



Sygn. akt IV CSKP 51/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący)

SSN Marta Romańska

SSN Maria Szulc (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Gminy P.

przeciwko J. G.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 28 kwietnia 2021 r.,

skargi kasacyjnej pozwanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 13 grudnia 2018 r., sygn. akt I AGa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w G., którym została zasądzona na rzecz Gminy P. kwota 262 900 zł.

Ustalił, że w dniu 23 lipca 2013 r. strony zawarły umowę w drodze przetargu nieograniczonego na wykonanie „Termomodernizacji budynku Szkoły Podstawowej w P. etap II”. W skład tego zespołu budynków wchodziły: segment administracyjno - żywieniowy, sala gimnastyczna, budynek „15 sal lekcyjnych”, łącznik duży Ł1, budynek starej szkoły, łącznik mały Ł2. W ramach robót należało wykonać roboty budowlane dotyczące izolacji przeciwwilgociowej, docieplenie ścian i stropów, wymianę stolarki drzwiowej i okiennej - do 20 września 2013 r., przeszkleń z vitrolitu, roboty blacharskie, brukarskie, malarskie i tynkarskie, ponadto dotyczące instalacji wewnętrznych centralnego ogrzewania w zakresie wymiany grzejników oraz pionów i poziomych istniejących instalacji centralnego ogrzewania, modernizacji kotłowni opalanej miałem węglowym w zakresie węzła cieplnego, instalacji elektrycznych i sterujących w zakresie sterowania elementami centralnego ogrzewania oraz sterowania wentylatorami.

Wszystkie roboty miały być wykonane zgodnie z instrukcjami i zaleceniami zawartymi w projektach budowlanej specyfikacji wykonania i odbioru robót, w zgodzie z obowiązującymi przepisami oraz sztuką budowlaną a wszelkie zmiany technologii i wynikające z tego konsekwencje miały obciążać wykonawcę.

Przedmiot umowy miał być wykonany do dnia 15 października 2013 r. a pozwany miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe netto w kwocie 1 943 089,43 zł. Umowa przewidywała odpowiedzialność pozwanego za działania i uchybienia podwykonawców.

Powód miał prawo naliczenia wykonawcy kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia brutto za każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek. Okres opóźnienia miał być liczony od dnia, w którym pozwany uzyskał wiadomość o usterce do terminu ustalonego na usunięcie wad.

W umowie wskazano adresy, na które miała być przekazywana korespondencja pisemna, faksem lub pocztą elektroniczną.

Od października 2013 r. rozpoczęły się czynności odbiorcze i w dniu 12 listopada 2013 r. dokonano odbioru końcowego bez uwag. Następnie się okazało, że pozwany nie wykonał prac polegających na wewnętrznej instalacji wody ciepłej i cyrkulacyjnej w poziomie piwnic budynków oraz nie wymienił instalacji centralnego ogrzewania wraz z wymianą ośmiu grzejników znajdujących się na obiekcie łącznika nr 2. Pozwany zlecił wykonanie prac hydraulicznych swemu podwykonawcy oraz je ograniczył wskazując, że osiem grzejników, instalację ciepłej wody użytkowej i centralnego ogrzewania wymieni sam. Wyjaśnił powodowi, że podwykonawca wykonał jedynie część powierzonych robót a pozostały zakres wykonał sam, przy czym część instalacji centralnego ogrzewania wykonała zaprzyjaźniona firma hydrauliczna.

W grudniu 2013 r. kontrola prowadzona w Gminie ujawniła niejasności w kosztorysach powykonawczych polegające na wyzerowaniu części pozycji prac, które podlegały wykonaniu, przy jednoczesnym obliczeniu wartości wykonanych prac na kwotę właściwą dla wykonania ich całości. W dniu 12 grudnia 2013 r. powód pisemnie wezwał pozwanego do stawienia się w celu dokonania oględzin robót, przy czym wręczył pismo kierownikowi budowy, którego umowa łącząca go z pozwanym wygasła z dniem podpisania protokołu odbioru. Pozwany nie stawiał się na przegląd a wziął w nim udział były kierownik budowy. Podczas przeglądu ujawniono brak wykonania prac dotyczących wymiany wewnętrznej instalacji wody ciepłej i cyrkulacyjnej w poziomie piwnic budynku oraz brak wymiany instalacji centralnego ogrzewania wraz z 8 grzejnikami w obiekcie łącznika nr 2.

Pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. powód wezwał pozwanego do natychmiastowego usunięcia usterek i wyznaczył termin do 27 grudnia 2013 r. oraz wręczył je do doręczenia pozwanemu kierownikowi budowy, ale nie udało mu się nawiązać kontaktu z pozwanym i nie doręczył mu tych pism. Kolejnym pismem z dnia 19 grudnia 2013 r. skierowanym za pomocą przesyłki listownej, faksem i drogą elektroniczną powód ponownie wezwał pozwanego i zaznaczył,

że w przypadku nie usunięcia ich do 27 grudnia 2013 r. powierzy ich wykonanie osobie trzeciej. Pozwany odebrał to pismo w dniu 7 stycznia 2014 r.

Wobec nieprzystąpienia przez pozwanego do wykonania prac powódka pismem z dnia 27 grudnia 2013 r. poinformowała, że zleci wykonanie prac osobie trzeciej a koszty zostaną pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania umowy udzielonego przez pozwanego. Pozwany otrzymał to pismo w dniu 18 stycznia 2014 r. a przedtem pismem z dnia 9 stycznia 2014 r. poinformował powoda, że nie otrzymał pisma z dnia 16 grudnia 2013 r. i nie brał udziału w przeglądzie oraz zarzucił, że powód zapłacił podwykonawcy za niewykonane prace i bezprawnie wstrzymał wypłatę pozwanemu. Powód zlecił podwykonawcy wykonanie tych prac i zapłacił mu wynagrodzenie. Następnie pismem z dnia 27 stycznia 2014 r. poinformował pozwanego, że obciążył go karą umowną w kwocie 57 360 zł za okres od 16 grudnia do 27 grudnia 2013 r. Pozwany wyraził niezrozumienie dla ustalonego okresu naliczania kary z uwagi na daty doręczenia mu pism i wyjaśnił, że adres e-mail, na który były wysyłane, nie jest adresem jego firmy. Powód ponownie wezwał pozwanego do zapłaty.

W związku z awarią komina wentylacyjnego zamontowanego przez pozwanego, został on poinformowany o awarii w dniach 16 marca i 17 marca 2014 r. i w dniu 25 marca dokonano przeglądu gwarancyjnego z udziałem przedstawicieli pozwanego wskazując w protokole wady, sposób ich naprawy oraz wyznaczono termin ich usunięcia do 30 kwietnia 2014 r. W tym dniu pozwany poinformował o usunięciu wad. W toku kolejnego przeglądu ustalono, że prace zostały wykonane częściowo, a do wykonania pozostają szczegółowo wymienione w protokole. Wobec nie usunięcia wad w terminie naliczył karę umowną w kwocie 172 080, zł za okres 25 marca do 30 kwietnia 2014 r. Pismem z 20 czerwca 2014 r. pozwany poinformował, że usterki zostały usunięte. Kolejny przegląd gwarancyjny odbył się w dniu 27 lutego 2015 r., na który pozwany się nie stawił bo doręczono mu pismo w dniu 5 marca 2015 r. po dwukrotnym awizowaniu. Pozwany nie zlikwidował wskazywanych uprzednio zastoisk wody i przyczyn przecieku przy wejściu do szatni od strony patio, nie uszczelnił rynny powodującej przeciek na elewację, nie naprawił nieszczelnych parapetów oraz nie uzupełnił klinkierów.

Powód w dniu 2 marca 2015 r. obciążył pozwanego karą umowną w kwocie 90 820 zł za okres od 6 czerwca 2014 r. do dnia 25 czerwca 2014 r.

Kolejnego przeglądu dokonano do dnia 30 kwietnia 2015 r. również bez udziału pozwanego i stwierdzono następne usterki w postaci niezamontowania parapetów zewnętrznych w budynku starej szkoły oraz wypadnięcia kratki wentylacyjnej z terminem usunięcia do 10 czerwca 2015 r. i do 30 kwietnia 2015 r. Pozwany w protokole z przeglądu zrobił adnotację, że się z nim nie zgadza, a pismem z 21 maja 2015 r. zarzucił, że jest stronnicy i zawiera nieprawdziwe, rzekome usterki, których nie ma oraz uwzględnia uszkodzenia mechaniczne i działania osób trzecich. Wskazał, że nie występują zastoiska wody na dachu, rynna nie podlegała zakresowi jego prac, parapety są uszczelnione prawidłowo, a na klinkierze są uszkodzenia mechaniczne. Jednocześnie oświadczył, że wykona niektóre prace z uwagi na to, że jest to obiekt oświatowy.

