

**Sygn. akt VI Ga 77/14**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 8 maja 2014 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Borucki

Sędziowie: SO Barbara Frankowska

SO Anna Harmata (spr.)

Protokolant: st. sekr. J. M.

po rozpoznaniu w dniu 8 maja 2014 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: A. R.

przeciwko : P. w G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Rejonowego w Rzeszowie V Wydziału Gospodarczego z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt V GC 532/13

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanego P.

(...) w G. na rzecz powoda A. R. kotwę

1.200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów zastępstwa

procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI Ga 77/14

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 8 maja 2014 r.**

A. R. wniósł przeciwko P. w G. o zapłatę kwoty 16.458,63 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 3 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu podał, że strony łączyła umowa na wykonanie robót podwykonawczych, na podstawie której powód zobowiązał się do wykonania robót brukarskich wraz z podbudowami, zgodnie z przedmiarem robót i dokumentacją projektową, zaś pozwany zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie zleconych robót płatnego w formie kosztorysowej na poziomie 148.327,80 zł netto, przy czym powód był uprawniony do częściowego wynagrodzenia (nie mniej niż 10 % wynagrodzenia umownego netto) w okresach miesięcznych w zależności od stanu

zaawansowania robót. W okresie od dnia 24 października do 21 listopada 2012 r. wykonał część robót objętych umową, wyszczególnionych w protokole odbioru z dnia 22 listopada 2012 r., zaś pozwany pomimo upływu terminu płatności i wezwania do zapłaty, nie uiścił wynagrodzenia.

W dniu 26 lutego 2013 r, Sąd Rejonowy w Rzeszowie V Wydział Gospodarczy wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

We wniesionym przez pozwanego sprzeciwie wniósł on o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu. Zarzucił, że powód w dniu 22 grudnia 2012r. zaprzestał wykonywania prac podwykonawczych i opuścił miejsce pracy, jednocześnie zatrzymując część materiałów, czym naruszył postanowienia umowy. Pozwany obciążył powoda wartością materiałów początkowo w kwocie 18 796, 12 zł i 13.997,15 zł, a następnie po korekcie na łączną kwotę 15 789, 41 zł. Ponadto powód zobligowany był do dostarczenia zestawienia ilościowego materiałów odebranych każdego dnia i do przedłożenia stosownych rozliczeń. Zachowanie powoda stanowiło przesłankę skutkującą rozwiązaniem umowy z jego winy co dodatkowo upoważniało pozwanego do naliczenia kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Z ostrożności procesowej pozwany podniósł zarzut potrącenia przysługującej powodowi wierzytelności wynikającej z dokonanych robót budowlanych w wysokości 16.458,63 zł z przysługującą pozwanemu wierzytelnością z tytułu bezprawnie zabranych materiałów budowlanych w wysokości 15.789,41 zł.

W odpowiedzi na sprzeciw powód wskazał, że zawieszenie wykonania robót było spowodowane brakiem regulowania przez pozwanego zobowiązań finansowych wynikających z kontraktu i nastąpiło do czasu uregulowania należności przez pozwanego, przy czym wraz z decyzją o zawieszeniu prac podjęta została decyzja o zabezpieczeniu materiałów. Powód wskazał, że nie zawarł z pozwanym umowy sprzedaży, ani żadnej innej umowy na podstawie której pozwany mógłby skutecznie domagać się zapłaty należności za elementy brukarskie, nie utracił również powierzonego mu materiału. Powód zaprzeczył istnieniu wierzytelności przedstawionej do potrącenia wskazując, iż brak jest źródła i podstawy powstania wierzytelności, a także zakwestionował jej wysokość wskazując, iż wystawione korekty na łączną kwotę 15.789,41 zł nie odzwierciedlają rzeczywistej ilości zabezpieczonego materiału.

