

Zadę Gunk Nr 6

**Sąd Okręgowy we Włocławku
I Wydział Cywilny**

10-08-2016
Włocławek

2773.

ul. Wojska Polskiego 22, 87-800 Włocławek tel.: 54 42 22 515, faks: 54 411 62 05
godz. urzęd. sądu: pon. 7.30 - 18.00, wt.-piąt. 7.30 - 15.30, strona WWW: www.wloclawek.so.gov.pl
Biuro Obsługi Interesantów, ul. Długa 65, tel. 54 412 03 80 (81), pon.-piąt. 7.30 - 15.30, przerwy: 11.00-11.15, 13.00-13.15

Włocławek, dnia 5 sierpnia 2016 r.

Sygn. akt I C 100/13

(w odpowiedzi należy zawsze podawać sygn. akt)

Pan radca prawny
Krzysztof Bukowski
Kancelaria Radców Prawnych

ul. Narutowicza 5

88-100 Inowrocław

DOREĆZENIE

Sąd Okręgowy we Włocławku I Wydział Cywilny
w sprawie z powództwa Jana Gutkowskiego
przeciwko Gminie Miejskiej Ciechocinek
o zapłatę
doręcza Panu, jako pełnomocnikowi pozwanej odpis wyroku z dnia 29 czerwca 2016r.
wraz z uzasadnieniem.

na zarządzenie Sędziego
z upoważnienia Kierownika Sekretariatu
St. sekr. sądowy Renata Kowalska

"Niniejsze pismo nie wymaga podpisu własnoręcznego na podstawie § 19 ust.4 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej jako właściwe zatwierdzone w sądowym systemie teleinformatycznym"



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2016 r.

Sąd Okręgowy we Włocławku I Wydział Cywilny
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Witka-Jeżewski

Protokolant: st. sekr. sądowy Renata Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2016 r. we Włocławku
na rozprawie

sprawy z powództwa Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą
pod firmą „Gutkowski Jan Firma Gutkowski” w Lesznie
przeciwko Gminie Miejskiej Ciechocinek
o zapłatę

1. zasądza od pozwanej Gminy Miejskiej Ciechocinek na rzecz powoda Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gutkowski Jan Firma Gutkowski” w Lesznie kwotę 3 495 195 zł 94 gr (trzy miliony czterysta dziewięćdziesiąt pięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt pięć złotych, dziewięćdziesiąt cztery grosze) z ustawowymi odsetkami:
 - a. od kwoty 2 973 801 zł 63 gr (dwa miliony dziewięćset siedemdziesiąt trzy tysiące osiemset jeden złotych, sześćdziesiąt trzy grosze) od dnia 31 stycznia 2013 roku do dnia zapłaty;
 - b. od kwoty 521 394 zł 31 gr (pięćset dwadzieścia jeden tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote, trzydzieści jeden groszy) od dnia 19 marca 2013 roku do dnia zapłaty;
2. oddala powództwo w pozostałej części;

3. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 57 095 zł 75 gr (pięćdziesiąt siedem tysięcy dziewięćdziesiąt pięć złotych, siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
4. nakazuje pobrać od powoda Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gutkowski Jan Firma Gutkowski” w Lesznie na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego we Włocławku) kwotę 11 802 zł 44 gr (jedenaście tysięcy osiemset dwa złote, czterdzieści cztery grosze) tytułem niepobranych kosztów sądowych;
5. nakazuje pobrać od pozwanej Gminy Miejskiej Ciechocinek na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego we Włocławku) kwotę 15 505 zł 1 gr (piętnaście tysięcy pięćset pięć złotych, jeden grosz) tytułem niepobranych kosztów sądowych.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność



Z up. Nierównika Sekretariatu
St. Sekretarz Sądowy
Renata Kowalska

I C 100/13

Uzasadnienie

Powód Jan Gutkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jan Gutkowski Firma Gutkowski z siedzibą w Lesznie, domagał się od Gminy Miejskiej Ciechocinek zapłaty kwoty 6 155 774 zł 43 gr z ustawowymi odsetkami: od kwoty 2 973 801 zł 63 gr od dnia 31 stycznia 2013 roku, a od kwoty 3 181 972 zł 80 gr od dnia 31 października 2012 roku do dnia zapłaty.

Uzasadniając żądanie twierdził, że 18 czerwca 2010 roku pozwana Gmina, na podstawie oferty złożonej przez powoda, zleciła mu wykonanie robót budowlanych wraz ze sporządzeniem kompletnej dokumentacji projektowej pod nazwą „Odnowa funkcji publicznych zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”. Szczegółowy zakres prac będących przedmiotem umowy określał Program Funkcjonalno-Użytkowy.

Do administrowania i nadzoru nad realizacją zadania zatrudniony został przez pozwanego Inżynier Kontraktu, konsorcjum firm Proksen sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Dom Inżynierski PROMIS SA z siedzibą w Szczecinie. Strony nie podpisały żadnych dokumentów FIDIC, pomimo to inżynier kontraktu posługiwał się tymi procedurami.

Strony ustaliły ryczałtową cenę kontraktową na kwotę 11 376 229 zł 51 gr netto i 13 879 000 zł z podatkiem VAT. W trakcie realizacji umowy doszło do zmiany wysokości podatku VAT, wobec tego cena powinna wynosić 13 992 522 zł 31 gr. Zapłata na rzecz powoda miała odbywać się fakturami częściowymi, wystawianymi w okresach kwartalnych oraz fakturą końcową, po zakończeniu i odebraniu przedmiotu umowy. Podstawę płatności miało stanowić świadectwo płatności, przedstawiające szczegółowe kwoty. Powód, na podstawie zatwierdzonych i podpisanych przez branżowych inspektorów nadzoru inwestorskiego kart rozliczeń (stanowiących protokoły zaawansowania robót w ujęciu procentowym - %) złożył Inspektorowi Kontraktu 8 wniosków o wydanie przejściowych świadectw płatności, w których zostały wyszczególnione zakresy przedmiotu umowy, za które powód otrzymał zapłatę w łącznej wysokości 11 018 720 zł 68 gr.

Ostatnia faktura nr 176/S/2012 z dnia 31 grudnia 2012 roku, na kwotę 2 973 801 zł 63 gr nie została zapłacona przez pozwaną Gminę.

13 września 2012 roku powód na piśmie zgłosił gotowość do odbioru końcowego robót. Tego samego dnia Kierownik Budowy dokonał wpisu o wykonaniu przedmiotu umowy w Dzienniku Budowy. Z uwagi na bierność pozwanego, 30 października 2012 roku powód dokonał jednostronnego odbioru. W międzyczasie pozwany (17 września 2012 roku) oraz inżynier kontraktu (20 września 2012 roku) poinformowali jedynie powoda, że nie wszystkie prace zostały zakończone. Zdaniem powoda zarzuty te były gołosłowne i bezpodstawne. Nie tylko wszystkie prace zakończono, ale wszystkie prace posiadały protokoły technicznego odbioru (łącznie 93 protokoły), poza dwoma, uzupełnionymi w dniu 28 września 2012 roku i jednym, uzupełnionym w dniu 30 października 2012 roku.

Pozwana uchyliła się od obowiązku zawartego w art. 847 k.c. i art. 18 ust. 1 pkt 4 pr.bud. w zakresie dokonania odbioru robót i zapłaty za zrealizowane prace. Była bezskutecznie wzywana do dokonania odbioru. Wymusiło to ostatecznie sporządzenie przez powoda jednostronnego protokołu odbioru na dzień 30 października 2012 roku i przekazanie całego przedmiotu umowy w użytkowanie (w rzeczywistości park był przez cały czas udostępniony dla kuracjuszy i mieszkańców).

W następstwie tego powód w dniu 31 grudnia 2012 roku wystawił fakturę VAT nr 176/S/2012 w oparciu o § 4 ustęp 2,8 umowy, na kwotę określoną przez pełnomocnika pozwanej ds. realizacji kontraktu, Krzysztofa Bienia w przejściowym świadectwie płatności nr 8 z 17 maja 2012 roku. Kwota 2 973 801 zł 63 gr stanowi ostatnią transzę umownego wynagrodzenia powoda.

Powód zaznaczył, że pozwana deklarowała wolę podpisania dwustronnego protokołu odbioru robót. W dniu 2 listopada 2012 roku odbyło się spotkanie w Ciechocinku, na którym przedstawiciel pozwanej oświadczył, że jedyną przeszkodą odbioru jest zjawisko pylenia ścieżek, charakterystyczne dla naturalnych nawierzchni tłuczniowych. W zw. z tym powód wykonał dodatkowe prace, to jest natryski antypylące, które zostały zaakceptowane przez Inspektora Nadzoru. Wykonując te prace powód był przekonany, że usunie jedyną przeszkodę uniemożliwiającą odebranie całości zadania.

Uzasadniając żądanie w tym zakresie powód powołał się na stanowisko, zgodnie z którym inwestor zobowiązany jest dokonać odbioru, jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych. W protokole tej czynności powinny być zawarte ustalenia dotyczące jakości wykonanych robót, ewentualnych usterek jak i ujawnionych wad wraz z terminami ich usunięcia lub oświadczenie inwestora o wyborze innego uprawnienia, przysługującego mu

z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu jest więc okoliczność, że powód otrzymał przejściowe świadectwa płatności i na ich podstawie wystawił faktury i otrzymał za wykonane prace, w poszczególnych okresach realizacji umowy, stosowną zapłatę. Uchylenie się przez pozwaną od formalnego odbioru przedmiotu umowy (pomimo otrzymania pozwolenia na jego użytkowanie) nie zwalnia pozwanej od zapłaty wynagrodzenia. Odmowa tej zapłaty jest bezpodstawną. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w dniu 1 lutego 2013 roku wydał decyzję udzielającą pozwolenia na użytkowanie obiektów i budowli zadania „Odnowa funkcji publicznych zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”.

Powód wielokrotnie wzywał pozwaną do zapłaty kwoty 2 973 801 zł 63 gr, ostatnio w dniu 14 lutego 2013 roku. Uzasadnia to żądanie opisane w pkt 1 lit. a pozwu.

Powód dochodził ponadto zapłaty kwoty 3 181 972 zł 80 gr tytułem wykonania robót koniecznych dla wykonania zadania podstawowego, których umowa nie obejmowała. Zdaniem powoda został on wprowadzony w błąd przez zamawiającego o podwyższeniu terenu III o 20 cm. Informacja taka została przekazana w odpowiedzi na pytanie nr 32 do SIWZ i spowodowała ustalenie ceny oferty wszystkich oferentów, w tym oferty powoda, zgodnie z odpowiedzią „teren podwyższyć do 20 cm”. Podczas projektowania okazało się konieczne podwyższenie terenu nie o 20 cm, ale o 90 cm, czego pozwana nie kwestionuje. Powód przedstawił pozwanej do akceptacji kosztorys na konieczny dodatkowy zakres robót. Przedstawił również umowę na konieczne roboty budowlane, operat geodezyjny, a także uzasadnienie projektanta o konieczności podwyższenia terenu III o 90 cm. Pozwana nie ustosunkowała się do tych dokumentów, oświadczyła jedynie, że zwróciła się do inżyniera kontraktu o przedstawienie stanowiska w sprawie. Inżynier kontraktu stanowiska nie zajął. Natomiast w ustaleniu nr 1, wydanym na mocy klauzuli nr 3.5 warunków kontraktu z dnia 25 marca 2012 roku, inżynier kontraktu potwierdził, że powód musiał podwyższyć teren z konieczności o 70 cm wyżej niż przewidziano to w umowie. Inżynier kontraktu potwierdził wykonanie przez powoda podniesienia terenu o łącznej objętości 15 564,6 m³, to jest 12 105,8 m³ więcej, niż w warunkach umowy.

Powód podkreślił, że roboty te były robotami koniecznymi, bez, których wykonawca nie mógłby zrealizować umowy oraz, że roboty te nie były objęte zamówieniem, ale również nie były objęte ofertą, nie zostały ujęte w ofertowej kwocie ryczałtowej. Zdaniem powoda za te prace należy mu się dodatkowe wynagrodzenie. W ocenie powoda w toku prowadzenia robót spełnione zostały przesłanki, które nakazywały pozwanej udzielenie powodowi

zamówienia z wolnej ręki. Jednak pozwana unikała sporządzania jakichkolwiek dokumentów związanych z wykonywaniem tych robót, chociaż stale zapewniała, że za nie zapłaci.

