

Sygn. akt VIII GC 37/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 marca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Patrycja Predko

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2014 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Gminie M. S.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej Gminy M. S. na rzecz powódki Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 66.383,10 zł (sześćdziesiąt sześć tysięcy trzysta osiemdziesiąt trzy złote dziesięć groszy) z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym od dnia 4 listopada 2011 roku;

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. pozostawia rozstrzygnięcie o kosztach procesu referendarzowi sądowemu przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 6,54 %.

Sygn. akt VIII GC 37/12

UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy M. S. kwoty 1.014.713,10 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwoty 948.330 zł od dnia 4 września 2011 roku i od kwoty 66.383,10 zł od dnia 6 sierpnia 2011 roku oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powódka wskazała, że w trybie zamówienia publicznego zawarła z pozwaną umowę nr (...), której przedmiotem było wybudowanie basenu z przeciwprądem przy ul. (...) w S.. Podstawę zamówienia stanowił projekt wykonawczy : „Kryty basen z trybunami i funkcjami towarzyszącymi - rozbudowa budynku (...) przy ul. (...)/N." oraz (...). Powódka wykonała przedmiot umowy w sposób prawidłowy, wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 948.330 zł i doręczyła pozwanej wraz z kompletną dokumentacją powykonawczą. Pozwana nie dokonała zapłaty. Nadto zgodnie z umową powódka wpłaciła na rzecz pozwanej kwotę stanowiącą zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 94.833 zł, pozwana była zaś zgodnie z umową zobowiązana do zwrotu 70% wpłaconego zabezpieczenia, tj. kwoty 66.383,10 zł w terminie 30 dni od dnia wykonania umowy. Mimo wykonania przedmiotu umowy pozwana nie zwróciła wpłaconej kwoty zabezpieczenia.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 7 listopada 2011 roku w sprawie I Nc 336/11 Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział I Cywilny nakazał pozwanej zapłacić dochodzoną pozwem kwotę wraz z kosztami procesu w wysokości 7.217 zł.

Pozwana Gmina M. S. zaskarżyła nakaz zapłaty w całości domagając się oddalenia powództwa oraz zasądzenia od powódki kosztów procesu.

Pozwana potwierdziła fakt zawarcia umowy o wykonanie basenu, zaprzeczyła jednak temu, że basen został wykonany w sposób prawidłowy. Zdaniem pozwanej basen nie spełniał wszystkich wymogów technicznych określonych w specyfikacji technicznej w punkcie 004001 oraz (...) w zakresie obejmującym budowę dodatkowego basenu z przeciwrzędem. Pozwana podkreśliła również, że faktyczna głębokość nurtu wodnego, którego prędkości powinna wynosić 2,5 m/s, nie jest równa wymaganej. Z uwagi na powyższe pozwana odmówiła zapłaty faktury VAT nr (...). W piśmie z dnia 25 października 2011 roku pozwana odstąpiła od umowy oraz naliczyła kary umowne w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, tj. w wysokości 94.833 zł. Naliczona kara została zaspokojona z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które powódka wniosła w kwocie 94.833 zł.

Pozwana zanegowała tym samym oba roszczenia powódki.

W toku procesu powódka wniosła o zasądzenie dochodzonych pozwem kwot na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu - na wypadek, gdyby brak było podstaw do zasądzenia z umowy, z powodu skutecznego odstąpienia od umowy bądź jej nieważności.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa również w oparciu o tą podstawę prawną wskazując, że strona powodowa nie zgłaszała żadnych uwag do dokumentacji na etapie zawierania umowy, a nadto podkreśliła, że roszczenie powódki o zapłatę w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu jest nieuzasadnione, bowiem pozwana wzywała powódkę do odbioru basenu, tj. do zwrotu świadczenia.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny :

Gmina M. S. przed 2007 rokiem przystąpiła do realizacji zadania zmierzającego do budowy basenu treningowego z przeciwrzędem w budynku krytego basenu pływackiego 50 - metrowego przy ul. (...) w S..

Założeniem gminy (inwestora) było wybudowanie basenu przeznaczonego dla treningu zawodników pływackich - dla sportu wyczynowego, a nie dla celów pływania amatorskiego.

Pierwszy etap realizacji zadania obejmował wykonanie dokumentacji projektowej, której częścią miała być Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonanie projektu architektonicznego zlecono architektowi M. O.. Przygotowywany przez M. O. projekt był projektem wielobranżowym, który zakładał przeprowadzenie robót z branży konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej i sanitarnej, a następnie wbudowanie w przygotowany otwór gotowego urządzenia (zakupionego od producenta) w postaci basenu z instalacją wytwarzającą przeciwrzęd.

A. M. O. konsultował się z producentem urządzeń – austriacką spółką (...). Członkiem zarządu tej spółki jest G. H.. W związku z pracami projektowymi i pracami przy przygotowywaniu specyfikacji pracownicy Gminy M. S. wraz z architektem pojechali do Austrii do siedziby spółki (...). W czasie wizyty u producenta basenów pracownicy Gminy M. S. uzyskali ulotki reklamowe dotyczące oferowanych produktów.

M. O. wiedział, że basen, dla którego przygotowywał projekt, musi zmieścić się w przeznaczonym na jego usytuowanie miejscu, dlatego zdawał sobie sprawę z ograniczenia dotyczącego rozmiarów urządzenia produkowanego przez (...).

Na prośbę M. O. G. H. przedstawił mu produkty firmy (...) - szczegółowo opisał dwie propozycje. Pierwszy proponowany wariant basenu - technicznie lepszy - posiadał trzynaście do czternastu turbin w dwóch rzędach, cena takiego zestawu bez akcesoriów dodatkowych wynosiła ponad 110.000 euro, produkt ten był jednak za duży dla istniejącej wnęki, przeznaczonej na umiejscowienie basenu w budynku (...) przy ul. (...) w S.. Drugi wariant basenu

przewidywał 7 turbin w jednym rzędzie, cena takiego zestawu bez akcesoriów dodatkowych wynosiła około 65.000 euro. Zestaw ten według zapewnień producenta gwarantował prędkość przepływu 2,5m/s na głębokości 50-70 cm licząc od lustra wody w dół. Osiągnięcie tego efektu na większej głębokości wymagało zastosowania urządzenia z dwoma lub nawet trzema rzędami turbin, dlatego efekt w postaci prędkości przepływu 2,5m/s na większej głębokości dawało tylko pierwsze z oferowanych urządzeń.

Mając na uwadze rozmiary pomieszczenia przeznaczonego na basen M. O. przygotował projekt architektoniczny wraz ze stanowiącą jego część Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (której elementem była specyfikacja techniczna) dla urządzenia z 7 turbinami. Projekt architekta M. O. zakładał wykonanie stosownego otworu w stropie, konstrukcji wsporczej dla basenu oraz projektów instalacyjnych, basen trzeba było bowiem podłączyć do wody i prądu, a także zakładał wykonanie drobnych zmian w wentylacji z uwagi na potrzebę zainstalowania w pomieszczeniu osuszacza powietrza. Projekt ten został wykonany dla konkretnego urządzenia produkowanego przez (...), tj. urządzenia z 7 turbinami.

Wykonanie zadania, polegającego na budowie basenu z przeciwprądem, które finansowała gmina, zgodnie z projektem M. O. miało polegać na zamontowaniu gotowego produktu w postaci basenu, tzw. „wanny”, o ustalonych gabarytach i parametrach technicznych w istniejącym budynku, w konkretnym wyznaczonym do tego miejscu. W specyfikacji podano dokładne wymiary gotowego urządzenia, jakim był basen z przeciwprądem.

dowód: zeznania świadka M. O. – karta 641-642

zeznania świadka K. B. – karta 502 verte-504

zeznania świadka G. H. – karta 647-651, tłumaczenie karta 662-665 verte

W 2010 roku Gmina M. S. zaprosiła do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane obejmujące zamontowanie basenu treningowego z przeciwprądem w budynku krytego basenu pływackiego 50 - metrowego przy ul. (...) w S..

W specyfikacji technicznej były zapisy dotyczące prędkości wody w basenie - wskazywano prędkość 2,5 m/s bez podania głębokości, na jakiej miała być osiągnana.

Przetarg wygrało Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K..

dowód: zeznania świadka P. B. – karta 587-591

zeznania świadka M. O. – karta 641-642

przesłuchanie prezesa zarządu powódki W. S. – karta 879-881

Spółka (...) przystąpiła do realizacji zamówienia.

Koordynatorem przy realizacji inwestycji w ramach prac zleconych przez spółkę (...) był P. B., prowadzący samodzielną działalność gospodarczą. Koordynował on prace związane z zakupem basenu u producenta, jego transportem oraz montażem.

Spółka (...) dokonała zakupu basenu w firmie (...) w Austrii. Basen został dostarczony do S. na miejsce montażu w dniu 3 września 2009 roku.

Po przetransportowaniu urządzenia okazało się, że wymiary gotowego urządzenia są inne niż wymiary podane w dokumentacji przetargowej. M. O. stwierdził, że przywiezione do S. przez spółkę (...) urządzenie – mimo odmiennych

wymiarów od podanych w projekcie architektonicznym – mieści się w przeznaczonym na basen otworze, ponieważ otwór zapewniał pewną rezerwę.

Mimo tego gmina unieważniła przetarg z uwagi na niezgodność wymiarów urządzenia z wymiarami podanymi w projekcie architektonicznym wykonanym przez M. O..

dowód: zeznania świadka P. B. – karta 587-591

zeznania świadka M. O. – karta 641-642

Przygotowana została ponownie dokumentacja przetargowa, w tym Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (której elementem była specyfikacja techniczna).

W przygotowaniu tej specyfikacji nie brał już udziału architekt M. O..

Specyfikacja została wykonana samodzielnie przez inwestora, to jest przez Biuro Zamówień Publicznych, funkcjonujące w ramach Gminy M. S.. Odbyło się to w ten sposób, że zarządzeniem prezydenta powołano Komisję Przetargową, która miała przypisane konkretne czynności, do których należało między innymi sporządzenie SIWZ.

W dziale inwestycji miejskich Gminy M. S. na stanowisku zastępcy dyrektora zatrudniona jest K. B.. Do działu, w którym zatrudniona jest K. B., przed opracowaniem specyfikacji przetargowej zgłosili się przedstawiciele środowiska pływackiego, w tym trener M. D., którzy przekazali swoje oczekiwania co do urządzenia, jakim miał być basen z przeciwprądem. Zgodnie z tymi oczekiwaniami basen miał spełniać trzy wymogi: miał być wykorzystywany do treningu szybkości, do analizy techniki pływania z zastrzeżeniem możliwości badania i analizowania techniki pływania użytkową (czyli taką jaką się posługuje zawodnik na zawodach, kiedy pływa z maksymalną prędkością badać), do badania wydolności zawodnika.

Twórcy nowej specyfikacji założyli, że aby osiągnąć te wymogi konieczne jest, żeby prąd w basenie osiągał prędkość 2,5 m/s na głębokości „strefy pływania”, którą rozumiano jako taką głębokość, do której sięga pływak w czasie pływania, czyli głębokość co najmniej 1,2 m licząc od lustra wody w dół.

dowód: zeznania świadka K. B. – karta 502 verte-504

zeznania świadka M. D. – karta 504 verte - 506

zeznania świadka P. B. – karta 587-591

zeznania świadka M. O. – karta 641-642

W dniu 15 lutego 2011 roku Gmina M. S. ponownie zaprosiła do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane obejmujące budowę basenu treningowego z przeciwprądem w budynku krytego basenu pływackiego 50 - metrowego przy ul. (...) w S..

Do przetargu przystąpiło Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K..