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt V GC 532/13, Sąd Rejonowy w Rzeszowie Wydział V Gospodarczy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 16.458,63 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 3 grudnia 2013 r. do dnia zapłaty (pkt. I) a także kwotę 823,00 zł tytułem kosztów sądowych i kwotę 2417,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. (pkt. II)

Zgodnie z poczynionymi przez Sąd Rejonowy ustaleniami faktycznymi dnia 12 października 2012 r. powód A. R. i pozwany P. w G. zawarły umowę na wykonanie robót podwykonawczych. Przedmiotem umowy było wykonanie przez powoda robót brukarskich wraz podbudowami, zgodnie z przedmiarem robót i dokumentacją projektową, za wynagrodzeniem w wysokości 148.327,80 zł netto, płatnym w terminie 6 dni. Strony przewidziały także możliwość zapłaty na rzecz powoda częściowego wynagrodzenia, w okresach miesięcznych w zależności od stanu zaawansowania robót oraz możliwość zawieszenia przez podwykonawcę prac do momentu uregulowania przez wykonawcę należności w przypadku nie uregulowania płatności w terminie zgodnym z wystawioną i zaakceptowaną fakturą VAT. Sąd Rejonowy ustalił, iż powód przyjął na siebie odpowiedzialność za powierzony materiał pod względem ilościowym i jakościowym od momentu odbioru materiału do momentu odebrania robót przez inwestora i zobowiązał się do dostarczenia na koniec każdego dnia zestawienia ilościowego materiałów odebranych w bieżącym dniu, celem realizacji przedmiotu umowy wraz ze wszystkimi dokumentami WZ odnoszącymi się do dostaw pod rygorem zastosowania kary porządkowej. Jednocześnie, strony przewidziały, że podwykonawca będzie rozliczany z pobranego materiału w cyklach tygodniowych na koniec danego tygodnia, przez osobę wyznaczoną przez wykonawcę. Powód zobowiązał się też do rozliczenia się z liczby pobranych europalet oraz elementów prefabrykowanych a w przypadku zniszczenia bądź zgubienia palet pozwany był uprawniony do obciążania powoda kosztami w wysokości 32 zł za paletę. W okresie od 24 października do 21 listopada 2012 r. powód wykonał część prac objętych umową, które przedstawiciel pozwanego odebrał bez zastrzeżeń. Z tytułu wykonanych prac w dniu 22 listopada 2012 r. powód wystawił fakturę na kwotę 16.458,63 zł. Pomimo upływu terminu płatności pozwany nie uregulował należności objętej fakturą, w związku

z czym powód wezwał go do zapłaty. Wobec braku zapłaty przez pozwanego należności za wykonane prace powód wstrzymał realizację dalszych robót do czasu uzyskania zapłaty, zabezpieczając jednocześnie uzyskane od pozwanego materiały. W pismach kierowanych do pozwanego poinformował go o ilości zabezpieczonego materiału, wskazując jednocześnie, że zostanie on użyty do dalszych prac. Pismem z dnia 7 marca 2013 r. powód wyraził wolę częściowego rozliczenia wykonanych prac za pomocą materiałów pod warunkiem wystawienia przez pozwanego prawidłowej faktury, określającej rzeczywistą ilość zabezpieczonych materiałów, a także podpisania aneksu do umowy. Pozwany jednak nie zaakceptował przedmiotowych warunków.

Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd Rejonowy uznał, że strony zawarły umowę o dzieło uregulowaną w art. 627 k.c. Pozwany nie zaprzeczył roszczeniu powoda tak co do zasady jak i co do wysokości, nie zakwestionował także treści faktury, w zakresie wysokości wynikającej z niej należności objętej żądaniem pozwu.

W ocenie Sądu I instancji twierdzenia pozwanego odnośnie odstąpienia przez powoda od umowy były bezpodstawne bowiem powód im zaprzeczył a pozwany nie przedstawił żadnych dowodów na ich poparcie. Uprawnienie powoda do zaprzestania wykonywania prac w związku z brakiem zapłaty za dotychczas wykonane roboty znajdowało oparcie w punkcie 13 postanowień dodatkowych umowy, natomiast obowiązek zabezpieczenia materiału do czasu uregulowania płatności wynikał z przyjętej przez powoda odpowiedzialności za powierzone materiały, co znajdowało oparcie w punkcie 6 dodatkowych postanowień umowy. W związku z niezakwestionowanym faktem braku zapłaty wynagrodzenia za częściowo zrealizowane prace, objętego fakturą, wstrzymanie się przez powoda z realizacją dalszych prac oraz podjęcie czynności w celu zabezpieczenia powierzonego materiału było zasadne i zgodne z umową.

