

Sygn. akt I ACa 1044/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Joanna Kurpierz (spr.)
Sędziowie :	SA Monika Dembińska SA Joanna Skwara-Kałwa
Protokolant :	Anna Wieczorek

po rozpoznaniu w dniu 26 lutego 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy M.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt I C 462/12

1) oddala apelację;

2) zasądza od pozwanej na rzecz powódki 2700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 1044/12

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 października 2012 roku Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz powódki Gminy M. kwotę 94.464,24 złote z ustawowymi odsetkami od dnia 20 grudnia 2011 roku oraz kwotę 8.324,00 złote tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 14 stycznia 2010 roku Urząd Miasta M. ogłosił przetarg nieograniczony na zaprojektowanie i budowę wielofunkcyjnego boiska – lodowiska na terenie kąpieliska miejskiego w M..

Do wiadomości uczestników przetargu została podana informacja, że Gmina nie posiada zezwolenia na wycinkę drzew i że ewentualne opłaty za ich wycinkę, koszty uzyskania niezbędnych zezwoleń oraz samo przeprowadzenie procedury ich uzyskania należą do zakresu przedmiotu zamówienia i należą do obowiązków wykonawcy.

Pismem z dnia 2 lutego 2010 roku powódka poinformowała o zmianie treści pkt (...) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – „(...)” poprzez dopisanie ppkt (...) „(...)”

W oparciu o przeprowadzone postępowanie przetargowe Gmina M. zawarła w dniu 10 marca 2010 roku umowę z pozwaną (...) Spółką Akcyjną w W..

Zgodnie z § (...) umowy wykonawcy przysługiwało od powódki wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości netto 1.688.000,00 złotych (brutto 2.074.641,64 złotych – zgodnie z Aneks nr (...) do umowy). Strony postanowiły, że wynagrodzenie to będzie niezmienne i obejmie wszystkie koszty związane z wykonaniem prac projektowych i realizacją robót objętych dokumentacją związaną z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

Decyzją z dnia 30 września 2010 roku (...) Konserwator Zabytków w K. zezwolił na wycinkę szczegółowo wskazanych drzew. Opłatę z tytułu usunięcia drzew ustalono w wysokości 94.464,24 złote. Poniosła ją powódka, która wystawiła notę obciążeniową, zobowiązując pozwaną do uiszczenia powyższej kwoty.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji uznał, że roszczenie powódki zasługuje na uwzględnienie i zasądził na jej rzecz całą kwotę dochodzoną pozwem.

Sąd Okręgowy przyjął, że strony łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c.).

Pozwana, zawierając umowę, zobowiązała się wykonać prace objęte tą umową, a powódka – jeszcze na etapie procedury przetargowej – informowała zainteresowanych, że koszty wycinki drzew będą obciążały wykonawcę.

Sąd zwrócił uwagę, iż pozwana sama interesowała się, czy Gmina uzyskała zezwolenie na wycięcie drzew i nie może tłumaczyć się tym, iż nie uczestniczyła w postępowaniu administracyjnych w przedmiocie udzielenia zezwolenia, ponieważ warunkiem wykonania przedmiotu umowy było uprzednie usunięcie drzew. Skoro pozwana przystąpiła do realizacji prac i bez przeszkód je wykonała, to musiała mieć świadomość tego, że stosowne zezwolenie zostało udzielone, drzewa wycięte, a koszty wycinki obciążą ostatecznie wykonawcę. W ocenie Sądu pierwszej instancji nie miało zatem znaczenia, kto wystąpił o zezwolenie.

Sąd Okręgowy odniósł się również do argumentu pozwanej, iż gdyby uczestniczyła w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zezwolenia, to starałaby się uzyskać odroczenie terminu uiszczenia opłaty w trybie art. 84 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody. Sąd wskazał mianowicie, że odroczenie terminu płatności tej opłaty do 3 lat ma miejsce w tych przypadkach, gdy istnieje możliwość przesadzenia drzew lub krzewów we wskazane miejsce lub zastąpienia ich innymi. W każdym wypadku, gdy organ administracji stwierdzi taką możliwość ma obowiązek orzec o tym w decyzji, niezależnie od wniosku strony.

Sąd pierwszej instancji przyjął zatem, iż z mocy umowy wykonawcę obciążał obowiązek pokrycia opłaty za wycinkę drzew, dlatego powództwo uwzględniono w całości.