W dniu 16 marca 2011 roku gmina ogłosiła, że najkorzystniejszą ofertę zgłosiła spółka (...).

dowód: ogłoszenie o zamówieniu – wydruk z (...) karta 17-19

ogłoszenie o wyniku postępowania – wydruk z (...) karta 19-20

W czasie trwania procedury przetargowej, do momentu podpisania umowy, spółka (...) nie zgłaszała uwag ani pytań do specyfikacji.

Prezes zarządu spółki (...) W. S. nie zwrócił uwagi na to, że w nowej specyfikacji technicznej inaczej niż w poprzedniej określono przedmiot zamówienia, tj. na to, że były inne zapisy dotyczące przepływu wody z prędkością 2,5 m/s.

Nowe – w porównaniu z poprzednimi – zapisy specyfikacji technicznej przewidywały, że przepływ wody z prędkością 2,5 m/s miał wystąpić w szerokiej na 2,5 m „strefie pływania”, którą zdefiniowano w następujący sposób :

wymagana strefa pływania obejmuje podaną szerokość i długość nurtu, jak również głębokość warstwy nurtu, wymaganą przy sportowym ruchu pływackim (zapisy te zamieszczono w pozycjach : (...) – strona 2 specyfikacji technicznej). Ponadto w pozycji „opis elementów” – strona 9 specyfikacji technicznej wskazano, że pływanie z prędkością 2,5 m/s ma być możliwe w górnej i dolnej części basenu).

Pojawiły się też zapisy o „laminarnym” przepływie wody, co zdefiniowano w następujący sposób :

laminarność (bezwirowość) przepływu w strefie pływania (opływającym ciało w horyzontalnym położeniu pływackim) - (zapisy te zamieszczono w pozycji 004002 – strona 2 specyfikacji technicznej. Ponadto w pozycji „opis elementów” – strona 9 specyfikacji technicznej wskazano, że jednolity laminarny przepływ na całej szerokości i głębokości zbiornika zapewnia, że dwie osoby mogą pływać obok siebie.

dowód: zeznania świadka K. B. – karta 502 verte-504

przesłuchanie prezesa zarządu powódki W. S. – karta 879-881

specyfikacja techniczna - karta 71-80

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawiera zaproszenie do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane - budowę basenu treningowego z przeciwprądem w budynku krytego basenu pływackiego 50 - metrowego przy ul. (...) w S..

W specyfikacji wymieniono jako załączniki takie dokumenty jak: oferta cenowa, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykaz prac podobnych, wzór umowy, dokumentacja projektowa – projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiar robót.

W rozdziale XV - obejmującym opis przedmiotu zamówienia - zapisano, że zakres zamówienia obejmuje budowę niecki basenowej z przeciwprądem w budynku krytego basenu 50-metrowego przy ul. (...) w S., zgodnie z projektem wykonawczym zamiennym p.n.: „Kryty basen pływacki z trybunami i funkcjami towarzyszącymi - rozbudowa budynku (...) przy ul. (...)/ N.”, wykonanym przez Biuro M. O., M. A. s.j. ul. (...) w S..

Dalej wymieniono dokumentację projektową:

1) Projekt wykonawczy - zamienny: architektury z listopada 2010 roku, konstrukcji z września 2010 roku, instalacji sanitarnych z lutego 2010 roku, instalacji elektrycznych z lutego 2010 roku, technologii uzdatniania wody - podłączenie basenu treningowego ze stycznia 2010 roku

2) (...): roboty budowlane z listopada 2010 roku, technologia uzdatniania wody basenowej-podłączenie basenu treningowego ze stycznia 2010 roku, roboty elektryczne z lutego 2010 roku.

Zaznaczono również, że dokumenty przetargowe, tj. SIWZ wraz z załącznikami znajdują się na stronie internetowej zamawiającego.

dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia - karta 21-40

specyfikacje techniczne - karta 41-52, 53-70, 71-80

Jednym z elementów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia była specyfikacja techniczna.

W dokumencie tym – zatytułowanym : (...) - powołano się na projekt wykonawczy mgr inż. arch. M. O.. Dokument zawiera ogólny opis techniczny przedmiotu umowy, informacje dotyczące kanału przepływowego, w tym dane techniczne kanału i strumienia podwodnego, dołączono do niego kartę obejmującą „schemat basenu treningowego” oraz rysunek „podstawowe wymiary”, „warianty montażu panela sterującego”.

Szczegółowe zapisy specyfikacji są następujące:

Pozycja 003001 specyfikacji technicznej („Ogólny opis techniczny”) wskazuje:

W przedmiotowym obiekcie, w części pływalni sportowej ma zostać utworzony kanał przepływowy (imitujący nurt rzeki) do celów treningowych i przeprowadzania analiz. Kanał przepływowy ma mieć postać basenu o zwartej konstrukcji wyposażonego w urządzenie wytwarzające możliwie równomierny nurt wody na całej szerokości basenu, przy użyciu 7 turbin x 400V, 3000W. Układ napędowy, w szczególności napęd turbinowy musi emitować możliwie jak najmniej dźwięków materiałowych i przenoszonych przez powietrze do sąsiadujących z basenem pomieszczeń. Basen musi zostać wyposażony w izolację cieplną. Wszystkie części basenu muszą zostać odizolowane akustycznie. Dotrzymane muszą być właściwe przepisy bezpieczeństwa.

W ramach przygotowań budowlanych wykonano otwór w stropie, w którym ma zostać osadzony kanał przepływowy wraz z urządzeniami. Osadzenie ma być wykonane w taki sposób, aby wysokość basenu w pomieszczeniu obserwacyjnym wynosiła maksymalnie 1,5 m ponad gotową posadzką.

Basen musi działać w połączeniu z już istniejącym urządzeniem do uzdatniania wody i posiadać przewody przyłączeniowe z wymaganym osprzętem odcinającym. Na poziomie, na którym przeprowadzane będą analizy, ma być wstawiona szyba obserwacyjna o podanym minimalnym rozmiarze, która ma umożliwić badania i szkolenia pływackie.

Pozycja 004002 („Specyfikacja techniczna”) opisuje :

Wymagana strefa pływania obejmuje podaną szerokość i długość nurtu, jak również głębokość warstwy nurtu, wymaganą przy sportowym ruchu pływackim.

Należy osiągnąć jak najwyższą laminarność (bezwirowość) przepływu w strefie pływania (opływającym ciało w horyzontalnym położeniu pływackim).

Pozycja 004001 („Kanał przepływowy”) opisuje :

Basen z poziomo przepływającą wodą przez całą szerokość i głębokość strefy pływania. Przystosowany do treningów i analiz. Odporny na maksymalne obciążenie i długotrwałą pracę z możliwością wykorzystania komercyjnego. Przystosowany do wykorzystywanych w publicznych basenach urządzeniach uzdatniania wody, szczególnie urządzeń chlorujących wodę. Zwarte wykonanie z wykorzystaniem jak najmniejszej ilości miejsca. Energooszczędne jednostki napędowe i możliwości regulacji.

Pozycja (...) („kompletny kanał przepływowy”) zawiera następujące wytyczne:

Wykonanie kompletnego kanału przepływowego łącznie z technicznymi komponentami do wytwarzania nurtu, jak również szafą sterowniczą do regulacji peryferyjnych urządzeń instalacji. Przygotowanie i montaż wszystkich podłączeń do oczyszczania wody, ścieków, opróżniania, zaopatrywania w energię elektryczną oraz ogrzewania.

Korpus basenu: spawany z płyt polipropylenowych, wzmocniony konstrukcją stalową Sposób wbudowania: swobodny na ramie stalowej Izolacja cieplna z każdej strony przynajmniej 30mm.

Podłączenie odpowiadające za oczyszczanie wody: dwa skimery.

Poziomy przepływ wody przez basen.

Prędkość przepływu: 2,5m/s w szerokiej na 2,5m strefie pływania.

Dane techniczne kanału:

napięcie/siła prądu - (...)

obroty - max 1400 o/min

moc - 7 x 3 kW

waga - 3200 kg

poziom hałasu - max 42 decybele

przewodzenie wody - dno podwójne

Pozycja (...) („Kanał przepływowy strumień podwodny”) wskazuje :

dopłata do pozycji (...), dodatkowy strumień podwodny i możliwością oddzielnego sterowania, przystosowanie do prędkości wody wynoszącej ok. 2,5m/s i minimalnej długości strefy podwodnej wynoszącej ok. 4100mm.

Z możliwością wyłączenia lub zredukowania strumienia dla energooszczędnego użytkowania lub podczas treningów lub analiz, gdzie strumień podwodny nie jest potrzebny, jak również podczas testów.

W dalszej części specyfikacji technicznej zamieszczony został rysunek „schemat basenu treningowego”, po którym zamieszczono zapis zatytułowany „opis elementów”, o treści:

- 1)kasetę emitującą prąd wody z lametami zabezpieczającymi oraz
- 2)kanał wypływowy z lamelami
- 3)moduł sterujący z programem do treningu sportowego, display i uchwyt ponad wodą
- 4) dwa skimery

Grupą docelową dla tego rodzaju basenu treningowego są centra pływania i ośrodki sportowe. Basen jest idealny do pływania wyczynowego we wszystkich stylach pływackich.

Dzięki bardzo dużej mocy możliwe jest nawet pływanie z prędkością do 2,5 m/s tak w górnej jak i dolnej części, przez to basen jest idealny do sportu zawodowego.

Możliwy jest trening wytrzymałościowy, sprinterski ale również trening nurkowania fazowego.

Jednolity, laminarny przepływ na całej szerokości i głębokości zbiornika zapewnia, że dwie osoby mogą pływać obok siebie, bez utrudniania sobie. Poprzez opatentowany system napędu zapewniana jest spokojna powierzchnia wody, nawet przy dużych prędkościach pływania.

dowód: specyfikacja techniczna - karta 71-80

W dniu 28 marca 2011 roku Gmin M. S. zawarła ze spółką (...) umowę o roboty budowlane nr (...).

Zgodnie z § 1 pkt 1 umowy Gmina M. S. zleciła spółce (...) wykonanie przedmiotu umowy polegającego na budowie basenu z przeciwpływem w budynku krytego basenu pływackiego 50-melrowego przy ul. (...) w S..

W § 1 pkt 2 zaznaczono, że podstawę wykonania zamówienia stanowi:

1) projekt wykonawczy pn. „Kryty basen pływakki z trybunami i funkcjami towarzyszącymi - rozbudowa budynku (...) przy ul. (...)/ N.” - wykonany przez Biuro: M. O., M. A. s.j. ul. (...) ,(...)-(...) S., w tym: a) projekt wykonawczy - zamienny: architektury z listopada 2010 r., konstrukcji z września 2010 r., instalacji sanitarnych z lutego 2010 r., instalacji elektrycznych z lutego 2010 r., technologii uzdatniania wody - podłączenie basenu treningowego ze stycznia 2010 r.

2) (...): roboty budowlane z listopada 2010 r., technologia uzdalnianiu wody basenowej- podłączenie basenu treningowego ze stycznia 2010 r., roboty elektryczne z lutego 2010 r.

W § 4 umowy wykonawca - spółka (...) - zobowiązała się do wykonania przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 1 zgodnie z dokumentacją projektową, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz obowiązującymi przepisami prawa, zasadami sztuki budowlanej, wiedzy technicznej i wymogami poczynionych uzgodnień.

W § 5 umowy spółką (...) oświadczała, że zapoznała się z dokumentacją projektową, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, nie wnosi do nich uwag oraz uznaje je za podstawę realizacji przedmiotu niniejszej umowy.