Niezasadny w ocenie Sądu Rejonowego był zarzut pozwanego, iż brak zapłaty wynagrodzenia wynikał z braku rozliczenia się przez powoda z pobranego materiału oraz pobranych europalet. Z umowy nie wynikało bowiem, aby strony uzależniły wymagalność wynagrodzenia od uprzednich rozliczeń. Bezpodstawne były zarzuty pozwanego dotyczące obciążenia powoda należnością za posiadane materiały budowlane. Pozwany nie wykazał bowiem okoliczności dotyczących zaistnienia zdarzenia, na podstawie którego pozwany mógłby domagać się zapłaty należności za te materiały. Z okoliczności sprawy wynikało, że przekazanie tych elementów nastąpiło w ramach umowy z dnia 12 października 2012 r. i nastąpiło nieodpłatnie. Brak wykazania okoliczności uzasadniających zapłatę czyniło żądanie zapłaty za wydany materiał bezpodstawnym. Z tego względu Sąd nie dał wiary dokumentom w postaci faktur dołączonych do sprzeciwu jako wystawionym bezpodstawnie i nie odzwierciedlającym rzeczywistego stanu rzeczy. Sąd Rejonowy nie podzielił twierdzeń strony pozwanej powołującej się na uprawnienie do naliczenia kary umownej, bowiem pozwany nie wykazał okoliczności dotyczących zasadności i wysokości obliczenia kary. Pozwany nie podniósł w tym zakresie żadnego zarzutu wstrzymującego. Bezzasadnym był także podniesiony przez pozwanego zarzut potrącenia, wobec nieudowodnienia przez niego zarówno istnienia jak i wysokości wierzytelności przedstawionej do potrącenia.

Sąd pominął dowód z przesłuchania stron, mając na uwadze fakt, iż dotyczą one okoliczności niespornych, względnie okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia bądź też wyjaśnionych jednoznacznie przy pomocy innych dowodów. W konsekwencji Sąd Rejonowy uwzględnił w całości żądanie pozwu, uznając powództwo za uzasadnione i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 16.458,63 zł na podstawie art. 627 k.c. W przedmiocie odsetek orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. O kosztach postępowania orzeczono w myśl art. 98 k.p.c.

Od powyższego wyroku strona pozwana wniosła apelację zaskarżając go w całości oraz domagając się jego zmiany i oddalenia powództwa w całości, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Zaskarżonemu wyrokowi apelujący zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 498 § 1 k.c. poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że przesłanki potrącenia wierzytelności pozwanego z tytułu wystawionych faktur za materiały budowlane nie zaistniały,

2. naruszenie przepisów postępowania w postaci art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i oparcie o niekompletny materiał dowodowy w szczególności poprzez odmówienie wiarygodności dokumentom przedstawionym przez pozwanego w sprzecznie, nasuwające się zastrzeżenia z punktu logicznego rozumowania w zakresie przyznania całkowitej wiarygodności zeznaniom świadka G. Z.,

3. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie przyczyn z jakich Sąd I instancji uznał, że nie zaistniały przesłanki naliczenia kary umownej, istnienia wierzytelności przedstawionych do potrącenia, jak również niewskazanie dowodów na jakich oparł się w zakresie poczynionych ustaleń,

