

Sygn. akt I ACa 19/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Dariusz Małkiński
Sędziowie	:	SA Beata Wojtasiak SO del. Grażyna Wołosowicz (spr.)
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 8 czerwca 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa(...) **ul. (...) w O.**

przeciwko (...) **Spółce Akcyjnej w O.**

o nakazanie lub zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 31 października 2016 r. sygn. akt I C 548/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I, w części zawierającej rozstrzygnięcie o treści „albo zapłaciła powódce kwotę 249 577,28 (dwieście czterdzieści dziewięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt siedem złotych 28 groszy)” i oddala powództwo w tym zakresie;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 8 100 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powódka (...) przy ulicy (...) w O. wniosła pozew przeciwko (...) S.A. w O. o: nakazanie usunięcia usterek wykonanego przez pozwaną ocieplenia elewacji w budynku przy ulicy (...) w O., stanowiącej własność powódki; zobowiązanie pozwanej do usunięcia usterek stwierdzonych przez biegłego sądowego w sposób przez niego wskazany; ewentualnie

do pokrycia kosztów zastępczego usunięcia tych usterek oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwana (...) S.A. w O. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, jeżeli nie zostanie złożony spis kosztów.

Wyrokiem z dnia 31 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie nakazał pozwanej (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w O. wykonanie na rzecz (...) ulicy (...) w O. następujących prac:

1. w zakresie elewacji:

a) **oczyszczenie podłoża elewacji;**

b) **zamocowanie dodatkowych kołków na całej elewacji, w ten sposób, aby na każdy metr kwadratowy płyty styropianu przypadało co najmniej 8 kołków;**

c) **zamocowanie siatki na kleju;**

d) **wykonanie wyprawy wierzchniej z tynku mineralnego o fakturze kornikowej, pomalowanej dwukrotnie farbą elewacyjną akrylową;**

2. w zakresie balkonów:

a) **zerwanie warstwy szlichty;**

b) **zerwanie starej papy izolacyjnej;**

c) **wykonanie nowej izolacji oraz szlichty;**

3. w zakresie dylatacji:

a) **wykonanie profilu dylatacyjnego w miejscu pęknięcia daszku;**

albo zapłaty powódce kwoty 249.577 zł 28 gr (pkt I.) oraz zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 15.125,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt II.).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 6 kwietnia 2004 r. Prezydent Miasta O. wydał decyzję nr (...), w której zatwierdził projekt budowlany pn. „Projekt docieplenia i kolorystyki elewacji”, opracowany na zlecenie (...)ulicy (...) w O.. Jednocześnie udzielił pozwolenia na wykonanie robót budowlanych związanych z dociepleniem ścian i stropodachu oraz kolorystyki elementów elewacji budynku wielorodzinnego w zabudowie śródmiejskiej położonego przy ulicy (...) w O.. Projekt stanowił integralną część decyzji i przewidywał mocowanie płyt styropianowych za pomocą kołków rozporowych o gęstości minimum 2 na jedną płytę.

(...) sp. z o.o. w O. zajmowała się produkcją styropianu. Po stworzeniu działu budowlanego, zaczęła świadczyć usługi polegające na wykonywaniu ociepleń elewacji, robót budowlanych.

W dniu 14 czerwca 2006 r. pomiędzy (...)przy ulicy (...) w O., reprezentowaną przez (...), a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w O. doszło do zawarcia umowy nr (...). Przedmiotem umowy było wykonanie docieplenia elewacji zgodnie z opracowanym projektem budowlanym budynku przy ulicy (...) w O.. Strony ustaliły, że za wykonane prace wykonawca otrzyma wynagrodzenie w kwocie 242.532,79 zł brutto. Termin rozpoczęcia robót został ustalony na dzień 22 czerwca 2006 r., a termin zakończenia na dzień 30 października 2006 r. W § 11 umowy wykonawca

udzielił siedmioletniej gwarancji w stosunku do robót remontowych oraz na zasadach zawartych w kodeksie cywilnym. Ustalono, że bieg gwarancji rozpoczyna się od dnia odbioru robót potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Podstawą do usunięcia stwierdzonych wad stanowił protokół z przeglądu gwarancyjnego dostarczony wykonawcy w terminie 7 dni od daty przeglądu.

Nadzór na robotami z ramienia powódki pełnił Inspektor Nadzoru robót budowlanych – J. B. i Inspektor Nadzoru Autorskiego – M. S.. W dniach 14 grudnia 2006 r. i 5 stycznia 2007 r. przedstawiciele stron na spotkaniach omawiali zakres prac dodatkowych i terminu zakończenia robót. Strony na mocy aneksu nr (...) do pierwotnej umowy zmieniły zakres prac objętych umową z dnia 14 czerwca 2006 r. Roboty miały objąć dodatkowo remont balkonów, kanalizację deszczową, daszki nad wejściami, studzienki okienne, dach i daszek frontowy. Wartość tych prac wyliczono na kwotę 25.050,82 zł brutto. Wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone ostatecznie na kwotę 267.583,61 zł brutto. Aneksem tym zmieniono również ostateczny termin zakończenia robót na dzień 22 grudnia 2006 r. Wykonanie przedmiotu umowy miało nastąpić zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego oraz zasadami wiedzy technicznej, warunkami technicznymi, prawem i sztuką budowlaną, a także zgodnie z opracowanym projektem budowlanym.

W dniu 16 lutego 2007 r. dokonano częściowego odbioru wykonanych prac. W obecności przedstawicieli (...) i Wykonawcy stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z normą projektów i umową Nr (...) z dnia 14 czerwca 2006 r. Przedmiotem odbioru było docieplenie budynku przy ulicy (...) w O.. Naliczono karę umowną za nieterminowe wykonanie prac w wysokości 0,1% od kwoty 242.532,79 zł za 47 dni, co dało kwotę 11.399,04 zł. W protokole odbioru określono okres gwarancyjny robót od dnia 16 lutego 2007 r. do 16 lutego 2014 r. Odbiorcą robót był (...) w O., przy ulicy (...) – jako administrator powodowej Wspólnoty. Na podstawie ww. protokołu odbioru pozwana wystawiła fakturę Vat nr (...), która została uregulowana przez powódkę.

W dniu 9 marca 2007 r. w obecności przedstawicieli (...) stwierdzono, że roboty objęte aneksem zostały wykonane zgodnie z normą projektów i aneksem nr (...) do umowy Nr (...) z dnia 14 czerwca 2006 r. Przedmiotem odbioru robót był remont balkonów, kanalizacji deszczowej, daszków nad wejściami, studzienek okiennych, zakończenia frontowe na budynku przy ulicy (...) w O.. Stwierdzono, że prace wykonano zgodnie z umową. Na podstawie protokołu pozwana wystawiła fakturę Vat nr (...), którą powódka uregulowała.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r. (...) w O. jako administrator powodowej Wspólnoty poinformował Wykonawcę o przeciekach i odpadającym tynku z wyremontowanego daszku. Powódka żądała usunięcia usterek w ramach przysługującej jej gwarancji. W dniu 11 września 2007 r. wysłano ponagląjące pismo do pozwanej. W dniu 19 września 2007 r. Wykonawca poinformował administratora powódki, że usterki w postaci przecieków, pęknięć na daszku zostały usunięte. Jednocześnie poinformowała powódkę, że usterki w postaci rys i pęknięć na daszku nie będą wykonywane. W piśmie tym stwierdziła, że w trakcie prac termomodernizacyjnych zauważyła starą i zniszczoną konstrukcję daszku. W późniejszym czasie (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zmieniła nazwę na (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O.. Uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 20 listopada 2007 r. nastąpiło przekształcenie (...) Sp. z o.o. w (...) S.A. z siedzibą w O..

