

**Sygn. akt VI GC 245/14**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 2 września 2015 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

**Przewodniczący: SSO Beata Hass-Kloc**

**Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Kościak**

po rozpoznaniu w dniu 2 września 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: „ (...) Schroniska i Hotele (...)

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” w S.

przeciwko: (...) S.A. - W.

o zapłatę

I. oddała powództwo,

II. zasada od powoda „ (...) Schroniska i Hotele (...)

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” w S. na rzecz pozwanego (...) S.A. – W. kwotę 4.741,26 zł ( słownie: cztery tysiące siedemset czterdzieści jeden złotych dwadzieścia sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

**Sygn. akt. VI GC 245/14**

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 2 września 2015 r.**

Pozwem wniesionym w sprawie, powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł o orzeczenie nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym, że pozwany (...) Spółka Akcyjna w C. ma zapłacić powodowi kwotę 137.667,75 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty wraz z kosztami procesu.

W uzasadnieniu powyższego powód wskazał, iż na podstawie umowy z dnia 24 stycznia 2011 roku zawartej w wyniku wyboru oferty pozwanego w postępowaniu przetargowym, zmienianej aneksami nr (...), pozwany wykonał dla powoda zadanie inwestycyjne pn. Opracowanie projektu wykonawczego oraz wykonanie robót budowlanych związanych z instalacją hybrydowej elektrowni z turbiną wiatrową i panelami fotowoltanicznymi w Schronisku- (...) w J., gmina C.". Dnia 10 czerwca 2011 roku powód powiadomił pozwanego o wadzie elektrowni a mianowicie o tym że turbina wiatrowa nie pracuje i wezwał go do dokonania przeglądu instalacji. Oględziny potwierdziły istnienie wady, której podstawa twierdzeniem pozwanego nie tkwi w turbinie lecz poza przedmiotem umowy czyli niesprzyjających warunkach pogodowych. Powód pismem z dnia 17 maja 2013 oraz z dnia 11 kwietnia 2014 roku wzywał pozwanego do usunięcia wady ostatecznie wyznaczając mu termin na 23 kwietnia 2014 roku pod rygorem nieprzyjęcia naprawy po tym terminie. Ponadto powód zażądał przeglądu całego zadania. Pozwany potwierdził przyjęcie reklamacji na skutek czego dnia 23 kwietnia 2014 roku dokonał wraz z powodem oględzin turbiny stwierdzając fakt, iż energia elektryczna

nie jest wytwarzana. Pozwany nie wypowiadając się co do wynikającego z oględzin stanu rzeczy, zobowiązał się do przeanalizowania danych zarejestrowanych w pamięci (...)i poinformowania powoda do dnia 28 kwietnia 2014 roku o swoim stanowisku w sprawie. Ostatecznie pozwany odmówił usunięcia wady uznając że jej przyczyna leży w małym nasileniu wiatru. Powód uznał ten zarzut za bezpodstawny bowiem przedmiotem umowy było nie tylko wykonanie robót budowlanych ale też projektu i rodzaju urządzenia. Powód zarzuca, iż pozwany wiedział w jakim miejscu elektrownia ma być posadowiona wobec czego powinien przed przystąpieniem do realizacji upewnić się jakie warunki pogodowe są właściwe do lokalizacji elektrowni a następnie dobrać takie urządzenia które w takowych warunkach wytworzą prąd. Powód powołując się na zapisy umowy wskazał, iż swoje oczekiwania sprecyzował w(...) i programie funkcjonalno-użytkowym. Pozwany natomiast nie składał zastrzeżeń do specyfikacji, nie żądał wyjaśnienia jej postanowień i nie zgłaszał na etapie realizacji żadnych trudności czy przeszkód które mogłyby wpłynąć na nienależyte wywiązanie się ze zobowiązania. Powód wskazał, iż zakwalifikował umowę stron jako umowę o roboty budowlane dlatego też dochodzi obniżenia wynagrodzenia należnego pozwanemu o wskazaną w pozwie kwotę w ramach odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi. Powód zaznacza, iż reżim odpowiedzialności z tego tytułu ma swoje źródło w ustawie, natomiast strony umowy o roboty budowlane mogą go rozszerzyć ograniczyć lub wyłączyć. Stąd też strony rozszerzyły ustawowe granice trwania rękojmi do 36 miesięcy który to okres upływa 29 kwietnia 2014 roku. Powód zauważa że zgodnie z treścią art. 637 § 1 k.c. do ujawnienia wady w okresie rękojmi wystarczy zawiadomienie o wadzie i wyznaczenie terminu do jej usunięcia a dla żądania obniżenia wynagrodzenia, także zagrożenia że po upływie terminu naprawy nie przyjmie. Powód nadmienając, iż spełnił obydwie warunki, wskazuje, że wysokość dochodzonej kwoty odpowiada tej części wynagrodzenia, która w ramach wynagrodzenia ryczałtowego została przewidziana dla części zadania pn. elektrownia wiatrowa. Dodatkowo powód zaznacza iż bezspornym jest fakt , że powód zapłacił całe wynagrodzenie.