W zakresie terminu wykonania przedmiotu umowy wskazano, że nie będzie on dłuższy niż 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy. Nadto strony postanowiły, że przedmiotem odbioru końcowego będzie przedmiot umowy, a odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpi na podstawie protokołu końcowego odbioru robót (§ 8).

Za wykonanie przedmiotu umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 948.330,00 zł (łącznie z podatkiem VAT), obejmujące wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy (§ 9).

W § 13 strony przewidziały, że wykonawca dostarczy zamawiającemu, najpóźniej w dniu zawarcia umowy, zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 94.833,00 zł. Wniesione zabezpieczenie przeznaczone jest na zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zwrot zabezpieczenia przez zamawiającego nastąpi: 70% kwoty zabezpieczenia zostanie zwrócone w terminie 30 dni od dnia wykonania umowy i uznania przez zamawiającego za należyte wykonaną; 30% kwoty zabezpieczenia zostanie zwrócone w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady.

W § 15 dotyczącym kar umownych przewidziano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne, między innymi za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto (pkt 1 ust. 3).

Umowa została podpisana w imieniu zamawiającego przez Zastępcę Prezydenta Miasta A. B. i Dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich P. S. (1) oraz w imieniu wykonawcy przez prezesa zarządu spółki (...) W. S..

dowód: umowa z dnia 28.03.2011 r. - karta 13-16

Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy dotyczącej budowy basenu z przeciwprądem przy ul. (...) w S. spółka (...) wpłaciła Gminie M. S. kwotę 94.833 zł.

dowód: wyciąg elektroniczny z rachunku bankowego z dnia 22.03.2011 r. - karta 87

Realizacją umowy nr (...) i jej nadzorowaniem z ramienia gminy zajmowała się między innymi K. B. - zatrudniona w Gminie M. S. na stanowisku dyrektora w wydziale inwestycji miejskich.

dowód: zeznania świadka K. B. – karta 502 verte-504

W piśmie z dnia 17 czerwca 2011 roku spółka (...) zgłosiła gotowość do odbioru końcowego zadania ujętego w umowie nr (...).

dowód: pismo powódki z dnia 27.06.2011 r. – 191

Montaż basenu dokonany przez spółkę (...) jest zgodny z dokumentacją projektową stworzoną przez M. O..

Urządzenie (basen) odpowiada parametrom określonym w specyfikacji technicznej w zakresie opisanym w pozycji (...) („kompletny kanał przepływowy”) w punkcie 1.1. „dane techniczne kanału” – w szczególności posiada 7 turbin o mocy 3 kW każda (łącznie 21 kW), odpowiada też innym wymogom technicznym opisanym w tym punkcie.

fakty niesporne (por. oświadczenia pełnomocników stron złożone na pierwszej rozprawie

co do faktów niespornych)

Niecka basenu ma kształt prostopadłościanu o wewnętrznej długości 4,95 m i szerokości 2,60 m. Jej wymiar pionowy (głębokość wody w stanie spoczynku) wynosi 1,26 m. Głębokość w czasie pracy może być określona z dokładnością do około 0,15 m, ze względu na sfalowanie i spienienie powierzchni płynącej wody. W przedniej ścianie basenu umieszczono wlot wody, przykryty maskownicą o długości 2,00 m i wysokości 0,25 m. Wykonano w niej 20 pionowych szczelin o szerokości 0,10 m każda. Nad maskownicą umieszczono skrzynkę sterowniczą. W tylnej ścianie umieszczono łukowato wygiętą szczelinową maskownicę odpływu. Jej górna krawędź jest zatopiona 0,30 m pod górną krawędzią niecki, zaś dolna (przesunięta 0,50 m do środka] - 0,63 m.

Pole prędkości przepływu wody w basenie wykazuje wyraźną strukturę wewnętrzną. W górnej strefie wody (o głębokości około 0,30 - 0,40 m) przebiega najszybszy nurt. Pod nim wytwarza się wydłużony wir o osi poziomej, wzdłuż szerokości niecki, jest on silniejszy w części odpływowej, zaś słabszy w części wlotowej, co szczególnie dobrze widać w czasie pracy obiektu, gdy jest możliwość obserwacji unoszonych przez wodę pęcherzyków powietrza. Wir ten wykazuje też charakter przestrzenny, gdyż w widoku z góry ujawniają się dwie struktury wirowe o osiach pionowych, po lewej i prawej stronie basenu.

Przepływ cechuje się silną niejednorodnością w czasie. Nie zmienia ona ogólnego charakteru wyżej omówionej struktury, ale jest odczuwalna i dostrzegalna. Pomiary przed uśrednieniem pokazują tu dwie skale czasowe - pulsacje krótkookresowe (zachodzące w czasie krótszym niż jedna sekunda) oraz wiry o większej skali (rzędu kilku sekund), ilościowym tego wyrazem jest bardzo wysokie odchylenie standardowe (miara średniego rozrzutu odczytów wokół wartości przeciętnej), które w strefie prędkości mniejszych (w pobliżu dna i ścianek) jest nawet kilka razy większe od prędkości średniej, a przy prędkościach większych (blisko osi i powierzchni basenu) sięga 30-40 % prędkości przepływu. Średnie dla dwóch górnych warstw wody. Wynoszą one:

Dla mocy maksymalnej:

Okolo 0,15 m pod powierzchnią wody:

prędkość średnia: +0,96 m/s, przeciętnie w granicach od +0,53 do +1,39 m/s (odchylenie standardowe 0,43 m/s)

Okolo 0,40 m pod powierzchnią wody:

prędkość średnia: +0,19 m/s, przeciętnie w granicach od - 0,05 do +0,43 m/s (odchylenie standardowe 0,24 m/s)

Dla 50% mocy maksymalnej:

Okolo 0,15 m pod powierzchnią wody:

prędkość średnia: +0,64 m/s, przeciętnie w granicach od +0,14 do 1,14 m/s (odchylenie standardowe 0,50 m/s)

Okolo 0,40 m pod powierzchnią wody:

prędkość średnia: +0,16 m/s, przeciętnie w granicach od -0,03 do +0,35 m/s

(odchylenie standardowe 0,19 m/s)

dowód: opinia instytutu naukowo-badawczego : Politechniki G., Wydział (...), Katedra Hydrotechniki - karta 731-755

W dniu 29 czerwca 2011 roku Gmina M. S. poinformowała spółkę (...), że w związku ze zgłoszeniem zakończenia robót budowlanych przy budowie basenu w dniu 6 czerwca 2011 roku odbędzie się „próba techniczna” basenu z udziałem pływaków i trenera, pozytywny wynik próby będzie zaś jedną z podstaw odbioru urządzenia.

dowód: pismo z dnia 29.06. 2011 r. z potwierdzeniem odbioru - karta 104-107 oraz 193

W dniu 6 lipca 2011 roku w ramach czynności odbioru prac objętych umową nr (...) odbył się odbiór techniczny.

W czynnościach tych udział wzięli przedstawiciele gminy, przedstawiciel inżyniera kontraktu, który nadzorował wykonanie robót, przedstawiciel wykonawcy - kierownik budowy, dwóch trenerów, pływak, architekt oraz osoby reprezentujące użytkownika - MOSIR.

W trakcie odbioru spółka (...) nie przedstawiła dokumentacji powykonawczej oraz protokołów z pomiarów i prób. Dokumenty te nie były jednak w tym momencie wymagane przez Gminę M. S. z uwagi na to, że wykonywane czynności były traktowane jak odbiór techniczny, a nie odbiór końcowy.

Jako przedstawiciel gminy w odbiorze technicznym uczestniczyła K. B. – dyrektor wydziału inwestycji miejskich.

W ramach przeglądu dokonano próby technicznej basenu polegającej na tym, że w wypełnionym wodą basenie zostały uruchomione wszystkie urządzenia, a następnie pływak w osobie P. S. (2) - mistrza świata w pływaniu na 800m stylem dowolnym - wszedł do wody i według wskazań trenera M. D. rozpoczął trening pływacki.

Przed wejściem pływaka do basenu zgłaszane były uwagi zgromadzonych osób co do samego procesu przepływu wody, w tym co do braku równomiernego przepływu wody, „wychlapywania” wody, niewskazywania przez miernik jaki jest przepływ nurtu wody.

Testowanie basenu z udziałem P. S. (2) rozpoczęto od najniższych prędkości prądu, tj. od 0 do 2 m/s. Pierwsze wrażenia P. S. (2) odpowiadały wymogom basenu przeznaczonego dla sportu wyczynowego, jednakże po przyspieszeniu prędkości okazało się, że prędkość wody jest niewystarczająca, aby zawodnik uzyskał swoją prędkość maksymalną. Przy uzyskaniu maksymalnej prędkości maszyn prędkość P. S. (2) nie była maksymalna i nie odczuwał on zmęczenia, woda płynęła bowiem za wolno. Kolejną kwestią, jaką stwierdził P. S. (2) w czasie treningu był fakt, że woda – która powinna płynąć na całej głębokości strefy pływania z jednolitą prędkością – płynęła z określoną prędkością na głębokości kilkunastu centymetrów w dół licząc od lustra wody, głębiej prędkość była coraz mniejsza, na samym dnie woda stała w miejscu. Po zanurkowaniu P. S. (2) stwierdził brak ciągu wody, wskazał jednocześnie, że woda powinna płynąć tam z taką samą prędkością jak przy powierzchni. P. S. (2) stwierdził także, że kanał nie jest w stanie odbierać wody. Tafla powinna być płaska, a woda która wpływa z dyszy powinna być w tym samym tempie zabierana przez otwory z drugiej strony basenu. Tak jednak nie było - woda wylewała się, a otwory nie były w stanie jej zbierać, powstawała fala, która ma negatywny wpływ na technikę pływania, a trenowanie techniki P. S. (2) uznał za jedną z podstawowych funkcji basenu.

Trener M. D. w trakcie testów zauważył, że turbiny produkują dużą falę, umiejscowienie turbin jest wysokie, a więc mało wody płynęło nad turbinami. Zauważył też, że turbiny produkują prąd wody na głębokości około 30 cm licząc od lustra wody, a odbiór tej wody przez turbiny, które umiejscowione są niżej powoduje, że woda płynąc z dużą prędkością odbija się od ściany, powodując wylewanie się tej wody na zewnątrz i dopiero potem odbierana jest przez turbiny niżej

zamieszczone - odbierające wodę z basenu. Nadto dostrzegł, że woda z dużą prędkością płynęła tylko na powierzchni, a poniżej - czyli w strefie pływania zawodnika - nie przemieszczała się. M. D. opierając się na swojej wiedzy założył, że trening szybkości można wykonać gdy woda przepływa z dużą prędkością w całej strefie pływania, która dla każdego stylu pływania wynosi 1 m - 1,2 m od lustra wody w dół, żadnym stylem nie pływa się natomiast na głębokości 30 cm. Z powyższych względów M. D. uznał, że basen nie spełnia oczekiwań środowiska pływackiego związanych z trenowaniem szybkości, nie zapewniał odpowiedniej prędkości strumienia wody w strefie pływania o głębokości wynoszącej 1-1,2 m licząc od lustra wody w dół, nie spełniał też wymogu laminarnego przepływu wody, czyli braku występowania fal.

