

Sygn. akt I C 1066/15

Dnia 16 czerwca 2017 r.

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy w Płocku, I Wydział Cywilny

w składzie następującym

Przewodniczący SSO Radosław Jeznach

Protokolant Anna Pędraszewska-Kwaśniak

po rozpoznaniu w dniu 02 czerwca 2017 r. w Płocku

na rozprawie

sprawy z powództwa Wspólnoty Mieszkaniowej V. (...) nieruchomości przy ul. (...) w C.

przeciwko (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

o zobowiązanie do usunięcia wad fizycznych, ewentualnie o zapłatę

1. oddała powództwo o zobowiązanie do usunięcia wad fizycznych;

2. zasądza od pozwanego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz powoda Wspólnoty Mieszkaniowej V. (...) nieruchomości przy ul. (...) w C. kwotę 237 378,13 zł (dwieście trzydzieści siedem tysięcy trzysta siedemdziesiąt osiem złotych trzynaście groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty;

3. w pozostałym zakresie oddała powództwo o zapłatę;

4. zasądza od pozwanego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz powoda Wspólnoty Mieszkaniowej V. (...) nieruchomości przy ul. (...) w C. kwotę 4 501,37 zł (cztery tysiące pięćset jeden złotych trzydzieści siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu – w pozostałym zakresie znosząc między stronami koszty procesu;

5. nakazuje ściągnąć tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Płocku :

a) od powoda Wspólnoty Mieszkaniowej V. (...) nieruchomości przy ul. (...) w C. kwotę 768,00 zł (siedemset sześćdziesiąt osiem złotych),

b) od pozwanego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. kwotę 15 070,09 zł (piętnaście tysięcy siedemdziesiąt złotych dziewięć groszy).

Sygn. akt I C 1066/15

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 14 maja 2015 r. powód Wspólnota Mieszkaniowa budynków położonych przy ul. (...) w C. wniósł o nakazanie pozwanemu (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. usunięcia wad fizycznych

nieruchomości wspólnej, poprzez wykonanie (...) położonego przy ul. (...) w C. w sposób zgody z Projektem Budowlanym mgr. inż. arch. Z. N. zatwierdzonego ostateczną Decyzją Starosty (...) Nr (...) z dnia 04.03.2009 r. (znak: AB. (...)-38/09) zmienioną decyzją tegoż organu dnia 12.07.2010 r. (znak: (...)) – zakładającym technologię wykonania (...) firmy (...), w szczególności poprzez wykonanie właściwej hydroizolacji stropu budynku, wykonanie właściwej warstwy drenażowej, zastosowanie właściwych spustów i instalacji odprowadzającej wodę, wykonanie należytych opasek żwirowych, zastosowanie właściwej warstwy przeciw korzeniowej oraz systemowego substratu – zgodnie z rozwiązaniami (...) Firmy (...), przy użyciu właściwej jakości materiałów przewidzianych przez firmę (...) do wykonania „dachu zielonego”, w terminie 3 miesiące po uprawomocnieniu się wyroku w sprawie. Powód wniósł również o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz zwrotu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że pozwany jako inwestor przy budowie budynków wielorodzinnych oraz budynku niemieszkalnego na działkach o numerach ewidencyjnych (...) w C. zobowiązany był do zrealizowania inwestycji i robót budowlanych na podstawie w/w projektu – zgodnie z zatwierdzonym projektem dach zielony budynku niemieszkalnego przy ul. (...) tj. wielostanowiskowego garażu podziemnego miał zostać wykonany jako „dach systemowy” w technologii firmy (...) i przy zastosowaniu materiałów uznanych przez firmę (...) jako spełniających wymagania dachu systemowego. Tymczasem według powoda, w wyniku jednostronnej decyzji Inwestora, doszło do nieuzasadnionej zmiany projektowanego dachu systemowego na dach wykonany z różnych materiałów różnych producentów, za którego działanie jako całości nie ponosi odpowiedzialności żaden z producentów poszczególnych materiałów, z których wykonano przedmiotowy dach – ostatecznie wykonany przez inwestora dach nie ma charakteru „dachu systemowego” oraz nie spełnia wymagań określonych w projekcie. Powód podniósł, że zmiana sposobu wykonania dachu i odstąpienie od ustaleń projektu została zainicjowana przez Prezesa Zarządu (...) Sp. z o.o. A. D. w porozumieniu z kierownikiem budowy G. R. oraz właścicielem firmy będącej podwykonawcą (...). Powód wskazał, że pozwany w sytuacji braku zgody projektantów oraz Inspektora nadzoru Inwestorskiego własną indywidualną decyzją dokonał odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego i tym samym przyjął na siebie całkowitą odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie i funkcjonowanie „dachu zielonego” – zdaniem powoda pozwany ponosi odpowiedzialność za stan dachu i usunięcie wad fizycznych. Powód zaakcentował, że w procesie realizacji dachu zielonego doszło do licznych naruszeń prawa budowlanego zarówno po stronie pozwanej jak i kierownika budowy, powołując się przy tym, iż przepisy prawa budowlanego nie przyznają inwestorowi ani kierownikowi budowy uprawnień do wprowadzania jednostronnych zmian do projektu budowlanego, które zmieniają charakterystykę oraz funkcjonalność budowli. Zdaniem powoda zapisy, które zostały wprowadzone do dziennika budowy w dniu 18.08.2010 r. oraz oświadczenia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego – A. B. z dnia 02.10.2012 r. wskazują, że zmiany w projekcie budowlanym zostały dokonane bez zgody i akceptacji ze strony projektantów Z. N. oraz W. P.; doszło pomimo braku zgody projektantów obiektu do istotnej zmiany konstrukcji dachu zielonego. Powód wskazał, że w wyniku nieprawidłowego wykonania konstrukcji dachu zielonego Budynku (...), właściciele udziałów tej części nieruchomości wspólnej doznają szkody w postaci systematycznego zalewania stropu budynku, przeciekania wody do wnętrza budynku oraz niszczenia roślinności patio. Powód stwierdził, że Inwestor był wielokrotnie informowany o wystąpieniu wad oraz wzywany do ich usunięcia, jednak nie zrobił tego, odmawiając wykonania naprawy dachu zielonego Budynku przy zastosowaniu rozwiązań firmy (...) argumentując, że użyte faktycznie materiały w jego przekonaniu stanowią rozwiązania zamiennie wobec przewidzianych w projekcie dachu zielonego pod względem szczelności oraz żywotności. Zarzucono także pozwanemu, że nie odniósł się w żaden sposób do kwestii związanych z nieprawidłowym wykonaniem dachu zielonego oraz, że pominął okoliczność braku gwarancji jaką powinien otrzymać powód od firmy (...) w przypadku wybudowania dachu zgodnie z technologią tej firmy. W związku z nieprawidłowym funkcjonowaniem dachu objawiającym się w ciągłym zalewaniu powierzchni znajdujących się pod dachem oraz zamulaniu się studzienek kanalizacyjnych, jak też obumieraniu roślinności na patio powód zlecił przygotowanie ekspertyzy technicznej w celu profesjonalnego zbadania prawidłowości wykonania dachu zielonego – ze złeonej ekspertyzy wynikało, że zastosowano rozwiązanie niesystemowe pomimo zaprojektowania dachu jako systemowy dach firmy (...) (każda z warstw wykonanego dachu pochodzi od innego producenta, co wyklucza możliwą odpowiedzialność producenta systemu za jego prawidłowe działanie oraz uzyskanie gwarancji), stwierdzono liczne przecieki (nieprawidłowo wykonano hydroizolację), stwierdzono brak warstwy drenażowej (zamiast warstwy