W dniu 5 czerwca 2014 roku Sąd Okręgowy w R. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym sygn. akt VI GNc 187/14 nakazując pozwanemu: (...) S.A. - W., aby zapłacił powodowi kwotę 137.667,75 zł (słownie: sto trzydzieści siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2014r. do dnia zapłaty, oraz kwotę 5.338,00 zł (słownie: pięć tysięcy trzysta trzydzieści osiem złotych) tytułem kosztów postępowania, w tym kwotę 3.617,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego, w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu, albo wniósł w tymże terminie sprzeciw,

W sprzeciwie do nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ponadto pozwany wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: A. B. (1), Ł. S., Z. O., B. K. (1) oraz M. Z. (1) (k. 83-87).

W uzasadnieniu powyższego pozwany wskazał, iż powództwo powinno być oddalone z uwagi na przedwczesność jego wytoczenia spowodowaną brakiem wymagalności dochodzonej kwoty. Pozwany cytując art. 455 k. c. zauważa że skoro powód zapłacił całe wynagrodzenie pozwanemu, żądanie zwrotu określonej kwoty przez pozwanego jest zobowiązaniem bezterminowym. Natomiast o przekształceniu tego zobowiązania w zobowiązanie terminowe decyduje wierzyciel przez wezwanie dłużnika do wykonania zobowiązania i staje się wymagalne z chwilą skutecznego wezwania do zapłaty. Z uwagi na powyższe wobec braku wystosowania do powoda wezwania do zapłaty, nie można uznać że dochodzenie kwoty określonej w pozwie jest skuteczne nie upłynął bowiem termin wymagalności roszczenia.

W dalszej kolejności pozwany wskazuje, że to powód był odpowiedzialny za wskazanie miejsca wykonania przedmiotu umowy, a co za tym idzie przeprowadzenie ewentualnych pomiarów wiejącego w danym miejscu wiatru. Ponadto pozwany podkreśla, że zarówno (...)jak i umowa szczegółowo określają przedmiot umowy oraz parametry urządzeń. Tym samym pozwany nie miał wpływu na umiejscowienie przedmiotu umowy oraz siłę wiatru. Dodatkowo pozwany zauważa, że powód odebrał przedmiot umowy jako prawidłowy i wykonany bez uwag – zgodnie z projektem, (...) oraz umową i warunkami zawartymi w programie funkcjonalno-użytkowym. Pozwany mógł złożyć ofertę tylko i wyłącznie zgodną z (...) i tak też wykonać przedmiot zamówienia. Pozwany uznaje za nieprawdziwe twierdzenia, że turbina wiatrowa nie pracuje. Jak wynika z notatki z dnia 21.06 2011 r. strony zgodnie ustaliły, iż pracuje ona prawidłowo

i jest zdolna do wytworzenia zakładanej ilości energii, natomiast nasilenie wiatru jest zbyt słabe dla osiągnięcia oczekiwanych wyników.

Ponadto w dalszej części uzasadnienia pozwany wskazuje, iż w żaden sposób nie uznał reklamacji jak również nie zgodził się na przedłużenie gwarancji. Zgodnie z protokołem odbioru technicznego robót określono jakość robót jako dobra, wykonana zgodnie z projektem oraz zamówieniem. Turbina od dnia odbioru końcowego nie miała awarii co oznacza że wezwanie do usunięcia wad sporządzone po 3 latach od dnia odbioru przedmiotu umowy było bezprzedmiotowe.