O odsetkach orzeczono stosownie do art. 481 § 1 k.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu oparto o przepis art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana (...) Spółka Akcyjna w W..

Wyrokowi temu pozwana zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 227 k.p.c. poprzez nie przeprowadzenie dowodu w zakresie faktu mającego dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie – dowodu

z dokumentacji dotyczącej rozliczenia przedmiotowego projektu inwestycyjnego, co umożliwiłoby ustalenie rzeczywistej intencji i woli stron w zakresie realizacji obowiązku uzyskania pozwolenia na wycinkę drzew i poniesienia opłat z tego tytułu, art. 229 k.p.c. poprzez nie przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron na okoliczność ustalenia rzeczywistej intencji i woli stron w zakresie realizacji obowiązku uzyskania pozwolenia na wycinkę drzew i poniesienia opłat z tego tytułu, co doprowadziło do naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. Nadto skarżąca zarzuciła naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i nieuprawnione przyjęcie, że rzeczywista intencja i wola stron w zakresie realizacji obowiązku uzyskania pozwolenia na wycinkę drzew i poniesienia opłat z tego tytułu była taka, że obowiązek taki oraz opłaty z tym związane obciążały pozwaną.

Apelująca wskazała następnie na szereg naruszeń przez Sąd pierwszej instancji przepisów prawa materialnego, a to:

- art. 410 k.c. w zw. z art. 411 pkt 1 k.c. poprzez przyjęcie, że powódka pomimo zapłaty wynagrodzenia należnego pozwanej, po wcześniejszym potwierdzeniu pełnej i należytej realizacji zobowiązania przez pozwaną, ma prawo domagać się zwrotu kosztów, które nie mieściły się w wypłaconym wynagrodzeniu

- art. 354 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwana ponosi ujemne konsekwencje działania powódki, które pomimo że miało leżeć w zakresie obowiązków i kosztów pozwanej, to zostało podjęte i przeprowadzone przez powódkę bez wiedzy pozwanej, prowadząc do powstania obowiązku uiszczenia opłat z tytułu wycinki drzew w wysokości, na której wyliczenie bezzasadnie pozbawiono pozwaną wpływu

- art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 k.c. poprzez bezpodstawne uznanie, że uzyskanie pozwolenia na wycinkę drzew i poniesienie opłat z tego tytułu obciążało pozwaną, podczas gdy w sytuacji stwierdzenia przez powódkę, że pozwana obowiązku takiego nie realizuje, winno prowadzić do stwierdzenia prowadzenia przez pozwaną robót sprzecznie z umową, a tym samym realizacji uprawnień z art. 636 § 1 k.c., tj. wezwania pozwanej do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczenia jej w tym celu odpowiedniego terminu, a po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu odstąpienia od umowy – działania takie nie miały miejsca, co potwierdza, że zgodna wolą stron umowy w zakresie uzyskania zgody na wycinkę drzew i poniesienia kosztów z tego tytułu było, aby leżało to w zakresie powódki

- art. 647 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie jako podstawy zasądzenia świadczenia pieniężnego na rzecz powódki, podczas gdy obowiązek powódki (jako inwestora) zapłaty umówionego wynagrodzenia na rzecz wykonawcy (pozwanej), został w całości, bez jakichkolwiek zastrzeżeń oraz bez pomniejszeń i potrąceń zrealizowany na rzecz pozwanej, co wyklucza istnienie roszczeń powódki wynikających ze stosunku prawnego zawartej umowy o roboty budowlane

- art. 471 k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy przepis ten stanowił podstawę braku odpowiedzialności pozwanej, w związku z faktem, że nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwaną, a ewentualne niewykonanie lub nienależyte wykonanie, jeśli miało miejsce, było następstwem okoliczności, za które pozwana nie ponosi odpowiedzialności

- art. 29, 30 i 30 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 471 k.c. poprzez bezzasadne przyjęcie, że negatywne konsekwencje wynikające z niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia i braku ścisłości i precyzji w programie funkcjonalno-użytkowym stworzonym przez powódkę obciążają pozwaną.