W czynnościach dotyczących testowania basenu wziął również udział zaproszony pracownik (...). W czasie przeprowadzonej na basenie próby J. T. stwierdził, że przy niewielkim wysiłku, przy prędkościach wypływu wody, które były zbliżone do prędkości pływania rekordzisty świata, zawodnik był w stanie się utrzymać przez dłuższy okres czasu. Jego zdaniem nie odpowiadało to oczekiwaniom, zgodnie z którymi istotnym było, aby zawodnik poruszał się z maksymalnym wysiłkiem przy parametrach maksymalnej prędkości pływania, do tego celu potrzebne jest zaś, aby woda płynęła z dużą prędkością także w tej strefie, gdzie zawodnik ma ramię - ramię powinno gonić wodę uciekającą, tymczasem na niej się opierało. J. T. uznał, że przy takim stanie rzeczy nie można w tym basenie robić badań fizjologicznych, nie można korygować techniki pływania przy maksymalnych prędkościach, ani odbywać treningu przy maksymalnych prędkościach. Najważniejsze parametry nie zostały więc jego zdaniem spełnione. J. T. przedstawił również uwagi związane z ziarnistością kamery i ze zbyt dużym zafalowaniem, przeszkadzającym w odbywaniu treningów i ćwiczeń.

Z czynności przeglądu technicznego sporządzony został protokół, w którym stwierdzono, że zamontowane i zaprezentowane urządzenie nie spełnia wymogów Specyfikacji (...) w następujących punktach:

- a) (...) w zakresie obejmującym budowę dodatkowego basenu z przeciwbieżem - w punkcie 004001 oraz (...)
- b) brak jest informacji o prędkości wody w [m/s] wyświetlanej na monitorze.
- c) brak jest podestu ze stali nierdzewnej opisanego w Dokumentacji Projektowej
- d) konstrukcja wsporcza nad turbinami nie została zabezpieczona antykorozyjnie.
- e) kabel kamery winien zostać zabezpieczony przed uszkodzeniem i wodą dając możliwość odłączenia kamery.

Dalej wskazano, że wykonawca nie przekazał dokumentacji powykonawczej.

Wskazując na powyższe zapisano, że Inspektorzy Nadzoru Inwestorskiego stwierdzają, iż obecny stan realizacji zadania w uwagi na w/w zastrzeżenia nie daje możliwości dokonania odbioru końcowego przedmiotowej inwestycji.

Protokół został podpisany przez inspektorów nadzoru W. G., H. J., L. B. oraz przez kierownika budowy T. S..

dowód: protokół z dnia 06.07.2011 r. - karta 108

zeznania świadka K. B. – karta 502 verte-504

zeznania świadka M. D. – karta 504 verte – 506

zeznania świadka J. T. – karta 506 verte - 507

zeznania świadka P. S. (2) – karta 507-508

W piśmie z dnia 6 lipca 2011 roku Gmina M. S. poinformowała spółkę (...), że w związku ze zgłoszeniem zakończenia robót budowlanych przy budowie basenu po dokonaniu prezentacji i rozruchu technicznego basenu z udziałem pływaka stwierdzono, że przedmiot umowy nie został zakończony.

Jednocześnie zwrócono się o ponowne zgłoszenie przedmiotu umowy do odbioru po usunięciu braków i przeprowadzeniu wszystkich prób technicznych wraz z pomiarami.

Do pisma załączono protokół z dnia 6 lipca 2011 roku.

dowód: pismo pozwanej z dnia 06.07.2011 r. z potwierdzeniem odbioru - karta 106-107

W piśmie z dnia 7 lipca 2011 roku spółka (...) nawiązując do spotkania odbiorowego powiadomiła, że w dniu 12 lipca 2011 roku na obiekt pływalni przybędzie przedstawiciel producenta basenu treningowego, z którym biuro (...) uzgodniło wymogi techniczne basenu zamieszczone w specyfikacji. Wskazując na powyższe spółka (...) zwróciła się o przybycie przedstawicieli zamawiającego w celu wyjaśnienia spornych kwestii dotyczących sposobu działania i użytkowania basenu.

dowód: pismo powódki z dnia 07.07.2011 r. - karta 190

W piśmie z dnia 13 lipca 2011 roku spółka (...) ponownie zgłosiła do odbioru roboty zakończone na dzień 25 czerwca 2011 roku, ujęte w umowie (...).

W piśmie wskazano, że na spotkaniu w dniu 12 lipca 2011 roku, zorganizowanym w związku z niejasnościami dotyczącymi odbioru basenu, przedstawiciel producenta treningowego basenu z przeciwrądem - firmy (...) - wyjaśnił niejasne kwestie zapisów specyfikacji technicznej, które ujęte zostały w protokole z przeglądu technicznego z dnia 6 lipca 2011 roku. Producent wyjaśnił, że „głębokość strefy pływania” nie jest równoznaczna z głębokością basenu (pkt 004001 specyfikacji). Przy gabarytach basenu narzuconych w projekcie technicznym nie jest możliwe uzyskanie przepływu na całej głębokości basenu treningowego. Zwiększenie głębokości poziomego przepływu wody wiązałoby się z dodatkowym rzędem turbin, a to jest już zupełnie inny produkt, o znacznie wydłużonej i odmiennej konstrukcji, która nie zmieściłaby się w pomieszczeniu przeznaczonym do lokalizacji basenu. Dodatkowy strumień podwodny opisany w pkt. (...) to kanał pod dnem basenu (podwójne dno oddzielające strumienie wody wyrzucanej przez dyszę oraz strumień powrotny). Taka konstrukcja basenu pozwala na uzyskanie wymaganej w specyfikacji prędkości przepływu wody w basenie treningowym czyli 2,5 m/s (strumień wody rozpędzany jest na całej długości basenu pod jego dnem). Sterowanie pracą turbin zostało ustawione w taki sposób, że przy 100 % wydajności turbin przepływ wody w basenie wynosi 2,5 m/s. Pomiarów dokonano za pomocą odpowiedniego urządzenia pomiarowego w obecności inwestora, użytkownika i projektanta. Producent potwierdził również 100% zgodności zainstalowanego basenu z przeciwrądem ze specyfikacją przetargową (w której to zawarto opis tego produktu).

Odnosząc się do kolejnych uwag zawartych w pkt. 1 protokołu, spółka (...) poinformowała, iż dokumentacja projektowa nie przewiduje wyświetlania prędkości przepływu wody w m/s. Nadto wskazała, że podest ze stali nierdzewnej został wykonany, z uwagi na zalecenia na budowie został zdemontowany w celu przerobienia zgodnie z dokumentacją zamienną przekazaną w dniu 21 czerwca 2011 roku. Kolejne uwagi ujęte w protokole spółka uznała za drobne usterki, a nie wady uniemożliwiające dokonanie odbioru końcowego.

Dalej zaznaczono, że spotkanie w dniu 6 lipca 2011 roku miało mieć charakter prób będących jednym z elementów odbioru końcowego, a nie odbiorem końcowym. Kompletna dokumentacja, zgodnie z wytycznymi zawartymi w protokole z dnia 6 lipca 2011 roku zostanie więc przekazana w wyznaczonym dniu odbioru końcowego.

dowód: pismo powódki z dnia 13.07.2011 r. - karta 141 -143

W piśmie z dnia 21 lipca 2011 roku - stanowiącym odpowiedź na ponowne zgłoszenie przez spółkę (...) do odbioru basenu - Gmina M. S. poinformowała, że basen nie spełnia warunków postawionych w umowie i Specyfikacji Warunków Zamówienia i Specyfikacji (...), w związku z czym nie może być odebrany.

Gmina wyjaśniła, że przedmiotem dostawy i montażu miał być basen z przeciwrądem wodnym (tzw. kanał przepływowy), przeznaczony do pływania wyczynowego we wszystkich stylach pływackich, w którym dzięki dużej

mocy zainstalowanych turbin nurt wodny może osiągać prędkość 2,5 m/s w górnej jak i dolnej części), przez co basen miał być idealny do sportu zawodowego, w tym prowadzenia treningu wytrzymałościowego, sprinterskiego jak również nurkowania nowego. Przepływ wody miał mieć charakter laminarny w całej strefie pływania. W Specyfikacji (...) warunek ten określono następująco: szerokość: 2,5 m, długość - równa całkowitej długości basenu, głębokość nurtu - równa „strefie pływania”.

Dalej wskazano, że w dniu 20 lipca 2011 roku w obecności użytkownika, trenerów, projektanta i zamawiającego dokonano doświadczalnego określenia minimalnej głębokości strefy pływania (nurtu) - przy udziale pływaka. W efekcie stwierdzono, że wymagana minimalna głębokość nurtu powinna być nie mniejsza niż 1,2 m. W rzeczywistości zamontowany układ napędowy składający się z 7 turbin o mocy 3 kW każda poprzez dysze usytuowane w górnej części niecki emituje nurt wodny o głębokości tylko 30 – 40 cm. Wynika stąd, że faktyczna głębokość nurtu wodnego nie jest równa wymaganej.

Dodatkowo odnosząc się do treści zapisu w punkcie (...) Specyfikacji (...) gmina nie zgodziła się z tym, że zapis ten dotyczył kanału pod dnem (tj. podwójnego dna) oddzielającego strumień wody wyrzucanej przez dysze od strumienia powrotnego.

Wskazując na powyższe gmina stwierdziła że zamontowany basen nie spełnia podstawowych warunków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i nie jest przydatny do prowadzenia treningu wyczynowego.

dowód: pismo pozwanej z dnia 21.07 2011 r. z potwierdzeniem odbioru - karta 109-111

W piśmie z dnia 26 lipca 2011 roku spółka (...) zwróciła się do niemieckiej spółki działającej pod firmą (...), z siedzibą w L., z prośbą o ocenę możliwości wykonania kanału przepływowego w pomieszczeniu o wymiarach 10mx7mx3m, wskazując przy tym, że pod basen wykonany został otwór w stropie 6,32m x 2,90m bez możliwości powiększenia otworu. Podano, że nurt wody ma osiągać prędkość do 2,5 m/s na 2,5 m szerokości i na całej głębokości zbiornika - minimum 1,20m, wysokość basenu może wynosić maksymalnie 1,5 m ponad posadzką.

W odpowiedzi W. F. - przedstawiciel firmy (...) - poinformował, że podane pomieszczenie jest za małe. Do zbiornika przepływowego o (normalnej = minimalnej) długości pływania wynoszącej od 5m konieczna jest długość zewnętrzna wynosząca 8,35 m oraz szerokość zewnętrzna 2,72 m, jeżeli szerokość pływania ma wynosić 2,5 m. Głębokość wody powinna wynosić 1,35 m - wtedy potrzeba całe 2,5 metra wysokości zewnętrznej, w przeciwnym razie woda będzie się ciągle przelewać z powodu powstawania fal oraz rozprysków powodowanych pływaniem. Jednak nad zbiornikiem musi być jeszcze rozsądna wolna przestrzeń (2 m), ponieważ osoby pływające stoją przecież też na podeście brzegowym.

dowód: pismo powódki z dnia 26.07.2011 r. - karta 249, 485

korespondencja elektroniczna z 26.07.2011 r. w j. niemieckim - karta 250, 486, tłumaczenie karta 251, 487

A. M. O. w piśmie z dnia 4 sierpnia 2011 roku - nawiązując do pisma spółki (...) - wyjaśnił, że zrealizowany przez biuro projekt budowlany i wykonawczy określa zakres prac budowlanych i instalacyjnych niezbędnych do montażu basenu z przeciwprądem, tzn. opisuje jego zewnętrzne gabaryty oraz sposób podłączenia do istniejących instalacji w budynku. Nie opisuje szczegółowo zasad jego działania, ani wymogów dotyczących samego urządzenia. Opis funkcji oraz parametrów technicznych parametrów technicznych zawarty został w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, która to specyfikacja powstała we współpracy z inwestorem.

dowód: pismo projektanta M. O. - karta 115

W dniu 4 sierpnia 2011 roku spółka (...) wystawiła na rzecz Gminy M. S. fakturę VAT nr (...) na kwotę 948.330 zł brutto, jako tytuł płatności wskazano budowę basenu z przeciwprądem w budynku krytego basenu pływackiego

50-metrowego przy ul. (...) w S.; jako sposób zapłaty wskazano przelew, w terminie 30 dni od daty wystawiania dokumentu.