Pozwany uzasadniając dalej swoje stanowisko, zauważa iż powód użytkował obiekt 3 lata nie występując z roszczeniami gwarancyjnymi. Pozwany przyznał, że powód zgłaszał, iż turbina nie wytwarza oczekiwanego napięcia jednakże po wyjaśnieniach pozwanego nie kwestionował przyczyn oraz nie wyznaczał terminu do usunięcia wad co pozwany odebrał jako uznanie powoda prawidłowości działań pozwanego i swoją odpowiedzialność w wyborze usytuowania turbiny. Dodatkowo pozwany wskazuje na zapis umowy, który uprawnia zamawiającego do obniżenia wynagrodzenie jeżeli wady uniemożliwiają użytkowania przedmiotu umowy tylko przy odbiorze końcowym. Dlatego też z uwagi na fakt, iż powód odebrał przedmiot umowy uznając go za wykonany prawidłowo, stracił możliwość obniżenia pozwanemu wynagrodzenia.

W dalszej kolejności pozwany podkreślał, że to powód wykonywał projekt budowlany, który następnie przekazał pozwanemu. Projektant który go wykonywał oświadczył, że został on wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Ponadto pozwany przypominał, iż mamy do czynienia z umową zawartą w trybie ustawy prawo zamówień publicznych gdzie zgodnie z art. 144 przedmiotowej ustawy nie można zmieniać istotnych postanowień umowy.

Kończąc swój wywód pozwany wskazuje, iż nie zgadza się ze stwierdzeniem jakoby to on był zobowiązany do doboru urządzenia odpowiedniego do panujących w miejscu montażu warunków wietrznych.

W umowie,(...)i (...) nie ma mowy o jakimkolwiek doborze urządzeń do panujących na miejscu warunków wietrznych, przeciwnie zamawiający wyspecyfikował parametry turbiny co potwierdza , że w zakresie dostawy była tylko dostawa i montaż urządzeń bez możliwości zmian.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 25 lipca 2014 r. powód zaprzeczył wszystkim twierdzeniom pozwanego powołanym w wyżej wymienionym sprzeciwie od nakazu zapłaty za wyjątkiem tych wyraźnie przyznanych w pozwie.

W uzasadnieniu powyższego powód wskazał, iż roszczenie powoda jest realizacją uprawnienia z tytułu rękojmi, wobec czego nie mają do niego zastosowania przepisy o wykonywaniu zobowiązań. Uprawnienie do żądania obniżenia ceny nie ma charakteru prawo kształtującego, lecz występuje w postaci roszczenia co oznacza, że dla jego realizacji konieczne jest wytoczenie powództwa. Ponadto powód wskazuje, że nie ma przeszkód faktycznych ani prawnych , by pozew potraktować jako wezwanie do zapłaty. Odnosząc się do źródła roszczenia i odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi powód za bezprzedmiotowe uznaje odwołanie się pozwanego do postanowienia umowy z §16 ust 4 pkt 2 lit. A. Bez znaczenia jest także fakt, że projekt budowlany dostarczył powód skoro roszczenie powoda nie ma związku z jakością wykonania robót budowlanych.

W dalszej kolejności powód zaprzeczył jakoby zapis umowy postanawiający, że to powód wskaże miejsce posadowienia elektrowni wiatrowej oznacza, że pozwany nie miał obowiązku sprawdzenia czy wskazana lokalizacja jest odpowiednia z punktu widzenia zrealizowania celu inwestycji. Powód przytaczając treść art. 354 k.c. wskazał, że dla wywiązania się ze zobowiązania przez pozwanego nie wystarczyło samo zaprojektowanie i wykonanie elektrowni wiatrowej jako zespołu przedmiotów materialnych połączonych w określony logiczny sposób, ale też żeby nie była ona tylko eksponatem, lecz użytecznym urządzeniem technicznym stanowiącym źródło energii.

Powód wskazał, iż nieprawdziwy jest zarzut pozwanego co do niemożności zmiany umowy albowiem wykonanie zadania nie następowało w trybie Prawa Zamówień Publicznych, co wyraźnie wynika z klauzuli zamieszczonej na stronie pierwszej (...). Dlatego też umowa mogła być zmieniana czego dowodem są aneksy (...).

Mając na uwadze twierdzenia pozwu oraz zarzutów pozwanego za zbędne powód uznał przesłuchiwanie wnioskowanych przez pozwanego świadków. Powód ponawiał natomiast wnioski o powołanie biegłego dodatkowo wnosząc, aby Sąd zwrócił się do Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu (...), aby wskazał osobę która mogłaby być biegłym i wydać opinię w niniejszej sprawie (k. 144-145).