Zdaniem powoda pozwana została bezpodstawnie wzbogacona w rozumieniu art. 405 k.c. Jego zdaniem w przedmiotowej sprawie występuje szczególny przypadek bezpodstawnego wzbogacenia, uregulowany w art. 410 § 2 k.c., polegający na tym, że czynność prawna zobowiązująca powódkę do świadczenia - z uwagi na niedochowanie formy zastrzeżonej ad solemnitatem - była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Nie jest to jednak przeszkodą zasądzenia przez sąd kwoty żądanej przez powoda, bowiem możliwe jest zasądzenie w takiej sytuacji wynagrodzenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W tym kontekście powód powołał orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Powód przyznał, że zgłosił gotowość do odbioru robót 13 września 2012 roku, gdy określono w umowie terminy wykonania zobowiązania do 31 grudnia 2011 roku. Jednak zdaniem powoda 256 dni spóźnienia to czas zdecydowanie krótszy, niż 648 dni opóźnienia powstałego na skutek wielu zawinień pozwanej. Powód zastrzegł sobie prawo przedstawienia ewentualnych dowodów w tym zakresie dopiero w takiej sytuacji, gdy pozwana zgłosi zarzut potrącenia kar umownych.

W dniu 18 listopada 2013 roku powód złożył pismo procesowe, w którym zmodyfikował zawarte w pkt 1 pozwu żądanie w ten sposób, że wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 2 973 801 zł 63 gr z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2013 roku do dnia zapłaty oraz wniósł o zmianę treści łączącego strony stosunku prawnego w zakresie wysokości świadczenia i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 3 181 972 zł 80 gr z ustawowymi odsetkami od dnia 31 października 2012 roku do dnia zapłaty.

W odpowiedzi na pozew z dnia 24 czerwca 2013 roku pozwana Gmina wniosła o oddalenie powództwa w całości. Zgłosiła zarzut potrącenia kwoty 1 133 441 zł 83 gr tytułem rozliczenia prac zaniechanych i dodatkowych. Zgłosiła zarzut potrącenia kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia przyjmując, że opóźnienie wynosi 356 dni, od 1 stycznia 2012 roku do 20 grudnia 2012 roku, w zw. z czym kwota potrąconej kary umownej wynosi 988 184 zł 80 gr. Złożyła oświadczenie o potrąceniu w odpowiedzi na pozew, odpowiedź na pozew została podpisana przez radcę prawnego, pełnomocnika pozwanej.

Pozwana twierdziła, że inwestycja prowadzona była na podstawie regul kontraktowych FIDIC. Wskazała również, że nadzór nad inwestycją wykonywał inżynier kontraktu, którego funkcję pełniła spółka PROKSEN sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Dom Inżynierski PROMIS SA z siedzibą w Szczecinie.

Pozwana przyznała, że w dniu 21 grudnia 2013 roku inspektor nadzoru potwierdził zakończenie prac, co nie oznaczało jednak wykonania prac zgodnie z umową. Zaprzeczyła, jakoby wykonawca miał prawo do dokonania jednostronnego odbioru prac budowlanych, bowiem nie zaistniały warunki do odebrania prac, wynikające z FIDIC. W szczególności wykonawca nie sporządził właściwej dokumentacji, na przykład inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej.

Pozwana podkreśliła, że wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę ryczałtową, jednak biorąc pod uwagę, że w sprawie mają zastosowanie reguły FIDIC wysokość wynagrodzenia ulega zmianie w zależności od tego czy został wykonany pełny zakres przedmiotu umowy. Ostateczna wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona dopiero po podpisaniu końcowego odbioru i wystawieniu świadectwa przejęcia oraz świadectwa płatności. Brana pod uwagę będzie pierwotna wysokość wynagrodzenia, wartość prac zaniechanych oraz wartość prac dodatkowych. Wynagrodzenie ulegnie zmniejszeniu o wysokość kar umownych za opóźnienie.

Roszczenie powoda o wpłatę wynagrodzenia za podniesienie o 90 cm terenu III jest nieuzasadnione, ustalone zostało bowiem wynagrodzenie ryczałtowe, które obejmuje określony w umowie przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do treści zmodyfikowanego w dniu 18 listopada 2013 roku żądania pozwana w dalszym ciągu wносиła o oddalenie powództwa. Wskazała, że brak podstaw do zmiany treści umowy, bowiem nie doszło do jakiegokolwiek nadzwyczajnej okoliczności, uzasadniającej tak sformułowane żądanie.

Sąd Okręgowy ustalił, co następuje:

Jan Gutkowski prowadzi firmę „Gutkowski Jan Firma Gutkowski”, która w zakresie działania ma m.in. roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej. Siedzibą firmy jest Leszno.

(niesporne, dowód: wydruk CEDG, k. 15)

W 2010 roku Gmina Miejska Ciechocinek zawarła z konsorcjum firm Proksen sp. z o.o. w Toruniu i Dom Inżynierski PROMIS SA w Szczecinie umowę, której przedmiotem było świadczenie usługi polegającej na funkcji inżyniera kontraktu przy realizacji zadania „Odnowa funkcji publicznych zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”.

(dowód: umowa k. 461-463)

11 maja 2010 roku pozwana udzieliła odpowiedzi na zapytania nadesłane przez oferentów. W odpowiedzi na pytanie 32 („Obszar zadania nr 3 jest terenem podmokłym. Czy należy ww. teren osuszyć, jeżeli tak to, na jakiej powierzchni, jaką metodą. Czy należy teren podnieść (podwyższyć), a jeżeli tak to o ile i na jakiej powierzchni) pozwana stwierdziła, że teren podwyższyć należy do 20 cm.

(dowód: pismo k. 404- 407v, k. 464-471)

W dniu 18 czerwca 2010 roku powód w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarł z Gminą Miejską Ciechocinek umowę o roboty budowlane i usługi dotyczącą „Odnowy funkcji publicznych zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”. W umowie określono, że wynagrodzenie ustalone będzie wraz z VAT, wskazano, że zastosowanie mają zasady FIDIC. Integralną część umowy stanowiły opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 oraz wykaz kluczowych specjalistów - załącznik nr 2.

Zgodnie z treścią umowy, jej przedmiotem było wykonanie robót budowlanych wraz ze sporządzeniem kompletnej dokumentacji projektowej. Wskazano, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie. Ustalono, że wynagrodzenie za wykonanie umowy jest ryczałtowe i uwzględnia wszystkie koszty związane z jej wykonaniem. Ustalono, że wynagrodzenie jest stałe i nie podlega zmianom. Wskazano, że wynagrodzenie za wykonanie zadania, bez podatku VAT wynosi 11 376 229 zł 51 gr. Ustalono, że podatek VAT jest określony wysokością 22 %, a łącznie wynagrodzenie wynosi 13 879 000 zł.

Zapłata wynagrodzenia miała nastąpić na podstawie prawidłowo wystawionej przez wykonawcę faktury VAT, w terminie 30 dni od doręczenia faktury zamawiającemu. Płatności miały być dokonywane częściowo, w okresach kwartalnych, za wykonane w danym okresie rozliczeniowym roboty i dostarczone urządzenia. Ostatecznie miała być wystawiona faktura

końcowa, wystawiona po zakończeniu i odebraniu przedmiotu umowy, złożeniu kompletu dokumentów rozliczeniowych nie zawierających błędów i podpisaniu protokołu odbioru technicznego przez wykonawcę i zamawiającego. Określono również, że suma faktur częściowych nie może przekraczać 80 % wartości całego przedmiotu umowy.

Termin realizacji umowy ustalony został na 31 grudzień 2011 roku, a planowanie rozpoczęcia robót - z chwilą jej podpisania. Wykonawca przed podpisaniem umowy wniósł na rzecz zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania w wysokości 5 % ceny całkowitej.

W umowie wyraźnie wskazano, że każde polecenie, zawiadomienie, zgoda, decyzja, zatwierdzenie, zaświadczenie, uzgodnienie bądź inny przejaw komunikacji zamawiającego z wykonawcą, będzie dokonywany w formie pisemnej.

W umowie określono warunki rozwiązania umowy oraz kary umowne. Strony ustaliły, że naprawienie szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy nastąpi przez zapłatę kar umownych. Za opóźnienie w zakończeniu wykonania przedmiotu ustalono karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Taką wysokość kary umownej ustalono również za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi. Niezależnie od tego zamawiający zastrzegł sobie prawo dochodzenia odszkodowań.

Strony ustaliły, że zmiany umowy wymagają pisemnego aneksu pod rygorem nieważności oraz, że nie mogą być sprzeczne z prawem zamówień publicznych, w szczególności z artykułem 144.

W § 13 ustalono, że zamawiający przewiduje możliwość zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty w sytuacji, gdy powstanie po stronie wykonawcy konieczność wykonania robót dodatkowych, zamiennych lub konieczność zaniechania robót. Dopuszczono obniżenie ryczałtu wprost proporcjonalnie do wartości zaniechanej części robót.

Umowa zawarta została po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego przewidzianego art. 39 i następnymi ustawy prawo zamówień publicznych.

(dowód: umowa, k. 19 - 24v, załączniki do umowy k. 25 – 28, projekt, k. 29 - 59, specyfikacja istotnych warunków zamówienia publicznego k. 61 - 70v)

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z warunkami przygotowanymi i opublikowanymi przez międzynarodową federację inżynierów konsultantów (FIDIC).

(dowód: specyfikacja, k. 61v)

Ponadto zamawiający przewidział w SIWZ możliwość zmiany umowy, jednakże możliwość ta nie zawierała możliwości zmiany parametrów bezwzględnych określonych przez zamawiającego. Nie określił on też warunków takiej zmiany.

(dowód: PFU, k. 29-60).

Powód zawiadomił pozwaną, że roboty rozpocznie 27 września 2011 roku w oparciu o decyzję o pozwoleniu na budowę z dnia 31 sierpnia 2011 roku. Tego dnia przystąpiono do robót.

(dowód: zawiadomienie w Dzienniku budowy, k. 75v, wpis w Dzienniku budowy, k. 76v)

6 lipca 2010 roku asystentem inżynierem rezydentem wyznaczeni zostali przez Inżyniera Kontraktu (IK) Krzysztof Bień, Jolanta Kentzer i Ryszard Owczarek.

(dowód: pełnomocnictwa k. 472-475)

4 stycznia 2012 roku sporządzony został protokół technicznego odbioru włączenia urządzeń wodno-kanalizacyjnych projektowanych sieci do istniejących kolektorów. Protokół sporządzono komisyjnie, w skład komisji wchodził przedstawiciel MPWiK oraz przedstawiciel Zakładu Usługowego Dariusz Bartczak, a także przedstawiciele powoda. Komisja stwierdziła wykonanie urządzeń, i brak usterek oraz niedoróbek. Przyjęto, że prace zostały wykonane w sposób zgodny z dokumentacją techniczną oraz wytycznymi określonymi we SWIZ.

(dowód: protokół k. 111, 112, 113)

25 marca 2012 roku Firma Proksen (personalnie Krzysztof Bień) sporządziła ustalenie nr 1, zgodnie z którym ustalono korektę zatwierdzonej kwoty kontraktowej o kwotę - 1 133 441 zł 83 gr netto w zw. z wystąpieniem licznych odstępstw rozwiązań zawartych w projekcie budowlanym od postanowień programu funkcjonalno-użytkowego, niezastosowanie się przez wykonawcę do wielokrotnych poleceń inżyniera kontraktu w zakresie

wymienionych odstępstw. Do ustalenia dołączono rozliczenie wartości odstępstw dokonanych w projekcie budowlanym od postanowień PFU.

(dowód: ustalenie k. 408- 410v, k. 482-487)

Krzysztof Bień, Asystent Inżyniera Rezydenta był upoważniony przez Inżyniera Kontraktu do podejmowania w imieniu Proksen Sp. z o.o. wszelkich czynności faktycznych i prawnych oraz składania oświadczeń związanych z wykonywaniem funkcji Inżyniera Kontraktu z zastrzeżeniem, że nie jest upoważniony do podejmowania czynności powodujących zmianę treści umowy pomiędzy Gminą Miejską Ciechocinek, a Janem Gutkowskim.

(dowód: pełnomocnictwo k. 472)

17 maja 2012 roku dokonano próby szczelności wewnętrznej instalacji zimnej i ciepłej wody i badania szczelności w rurociągach w budynku Świetlicy z Herbaciarnią. Nie stwierdzono spadku ciśnienia i nieszczelności, otrzymano wymagany poziom wody. Próby wykonano z wynikiem pozytywnym. Tego dnia dokonano próby szczelności instalacji zimnej i ciepłej wody w budynku baru kawowego. Dokonano też badania szczelności rur wodociągowych wykonanych w budynku baru kawowego. Próba wypadła pozytywnie. Tego samego dnia przeprowadzono badanie szczelności wewnętrznej instalacji zimnej i ciepłej wody w budynku herbaciarni. Przeprowadzono próbę szczelności rurociągów wykonanych w budynku herbaciarni, próby wypadły pozytywnie.