Stawiając powyższe zarzuty apelująca wniosła o uzupełnienie postępowania dowodowego w postępowaniu apelacyjnym i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji, a ponadto o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Apelacja pozwanej jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Z apelacji pozwanej spółki wywieść można, iż zarzuty naruszenia prawa procesowego i materialnego są związane z brakami w podstawie faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia. Zarzuty te są wzajemnie powiązane w tym sensie, że wszystkie w zasadzie sprowadzają się do zarzutu wydania orzeczenia przy niepełnych ustaleniach faktycznych i konieczności ich uzupełnienia w postępowaniu apelacyjnym. To z kolei ma prowadzić do zastosowania w sprawie właściwych przepisów prawa materialnego, których Sąd pierwszej instancji – jak stwierdza apelująca – nie uwzględnił.

Tak jednak postawione zarzuty – co zostanie szczegółowo omówione poniżej – nie mogły doprowadzić do zmiany, bądź uchylenia wyroku, gdyż z uwagi na brak podstaw do skorzystania z art. 381 k.p.c. – zaskarżone orzeczenie Sądu pierwszej instancji należało uznać za prawidłowe, tak pod względem ustaleń faktycznych, jak i oceny materiału dowodowego.

Rozważając w pierwszej kolejności zarzuty naruszenia przepisów postępowania wskazać należy, iż odnoszą się one do przeprowadzonego przez Sąd pierwszej instancji postępowania dowodowego. Ich nieskuteczność wynika jednak stąd, iż skarżący powołuje się na nowe fakty, których Sąd Okręgowy nie ustalił, a nie uczynił tego, gdyż nie miał w tym zakresie materiału dowodowego.

Pozwana zarzuca niedopuszczenie dowodu z przesłuchania stron na okoliczność ustalenia rzeczywistej intencji kontrahentów, ale pomija fakt, iż nie wniosła o przeprowadzenie takiego dowodu, a Sąd nie ma obowiązku dopuszczać dowodów z urzędu wobec obowiązywania zasady kontradiktoryjności oraz z uwagi na fakultatywność takiego dowodu.

Skarżąca twierdzi też, że doszło do naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, jednak dopiero w apelacji pozwana spółka podnosi takie elementy stanu faktycznego oraz dowody, których nieuwzględnienie zarzuca Sądowi pierwszej instancji. Wniosek dowodowy dotyczący dołączenia dokumentacji z rozliczeniem projektu inwestycyjnego złożony w sprzeciwie (k.32) związany był z zarzutem pozwanej, że wycinka drzew sfinansowana została z funduszy Unii Europejskiej. Pozwana jednak na ten zarzut odpowiedziała i złożyła dowód w postaci informacji pokontrolnej, z której wynika, że wydatek ten nie był w ten sposób finansowany. Po doręczeniu tego pisma wraz z wymienionym dowodem pozwanej, ta nie ponowiła już swego zarzutu, jak i wniosku. Na kwestie nieprawidłowego (jakoby) przygotowania programu funkcjonalno-użytkowego, pozwana zwraca uwagę po raz pierwszy dopiero w apelacji, wnosząc o dopuszczenie dowodów z tych dokumentów na podstawie art. 381 k.p.c.

Apelująca wskazuje, że ostateczna lokalizacja lodowiska była inna niż pierwotnie planowana, że powódka nie przekazała ostatecznych informacji o zakresie wycinki drzew, nie było wiadomo, ile drzew jest przeznaczonych do usunięcia, w związku z tym, iż kolidują z lokalizacją inwestycji, jakiego są one rodzaju, wielkości itp. Z kolei przesunięcia lokalizacji pozwana nie mogła przewidzieć na etapie składania ofert, a zatem nie miała wiedzy co do rzeczywistych kosztów wycinki, zwłaszcza że powódka nie przekazała informacji co do tego, iż teren inwestycji jest wpisany do rejestru zabytków. Dalej apelująca wskazuje różnice w ilości i oznaczeniu drzew przeznaczonych do usunięcia oraz w kosztach planowanych na ten cel z tymi, którymi ostatecznie powódka obciążyła pozwaną.

Jednak te wszystkie okoliczności, o których pisze pozwana były jej wiadome już na etapie realizacji inwestycji, a zatem istniały na etapie postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Pozwana nie wyjaśniła natomiast, dlaczego o tych faktach (których nieuwzględnienie zarzuca Sądowi Okręgowemu) pisze dopiero w apelacji – nie powołuje się zatem na przesłankę skorzystania z art. 381 k.p.c., wskazując lakonicznie iż potrzeba powołania nowych faktów i dowodów wyniknęła dopiero po zapoznaniu się z uzasadnieniem Sądu pierwszej instancji, co wobec powoływanych okoliczności, jest nie do przyjęcia.