drenażowej zastosowano styropian nie posiadający właściwości poziomego odprowadzania wody) oraz stwierdzono zastosowanie ziemi gliniastej (nie posiadającej właściwości przepuszczających, co prowadzi do wymywania części spławialnych i zamulania geowłókniny, której funkcję stanowi odprowadzanie nadmiaru wody); jako jedyny sposób usunięcia stwierdzonych wad wskazano konieczność wykonania systemu zielonego dachu wraz z hydroizolacją od nowa. Jako podstawę roszczenia wskazano przepisy o rękojmi przy sprzedaży (art. 556 § 1 kc w zw. z art. 561 § 2 kc). Powód wskazał, że właściciele poszczególnych lokali, członkowie Wspólnoty V. (...), przenieśli wierzytelności w stosunku do inwestora z tytułu wad fizycznych na reprezentującą ich interesy z mocy prawa Wspólnotę.

Powód wskazał, że skierował pismo do pozwanego wzywające go do usunięcia wad nieruchomości wspólnej, lecz pozwany nie odniósł się w żaden sposób do przedstawionych w wezwaniu kwestii. Wyrażając chęć polubownego rozwiązania spornych kwestii powód wezwał pozwanego w dniu 25 listopada 2013 r. do zawarcia ugody sądowej, której przedmiotem miało być usunięcie niezgodności budynku z zatwierdzonym projektem budowlanym. Jednak pozwany nie wyraził zgody na zawarcie ugody.

W odpowiedzi na pozew z dnia 24 czerwca 2015 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew pozwany wskazał, że wbrew twierdzeniom powoda dokonana zmiana w toku procesu budowlanego nie miała charakteru istotnego w świetle dyspozycji art. 36a Prawa budowlanego – w istocie doszło do zmiany materiałów wykorzystanych w procesie realizacji inwestycji, co jest uznawane przez Prawo budowlane za zmianę nieistotną i niewymagającą zgody projektanta ani zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę; pozwany podkreślił, że nie doszło do zmiany technologii wykonania dachu, a jedynie zastosowano materiały pochodzące od różnych producentów – doszło zatem do nieistotnego odstępstwa od zatwierzonego projektu. Odnosząc się do twierdzeń powoda co do wadliwego funkcjonowania dachu zielonego pozwany podniósł, że w październiku 2012 r. zlecił w tym zakresie wykonanie szczegółowej ekspertyzy technicznej – z uzyskanej ekspertyzy wynika, że zastosowane rozwiązania tarasu zielonego pod względem szczelności i żywotności uznane być muszą za równoważne w stosunku do przewidzianych w zatwierdzonym projekcie. Pozwany przyznał, że był informowany o występowaniu zjawiska zalewania stropu garażu, jednakże podczas przeprowadzanych wizji lokalnych w lipcu 2014 r. i sierpniu 2014 r. żadnych przecieków ani zawilgoceń nie stwierdzono. Według pozwanego udokumentowane zdjęciami przecieki występowały w miejscach dylatacyjnych pomiędzy stropem a ścianami lub słupami nośnymi, przy czym zalania były prawdopodobnie efektem działania siły wyższej, czyli zbyt dużej ilości nagłego opadu deszczu, którego nie były w stanie odebrać studzienki odpływowe. Pozwany wskazał, że zlokalizował w sierpniu 2014 r. przeciek spowodowany rozszczelnieniem się fartucha uszczelniającego witryny doświetlające klatkę schodową a schodzącej poniżej poziomu terenu na patio – usterkę naprawiono i nie wystąpił w tym miejscu dalsze przecieki.

W piśmie procesowym z dnia 09 października 2015 r. powód podtrzymując stanowisko procesowe wskazał, że rozważania pozwanego dotyczące zakwalifikowania odstąpienia od zatwierzonego projektu budowlanego jako odstąpienia istotnego bądź nieistotnego nie mają znaczenia dla zasadności roszczeń powoda; kwestia oceny wprowadzonych zmian jako istotnych lub nieistotnych jest przedmiotem oceny właściwych organów nadzoru budowlanego w kontekście badania prawidłowości wykonania robót budowlanych. Podkreślono, że wprowadzone bezspornie zmiany nie zostały zaakceptowane przez projektanta. Powód zakwestionował prywatną ekspertyzę załączoną do odpowiedzi na pozew, w szczególności jako nieodnoszącej się do kluczowych elementów dachu : warstwy drenażowej, warstwy odpowiadającej za gromadzenie wody, braku warstwy przeciwworzeniowej i błędnie dobranej warstwy wegetatywnej. Powód podkreślił, że niewłaściwie zastosowane materiały budowlane powodują gromadzenie się wody na patio, gnicie roślinności, z uwagi na wymywanie warstw spławianych zastosowanego gruntu dochodzi do ciągłego zapychania się spustów wodnych; wskazał, że już z samej ekspertyzy sporządzonej na zlecenie pozwanego wynika, że zastosowano niewłaściwe materiały, w szczególności w zakresie płyt styropianowych A., które stosowane są do pionowego ocieplania ścian budynków i nie posiadają niezbędnych przy budowie dachu zielonego właściwości gromadzących wodę. Powód podkreślił, że pozwany dokonywał sprzedaży obiektu wykonanego zgodnie z projektem, co przekładało się na poniesione koszty budowy i cenę sprzedaży; wadą fizyczną budynku jest zdaniem powoda brak właściwości produktu sprzedawanego, o których istnieniu sprzedawca zapewniał kupującego, a mianowicie realizacja

inwestycji w sposób odmienny od zaprojektowanego. Powód stwierdził, że właściciele lokali mieszkalnych o zmianie technologii budowy dachu zielonego powzięli wiedzę dopiero po analizie dokumentacji przekazanej Zarządowi Wspólnoty Mieszkaniowej w dniu 01 kwietnia 2011 r., do czego skłoniły ich nieprawidłowości w funkcjonowaniu dachu zielonego.

Na rozprawie w dniu 11 grudnia 2015 r. pozwany podniósł zarzut przedawnienia roszczeń oraz zarzut wygaśnięcia roszczenia z tytułu rękojmi.

W piśmie procesowym z dnia 03 marca 2016 r. powód wskazał, że pozwany zawiadomiony został o wystąpieniu wad fizycznych budynku najpóźniej w dniu 13 września 2012 r. – przy czym pozwany w sposób podstępny zataił fakt istnienia wady zapewniając o prawidłowości wykonanych prac i zastosowanych materiałów; powód wskazał, że wobec zatajenia wady zastosowanie ma art. 568 § 2 kc, zgodnie z którym upływ terminu trzyletniego nie wyłącza w takiej sytuacji uprawnień z tytułu rękojmi; zdaniem powoda dokonane zostały czynności prawokształtujące z zachowaniem terminu do dochodzenia roszczeń z tytułu rękojmi w postaci zawiadomienia pozwanego o wadach i wezwania do ich usunięcia.