Pismem z dnia 15 maja 2015 r., odebrany przez pozwanego w dniu 8 czerwca 2015 r., powód zgłosił, że wykonana przez pozwanego izolacja nie spełnia swej funkcji, gdyż występuje w dalszym ciągu zawilgocenie pomieszczeń oraz poinformował, że w dniu 8 czerwca 2015 r. odbędzie się kolejny przegląd. Pozwany nie stawiał się na ten przegląd, a powód po wskazaniu istniejących wad wezwał go do ich usunięcia w terminie do 31 lipca 2015 r.

Wobec wezwania powoda przez pozwanego do zapłaty kwoty 71 700 zł tytułem zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, powód oświadczył, że nie uznaje roszczenia ponad kwotę 57 930,65 zł i dokonał potrącenia wierzytelności pozwanego ze swoją wierzytelnością w kwocie 57 360 zł z tytułu kary umownej.

Sąd Apelacyjny zaakceptował i przyjął za własne ustalenia dokonane przez Sąd pierwszej instancji dzieląc ocenę materiału dowodowego jako prawidłową. Dodał, że bierna postawa pozwanego w toku procesu inwestycyjnego i brak zakwestionowania wad stwierdzonych w kolejnych protokołach oraz polecenie swoim podwładnym ich usunięcie oznacza, że pozwany przyznawał, że usterki takie nastąpiły oraz nie do końca zostały usunięte, o czym świadczyły późniejsze protokoły. W piśmie z dnia 25 marca 2014 r., w którym podjął się naprawy

zasadniczych wad, zakwestionował usterki mechaniczne, ale nie wyjaśnił, które wady wskazane w protokole odpowiadają takim wadom, a nadto w piśmie z dnia 30 kwietnia 2014 r. poinformował, że usterki zostały usunięte nie precyzując, iż nie dotyczy to określonych jako mechaniczne. Zeznania wysyłanych do naprawy pracowników wskazują, że pozwany polecając naprawę nie zawężył jej zakresu. W konsekwencji przyjął, że zakres usterek zgłaszanych przez powoda na skutek przeglądów nie była kwestionowana wobec ich nieusunięcia w terminie, to spełniły się warunki do obciążenia go karą umowną.

Zarzut naruszenia art. 6 k.c. nie został uwzględniony, bo przepis ten rozstrzyga o ciężarze dowodu w sensie materialnoprawnym i wskazuje kogo obciążają skutki udowodnienia istnienia prawa, natomiast okoliczność czy dany podmiot wywiązał się z obowiązku udowodnienia faktów nie należy do materii objętej dyspozycją art. 6 k.c. a stanowi aspekt mieszczący się w materii przepisów postępowania. Ustalony stan faktyczny pozwala wnioskować o niespornym zakresie prac objętych umową oraz o zakresie prac poprawkowych. Skoro pozwany w toku procesu zakwestionował zakres prac objętych umową, to powinien te okoliczności wykazać.

Prawidłowe jest stanowisko, że spełniły się przesłanki do obciążenia pozwanego karą umowną w świetle § 9 ust. 7 i 9 oraz § 12 ust. 5 umowy. Wywód pozwanego kwestionujący te zapisy jest o tyle chybiony, gdy uwzględni się, że pozwany otrzymując protokół z przeglądów gwarancyjnych, przystępował do usuwania wskazanych w nim usterek. Twierdzenia pozwanego, że termin wyznaczony przez powoda na usunięcie usterek, w świetle literalnego brzmienia umowy, mógłby upłynąć zanim wykonawca miałby możliwość usunięcia usterek, są niezasadne, bo w niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, a pozwany otrzymując protokół nie negował terminu określonego przez powoda.

Odnosząc się co do sposobu wyliczenia kary umownej Sąd Apelacyjny przypomniał, że kara umowna może być wyliczona w pieniądzu przez podanie konkretnej kwoty albo przez wskazanie parametrów odnoszących się do zabezpieczonego świadczenia umożliwiających wyliczenie jej wysokości. W tej sprawie sposób został wskazany w sposób właściwy pozwalający dłużnikowi

się zorientować w jakiej wysokości będzie musiał zapłacić karę, o ile w udzielonym terminie nie usunie usterek.