4. naruszenie przepisów postępowania a to art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie dowodu z przesłuchania stron podczas gdy pozostawały niewyjaśnione okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W uzasadnieniu dla niniejszego skarżący wskazał, iż Sąd I instancji nie odniósł się w sposób wystarczający do kwestii zaprzestania przez powoda dnia 22 grudnia 2012 r. wykonywania prac podwykonawczych i opuszczenia miejsca pracy jednocześnie z zatrzymaniem znacznej części materiałów, które powód przewiózł w miejsce nieznane pozwanemu, a tym samym nie odniósł się do naruszenia przez powoda postanowień umowy jak również bezprawnego przejęcia w posiadanie mienia należącego do pozwanego. Niniejsze materiały stanowią własność pozwanego, w związku z powyższym był on uprawniony do wystawienia faktur VAT na łączną kwotę 15.789,41 zł. Pozwany udowodnił istnienie i wysokość wierzytelności przedstawionej do potrącenia. Wystawione przez pozwanego faktury oparte są na cenach, po jakich pozwany zakupił przedmiotowe materiały od (...) S.A. z siedzibą w K.. Ponadto wskazał, że z uwagi na łączącą strony umowę, czas jej trwania określony był do dnia 3 czerwca 2013 r. a powód od grudnia 2012 r. nie wykonywał robót budowlanych zatem według skarżącego istnieją podstawy do żądania od powoda równowartości pieniężnej za utracony materiał budowlany, a tym samym zachodzi wymagalność wierzytelności pozwanego względem powoda. Odnośnie kary umownej skarżący wskazał, że powód nienależycie wywiązywał się z zawartej z pozwanym umowy gdyż zobowiązując się do dostarczania na koniec każdego dnia zestawienia ilościowego materiałów odebranych w bieżącym dniu, celem realizacji przedmiotu umowy wraz z wszystkimi dokumentami WZ odnoszącymi się do dostaw, a także zobowiązując się do rozliczenia się z liczby pobranych europalet oraz elementów prefabrykowanych, nie wykonywał w/w obowiązków. Ponadto według skarżącego powód odstąpił od wykonania robót z jednoczesnym bezprawnym zawłaszczeniem materiałów, co upoważniało pozwanego do naliczenia kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia umownego.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu odpowiedzi na apelację powód wskazał, że posiadając umocowanie do zabezpieczenia powierzonych materiałów budowlanych był odpowiedzialny za ich stan ilościowy jak i jakościowy. Pozostawienie materiałów na placu budowy bez jakiegokolwiek zabezpieczenia byłoby sprzeczne z zasadami logicznego myślenia i w sposób oczywisty naraziłoby powoda na dodatkowe koszty związane z jego utratą bądź zniszczeniem. Sam fakt wystawienia przez pozwanego faktur za materiały budowlane nie świadczy jeszcze o dokonaniu ich zbycia na jego rzecz. Strona powodowa jednoznacznie zaprzeczyła zawarciu takiej umowy. Nie doszło do tego m.in. z powodu kwot ujętych przez pozwaną na fakturach, które nie odpowiadały rzeczywistym wartościom i jakości materiałów. W toku postępowania doszło jednocześnie do zakwestionowania przez powoda przedstawionej do potrącenia rzekomej wierzytelności pozwanego. W tej sytuacji to na pozwanej ciążyło udowodnienie przesłanek potrącenia. Pozwany nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o zasadności przedstawionej do potrącenia wierzytelności, a z pewnością takim dowodem nie były bezpodstawnie wystawione faktury VAT. Pozwany nie miał podstaw do naliczenia kary umownej, gdyż sygnalizując taką ewentualność żadnych kroków w tym kierunku nie podjął. Stąd też wywodzenie z tego zdarzenia korzystnych dla siebie skutków prawnych jest bezpodstawne.

**Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Apelacja pozwanego nie jest uzasadniona, a wskazane w niej zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i poczynionych na jego podstawie ustaleń faktycznych oraz rozważań prawnych Sąd Okręgowy uznał, że Sąd I instancji w sposób wystarczający i precyzyjny wyjaśnił motywy swego rozstrzygnięcia również w zakresie zarzutu potrącenia oraz zarzutu naliczenia kary umownej. Wskazał bowiem jakie uczynił ustalenia faktyczne oraz podał przepisy prawa materialnego jakie zastosował, dokonując subsumpcji prawnej faktów sprawie. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest podstaw dla uznania zasadności zarzutów apelacyjnych zarówno co do naruszenia prawa materialnego - art. 498 § 1 k.p.c. jak i prawa procesowego - art. 233 § 1 w zw. z 227 k.p.c., 328 § 2 kpc oraz art. 299 k.p.c.