Pismem z dnia 18 października 2016 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. zgłosił udział w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanego, wnosząc o oddalenie powództwa.

W piśmie procesowym z dnia 13 stycznia 2017 r. powód rozszerzył powództwo zgłaszając obok dochodzonego roszczenia głównego roszczenie ewentualne, wnosząc na wypadek nieuwzględnienia powództwa głównego o zasądzenie od pozwanego kwoty 252 721,65 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 17 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu pisma wskazano, że podstawą prawną ewentualnego roszczenia pieniężnego jest art. 471 kc w zw. z art. 472 kc w związku z ponoszoną przez pozwanego odpowiedzialnością odszkodowawczą z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umów zawartych z właścicielami lokali. Powód wskazał, iż dochodzona kwota ustalona została w oparciu o opinię biegłego sądowego J. K. (1), z uwzględnieniem kosztów wymiany warstwy hydroizolacyjnej (27 603,61 zł brutto).

W piśmie procesowym z dnia 04 kwietnia 2017 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa w zakresie roszczenia głównego i ewentualnego. Podtrzymano stanowisko co do wygaśnięcia roszczeń z tytułu rękojmi za wady w związku z upływem terminu z art. 568 kc w brzmieniu obowiązującym przed jego nowelizacją dokonaną w art. 44 Ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 683), wskazując dodatkowo, że nie doszło do podstępnego zatajenia wady, albowiem pozwany nie działał umyślnie, nie udzielał też kupującemu zapewnień w zakresie technologii wykonania dachu zielonego. Odnosząc się do roszczenia ewentualnego pozwany wskazał, że przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej w oparciu o podstawy prawne wskazane przez powoda wymaga udowodnienia winy; pozwany wskazał, że przywoływane przez powoda wady mają charakter błędów wykonawczych popełnionych przez faktycznego wykonawcę tej części inwestycji, czyli firmę należącą do R. F. (przy czym w dniu 18 kwietnia 2013 r. nastąpiło przekształcenie przedsiębiorcy będącego pierwotnie osobą fizyczną w (...) Sp. z o.o. w P.). Pozwany stwierdził, że wobec powierzenia wykonania robót budowlanych podmiotowi który w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zawodowo trudni się wykonywaniem tego rodzaju czynności, w świetle dyspozycji art. 429 kc wystąpiły okoliczności ekskulpacyjne, zwalniające powoda z odpowiedzialności odszkodowawczej ponoszonej na zasadzie winy.

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

Decyzją z dnia 04 marca 2009 r. nr (...) Starosta (...) (zmienioną w części dotyczącej zamiennego projektu zagospodarowania działki decyzją z dnia 12 lipca 2010 r.) zatwierdził projekt budowlany i udzielił inwestorowi (...) Sp. z o.o. w P. pozwolenia na budowę dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w C. przy ul. (...) i ul. (...) na działkach oznaczonych numerami (...) – według projektu opracowanego przez uprawnionego projektanta Z. N. (decyzje k. 21-26). Zgodnie z projektem architektoniczno-budowlanym sporządzonym przez uprawnionego projektanta Z. N. w styczniu 2009 r. (projekt k. 28-36) inwestor wybudować miał obiekt składający się z dwóch budynków wielomieszkaniowych z jedną kondygnacją podziemną stanowiącą wielostanowiskowy garaż, nad którym

znajdować się miał dziedziniec wewnętrzny, którego strop przekryty miał być dachem zielonym według technologii firmy (...) i przy użyciu wskazanych w projekcie materiałów budowlanych produkcji firmy (...) (geowłóknina, płyta z twardego polistyrolu); projekt dachu zielonego projektanci konsultowali z doradztwem firmy (...) według rozwiązań zalecanych przez tę firmę (pismo k. 37); zgodnie z projektem dach składać się miał z następujących warstw : ziemia (25 cm), geowłóknina (...), płyta z twardego polistyrolu (...) (7,5 cm), geowłóknina (...), folia polietylenowa, papa, warstwa gruntująca, lepik, strop (20 cm), wełna mineralna (10 cm) – według systemu (...) układ warstw powinien być następujący : zielen, warstwa vegetacyjna ( (...) składająca się z porlitu, gysu ceglanego i twardego torfu), warstwa filtrująca (geowłóknina zapobiegająca zamuleniu warstwy odsączającej), warstwa drenująca i gromadząca wodę (gromadzi i odprowadza nadmiar wody), warstwa zabezpieczająca (zabezpiecza przed uszkodzeniami mechanicznymi hydroizolacji, warstwa rozdzielcza i ślizgowa (folia o grubości 0,2 mm), membrana hydroizolacyjna (o odpowiednich parametrach wytrzymałości na przebicie korzeniami nasadzeń). Zaprojektowano dach do zazielenienia intensywnego wysokiego (byliny, trawniki, krzewy, sporadycznie drzewa) (opinia biegłego J. K.).

Inwestycja także w zakresie budowy dachu zielonego realizowana była przez wykonawcę – firmę (...) należącą do R. F., na podstawie umowy zawartej pomiędzy (...) Sp. z o.o. w P. i ZU-H (...) w dniu 20 kwietnia 2009 r. (umowa k. 815-820), w związku z prowadzoną przez R. F. jednoosobową działalnością gospodarczą w zakresie wykonywania robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieskalnych (wydruk z CEiIoDG k. 821); w trakcie realizacji inwestycji dokonano zmiany technologii wykonania dachu, a także w zakresie użytych materiałów : zamiast zastosowania płyt odsączających ze zdolnością do gromadzenia wody (...) 75 z przeznaczeniem do systemów zieleni użyto zamiennik w postaci płyt styropianowych o obniżonej chłonności wody A. (...) 120 gr. 7 cm (płyty tego rodzaju stosowane są do wykonywania izolacji termicznych w miejscach zawilgoconych i narażonych na okresowe działanie wody; płyty te spełniają inną funkcję – drenażowo-termiczną – od zaprojektowanych płyt (...), o funkcji drenażowo-gromadzącej wodę) (zeznania, ekspertyza prywatna przedstawiona przez pozwanego k. 425). Przy wykonywaniu dachu zielonego użyto warstwy gruntu rodzimego (gliniastego), geowłókniny (...) (brak danych o parametrach), płyty styropianowej (...) (styropian hydroizolacyjny), geowłókniny (...), folii budowlanej izolacyjnej (...), papy zgrzewalnej (...), papy zgrzewalnej (...) i warstwy gruntującej (...) S.. Grunt zastosowany jako warstwa vegetacyjna nie stwarzał właściwych warunków do vegetacji roślin, był zwarty i słabo przepuszczalny; dla warstwy drenującej i gromadzącej wodę zastosowano płytę nie spełniającą roli drenującej i gromadzenia wody; dla warstwy hydroizolacji zastosowano dwie papy o nieokreślonej odporności na przebicie korzeniami; w sposób niestabilny i nieuszczelniony zamontowano wpusty przechodzące przez płytę; przy wykonywaniu opaski przy budynku żwir zastąpiono częściowo piaskiem; niezgodnie z projektem wykonano połączenie i uszczelnienie płyty dachowej z murkami oporowymi – nie wyprowadzono izolacji pod obróbki murków, izolacja została zakończona poniżej poziomu trawnika. W dzienniku budowy nie dokonano wpisów dotyczących wykonania i odbioru wszystkich warstw dachu (opinia biegłego J. K.).