Nie został podzielony zarzut pozwanego, że zawarcie umowy w trybie art. 139 prawa zamówień publicznych pozbawiło go wpływu na kształt umowy, bo wprawdzie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być uznana za *sui generis* umowę adhezyjną, jeżeli jednak wykonawca uzna, że istotne dla stron postanowienia umowy naruszają jego interesy, może się on nie ubiegać o udzielenie zamówienia. Wykonanie zasady swobody umów nie zawsze musi się równać z równością stron umowy i ma ona aspekt podmiotowy sprowadzający się do wyboru kontrahenta. Umieszczone we wzorze umowy postanowienia o karach umownych obciążających w większym stopniu wykonawcę niż zamawiającego, nie można uznać za postanowienia wymierzone przeciwko zasadom współżycia społecznego lub pozostające w sprzeczności z właściwością, ustawą zasadami współżycia społecznego. Okoliczności związane z ryzykiem kontraktowym wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty, gdyż na ich podstawie dokonuje on obliczenia ceny. Tym bardziej, gdy kary umowne nie zostały zastrzeżone w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do wartości zamówienia. Istota kary jest stworzenie dolegliwości finansowej wobec wykonawcy zamówienia publicznego w razie zaistnienia zdarzenia powodującego niewykonanie lub nienależyte wykonanie tego zamówienia.

Sąd Apelacyjny przytoczył dominujący pogląd rzecznictwa, że żądanie miarkowania kary musi być nie tylko podniesione wprost, ale i skonkretyzowane co do podstawy. Pozwany wnosząc o miarkowanie kary, nie podnosił żadnych okoliczności ani dowodów mogących świadczyć o tym, że kara została ustalona w wysokości rażąco wygórowanej. Ograniczył się do informacji, że jego zysk wyniósł około 147 000 zł, ale nie przedstawił żadnych dowodów, w tym dokumentów finansowych pozwalających zweryfikować te twierdzenia. Argumenty podnoszone na poparcie twierdzeń o naruszeniu art. 484 § 2 k.c. są powtórzeniem twierdzeń zawartych w sprzeciwie od nakazu zapłaty, ale i na te okoliczności strona nie przedstawiła stosownych wniosków poza subiektywnym przekonaniem o niewielkim znaczeniu usterek i całkowitym ich usunięciu, co stoi jednak w sprzeczności z ustaleniem Sądu Okręgowego, których pozwany nie

zdołał podważyć. Co zaś do braku szkody po stronie powodowej, to ugruntowane stanowisko orzecznictwa i doktryny wyraźnie oddziela kwestię braku szkody wierzyciela od jego uprawnienia do dochodzenia kary umownej.

Odnosząc się do kwestii wymagalności roszczenia Sąd Apelacyjny wskazał na odebrane przez pozwanego wezwanie do zapłaty kwoty 172 080 zł oraz kwoty 90 820 zł, co pozwala uznać kwestię wymagalności dochodzonych kwot za wykazaną.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku pozwany zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że § 12 ust. 5 umowy jest zgodny z art. 483 § 1 k.c., art. 483 § 1 w zw. z 58 § 1 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie i brak zastosowania art. 58 § 1 k.c., art. 483 § 1 w zw. z 353¹ k.c. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że § 12 ust. 5 umowy daje podstawy do określenia kary umownej, art. 483 § 1 w zw. z 353¹ k.c. przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że § 12 ust. 5 umowy jest zgodny z art. 483 § 1 k.c., art. 483 § 1 w zw. z 58 § 1 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na błędnym przyjęciu, że pozwany ma zapłacić karę umowy bez względu na to czy nie wykonał bądź nienależyte wykonał zobowiązanie, art. 483 § 1 w zw. z 353¹ k.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że pozwany ma zapłacić karę umowną bez względu na to czy nie wykonał bądź nienależyte wykonał zobowiązanie, art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 139 prawa zamówień publicznych przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pozwany miał wpływ na treść umowy, art. 6 w zw. z 471 oraz 483 § 1 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na naruszeniu ciężaru dowodu i przypisania obowiązku dowodowego w zakresie wykazania należytego wykonania zobowiązania pozwanemu oraz zarzut naruszenia tych przepisów przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pozwany wobec kwestionowania faktu nienależytego wykonania umowy powinien złożyć wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz przez błędną wykładnię i uznanie, że wobec braku przedstawienia przez powoda podstawowej dokumentacji związanej z zawarciem umowy oraz kwestionowania przez pozwanego zakresu umowy, to na pozwanym ciążył obowiązek określenia obowiązków umownych i powinien wnosić o zobowiązanie do złożenia dokumentacji, jak również przez niewłaściwe

zastosowanie i uznanie, że wobec nieprzedstawienia przez powoda podstawowej dokumentacji związanej z zawarciem umowy, to na pozwanym ciążył obowiązek określenia obowiązków umownych.

Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania ewentualnie o jego uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie powództwa.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Pierwsza grupa zarzutów naruszenia art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c., art. 483 § 1 w zw. z 58 § 1 k.c., art. 483 § 1 w zw. z 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 w zw. z 353¹ k.c. dotyczy ważności postanowienia § 12 ust. 5 umowy i przyjęcia przez Sąd drugiej instancji, że daje on podstawę do określenia wysokości kary umownej w przypadku niewykonania zobowiązania.

Art. 353 k.c. stanowi, że zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien je spełnić. W tak zindywidualizowanym stosunku cywilnoprawnym, którego dłużnik i wierzyciel są stronami, dłużnik jest zobowiązany do określonego zachowania, a wierzyciel jest z tego powodu uprawniony. Celem świadczenia jest zapewnienie wierzycielowi określonej korzyści z wykonania zobowiązania, a podstawę ustalenia o jaki interes chodzi stanowi całokształt okoliczności towarzyszących powstaniu danego stosunku zobowiązaniowego. O powstaniu i byciu zobowiązania rozstrzyga istnienie znajdującego w jego treści godnego interesu wierzyciela (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., III CNP 27/09, nie publ., z dnia 22 października 2015 r., IV CSK 687/14, nie publ.).

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. w umowie można zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna ma na celu „naprawienie szkody” a więc można uznać, że jest swoistą postacią odszkodowania. Może ona obejmować zdarzenia polegające na niewykonaniu zobowiązania, nienależytym wykonaniu zobowiązania oraz na konkretnych uchybieniach w zakresie sposobu wykonania zobowiązania np. co do czasu, czy jakości.

Strony postanowiły, że w razie wykrycia wady zamawiający niezwłocznie powiadomi wykonawcę, wyznaczając miejsce i termin dokonania oględzin określających zakres i termin jej usunięcia (§ 9 ust. 4 umowy). Natomiast w § 12 ust. 5 określili, że zamawiający naliczy wykonawcy kary umowne za opóźnienie w usunięciu wad zamówienia brutto za każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek. Okres opóźnienia liczony będzie od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o stwierdzonych wadach lub usterkach do terminu przewidzianego na usunięcie wad.

Rozwiązanie to jest nietypowe, bo kara umowna nie została zastrzeżona na wypadek nienależytego lub niewykonania zobowiązania, które łączyło strony, a które określała umowa o roboty budowlane, a na przypadek opóźnienia w usunięciu wad zamówienia. O ile co do zasady możliwe jest zastrzeżenie kary umownej poza przypadkiem niewykonania zobowiązania albo nienależytego wykonania w zakresie sposobu wykonania zobowiązania w razie konkretnych uchybień w zakresie sposobu wykonania zobowiązania np. co do czasu i jakości, to kara umowna została zastrzeżona co do opóźnienia w usunięciu wad zamówienia brutto za każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek. Odnosi się zatem nie do zobowiązania stron a jedynie do usterek, które zostały stwierdzone już po jego wykonaniu. Ponadto umowa stwierdza, że zamawiający naliczy wykonawcy kary umowne za opóźnienie w usunięciu wad zamówienia brutto za każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek. Okres opóźnienia liczony będzie od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o stwierdzonych wadach lub usterkach do terminu przewidzianego na usunięcie wad. Oznacza to, że wysokość kary umownej jest uzależniona od jednostronnej czynności uprawnionego o powiadomieniu zobowiązanego o stwierdzonych wadach, co czyni wątpliwość w zakresie prawidłowości o takich powiadomieniach, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Wysokość kary umownej musi być znana zobowiązanemu poprzez takie ustalenie początku i końca okresu kary umownej, który nie budziłby wątpliwości. Ponadto zastrzeżenie kary umownej za okres, w którym zobowiązany wykonywałby prace związane z usterkami nie znajduje uzasadnienia. Kara może przysługiwać za okres, w którym zobowiązany pozostaje w zwłoce z wykonywaniem prac likwidujących usterki a nie za czas,