Skarżąca nie mogła bowiem dopiero z uzasadnienia wyroku dowiedzieć się o tym, iż Sąd nie uwzględnił określonego faktu, skoro sama tego faktu nie przedstawiła.

Podkreślić należy, iż to strony, a nie sąd, mają obowiązek wskazywać dowody dla poparcia swoich twierdzeń, budując tym samym podstawę faktyczną i prawną rozstrzygnięcia. Obrona pozwanej w postępowaniu pierwszoinstancyjnym

poszła w zupełnie innym kierunku i do ówczesnych argumentów, jakie podniosła pozwana Sąd Okręgowy odniósł się szczegółowo. Nie można zaś zrzucić temu Sądowi, że nie odniósł się do czegoś, o czym strona sama nie powiedziała.

Skarżąca zgłosiła w apelacji szereg wniosków dowodowych na okoliczność realizacji przez nią inwestycji, jej odbioru przez powódkę – bez zastrzeżeń i wypłaty wynagrodzenia, w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, programu funkcjonalno-użytkowego wraz z załącznikami, mapy lokalizacji projektowanego lodowiska, mapy inwentaryzacji drzew kolidujących z inwestycją, wyciągu z kalkulacji pozwanej w zakresie pozycji kosztowych na potrzeby przetargu, mapy z alternatywnymi propozycjami usytuowania lodowiska, mapy wykonawczej lodowiska, zdjęć z terenu realizacji inwestycji, pisma Urzędu Miasta M. z dnia 06.07.2009r. i z dnia 26.01.2009r., harmonogramu rzeczowo-finansowego z 03.08.2010r., protokołu odbioru końcowego z 28.04.2011r., faktury z dnia 29.04.2011r. z protokołami, potwierdzenia przelewów z dnia 27.05.2011r.

Wnioski te nie zasługiwały jednak na uwzględnienie z przyczyn określonych w art. 381 k.c. W myśl powołanego przepisu sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później.

Pozwana podnosi, że gdyby powódka współpracowała z nią w kwestii wycinki drzew, to można byłoby uniknąć opłat, że ostateczny koszt wycinki strony ustaliły w uzgodnionej wersji harmonogramu z dnia 03.08.2010r. na kwotę 30.000,00 złotych, że zmieniono lokalizację lodowiska, a także że inwestycja została wybudowana na terenie wpisanym do rejestru zabytków.

Pozwana nie wyjaśnia jednak, dlaczego tych okolicznościach, znanych jej na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, nie podniosła w ramach podjętej wówczas obrony.

Uwzględnienie tych wszystkich wniosków dowodowych oznaczałoby, iż Sąd odwoławczy musiałby przeprowadzić całe postępowanie dowodowe od początku, w sytuacji gdy był czas i miejsce na przeprowadzenie tych dowodów przed Sądem I Instancji. Jednocześnie nie jest to argumentem za uchynieniem wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji. Brak też przesłanki w postaci nie rozpoznania istoty sprawy przez ten Sąd. W postępowaniu pierwszoinstancyjnym dokonano ustaleń faktycznych i zastosowano prawo materialne odpowiednio do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Zgłoszone zaś w apelacji fakty i dowody jako spóźnione – powołane z naruszeniem art. 381 k.p.c. – nie mogły zostać uwzględnione.

Ocena zastosowania art. 381 k.p.c. każdorazowo wymaga analizy okoliczności konkretnej sprawy. Sąd odwoławczy może uzupełnić ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji i w tym celu przeprowadzić uzupełniające postępowanie dowodowe, ale tylko odnośnie takich faktów i dowodów, które albo nie istniały przed dniem wyrokowania przed sądem pierwszej instancji, albo o takie, które już w tym czasie istniały, ale strona bez swojej winy ich nie powołała lub też nie istniała wówczas potrzeba ich powołania.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd (zob. np. wyrok z dnia 24.03.1999r., I PKN 640/98, z dnia 10.07.2003r., I CKN 503/01), zgodnie z którym strona ma obowiązek już w postępowaniu pierwszoinstancyjnym powołać wszystkie znane jej fakty i dowody. Podział materiału faktycznego i dowodowego między obie instancje merytoryczne nie może być zależny od jego wartościowa przez samą stronę z punktu widzenia przydatności dla rozstrzygnięcia sprawy. Strona nie może zatem skutecznie żądać ponowienia lub uzupełniania dowodu w postępowaniu apelacyjnym tylko dlatego, że spodziewała się korzystnej oceny tego dowodu przez Sąd pierwszej instancji oraz gdy sądziła, że zaoferowany materiał będzie wystarczający dla pozytywnego dla niej rozstrzygnięcia sprawy i świadomie zaniechała powoływania dalszych faktów oraz dowodów na ich poparcie, a ostatecznie okazało się, iż Sąd pierwszej instancji w takim materiale faktycznym i dowodowym, jakim dysponował, nie wydał korzystnego dla tej strony orzeczenia. O istnieniu potrzeby powołania się na nowe fakty i dowody nie decyduje zapatrywanie strony, ale przedmiotowa ocena zachodzącego stanu rzeczy.