Pismem z dnia 05 sierpnia 2010 r. inwestor zwrócił się do projektantów z zapytaniem, czy zmiana producenta materiałów dachu zielonego w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego przy zachowaniu tej samej technologii jest zmianą istotną – według opinii projektantów zmiana taka przy zachowaniu porównywalnych parametrów materiałów byłaby zmianą nieistotną w świetle przepisów prawa budowlanego (pismo k. 419).

W dniu 01 kwietnia 2011 r. doszło do przekazania i przejęcia zarządzania nieruchomością na rzecz Wspólnoty Mieszkaniowej; przekazana została przez inwestora pełna dokumentacja budowlana i projektowa obiektu (protokół k. 45-51).

W prowadzonej od listopada 2011 r. do czerwca 2012 r. korespondencji Zarząd Wspólnoty Mieszkaniowej V. (...) wielokrotnie wskazywał na problemy związane z funkcjonowaniem dachu zielonego na garażu podziemnym i wzywał do usunięcia usterek : wskazywano na nieprawidłowe zasypanie patio gliną zamiast gruntem przepuszczalnym powodujące problemy z utrzymaniem zieleni na patio i grożące w przyszłości uszkodzeniem konstrukcji stropu nad garażem (pisma k. 53, 54, 57); w piśmie z dnia 23 listopada 2011 r. wskazano na nienaprawienie odprowadzenia wody z patio powodujące zalewanie garażu z powołaniem się na protokół wad i usterek z 29 lipca 2011 r. (pismo k. 56); w piśmie z dnia 23 kwietnia 2012 r. wskazano na kolejne zaciekanie sufitu w garażu i piwnicach, przeciekanie na ścianie

przy wjeździe do garażu od strony elewacji budynku (k. 55); wskazano na nieprawidłowości związane z budową dachu zielonego polegające na dopuszczeniu się samowoli polegającej na dokonaniu zmiany zaprojektowanego systemu (...) na autorski system kierownika budowy bez uzyskania zgody ze strony projektantów a także nieprzeprowadzenie próby wodnej – co stwierdzono w oparciu o zleconą prywatną ekspertyzę oraz zapisy w dzienniku budowy (pismo k. 58).

Pismem z dnia 20 lipca 2012 r. (k. 52) Wspólnota Mieszkaniowa V. (...) wskazując na brak zainteresowania naprawą usterki polegającej na niewłaściwym wykonaniu patio na dziedzińcu wewnętrznym wezwała (...) Sp. z o.o. do bezzwłocznego przystąpienia do usunięcia usterki.

W piśmie z dnia 13 września 2012 r. (...) Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo z dnia 01 września 2012 r. zaprzeczył, jakoby dokonał samowoli budowlanej w związku ze zmianą zaproponowanego przez projektantów producenta systemu wykonania poszczególnych warstw dachu zielonego, podkreślając, że dokonane zmiany miały charakter nieistotny (pismo k. 495).

W piśmie z dnia 22 października 2012 r. (...) Sp. z o.o. wyjaśnił, że przyjęte materiały w rozwiązaniu zamiennym są równoważne z materiałami zaproponowanymi w projekcie systemu dachu zielonego pod względem szczelności oraz żywotności (pismo k. 96).

W dniu 02 października 2012 r. pełniący obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego podczas realizacji inwestycji A. B. złożył oświadczenie, w którym potwierdził, że decyzja o dokonaniu zmian w stosunku do projektu w zakresie dachu zielonego podjęta została przez Prezesa Zarządu (...) w porozumieniu z kierownikiem budowy i właścicielem firmy (...); podtrzymał dokonany w dniu 18 sierpnia 2010 r. wpis w dzienniku budowy, zgodnie z którym przyjęto do realizacji decyzję o zastosowaniu materiałów zamiennych – z zastrzeżeniem, że nie są znane długofalowe efekty współdziałania zastosowanych materiałów pochodzących od różnych producentów oraz że nie wykonano próby wodnej (oświadczenie k. 38, dziennik budowy k. 39).

W zleconej przez (...) prywatnej ekspertyzie technicznej wykonanej w październiku 2012 r. przez W- (...) Zabezpieczeń Budowli stwierdzono, że zastosowane przez inwestora rozwiązanie tarasu zielonego pod względem szczelności i żywotności uznać należy za równoważne do rozwiązań wynikających z projektu; zastosowane materiały w poszczególnych warstwach na patio zostały dobrane zgodnie z technologią dachu zielonego odwróconego – stwierdzono jednocześnie, że w przypadku występowania nieprawidłowości z odpowiednim nawadnianiem terenów zielonych wynikających z zastosowania innego rodzaju płyty styropianowej, zaleca się wymianę zastosowanych płyt styropianowych A. na płyty z funkcją gromadzenia wody lub opracowanie innego równoważnego rozwiązania (ekspertyza k. 420-426).

W dniu 16 listopada 2012 r. dokonano przeglądu warstw dachu zielonego – przedstawiciele inwestora i podwykonawcy dokonali dwóch odkrywek (k. 130-131).

W toku użytkowania obiektu dochodziło do powstawania zacieków i spływania wody w garażu podziemnym (zdjęcia k. 40-44, 119-121) a także występowały problemy z utrzymaniem nasadzeń zielonych na dachu – krzewy i iglaki nie utrzymały się, pozostała tylko trawa (zdjęcia k. 122, 548-560).

W zleconej przez Wspólnotę Mieszkaniową V. (...) prywatnej ekspertyzie sporządzonej w styczniu 2013 r. rzeczoznawca (...) przy współpracy doradcy technicznego (...) stwierdzono, że przy wykonywaniu dachu nad garażem podziemnym zastosowano rozwiązanie niesystemowe pomimo zaprojektowania dachu jako systemowy dach firmy (...) (każda z warstw wykonanego dachu pochodzi od innego producenta, co wyklucza możliwą odpowiedzialność producenta systemu za jego prawidłowe działanie oraz uzyskanie gwarancji), stwierdzono liczne przecieki (nieprawidłowo wykonano hydroizolację), stwierdzono brak warstwy drenażowej (zamiast warstwy drenażowej zastosowano styropian nie posiadający właściwości poziomego odprowadzania wody) oraz stwierdzono zastosowanie ziemi gliniastej (nie posiadającej właściwości przepuszczających, co prowadzi do wymywania części spławialnych i zamulania geowłókniny, której funkcję stanowi odprowadzanie nadmiaru wody); jako jedyny sposób

usunięcia stwierdzonych wad wskazano konieczność wykonania systemu zielonego dachu wraz z hydroizolacją od nowa (k. 82, 59-81).