W uwagach zaznaczono, że faktura dotyczy umowy nr (...) oraz końcowego protokołu wykonania robót z dnia 6 lipca 2011 roku.

W tym samym dniu - 4 sierpnia 2011 roku - spółka (...) sporządziła również protokół przekazania dokumentacji, w który wymienione zostały przekazywane dokumenty.

dowód: faktura VAT nr (...) - karta 81

protokół z dnia 04.08.2011 r. - karta 82

W piśmie z dnia 10 sierpnia 2011 roku Gmina M. S. podtrzymała stanowisko w sprawie odmowy odbioru basenu z przeciwprądem wskazując, że przedmiot umowy zgłoszony do odbioru końcowego posiada wadę uniemożliwiającą jego użytkowanie do celu, jakiemu miał służyć. Podkreśliła również, że zamówienie powinno być wykonane na podstawie dokumentów opisanych w § 1 ust. 2 umowy, jednym zaś z elementów składowych tych dokumentów jest tom nazwany: „(...) w zakresie obejmującym budowę dodatkowego basenu treningowego z przeciwprądem”. W tym tomie opisane były wymogi techniczne dla przedmiotowego basenu, w tym również ten sporny - aby nurt wodny obejmował całą szerokość i głębokość basenu (punkt 004001 C).

Ponadto w odpowiedzi na informacje dotyczące kontaktów spółki (...) z projektantem – M. O. – gmina stwierdziła, że organizowane były one z inicjatywy spółki i na własne ryzyko. W § 3 zawartej umowy jednoznacznie wskazano osoby uprawnione przez Zamawiającego do kontaktu z Wykonawcą.

Ostateczny termin usunięcia wad przedmiotu zamówienia wyznaczono na dzień 29 sierpnia 2011 roku.

dowód: pismo pozwanej z 10.08.2011 r. wraz z potwierdzeniem odbioru - karta 112 - 114

W piśmie z dnia 12 sierpnia 2011 roku Gmina M. S. odmówiła zapłaty za fakturę VAT nr (...) wskazując, że została ona wystawiona niezgodnie z warunkami umowy, gdyż zgodnie z zapisami § 10 ust. 3 umowy faktura końcowa powinna być wystawiona po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy i podpisaniu protokołu końcowego odbioru robót bez wad i usterek. Do dnia dzisiejszego odbiór końcowy nie został jednak zakończony. Ze względu na wady przedmiotu umowy, stwierdzone podczas uruchomienia basenu, nie został podpisany protokół odbioru końcowego. Dalej wskazano, że do czasu podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad i usterek bieg terminu płatności faktury zostaje wstrzymany.

dowód: pismo pozwanej z 12.08.2011 r. wraz z potwierdzeniem odbioru karta 116-117

W piśmie z dnia 25 października 2011 roku Gmina M. S. powołując się na okoliczności, o których mowa w art. 637 § 2 k.c., złożyła spółce (...) oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane nr (...).

Jednocześnie wezwała do usunięcia wadliwego przedmiotu umowy wykonanego niezgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazując na konieczność demontażu szklanej ściany elewacji budynku basenu w celu usunięcia przedmiotu umowy wezwała do wykonania tej czynności w okresie wiosennym - w terminie do dnia 3 kwietnia 2012 roku.

W uzasadnieniu pisma wskazano, że na mocy umowy zawartej w trybie przetargu publicznego wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z opisem zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Po zakończeniu robót i zgłoszeniu do odbioru okazało się, że basen treningowy nie spełnia wymogów określonych w SIWZ i w umowie. Zamawiający wezwał wykonawcę do usunięcia wad przedmiotu umowy wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin, który minął bezskutecznie. Wobec powyższego zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od przedmiotowej umowy.

dowód: oświadczenie o odstąpieniu z wyciągiem z książki nadawczej - karta 118-119

W piśmie z dnia 19 października 2011 roku spółka (...) wezwała Gminę M. S. do zapłaty kwoty 1.014.713,10 zł wynikającej z wykonania prac opisanych umową nr (...), w tym kwoty 948.330 zł tytułem faktury VAT nr (...) oraz kwoty 66.383,10 zł tytułem zwrotu 70% kaucji gwarancyjnej.

dowód: wezwanie do zapłaty z 19.11.2011 z wyciągiem z książki nadawczej - karta 88-89

W dniu 31 października 2011 roku Gmina M. S. obciążyła spółkę (...) notą księgową nr (...) na kwotę 94.833 zł. W treści noty zapisano, że zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 3) umowy (...) spółka (...) obciążana została karą umowną z powodu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

dowód: nota księgowa nr (...) z potwierdzeniem odbioru - karta 124-125

W piśmie z dnia 3 listopada 2011 roku Gmina M. S. -Wydział Inwestycji Miejskich poinformowała spółkę (...), że zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 3) umowy (...) naliczyła kary umowne za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10 % kwoty wynagrodzenia brutto. Wskazała również, że na tę okoliczność została wystawiona nota księgowa nr (...) na kwotę 94.833 zł. W piśmie zwrócono się jednocześnie o podpisanie i odesłanie kopii załączonej noty. Dalej zaznaczono, że należność zostanie skompensowana z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy złożonym zamawiającemu przez spółkę (...) w dniu podpisania umowy.

Pismem z tego samego dnia dyrektor Wydziału Inwestycji Miejskich Gminy M. S. zwrócił się do wydziału księgowości o zaliczenie kwoty 94.833 zł złożonej przez spółkę (...) jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy nr (...) na poczet zapłaty noty księgowej nr (...).

W kolejnym piśmie do spółki (...), z dnia 3 listopada 2011 roku, Gmina M. S. udzieliła odpowiedzi na wezwanie do zapłaty z dnia 19 października 2011 roku oraz poinformowała, że podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie odmowy przyjęcia przedmiotu umowy nr (...), jako wykonanego niezgodnie z umową i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Zaznaczyła, że w dniu 25 października 2011 roku zostało wysłane oświadczenie o odstąpieniu od umowy, tym samym faktura VAT nr (...) pozostaje bez zapłaty. Dodatkowo wskazała, że w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zostały naliczone kary umowne, zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 3), w wysokości 10 % kwoty wynagrodzenia brutto. Roszczenie o kary umowne zostało zaspokojone z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

dowód: pismo pozwanej z dnia 03.11.2011 r. - karta 120

pismo pozwanej z dnia 03.11.2011 r. z potwierdzeniem odbioru - karta 121,122

pismo dyrektora Wydział Inwestycji Miejskich z dnia 03.11.2011 r. - karta 123

W piśmie z dnia 30 listopada 2011 roku spółka (...) w nawiązaniu do wcześniejszej korespondencji dotyczącej basenu z przeciwprądem typu LD- POOL model SUPER PRO, zamontowanego przy ul. (...) w S., zwróciła się do G. H. z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w szczególności w zakresie:

1. czy według wiedzy i obserwacji G. H. basen z przeciwprądem został wykonany zgodnie z projektem oraz zgodnie z chronionymi patentem rozwiązaniami technicznymi (...) oraz czy osiąga parametry przewidziane specyfikacją techniczną,
2. jakie znaczenie mają zapisy w Specyfikacji (...) z listopada 2010 roku znajdujące się w pkt (...) oraz na stronie 9,
3. czy dokumentacja będąca załącznikiem do umowy z dnia 28 marca 2010 roku oraz parametry pomieszczenia budynku, w którym basen został wykonany, przewidują zamontowanie drugiego rzędu turbin oraz uzyskanie efektu

jednolitego laminarnego przepływu na całej szerokości i głębokości zbiornika, w tym uzyskanie prędkości wody wynoszącej ok. 2,5 m/s i minimalnej długości strefy podwodnej wynoszącej ok. 4.100 mm.

W załączeniu przekazano kartę techniczną zakupionego basenu z przeciwpływem oraz kompletną dokumentację techniczną i przetargową wraz z umową o roboty budowlane.

G. H. w odpowiedzi - w piśmie z dnia 9 grudnia 2011 roku - wskazał, że basen z przeciwpływem zamontowany w S. został wykonany zgodnie z projektem i udostępnioną dokumentacją. Zgodnie z opisem technicznym oraz dokumentacją projektową basen powinien posiadać jeden rząd turbin w liczbie 7 sztuk, każda o mocy 3 kW. Ponadto w specyfikacji określono szczegółowo parametry kanału przepływowego, co także miało istotny wpływ na efekt wydajności zamontowanego urządzenia. Wszelkie zapisy dotyczące uzyskiwanych przez basen z przeciwpływem wydajności są uzależnione od założeń określonych w dokumentacji technicznej i projektowej. Dalej G. H. wskazał, że basen został zrealizowany zgodnie z chronionymi patentem rozwiązaniami technicznymi (...) jego autorstwa. Jakikolwiek inne rozwiązania lub zmiany dostarczonego produktu stanowiłyby ewentualnie naruszenie praw przysługujących z patentów lub postanowień gwarancyjnych firmy (...).

Dalej zaznaczył, że w oparciu o znaną mu Specyfikację Techniczną Wykonania oraz znanego wymogu zbudowania w obrębie budynku dodatkowego basenu treningowego z przeciwpływem, prawdopodobnie omyłkowo użyto treści pochodzących z prospektów reklamowych dotyczących innych modeli basenów. Prawdopodobnie przez niedopatrzenie i brak późniejszej weryfikacji na etapie projektowania w którejś fazie projektowej doszło do założenia odnośnie zupełnie innych basenów marki (...) - basenu z podwójnym rzędem turbin. Fragmenty reklamowe zostały prawdopodobnie, wstawione omyłkowo, gdyż zupełnie nie przystają do całokształtu dokumentacji i projektu basenu. Uzyskiwanie efektów opisanych w piśmie z dnia 30 listopada 2011 roku dotyczy zaprojektowania i wykonania basenu z dwoma lub trzema rzędami turbin i przy zastosowaniu zupełnie odmiennych warunków technicznych, a zatem chodzi o zupełnie inne baseny i inne rozwiązania, niż były przewidziane w S. przy ul. (...). Znana firmie (...) dokumentacja będąca podstawą zawarcia przez tę firmę umowy ze spółka (...) oraz parametry pomieszczenia budynku, w którym basen został wykonany, nie przewidują zamontowania drugiego rzędu turbin oraz nie przewidują uzyskania efektu jednolitego laminarnego przepływu na całej głębokości zbiornika, w tym uzyskania prędkości wody wynoszącej 2,5 m/s i minimalnej długości strefy podwodnej wynoszącej ok. 4.100 mm.

dowód: pismo z dnia 30.11.2011 r. w j. niemieckim - karta 195, 469 tłumaczenie karta 196-197, 470-471

pismo z dnia 09.12.2011 r. w j. niemieckim z rysunkami - karta 198-202, 472-476, tłumaczenie karta 203-207; 477-481

zeznania świadka G. H. – karta 647-651, tłumaczenie karta 662-665 verte

R. H., prowadzący działalność gospodarczą między innymi w branży elektrycznej, pod nazwą Zakład (...), uczestniczący przy realizacji umowy jako podwykonawca spółki (...), w piśmie z dnia 23 stycznia 2012 roku, kierowanym do tej spółki wyjaśnił, że podstawą możliwości zwiększenia mocy elektrycznej odbiorczej jest: projekt wykonawczy zamienny - branża elektryczna luty 2010. Z postanowień projektu wynika, że zasilanie elektryczne z rozdzielni (...) (...)do tablicy rozdzielczej(...)należy wykonać przewodem (...) 5x25 mm² - i takie zostało wykonane. Tablica (...) zasilająca szafę technologii (...) o łącznej mocy odbiorczej 21 kW oraz urządzenia towarzyszące zasilane z tablicy (...) o mocy odbiorczej 11,2 kW. Łączna obciążalność przewodu zasilającego z rozdzielni (...) (...)do tablicy (...) wynosi 32,2 kW co stanowi 75% maksymalnego obciążenia, które dla przewodu miedzianego 5 x 25mm² wynosi 45 kW. Przewód zasilający określony w w/w projekcie jest dobrany prawidłowo dla przewidywanego obciążenia. W/w projekt nie przewidywał dwukrotnego zwiększenia obciążalności przez technologie (...), gdyż należałoby założyć przewód zasilający z rozdzielni (...) (...) do tablicy (...) o przekroju 5 x 50 mm².

dowód: pismo z dnia 23.01.2012 r. - karta 194

zeznania świadka R. H. - karta 634-635

Wykonanie basenu, który odpowiadałby wszystkim wymogom opisanym w specyfikacji technicznej, jest niemożliwe. Niemożliwym jest, aby urządzenie posiadające tylko 7 turbin, o łącznej maksymalnej mocy wynoszącej 21 kW, wytworzyło prąd płynący z prędkością 2,5m/s na głębokości odpowiadającej „strefie pływania”, a więc na głębokości wymaganej przy sportowym ruchu pływackim.