Pozwany w piśmie procesowym z dnia 2 września 2014r. (k. 154-156) podtrzymał w całości argumentację faktyczną i prawną podniesioną w sprzeciwie od nakazu zapłaty odnosząc się kolejno do twierdzeń i wniosków strony powodowej.

W powyższym piśmie pozwany wskazał, iż rodzaj urządzeń, ich kluczowe parametry miejsce i sposób posadowienia podał powód w (...) i (...). Wobec powyższego argumentacja o obowiązku pozwanego do doboru typu/rodzaju, parametrów technicznych i lokalizacji posadowienia elektrowni jest bezpodstawna.

Pozwany wskazał ponadto, że mógł wprowadzić zmiany w zakresie zamówienia ale nie miał możliwości zmiany miejsca posadowienia turbiny. Wykonawca wielokrotnie informował powoda, że posadowienie turbiny dobozem trafnym i może skutkować brakiem lub mniejszym uzyskiem energii przez turbinę. Zamawiający kategorycznie odmówił jednak jakichkolwiek zmian podczas realizacji zlecenia argumentując że jest to teren objęty programem Natura 2000 więc nie może się zgodzić na zmianę rodzaju turbiny ani na podniesienie o kilka metrów masztu, a miejsce lokalizacji zostało wybrane na podstawie własnych obserwacji i pomiarów.

#### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:***

Strony są przedsiębiorcami.

Dowód: odpis z KRS strony powodowej na dzień 6 marca 2014, odpis z KRS strony pozwanej na dzień 30 kwietnia 2014 roku

W dniu 24 stycznia 2011 r., strony zawarły umowę w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego w wyniku którego oferta pozwanego została wybrana jako najkorzystniejsza. Przedmiotem umowy była realizacja zadania np. Opracowanie projektu wykonawczego oraz wykonanie robót budowlanych związanych z instalacją hybrydowej elektrowni z turbiną wiatrową i panelami fotowoltaicznymi w Schronisku- (...) w J., gmina C., w zakresie zgodnym z (...) w tym zgodnie z programem funkcjonalno- użytkowym z dnia 24 listopada 2010 stanowiąca załącznik nr 1 do umowy oraz oferta wykonawcy z dnia 7 stycznia 2011 stanowiąca załącznik nr 2. Zadanie dotyczyło opracowania projektu wykonawczego, a następnie na jego podstawie zakupu (dostawy) i montażu instalacji hybrydowej elektrowni z turbiną wiatrową i panelami fotowoltaicznymi. Zakres zamówienia obejmował następujące elementy: opracowanie projektu wykonawczego w zakresie koniecznym do wykonania zadania, uzyskanie wymaganych uzgodnień i pozwoleń- w imieniu Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami, dostarczenie materiałów i urządzeń na plac budowy, wykonanie robót budowlanych oraz kierowanie tymi robotami, montaż urządzeń oraz bieżąca kontrola jakościowa i ilościowa, przeprowadzenie rozruchu i przekazanie elektrowni do eksploatacji, przygotowanie i dostarczenie zamawiającemu instrukcji eksploatacji i przeszkolenie personelu, kontrola pracy elektrowni w okresie gwarancyjnym wraz z usunięciem wszelkich wynikłych w trakcie eksploatacji usterek oraz dokonanie bieżącej konserwacji urządzeń w zakresie niezbędnym do utrzymania bezawaryjnej pracy elektrowni. Lokalizacje usytuowania turbin wiatrowych wskazywał powód. Strony uzgodniły że forma wynagrodzenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 379 116 zł netto powiększonej o należyne podatki VAT. Strony ustaliły że okres odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy wynosi 36 miesięcy. Termin zakończenia prac strony ustaliły na dzień 29 kwietnia 2011 r.

Dowód : umowa z dnia 24 stycznia 2011 roku, aneks nr (...) do umowy z 12 kwietnia 2011 roku (k. 15-27), Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na zadanie pod nazwą „Opracowanie projektu wykonawczego oraz wykonanie robót

budowlanych związanych z instalacją hybrydowej elektrowni z turbiną wiatrową i panelami fotowoltaicznymi w Schronisku- (...) w J., gmina C.”, załącznik nr 12 do (...) (k. 29-55).

Żadna ze stron nie przeprowadzała badań nasilenia wiatru w miejscu posadowienia elektrowni, choć pracownicy pozwanego sugerowali zmianę w/w miejsca.