W dniu 3 września 2008 r. administrator powódki wezwał Spółkę (...) do pilnego usunięcia w ramach gwarancji usterek na daszku przylegającym do budynku nad wejściem do kwiaciarni. Powyższe pismo odebrane zostało w dniu 5 września 2008 r. W dniu 6 listopada 2008 r. ponownie wezwano do wykonania napraw daszku. Pismo zostało odebrane w dniu 12 listopada 2008 r. W dniu 18 grudnia 2008 r. pozwana poinformowała administratora powódki, że zgłoszone usterki zostały usunięte. Naprawiono takie elementy jak pokrycie dachu, pęknięcia, zabezpieczono dylatację, wyspachlowano dach od spodu i pomalowano. Pismem z dnia 25 maja 2010 r. (...) w O. poinformował pozwaną o powstaniu kolejnych, licznych zacieków, pęknięć oraz o odchodzącej farbie na daszku nad wejście do kwiaciarni i banku. Wezwano pozwaną do ich usunięcia w ramach udzielonej gwarancji. W dniu 5 czerwca 2010 r. komisja w składzie przedstawicieli obu stron umowy stwierdziła, że remont daszku budynku przy ulicy (...) leży w zakresie napraw własnych (...). Prace te polegały na oczyszczeniu dachu, pokryciu papą na powierzchni 12-18 m⁽²⁾

oraz uszczelnieniu konstrukcji. W zakresie pozwanej uszczelnienie obróbek papowych i blacharskich oraz naprawa pęknięcia i modernizacja spodniej części daszku od wejścia do (...).

W dniu 28 czerwca 2010 r. zostały przeprowadzone w obecności przedstawicieli administratora powódki i przedstawicieli pozwanej spółki oględziny elewacji i balkonów. Stwierdzono wówczas, że pokrycie papowe jest nieszczelne. Zacieki występują w pomieszczeniach banku i kwaciarni. Na czterech balkonach widoczne były spękania wypraw elewacyjnych, zacieki i odchodząca farba. Ustalono termin prac naprawczych w ramach gwarancji do końca sierpnia 2010 r. W dniu 21 października 2010 r. dokonano odbioru robót naprawczych wykonanych przez pozwaną. Komisja w składzie przedstawicieli powódki, pozwanej i podwykonawcy stwierdziła, że wszystkie usterki wymienione w notatkach służbowych zostały usunięte.

Pismem z dnia 5 lipca 2011 r. (...) w O. poinformował pozwaną o występujących przeciekach na daszku do pomieszczeń bankowych. Jednocześnie wezwał do natychmiastowego usunięcia usterek w ramach gwarancji do dnia 15 lipca 2011 r. Pozwana wykonała prace naprawcze.

Pomimo dokonanych napraw daszku, woda dostawała się do wnętrza lokalu usługowego i zalewała sufit przy oknie wystawowym. Pismem z dnia 10 października 2010 r. ponownie wezwano pozwaną do usunięcia ww. usterek.

Pismem z dnia 12 grudnia 2012 r. administrator Wspólnoty poinformował pozwaną, że na płytach balkonowych występują zacieki i odchodzi tynk. Ponadto, że z daszku nad pomieszczeniami usługowymi, usytuowanymi na parterze budynku od strony ulicy (...) występują w pomieszczeniach przecieki. Wezwano pozwaną do natychmiastowego wykonania prac. Powyższe pismo pozwana odebrała w dniu 17 grudnia 2012 r.

Pismem z dnia 5 września 2013 r. (...) poinformował pozwaną, że w dniu 16 września 2013 r. odbędzie się przegląd gwarancyjny. Wezwanie pozwana odebrała w dniu 6 września 2013 r. W wyznaczonym dniu odbył się zaplanowany przegląd gwarancyjny z udziałem dwóch członków zarządu Wspólnoty i administratora Wspólnoty. Przedstawiciel pozwanej spółki nie stawił się. Komisja stwierdziła, że od strony podwórza występują pęknięcia na elewacji, ubytki w tynku i gzymsie. Ponadto komisja ustaliła, że od ulicy (...) występują pęknięcia elewacji, zaś od ulicy (...) – ubytki tynku, pęknięcia na ścianach i sufitach balkonowych, pęknięcia na elewacji budynku. Stwierdzono także, że daszek nad lokalami usługowymi przecieka, odchodzi tynk i farba. Z uwagi na nieobecność pozwanej, pismem z tego samego dnia wezwano pozwaną do usunięcia usterek stwierdzonych przez Komisję. Zakreślono termin wykonania prac naprawczych do 11 października 2013 r. W tym czasie (...) w O. otrzymywał liczne informacje od właścicieli lokali usługowych w sprawie występujących przecieków do ich pomieszczeń. Z uwagi na bierną postawę pozwanej pismem z dnia 31 października 2013 r. ponownie wezwano do usunięcia usterek. Jednocześnie wyznaczono ostateczny termin ich napraw do dnia 30 listopada 2013 r. Powyższe pismo pozwana odebrała w dniu 4 listopada 2013 r.

Pismem z dnia 4 lutego 2014 r. pozwana poinformowała administratora powodowej Wspólnoty, że usunięto przecieki i nieszczelności dachu nad apteką i kwaciarnią. Prace te polegały na oczyszczeniu, uszczelnieniu masą izolacyjną oraz na wymianie papy termozgrzewalnej w miejscach pęknięć i połączeń ze ścianami budynku. Naprawa została wykonana przez podwykonawcę (...). Naprawy daszku oraz elewacji budynku miały zostać dokonane w okresie wiosennym oraz po ustaleniu terminów i zakresu dalszych prac.

W dniu 7 maja 2014 r. na przeglądzie gwarancyjnym docieplenia budynku przy ulicy (...) w O. stawili się członkowie zarządu Wspólnoty, przedstawiciel administratora powódki i przedstawiciel pozwanej. Komisja w składzie ww. przedstawicieli stwierdziła liczne spękania poprzeczne i podłużna na elewacji, ubytki na balkonach, w daszku nad lokalami usługowymi, liczne zacieki na elewacji i w pomieszczeniu apteki, skorodowana obróbka blacharska na daszku, odchodząca farba. Jednocześnie przedstawiciel (...) S.A. w O. zastrzegł prawo do zbadania przyczyn i okoliczności powstania usterek objętych notatką i ustosunkowania się do nich w terminie 14 dni.

Pismem z dnia 3 czerwca 2014 r. pozwana poinformowała administratora Wspólnoty, że zakończyła dokonywanie napraw usterek w przedmiotowym budynku. Jednocześnie odmówiła usunięcia usterek zauważonych w dniu 7 maja 2014 r. z uwagi na wygaśnięcie dotychczasowych uprawnień.

Pismem z dnia 12 czerwca 2014 r. powódka nie zgadzając się ze stanowiskiem pozwanej, wezwała ją do skutecznego usunięcia występujących usterek do dnia 30 czerwca 2014 r. Wezwanie pozwana odebrała w dniu 13 czerwca 2014 r.

Na podstawie dowodu z opinii biegłego A. S. ustalone zostało, że elewacja na budynku przynależącym do (...)ulicy (...) w O. wymagała naprawy ze względu na wadliwe wykonanie prac termomodernizacyjnych, polegających na: źle wykonanej warstwie zbrojnej na ścianach (niewłaściwie wykonana elewacja), niewłaściwym wykonaniu papy izolacyjnej na balkonach, wadliwym wykonaniu izolacji daszku frontowego przy dylatacji, niewystarczającej ilości kołków mocujących płyty elewacyjne oraz niewykonaniu warstwy zbrojnej przy oknie (brak warstwy zbrojnej na gładzie okna). Docieplenie ścian wykonane zostało metodą lekką mokrą. Warstwy docieplenia składały się ze styropianu przymocowanego do muru za mocą kleju i kołków. Płyty styropianu nie straciły swoich właściwości w trakcie eksploatacji. Warstwa zbrojna wyprawy elewacyjnej została źle wykonana. Siatki elewacyjnej nie wtapiano w klej, a jedynie przykryto klejem. Prawidłowym sposobem wykonania było nałożenie wyprawy klejowej, a następnie wciskanie w nią siatkę. Po jednej dobie należało nałożyć kolejną warstwę wyprawy klejowej. Klej nie związał ze styropianem i powstała pustka powietrza pod siatką. Luźna praca warstwy izolacyjnej w stosunku do wyprawy wierzchniej spowodowała pęknięcia. W niektórych miejscach elewacji wystąpiły odspojenia od warstwy wyprawy klejowej od styropianu. Szczelina w tych miejscach była wynikiem braku siatki z włókna szklanego. Ilość kołków mocujących płyty elewacyjne przyjęta w ilości dwóch na jedną płytę była niewystarczająca i mogła być przyczyną pęknięć. Niedostateczna ilość kołków mogła też skutkować odpadnięciem całej elewacji. Wymagane bowiem było położenie nowej warstwy wierzchniej na całej powierzchni. W zakres naprawy koniecznych niezbędne było przygotowanie podłoża pod docieplenie metodą lekką-mokrą, czyszczenie mechaniczne i mycie, następnie dwukrotne mycie preparatem wzmacniającym. Przymocowanie płyt styropianu za pomocą kołków plastikowych w ilości 8 sztuk na 1 m² płyty do podłoża z gazobetonu. Koszt naprawy elewacji wyceniono 198.338,32 zł netto.