Pismem z dnia 22 listopada 2013 r. pełnomocnik Wspólnoty Mieszkaniowej V. (...) wezwał (...) Sp. z o.o. do niezwłocznego usunięcia wad fizycznych związanych z niewłaściwym wykonaniem dachu zielonego, polegających w szczególności na braku właściwej hydroizolacji stropu, niewykonaniu właściwej warstwy drenażowej, zastosowaniu niewłaściwych spustów i instalacji odprowadzającej wodę, niewłaściwym wykonaniu opasek żwirowych, niezastosowaniu właściwej warstwy przeciwkorzeniowej oraz systemowego substratu, tj. sprzecznie z zatwierdzonym projektem budowlanym przewidującym dach zielony systemowy firmy (...) – poprzez wykonanie stosownych robót naprawczych przy zastosowaniu prawidłowej technologii i właściwej jakości materiałów (k. 372-375). W dniu 25 listopada 2013 r. sporządzone zostało wezwanie do próby ugodowej w zakresie wykonania przez inwestora prac naprawczych w związku z nieprawidłowym wykonaniem dachu zielonego (k. 380-385); w dniu 14 marca 2014 r. w sprawie sygn. akt I Co 1500/13 przed Sądem Rejonowym w Ciechanowie odbyło się posiedzenie w przedmiocie wniosku o wezwanie do próby ugodowej – wezwana przez Wspólnotę V. (...) w charakterze przeciwnika (...) Sp. z o.o. nie wyraziła zgody na zawarcie ugody sądowej (protokół k. 386). W dniu 26 listopada 2013 r. sporządzone zostało wezwanie do próby ugodowej w zakresie zapłaty przez (...) na rzecz Wspólnoty V. (...) kwoty 530 000 zł tytułem odszkodowania z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania zobowiązania w zakresie sprzedaży lokali mieszkalnych – związanego z koniecznością usunięcia wad fizycznych obiektu budowlanego; termin posiedzenia w przedmiocie wniosku o wezwanie do próby ugodowej w sprawie sygn. akt I Co 1507/13 przed Sądem Rejonowym w Ciechanowie wyznaczono na dzień 16 stycznia 2014 r. (wniosek k. 718-724, wezwanie k. 725).

W piśmie z dnia 11 sierpnia 2014 r. (...) w odpowiedzi na pismo z dnia 28 lipca 2014 r. poinformował Zarząd Wspólnoty V. (...), iż w toku przeprowadzonych wizji lokalnych nie stwierdzono przecieków; wskazano na anormalne warunki pogodowe związane z gwałtownymi ulewami – przy czym przecieki mogły występować jedynie w dole witryny doświetlającej klatkę schodową (pismo k. 427).

W dniu 18 kwietnia 2013 r. nastąpiło przekształcenie przedsiębiorcy będącego pierwotnie osobą fizyczną w (...) Sp. z o.o. w P. (wydruk z KRS k. 822-825).

Powyższy stan faktyczny ustalono w oparciu o w/w dokumenty, opinię biegłego z zakresu budownictwa J. K. (1) (k. 576-602, 671-689, 00:15-45 rozprawy z 04 kwietnia 2017 r.), zeznania świadków : W. P. (00:10-28 rozprawy z dnia 15 marca 2016 r.), Z. N. (00:28-47 rozprawy z dnia 15 marca 2016 r.), R. F. (00:47-01:04 rozprawy z dnia 15 marca 2016 r.), G. R. (01:04-22 rozprawy z dnia 15 marca 2016 r.), A. B. (01:22-38 rozprawy z dnia 15 marca 2016 r.), R. W. (01:41-55 rozprawy z dnia 15 marca 2016 r.), zeznań stron : za powoda O. W. i M. C. (00:05-26 rozprawy z dnia 07 czerwca 2016 r.), za pozwanego A. D. (00:26-36 rozprawy z dnia 07 czerwca 2016 r.).

Opinia sporządzona przez biegłego z zakresu budownictwa J. K. (1) zdaniem Sądu stanowi pełnoprawny materiał dowodowy, sporządzona została w sposób rzetelny, zrozumiały i przejrzysty; Sąd nie znalazł podstaw do kwestionowania wniosków wynikających z opinii; okoliczności podnoszone przez pozwanego dotyczące braku obiektywizmu ze strony biegłego miały charakter subiektywny, zgłoszone zastrzeżenia zdaniem Sądu w żaden sposób nie wpływały na ocenę prawidłowości sporządzonej opinii; biegły swoim zachowaniem i sposobem podejmowania czynności niezbędnych do wykonania opinii nie dał obiektywnych podstaw do formułowania przeciwko niemu zarzutu braku bezstronności. Biegły stwierdził podczas oględzin, iż widoczne są na połączeniach stropu ze ścianą i przy wpustach ślady po zaciekach. Zgodnie z opinią biegłego dokonane wbrew projektowi zmiany w zakresie zastosowanych materiałów mają znaczenie dla jakości dachu i decydują o złym jego funkcjonowaniu; biegły potwierdził zasadność stanowiska powoda odnośnie konieczności przebudowy dachu. W opinii uzupełniającej biegły w sposób szczegółowy odniósł się do zarzutów sformułowanych przez strony, wyjaśniając w sposób przekonywujący zgłoszone zastrzeżenia; wyjaśnił przyczyny przyjęcia takich, a nie innych stawek robocizny; wskazał na prawdopodobieństwo uszkodzenia warstwy hydroizolacyjnej przez korzenie nasadzeń, jakie zgodnie projektem miały znajdować się na patio. Biegły w opinii podstawowej oszacował koszt robót naprawczych na kwotę 225 118,04 zł brutto; uwzględniając zasadność oczekiwania przez powoda wykonania naprawy warstwy hydroizolacji w wypadku jej uszkodzenia wskutek

niewłaściwego prowadzenia robót rozbiórkowych i montażowych oraz ułożenia dodatkowej warstwy papy biegły oszacował koszty tych robót na kwotę 25 558 zł,90 zł netto (czyli 27 603,61 zł brutto przy stawce VAT 8%), przy czym kwotę tę pomniejszyć należałoby o wskazaną w punkcie 17. pozycję kosztorysu „koszt folii ochronnej”, tj. o 14 206 zł netto (czyli 15 343,52 zł brutto przy stawce VAT 8%) – uwzględniając powyższej ostateczny koszt prac naprawczych to kwota 237 378,13 zł brutto według wyliczenia :

$225\ 118,04\ \text{zł} + 27\ 603,61\ \text{zł} - 15\ 343,52\ \text{zł} = 237\ 378,13\ \text{zł}.$