Dowód : zeznania członka zarządu strony pozwanej Z. P., zeznania prezesa zarządu strony powodowej J. S. (k. 296-297), zeznania świadków: A. B. (k. 172v, B. K. (k. 173v), M. Z. (k. 173v), z O. (k. 173)

Dnia 29 kwietnia 2011 roku strony sporządziły protokół odbioru końcowego w którym stwierdzono dobrą jakość robót, brak usterek oraz uznano zlecenie za zrealizowane i zakończone. W oparciu o protokół końcowy pozwany dnia 29 kwietnia 2011 roku przekazał powodowi do eksploatacji instalację hybrydową elektrowni z turbiną wiatrową i panelami fotowoltaicznymi.

Dowód: protokół odbioru końcowego z dnia 29 kwietnia 2011 roku (k. 57-58), protokół przekazania do akceptacji z dnia 29 kwietnia 2011 roku (k. 59).

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 roku powód powiadomił pozwanego o wadzie elektrowni, a mianowicie o tym że turbina wiatrowa nie pracuje i wezwał go do dokonania przeglądu technicznego. W dniu 20 czerwca 2011 roku pozwany wykonał testy sprawdzające stan techniczny urządzeń i odczytał parametry pracy układu z okresu od początku pracy do dnia 20 czerwca 2011 roku. Na podstawie otrzymanych danych pozwany stwierdził że układ jest w pełni sprawny i nie stwierdzono żadnych błędów i usterek technicznych. Turbina wiatrowa nie wytworzyła znacznej ilości energii z uwagi na brak wiatru o parametrach pozwalających na wytworzenie energii przez tą turbinę. Elektrownia została wybudowana w miejscu nie nadającym się do tego celu. Lokalizacja siłowni jest zła bowiem teren jest bardzo zaciszony ze względu na swoje ukształtowanie zagospodarowanie oraz ze względu na przeszkody takie jak budynek i zadrzewienia w bezpośrednim sąsiedztwie istniejącej siłowni. Zastosowanie innego modelu siłowni w tym miejscu lub przesunięcie siłowni w inny punkt nie poprawiło by sytuacji w sposób istotny ekonomicznie.

Dowód: pismo powoda do pozwanego z dnia 10 czerwca 2011 roku (k. 60), notatka ze spotkania z dnia 21 czerwca 2011 roku (k. 61), Opinia Sądowa Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu (...) sporządzona zgodnie z postanowieniem z dnia 27 stycznia 2015r. (k. 236-250).

Powód pismem z dnia 17 maja 2013, z dnia 10 kwietnia 2014r. oraz z dnia 11 kwietnia 2014 roku wzywał pozwanego do usunięcia nieprawidłowości w działaniu turbiny wiatrowej następnie powód wezwał pozwanego do przeprowadzenia szczegółowego przeglądu gwarancyjnego przedmiotu umowy wyznaczając mu termin na 23 kwietnia 2014 roku pod rygorem nieprzyjęcia naprawy po tym terminie.

Dowód: pismo powoda do pozwanego z 17 maja 2013 roku (k. 63), pismo powoda do pozwanego z dnia 10 kwietnia 2014 roku (k. 64), pismo powoda do pozwanego z 11 kwietnia 2014 roku (k. 65).

Pozwany 23 kwietnia 2014 roku dokonał wraz z powodem oględzin turbiny stwierdzając fakt, iż energia elektryczna nie jest wytwarzana. Pozwany, zobowiązał się do przeanalizowania danych zarejestrowanych w pamięci (...) i poinformowania powoda do dnia 28 kwietnia 2014 roku o swoim stanowisku w sprawie.

Dowód : pismo pozwanego do powoda z dnia 14 kwietnia 2014 roku (k. 66), pismo pozwanego do powoda 15 kwietnia 2014 roku (k. 67), protokół sporządzony w dniu 23 kwietnia 2014 roku (k. 68).

Ustalając powyższy stan faktyczny Sąd dał wiarę dowodom z dokumentów zalegających w aktach sprawy, albowiem w ocenie Sądu są one wiarygodne w zakresie, jaki wyznaczają im przepisy art. 244 i 245 kpc.