(dowód: protokół k. 119, k. 120, k. 211, k. 212, k. 221, k. 222)

21 maja 2012 roku sporządzono protokół odbioru technicznego przyłącza kanalizacyjnego. Roboty przyjęto bez uwag.

(dowód: protokół k. 168)

18 czerwca 2012 roku sporządzono protokół zasypiania złożem filtrów żwirowych. Potwierdzono prawidłowość zasypu 4 sztuk filtrów ciśnieniowych. Sporządzono również protokół zasypiania złożem filtracyjnym filtrów ciśnieniowych. Tego dnia sporządzono protokół zasypiania złożem filtrów żwirowych na terenie 2.

(dowód: protokół k. 150, protokół k. 163, protokół k. 199)

19 czerwca 2012 roku dokonano badania szczelności instalacji technologicznej fontanny Jaś i Małgosia. Również tego dnia dokonano próby szczelności rurociągów

podziemnych. Dokonano badania szczelności instalacji fontanny Żabka. Próby wypadły pozytywnie.

(dowód: protokół, k. 172, szkic k. 173, protokół k. 179, protokół, k. 184, szkic k. 185, protokół k. 191)

20 czerwca 2012 r. sporządzono protokół zasypiania złożem filtrów żwirowych. Potwierdzono prawidłowość zasypu. Dokonano zasypiania złożem filtrów żwirowych w komorze technologicznej fontanny Żabka.

(dowód: protokół k. 176, protokół k. 188)

29 czerwca 2012 roku powód skierował do pozwanej pismo związane z pismem inżyniera kontraktu z 25 marca 2012 roku i ustaleniem nr 1. Oświadczył, że ustalenie uznaje za nierzetelne, albowiem zawiera zapisy niezgodne z rzeczywistym stanem. Szczegółowo odniósł się do każdego z wymienionych odstępstw od PFU.

(dowód: pismo k. 411- 413, szkice i wyliczania, k.413v - 416)

Do pisma dołączono projekt umowy na konieczne roboty dodatkowe, w którym wskazano, że przedmiotem umowy jest wykonanie koniecznych robót dodatkowych polegających na podniesieniu terenu o dodatkowe 70 cm na terenie III. W umowie określono kwotę wynagrodzenia brutto 3 187 972 zł 80 gr. Umowa nie została podpisana przez zamawiającego.

(dowód: umowa k. 416v-417)

5 lipca 2012 roku pozwana zleciła firmie Proksen sp. z o w Toruniu przedstawienie stanowiska w wyżej wymienionej sprawie.

(dowód: pismo k. 419)

24 lipca 2012 roku Inżynier Kontraktu przesłał Zamawiającemu i Wykonawcy protokół z rady Budowy nr 17. W protokole wskazano, że na Radzie omówiono stan realizacji kontraktu. Wykonawca zadeklarował zaawansowanie prac na 95- 96 %.

(dowód: pismo k. 420- 423v)

2 sierpnia 2012 roku przeprowadzono badanie szczelności instalacji wodnych w Ciechocinku na terenie II. Próby wypadły pozytywnie, jednak stwierdzono niezgodność wykonania z PFU.

(dowód: protokół. 193, szkic k. 194- 196)

14 sierpnia 2012 roku sporządzono protokół uruchomienia centrali wentylacyjnej w budynku świetlicy z herbaciarnią. 14 sierpnia 2012 roku sporządzono protokół uruchomienia centrali wentylacyjnej w budynku baru kawowego. Stwierdzono, że instalacja pracuje prawidłowo. Tego dnia sporządzono również protokół uruchomienia centrali wentylacyjnej w budynku herbaciarni.

(dowód: protokół k. 116, wyniki pomiarów k. 117, protokół k. 215, 216, 217, protokoły k. 218-219)

22 sierpnia 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie robót zespół fontann. Tego samego dnia dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie place wypoczynku dla osób starszych na terenie I oraz w zakresie robót plac gier i zabaw na terenie I.

(dowód: protokół k. 230, protokół k. 234, protokół k. 235)

23 sierpnia 2012 roku przeprowadzono próbę szczelności instalacji wodociągu. Próba wypadła pozytywnie, nie stwierdzono spadku ciśnienia i nieszczelności. Tego samego dnia dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie małej architektury terenu I, plac z płyt betonowych na terenie I, zbiorniki wodne na terenie I, aleja pojednania z pieszo jezdnią na terenie I, boisko wielofunkcyjne na terenie I.

(dowód: protokół k. 138 - 139, szkic k. 140- 142, protokół k. 231, k. 237, k. 238, k. 239, k. 240)

24 sierpnia 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie schodów terenowych na terenie I, odbioru technicznego bramy wejściowej na terenie II i ogrodzenia terenu parku na terenie II.

(dowód: protokół k. 229 protokół k. 247, 248)

26 sierpnia 2012 roku dokonano próby szczelności rurociągów podziemnych na terenie III. Próba wypadła pozytywnie.

(dowód: protokół k. 201-204, k. 206-207)

27 sierpnia 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie budynku świetlicy z herbaciarnią na terenie I, odbioru technicznego robót w zakresie budynek

ptaszarni na terenie II, renowacja mostka na terenie II, mała architektura na terenie II, stawy naturalistyczne na terenie II, mała architektura terenu III.

(dowód: protokół k. 232, protokół k. 244, k. 245, k. 246, k. 249, k. 261)

28 sierpnia 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budynek herbaciarni teren III, budynek baru kawowego teren III, zespół kortów tenisowych teren III, ogrodzenie zespołu kortów tenisowych teren III.

28 sierpnia 2012 roku wydane zostało zaświadczenie o przeprowadzeniu w dniach 27-28 sierpnia 2012 roku szkolenia 6 osób na stopień instruktora parku linowego.

(dowód: protokół k. 255, k. 256, k. 257, k. 258, zaświadczenie k. 266)

29 sierpnia 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie ogród sprawnościowy teren III i ścianka wspinaczkowa teren III.

(dowód: protokół k. 259, k. 260)

31 sierpnia 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie siłownia zewnętrzna na terenie I, amfiteatr na terenie I. Tego dnia przeszkolono 5 osób na stopień obsługa sztucznej ścianki wspinaczkowej.

(dowód: protokół k. 233, protokół k. 236, zaświadczenie k. 267)

5 września 2012 roku spisano protokół odbioru robót w zakresie instalacji wentylacji mechanicznej w budynku świetlicy z herbaciarnią. Inspektor nadzoru robót sanitarnych odmówił podpisania wyżej wymienionego protokołu, podając, jako powód brak zamontowanych zlewozmywaków oraz brak dostarczonych i zamontowanych elementów wyposażenia. Wykonawca oświadczył, że zlewozmywaki znajdują się w pomieszczeniach budynków, natomiast montaż nie leży w zakresie prac przewidzianym dla wykonawcy. Wskazał, że w ofercie wykonawcy nie było zakupu, dostawy i montażu wyposażenia budynków.

Tego dnia sporządzona została notatka na okoliczność dokonywania odbiorów wewnętrznej instalacji wodno-kanalizacyjnej w budynku świetlicy z herbaciarnią, budynku baru kawowego i budynku herbaciarni. Inwestor stwierdził brak zamontowanych zlewozmywaków oraz brak dostarczonych i zamontowanych elementów wyposażenia - uchwyty do ręczników, suszarki, uchwyty na papier toaletowy, szczotek i kubelków na śmieci. Wykonawca oświadczył, że montaż nie jest obowiązkiem umownym wykonawcy.

W ofercie wykonawcy nie było zakupu wyposażenia, o którym mowa wyżej. Taki sam dokument sporządzono w zakresie odbiorów wewnętrznej instalacji wodno-kanalizacyjnej w budynku świetlicy z herbaciarnią, budynku baru kawowego i budynków herbaciarni. 5 września sporządzono też protokół odbioru instalacji wentylacji mechanicznej w budynku baru kawowego.

(dowód: protokół k. 115, notatka k. 121, notatka k. 213, protokół k. 214, protokół k. 223)

6 września 2012 roku dokonano badania szczelności instalacji nawadniających na terenie II. Próby wypadły pozytywnie.

(dowód: protokół k. 170)

7 września 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót budowlanych w zakresie fontanna Jaś i Małgosia teren II. Tego dnia dokonano odbioru robót w zakresie robót fontanny Żabka teren II.

(dowód: protokół odbioru k. 252, k. 253)

10 września 2012 roku sporządzono protokół odbioru technicznego instalacji kanalizacji deszczowej zlokalizowanej na terenie I. Po przeprowadzeniu oględzin komisja stwierdziła, że instalacja wykonana została zgodnie z projektem technicznym i nadaje się do użytkowania. Tego dnia sporządzono również protokół z badania szczelności rurociągów podziemnych. Wskazano, że po przeglądzie szczelności całej trasy badanego odcinka komisja stwierdza, że rurociągi nie wykazują nieszczelności. Dokonano odbioru technicznego doziemnej instalacji kanalizacji sanitarnej w budynku świetlicy z herbaciarnią. Instalacje wykonano zgodnie z projektem technicznym i warunkami technicznymi, co potwierdziła komisja składająca się z kierownika budowy i inspektora nadzoru robót sanitarnych. 10 września 2012 roku sporządzono również protokół z próby szczelności rurociągów podziemnych. Próby wypadły pozytywnie. Pozytywnie wypadł również odbiór przepompowni ścieków i kanalizacji tłocznej. Odebrano pozytywnie instalację kanalizacji sanitarnej oraz wykonano próbę szczelności tej instalacji. Sporządzono protokół z próby szczelności w rurociągach podziemnych. 10 września 2012 roku dokonano badania szczelności instalacji kanalizacji deszczowej tłocznej na Terenie I. Nie stwierdzono spadku ciśnienia i nieszczelności. Tego dnia dokonano badania szczelności instalacji technologicznej zbiorników oraz w rurociągach podziemnych. Te próby wypadły pozytywnie. Sporządzono

protokół odbioru technicznego doziemnej instalacji kanalizacji sanitarnej. Komisja stwierdziła, że instalacja została wykonana zgodnie z projektem technicznymi nadaje się do użytkowania. Dokonano próby szczelności w rurociągach na terenie II, próba wypadła pozytywnie. Dokonano odbioru technicznego przyłącza oraz instalacji wodociągowej zlokalizowanej na terenie II. Sporządzono również protokół badania szczelności tej instalacji. Próby wypadły pozytywnie.

(dowód: protokół. 124, 125, szkic k. 126 – 128, protokół k. 129, protokół k. 130, protokół k. 131, szkic k. 132, protokoły k. 133 – 134, protokoły k. 135, szkice k. 136 – 137, protokół z próby szczelności k. 153, protokół k. 158-159 po, szkic k. 160, protokół k. 164, protokół k. 165, protokół k. 166, szkic k. 167, protokół. 180- 181, szkic k. 180)

12 września 2012 roku dokonano odbioru technicznego instalacji kanalizacji deszczowej z drenażem zlokalizowanej na terenie III. Sporządzono protokół odbioru technicznego instalacji kanalizacji sanitarnej na terenie III, przyłącza oraz doziemnej instalacji wodociągowej na terenie III, przeprowadzono próbę szczelności tej instalacji, która wypadła pozytywnie. Dokonano komisyjnego odbioru technicznego grzejników elektrycznych w budynku świetlicy z herbaciarnią na terenie I, iluminacji budynku świetlicy z herbaciarnią na terenie I, iluminacji fontann na terenie I, oświetlenia parkowego na terenie I, iluminacji zbiorników wodnych na terenie I, instalacji elektrycznej budynku świetlicy z herbaciarnią na terenie I, instalacji elektrycznej fontann na terenie I, instalacji elektrycznej zbiorników wodnych na terenie I, oświetlenia boiska wielofunkcyjnego na terenie I, przepompowni kanalizacji sanitarnej na terenie I, przepompowni kanalizacji deszczowej na terenie I, instalacji elektrycznej w komorze stawów na terenie II, iluminacji mostka na terenie II, iluminacji fontanny na dużym stawie na terenie II, iluminacji fontanny Żabka na terenie II, iluminacji fontanny na małym stawie na terenie II, iluminacji mostka na terenie II, instalacji elektrycznej fontanny Jaś i Małgosia na terenie II, iluminacji amfiteatru na terenie II, iluminacji bram na terenie II, iluminacji fontanny Jaś i Małgosia na terenie II, instalacji elektrycznej fontanny Żabka na terenie II, oświetlenia parkowego na terenie II, iluminacji budynku baru kawowego na terenie II. Dokonano odbioru:

- iluminacji budynku herbaciarni na terenie III;
- instalacji elektrycznej budynku baru kawowego na terenie III;
- instalacji elektrycznej budynku herbaciarni na terenie III;
- oświetlenia ścianek wspinaczkowych na terenie III;
- oświetlenia kortów tenisowych na terenie III;

- oświetlenia parkowego na terenie III;
- grzejników elektrycznych w budynku baru kawowego na terenie III;
- grzejników elektrycznych w budynku herbaciarni na terenie III;

(dowód: protokół, k. 200, protokół k. 205, k. 226-228, protokół k. 268, protokół k. 269, k. 270, k. 271, k. 272, k. 273, k. 274, k. 275, k. 276, k. 277, k. 278, k. 279, k. 280, rata 281, k. 282, k. 283, k. 284, k. 285, k. 286, k. 287, k. 288, to 289, k. 290, k. 291, k. 292, k. 293, k. 294, k. 295, k. 296, k. 297, k. 298, k. 299)

13 września 2012 roku powód skierował do Inżyniera Kontraktu pismo, w którym zawiadamiał, że na dzień 13 września 2012 roku przedmiot umowy został wykonany. Informował również, że od dnia 22 sierpnia 2012 roku ca. 70 % obiektu została odebrana przez Inspektorów Nadzoru. Zakończenie odbiorów technicznych miało nastąpić do 26 września 2012 roku.