Pełnomocnik interwenienta ubocznego nie składał wniosku o wezwanie biegłego na rozprawę – w interwencji ubocznej zgłoszono zastrzeżenia do opinii biegłego nie mające charakteru istotnie odbiegającego od zarzutów do opinii podniesionych przez pełnomocnika pozwanego; biegły na rozprawie w dniu 04 kwietnia 2017 r. wydał opinię uzupełniającą ustną, przy czym pełnomocnik interwenienta nie stawił się na rozprawie nie usprawiedliwiając w sposób przewidziany przepisami formalnoprawnymi swojej nieobecności; zgłoszenie wniosku o dopuszczenie uzupełniającej opinii ustnej na kolejnym terminie rozprawy uznać należy za naruszające zasady prekluzji dowodowej; pełnomocnik interwenienta ubocznego miał możliwość zgłoszenia skonkretyzowanych zastrzeżeń do opinii pisemnych biegłego J. K., czego jednak nie uczynił, sygnalizując jedynie zamiar zgłoszenia pytań na rozprawie, na którą biegły nie był wzywany. Sąd uznał również wniosek pełnomocnika pozwanego nadany w dniu 30 maja 2017 r. odnośnie wezwania biegłego na kolejny termin rozprawy jako naruszający zasady prekluzji procesowej i zgłoszony wyłącznie w celu przewlekania postępowania. Sąd ocenił jako nieprzydatny w kontekście przedmiotu sporu dowód z opinii biegłego z zakresu ogrodnictwa zgłoszony przez interwenienta ubocznego – kwestie dotyczące prawidłowości wykonania prac przez wykonawcę w sposób kompleksowy wyjaśnione zostały przez biegłego z zakresu budownictwa; fakt wykonania dachu zielonego w sposób niezgodny z projektem pozostaje bezsporny, także w świetle ekspertyzy prywatnej złożonej przez pozwanego, uzyskanie opinii biegłego z zakresu ogrodnictwa jawi się jako zupełnie zbędne, zaś wiedza biegłego z zakresu budownictwa w zakresie oceny prawidłowości doboru gruntu na dachu oraz konieczności zapewnienia materiałów odpornych na przenikanie korzeni nasadzeń, wydaje się być wystarczająca do kompleksowej oceny prawidłowości wykonania kwestionowanych przez powoda prac. Prywatne ekspertyzy i projekty przedstawiane przez strony postępowania mają charakter dokumentów prywatnych, nie mają charakteru opinii sądowych – w szczególności nie mogą zastąpić uznanej przez Sąd za prawidłową opinii sporządzonej przez biegłego J. K. (1).

Zeznania świadków jako materiał dowodowy miały w istocie walor uzupełniający w stosunku do dokumentów oraz opinii biegłego.

W. P. i Z. N. – autorzy projektu budowlanego – zeznali, że nikt nie konsultował z nimi zmiany ustaleń ujętych w projekcie; wskazali, że zastosowanie zaprojektowanego systemu (...) dawało gwarancję szczelności dachu; wskazali na renomę firmy (...) i posiadane certyfikaty i atesty, a także utratę gwarancji w wypadku zastosowania materiałów innych producentów.

R. F. przesłuchany w charakterze świadka właściciel firmy (...), czyli generalnego wykonawcy inwestycji, miał osobisty interes w złożeniu zeznań korzystnych dla pozwanego.

G. R. – kierownik budowy, pracownik REM-BUDu, zeznał, że nigdy nie było współpracy z przedstawicielami firmy (...); wskazał, że zostały zastosowane materiały zamienne, przy czym kierowano się również ich dostępnością na rynku; świadek potwierdził, że ostatnią warstwę stanowił grunt rodzimy, czyli pochodzący z terenu budowy; potwierdził, że nie przeprowadzono próby wodnej.

A. B. – inspektor nadzoru – potwierdził fakt zastosowania materiałów do budowy dachu zielonego pochodzących od różnych producentów; zeznał, że miał wątpliwości co do skutków odstąpienia od zaprojektowanego systemu (...), potwierdził, że wbrew jego naleganiom nie przeprowadzono próby wodnej; świadek posiadał wiedzę o problemach z utrzymaniem się nasadzeń roślinnych na dachu.

R. W. na zlecenie pozwanego sporządził ekspertyzę w zakresie prawidłowości zastosowanych na budowie rozwiązań; zeznania świadka dotyczą wyłącznie jego oceny zastosowanych materiałów i technologii, nie mogą konkurować jako

materiał dowodowy z opinią biegłego z zakresu budownictwa – z punktu widzenia procesowego mają charakter prywatnych twierdzeń co do oceny jakości robót i przyczyn powstawania zacieków, tym bardziej, że świadek nie był osobiście na obiekcie.

Z zeznań osób reprezentujących powoda - O. W. i M. C. – wynika, że od początku użytkowania obiektu dach zielony nie spełniał założeń co do nasadzeń roślinnych, były także zastrzeżenia co do jego szczelności, które były zgłaszane już w pierwszym roku użytkowania obiektu; na dachu powstają zastoiska wody, która nie jest odprowadzana we właściwy sposób, nadal dochodzi do zalewania garażu w wypadku większych opadów.

A. D. zeznał, że inicjatywa zmiany materiałów wyszła od generalnego wykonawcy, który kierował się dostępnością materiałów na rynku.

Sąd zważył, co następuje :

Powództwo w zakresie roszczenia głównego jako bezzasadne należało oddalić, zaś ewentualnie zgłoszone roszczenie o zapłatę podlegało uwzględnieniu w zakresie wynikającym z ustaleń poczynionych przez biegłego z zakresu budownictwa J. K. (1) co do wysokości poniesionej przez powoda szkody związanej z koniecznością wykonania prac naprawczych obiektu budowlanego w związku z nieprawidłowym wykonaniem robót.

Roszczenie główne – czyli zobowiązanie pozwanego do wykonania prac naprawczych – sformułowane zostało w oparciu o konstrukcję odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, przy czym zastosowanie w sprawie niniejszej znajdują unormowania prawne według stanu na dzień zawarcia umów sprzedaży lokali mieszkalnych wraz z udziałami we współwłasności nieruchomości wspólnej przez członków przyszłej wspólnoty mieszkaniowej w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej art. 44 punkt 19) Ustawy o prawach konsumenta (Dz. U. z 2017 r., poz. 683) z dniem 25 grudnia 2014 r. Zgodnie z art. 556 § 1 kc sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę zmniejszającą jej wartość lub użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia rzeczy, jeżeli rzecz nie ma właściwości, o których istnieniu zapewnił kupującego, albo jeżeli rzecz została kupującemu wydana w stanie niezupełnym (rękojmia za wady fizyczne); w wypadku, gdy przedmiotem sprzedaży jest rzecz określona co do tożsamości, a sprzedawcą jest wytwórca tej rzeczy, kupujący może żądać usunięcia wady, wyznaczając w tym celu sprzedawcy odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu od umowy odstąpi – sprzedawca może odmówić usunięcia wady, gdyby wymagało ono nadmiernych kosztów (art. 561 § 2 kc). Zgodnie z art. 568 § 1 kc uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana; upływ terminu wyłącza wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli sprzedawca wadę podstępnie zataił, przy czym zarzut z tytułu rękojmi może być podniesiony także po upływie powyższych terminów, jeżeli przed ich upływem kupujący zawiadomił sprzedawcę o wadzie (art. 568 §§ 2 i 3 kc). Sąd podzielił stanowisko pozwanego, odnośnie wygaśnięcia roszczeń powoda z tytułu rękojmi z uwagi na upływ terminu zawitego przewidzianego w art. 568 § 1 kc in fine; słusznie pozwany wskazywał, że trzyletni termin na zgłoszenie roszczenia z tytułu rękojmi za wady budynku ma charakter materialnoprawny, a jego upływ powoduje wygaśnięcie roszczenia, przy czym charakter terminu wyklucza możliwość stosowania do niego uregulowań dotyczących instytucji przedawnienia, w szczególności w zakresie przerwania biegu terminu. W sprawie niniejszej bezspornym pozostaje, iż wydanie budynku nastąpiło w dniu 01 kwietnia 2011 r. – a zatem termin zawity upłynął z dniem 01 kwietnia 2014 r., a przed jego końcem powód nie podjął czynności prawnych pozwalających na skuteczne dochodzenie roszczeń z tytułu rękojmi. Powód broniąc się przed zarzutem wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi wskazał, że doszło do podstępnego zatajenia wady, która to okoliczność usprawiedliwiłaby dochodzenie uprawnień również po upływie terminu zawitego. Sąd podzielił jednak stanowisko pozwanego, przyjmując, iż bezskuteczność upływu terminu zawitego zgodnie z art. 568 § 2 kc nie została wykazana przez powoda : przytoczona norma prawna wprost przewiduje intencjonalne działanie sprzedawcy nakierowane na podstępne wprowadzenie w błąd kupującego; zdaniem Sądu brak podstaw do przyjęcia, iż istotnie sprzedający zataił wobec kupujących wady obiektu w sposób podstępny – nie jest bowiem wystarczające nielojalne działanie sprzedawcy polegające na zatajeniu wady (co niewątpliwie miało miejsce w sprawie niniejszej), lecz ustawa wymaga spełnienia dodatkowej przesłanki w postaci „podstępu”, która w ocenie Sądu nie została udowodniona przez