Sąd Okręgowy uznał opinię sporządzoną przez biegłego Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu (...) za wiarygodną. Opinia ta została sporządzona w sposób rzetelny przez osobę posiadającą wiedzę w

zakresie przedmiotu opinii, a jej treść nie była kwestionowana przez żadną ze stron. Opinia jest wszechstronna, w sposób logiczny, jasny, pełny udziela odpowiedzi, pozwalające ustalić wszystkie istotne dla sprawy okoliczności przez pryzmat jej zakresu.

Zeznania świadków W. J., J. L. i B. J. również należało uwzględnić, albowiem przedstawiały one proces wykonania przedmiotu umowy w sposób jasny, pełny, wewnętrznie spójny.

Zdaniem Sądu zeznania stron należy uznać za wiarygodne. Znajdują one potwierdzenie w dołączonej do akt korespondencji stron prowadzonej przed wszczęciem postępowania.

Jednak co do zeznań strony powodowej Sąd wziął je pod uwagę w takim zakresie w jakim odpowiadają one przedstawionym ustaleniom faktycznym.

### ***Sąd Okręgowy mając na uwadze powyższe zważył, co następuje:***

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

W okolicznościach niniejszej sprawy, powód domagał się zasądzenia na jego rzecz od strony pozwanej kwoty 137,667,75 zł, tytułem obniżenia wynagrodzenia pozwanego w ramach jego odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy która była przedmiotem łączącej strony umowy z dnia 14 stycznia 2011 roku.

Istotą sprawy jest fakt, iż umowa została zawarta w wyniku przetargu nieograniczonego zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. To właśnie z(...) oraz jej załączników wynikało jednoznacznie jaki typ urządzeń pozwany powinien zamontować w ramach wykonania umowy oraz, że to powód wyznaczy lokalizację posadowienia turbiny wiatrowej w obrębie działki należącej do powoda (rozdział III ust 3 SIWZ k. 32, Program Funkcjonalno-Użytkowy załącznik 12 do (...) pkt. 2.2 k. 50).

Mając na uwadze niniejsze oraz przeprowadzone postępowanie dowodowe przede wszystkim dowód z opinii biegłego, której wnioski nie były przez żadną ze stron kwestionowane należy stwierdzić, iż kwestia prawidłowego posadowienia tego rodzaju inwestycji związana jest z wcześniejszym rozpoznaniem warunków terenowych i wiatrowych. Dobór siłowni powinien być poprzedzony uzyskaniem możliwie wiarygodnych danych o warunkach wiatrowych. Czas wykonywania tych pomiarów oraz ich analizy to minimum rok (k. 242v).

Biorąc pod uwagę czasookres i chronologię zdarzeń a mianowicie fakt, że umowa została zawarta 24 stycznia 2011 roku natomiast data wykonania została przedłużona do 29 kwietnia 2011 roku, Sąd Okręgowy zauważa, iż zakładając teoretycznie nawet gdyby pozwany wykonał odpowiednie badania w tym okresie, a więc po sporządzeniu projektu budowlanego to ich konsekwencją byłoby niewykonanie łączącej strony umowy bowiem jak wynika z opinii biegłego prawidłowo elektrownia w tym miejscu nie powinna powstać. Sąd ponadto zauważa, że żadne zapisy umowy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej załączników nie zobowiązywały pozwanego do sporządzenia badań dotyczących pomiaru siły wiatru.

Zauważyć należy ponadto że jak wskazał biegły w opinii niniejsze badania są kosztowne. Z uwagi na powyższe nie można wymagać od oferentów przystępujących do przetargu, aby dokonywali na swój koszt analizy wietrzności i do jej wyników dobierali model siłowni. To inwestor powinien udostępniać oferentom informację o warunkach wiatrowych. Poza tym skoro – jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności z opinii biegłego – analiza siły wiatru wymaga pomiarów czasu około jednego miesiąca – choć ich wyniki nie byłyby w pełni wiarygodne to zapis (...) dotyczący obowiązku dokonania wizji lokalnej przed złożeniem oferty nie pozwala na przyjęcie, że wypełnienie niniejszego pozwoliłoby pozwanemu na jednoznaczne ustalenie trafności /lub nie/ wyboru: miejsca posadowienia czy rodzaju turbiny przez powoda.

W przeciwnym wypadku oferenci byliby zmuszeni do ponoszenia kosztów analiz, nie wiedząc czy wygrają przetarg. Gdyby natomiast przyjąć, że to zwycięzca przetargu wykonuje analizę, a następnie dobiera odpowiednie parametry

urządzenia to zauważyć należy, że wykonawca nie mając pełnej informacji w zakresie zadania które ma wykonać nie mógłby sporządzić odpowiedniego kosztorysu.