(dowód: pismo k. 74)

W odpowiedzi na to pismo Zastępca Burmistrza działający w imieniu pozwanej stwierdził, że realizacja zadania nie została zakończona. Jego zdaniem przeprowadzona w dniu 17 września 2012 roku „pobieżna obserwacja terenów objętych zadaniem” nie potwierdziła faktu zakończenia prac. Nie zostały zakończone prace związane z wykonaniem fontanny „Żabka”, wykonaniem fontanny „Jaś i Małgosia”, z doprowadzeniem do stanu używalności alejek parkowych, naprawą zniszczeń powstałych w trakcie robót, uporządkowaniem terenów przyległych, na których składowano materiały i odbywał się transport. Poinformował, że pozwana oczekuje na zakończenie wszystkich prac i zgłoszenia tego faktu dopiero po uzyskaniu potwierdzenia Inżyniera Kontraktu.

(dowód: pismo k. 93)

14 września 2012 roku sporządzono protokół odbioru technicznego doziemnej instalacji drenarskiej boiska wielofunkcyjnego. Komisja stwierdziła, że instalacja została wykonana zgodnie z projektem technicznym i nadaje się do użytkowania. Tego dnia sporządzono protokół odbioru technicznego w zakresie instalacji systemu nawadniającego terenu II, robót budowlanych w zakresie wykonania trawników na terenie I, trawników na terenie II, trawników na terenie III, dokonano odbioru i próby 72 h w zakresie robót ścianki wspinaczkowe i park linowy teren III.

(dowód: protokół i szkic k. 143 – 144, protokół. 169, protokół k. 241, protokół k. 250, k. 262, k. 265)

17 września 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru prac w zakresie wykonania nasadzeń roślinności na terenie I, wykonania nasadzeń roślinność na terenie III, dokonano rozruchu instalacji elektrycznych terenu I i terenu II, rozruchu instalacji elektrycznych terenu III.

(dowód: protokół k. 242, k. 251, k. 263, protokół k. 300-301, 302)

19 września 2012 roku sporządzono protokół zbadania szczelności doziemnej instalacji technologicznej fontann na terenie I. Nie stwierdzono spadku ciśnienia i nieszczelności.

(dowód: protokół k. 146, szkic k. 147)

20 września 2012 roku odbyła się tzw. Rada budowy. Inspektor kontraktu stwierdził, że zawiadomienie wykonawcy o wykonaniu przedmiotu umowy nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, bowiem wykonawca nadal nie ukończył części prac. Wskazano roboty przy fontannach, ścieżki żwirowe w alejkach parkowych, nasadzenia. Poleciał wykonawcy wykonać wszystkie pozostałe do wykonania prace i dopiero wówczas powiadomić Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego o ich wykonaniu.

(dowód: pismo k. 94)

21 września 2012 roku sporządzono protokół odbioru technicznego instalacji technologicznych fontann zlokalizowanych na Terenie I. Komisja stwierdziła, że instalacje zostały wykonane zgodnie z projektem technicznym i warunkami technicznymi i nadają się do użytkowania. Tego samego dnia przeprowadzono rozruch fontanny do fitoterapii. Próba trwała 72 godziny, dokonano testów instalacji i uzyskano wynik pozytywny. Przeprowadzono próbę szczelności w rurociągach podziemnych na Terenie I. Komisja stwierdziła, że badanie wykonano z wynikiem pozytywnym.

(dowód: protokół k. 145, protokół k. 148- 149, protokół k. 152)

24 września 2012 roku powód skierował do pozwanej pismo, w którym informował, że 13 września 2012 roku rozpoczął się proces przejmowania przedmiotu umowy przez zamawiającego. Wnosił o szczegółowe sprecyzowanie niedoróbek i jednoznaczne określenie przez zamawiającego, czy dalej zamierza pomniejszyć kwotę kontraktową i o jaką wartość

oraz czy zamierza zatrzymać przy realizacji faktury końcowej kwotę kary za czas trwania realizacji przedmiotu.

(dowód: pismo k. 97)

28 września 2012 roku dokonano odbioru technicznego instalacji technologicznej fontanny Jaś Małgosia zlokalizowanych na terenie II, przeprowadzono rozruch fontanny i dokonano komisyjnego odbioru próby 72 h. Dokonano odbioru technicznego przyłącza i instalacji wodno kanalizacyjnej do komory technicznej fontanny Jaś Małgosia, próby szczelności instalacji wodociągowej do komory fontanny Jaś i Małgosia, odbioru technologicznego instalacji fontanny Żabka i rozruchu fontanny, odbioru technicznego przyłącza i instalacji wodno kanalizacyjnej komory technicznej fontanny Żabka, próby szczelności instalacji wodociągowej fontanny Jaś Małgosia. Odbiory, testy i próby wypadły pozytywnie.

(dowód: protokoły k. 171, k. 174- 175, k. 177, k. 178, k. 183, k. 186 - 187, k. 189, k. 190)

4 października 2012 roku sporządzono protokół odbioru technicznego instalacji kanalizacji deszczowej wraz z przepompownią, zlokalizowanej na Terenie I, przeprowadzono rozruch pompowni kanalizacji deszczowej, odebrano instalacje technologiczne zbiorników zlokalizowane na terenie I, przeprowadzono rozruch w zbiorników wodnych. Komisja stwierdziła, że wyniki próby są pozytywne a badany zakres robót nadaje się do użytkowania, instalacje zostały wykonane zgodnie z projektem technicznym.

(dowód: protokoły k. 151, k. 154, szkic k. 155- 156, protokół k. 157, k. 161-162)

9 października 2012 roku sporządzony został protokół kontroli sanitarnej obiektów położonych w Parku Tężniowym oraz w Parku Zdrojowym w Ciechocinku. Zakres kontroli określony był, jako „dopuszczenie do użytkowania obiektów tam położonych”. Wszystkie obiekty odebrane zostały bez zastrzeżeń, nie stwierdzono nieprawidłowości. Protokół został podpisany przez prowadzącego kontrolę i przedstawiciela wykonawcy.

(dowód: protokół k. 107 - 108v)

10 października 2012 roku pracownia architektoniczna ARUS w Bydgoszczy, jako jednostka, która opracowała projekt budowlany dla wyżej wymienionego zadania inwestycyjnego, skierowała do powoda pismo, w którym wskazywała, że wyniesienie terenu o 90 cm, to jest o 70 cm wyżej niż określała to odpowiedź na pytanie nr 32 do SWIZ,

podyktowane było wnioskami ze szczegółowej analizy przeprowadzonych na terenie badań geotechnicznych, a także informacjami na temat poziomu wód powierzchniowych.

(dowód: pismo k. 418)

15 października 2012 roku powód oświadczył, że zawiadomił o zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania straż pożarną w dniu 28 września 2012 roku. W odpowiedzi organ ten nie zgłosił sprzeciwu i uwag w terminie 14 dni od daty zawiadomienia.

(dowód: pismo k. 106)

17 października 2012 roku przeprowadzone zostało szkolenie techniczne dotyczące sterowania i obsługi w komorach fontann: Żabka, Jaś i Małgosia, na stawie naturalistycznym w parku Zdrojowym, fontanny do fitoterapii oraz cieków wodnych.

(dowód: zaświadczenie k. 302)

22 października 2012 roku sporządzony został protokół przekazania dokumentacji - operat kołaudacyjny. W protokole wymieniono dokumentację powykonawczą i wskazano, że dokumentacja jest wykonana zgodnie z umową, z zasadami współczesnej wiedzy technicznej, obowiązującymi w tym zakresie przepisami oraz normami. Protokół podpisał wykonawca i inżynier kontraktu.

(dowód: protokół k. 98 - 98v)

Tego samego dnia powód skierował do pozwanej pismo, w którym twierdził, że Gmina nie sprecyzowała szczegółowo niedoróbek wykonania. Uznał polecenie nr 25/10/2012 z 16 października 2012 roku „odnośnie usunięcia estetycznej cechy ścieżek polegającej na zabrudzeniu obuwia pylistą granulacją poprzez zespojenie jej natryskiem na bazie żywic i olejów za sprzeczne z projektem i wymagające zatwierdzenia przez WUOZ”. Wskazał również, że ścieżki zostały przejęte przez zamawiającego 23 maja 2012 roku i od tego czasu użytkowane. Przez zamawiającego nie został zachowany naturalny czas zespojenia, technologicznie wymagany. Wskazał też, że ścieżki wymagają starannej pielęgnacji.

(dowód: pismo k. 99)

W piśmie z 29 października 2012 roku powód twierdził, że ścieżki zostały wykonane prawidłowo. Poinformował, że poszukuje sposobów zmniejszenia pylenia. Wykonawca poinformował, że w zw. z uchylaniem się od obowiązku zamawiającego określonego w art.

647 k.c. i art. 18 ust. 1 pkt 4 pr.bud. sporządził jednostronny protokół odbioru robót na dzień 30 października 2012 roku i przekazał cały przedmiot umowy w użytkowanie.

(dowód: pismo k. 100)

29 października 2012 roku dokonano komisyjnego odbioru robót w zakresie alejki parkowej na terenie I, robót budowlanych w zakresie alejki parkowej teren II, alejki parkowej teren III. Komisja stwierdziła, że zrealizowany i zgłoszony do odbioru zakres robót nadaje się do użytkowania.

(dowód: protokół k. 243, k. 259, k. 264)

30 października 2012 roku sporządzony został jednostronny protokół odbioru końcowego. Do odbioru stawili się przedstawiciele wykonawcy, przedstawiciele zamawiającego i przedstawiciel IK nie stawili się. W protokole powołano się na wpisy w Dzienniku budowy - zawiadomienie z dnia 13 września 2012 roku o wykonaniu przedmiotu umowy, wezwanie z 2 października 2012 roku do wyznaczenia terminu dokonania odbioru końcowego, a także powiadomienie z 29 października 2012 roku o przystąpieniu do jednostronnego odbioru przedmiotu umowy z dniem 30 października 2012 roku. Do protokołu odbioru dołączono załączniki wymienione w spisie załączników.

(dowód: protokół k. 101 – 101v, spis załączników k. 103)

30 października 2012 roku kierownik budowy inspektor nadzoru inwestorskiego oświadczył, że budowa została wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami, warunkami technicznymi oraz zgodnie z projektem budowlanym, zgodnie z pozwoleniem na budowę oraz ze zmianami w stosunku do rozwiązań projektu, które to zmiany nie były istotne, a dotyczyły umiejscowienia małej architektury. Kierownik budowy oświadczył, że teren budowy i tereny przyległe zajęte do budowy zostały uporządkowane i zagospodarowane oraz stwierdził, że obiekt nadaje się do użytkowania.

(dowód: oświadczenie k. 105)

31 października 2012 roku sporządzony został protokół przekazania kluczy do urządzeń, pomieszczeń i budynków położonych na terenie, na którym realizowana była budowa (teren I, teren II, teren III).

