest czynnością materialnoprawną powodującą - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Jeśli chodzi o materialnoprawne oświadczenie o

potrąceniu, to trzeba zauważyć przede wszystkim, że pełnomocnik pozwanej nie wykazał, aby miał w tym zakresie stosowne umocowanie. Przewidziany w art. 91 k.p.c. zakres umocowania z mocy ustawy nie uprawnia pełnomocnika procesowego do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu (por.: wyrok SN z dnia 20 października 2004 r., I CK 204/04). Nie można było też uznać, aby zostało ono złożone w sposób dorozumiany co mogłoby powodować skuteczność takiego oświadczenia. Ponadto wypada dodać, że jako czynność procesowa, polegająca na powołaniu się na fakt dokonania potrącenia i wynikające z niego skutki prawne, zarzut potrącenia podlega rygorom określonym w przepisach k.p.c.

Mając na uwadze powyższe, zbędnym były rozważania w zakresie prekluzji złożonego oświadczenia, co było przedmiotem rozważań apelacyjnych. Na koniec zasygnalizować jedynie można, że pozwana swojej ewentualnej wiarygodności może dochodzić w odrębnym procesie.

Biorąc pod uwagę wcześniejsze ustalenia i rozważania, sąd odwoławczy apelację oddalił jako bezzasadną (art. 385 k.p.c.).

W pkt II Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanej spółki na rzecz powódki kwotę 1.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym (art. 107 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. i w zw. z § 6 pkt 5 w zw. z § 12 ust 1 pkt 2 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).

P. Górecki J. Geisler H. Małaniuk