Nie można umknąć uwadze, że projekt budowlany został wykonany w kwietniu 2011r., a umowa między stronami została zawarta w dniu 24.01.2011r. i miała być zrealizowana do 31.03.2011r.

Projekt budowlany nie został dostarczony pozwanemu jeszcze w dniu 14.02.2011r. (k. 120). Projekt budowlany narzucał miejsce montażu turbiny, albowiem był on wynikiem wytycznych powoda jako inwestora. Natomiast zakres projektu wykonawczego, który miał wykonać pozwany określał ust 2.1 zał. 12 do SIWZ, powinien być zatwierdzony przez powoda przed realizacją robót (k. 50).

Sąd Okręgowy zatem wskazuje, iż skoro strona powodowa wybrała ofertę strony pozwanej w ramach przeprowadzonego przetargu, to tym samym uznać należy, że dokonała oceny, iż ta oferta i przedstawiony w niej sposób wykonania przedmiotowej inwestycji jest najkorzystniejszy i w pełni spełnia jej oczekiwania. Poza tym zastosowanie urządzeń i wyposażenia technologicznego, które miały być równoważne w stosunku do (...) mogło nastąpić na etapie złożenia ofert (Rozdział III ust 2.3(...)) (k. 33).

W związku z powyższym należy przyjąć pozwany wykonując umowę zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie mógł przewidzieć, iż powód określając szczegółowo przedmiot zamówienia ze wskazaniem na rodzaje urządzeń jakie wykonawca ma zamontować oraz wskazując miejsce lokalizacji tej inwestycji nie przeprowadził badań czy inwestycja ta przyniesie oczekiwane przez niego rezultaty w postaci korzyści z wytworzenia energii elektrycznej. Sąd ustalił, iż było możliwe znalezienie modelu turbiny który lepiej wykorzystywałby niewielkie zasoby wiatru występujące we wskazanej przez powoda lokalizacji. Należy jednak pamiętać, że elektrownia została wybudowana w warunkach prawnych w których to zapisy (...) narzucały typ turbiny co ewidentnie zwalniało pozwanego od odpowiedzialności za jej wybór, albowiem to wskazuje, że powód musiał swój wybór turbiny na jakimś założeniu opierać. Warto też zauważyć, iż jak wskazał biegły przesunięcie siłowni w inny punkt w obrębie posiadanego przez pozwanego terenu nie wpłynęłoby wymiernie na korzyści ekonomiczne z wybudowanej elektrowni. Dlatego też uznać należy, że w chwili obecnej po trzech latach eksploatacji elektrowni strona powodowa usiłuje przenieść ciężar swoich zaniedbań w postaci nieprzeprowadzenia odpowiednich badań nasilenia wiatru na etapie przygotowywania zamówienia na stronę pozwaną, co zdaniem Sądu Okręgowego pozbawione jest podstaw prawnych. Sąd Okręgowy na tle powyższego wskazuje również na przepis art. 354 § 1 kc, który stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel – czyli powód.

Z niniejszego przepisu wynika jednoznacznie, iż działanie wierzyciela jest więc poddane ocenie według jednakowych kryteriów jak działanie dłużnika (wyr. SN z dnia 22.11.2000 r., II CKN 315/00)

Ustosunkowując się do zarzutów strony pozwanej co do naruszenia przez powoda przepisów dotyczących czasookresu odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi za wady fizyczne, Sąd Okręgowy stanowiska pozwanego nie podziela. Umowa którą zawarły strony określała 36 miesięczny okres rękojmi który rozpoczął bieg od 29 kwietnia 2011 roku czyli od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego. Dlatego też mając na uwadze wskazaną wyżej datę oraz dzień nadania na pocztę pozwu przez powoda należy uznać, iż powód wytoczył powództwo w okresie trwania 36 miesięcznej rękojmi za wady fizyczne.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy oddalił powództwo, o czym orzekł w pkt I wyroku, po myśli art. 354 § 1 kc, art. 656 kc, art. 638 kc w związku z art. 558 kc i art. 568 § 1 kc.

W przedmiocie kosztów postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., tak jak w pkt II wyroku. Na koszty te składają się koszty zastępstwa procesowego oraz koszty wydatków poniesionych przez stronę pozwaną.