Istnieje natomiast możliwość, aby przy wprowadzeniu do projektu architektonicznego zmian dotyczących położenia wlotów i wylotów wody osiągnąć przy zastosowaniu 7 turbin, o łącznej maksymalnej mocy wynoszącej 21 kW, strumień o prędkości wody 2,5 m/s, ale głębokość tego strumienia byłaby niewielka, dająca efekt „bicza wodnego” na powierzchni wody. Jednocześnie powodowałoby to jednak powstanie dużego wiru wodnego o osi poziomej na dnie basenu. Taki przepływ wody nie odpowiadałoby celom treningowym i nie prowadziłyby do uzyskania efektu w postaci basenu treningowego z prądem płynącym z prędkością 2,5m/s na głębokości odpowiadającej „strefie pływania”.

Wykonany przez spółkę (...) basen spełnia wszystkie zalecenie projektowe z wyjątkiem jednego – prędkość wody nie osiąga w żadnym miejscu basenu 2,5m/s.

Pomiar prędkości wody w basenie wymaga – ze względu na fakt, że w basenie występują pionowe składowe prędkości wody i istnieje wysokie prawdopodobieństwo pojawienia się przepływu zwrotnego – zastosowania metody pomiaru zapewniającej pomiar nie tylko wartości bezwzględnych, ale także kierunku wektora prędkości. Urządzeniem pomiarowym spełniającym te wymogi jest sonda M. (...) firmy (...), której prawidłowe działanie jest uwarunkowane występowaniem w cieczy cząstek zawiesiny. Przyrząd ten może być także wykorzystany do pomiaru prędkości czystej wody w basenowej, ponieważ w basenie z przeciwrądem obficie występują pęcherzyki powietrza, spełniające taką rolę, jak cząstki zawiesiny.

Wykonanie pomiarów prędkości wody w basenie z przeciwrądem z wykorzystaniem urządzenia, jakim jest młynek hydrometryczny, byłoby natomiast obarczone błędem z uwagi na występujące pionowe składowe prędkości wody i wysokie prawdopodobieństwo pojawienia się przepływu zwrotnego.

dowód: - opinia instytutu naukowo-badawczego : Politechniki G., Wydział (...), Katedra Hydrotechniki karta 731-755

- przesłuchanie przedstawiciela instytutu prof. dr hab. J. S. wraz z pisemną odpowiedzią na uwagi do opinii z dnia 3 marca 2014 roku – karta 877-878 verte oraz karta 853-857

- zdjęcie wykonane w czasie pomiarów – karta 873

Sąd zważył co następuje:

Powódka dochodzi dwóch roszczeń: domaga się zapłaty wynagrodzenia w kwocie 948.330 zł za wykonanie prac określonych w umowie nr (...) (na podstawie § 9 ust 1 umowy) oraz zapłaty kwoty 66.383,10 zł stanowiącej 70% wpłaconego zabezpieczenia (na podstawie § 13 ust 3 pkt 1 umowy).

Roszczenia te powódka w pierwszej kolejności wywodzi z umowy, jednak na wypadek gdyby Sąd uznał, że umowa była nieważna bądź że skutecznie od niej odstąpiono, domaga się zapłaty tych samych kwot na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. oświadczenie pełnomocnika powódki, karta 881).

Materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje na to, że świadczenie, jakie miała wykonać powódka na podstawie umowy nr (...), jest świadczeniem niemożliwym w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przepis art. 387 § 1 k.c. dotyczy wyłącznie takiej niemożliwości świadczenia, która spełnia kumulatywnie trzy cechy. Niemożliwość świadczenia musi mieć charakter: obiektywny, pierwotny, trwałe.

Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba, natomiast świadczenie jest subiektywnie niemożliwe wówczas, gdy nie może go spełnić wyłącznie dłużnik (por. np. wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08, LEX nr 527123; wyrok SN z dnia 8 maja 2002 r., III CKN 1015/99, LEX nr 55497; wyrok SN z dnia 8 stycznia 2009 r., I CSK 239/08, LEX nr 523627; wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 maja 1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, z. 12, poz. 90). Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe między innymi wówczas, gdy na drodze do spełnienia takiego świadczenia stoją przeszkody nieusuwalne w ogóle lub tylko w aktualnym stanie wiedzy, nauki, techniki (por. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, Rzetecka-Gil A. LEX/el., 2011).

Niemożliwość pierwotna świadczenia to niemożliwość istniejąca w chwili zawarcia umowy (por. np. wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08, LEX nr 527123).

W orzecznictwie nie budzi też wątpliwości stanowisko, że niemożliwość świadczenia o jakiej mowa w art. 387 § 1 k.c. musi mieć charakter trwały (por. np. wyrok SN z dnia 12 sierpnia 2009 r., IV CSK 81/09, LEX nr 530575). Wskazuje się, że niemożliwość świadczenia ma charakter trwały (nieprzemijający), jeśli wedle rozsądnych, ludzkich oczekiwań świadczenie nie stanie się możliwe w niedalekiej przyszłości, przy czym czasokres, jaki należy brać pod uwagę, zależał będzie od rodzaju świadczenia i celu zobowiązania (zob. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, Rzetecka-Gil A. LEX/el., 2011).

Niesporny jest fakt, że w ramach umowy powódka miała wykonać świadczenie szczegółowo opisane w dokumencie oznaczonym jako (...) (karta 71-80).

Dokument ten z jednej strony określał dane techniczne basenu, między innymi zakładał, że basen ma mieć ściśle określone wymiary pozwalające umieścić go w przeznaczony na to wnęce, a także zakładał, że ma być wyposażony w 7 turbin o łącznej mocy 21 kW. Z drugiej strony w specyfikacji zapisano, że przedmiot umowy ma zapewniać prąd wodny oraz „laminarność” przepływu wody. Prąd wodny opisano podając prędkość przepływu wody (określoną na 2,5 m/s) oraz strefę występowania prądu, określaną jako „strefa pływania”, którą zdefiniowano w następujący sposób : „wymagana strefa pływania obejmuje podaną szerokość i długość nurtu, jak również głębokość warstwy nurtu, wymaganą przy sportowym ruchu pływackim”. Szerokość „strefy pływania” określono przy tym dalej precyzyjnie na 2,5 m, natomiast głębokość została podana jedynie przez odwołanie się do „głębokości wymaganej przy sportowym ruchu pływackim”. Głębokość taka – jak wskazywała pozwana – przy każdym stylu pływackim sięga do 1,2 m licząc od lustra wody w dół, czego powódka nie kwestionowała. (...) przepływu wody zdefiniowano natomiast jako: „bezwirowość przepływu w strefie pływania (opływającym ciało w horyzontalnym położeniu pływackim”.

Cały zebrany materiał dowodowy wskazuje na to, że jednoczesne spełnienie opisanych wyżej warunków jest obiektywnie niemożliwe. Tak określonego świadczenia nie może spełnić nie tylko powódka, ale żadna inna osoba, gdyż na drodze do spełnienia świadczenia stoją przeszkody nieusuwalne w aktualnym stanie nauki i techniki.

Powyższe wynika przede wszystkim z opinii instytutu naukowo-badawczego : Katedry Hydrotechniki Wydziału (...). W opinii wskazano, że punktem wyjścia do rozważań w niniejszej sprawie jest określenie, czy wykonanie obiektu w sposób zgody z wymogami umownymi w ogóle było możliwe. W opinii stwierdzono, że zapisy w dokumentacji technicznej prowadzą do wewnętrznej sprzeczności, której istotę wyjaśniono na stronie 7 opinii. Wskazano tam, że przyjęta w projekcie moc jednostek napędowych, którą zaprojektowano jako równą 21 kW (7 turbin, każda o mocy 3 kW), stanowi ważny parametr projektowy, obowiązujący wykonawcę. Dla takiej też wartości zaprojektowano i wykonano instalację elektryczną. Dalej w opinii rozważono wymaganą umową sytuację zakładającą, że w niecce basenu panuje równomierny przepływ, przy którym schematem hydraulicznym obiektu byłaby prostokątna „pętla”, składająca się z poziomego strumienia w basenie o szerokości 2,60 m i wysokości (czyli głębokości) 1,20 m, poziomego strumienia powrotnego pod dnem basenu o szerokości 2,60 m i wysokości (czyli głębokości) 0,60 m, oraz dwóch odcinków pionowych (o szerokości 2,60 m i wysokości 0,40 m). W opinii wyliczono, że przy takim schemacie hydraulicznym i jednocześnie przy mocy turbin 21 kW można oczekiwać, że średnia prędkość w basenie będzie 2,71 razy mniejsza od oczekiwanej, czyli w idealnym przypadku wyniesie 0,92 m/s (a w rzeczywistości znacznie mniej, ze względu na sprawność turbin, obieg wody uzdatnianej i inne źródła utraty energii). Tym samym w opinii

przedstawiono wniosek, że artykułowane w umowie i specyfikacji oczekiwania inwestora nie mogą być spełnione przy mocy turbin wynoszącej 21 kW.

W czasie ustnego przesłuchania przedstawiciel instytutu prof. dr hab. J. S. odpowiedział na dalej postawione pytanie : czy urządzenie posiadające 7 turbin, każda o mocy 3 kW, może w ogóle wytworzyć prąd wodny o prędkości nurtu 2,5 m/s (w opinii wskazano bowiem, że wyniki pomiarów jednoznacznie pokazują, że wymagana prędkość maksymalna 2,50 m/s nie jest osiągnięta nawet przy maksymalnym poborze mocy w żadnym punkcie basenu, nie jest też spełniony wymóg poziomego przepływu wody, gdyż w dolnej części niecki powstają dwa duże wiry, w których występują także pionowe i poprzeczne strumienie wody).