Podczas prac termomodernizacyjnych wykonano izolację posadzki balkonów. Ułożono warstwę papy izolacyjnej, którą wywinęto na ścianę pod warstwą styropianu i przyklejono do obróbki blacharskiej zewnętrznej. Niewłaściwe wykonanie papy izolacyjnej na balkonach spowodowało przedostawanie się wody opadowej pod szlichtę, przecieki na balkon kondygnacji niższej i pęknięcia tynku. Naprawa w tym zakresie winna polegać na zerwaniu starej warstwy szlichty i papy izolacyjnej i wykonaniu jej na nowo. Koszt naprawy balkonów wyliczono na kwotę 4.246,20 zł netto.

Niezastosowanie odpowiedniej przerwy w trakcie wykonywania izolacja daszku frontowego przy dylatacji uniemożliwiło odpowiednią pracę tej warstwy. Właściwe wykonanie tego elementu winno polegać na zastosowaniu odpowiedniego profilu dylatacyjnego w miejscu pęknięcia. Koszt naprawy daszka wynosi 323,84 zł netto. Łączny koszt napraw został określony na kwotę 202.908,36 zł bez Vat, 249.557,28 zł przy uwzględnieniu 23% podatku Vat.

W tych okolicznościach, Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie. Wskazał, że powódka wywodziła swoje roszczenie z nienależytego wykonania umowy. W ocenie Sądu, treść sformułowanego w pozwie żądania i przeprowadzony proces wskazywał, że intencją powódki było nakazanie pozwanej usunięcia powstałych usterek bądź kosztów ich usunięcia. Z pism procesowych, a także wezwań do usunięcia wad wynikało, że powódka oparła swoje żądanie na udzielonej przez pozwaną gwarancji. Sąd uznał zatem, że podstawą prawną nakazania pozwanej określonego zachowania są przepisy dotyczące gwarancji i umowy o roboty budowlane, tj. art. 647 i n. k.c.

Wskazał, że umowa z dnia 14 czerwca 2006 r. przewidywała wykonanie docieplenia elewacji, zgodnie z projektem budowlanym, zatwierdzonym decyzją prezydenta Miasta O., która udzielała również pozwolenia na wykonanie robót budowlanych związanych z dociepleniem ścian i stropodachu oraz kolorystkę elementów elewacji budynku wielorodzinnego w zabudowie śródmiejskiej w O.. Odwołując się do orzecznictwa (tj. wyroku WSA w Bydgoszczy, II SA/Bd 478/16 z dnia 21 czerwca 2016 r., LEX) wskazał, że przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, przebudowę, montaż, remont lub rozbiórkę obiektu budowlanego wymagającą pozwolenia na budowę. Warunkiem

uznania prac za remont, jest odtwarzanie stanu pierwotnego, poprzez wymianę określonych elementów, częstokroć przy użyciu bardziej nowatorskich materiałów. Tym remont odróżnia się od bieżącej konserwacji, która polega wyłącznie na dokonywaniu zabiegów mających na celu zachowanie danej konstrukcji w należyłym stanie. Mając na względzie powyższe zauważył, że w niniejszej sprawie prace związane z docieplaniem elewacji polegały na starannym przygotowaniu powierzchni, usunięciu wszelkich nieczystości, przygotowanie podłoża przed jego ociepleniem, a także na szczegółowych pracach związanych z samym ociepleniem i jego wykonaniem. W przypadku remontu natomiast odtworzenie stanu pierwotnego wymagałoby naprawy czy też wymiany albo odnowienia jedynie części obiektu budowlanego. W konsekwencji uznał, że w przedmiotowej sprawie nie sposób podzielić stanowiska pozwanej, że przeprowadzone prace miały charakter wyłącznie prac konserwacyjno - modernizacyjnych. Odwołując się do art. 3 pkt 8 p.b., Sąd Okręgowy wskazał, że istotną cechą remontu jest zakwalifikowanie robót budowlanych jako takich, które mają na celu odtworzenie stanu pierwotnego. W związku z tym, aby można było mówić o remoncie musi istnieć remontowany obiekt, dlatego też przy remoncie następuje zazwyczaj wymiana poszczególnych elementów obiektu i zastąpienie ich nowymi. W tym wypadku remont elewacji polegał na głębszej ingerencji w pierwotną substancję budowlaną, niż tylko na zabiegach upiększających. Prace te miały być wykonane zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, który stanowił integralną część pozwolenia na budowę. Sąd I instancji uznał również, że nie sposób podzielić stanowiska pozwanej co do tego, że wykonanie docieplenia elewacji stanowiło powstanie, dotychczas nieistniejącego elementu budynku. Prace związane z dociepleniem polegały na usunięciu luszczącego się tynku i powłok malarskich, wyrównania zaprawą cementową lub murarską albo szpachlówką, a następnie położenia zaprawy klejącej do styropianu i warstwy tynku mineralnego. Zdaniem Sądu I instancji wykonanie docieplenia budynku niewątpliwie służyło nie tylko ucieczce ciepła z wewnątrz budynku, ale także odpowiedniemu zabezpieczeniu przed działaniem niekorzystnych warunków atmosferycznych, zwłaszcza wody, śniegu, mrozu. Tym samym działanie ukierunkowane na docieplenie wierzchniej warstwy budynku zwiększyło również użyteczność samego budynku ponad zwykłą eksploatację.

Mając na względzie powyższe, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Z uwagi na przedsięwzięcie jakiego wykonawca zobowiązał się podjąć (docieplenie elewacji budynku i wykonania robót budowlanych) zgodnie z dokumentacją budowlaną, jak również z uwagi na zinstytucjonalizowany nadzór w osobie inspektora nadzoru budowlanego po zakończeniu budowy, obowiązek prowadzenie dziennika budowy, uzyskanie pozwolenia na wykonanie tego typu prac i objęcie ich nadzorem autorskim w osobie M. S. – jednego z autorów projektu budowlanego. Wskazał że powódka swoje roszczenie wywodziła z gwarancji udzielonej w ramach tej umowy. W § 11 umowy sprecyzowano bowiem, że „Wykonawca udziela gwarancji siedmioletniej w stosunku do robót remontowych oraz na zasadach określonych w przepisach tytułu XV i XVI k.c. Określono też, że bieg gwarancji rozpoczyna się od dnia odbioru robót potwierdzonych protokołem odbioru końcowego. Wskazał, że przepisy art. 647 i n. k.c., regulujące problematykę umowy o roboty budowlane nie zawierają postanowień odnośnie udzielenia gwarancji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem instytucja ta jest formalnie powiązana przez ustawodawcę z umową sprzedaży. W takim przypadku przepisy o gwarancji w umowach sprzedaży należy stosować w drodze analogii (uchwała SN z dnia 10 lipca 2008 r., III CZP 62/08). W konsekwencji Sąd I instancji uznał, że podstawę prawną roszczeń powódki stanowią w drodze analogii przepisy art. 577 i n. k.c. Zauważył przy tym, że z uwagi na nowelizację dokonaną ustawą o prawach konsumenta z dnia 30 maja 2014 r. (Dz.U. 2014, poz. 827), jaka weszła w życie w dniu 25 grudnia 2014 r. aktualne brzmienie tych przepisów nie odpowiada ich brzmieniu w chwili zawarcia umowy. Mając na względzie treść art. 51 tejże ustawy zgodnie z którym do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, Sąd wskazał treść przepisu art. 577 k.c. w chwili zawierania przez strony umowy. Zauważył przy tym, że w § 11 umowy z dnia 14 czerwca 2006 r., wykonawca udzielił gwarancji siedmioletniej w stosunku do robót remontowych oraz na zasadach określonych w przepisach tytułu XV i XVI k.c. Jej bieg rozpoczął się od dnia odbioru robót potwierdzonego protokołem odbioru końcowego. Na podstawie notatki urzędowej z dnia 5 stycznia 2007 r. strony zawarły aneks nr (...). W aneksie w § 1 strony określiły nową wartość umowy na kwotę 267.583,61 zł brutto, zaś w § 2 wydłużyły termin zakończenia prac na dzień 22 grudnia 2006 r. W pozostałym zakresie treść umowy pozostaje bez zmian (§ 3 aneksu).