(dowód: protokół przekazania kluczy kart to 109 - 110)

2 listopada 2012 roku powód powiadomił inżyniera kontraktu oraz zamawiającego, że wymagane wyposażenie zostało złożone w pomieszczeniach budynku baru kawowego oraz w budynku świetlicy z herbaciarnią. Poinformował, że jest gotowy do protokolarnego przeliczania i stwierdzenia zgodności z wymaganiami.

(dowód: pismo k. 114)

6 listopada 2012 roku powód sporządził pismo kierowane do pozwanej, w którym poinformował, że zgodnie ze wolą Burmistrza i zaleceniem IK dokonano natrysku alejek roztworem olejowo żywicznym.

(dowód: pismo k. 102)

9 listopada 2012 roku powód skierował do pozwanego pismo, w którym stwierdził, że na polecenie Burmistrza polecił otwarcie bramki przy restauracji Bristol, pomimo, że ani ta bramka ani fontanny, do których ułatwia dostęp nie zostały przejęte.

(dowód: pismo k. 393)

14 listopada 2012 roku sporządzony został protokół z komisijnego odbioru robót w zakresie wykonanie natrysku stabilizatorem wiążącym na alejkach i ścieżkach parkowych, zgodnie z poleceniem Inżyniera Kontraktu z dnia 16 października 2012 roku. Komisja stwierdziła, że polecenie zostało wykonane.

(dowód: protokół k. 395)

15 listopada 2012 roku spisano protokół odbioru technicznego instalacji wewnętrznej wodno kanalizacyjnej i c.w. w budynku świetlicy z herbaciarnią, ogrzewania elektrycznego wymienionym budynku, komory technologicznej stawów zlokalizowanej na terenie II, przeprowadzono rozruch instalacji wodnej w komorze technologicznej stawów, cieków wodnych wraz z fontannami na dużym i małym stawie, odebrano ogrzewanie elektryczne w budynku baru kawowego, przeprowadzono badanie skuteczności ogrzewania i dokonano jego rozruchu, dokonano odbioru technicznego instalacji wewnętrznej wodno kanalizacyjnej i c.w. w budynku baru kawowego, instalacji wewnętrznej wodno kanalizacyjnej w budynku herbaciarni, ogrzewania elektrycznego w budynku herbaciarni. Komisja stwierdziła, że instalacje wykonane zostały zgodnie z projektem technicznym i warunkami technicznymi i nadają się do użytkowania.

(dowód: protokół k. 118, k. 122, k. 123, k. 192, k. 197-198, k. 208, 209, k.210, k. 220, k. 224-225)

31 grudnia 2012 roku powód wystawił na rzecz nabywcy Gminy Miejskiej Ciechocinek fakturę VAT na kwotę łączną 2 973 801 zł 63 gr za wykonanie robót budowlanych wraz ze sporządzeniem kompletnej dokumentacji projektowej pod nazwą „Odnowa funkcji publicznej zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”. Była to faktura końcowa z terminem płatności przelewem do 30 dni, do dnia 30 stycznia 2013 roku. Wystawione zostało również przejściowe świadectwo płatności nr 8.

(dowód: faktura VAT k. 389, k. 390-394)

21 stycznia 2013 roku burmistrz Ciechocinka skierował do powoda pismo, w którym informował, że w grudniu 2012 roku podjął czynności, których celem była weryfikacja zgodności z umową prac zgłoszonych, jako ukończonych i gotowych do odbioru. Zadeklarował gotowość do odbioru i wskazał, że większość prac jest wykonanych prawidłowo z wyłączeniem nawierzchni alejek i placów, co deklarował już w październiku 2012 roku. Poinformował też, że Wojciech Nalikowski złożył w dniu 21 grudnia 2012 roku ostatnie dokumenty i od tego dnia możliwe było rozpoczęcie procedur odbiorowych i przejście przez zamawiającego.

Potwierdził, że od początku maja 2012 roku wnosił zastrzeżenia dotyczące jakości wykonanych nawierzchni alejek spacerowych. Twierdził, że kwestionował niewłaściwy dobór materiału, który przy słonecznej pogodzie pyli. Twierdził też, że realizacja została wykonana niechlujnie. Przypomniał, że sprawa niewłaściwego wykonania nawierzchni alejek poruszana była na każdej Radzie budowy. Wskazał również, że po opadach deszczu wystąpił kolejny problem, przyklejenia się całych płyt nawierzchni do obuwia, co uniemożliwia korzystanie z alejek spacerowych. Wyraził zdumienie, że wykonawca zastosował, mieszankę kruszywa naturalnego, w sytuacji, gdy mieszanka ta, po badaniu laboratoryjnym nadawała się wyłącznie do wykonania dalszych warstw podbudów. Oświadczył, że polecił niezależnej firmie zbadać jakość zastosowanego materiału i określić jego przydatności. Opinia potwierdziła, że zastosowany materiał nie może być wykorzystany do wykonania wierzchniej warstwy. Jego zdaniem wyniki ekspertyz wykazały niezgodność sposobu wykonania nawierzchni z przygotowaną przez firmę Gutkowski dokumentacją wykonawczą. Jednak podkreślił, że sprawa ta nie stanowi przeszkody w dokonaniu odbioru pozostałych prac i ich przejścia.

(dowód: pismo k. 397- 400)

W dniu 1 lutego 2013 roku wydana została decyzja nr 6/13 dla Gminy Miejskiej w Ciechocinku, udzielająca pozwolenia na użytkowanie „Odnowy funkcji publicznych zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”. 4 lutego 2013 roku Gmina Miejska złożyła do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego pismo, którym wycofała wniosek z dnia 9 stycznia 2013 roku o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektów realizowanych w ramach inwestycji. Do tego pisma załączono oświadczenie o cofnięciu pełnomocnictwa dla Marka Koniecznego.

(dowód: pismo k. 401, decyzja, k. 1013)

14 lutego 2013 roku powód skierował do pozwanej ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty, w którym domagał się zapłaty kwoty 2 973 801 zł 63 gr za nieuregulowaną należność główną wynikającą z faktury z dnia 31 grudnia 2012 roku oraz kwoty 3 181 972 zł 80 gr za wykonane konieczne roboty dodatkowe dotyczące terenu III, co do których kosztorys przesłany został Gminie wraz z pismem z 29 czerwca 2012 roku. Wezwanie doręczone zostało 18 lutego 2013 roku.

(dowód: wezwanie k. 402, potwierdzenie odbioru k. 403)

Dnia 2 kwietnia 2013 roku Kujawsko-Pomorski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego w Bydgoszczy uchylił decyzję powiatowego inspektora nadzoru budowlanego w Aleksandrowie Kujawskim z dnia 1 lutego 2013 roku udzielającą Gminie Miejskiej Ciechocinek pozwolenie na użytkowanie.

Umowa została zrealizowana w reżimie ustawy prawo zamówień publicznych, co powoduje, że zastosowanie klauzul zawartych w żółtym FIDIC-u jest możliwe tylko i wyłącznie w takim zakresie, w jakim wykonanie istotnych warunków kontraktu nie prowadzi do naruszenia przepisów tej ustawy. Zamawiający nie wprowadził do kontraktu klauzul szczególnych. FIDIC pozostają w zasadniczej zgodności z Ustawą prawo zamówień publicznych oraz z kodeksem cywilnym. Określają procedury realizacji przedsięwzięć. Zostały opracowane dla kontraktów międzynarodowych i wg reguł brytyjskich.

(dowód: opinia Instytutu, k. 1208/6-7, zeznania biegłego Jerzego Myszkowskiego, protokół rozprawy elektroniczny z dnia 5 listopada 2015 roku, adnotacje 00 21 40 i nast., Warunki kontraktowe FIDIC, k. 811 -960)

(dowód: protokół k. 118, k. 122, k. 123, k. 192, k. 197-198, k. 208, 209, k.210, k. 220, k. 224-225)

31 grudnia 2012 roku powód wystawił na rzecz nabywcy Gminy Miejskiej Ciechocinek fakturę VAT na kwotę łączną 2 973 801 zł 63 gr za wykonanie robót budowlanych wraz ze sporządzeniem kompletnej dokumentacji projektowej pod nazwą „Odnowa funkcji publicznej zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”. Była to faktura końcowa z terminem płatności przelewem do 30 dni, do dnia 30 stycznia 2013 roku. Wystawione zostało również przejściowe świadectwo płatności nr 8.

(dowód: faktura VAT k. 389, k. 390-394)

21 stycznia 2013 roku burmistrz Ciechocinka skierował do powoda pismo, w którym informował, że w grudniu 2012 roku podjął czynności, których celem była weryfikacja zgodności z umową prac zgłoszonych, jako ukończonych i gotowych do odbioru. Zadeklarował gotowość do odbioru i wskazał, że większość prac jest wykonanych prawidłowo z wyłączeniem nawierzchni alejek i placów, co deklarował już w październiku 2012 roku. Poinformował też, że Wojciech Nalikowski złożył w dniu 21 grudnia 2012 roku ostateczne dokumenty i od tego dnia możliwe było rozpoczęcie procedur odbiorowych i przejęcie przez zamawiającego.

Potwierdził, że od początku maja 2012 roku wносił zastrzeżenia dotyczące jakości wykonanych nawierzchni alejek spacerowych. Twierdził, że kwestionował niewłaściwy dobór materiału, który przy słonecznej pogodzie pyli. Twierdził też, że realizacja została wykonana niechlujnie. Przypomniiał, że sprawa niewłaściwego wykonania nawierzchni alejek poruszana była na każdej Radzie budowy. Wskazał również, że po opadach deszczu wystąpił kolejny problem, przyklejania się całych płyt nawierzchni do obuwia, co uniemożliwia korzystanie z alejek spacerowych. Wyraził zdumienie, że wykonawca zastosował, mieszankę kruszywa naturalnego, w sytuacji, gdy mieszanka ta, po badaniu laboratoryjnym nadawała się wyłącznie do wykonania dalszych warstw podbudów. Oświadczył, że polecił niezależnej firmie zbadać jakość zastosowanego materiału i określić jego przydatności. Opinia potwierdziła, że zastosowany materiał nie może być wykorzystany do wykonania wierzchniej warstwy. Jego zdaniem wyniki ekspertyz wykazały niezgodność sposobu wykonania nawierzchni z przygotowaną przez firmę Gutkowski dokumentacją wykonawczą. Jednak podkreślił, że sprawa ta nie stanowi przeszkody w dokonaniu odbioru pozostałych prac i ich przejęcia.

(dowód: pismo k. 397- 400)

W dniu 1 lutego 2013 roku wydana została decyzja nr 6/13 dla Gminy Miejskiej w Ciechocinku, udzielająca pozwolenia na użytkowanie „Odnowy funkcji publicznych zdegradowanych terenów uzdrowiskowych w Ciechocinku”. 4 lutego 2013 roku Gmina Miejska złożyła do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego pismo, którym wycofała wniosek z dnia 9 stycznia 2013 roku o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektów realizowanych w ramach inwestycji. Do tego pisma załączono oświadczenie o cofnięciu pełnomocnictwa dla Marka Koniecznego.

(dowód: pismo k. 401, decyzja, k. 1013)

14 lutego 2013 roku powód skierował do pozwanej ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty, w którym domagał się zapłaty kwoty 2 973 801 zł 63 gr za nieuregulowaną należność główną wynikającą z faktury z dnia 31 grudnia 2012 roku oraz kwoty 3 181 972 zł 80 gr za wykonane konieczne roboty dodatkowe dotyczące terenu III, co do których kosztorys przesłany został Gminie wraz z pismem z 29 czerwca 2012 roku. Wezwanie doręczone zostało 18 lutego 2013 roku.

(dowód: wezwanie k. 402, potwierdzenie odbioru k. 403)

Dnia 2 kwietnia 2013 roku Kujawsko-Pomorski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego w Bydgoszczy uchylił decyzję powiatowego inspektora nadzoru budowlanego w Aleksandrowie Kujawskim z dnia 1 lutego 2013 roku udzielającą Gminie Miejskiej Ciechocinek pozwolenie na użytkowanie.

Umowa została zrealizowana w reżimie ustawy prawo zamówień publicznych, co powoduje, że zastosowanie klauzul zawartych w żółtym FIDIC-u jest możliwe tylko i wyłącznie w takim zakresie, w jakim wykonanie istotnych warunków kontraktu nie prowadzi do naruszenia przepisów tej ustawy. Zamawiający nie wprowadził do kontraktu klauzul szczególnych. FIDIC pozostają w zasadniczej zgodności z Ustawą prawo zamówień publicznych oraz z kodeksem cywilnym. Określają procedury realizacji przedsięwzięć. Zostały opracowane dla kontraktów międzynarodowych i wg reguł brytyjskich.