W odpowiedzi na to pytanie J. S. wyjaśnił, że taka możliwość istnieje przy wprowadzeniu do projektu architektonicznego będącego podstawą wykonawstwa powódki zmian dotyczących położenia wlotów i wylotów wody, ale głębokość prądu wodnego o prędkości nurtu wynoszącej 2,5 m/s, uzyskanego w efekcie takich zmian, byłaby niewielka, dająca efekt „bicza wodnego” na powierzchni wody (obrazowo określanego przez J. S. jako „żyleta”). Jednocześnie powodowałoby to powstanie dużego wiru wodnego o osi poziomej na dnie basenu. J. S. zastrzegł, że mógłby szczegółowo wyliczyć głębokość tego prądu („bicza wodnego”), ale jest to czynność, której nie można dokonać w czasie ustnego przesłuchania. Podsumowując swoją odpowiedź na postawione wyżej pytanie J. S. stwierdził, że możliwy do uzyskania prąd wodny o prędkości nurtu 2,5 m/s i głębokości „bicza wodnego” nie odpowiadałoby celom treningowym i nie prowadziłoby do uzyskania efektu w postaci basenu treningowego z prądem płynącym z prędkością 2,5 m/s w „strefie pływania”.

Jak już wskazano będąca częścią umowy specyfikacja techniczna nie określa głębokości „strefy pływania” (dla której wymaga prądu płynącego z prędkością 2,5 m/s), odwołuje się natomiast do głębokości wymaganej przy sportowym ruchu pływackim (jak już wskazano pozwana w toku procesu wyjaśniając pojęcie „strefa pływania” wskazywała, że strefa ta ma mieć głębokości wynoszącą 1,2 m licząc od lustra wody w dół). Dostrzec trzeba - abstrahując od dokładnych wymiarów „strefy pływania” - że nie ma wątpliwości co do tego, iż wymogów tak zredagowanej umowy nie spełni efekt, jaki mógłby powstać przy zmianach proponowanych przez J. S.. Nie trzeba nawet wiadomości specjalnych aby stwierdzić, że pod pojęciem „strefa pływania” należy rozumieć znacznie głębszy obszar niż opisywany przez J. S. prąd określany jako „bicz wodny” czy też „żyleta”, a tylko taki efekt byłby możliwy do osiągnięcia przez urządzenie posiadające 7 turbin, każda o mocy 3 kW.

Z powyższego wynika, że istniejące prawa fizyki wyłączają, aby basen posiadający 7 turbin, każda o mocy 3 kW, wytwarzał prąd wodny o prędkości nurtu 2,5 m/s, występujący w strefie pływania o głębokości „wymaganej przy sportowym ruchu pływackim”. Oznacza to, że świadczenie, jakie miała wykonać powódka było obiektywnie niemożliwe.

Cały zebrany materiał dowodowy wskazuje przy tym na to, że możliwe obiektywnie było natomiast świadczenie, jakie powódka miała wykonać na podstawie pierwszej łączącej strony umowy, dla której specyfikację skontrolował architekt M. O. po konsultacji z producentem urządzeń – austriacką spółką (...). Po unieważnieniu pierwotnego przetargu powódka i pozwana zawarły kolejną umowę (będącą podstawą roszczeń powódki w niniejszym procesie), dla której specyfikację powódka wykonała samodzielnie, uwzględniając uwagi środowiska (...) pływackiego. Prezes zarządu spółki (...) W. S. w dacie zawierania ponownej umowy nie zwrócił uwagi na to, że w nowej specyfikacji technicznej inaczej niż w poprzedniej określono przedmiot zamówienia, tj. na to, że pojawiły się zapisy dotyczące przepływu wody z prędkością 2,5 m/s w „strefie pływania” (dopiero po konsultacji z austriacką spółką (...) spółka (...) uznała, że nowe zapisy pochodzą z konspektów reklamowych dotyczących innego niż wyposażone w 7 turbin urządzenia i tym samym są niemożliwe do zrealizowania). W następstwie tych dwóch zdarzeń (zmiany umowy przez powódkę pod wpływem środowiska pływackiego oraz nieuwagi prezesa zarządu pozwanej) doszło do podpisania nowej umowy nakładającej na powódkę obowiązek wykonania obiektywnie niemożliwego świadczenia.

Niemożliwość ta miała charakter pierwotny, istniała bowiem w chwili zawarcia umowy oraz trwała, jak bowiem wynika z opinii instytutu nic nie wskazuje na to, że świadczenie będzie możliwe w niedalekiej przyszłości.

Niemożliwość świadczenia została wykazana za pomocą dowodu z omówionej wyżej opinii instytutu, dla porządku dodać jednak trzeba, że obiektywną niemożliwość świadczenia dostrzec można już po lekturze zeznań świadków (przede wszystkim G. H.) oraz przedprocesowej korespondencji prowadzonej przez powódkę ze spółką (...) oraz ze spółką (...) z siedzibą w L..

G. H. w kierowanych do powódki pismach stwierdził, że zakupione w spółce (...) urządzenia chronią patenty techniczne (...) jego autorstwa oraz że jakiegokolwiek inne rozwiązania lub zmiany dostarczonego produktu stanowiłyby naruszenie praw przysługujących z patentów. Jako świadek w niniejszej sprawie G. H. objaśnił, że zakupione przez powódkę urządzenie z 7 turbinami w jednym rzędzie jest przeznaczone do tego, aby osiągnąć prędkość przepływu 2,5m/s na głębokości 50-70 cm licząc od lustra wody w dół. Osiągnięcie tego efektu na większej głębokości wymaga natomiast zastosowania urządzenia z dwoma lub nawet trzema rzędami turbin, jest to jednak urządzenie o znacznie większych wymiarach i wyższej cenie (w tym miejscu zastrzec trzeba, że z twierdzeń powódki podnoszonych w toku procesu wynika, że pomiaru prędkości G. H. dokonywał metodą młynków hydrometrycznych, która nie daje precyzyjnych wyników z przyczyn, które wyjaśnił przedstawiciel instytutu prof. dr hab. J. S. - o czym niżej).

Techniczną niemożliwość wykonania świadczenia opisanego w będącej częścią umowy specyfikacji dosłownie stwierdził świadek P. B.. Odnosząc się do wymogów opisanych w specyfikacji zeznał on między innymi : „Według mojej wiedzy basen nie w całości spełniał wymogi, gdyż jest to technicznie niemożliwe. Chodzi o głębokość, w której woda poruszała się z prędkością 2,5 m/s”.

Niemożliwość wykonania świadczenia opisanego w specyfikacji, odnoszącą się do wymiarów basenu oraz wymiarów przeznaczonej na jego wbudowanie wnęki potwierdza natomiast pismo spółki (...) z siedzibą w L. (opisane w części uzasadnienia obejmującej stan faktyczny).

Z powyższego wynika, że nie tylko opinia instytutu, ale też inne dowody potwierdzają tezę, że świadczenie powódki było obiektywnie niemożliwe.

Zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Konsekwencją nieważności umowy jest bezzasadność roszczeń powódki dochodzonych w oparciu o zapisy umowne. Należy natomiast rozważyć, czy roszczenia te są uzasadnione na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego pełnomocnicy obu stron niniejszego procesu dostrzegli ewentualność stwierdzenia nieważności umowy z powodu niemożliwości świadczenia.

Pełnomocnik powódki w takim wypadku wnosił o zasądzenie dochodzonych pozwem kwot na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Pełnomocnik pozwanej podkreślił z kolei dwie kwestie: po pierwsze że strona powodowa nie zgłaszała żadnych uwag do dokumentacji ani tego, że świadczenie nie było możliwe do wykonania, po drugie – że roszczenie powódki o zapłatę w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu jest nieuzasadnione, bowiem gmina wzywała powódkę do odbioru basenu, tj. do zwrotu świadczenia. Pełnomocnik pozwanej zwrócił uwagę na to, że między stronami jest niesporne, że basen nie jest używany do dzisiaj, a gmina gotowa jest świadczenie w postaci basenu zwrócić (karta 881).

Pierwsza z uwag podnoszonych przez stronę pozwaną nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia. Fakt braku uwag do dokumentacji ze strony powódki na etapie zawierania umowy jest niesporny. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że w doktrynie podnosi się, iż : „Dla uznania świadczenia za niemożliwe, a umowy za nieważną, nie ma znaczenia to, czy którakolwiek ze stron zdawała sobie sprawę z niemożliwości świadczenia. Okoliczność ta jest istotna jedynie dla odpowiedzialności odszkodowawczej przewidzianej w art. 387 § 2 k.c.” (por. System Prawa Prywatnego, Tom 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, pod red. A. Olejniczaka, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawie 2009, str. 516).

Kolejna uwaga pozwanej jest natomiast uzasadniona w odniesieniu do roszczenia powódki w wysokości 948.330 zł.

Jak wskazano na wstępie powódka w wykonaniu umowy spełniła na rzecz pozwanej dwa świadczenia:

- świadczenie niepieniężne polegające na zamontowaniu basenu, za które powódka żąda zapłaty w kwocie 948.330 zł;
- świadczenie pieniężne polegające na zapłacie przewidzianego umową zabezpieczenia, którego zwrotu powódka żąda w części obejmującej 70 %, co stanowi 66.383,10 zł.

Jak już wspomniano wyżej nieważność umowy powoduje, że wyłączone jest zasądzenie kwoty 948.330 zł jako wynagrodzenia za wykonanie prac określonych w umowie nr (...), którego powódka dochodzi w oparciu o § 9 ust 1 umowy i art. 647 k.c.

Niesporny jest jednak fakt, że powódka przystąpiła do wykonywania nieważnej umowy, zakupiła urządzenie w spółce (...), dostarczyła je do S. oraz wykonała prace niezbędne do zamontowania urządzenia w przeznaczony dla niego wnęce. Po stronie powódki powstało więc roszczenie o zwrot wartości świadczenia nienależnego, jakim było dostarczenie i zamontowanie urządzenia (art. 405 k.c. w zw. art. 410 § 1 k.c.). Stosownie do art. 410 § 2 k.c. świadczenie jest nienależne, jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, umowa była bowiem nieważna z mocy art. 387 § 1 k.c. i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Jak już wyżej wskazano (z powołaniem poglądu wyrażonego w Systemie Prawa Prywatnego, Tom 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, pod red. A. Olejniczaka, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2009, str. 516) nie ma znaczenia, czy strony zdawały sobie sprawę z niemożliwości świadczenia, czy też nie.

Spełnione zostały przesłanki roszczenia o zwrot wartości bezpodstawnego wzbogacenia (w tym świadczenia nienależnego) jakimi są: wzbogacenie jednego podmiotu, zubożenie innego podmiotu, brak podstawy prawnej wzbogacenia, związek między wzbogaceniem i zubożeniem. Jednakże zgodnie z art. 405 k.c., do którego odsyła art. 410 § 1 k.c., jeżeli miało miejsce bezpodstawne wzbogacenie, powstaje obowiązek wydania korzyści w naturze, a dopiero gdyby to nie było możliwe, obowiązek zwrotu wartości wzbogacenia.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że zwrot wartości wzbogacenia w naturze jest możliwy przynajmniej w części obejmującej zwrot zamontowanego urządzenia. Basen jest urządzeniem gotowym, zastosowane w nim rozwiązania chronią patenty techniczne spółki (...) autorstwa G. H.. Z opisu urządzenia, jaki wynika z materiału dowodowego, można domniemywać, że możliwy jest zwrot zamontowanego basenu. W aktach sprawy nie ma żadnych dowodów, które wskazywałyby na wyłączenie takiej możliwości. Dodać trzeba, że w piśmie z dnia 25 października 2011 roku pozwana Gmina M. S. wzywała powódkę do usunięcia przedmiotu umowy, wskazała też, że spowoduje to konieczność demontażu szklanej ściany elewacji budynku basenu i dlatego wezwała do wykonania tej czynności w okresie wiosennym.