Sąd Okręgowy wskazał, że w przedmiotowej sprawie, pozwana występuje jako profesjonalista w obrocie gospodarczym, do którego należy szczególna troska o własne interesy. W związku z tym, skoro w aneksie nie określiła zakresu udzielanej gwarancji, należało uznać, że były nią objęte również prace dodatkowe. Ponadto, zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na pozew, pozwana przyznała, że gwarancją były objęte prace dodatkowe jak remont balkonów, daszków nad wejściami, jak również dachu i daszku frontowego, kanalizacja deszczowa, studzienki okienne, czyli wszystko to, co zostało ujęte w dodatkowym kosztorysie i aneksie do umowy.

Wskazał, że w protokole odbioru z dnia 16 lutego 2007 r. stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z normą projektów. Za powyższą pracę pozwana otrzymała wynagrodzenie. Jednocześnie wykonawca ustalił okres gwarancyjny wykonanych przez siebie prac od dnia 16 lutego 2007 r. (dzień odbioru części prac) od dnia 16 lutego 2014 r., czyli 7 lat.

Sąd I instancji następnie wskazał, że gwarancja to dobrowolne zobowiązanie, które bierze na siebie „gwarant”, a które w niniejszej sprawie wziął na siebie wykonawca. Odwołując się do orzecznictwa wskazał, że z uwagi na to, że ani w umowie o dzieło, ani o roboty budowlane nie została uregulowana kwestia gwarancji należało w drodze analogii zastosować przepisy o gwarancji przy sprzedaży, w szczególności art. 577 i 578 k.c. Wskazał, że zgodnie z art. 577 k.c. w brzmieniu z chwili zawierania umowy przez strony, wystawca dokumentu gwarancyjnego obowiązany jest do usunięcia wady fizycznej lub dostarczenia rzeczy wolnej od wad. Obowiązki gwaranta mogą być jednak inaczej określone w dokumencie gwarancyjnym. Kodeksowa regulacja nie zakłada bowiem minimalnego zakresu ochrony uprawnionego z gwarancji. Sąd podkreślił, że zgodnie z ustawową regulacją o wyborze świadczeń z tytułu gwarancji nie decyduje kupujący, lecz gwarant. Konstrukcja przyjęta w art. 577 k.c. ma bowiem cechy zobowiązania przemienne (por. art. 365 k.c.), którą w literaturze określa się również jako upoważnienie przemienne. Z uwagi na sformułowany zapis umowny zawarty w § 11 oraz specyfikę umowy o roboty budowlane, co do której z natury wykluczone jest dostarczenie w ramach gwarancji rzeczy wolnej od wad, uznał, że obowiązek pozwanej wynikający z gwarancji powinien sprowadzać się do usunięcia wady. Odnosząc się do kwestii odpowiedzialności z tytułu gwarancji, wskazał, że jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, gdyż przesłankę jej odpowiedzialności stanowi ujawnienie się wady przed upływem okresu gwarancyjnego. Zauważył przy tym, że realizacji swych uprawnień kupujący może domagać się także po upływie terminu gwarancji, byleby udowodnił, że w okresie gwarancji wada się ujawniła.

W związku z powyższym, uznał, że już po odbiorze robót, które następowało etapami tj. w dniu 16 lutego 2007 r. i 9 marca 2007 r., były zgłaszane usterki. Po raz pierwszy, tj. pismem z dnia 1 sierpnia 2007 r. powódka poinformowała o przeciekach i odpadającym tynku na daszku od strony Piłsudskiego. Powyższe usterki po piśmie ponagląjącym, spółka usunęła. Następnie pismem z dnia 3 września 2008 r. poinformowała o podobnej usterce, z tym, że nad wejściem do kwiaciarni. Pozwana spółka usunęła usterki, o czym pismem z dnia 18 grudnia 2008 r. poinformowała powódkę.

Sąd wskazał również, że w dniach 5 i 28 czerwca 2010 r. w obecności przedstawicieli obu stron umowy zostały przeprowadzone oględziny przedmiotowego budynku. Stwierdzono wówczas nieszczelność pokrycia papowego zadaszania od strony ulicy, odchodzącą farbę od spodniej części zadaszania, zacieki w pomieszczeniach banku i kwiaciarni, spękania wypraw elewacyjnych na czterech balkonach oraz zacieki i odchodząca farba. Protokołem odbioru robót naprawczych z dnia 21 października 2010 r. wszystkie zauważone usterki zostały usunięte. W lipcu i październiku 2012 r. były zgłaszane ponowne usterki w postaci nieszczelnego pokrycia papowego daszku i przedostającej się wody do lokali usługowych. W grudniu 2012 r. administrator powodowej Wspólnoty poinformował pozwaną o występujących licznych spękaniach na elewacji, zaciekach i odchodzącym tynku na balkonach i nieszczelnym daszku nad pomieszczeniami usługowymi. We wrześniu 2013 r. miał miejsce przegląd gwarancyjny wyremontowanego budynku, na który mimo zaproszenia przedstawiciela pozwanej spółki nie było. Komisja w osobach członków zarządu Wspólnoty i jej administratora stwierdziła pęknięcia na elewacji od strony podwórza, ulicy (...), jak również ubytki w tynku, sufitych balkonowych i przeciekającym daszku nad lokali usługowymi. Pismem z tego samego dnia wezwano pozwaną do usunięcia tych usterek, początkowo do dnia 11 października 2013 r., a ostatecznie do 30 listopada 2013 r. Pismem z dnia 4 lutego 2014 r. pozwana poinformowała o dokonanych naprawach w zakresie nieszczelnego daszku i poinformowała, że naprawa tynku nad daszkiem zostanie wykonana w późniejszym terminie z uwagi na zimowe warunki atmosferyczne. Jednocześnie zaproponowała przeglądu w zakresie elewacji. Dnia 7 maja

2014 r. odbył się przegląd gwarancyjny w obecności przedstawicieli stron umowy. Stwierdzono, tak jak poprzednio liczne pęknięcia na elewacji, zacieki, odchodząca farbę i tynk. Kopia notatki została przesłana pozwanej. Pismem z dnia 3 czerwca 2014 r. pozwana odmówiła wykonania usterek.

W protokole odbioru prac dociepleniowych pozwana określiła termin gwarancji do 16 lutego 2014 r. W przypadku zaś prac dodatkowych termin nie był wprost określony. Zgodnie zaś z zapisami umowy bieg tego terminu liczony jest od dnia odbioru, który w przypadku prac dodatkowych, a więc do 9 marca 2014 r. Podstawą napraw sygnalizowanych usterek w każdym przypadku była udzielona przez pozwaną gwarancja. W tych okolicznościach, Sąd uznał, że wszystkie usterki były zgłoszone pozwanej w okresie obowiązywania gwarancji. Pierwsze usterki były sygnalizowane w 2007 r., zaś ostatnia we wrześniu 2013 r.