(dowód: opinia Instytutu, k. 1208/6-7, zeznania biegłego Jerzego Myszkowskiego, protokół rozprawy elektroniczny z dnia 5 listopada 2015 roku, adnotacje 00 21 40 i nast., Warunki kontraktowe FIDIC, k. 811 -960)

Elementem składowym ceny ofertowej zaoferowanej przez wykonawców było podniesienie terenu na obszarze III wyłącznie do wysokości 20 cm. Podniesienie terenu ponad 20 cm nie mieści się w przedmiocie umowy z 18 czerwca 2010 roku.

(dowód: opinia Instytutu k. 1208/9-10)

Zgodnie z treścią § 3 ust 1 i 2 umowy z 18 czerwca 2010 r. wynagrodzenie za wykonanie jest wynagrodzeniem ryczałtowym zaś wynagrodzeniem za wykonanie umowy jest cena zaproponowana w ofercie wykonawcy.

(niesporne)

Konieczność podniesienia terenu na obszarze III o kolejne 70 cm zainicjowana została pismem z 10 października 2012 roku członka zarządu pracowni architektonicznej ARUS sp. z o.o. w Bydgoszczy mgr. inż. arch. Krzysztofa Andrzejewskiego, który uzasadnił konieczność podniesienia terenu przyczynami technicznymi.

(dowód: opinia Instytutu k. 1208/ 11)

W treści ustalenia nr 1 wydanego na podstawie klauzuli 3,5 żółtego FIDIC przez pełnomocnika inżyniera kontraktu Krzysztofa Bienia pełnomocnik potwierdził odstąpienia dokonane w projekcie budowlanym i wykonanych pracach od postanowień Programu Funkcjonalno-użytkowego (PFU) stanowiącego integralną część SIWZ, polegająca na podniesieniu terenu na obszarze III o dodatkowe 70 cm, na powierzchni 12 105,80 m², wyceniając wartość prac związanych z podniesieniem terenu na kwotę 472 489 zł 37 gr. Wynika z tego, że żadna ze stron umowy z 18 czerwca 2010 roku nie kwestionowała zrealizowania dodatkowych prac w wyżej wymienionym zakresie, które nie były objęte kontraktem podstawowym z dnia 18 czerwca 2010 roku.

(dowód: ustalenia k. 482-487, opinia Instytutu k. 1208/12-13)

Z uwagi na precyzyjne określenie przez zamawiającego liczby centymetrów, o jaką wykonawca miał podnieść teren na obszarze terenu III to jest 20 cm, zaoferowana przez wykonawcę cena ryczałtowa w treści oferty zawiera wynagrodzenie za wzniesienie terenu do maksymalnej wysokości wymaganej przez zamawiającego. Podniesienie, więc terenu ponad 20 cm nie mieści się w przedmiocie umowy z 18 czerwca 2010 roku. Podniesienie terenu III o dalsze 70 cm było konieczne i niezbędne, z uwagi na wykonanie na terenie tym drenażu i zewnętrznej instalacji sanitarnej, zgodnie z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i sztuką budowlą. Wskazanie przez pozwanego w odpowiedzi na pytanie

oferentów, że teren jest terenem podmokłym, który należy podwyższyć do 20 cm jest wymaganiem o charakterze bezwzględny, każde odstępstwo od niego należy traktować jako odstąpienie od postanowień kontraktu.

Wyniesienie poziomu terenu III o dalsze 70 cm było konieczne dla prawidłowego zrealizowania zamówienia podstawowego.

(dowód: opinia Instytutu k. 1208/10, opinia biegłego sądowego Jerzego Myszkowskiego, k. 1418, k. 1419, opinia uzupełniająca k. 1684, k. 1685)

Powód wystąpił o uznanie, że dodatkowe roboty polegające na podwyższeniu terenu o kolejne 70 cm były robotami koniecznymi. Przedstawił kosztorys. Inżynier kontraktu potwierdził wykonanie przez powoda podniesienia terenu o łącznej objętości ponad 12 105,8 m³ więcej, aniżeli określony w umowie

(dowód: opinia biegłego w Jerzego Myszkowskiego k. 1420)

Wartość robót dodatkowych wynosi 521 394 zł 31 gr.

(dowód: uzupełniająca opinia biegłego, k. 1742- 1744, opinia uzupełniająca, k. 1699-1702, załącznik nr 1 do uzupełniającej opinii biegłego sądowego z dnia 15 lutego 2016 roku, k. 1746)

Wykonanie przez powoda robót dodatkowych i koniecznych było jedną z przyczyn opóźnienia wykonania przedmiotu umowy. To dodatkowe zadanie przedłużenie terminu o 47 dni.

(dowód: opinia biegłego Jerzego Myszkowskiego k. 1421)

Ponadto w dniach od 4 stycznia do 27 lutego 2012 roku wystąpiła w robotach budowlanych przerwa zimowa, odnotowana w Dzienniku Budowy. Na budowie wystąpiły przerwy w wykonywaniu robót budowlanych w zw. z występowaniem obniżonych temperatur, co przedłużyło realizację robót o 39 dni.

(dowód: opinia biegłego Jerzego Myszkowskiego k. 1426- 1427)

Nie miało wpływu na termin wykonania robót wstrzymanie przez powoda prac na terenie numer II na skutek pisma z dnia 27 grudnia 2011 roku.

(dowód: opinia biegłego Jerzego Myszkowskiego k. 1427- 1428)

13 września 2012 roku nie zaistniały wystarczające przesłanki do zgłoszenia przez kierownika budowy gotowości przedstawienia zadania do odbioru końcowego. W dniu 22 października 2012 roku powód przekazał Inżynierowi Kontraktu operat kolaudacyjny zawierający dokumentację powykonawczą. Dokumentacja operatu geodezyjnego dotycząca terenu I dostarczona została 21 grudnia 2012 roku. Świadcstwo przejęcia oznacza, że Inżynier Kontraktu w dniu 24 grudnia 2012 roku stwierdził skompletowanie przez wykonawcę dokumentacji powykonawczej w stopniu umożliwiającym przystąpienie do czynności przejęcia robót.

Komplet robót został wykonany do dnia 15 listopada 2012 roku, to zostało potwierdzone protokołami odbioru technicznego. Potwierdził to również Inżynier Kontraktu. Protokoły odbiorów technicznych wskazują, że roboty objęte zamówieniem zostały wykonane bez zastrzeżeń, z wyjątkiem nieuzasadnionych uwag inspektora branży sanitarnej.

(dowód: opinia biegłego sądowego Jerzego Myszkowskiego, k. 1407, 1411)

Ścieżki nie posiadały wad, co potwierdzały sporządzone protokoły odbioru technicznego podpisane przez kierownictwo budowy i nadzór. Efekt wylania nawierzchni naturalnych, który występuje szczególnie podczas dni upalnych, jest naturalną cechą tego typu nawierzchni. Ścieżki zostały wykonane zgodnie z dokumentacją budowlaną i w oparciu o uzgodnioną z nadzorem budowy technologią robót z zatwierdzeniem wniosku materiałowego w zakresie podstawowego kruszywa. Powód dochował należytej staranności, aby spełnić wysokie wymagania pozwanego, wykonał dodatkowe zabiegi.

(dowód: opinia biegłego sądowego Jerzego Myszkowskiego, k. 1412, k. 1416, k. 1417)

Powód ogłosił przetarg nieograniczony na wykonanie zadania, załączając do SIWZ niekompletną i zawierającą błędy dokumentację przetargową. Dotyczy to, zwłaszcza załączonego do SIWZ Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej PFU). Opracowanie to było niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, co wprowadzało w błąd potencjalnych oferentów, w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego oszacowania przez nich czasu potrzebnego na realizację zadania.

(dowód: opinia Jerzego Myszkowskiego k. 1424)

W obiegu funkcjonowały różne wersje tego dokumentu, o różnej treści. Rozbieżności te dotyczyły części graficznej i opisowej. PFU nie zawierało również jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia.

(dowód: opinia biegłego Jerzego Myszkowskiego k. 1425)

Pozwany powodował nieuzasadnioną zwłokę przy akceptacji rozwiązań i przy podejmowaniu niezbędnych decyzji. Problemy realizacji przedmiotowego zadania wynikają głównie z fatalnego przygotowania postępowania przetargowego, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia. Opóźnione w stosunku do zakładanego terminu uzyskiwanie decyzji pozwolenia na budowę zmusiło powoda do wykonywania robót w okresie zimowym (bez okresu liczonego przez nadzór) w co miało negatywny wpływ na jakość wykonanych robót i wymuszało nie dopracowanie wielu kwestii projektowych. Pozwany nie współpracował należycie z powodem i to zarówno podczas fazy projektowej realizowania zadań jak również podczas fazy realizacyjnej co miało bezpośredni wpływ na termin realizacji zadań.

(dowód: opinia biegłego w Jerzego Myszkowskiego k. 1426)

Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny w oparciu o dokumenty dołączone do akt sprawy przez strony postępowania, których treść nie była kwestionowana wzajemnie oraz na podstawie opinii biegłego Jerzego Myszkowskiego i opinii Instytutu, które to opinie były ze sobą zbieżne, szczególnie w zakresie oceny konieczności robót dotyczących podwyższenia terenu III. Dokumenty dołączone do sprawy potwierdziły przebieg budowy.

Zeznania świadków nie zaprzeczyły ich treści. Ustalenie stanu faktycznego w całości było możliwe na podstawie dokumentów.

Świadek Grzegorz Kustra (zeznający w dniu 7 października 2013 roku) pełnił funkcję inżyniera nadzoru w zakresie robót budowlanych, był członkiem zespołu inżyniera kontraktu. Potwierdził fakt dokonywania odbiorów cząstkowych, potwierdzonych wpisami do Dziennika budowy. Jego zdaniem odbiory cząstkowe były wyłącznie odbiorami technicznymi. Zastrzeżenia dotyczyły nie robót, a braku dokumentów. Przyznał, że w umowie nie określono podwyższenia terenu więcej niż do 20 cm, a warunki, w tym układ wód gruntowych, nakazywały podniesienie wyżej. Jednak jego zdaniem powód już na podstawie specyfikacji sam powinien się o tym zorientować. Przyznał, że opracowujący PFU „niezbyt dokładnie podeszli do tematu”. Wskazał również, że zespół inżynierów firmy nadzorującej dokonał wyliczenia kosztów podwyższenia terenu, w kwocie niższej, niż wyliczył to powód.

Powód dokonał rozliczenia kosztorysem budowlanym szczegółowym. Jego zdaniem brak było inwentaryzacji geodezyjnej, którą miał obowiązek sporządzić powód.

Świadek Grzegorz Jaszcak (zeznanący w dniu 7 października 2013 roku) pełnił funkcję kierownika budowy. Jego zdaniem PFU zawierał liczne błędy i był nielogiczny, a plan zagospodarowania przestrzennego nieaktualny. Wskazał na datę, w której zgłosił gotowość odbioru końcowego w Dzienniku budowy oraz na zastrzeżenia inspektora branży sanitarnej. Jego zdaniem dokumentacja była kompletna. Potwierdził, że sporządził kalkulację robót dodatkowych, przyjął jednak, że stawki nie powinny być powiązane z umową łączącą strony. Potwierdził też, że w dacie, w której zgłosił rezygnację z funkcji, dokonywano jeszcze naprawy usterek.

Świadek Wojciech Nalikowski (zeznanący w dniu 7 października 2013 roku) pełnił funkcję koordynatora projektu. Był uczestnikiem spotkania w dniu 2 listopada 2012 roku, na którym, jego zdaniem, miało dojść do odbioru końcowego. Na tym spotkaniu wskazano usterki, których część powód uznał. Jego zdaniem wady i usterki były usuwane na bieżąco, ostatnia została usunięta w kwietniu 2013 roku.

Świadek Marek Konieczny (zeznanący w dniu 7 października 2013 roku) był przedstawicielem wykonawcy w kontaktach z zamawiającym. Jego zdaniem kontakty z inwestorem były trudne, od początku brakowało dokumentów, a inwestor utrudniał wykonanie robót. Oświadczył również, że odniósł się do pisma ze stycznia 2013 roku, w którym inwestor wymienił 160 usterek, z których do 30 zostało uznanych.