powoda. Działanie podstępne wymaga szczególnego stopnia umyślności w działaniu sprzedającego, kierunkowego działania sprzedawcy w celu utrudnienia wykrycia wady przez kupującego (por. np. wyrok SN z 01.04.2003, II CKN 1382/00, LEGALIS); w sprawie niniejszej zakładać należy, że pozwany nie traktował odstąpienia od określonej technologii robót w kategoriach wady, będąc przekonany, że pomimo odstąpienia od ustaleń projektu zaoferował kupującemu rzecz wolną od wad; brak dowodów świadczących o tym, że przed zawarciem umów sprzedaży czy przejęciem obiektu przez Wspólnotę toczyły się rozmowy, których celem byłaby weryfikacja sposobu wykonania dachu zielonego, i w ramach tych rozmów czy pytań sprzedawca zwodził kontrahenta w tej kwestii.

Aby oczyścić przedpole dla dalszych rozważań zasadnym jest poczynienie zastrzeżenia natury ogólnej polegającego na przesądzeniu, że utrata uprawnień z tytułu rękojmi nie pozbawia wierzyciela możliwości dochodzenia roszczeń przeciwko kontrahentowi z innej podstawy prawnej. W orzecznictwie bez zastrzeżeń przyjmuje się, że w przypadku utraty uprawnień z tytułu rękojmi możliwe jest dochodzenie odszkodowania w pełnym zakresie na zasadach odpowiedzialności kontraktowej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1991 r. (II CR 815/90, LEGALIS) w wypadku, gdy szkoda jest następstwem okoliczności, za które wykonawca budynku ponosi odpowiedzialność, nie mają zastosowania ograniczenia zawarte w art. 566 § 1 in fine kc - inwestor może wówczas dochodzić odszkodowania w pełnym zakresie na zasadach odpowiedzialności kontraktowej, nie może jednak w drodze przywrócenia stanu poprzedniego (art. 363 § 1 kc) żądać usunięcia wad –odszkodowanie pieniężne w takiej sytuacji obejmuje przede wszystkim koszt usunięcia wad. Stanowisko to ukształtowane zostało w oparciu o zaakceptowaną w późniejszym orzecznictwie i niekwestionowaną w doktrynie uchwałę SN z 07 sierpnia 1969 r. (III CZP 120/68, OSNC 1970/12/218), zgodnie z którą „utrata uprawnień z tytułu rękojmi na skutek upływu terminów przewidzianych w art. 563 i 568 kc nie powoduje utraty roszczeń odszkodowawczych, o których mowa w art. 566 § 1 kc”; linię orzecznictwa potwierdza wyrok Sądu Najwyższego 04 stycznia 1979 r. (II CR 1/79, Nowe Prawo 1980/11/194) w którym potwierdzono, że roszczenia odszkodowawcze uzupełniają zakres uprawnień nabywcy z tytułu rękojmi, gdyż kupujący, który utracił uprawnienia z tytułu rękojmi może dochodzić od sprzedawcy naprawienia szkody, spowodowanej wadą fizyczną rzeczy na ogólnych zasadach odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Roszczenie o zapłatę w sprawie niniejszej oparto zatem trafnie o reżim odpowiedzialności kontraktowej, tj. art. 471 kc i następne. Zgodnie z art. 471 kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi; przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej według reżimu kontraktowego są : powstanie szkody, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, związek przyczynowy pomiędzy powstaniem szkody a działaniem zobowiązanego polegającym na niewłaściwym wykonaniu zobowiązania oraz wina - jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności (art. 472 kc). Zwrócić należy uwagę, iż odpowiedzialność kontraktowa jako oparta na jednym z dwóch podstawowych reżimów odpowiedzialności z tytułu zobowiązań podlega ogólnym uregulowaniom dotyczącym zobowiązań – a zatem badając kwestię zawinienia dłużnika co do nieprawidłowości wykonania zobowiązania z umowy w stosunku do profesjonalisty stosować należy zaostrome kryteria oceny zgodne z art. 355 § 2 kc : należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W sprawie niniejszej nie budzi wątpliwości, iż pozwany jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, w ramach której dokonał sprzedaży obiektu budowlanego; oczywistym wydaje się więc, że odstąpienie od projektu bez zgody projektanta, stanowi przejaw poważnej, zamierzonej wręcz niestaranności, podobnie jak niepoinformowanie nabywców przy zawarciu umowy sprzedaży o odstępstwach od projektu. Pozwany w sposób ewidentny dążąc do minimalizacji kosztów inwestycji dokonał zmian w zakresie zastosowanych materiałów, co nie przełożyło się na obniżenie ceny sprzedaży – nie poinformowano nabywców o zmianie projektu, kupujący w oparciu o dokumentację projektową mogli być zasadnie przeświadczeni o tym, że dach zielony wykonany został według renomowanej, systemowej technologii (...); tymczasem faktycznie przedmiot sprzedaży wykonany został przy użyciu materiałów stanowiących zamienniki, o parametrach bądź nieadekwatnych do projektu, bądź nieweryfikowalnych. Szkoda majątkowa powinna zostać naprawiona na zasadach przewidzianych w art. 361 kc i art. 363 kc – odszkodowanie pieniężne powinno zatem pokryć