Wobec sporu między stronami co do zakresu usterek spowodowanych wadliwym wykonaniem prac objętych umową z dnia 14 czerwca 2006 r. i aneksem nr (...) do tej umowy, w budynku wielorodzinnym położonym przy ulicy (...) w O., Sąd zlecił sporządzenie opinii biegłemu z zakresu budownictwa. Biegły również miał określić rodzaj występujących usterek, sposób ich naprawy i koszt ich usunięcia. W końcowej opinii, sporządzonej w dniu 30 maja 2016 r. i uwzględniającej ustalenia z prac odkrywkowych z dnia 5 lutego 2016 r. biegły określił ostateczny koszt naprawy elewacji na kwotę 198.338,32 zł. W dniu 18 października 2016 r. biegły podtrzymał w całości sporządzoną przez siebie opinię. Wskazał, że kosztorys dołączony do ostatniej opinii nie uwzględniał kosztów naprawy balkonów i daszku. Jednocześnie wskazał, że brak wystarczającej liczby kołków mógł być przyczyną pęknięć przy otworach okiennych i mógł skutkować odpadnięciem całej elewacji. Do powstania pęknięć według biegłego przyczynił się również brak warstwy zbrojnej w tych miejscach.

Mając na uwadze powyższe Sąd stwierdził, że przyczyną wadliwie wykonanej umowy było brak warstwy zbrojnej na ścianach i w otworach okiennych, a także niewystarczająca ilość kołków na całej elewacji, które powodowały pęknięcia i rysy. W przypadku balkonów niewłaściwie została wykonana papa izolacyjna, przez co woda opadowa przedostawała się pod szlichtę i przeciekała na niższe kondygnacje, powodując pęknięcia tynku. Zaś przy wykonywaniu izolacji daszku nie zastosowano odpowiedniej przerwy dylatacyjnej, uniemożliwiając tym samym odpowiednią pracę warstw izolacji. Z uwagi na rozległość usterek w ocenie biegłego, którą Sąd podzielił, w przypadku naprawy elewacji, niezbędne będzie położenie nowej warstwy elewacyjnej na całej powierzchni. W przypadku balkonów i daszku konieczna jest jedynie ich naprawa. Sąd nie podzielił przy tym argumentacji zwartej w piśmie procesowym pozwanej z dnia 27 czerwca 2016 r. w zakresie mocowania kołków w ilości określonej w projekcie budowlanym. Odwołując się do treści art. 651 k.c., wskazał, że pozwana jako wykonawca miała możliwość zawiadomienia powódki o wadach projektu budowlanego. Podkreślił przy tym, że choć z aktualnego orzecznictwa dotyczącego art. 651 k.c. nie da się wywieść obowiązku szczegółowego sprawdzania projektu budowlanego, jednak nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku zwrócenia inwestorowi uwagi na wadliwość projektu, którą wykonawca dostrzegł lub powinien był dostrzec. Jeżeli wykonawca, zachowując szczególną staranność wymaganą od przedsiębiorcy zajmującego się wykonawstwem budowlanym, miał możliwość dostrzeżenia wadliwości projektu (bez potrzeby odwoływania się do wiadomości specjalnych, jakimi dysponuje projektant), lecz tego zaniechał, to odpowiada za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem zobowiązania. Sąd podkreślił, że do jego obowiązków należało prawidłowe odczytanie projektu i realizacja inwestycji zgodnie z jego założeniami oraz z zasadami sztuki budowlanej. Wskazał przy tym, że z dokumentacji zgromadzonej w niniejszej sprawie wynikało, nie tylko niewłaściwe wykonanie pracy polegającej na dociepleniu budynku, ale również prac dodatkowych objętych aneksem jak remont balkonów, czy remont frontowego daszku. W ocenie Sądu Okręgowego, najpoważniejszym błędem wykonawcy był brak staranności zawodowej wymaganej przy montażu styropianu. Zgodnie z projektem budowlanym przy wykonaniu docieplenia wymagane było użycie dwóch kołków. Zasady realizacji tego typu prac nie wymagały ponadprzeciętnej, specjalistycznej wiedzy. Wykonawca jako specjalista winien był wiedzieć, że użycie tylko dwóch kołków może być przyczyną wadliwie wykonanej pracy, pojawiających się usterek, w szczególności zaś świadczyło o istnieniu niezgodności ze sztuką budowlaną. Jako, że projekt w tym zakresie był niezgodny z założeniami normy, jak również z przepisami przeciwpożarowymi, które nakazują zwiększenia liczby kołków w razie ewentualnego pożaru, winien on zgłosić swoje spostrzeżenia inwestorowi. Szczególnie, że standardem jest użycie co najmniej 8 kołków, a w dolnych partiach budynku nawet większej ilości. Jak uznał biegły, niewystarczająca ilość

kołków przy mocowaniu styropianu może powodować odpadnięcia całej elewacji. Prowadzić to może do potencjalnego niebezpieczeństwa dla przechodniów i klientów usytuowanych tam lokali usługowych. Biorąc pod uwagę, że budynek położony jest w centrum miasta, w pobliżu urzędów, centrum handlowego i miejsc kultury, zagęszczenie ludzi w tym miejscu można określić jako duże, w związku z czym potencjalne zagrożenie było niemałe.

W ocenie Sądu Okręgowego z opinii biegłego, wynikało jednak, że nie tylko brak odpowiedniej ilości kołków był przyczyną usterek, ale również źle wykonana warstwa wierzchnia elewacji. W niektórych miejscach, jak wskazał biegły, nie było starannie wykonanej pracy. Przykładem powyższego fakt, że zamiast wtopienia siatki w klej, położono ją na kleju. W wyniku późniejszej pracy budynku, jak również pod wpływem zmian temperatury powstało pęknięcie na warstwie wyprawy wierzchniej. Powstające rysy nie były też, jak to sugerowała pozwana, efektem pracy budynku, czy wzmożonego ruchu pojazdów w tej części miasta, ale wadliwym wykonaniem elewacji. W związku z tym Sąd I instancji nakazał pozwanej naprawy w zakresie elewacji poprzez zamocowanie dodatkowych kołków na całej elewacji, zamocowanie siatki na kleju i wykonanie warstwy wierzchniej. Całkowity koszt tej części napraw został określony na kwotę 198.338,32 zł netto.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentacji powódki w zakresie wyceny napraw balkonów. Wskazał, że w ocenie biegłego, jako specjalisty w zakresie budownictwa, naprawa balkonów winna polegać na zerwaniu dotychczasowej warstwy szlichty i warstwy izolacji z papy, a następnie wykonaniu nowej izolacji i szlichty. Jednocześnie prace te polegałyby jedynie na naprawie, a nie na całościowej wymianie, do którego zmierzała powódka i tym samym zwiększenia kosztów w tym zakresie ponad dwukrotność. W oparciu o przeprowadzone oględziny biegły nie widział potrzeby wykonania tych prac na nowo. Również aktualny stan daszku uzasadniał naprawę istniejących pęknięć. Koszt naprawy balkonów określono więc na wysokość 4.246,20 zł netto, a koszt naprawy daszku na kwotę 323,84 zł netto.

W związku z tym, że z opinii biegłego jednoznacznie wynikało, że roboty wykonane zostały wadliwie, a jednocześnie biegły określił sposób ich naprawy, a więc w istocie sposób usunięcia wad, Sąd uwzględnił żądanie nakazania pozwanej spółce usunięcia wad w sposób wskazany w opinii biegłego. Zgodnie z art. 577 § 1 k.c. (w jego poprzednim brzmieniu) wykonanie tych czynności będzie realizacją obowiązku jaki przyjęła na siebie pozwana udzielając gwarancji na wykonanie robót.

Odnosząc się do treści sformułowanego żądania, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania że, treść żądania sformułowanego w pozwie należało uznać za żądanie alternatywne tzw. *facultas alternativa*. Zdaniem Sądu I instancji intencją powódki było umożliwianie pozwanej zwolnienie od obowiązku wykonania prac naprawczych na jej rzecz przez spełnienie świadczenia polegającego na zapłacie kosztów usunięcia ustalonych w toku procesu wad.