Z powyższego wynika, że po stronie powódki nie powstało roszczenie o zwrot kwoty 948.330 zł. Powódka ma natomiast roszczenie o zwrot korzyści w naturze (które pozwana jest gotowa dobrowolnie spełnić). O ile po zwrocie basenu wyprodukowanego przez spółkę (...) pozwana nadal byłaby wzbogacona, a zwrot wartości wzbogacenia w naturze nie byłby możliwy (co nie jest wyłączone w sytuacji, w której powódka wykonała na rzecz pozwanej określone prace w budynku przy ul. (...)), to wówczas po stronie powódki powstanie roszczenie o zwrot wartości wzbogacenia. Wartość ewentualnego wzbogacenia pozwanej o te prace nie odpowiada jednak dochodzonej przez powódkę w niniejszym procesie kwocie 948.330 zł, która jest umownie ustaloną przez strony wartością takiego świadczenia, jakie opisano w umowie (a więc świadczenia niemożliwego), obejmującego dostarczenie i montaż gotowego urządzenia.

Tym samym roszczenie powódki o zapłatę kwoty 948.330 zł dochodzone na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu podlega oddaleniu, powódka nie wykazała bowiem ani tego, że nastąpiło tego rodzaju wzbogacenie pozwanej i zubożenie powódki, że jego zwrot w naturze nie jest możliwy, ani tego, jaka byłaby ewentualna wartość wzbogacenia pozwanej i zubożenia powódki i tym samym nie udowodniła wysokości roszczenia o zwrot wartości wzbogacenia.

Zasadne okazało się natomiast roszczenie powódki o zapłatę kwoty 66.383,10 zł. Powódka w wykonaniu nieważnej czynności prawnej spełniła na rzecz pozwanej świadczenie pieniężne polegające na zapłacie przewidzianego umową zabezpieczenia, w tym zapłaciła objętą żądaniem pozwu kwotę 66.383,10 zł. Zwrot tego świadczenia jest uzasadniony w świetle art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

W odniesieniu do żądania zapłaty 66.383,10 zł pozwana w odpowiedzi na pozew oraz w toku procesu podnosiła jeden zarzut - powoływała się na fakt, że w piśmie z dnia 25 października 2011 roku pozwana odstąpiła od umowy oraz naliczyła kary umowne w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, tj. w wysokości 94.833 zł, naliczona kara została zaś zaspokojona z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które powódka wniosła w kwocie 94.833 zł. Tym samym pozwana podnosi, że przed procesem dokonała potrącenia wierzytelności powódki o zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy z własną wierzytelnością z tytułu kary umownej.

Wobec nieważności umowy po stronie pozwanej nie powstało jednak roszczenie o zapłatę kary umownej. Nieważność umowy z powodu niemożliwości świadczenia eliminuje możliwość dochodzenia kar umownych, określonych w treści tej umowy, a także innych roszczeń, o których umowa stanowiła (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 2005.01.21; I ACa1313/04; LEX nr 147135).

O odsetkach za opóźnienie od kwoty 66.383,10 zł orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c.. Podstawą prawną roszczenia o zwrot kwoty 66.383,10 zł jest art. 405 k.c. w zw. z art. 410 § 1 k.c.. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że świadczenie w przedmiocie zwrotu wartości bezpodstawnie uzyskanej korzyści winno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do zapłaty (art. 455 k.c.). Spółka (...) wezwała Gminę M. S. do zapłaty kwoty 66.383,10 zł tytułem zwrotu 70% kaucji gwarancyjnej w piśmie z dnia 19 października 2011 roku. Data doręczenia tego pisma pozwanej nie została w toku procesu wykazana, wykazano jednak, że pozwana odpowiedziała na to pismo w piśmie z dnia 3 listopada 2011 roku. Odsetki zasądzono więc od dnia 4 listopada 2011 roku.

Stan faktyczny sprawy Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów prywatnych, z zeznań świadków, z zeznań prezesa zarządu powódki oraz z opinii instytutu - Katedry (...) i (...) G..

Wiarygodność dowodów z dokumentów powołanych jako dowody w sprawie nie była przez strony podważana, Sąd nie dopatrzył się też żadnych podstaw pozwalających na zakwestionowanie ich prawdziwości.

Zeznania złożone przez wszystkich przesłuchanych świadków (K. B., M. D., J. T., P. S. (2), G. H., P. B., M. O., R. H.) oraz przez członka zarządu powódki W. S. Sąd ocenił jako wiarygodne. Przesłuchani świadkowie złożyli zeznania, które wzajemnie się uzupełniały i pozwoliły na ustalenie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia. W zeznaniach świadków, a także stron, nie było sprzeczności, które pozwoliłyby uznać któregokolwiek z przesłuchiwanym za niewiarygodnego. Dowody te wraz z dowodami z dokumentów wzajemnie się uzupełniały tworząc koherentną całość.

W ocenie Sądu wiarygodny był również dowód z opinii instytutu - Katedry (...) i (...) G..

Przy ocenie dowodu z opinii biegłego (instytutu) należy mieć na względzie, że na tle innych środków dowodowych, w szczególności zeznań świadków i stron, dowód z opinii biegłego wyróżnia jego specjalny przedmiot, cel, charakter oraz specyficzne, właściwe tylko jemu kryteria oceny. Przedmiotem opinii biegłego nie jest przedstawienie faktów, lecz ich ocena na podstawie wiedzy fachowej (wiadomości specjalnych). Opinia biegłego ma na celu ułatwienie Sądowi należytej ceny zebranego materiału wtedy, gdy potrzebne są wiadomości specjalne, nie może natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy.

W ocenie Sądu złożona w niniejszej sprawie pisemna opinia instytutu, uzupełniona dodatkowo ustnymi wyjaśnieniami przedstawiciela instytutu prof. dr hab. J. S., który dodatkowo odniósł się do uwag stron w piśmie z dnia 3 marca 2014 roku (por. karta 877-878 verte oraz karta 853-857), spełnia wszelkie kryteria, jakie są wymagane od tego środka dowodowego. Wydanie opinii poprzedzone zostało pomiarami dokonanymi urządzeniem pomiarowym, jakim jest działająca na zasadzie efektu D. sonda M. (...) firmy (...) (por. wyjaśnienia J. S. oraz zdjęcie złożone na rozprawie –

karta 973), po dokonaniu pomiarów pracownicy instytutu dokonali ich analizy, przeprowadzili wymagane obliczenia z zastosowaniem wiedzy specjalnej oraz przedstawili uzyskane wnioski.

W piśmie procesowym z dnia 19 września 2013 roku powódka zanegowała wnioski opinii, w której wskazano, że wyniki pomiarów jednoznacznie pokazują, że wymagana prędkość maksymalna 2,50 m/s nie jest osiągana nawet przy maksymalnym poborze mocy w żadnym punkcie basenu. Zdaniem powódki wniosek ten jest błędny, a doprowadziła do tego niewłaściwa metoda pomiaru prędkości wody, jaką było badanie z zastosowaniem sondy M. (...) firmy (...) działającej na zasadzie efektu D.. Powódka wyraziła przy tym własne przekonanie, że metodą pozwalającą na skuteczny i miarodajny pomiar prędkości jest metoda młynków hydrometrycznych. W konsekwencji – w końcowej części pisma z dnia 19 września 2013 roku – powódka wniosła o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, który przeprowadziłoby pomiary metodą młynków hydrometrycznych.

Wskazać trzeba, że wybór metody badań bądź urządzenia pomiarowego wymaga wiadomości specjalnych. Sąd – nie posiadając takiej wiedzy – nie może nakazywać biegłemu czy instytutowi stosowania określonych urządzeń czy metod pomiaru.

W rozpoznawanej sprawie prof. dr hab. J. S. szczegółowo wyjaśnił na rozprawie w dniu 11 marca 2014 roku oraz w piśmie z dnia 3 marca 2014 roku, które podtrzymał na rozprawie, dlaczego zastosowane przez instytut urządzenie pomiarowe było adekwatne dla badanego basenu (w basenie z przeciwprądem obficie występują pęcherzyki powietrza, spełniające taką rolę, jak cząstki zawiesiny). Ponadto J. S. na rozprawę przyniósł ze sobą model młynka hydrometrycznego oraz zademonstrował zasadę jego działania (por. nagranie przebiegu rozprawy – karta 882, 00:04–00:32), po czym wyjaśnił motywy zastosowania podczas pomiarów sondy M. (...) firmy (...) i zarazem przedstawił powody, dla których pomiar z zastosowaniem młynków hydrometrycznych w badanym urządzeniu byłby obciążony błędem. Błąd ten powodują występujące pionowe składowe prędkości wody i wysokie prawdopodobieństwo pojawienia się przepływu zwrotnego.

Sąd nie znalazł żadnych podstaw, aby nie dać wiary wyjaśnieniom J. S.. Trzeba mieć na względzie, że Sąd może oceniać opinię biegłego wyłącznie pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności, może pomijać oczywiste pomyłki czy błędy rachunkowe, nie może jednak nie podzielać poglądów biegłego, czy w ich miejsce wprowadzać własnych stwierdzeń (por. wyrok S.N. z dnia 19 grudnia 1990 r., I PR 148/90, OSP 1991/11/300).

Mając na uwadze wyjaśnienia J. S. Sąd oddalił wniosek powódki zawarty w piśmie procesowym z dnia 19 września 2013 roku o zlecenie Politechnice G. ponownych pomiarów z zastosowaniem młynków hydrometrycznych, jak i wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego (karta 877 verte).

Ponadto wskazać trzeba, że wyjaśnienia J. S. podważają wiarygodność pomiarów prędkości nurtu, jakich dokonał w zamontowanym urządzeniu przedstawiciel producenta. Na rozprawie w dniu 11 marca 2014 roku strona powodowa podnosiła, że G. H. dokonał pomiarów prędkości nurtu z zastosowaniem młynków hydrometrycznych i uzyskał wynik 2,5 m/s (na fakt wykonywania tych pomiarów powódka wskazywała też w korespondencji przedprocesowej do pozwanej – por. pismo z dnia 13 lipca 2011 roku). Przedstawione przez J. S. wyjaśnienia, połączone z prezentacją działania młynka, stwarzają podstawy do porównania obu urządzeń pomiarowych. Zarówno sposób argumentacji, jak i wiedza specjalna J. S., przemawiają za wiarygodnością pomiarów instytutu, których wynik wskazuje na to, że urządzenie zamontowane przez powódkę w żadnym miejscu nie pozwala na osiągnięcie prędkości nurtu 2,5 m/s, oraz za wysokim prawdopodobieństwem wystąpienia błędów w pomiarach, jakich dokonał producent. Stąd też wyniki pomiarów producenta nie podważają wiarygodności wniosków opinii instytutu.

Zasadnicze znaczenie dla sprawy miało zawarte w opinii stwierdzenie odnoszące się do możliwości wykonania świadczenia. W opinii trafnie dostrzeżono, że zgodnie z umową urządzenie (basen z przeciwprądem) miał spełniać dwa warunki: mieć tylko 7 turbin o mocy 3 kW każda oraz wytwarzać w „strefie pływania” o prąd o prędkości nurtu 2,5 m/s. Wnioski opinii, uzupełnione na rozprawie przez J. S. (por. rozprawa, 00:42-01:36), wskazujące na wyłączenie możliwości uzyskania takiego efektu, odpowiadają wszystkim wymogom dowodu z opinii biegłego (instytutu), który

może być oceniany – jak już wspomniano – wyłącznie pod kątem fachowości, rzetelności czy logiczności. Braku tych cech nie można zarzucać ani pisemnej opinii, ani wyjaśnieniom J. S..

W tym stanie rzeczy Sąd uznał dowód z opinii za wiarygodny i na jego podstawie dokonał ustalenia opisanych wyżej, istotnych dla rozstrzygnięcia faktów.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c., pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 6,54 % (żądanie pozwu wynosiło 1.014.713,10 zł, Sąd zasądził 66.383,10 zł).