w którym te usterki naprawia. Również pozostawienie wyłącznej woli uprawnionego ustalania okresu usunięcia wady poprzez wyznaczenie okresu czasu na jej usunięcie pozostaje w sprzeczności z funkcją kary umownej. Nie można również podzielić poglądu, że ustalenie wysokości kary umownej za opóźnienie w usuwaniu usterek w wysokości 0,2% wartości przedmiotu zamówienia brutto odpowiada istocie kary umownej, która w tej wysokości mogłaby odpowiadać nienależytemu wykonaniu albo niewykonaniu zobowiązania, ale nie opóźnieniu w niedotrzymaniu terminu na naprawę ustalonego przez zamawiającego. Brak podstaw do przyjęcia, że strony w sposób właściwy określiły podstawę do obliczenia kary umownej tak, by pozwany mógł wiedzieć jaka kara czeka go za nieusunięcie w terminie wad robót. Termin końcowy został wprawdzie określony jako „termin przewidziany na usunięcie wad”, ale wyznaczenie długości terminu przewidzianego na usunięcie wad zależało wyłącznie od zamawiającego, co stawiało wykonawcę w sytuacji przymusowej i zobowiązywało go do wykonania prac w terminie, który nie musiał odpowiadać rzeczywistym potrzebom w tym zakresie. Wszelkie parametry ustalenia kary umownej spoczywały zatem wyłącznie na zamawiającym, pozbawiając wykonawcę jakiegokolwiek sposobu ustalenia jej wysokości.

Wskazać nadto trzeba, że im dłuższy termin do usunięcia wad wyznaczyłby zamawiający, to tym wyższą karę zapłaciłby wykonawca. Nie ma przy tym znaczenia, w jaki sposób powódka wyliczyła karę umowną, bo strony są związane postanowieniami umowy.

Nie można również pominąć sprzeczności pomiędzy zdaniem pierwszym a drugim § 12 ust. 5 umowy. W zdaniu pierwszym stwierdzono, że zamawiający naliczy wykonawcy kary umowne za opóźnienie w usunięciu wad, natomiast w zdaniu drugim kara umowna jest płatna niezależnie od tego czy wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, niezależnie od opóźnienia, bo jak wskazano wyżej okres opóźnienia miał być liczony od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o stwierdzonych wadach, a więc za okres, w którym wykonawca nie miał możliwości wykonania zobowiązania. Kara umowna nie może być zastrzeżona za sam fakt pojawienia się wady w okresie gwarancyjnym, a za rzeczywiste opóźnienie w jej usunięciu.

Odnosząc się do zarzutów błędnego uznania, że pozwany miał wpływ na treść umowy i poprzez przypisanie pozwanemu określonych interpretacji umowy w chwili jej zawarcia stwierdzić trzeba, że proces zawierania umowy na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych jest sformalizowany, a równość stron jest ograniczona. Pozwany nawet nie twierdził, że w toku tego procesu kwestionował zapisy umowy w zakresie kar umownych lub żądał w tym zakresie wyjaśnień od inwestora. Jego aktywność powstała dopiero w toku procesu, co uniemożliwia uwzględnienie zarzutu. Inną kwestią jest to, czy wzór umowy został opracowany jednoznacznie i czy zamawiający sformułował postanowienia umowy w zakresie kary umownej nadużywając swoje prawa podmiotowe, bo wiąże się to z oceną postanowień umowy w świetle art. 483 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 6 k.c. obowiązek dowodowy ciąży na tej stronie, która z pewnego faktu wywodzi skutki prawne. Skoro pozwany zakwestionował swój obowiązek co do usunięcia wad, na powódzie spoczywał obowiązek udowodnienia, że pozwany wadliwie kwestionuje fakt nienależytego wykonania zobowiązania. Natomiast kontroli Sądu Najwyższego nie podlega ocena dowodów przeprowadzona przez Sąd drugiej instancji z uwagi na związanie dokonanymi ustaleniami faktycznymi (art. 398¹³ k.p.c.).

Zważywszy na odmienny pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w przedmiocie ustalonej umową stron kary umownej i konieczność ponownej analizy w tym przedmiocie w świetle art. 483 § 1 k.c. orzeczono na podstawie art. 398¹⁵ k.p.c.