W związku z powyższym, Sąd Okręgowy na podstawie art. 647 k.c. w zw. z art. 577 k.c. oraz umowy z dnia 14 czerwca 2006 r. i aneksu nr (...) do tej umowy orzeka jak w sentencji nakazując pozwanej usunięcie wad albo zapłacenie kwoty 249.577,28 zł. Kwota ta uwzględniała 23% podatek VAT.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła pozwana, zarzucając Sądowi Okręgowemu:

- 1. błędne przyjęcie, że przyczyną powstania pęknięć na elewacji mogła być niewystarczająca ilość kołków mocujących płyty styropianowe do ściany budynku stanowiącego własność powódki;***
- 2. naruszenie art. 231 k.p.c. poprzez uznanie za ustalony istotny dla rozstrzygnięcia sprawy fakt, że niewystarczająca ilość kołków mocujących mogła być przyczyną pęknięć i rys na całej powierzchni elewacji, który to wniosek w ocenie Sądu meriti można wyprowadzić z innego ustalonego faktu, że brak wystarczającej liczby kołków mógł być przyczyną pęknięć przy otworach okiennych, podczas gdy fakt składający się na podstawę domniemania faktycznego nie uzasadnia wyprowadzonego przez Sąd wniosku, w świetle przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego, w tym dokonanej odkrywki fragmentu ocieplenia budynku powoda przy oknie od strony ulicy (...),***

3. **naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. poprzez:**

- a) **dokonanie przez Sąd w miejsce swobodnej oceny dowodów, dowolnej ich oceny, polegającej na oparciu rozstrzygnięcia o wyżej wskazane wadliwe domniemanie faktyczne;**
- b) **niewyjaśnienie sprawy oraz sprzeczność ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym z treścią opinii biegłego sądowego;**
- c) **przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wskutek braku wszechstronności oceny zebranych dowodów;**
- d) **pominięcie przez Sąd I instancji okoliczności, że inspektor nadzoru inwestorskiego dokonywał odbioru robót ulegających zakryciu, co było potwierdzone wpisami do dziennika budowy i nie zgłaszał zastrzeżeń odnośnie sposobu mocowania płyt styropianowych za pomocą kołków;**

4. **naruszenie art. 193 § 1 i § 21 k.p.c. oraz art. 321 § 1 k.p.c., które miało istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na zasądzeniu przez Sąd Okręgowy w zaskarżonym wyroku ponad żądanie sformułowane przez powoda w pozwie, to jest na uwzględnieniu przez Sąd meriti roszczenia w większej wysokości niż żądał powódka w pozwie, pomimo braku dokonania przez stronę powodową rozszerzenia przedmiotowego powództwa;**

5. **naruszenie art. 471 k. c. poprzez jego niezastosowanie do oceny prawnej zasadności żądania zgłoszonego przez powoda w pozwie w sytuacji, gdy powódka w toku postępowania precyzowała, że dochodzi roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, w związku z czym przedłożył oświadczenia właścicieli lokali tworzących powodową Wspólnotę o dokonaniu cesji wierzytelności do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych od pozwanej Spółki z tytułu nienależytego wykonania robót na podstawie umowy nr (...) z dnia 14 czerwca 2006 r. i aneksu nr (...);**

6. **naruszenie art. 577 § 1 k. c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że odpowiednim sposobem usunięcia wad w zakresie elewacji budynku powoda będzie położenie nowej warstwy elewacyjnej na całej powierzchni, w tym zamocowanie dodatkowych kołków na całej elewacji;**

7. **naruszenie art. 651 k. c. poprzez jego błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że na niej jako wykonawcy robót dociepleniowych budynku powódki spoczywał obowiązek sprawdzenia dokumentacji projektowej w zakresie ilości kołków do mocowania płyt styropianowych i oceny prawidłowości przewidzianych w projekcie rozwiązań odnośnie sposobu mocowania płyt styropianowych.**

W związku z powyższym wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o zmianę wyroku Sądu I instancji w punkcie I poprzez nakazanie jej wykonania na rzecz powódki następujących prac:

1. **w zakresie elewacji:**

- a) **usunięcie starej wyprawy wierzchniej wraz z warstwą zbrojoną;**
- b) **wykonanie odcięcia w miejscach charakterystycznych;**
- c) **wykonanie nowej warstwy zbrojonej i wierzchniej;**

2. **w zakresie balkonów:**

- a) **zerwanie warstwy szlichty;**
- b) **zerwanie starej papy izolacyjnej;**
- c) **wykonanie nowej izolacji oraz szlichty;**

3. w zakresie dylatacji:

a) **wykonanie profilu dylatacyjnego w miejscu pęknięcia daszku albo zapłatę powodowi kwoty 10.777,03 zł (dziesięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt siedem złotych trzy grosze) - zgodnie z opinią biegłego A. S. nr (...) z dnia 27 kwietnia 2015 r. - i oddalenie powództwa w pozostałym zakresie, jak również w punkcie II poprzez zmianę rozstrzygnięcia w przedmiocie zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego,**

Ponadto wniósł o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania za drugą instancję według norm przepisanych, o ile nie zostanie złożony spis kosztów,

ewentualnie o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania - przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie przepisu art. 380 k. p. c., wniósł również o rozpoznanie przez Sąd II instancji wydanego na rozprawie w dniu 1 grudnia 2015 r. postanowienia Sądu Okręgowego w Olsztynie I Wydział Cywilny w przedmiocie dopuszczenia wniosku dowodowego powoda o przeprowadzenie przez biegłego odkrywki elementu ocieplenia przy oknie od strony ulicy (...), które to postanowienie miało istotny wpływ na wynik sprawy.

SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie w części.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, przyjmując je za własne. Prawidłowe także – co do zasady – są zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, rozważania Sądu I instancji odnośnie odpowiedzialności pozwanej z tytułu udzielonej powódce gwarancji w zakresie zrealizowanych robót budowlanych (577 § 1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i 353¹ k.c.). Zgodzić się natomiast należało ze stanowiskiem strony skarżącej, że w ramach niniejszego postępowania przedmiotem oceny prawnej Sądu I instancji stało się także inne roszczenie, niż to, z którym powódka w rzeczywistości wystąpiła, co w efekcie doprowadziło do konieczności modyfikacji zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Mając na względzie treść żądania powódki sprecyzowanego w pkt 3. pozwu (k. 3) oraz brak modyfikacji powyższego żądania w toku procesu, Sąd Apelacyjny uznał, że nie było podstaw do jego kwalifikacji jako świadczenie alternatywnego tzw. facultas alternativa, a w konsekwencji rozstrzygnięcia o nim w sytuacji uwzględnienia przez Sąd Okręgowy wniosku powódki dotyczącego zobowiązania pozwanej do usunięcia usterek stwierdzonych przez biegłego sądowego w sposób przez niego wskazany i tym samym orzeczenia ponad żądanie powódki. Zauważyć w tym miejscu należy, że treść pkt. 3 pozwu, jak i ostatecznie zajęte stanowisko w sprawie powódki nie nasuwa jakichkolwiek wątpliwości co do jej intencji, jaką było żądanie zobowiązanego do podjęcia czynności naprawczych względem zaistniałych w budynku wad fizycznych, ewentualnie pokrycie kosztów zastępczego usunięcia tych usterek. Taki sposób sformułowania roszczenia wskazuje bowiem wyraźnie, że powódka sprecyzowała żądanie ewentualne. Tym samym, wbrew ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie doszło do zgłoszenia żądania alternatywnego (tzw. facultas alternativa), poprzez którego realizację pozwana mogłaby się uwolnić od obowiązku naprawy wad stwierdzonych przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa w budynku przy ul. (...) w O..