Dokonując analizy zarzutu apelacyjnego w zakresie naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., to mieć na względzie należy, iż zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Przyjmuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wążąc ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906; uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273). Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Rejonowy czyniły zadość powyższym wymogom. Kwota należności przysługującej powodowi z tytułu częściowego wykonania prac podwykonawczych, jak właściwie wskazał Sąd I instancji, nie została zaprzeczona przez pozwanego. Pozwany nie kwestionował faktu, iż roboty wskazane przedmiotowej fakturze VAT nr (...) z dnia 22 listopada 2012r. zostały przez powoda wykonane, za wynagrodzeniem jak w fakturze tej wskazane. Ponadto niniejsze w pełni znajdowało odzwierciedlenie w pozostałym materiale dowodowym, szczegółowo przytoczonym przez Sąd Rejonowy. Zobowiązaniu do zapłaty należności objętej pozwem pozwany przeciwstawił następujące okoliczności:

1. fakt zaprzestania przez powoda wykonywania prac podwykonawczych i opuszczenie placu budowy z jednoczesnym zatrzymaniem części materiałów, które wywiózł poza plac budowy, brak dostarczenia zestawienia ilościowego materiałów odebranych w bieżącym dniu i przedstawienia stosownych rozliczeń z pobranego materiału,
2. stąd brak zapłaty wynagrodzenia w związku z niewywiązywaniem się powoda z kontraktu,
3. przesłanka dla rozwiązania umowy z winy powoda, co pozwanego upoważniało do żądania od powoda uiszczenia dodatkowo kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto,
4. związany z zatrzymaniem materiałów zarzut potrącenia należności przysługującej pozwanemu z tytułu wartości materiałów brukarskich.

Sąd I instancji prawidłowo ocenił kwestię zaprzestania w dniu 22 grudnia 2012r. wykonywania prac z jednoczesnym zatrzymaniem części materiałów. O przyczynie wstrzymania tych prac zdecydował brak płatności za wykonane prace, świadczyły o tym zeznania G. Z., a także chronologia zdarzeń skoro protokół odbioru dla przedmiotowych robot wraz z zestawieniem wartości tych robot sporządzono 22.11.2012r., w tej samej dacie wystawiono fakturę VAT nr (...)r. z terminem płatności 6 dni, termin ten upłynął bezskutecznie, w dniu 17 grudnia 2012r. powód wystosował wezwanie do zapłaty, jednocześnie z powołaniem się na punkt 13 umowy poinformował o zawieszeniu prac. Tym samym przyznanie przez Sąd Rejonowy wiarygodności zeznaniom świadka G. Z. było uzasadnione również zważywszy na odzwierciedlenie ich treści w pozostałym materiale dowodowym. Do zawieszenia prac powód był uprawnionym na podstawie w/w punktu 13 postanowień dodatkowych umowy zgodnie z którym w przypadku nie uregulowania płatności w terminie zgodnym z wystawioną i zaakceptowaną fakturą VAT przez wykonawcę podwykonawca zawiesza prace do momentu uregulowania należności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 498 § 1 k.c. to również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie pozwoliła na stwierdzenie, że pozwany udowodnił skuteczność podniesionego zarzutu z uwagi na brak wykazania, iż posiada on wiarygodność, której przedmiotem jest roszczenie z tytułu wartości pobranych przez powoda materiałów brukarskich, co do których wystawił faktury VAT. Pozwany nie udowodnił zarówno istnienia jak i wysokości wiarygodności przedstawionej do potrącenia, a zauważyć należy, że przywołując obie te przesłanki pozwany zobowiązany był wskazać właściwe dowody na ich poparcie. Skuteczność potrącenia zależy bowiem od tego czy, istnieje wzajemna wiarygodność potrącającego oraz czy nadaje się ona do potrącenia odpowiadając wymaganiom art. 498 § 1 k.c. Okoliczności związane z ustawowymi przesłankami potrącenia składają się na tzw. stan potrącalności w ramach którego może dojść do potrącenia wykonywanego przez oświadczenie stosownie do treści art. 499 k.c. Potrącenie jest instytucją prawa materialnego i wywołuje skutki prawne w sferze stosunków. Dla uznania, że potrącenie wywołało skutek prawny w postaci wygaśnięcia wzajemnych wiarygodności, nie wystarcza samo powołanie się przez pozwanego składającego oświadczenie o potrąceniu na fakt przysługiwania mu wiarygodności przeznaczonej do potrącenia. Istnienie tej wiarygodności pozwany musi udowodnić. (wyrok SN z dnia 14.11.2006 r., II CSK 192/06).