Wojciech Śniadkowski (zeznanący w dniu 18 listopada 2013 roku) potwierdził, że kontrakt realizowany był z problemami. Zeznał, że na spotkaniu w dniu 2 listopada 2012 roku omawiane były sprawy bieżące, jednak nie potrafił przypomnieć sobie szczegółów spotkania. Potwierdził wykonanie odbiorów robót cząstkowych, także robót zanikających i płatności na podstawie faktur wystawianych po tych odbiorach. Przyznał również, że w miesiącu grudniu 2012 roku jedynym problemem pomiędzy wykonawcą, a inwestorem był brak dostarczonej przez wykonawcę dokumentacji geodezyjnej.

Świadek Krzysztof Bień (zeznanący w dniu 18 listopada 2013 roku) potwierdził, że powód jesienią 2012 roku zgłosił budowę do odbioru. Wyraził opinię, że nie było ku temu warunków. Jego zdaniem wynikało to z braków w dokumentacji geodezyjnej - przyłączy do fontann, która miała być sporządzona przez powoda, wadliwie wykonanymi ścieżkami, które pylily. Wskazał również, że inspektor branży sanitarnej jako jedyny zgłosił uwagi do

protokołu odbioru robót w tej części. Potwierdził też, że wykonawca usuwał usterki wykonania, m.in. zalanej komory technologicznej fontanny. Przyznał też, że zamawiający uznał, iż podwyższenie terenu o dodatkowe 70 cm nie mieści się w zakresie zamówienia i należy zapłacić dodatkowe pieniądze powodowi. Wskazał również, że firma nadzorująca budowę (Proksen) prezentowała stanowisko, że zapłata wynagrodzenia za podwyższenie terenu musi być powiązana z „wszystkimi znanymi elementami”, które muszą być rozliczone”.

Zdaniem świadka Mariana Ogrodowskiego (zeznający w dniu 18 listopada 2013 roku) budowa formalnie została zgłoszona do odbioru, została powołana komisja, której został członkiem. Wnioski komisji zostały sformułowane 12 lutego 2013 roku, komisja wskazała na wady, które należy usunąć, których było około 160.

Świadek Andrzej Szczepanowski (zeznający w dniu 18 listopada 2013 roku), pracownik pozwanej, zeznał, iż pracował w referacie zajmującym się przygotowaniem przetargu i przygotowaniem inwestycji. Potwierdził, że Burmistrz powołał komisję w celu odbioru budowy, po dokonaniu wpisu w Dzienniku budowy. Jego zdaniem wykonawca do daty zeznań nie usunął wszystkich usterek.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Podkreślić należy, że umowa pomiędzy stronami została zawarta na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych. Przepis art. 139 prawa zamówień publicznych stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Umowa zawarta w trybie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Z kolei art. 144 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Zmiany są możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SWIZ, oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy w sprawach zamówień publicznych w oparciu o art. 144 ustawy również wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Pozwana w toku całego procesu twierdziła, że bezpośrednie zastosowanie w sprawie będą miały reguły FIDIC, zgodnie z zawartą przez strony umową. Rzeczywiście w umowie widnieje odwołanie do tych reguł. Jednak reguły stanowią wyłącznie wzory postępowań dla kontraktów międzynarodowych. Nie zostały uszczegółowione w jakikolwiek sposób w umowie stron, co powoduje, że nie mogą mieć zastosowania w zakresie warunków istotnych umowy, m.in. dotyczących określenia wynagrodzenia czy warunków umożliwiających jego zmianę, jak również zmianę treści umowy w jakimkolwiek innym zakresie. Wzory FIDIC obowiązywałyby strony, gdyby zostały przywołane w umowie, co do poszczególnych jej zapisów. Bez względu na powyższe zapisy umowne odwołujące się do FIDIC nie mogą być sprzeczne z prawem polskim. Do umowy zawartej pomiędzy stronami należy wobec tego stosować przepisy kodeksu cywilnego i przepisy prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią umowy strony określiły wynagrodzenie ryczałtowe, uwzględniające wszystkie koszty związane z wykonaniem usług w ramach umowy. Strony określiły również, że w wypadku składania przez wykonawcę jakichkolwiek wniosków o roboty dodatkowe, wykonawca zobowiązany jest każdorazowo przedstawić do akceptacji przez zamawiającego kosztorys na dodatkowy zakres robót sporządzony w oparciu o przedmiary tych robót.

Wynagrodzenie ryczałtowe określane jest bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów, jest to wynagrodzenie za całość dzieła, w jednej sumie pieniężnej (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 stycznia 2008 r., KIO/UZP 65/07, LEX nr 393557). W przypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującego zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac lub ich kosztów obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie (por. wyrok SN z 27 lipca 2005 roku, II CK 793/04, LEX nr 202087). Jest to zgodne z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.). „Przeciw wagą” dla wskazanego ryzyka przyjmującego zamówienie jest sytuacja prawna zamawiającego, który nie może żądać obniżenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Niemniej jednak w umowie o roboty budowlane strony mogą zastrzec modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych (wyroki SN z 26 kwietnia 2007 roku, III CSK 366/06, LEX nr 274211, z 14 marca 2008 roku,

IV CSK 460/07, LEX nr 453070). Strony uzgodniły, że istnieje możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty w szczególnych wypadkach, jeżeli powstanie konieczność wykonania robót dodatkowych, zamiennych lub zaniechania robót. W przypadku zaniechania części prac budowlano-montażowych przez wykonawcę dopuszczono możliwość obniżenia ryczałtu wprost proporcjonalnie do wartości zaniechanej części robót.

Tak więc warunki zmiany treści postanowień umowy zostały określone szczegółowo w samej umowie. Jednak zmiany te nie mogłyby być sprzeczne z treścią artykułu 144 prawa zamówień publicznych.

Biegły Jerzy Myszkowski ustalił w sprawie, a ustalenie to jest zgodne z opinią Instytutu, że podwyższenie terenu o dodatkowe 70 cm nie było określone treścią umowy. Wskazał wyraźnie, że roboty te były konieczne dla prawidłowego wykonania zadania określonego treścią umowy. Pomimo przedstawienia przez powoda kosztorysu określającego wartość tych robót oraz propozycji zmiany treści umowy, pozwana Gmina nie podjęła żadnej procedury, umożliwiającej realizację tych robót na podstawie umowy. Osoby reprezentujące Gminę miały jednak świadomość konieczności wykonania podwyższenia terenu ponad wartość określoną w umowie i wyrażały na to zgodę w sposób dorozumiany, przez działania wyznaczonych przez siebie osób odpowiedzialnych za nadzór nad przebiegiem procesu budowy.

Powód, na podstawie jakiegokolwiek umowy (czy podstawowej, czy o wykonanie robót dodatkowych) - ze względu na jej brak - nie może domagać się zapłaty wynagrodzenia za podwyższenie do 90 cm (w umowie przewidziano podwyższenie do 20 cm) terenu III.

Ze stanowiska judykatury, akceptowanego w pełni przez Sąd orzekający w przedmiotowej sprawie, wynika, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. (por. np. orzeczenia SN: z dnia 28 kwietnia 2005 r., V CK 537/04, Lex nr 519298, z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, Lex nr 238947, z dnia 7 kwietnia 2007 r., II CSK 344/07, Lex nr 388844, z 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, Lex nr 453070, z 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, Lex nr 1293945, czy z 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, Lex nr 1311808). Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, że Ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno-prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.o.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, nakazując stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do

kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., albowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne.

Zgodnie z art. 410 k.c., art. 405 k.c. („Kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości.”) stosuje się w szczególności do świadczenia nienależnego. Świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Powód nie był zobowiązany wobec pozwanej do świadczenia więcej, niż określała treść umowy. Zgodnie z tym, na co wskazano wyżej powód powinien wykazać, że pozwana Gmina uzyskała dodatkową korzyść na skutek jego działania. Zostało to wykazane, bowiem biegły Myszkowski wyraźnie wskazał, co potwierdza opinia Instytutu, że treść zamówienia oraz odpowiedzi na zapytanie do zamówienia wpłynęły na wysokość ofert. Oferty nie uwzględniały robót podwyższających teren III do wysokości 90 cm. Korzyścią Gminy jest więc uzyskanie oferty zawierającej niższą cenę. Gmina powinna więc zwrócić powodowi kwotę odpowiadającą różnicy pomiędzy ceną oferty zawierającej wyżej wymienione roboty, a ofertą, na podstawie której zawarta została umowa.

Powód nie próbował w toku postępowania wykazywać tej różnicy dowodami. Wysokość żądanej kwoty określał w sposób dowolny, poniesionymi przez siebie kosztami, a nawet umową zawartą z podwykonawcą (co oczywiście w żaden sposób nie może uzasadniać wysokości żądania zapłaty). Decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia przetargu ma wysokość kwoty żądanej przez wykonawcę do zapłaty. Wygrywa najniższa cena, tak jak w tym wypadku. Określenie tej ceny zależne jest wyłącznie od oferenta, również sposób jej wyliczenia. Dochodzi nawet do kuriozalnych sytuacji, gdy oferenci zaniżają własne koszty, tylko po to, aby wygrać przetarg i uzyskać kolejne zamówienie. Bardzo często zdarza się, że w toku wykonywanych prac lub po ich zakończeniu wykonawca żąda podwyższenia wynagrodzenia albo zapłaty dodatkowego za roboty nieobjęte (jak twierdzi) treścią umowy i wykonywane nawet bez zgody inwestora.

Sąd przyjął, że kwotą odpowiadającą bezpodstawnemu wzbogaceniu pozwanej Gminy jest kwota określona wg najniższych możliwych stawek rynkowych, określona przez biegłego w uzupełniającej opinii z dnia 15 lutego 2016 roku, z uwzględnieniem właściwości konkretnych robót, które musiały być wykonane, aby uzyskać pozytywny dla dzieła wynik. Bez znaczenia wobec tego były możliwości wykonawcy, np. związane z zapewnieniem środka transportu materiału, o określonej pojemności. Sąd przyjął stawkę roboczogodziny 10 zł, ilość dowiezonego materiału na 9022,896 m³, i dowieszenie go samochodem o ładowności 24 tony, co minimalizowało koszty transportu. Przyjęto odległość dowozu na 10 km. Określając ilość dowiezonego materiału Sąd wziął pod uwagę, zasadny jego zdaniem zarzut strony pozwanej, że nie cała powierzchnia terenu III wymagała podwyższenia. Stosownie do zalecenia Sądu biegły odjął od tej powierzchni tę, która takiego podwyższenia nie wymagała, np. znajdująca się pod budynkami.

Powód nie dysponował i nie przedstawił żadnej faktury lub jakiegokolwiek innego dowodu, który pozwoliłby określić, jakie były rzeczywiste jego koszty. Dowody przedstawione na koniec postępowania, w szczególności przedstawione przez powoda w odpowiedzi na zarzuty pozwanej, poparte oświadczeniami podwykonawców, należy uznać za spóźnione, nie było żadnej przeszkody, aby zgłosić je wcześniej np. w pozwie. Powód nie wykazał wobec tego odległości, z jakiej dowożony był materiał konieczny do podwyższenia terenu, jakimi środkami transportu był przewożony i z jakiej kopalni. Również ten fakt uzasadnia zastosowanie cen minimalnych. Jedyną okolicznością wpływającą na podwyższenie kwoty była konieczność zagęszczenia, co jest uzasadnione technologicznie. Dlatego też Sąd zasądził od pozwanej Gminy na rzecz powoda kwotę 521 394 zł 31 gr, którą to kwotę biegły wskazał w załączniku nr 1 do swojej opinii z 15 lutego 2016 roku, na karcie 1746 akt.

Zgodnie z art. 322 k.p.c., jeżeli w sprawie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia sąd uznał, że ścisłe udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę wg swojej oceny, opartej na wszechstronnym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy.

Na marginesie tylko, odnosząc się do argumentów przedstawianych w toku postępowania przez pozwaną Gminę, wskazać można, że konieczność wykonania robót dodatkowych, zwłaszcza takich, których powstanie wynikało ze zmiany bezwzględnych wymagań zamawiającego, określonych na etapie realizacji przetargu nieograniczonego i z błędnych założeń przyjętych przez zamawiającego na etapie planowania realizacji

inwestycji, zatem konieczność wykonania dodatkowych prac (nieokreślonych umową) nie obciąża wykonawcy. Wynika to z treści art. 29 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, który stanowi, że to zamawiający jest zobowiązany do określania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisu przedmiotu zamówienia. Zaniechanie więc w tym względzie zamawiającego nie może obciążać wykonawcy (por. opinia Instytutu k. 1208/15).

O odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd rozstrzygnął przyjmując, że wezwanie do jej zapłaty (k. 402) nastąpiło w dniu 18 lutego 2013 roku. Strony zgodnie określiły w umowie, że termin płatności będzie miał miejsce po upływie 30 dni od daty określonej na fakturach. Zdaniem Sądu, termin wyznaczony w wezwaniu jest terminem zbyt krótkim, który nie umożliwiałby pozwanej podjęcie konkretnych czynności zmierzających do zapłaty. Nie był terminem realnym, nawet w sytuacji, gdyby wezwanie wynikało z umowy. Wobec tego Sąd termin powstania obowiązku po stronie pozwanej określił na 19 marca 2013 roku, i od tej daty orzekł o odsetkach, jak w punkcie 1b wyroku.

Bezsporne pomiędzy stronami było, że do zapłaty z tytułu wykonanej umowy pozostała pozwanej kwota w 2 973 801 zł 63 gr. W toku postępowania powód wykazał, że wykonał umowę w całości. Wskazali na to wyraźnie biegły Jerzy Myszkowski oraz Instytut, w opiniach. Stwierdzenie takie oparte jest przede wszystkim o fakt dokonania wszystkich odbiorów częściowych poszczególnych robót. Biegły Myszkowski wskazał datę, w której całość dzieła gotowa była do odbioru. Twierdzenie to konsekwentnie podtrzymywał w opiniach uzupełniających, a także składając zeznania przed Sądem. Jego argumenty są przekonujące i oparte o treść obowiązujących przepisów. Biegły wskazał również w jakiej dacie złożony zostało komplet dokumentów, co również umożliwiałoby dokonanie odbioru robót. Nie bez znaczenia jest również fakt, że tereny parku zostały oddane do użytku kuracjuszom bez względu na niedokonanie odbioru przez pozwaną. Biegły wyraźnie stwierdził, że zastrzeżenia inspektora sanitarnego nie mają żadnego odniesienia do treści umowy oraz, że braki w dokumentacji geodezyjnej również nie uniemożliwiały dokonania odbioru.

Należy się zgodzić z tą opinią, tego rodzaju braki powinny być wskazane w protokole odbioru i eliminowane w ramach usuwania usterek, co przewidziane jest umową i przepisami kodeksu cywilnego. Pozwana miała prawo do żądania usunięcia i do żądania zapłaty kary umownej z tytułu nieusunięcia ich w terminie. Żadna z usterek wskazanych przez inwestora nie była wadą istotną, uniemożliwiającą korzystanie z terenu objętego rewaloryzacją. Teren ten był zresztą, co wyżej podkreślono, użytkowany już w 2012 r.

Należy zwrócić w tym miejscu uwagę, że osoby reprezentujące pozwaną Gminę, w szczególności Burmistrz, nie kwestionowali wykonania robót, a jedynie ich jakość. W toku postępowania wyjaśnione zostało, że technologia zastosowana do budowy ścieżek na terenie parku wymuszona została treścią Programu Funkcjonalno-Użytkowego, który uwzględniał walory historyczne parku i uwagi konserwatora zabytków. Tak więc to inwestor zażądał konkretnego rozwiązania przez wykonawcę, a wykonawca żądanie to spełnił. Pylenie ścieżek zbudowanych z materiału zastosowanego na terenie parku jest cechą naturalną tego materiału, co wyraźnie podkreślił biegły Jerzy Myszkowski. Możliwe jest ograniczenie lub zlikwidowanie tego pylenia, wymaga to jednak zastosowania środków i technologii znacznie zwiększających koszty wykonania. Jak wynika z dowodów zgromadzonych w sprawie, powód podjął kroki mające na celu zmniejszenie pylenia, zgodnie z zaleceniami pozwanej. Działania te odniosły pozytywny skutek, co potwierdził biegły Myszkowski w swojej opinii. Na podkreślenie wymaga fakt, że te działania, polegające na zastosowaniu środków chemicznych, również nie były przewidziane umową, a powód wykonał je na własny koszt.

Wobec powyższego Sąd zasądził od pozwanej Gminy na rzecz powoda kwotę 2 973 801 zł 63 gr z odsetkami ustawowymi od dnia 31 stycznia 2013 roku do dnia zapłaty. Termin umowy określony został przez datę wskazaną przez biegłego, jako datę gotowości do odbioru całego wykonanego dzieła oraz treść umowy łączącej strony, zgodnie, z którą została wystawiona faktura (k. 389) i określony w niej na dzień 30 stycznia 2013 roku termin zapłaty. Pozwana pozostawała w zwłoce od dnia następnego, wobec czego orzeczono jak w punkcie 1.a wyroku.

Sąd nie uznał za zasadne podwyższenia wynagrodzenia, czego domagał się powód, zmieniając podstawę prawną żądania, jak się wydaje w oparciu o art. 632 § 2 k.c. Sąd akceptuje pogląd prezentowany przez Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z 11 stycznia 2002 roku (III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106, Prok. i Pr.-wkł. 2002/6/37, OSP 2002/10/125, Wokanda 2002/6/1, Wokanda 2002/3/1, Pr.Gosp. 2002/9/1, Biul.SN 2002/1/7, M.Prawn. 2002/4/147, M.Prawn. 2003/6/279, M.Prawn. 2002/7/295, M.Prawn. 2002/14/655 LEX 50044), zgodnie, z którym m. in. ten przepis nie może być stosowany odpowiednio w sprawach dotyczących umowy o roboty budowlane. Takie stanowisko przeważa w nowszym orzecnictwie Sądu Najwyższego. Zgodnie z nim umowa o roboty budowlane nie jest podtypem umowy o dzieło. Na rzecz tego stanowiska przemawia także odesłanie z art. 656 § 1 k.c. Byłoby ono zbędne, gdyby umowa o roboty budowlane była jedynie rodzajem umowy o dzieło.

Nawet gdyby przyjąć to żądanie zmiany treści umowy za uzasadnione co do zasady, powód nie wykazał rażącej straty w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. Za rażącą stratą w rozumieniu tego przepisu nie można bowiem uważać wyłącznie „utrąty planowanego zysku” czy „utrąty dochodu”.

Powództwo w pozostałej części zostało oddalone, jako bezzasadne.

Wszystkie zarzuty pozwanej Gminy, które mogłyby spowodować oddalenie powództwa lub obniżenie zasądzonych kwot, okazały się bezzasadne. Ponownie wskazać należy na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, określony w umowie przez strony. Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 roku wydany w sprawie IV CSK 397/10, LEX nr 1129144).

Jeżeli strony umowy o roboty budowlane umówiły się, że wykonawca (przyjmujący zamówienie) otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, to nie jest dopuszczalna zmiana wysokości tego wynagrodzenia, poza przypadkiem szczególnym nadzwyczajnej zmiany stosunków i grożącej wykonawcy rażącej straty. Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe zasadniczo muszą jednak liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. W każdym wypadku nadzwyczajna zmiana stosunków, rzeczywiście istotna, może dotyczyć wyłącznie okoliczności, których w czasie zawierania umowy nie można było uwzględnić (nie były przewidywalne). Dotyczy to obu stron. Pozwana przedstawiając zarzut potrącenia nie wykazała, że doszło do jakiegokolwiek nadzwyczajnej zmiany stosunków, których strony nie mogły przewidzieć w momencie zawierania umowy, mogących powodować obniżenie wynagrodzenia należnego powodowi. Przypomnieć też należy, że doszło do odbiorów częściowych wszystkich robót.

Jednak głównym argumentem, uzasadniając nie uwzględnienie zarzutów strony pozwanej, tak w zakresie niewykonanych robót, jak i przedłużenia czasu wykonania umowy, jest treść art. 498 k.c. i art. 499 k.c. Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym; na skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Potrącenie polega na umorzeniu wzajemnych wierzytelności przez zaliczenie. Oświadczenie

przewidziane w artykule 499 k.c. ma charakter kształtujący prawo. Bez niego - mimo zaistnienia ustawowych przesłanek potrącenia - nie dojdzie do wzajemnego umorzenia wierzytelności. Oświadczenie staje się skuteczne dopiero z chwilą, gdy doszło do wierzyciela wzajemnego, w taki sposób, aby mógł się z nim zapoznać (art. 61 k.c.) W każdym wypadku na potrącającym ciąży obowiązek udowodnienia faktu potrącenia, w tym skutecznego doręczenia oświadczenia o potrąceniu.

Od czynności prawnej potrącenia, czyli zdarzenia prawa materialnego o wskazanych skutkach, należy odróżnić zarzut potrącenia, czyli powołanie się przez stronę w procesie na fakt dokonania potrącenia i wynikające stąd skutki. Zarzut jest czynnością procesową.

Pismo wysłane w toku realizacji umowy do powoda, z dnia 25 marca 2012 roku, podpisane przez Krzysztofa Bienia, reprezentującego firmę Proksen, nie stanowiło oświadczenia o potrąceniu, gdyż osoba ta nie posiadała upoważnienia do złożenia takiego oświadczenia udzielonego przez pozwaną.

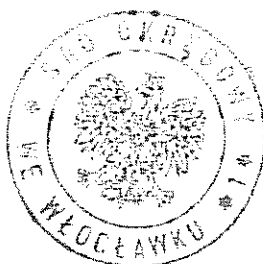
Oświadczenie pełnomocnika pozwanej złożone w odpowiedzi na pozew nie zawierało w sobie materialnoprawnej czynności potrącenia, a jedynie nawiązujący do tej czynności procesowej zarzut potrącenia. Pełnomocnik pozwanej dysponował jedynie pełnomocnictwem procesowym, a zatem nie miał on umocowania do składania jakichkolwiek materialnoprawnych oświadczeń w imieniu pozwanego. Zgłoszenie zaś zarzutu potrącenia stanowi w istocie powołanie się przez stronę w procesie na fakt dokonania potrącenia i wynikające stąd skutki (por. wyrok SN z 23 stycznia 2004 r., III CK 251/02., M.Prawn. 2006/10/540; wyrok SN z 9 października 2003 r., V CK 319/02, Lex nr 82267).

Wykazane zostało wobec tego, że pozwana nie złożyła powodowi oświadczenia o potrąceniu spełniającego wymogi art. 499 k.c. w zw. z art. 498 § 1 k.c. Dla przyjęcia zasadności zarzutu potrącenia i jego skuteczności, niezbędne jest zaistnienie przesłanek materialnoprawnych potrącenia, wskazanych w art. 498 § 1 k.c. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 listopada 2012 roku, sygn. akt I ACa 1184/12, LEX nr 1267477 i wskazane tam orzecznictwo).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie artykułu 100 k.p.c. Powód domagał się kwoty 6 155 744 zł 43 gr, wygrał 3 495 195 zł 94 gr, 56,78 %. Pozwany wygrał sprawę w 43,22 %, domagał się bowiem oddalenia powództwa w całości.

Powód poniósł koszty w wysokości 100 000 zł opłaty od pozwu, 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, 7200 zł kosztów zastępstwa procesowego oraz kwoty 253 zł 78 gr z tytułu zwrotu kosztów świadka i 2500 zł z tytułu kosztów biegłych. Łącznie koszty powoda to 109 973 zł 78 gr. Koszty pozwanej to kwota 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kwota 7200 zł kosztów zastępstwa procesowego, kwota 153 zł 79 groszy zwrotu kosztów świadka i kwota 5000 zł kosztów opinii biegłych. Łącznie koszty pozwanej to kwota 12 370 zł 79 gr. Łącznie koszty poniesione przez strony w toku postępowania to 122 344 zł 57 gr. Z tej kwoty powód powinien zapłacić 52 878 zł 03 gr (43,22 %). Należna mu różnica od kwoty, którą zapłacił to 57 095 zł 75 gr, o obowiązku zwrotu, której orzeczono w pkt 3.

Skarb Państwa wyłożył tymczasowo koszty postępowania w kwotach po: 4 583 zł 24 gr kosztów opinii Instytutu, kwoty 7 679 zł 70 gr i 106 zł 94 gr kosztów opinii biegłego Krzyżykowskiego oraz kwoty 5983 zł 77 gr, 1623 zł 88 gr, 110 zł 70 gr, 118 zł 60 gr, 3803 zł 16 gr, ponownie 118 zł 60 gr, 73 zł 80 gr i 3102 zł 06 gr tytułem opinii biegłego Jerzego Myszkowskiego. Łącznie koszty wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa to kwota 27 307 zł 45 gr. Kwotę tą Sąd pobrał w wysokości 11 802 zł 44 gr od powoda (jak w pkt 4 wyroku) oraz 15 505 zł 01 gr (jak w pkt 5 wyroku) od pozwanej Gminy, uwzględniając wynik postępowania.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność
Sęd. kierownika Zastępstwa
Sęd. Samodzielny Sądowy
Zapłać Kancelaria