Podkreślenia wymaga, że żądanie z jakim powód zwraca się do Sądu musi być dokładnie określone. Jeśli zatem powód żąda zasądzenia odszkodowania, to żądanie to musi określać jego wysokość przez podanie konkretnej kwoty, której zasądzenia domaga się powód oraz obligatoryjnie zawierać wskazanie okoliczności faktycznych na których to żądanie się opiera. Należy także zgodzić się z pozwaną, że w myśl art. 193 § 2¹ k.p.c., z wyjątkiem spraw o roszczenia alimentacyjne, zmiana powództwa może być dokonana jedynie w piśmie procesowym, przy czym wówczas art. 187 k.p.c. stosuje się odpowiednio. Oznacza to zaś, że powództwo powinno mieć formę pisma procesowego, w którym obligatoryjnymi elementami są dokładnie określone żądanie oraz podstawa faktyczna żądania. Nie jest dopuszczalne sformułowanie żądania jako zasądzenia należności, jaka wypadnie z przeprowadzonego wyliczenia biegłego (vide: orz. Sądu Najwyższego z 24 stycznia 1962; 2 CR 272/62). Nie jest bowiem zadaniem sądu zastępowanie powoda w formułowaniu żądania, ale ocena jego zasadności. W konsekwencji konieczna więc była modyfikacja rozstrzygnięcia Sądu I Instancji zawarta w pkt I. sentencji, a ściślej rzecz biorąc tej części powyższego punktu, z której wynikało, że zgłoszone przez powódkę żądanie ewentualne zostało potraktowane jako świadczenie alternatywne. Powyższa korekta uzasadniona była także odmiennością rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczenia ewentualnego. Z istoty tego żądania wynika bowiem to, że staje się one przedmiotem rozstrzygnięcia sądu, a zatem zostaje uwzględnione w sentencji wyroku jedynie w sytuacji gdy sąd nie uwzględnia żądania głównego.

W związku z powyższym Sąd Apelacyjny uznał, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 193 § 1 i 2¹ k.p.c. oraz art. 321 § 1 k.p.c. poprzez potraktowanie przez Sąd Okręgowy zgłoszonego przez powódkę żądania ewentualnego jako żądania alternatywnego, a w konsekwencji poprzez orzeczenie co do roszczenia nie objętego żądaniem. Zauważyć bowiem należy, że pochodną uznania przez Sąd Okręgowy żądania powódki jako roszczenia alternatywnego było bowiem zbędne rozstrzygnięcie w jego zakresie i to w wysokości (249 577,28 zł) przenoszącej wartość przedmiotu sporu wskazaną przez powódkę w pozwie (200.000 zł). Dlatego też, Sąd Apelacyjny uznając powyższe za nieuzasadnione, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił pkt I. zaskarżonego wyroku.

Odnosząc się do zarzutu błędnego przyjęcia, że przyczyną powstawania pęknięć na elewacji mogła być niewystarczająca ilość kołków mocujących płyty elewacyjne, Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu Okręgowego, że brak zamontowania odpowiedniej względem wskazań sztuki budowlanej oraz przepisów przeciwpożarowych ilości kołków świadczy o wadliwym wykonaniu robót przez pozwaną będącą profesjonalistą, a owa niezgodność z powyższymi normami niewątpliwie świadczy o możliwości powstania usterek. Wskazania techniczne służą bowiem nie tyle ujednoczeniu sposobu wykonywania robót budowlanych, oraz przedstawieniu pożądanego modelu realizacji poszczególnych prac, co przede wszystkim osiągnięciu zamierzonego efektu tych prac z zapewnieniem bezpieczeństwa dla zdrowia i życia ludzi podczas użytkowania tych konstrukcji. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jednym z kryteriów uzyskania pożądanego rezultatu w ramach procesu budowlanego jest przede wszystkim zapewnienie jak najdłuższej trwałości efektu przeprowadzonych prac. Dlatego też, już samo odstępstwo od podstawowych zasad sztuki budowlanej należy uznać za potencjalną możliwość powstania usterek. W związku z tym, mając na uwadze realne wystąpienie wad w elewacji budynku będącego własnością powódki oraz ich powtarzalność mimo podejmowania doraźnych czynności naprawczych, Sąd Okręgowy posiłkując się opinią biegłego prawidłowo przyjął, że przyczyną powyższego stanu rzeczy mogło być między innymi użycie niewystarczającej ilości kołków mocujących płyty styropianowe do ściany budynku. Powyższy wniosek jest tym bardziej uzasadniony, że biegły wśród konsekwencji użycia zbyt małej ilości kołków styropianowych wskazał w szczególności pęknięcia przy otworach okiennych i odpadnięcie całej elewacji.

Z analogicznych względów, jako chybiony uznać trzeba zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. W realiach niniejszej sprawy nie ulega bowiem wątpliwości, że zbyt mała ilość kołków dotyczyła całego projektu, a w wyniku przeprowadzonych przez pozwaną prac także całej elewacji. Mając to na względzie, Sąd Apelacyjny uznał więc, że brak było podstaw do zakwestionowania stanowiska Sądu Okręgowego oraz przyjęcia, że pomimo braku dostatecznej ilości kołków na całej elewacji, ewentualne pęknięcia w jej strukturze z tej przyczyny mogły powstać jedynie przy oknach, gdyż tylko w tych miejscach zostały stwierdzone uszkodzenia, które można było powiązać z brakiem dostatecznej liczby kołków. Z opinii biegłego z zakresu budownictwa A. S. jednoznacznie wynikało, że usterki powstały z przyczyn wynikających ze sposobu wykonania prac przez pozwaną, przy czym po przeprowadzeniu prac odkrywkowych - biegły stwierdził, że użyta przez

pozwana ilość kołków mocujących płyty elewacyjne jest niewystarczająca, gdyż były 3, a powinno być 6 - 8 na m². Ponadto zostały one rozmieszczone również nieprawidłowo, stąd należało położyć nowa warstwę elewacyjną na całej powierzchni (opinia k. 303, 326-337akt).

W konsekwencji, Sąd Apelacyjny doszedł również do przekonania, że w niniejszej sprawie nie miało miejsca uchybienie art. 233 § 1 k.p.c. W myśl ww. przepisu, sąd ma obowiązek ocenić wszystkie przeprowadzone dowody oraz uwzględnić wszystkie towarzyszące im okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Musi też przeprowadzić selekcję dowodów, a więc dokonać wyboru tych, na których się oparł, i ewentualnie odrzucić inne, którym odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, przy czym selekcja ta powinna być poparta argumentacją zgodną z regułami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Zastrzeżona dla sądu swobodna ocena dowodów nie opiera się bowiem na ilościowym porównaniu przedstawionych przez świadków spostrzeżeń oraz wniosków, lecz na odpowiadającym zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980/10/200, LEX nr 2510). Strona, kwestionująca prawidłowość zastosowania art. 233 § 1 k.p.c., powinna przedstawić argumenty świadczące o niezachowaniu przez sąd tych reguł. Zarzut ten nie może natomiast polegać jedynie na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Sąd Okręgowy w prawidłowy sposób ustalił przyczyny wadliwego wykonania umowy przez pozwaną. Wbrew twierdzeniom skarżącej powyższej oceny nie sposób określić jako dowolnej. Znajduje ona bowiem uzasadnienie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, w szczególności zaś w dokumentacji dotyczącej przeprowadzenia robót budowlanych oraz opiniach sporządzonych przez biegłego. W stanowisku zaprezentowanym przez pozwaną, brakuje natomiast wykazania naruszenia przez sąd I instancji reguł oceny dowodów oraz wskazania i wyjaśnienia ewentualnych przyczyn powstania uszkodzeń elewacji, które można byłoby rozważyć w kontekście podniesionego zarzutu.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie brak było również podstaw do uwzględnienia stanowiska skarżącej, zgodnie z którym naprawa elewacji powinna nastąpić w sposób określony przez biegłego w opinii z dnia 27 kwietnia 2015 r. Podkreślić należy, że powyższe żądanie nie obejmuje okoliczności ustalonych w dniu 5 lutego 2016 r. w drodze przeprowadzonych przez biegłego prac odkrywkowych, stanowiących podstawę opinii uzupełniającej biegłego z dnia 25 maja 2016 r. Jawi się ono również jako niezasadne wobec tego, że prace odkrywkowe pozwoliły na wszechstronne wyjaśnienie okoliczności powstania uszkodzeń elewacji w przedmiotowym budynku. W efekcie ich przeprowadzenia możliwe było bowiem stwierdzenie poważnych nieprawidłowości z punktu widzenia zasad sztuki budowlanej, które w powiązaniu z wcześniej ustalonymi uchybieniami wykazały rzeczywiste przyczyny spękań powstałych w budynku należącego do powódki.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, niezasadny jest również zarzut skarżącej dotyczący naruszenia art. 471 k.c. poprzez jego niezastosowanie przez Sąd Okręgowy przy ocenie prawnej okoliczności niniejszej sprawy. Zauważyć bowiem należy, że w treści złożonego pozwu powódka wyraźnie wskazała, że dochodzi roszczeń z tytułu udzielonej przez pozwaną gwarancji o czym świadczy odwołanie się do treści umowy Nr (...) z dnia 14 czerwca 2006 r., w tym do postanowień tej umowy dotyczących udzielenia gwarancji przez pozwaną oraz przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających powyższe żądanie. Jeśli chodzi natomiast o kwestię zgłoszenia roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania na rozprawie w dniu 13 października 2015 r. (k. 239) to nie zostało ono objęte przedmiotem niniejszego postępowania przede wszystkim z tej przyczyny, że powódka nie dokonała zmiany pierwotnie zgłoszonego żądania w sposób przewidziany w art. 193 § 1 i § 2¹ k.p.c. tj. w piśmie procesowym. W związku z tym Sąd Okręgowy wobec braku spełnienia powyższych wymogów prawidłowo uznał, że nie doszło do zmiany powództwa poprzez sformułowanie nowego roszczenia. W konsekwencji, zbędne było ustosunkowywanie się do oświadczenia pełnomocnika procesowego z dnia 13 października 2015 r. oraz przedłożonych do akt sprawy w dniu 18 października 2016 r. oświadczeń właścicieli lokali tworzących powodową Wspólnotę (k. 491- k. 515). Zgłoszone przez pełnomocnika powódki oświadczenie pozbawione byłon jakiegokolwiek znaczenia procesowego z powodu niezachowania przez