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego dzielącego stanowisko Sądu Rejonowego, brak było podstaw do obciążenia strony powodowej kwotami wskazanymi w fakturach VAT wystawionych przez pozwanego z tytułu zabrania czy też wywiezienia materiałów brukarskich z terenu budowy. Pozwany nie wykazał okoliczności dotyczących zaistnienia zdarzenia na podstawie, którego mógłby domagać się zapłaty należności za te materiały. Sam fakt ich zatrzymania przez powoda nie był wystarczający, a powód nie wnosił o ich zwrot, ale zapłatę wartości. Brak wykazania okoliczności uzasadniających zapłatę czyniło żądanie zapłaty za wydany materiał bezpodstawnym. Ponadto do akt sprawy strona pozwana przedłożyła faktury VAT o nr (...) wraz z fakturami korygującymi o nr (...) i (...) na których to widnieje kwota należności za wywiezioną kostkę brukową i palety podana w jednostkach metrowych i sztukach. Pozwany przedłożył także pisma powoda z dnia 20 grudnia i 27 grudnia 2012 r, który to informował pozwanego o zabranii i zabezpieczeniu palet ze wskazaniem ilości palet zarówno obrzeża betonowego jak i kostki brukowej. W przedłożonych przez pozwanego fakturach mowa jest jednak o sztukach obrzeży i metrach kwadratowych kostki brukowej, zastosowano więc inne jednostki, co uniemożliwiło ustalenie, czy w fakturach ostatecznie skorygowanych ujęto tożsamą ilość jak w piśmie z dnia 27 grudnia 2012r. Powód zakwestionował zresztą nie tylko wskazaną przez pozwanego ilość i rodzaj zatrzymanych materiałów brukarskich, ale również cenę, której wysokości pozwany nie wykazał. Jego twierdzenia w apelacji, iż była to cena zakupu tych materiałów od (...) SA nie znalazły żadnego potwierdzenia w materiale dowodowym, który winien być skoncentrowany przed Sądem I instancji. Reasumując, pozwany nie udowodnił wiarygodności stanowiącej przedmiot zarzutu potrącenia a co za tym idzie zarzut ten zasadnie został przez Sąd I instancji uznany za bezpodstawny.

Rozpoznając kolejny zarzut apelującego, a to naruszenia przepisów postępowania tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie przyczyn z jakich Sąd I instancji uznał, że nie zaistniały przesłanki naliczenia kary umownej, to należy zauważyć, iż wprawdzie pozwany w sprzeczności od nakazu zapłaty nawiązał do ewentualnej możliwości obciążenia powoda karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto za rozwiązanie umowy, ale nie sprecyzował w tym zakresie żadnego konkretnego zarzutu procesowego. Zarzut podniesiony w apelacji, w którym to strona pozwany twierdzi, że Sąd Rejonowy niezasadnie uznał niezaistnienie przesłanek naliczenia kar umownych był o tyle nietrafiony, gdyż aby w ogóle można było odnieść się do ustaleń co do zasadności kary umownej to pozwany musiałby najpierw zgłosić w tym zakresie odpowiedni zarzut procesowy (np. dokonać potrącenia), a dopiero wówczas z tego faktu wywodzić skutki prawne. Powyższego jednakże pozwany nie uczynił. Powołując się na karę umowną z tytułu rozwiązania umowy po pierwsze nie wykazał faktu jej rozwiązania, po drugie winy podwykonawcy w tym zakresie, po trzecie wymagalności wiarygodności z tego tytułu z uwagi na brak uprzedniego wezwania do jej zapłaty, przekształcającego roszczenie z tego tytułu w terminowe, warunkujące jej wymagalność.

Reasumując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy został przeprowadzony w całości w zakresie wniosków, twierdzeń i dowodów jednej jak i drugiej strony. Natomiast kwestia przesłuchania strony i waloru tegoż dowodu nosi zawsze charakter pomocniczy (wyrok SN z dnia 5 lipca 2006 r. IV CSK 98/06, LEX nr 459229) i w związku z tym brak

było podstaw do podzielenia zarzutu naruszenia przepisu postępowania tj. art. 299 k.p.c. w zakresie oddalenia przez Sąd I instancji dowodu z przesłuchania stron.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji na mocy art. 385 k.p.c. o kosztach orzekając stosownie do wyniku postępowania apelacyjnego na zasadzie art. 108 par. 1 kpc w zw. z par.12 ust.1 pkt 1 i par. 6 pkt 5 rozporządzenia MS z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.