faktyczną stratę majątkową doznaną przez osobę uprawnioną; w sprawie niniejszej szkoda majątkowa polega na obniżeniu wartości obiektu w powiązaniu z kosztami niezbędnymi do przywrócenia obiektu do stanu zgodnego z umową. Sąd ustalił w sposób bezdyskusyjny w oparciu o opinię biegłego, że dach zielony został wykonany w sposób nieprawidłowy, zastosowana technologia wpływa na obniżenie funkcjonalności (w tym brak możliwości dokonania nasadzeń roślinnych zgodnie z projektem), użyteczności i trwałości obiektu; biegły stwierdził, że zalewanie garażu pozostaje również w związku z nieprawidłowościami po stronie wykonawcy (sprzedawcy) – nieprawidłowość przy zastosowaniu materiałów budowlanych wynika także, na co wskazano wyżej, z ekspertyzy prywatnej sporządzonej na zlecenie pozwanego. Szkodą podlegającą wyrównaniu jest zatem równowartość prac naprawczych, które muszą zostać przeprowadzone w celu osiągnięcia stanu obiektu odpowiadającego projektowi, a tym samym umowom zawartym z właścicielami lokali mieszkalnych. Biegły J. K. (1) w sposób rzetelny dokonał oszacowania wartości prac naprawczych – ustalając ostateczną wysokość odszkodowania Sąd uwzględnił prace dodatkowe związane z naprawą warstwy hydroizolacji : z uzupełniającej opinii biegłego wynika, iż prawdopodobnym byłoby uszkodzenie tej warstwy podczas innych prac naprawczych, a poza tym warstwa ta i tak powinna zostać wymieniona z uwagi na nieweryfikowalność parametrów użytych materiałów w kontekście odporności na przebijanie korzeniami nasadzeń, jakie były przewidziane w projekcie. Zauważyć należy, iż wysokość zasądanego odszkodowania uwzględnia wartość robót naprawczych ustalonych w opinii uzupełniającej w powiązaniu z częściowym obniżeniem wartości kosztorysu ujętego w opinii podstawowej – powód formułując roszczenie ewentualne pominął zastrzeżenie dokonane przez biegłego w opinii uzupełniającej, zgodnie z którym przeprowadzenie dodatkowych prac naprawczych zgodnie z uwagami powoda do opinii podstawowej, wiązać się będzie z częściową bezzasadnością prac ujętych w kosztorysie pierwotnym; szczegółowe wyliczenie kwotowe przedstawiono wyżej.

Linia obrony pozwanego w odniesieniu do roszczenia ewentualnego opierała się na oponowaniu zarzutom co do prawidłowości wykonanych prac oraz braku odpowiedzialności w związku z brakiem winy w wyborze podmiotu, któremu zlecono faktyczne wykonanie zakwestionowanych robót. Co do pierwszego zarzutu uwagi poczyniono wyżej – sposób wykonania był wadliwy, świadczenie wykonano niewłaściwie, kupujący otrzymali po prostu produkt niezgodny z treścią zobowiązania. Drugi zarzut opiera się na nieporozumieniu polegającym na dowolnym stosowaniu przepisów materialnoprawnych odnoszących się do różnych reżimów odpowiedzialności odszkodowawczej – pozwany swoje stanowisko oparł o konstrukcję zwolnienia się od odpowiedzialności odszkodowawczej wskutek wystąpienia okoliczności ekskulpacyjnych przewidzianych w art. 429 kc, zgodnie z którym kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności. Zgodnie z systematyką kodeksu cywilnego przepisy o zobowiązaniach ujęte zostały w księdze III; przepisy ogólne znajdują się w tytule I i odnoszą się tym samym do wszystkich zobowiązań i wszystkich reżimów odpowiedzialności odszkodowawczej; w tytule III ujęto ogólne przepisy dotyczące zobowiązań umownych; zobowiązania z tytułu czynów niedozwolonych uregulowane są w tytule VI (art. 415-449 kc), zaś w tytule VII uregulowano zasady wykonywania zobowiązań (dotyczące także zobowiązań z deliktów, przy czym przepisy o skutkach niewykonania zobowiązań z umów uregulowano odrębnie w działach II i III). Jak widać, przywoływana przez pozwanego norma prawna zawarta w art. 429 kc dotyczy zatem wyłącznie reżimu odpowiedzialności deliktowej – innymi słowy mówiąc, jedynie w wypadku formułowania przez powoda roszczenia w oparciu o twierdzenia, że doznana szkoda jest wynikiem czynu zabronionego, możliwa jest obrona dłużnika z powołaniem się na brak winy w wyborze osoby, która spowodowała szkodę przy wykonywaniu powierzonej jej czynności. Bezspornym pozostaje, że pozwany powierzył wykonanie prac przedsiębiorcy profesjonalnie zajmującemu się świadczeniem usług budowlanych – tylko że powód poszukuje ochrony prawnej w oparciu o reżim odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 kc i n.), nie powołując się na popełnienie przez kogokolwiek czynu zabronionego, i nie będąc związanym w żadnym zakresie węzłem obligacyjnym z faktycznym wykonawcą wadliwych robót; zdaniem Sądu brak jest możliwości przypisania kontraktowej odpowiedzialności firmie (...) (czy też jej następcy prawnemu) w stosunku do powoda, nie zachodzi bowiem żaden z ustawowo przewidzianych przypadków ponoszenia odpowiedzialności za osobę trzecią, tj. spoza układu obligacyjnego dłużnik-wierzyciel. Akcentowane przez pozwanego rozróżnienie zasad odpowiedzialności w oparciu o rękojmię za wady (zasada ryzyka) bądź w oparciu o przepisy o nienależytym wykonaniu zobowiązania (zasada winy) tym samym pozbawione jest

znaczenia na gruncie sprawy niniejszej, w szczególności wobec ustalenia przez Sąd, iż wadliwe wykonanie robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

Odsetki od roszczenia pieniężnego należało zasądzić zgodnie z żądaniem powoda od dnia 17 stycznia 2014 r., tj. daty posiedzenia w związku z wezwaniem do próby ugodowej w zakresie żądania zapłaty z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej.

Niewątpliwie nie doszło do przedawnienia roszczeń z tytułu odpowiedzialności za niewłaściwe wykonanie zobowiązania (zarzut podniesiony na rozprawie w dniu 11 grudnia 2015 r.) – w sprawie niniejszej nie zachodzą podstawy do stosowania wobec powoda terminów przedawnienia innych, niż ogólne (art. 118 kc).

O kosztach procesu rozstrzygnięto na podstawie art. 100 kc, stosunkowo rozdzielając je między stronami, przy czym powód traktowany być musi jako strona wygrywająca w 93,92% w zakresie roszczenia ewentualnego. Wysokość wydatków sądowych w toku procesu wyniosła łącznie 8 201,09 zł (koszty opinii biegłego i należność świadka), przy czym część wydatków do kwoty 5 000 zł pokryta została z zaliczki uiszczonej przez powoda; obciążająca pozwanego część wydatków przy zastosowaniu w/w proporcji to 7 702,46 zł, przy czym część z tej kwoty (3 201,09 zł) jako nieuregulowane koszty sądowy ściągnąć należało na rzecz Skarbu Państwa, a pozostałą część (4 501,37 zł) zasądzić na rzecz powoda w związku z rozliczeniem zaliczki. Koszty procesu w zakresie kosztów zastępstwa procesowego i opłaty tymczasowej od roszczenia głównego zdaniem Sądu w odniesieniu do wyniku postępowania należało znieść wzajemnie. Na rzecz Skarbu Państwa ściągnięciu podlegały nieuiszczone koszty sądowe : w/w wydatki w kwocie 3 201,09 zł oraz opłaty sądowe od stron obliczone w odniesieniu do zakresu, w jakim każda z nich wygrała proces co do roszczenia ewentualnego ( $237\,378,13 \times 5\% = 11\,869$  zł jako część opłaty obciążająca pozwanego oraz  $153\,43,52 \times 5\% = 768$  zł jako część opłaty od oddalonego roszczenia pieniężnego obciążająca powoda).