powódkę przepisów dotyczących rozszerzenia powództwa. W związku z tym przez pryzmat powyższego oświadczenia nie można było również dokonywać oceny zgłoszonego w pozwie żądania. Zwłaszcza, że powódka w toku procesu, za wyjątkiem rozprawy z dnia 19 października 2016 r. konsekwentnie wносиła o nakazanie pozwanej usunięcia usterek wykonanego ocieplenia elewacji w budynku przy ul. (...) w O., ewentualnie o pokrycie kosztów zastępczego usunięcia tych usterek. Dlatego też, mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny nie stwierdził podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu i modyfikacji zaskarżonego rozstrzygnięcia w tym zakresie.

W kontekście zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności wniosków wynikających z przedłożonych przez biegłego opinii, w tym opinii z dnia 25 maja 2016 r. i opinii ustnych: z dnia 1 grudnia 2015 r. (k. 275-277) oraz z dnia 18 października 2016 r. (k. 518-519), Sąd Apelacyjny uznał, że sposób naprawy wad budynku w zakresie elewacji sprecyzowany w rozstrzygnięciu Sądu Okręgowego zasługuje na aprobatę. Czynności naprawcze, których obowiązkiem wykonania obciążono pozwaną zmierzają do naprawy elewacji w sposób kompletny oraz współmierny względem zaistniałych uszkodzeń. Ponadto, wobec tego, że część usterek wynikających z przeprowadzenia przez pozwaną robót budowlanych polegających na dociepleniu budynku ujawniła się dopiero w chwili przeprowadzenia przez biegłego odkrywek, odpowiedzialności gwarancyjnej pozwanej nie można ograniczyć jedynie do usterek, które zgłosiła powódka, skoro obiektywnie rzecz biorąc nie miała ona możliwości ujawnienia tych nieprawidłowości we własnym zakresie. Pozwana udzieliła powódce 7 – letniej gwarancji na wykonane roboty, przy czym termin ten upłynął 16 lutego 2014 roku. Nie ma jednak przeszkód, aby uprawnienia z gwarancji były dochodzone później. O wadach elewacji, daszku nad wejściami oraz balkonów pozwana została zawiadomiona przed dniem 16 lutego 2014 roku. Z opinii biegłego wynikało natomiast jednoznacznie, iż wszystkie stwierdzone przez niego wady były następstwem nieprawidłowego wykonania prac przez pozwaną. (k. 113 akt). W związku z tym Sąd Apelacyjny uznał, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 577 § 1 k.c.

W realiach niniejszej sprawy, nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut uchybienia treści art. 651 k.c. Faktem jest, że w projekcie budowlanym przewidziano mocowanie płyt styropianowych w postaci co najmniej 2 kołków rozporowych na jedną płytę (projekt budowlany k. 364 akt), tym niemniej zdaniem Sądu Apelacyjnego, pozwana jako przedsiębiorca zajmujący się zawodowo wykonywaniem robót budowlanych polegających na ociepleniu elewacji niewątpliwie miała obowiązek przeprowadzić ocenę projektu budowlanego pod kątem jego zgodności z zasadami sztuki budowlanej. W związku z ilością uchybień występujących zarówno przy wykonywaniu ocieplenia budynku, jak i w obrębie prac dodatkowych podzielić należy ocenę Sądu Okręgowego, że pozwana z powyższych obowiązków się nie wywiązała. Za powyższym wnioskiem przemawia bowiem to, że nie dochowała ona należytej staranności wynikającej z charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 2 k.c.), czego najbardziej dobitnym przejawem był brak dostrzeżenia obiektywnie małej ilości kołków mocujących płyty styropianowe względem ogólnie przyjętej normy i zaniechanie zgłoszenia tego faktu zamawiającemu. Nie należy bowiem zapominać, że zgodnie z art. 354 k.c. strony powinny współdziałać ze sobą przy wykonaniu zobowiązania, co ma szczególne znaczenie przy wykonywaniu robót budowlanych. Z istoty umowy o roboty budowlane wynika bowiem, że wykonawca odpowiada za rezultat techniczny swoich prac, chyba, że wykonał roboty zgodnie ze wskazówkami zamawiającego uprzedzając go o niebezpieczeństwie nieosiągnięcia zamierzonego rezultatu. Z opinii biegłego z zakresu budownictwa wynikało, że wykonawca wadę projektu w postaci zbyt małej ilości kołków mocujących powinien dostrzec i zgłosić inwestorowi, albowiem projekt zakładający ich ilość nie był zgodny ze sztuką budowlaną, gdyż nie był zgodny z normą dla tego typu elewacji, a norma stanowi o wymaganiach minimalnych, o czym pozwana powinna była wiedzieć. (k. 326-337 akt)

Odnosząc się do wniosku sformułowanego w apelacji dotyczącego przeprowadzenia kontroli instancyjnej wydanego w toku rozprawy postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 1 grudnia 2015 r. w przedmiocie dopuszczenia wniosku dowodowego powódki o przeprowadzenie przez biegłego odkrywki elementu ocieplenia przy oknie od strony ul. (...) nie stwierdził podstaw do jego uchylenia. Za takim a nie innym rozstrzygnięciem w tym zakresie przemawiało przede wszystkim to, że powyższe postanowienie zostało wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz ustalonym w sprawie stanem faktycznym. Ponadto, biorąc pod uwagę konieczność ustalenia wad związanych z dokonaniem ocieplenia budynku oraz wyjaśnienia przedstawione przez biegłego na rozprawie w dniu 1 grudnia 2015 r. przeprowadzenie odkrywki było nieodzowne dla wyjaśnienia sprawy. Ustalenie przyczyn usterek stanowiło bowiem

fakt mający dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.), którego nie można było ustalić przy pomocy innego dowodu.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c. w części reformatoryjnej oraz na mocy art. 385 k.p.c. w części oddalającej apelację.

O kosztach postępowania rozstrzygnął na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz § 2 pkt 7 w. zw. z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z dnia 5 listopada 2015 r.).

(...)