Z okoliczności sprawy nie wynika, aby po stronie pozwanej istniała przeszkoda do przedstawienia Sądowi pierwszej instancji tych dowodów, o przeprowadzenie których wносиła w apelacji. Stąd też zgłoszone wnioski dowodowe – wobec tego, iż brak było podstaw z art. 381 k.p.c. do ich uwzględnienia – zostały oddalone.

Skoro w postępowaniu przed Sądem Okręgowym skarżący nie wykazał stosownej inicjatywy w zakresie zgłaszania wniosków dowodowych, to powinien liczyć się z tym, że Sąd odwoławczy będzie władny pominąć spóźnione wnioski dowodowe. Z kolei wydanie niekorzystnego dla strony wyroku nie może stanowić samoistnej podstawy powołania się w postępowaniu apelacyjnym na nowe fakty i dowody (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24.03.1999r., I PKN 640/98).

Odmienny pogląd Sądu Najwyższego (wyrażony w wyroku z dnia 23.11.2004r., I UK 30/04), w myśl którego sąd drugiej instancji nie powinien pomijać nowych faktów i dowodów zgłoszonych w apelacji, jeżeli o potrzebie ich powołania strona dowiedziała się z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, został wyrażony w konkretnej sytuacji procesowej. Orzeczenie to zostało bowiem wydane w sprawie z odwołania ubezpieczonego od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Zwrócił na to zresztą uwagę Sąd Najwyższy w innej sprawie (w wyroku z 15 marca 2011 r. sygn. I PK 183/10), wyraźnie podkreślając wyjątkowość takiego stanowiska ze względu na specyfikę sprawy.

W niniejszej sprawie należało jednak mieć na uwadze, że pozwana jest profesjonalistą – prowadzi własną działalność gospodarczą, w procesie była reprezentowana przez fachowego pełnomocnika. Należyte przygotowanie obrony wymagało odpowiedniego przedstawienia faktów i zebrania materiału procesowego.

Apelująca podniosła w dalszej kolejności zarzut obrazy art. 410 k.c. w zw. z art. 411 pkt 1 k.c., wskazując że skoro powódka zapłaciła pozwanej całe należne wynagrodzenie, po sprawdzeniu sposobu realizacji inwestycji przez pozwaną, to obecnie nie ma prawa domagać się zwrotu kosztów wycinki. Ten zarzut skarżąca powiązała z zarzutem naruszenia art. 647 k.c. poprzez jego zastosowanie. Pozwana spółka starała się dowieść, że skoro ewentualne koszty wycinki drzew miały być uwzględnione przy ustalaniu wynagrodzenia i nie zostały potrącone z tego wynagrodzenia, a jednocześnie realizacja umowy została zakończona, to brak podstaw do oparcia obowiązku świadczenia na przepisach regulujących umowę o roboty budowlane. Te zarzuty – w ocenie apelującej – pozostają w bezpośrednim związku z uchybieniami przez Sąd Okręgowy przy ustaleniu podstawy faktycznej.

Należy jednak ponownie wskazać, że już na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym pozwana wiedziała o zrealizowaniu inwestycji i wypłacie wynagrodzenia. Były to okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, co do których istniała potrzeba ich powołania już w tamtym postępowaniu. Pozwana nie tylko jednak nie zgłosiła odpowiednich wniosków dowodowych, ale również zaniechała wskazania podstawowych okoliczności faktycznych.

W tym stanie rzeczy nie można zarzucać Sądowi pierwszej instancji, że uznał roszczenie powódki za usprawiedliwione na podstawie łączącej strony umowy, a nie oparł się na przepisach o nienależnym świadczeniu.

Zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego są zatem bezprzedmiotowe – w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne z nimi związane, pozwana podniosła po raz pierwszy dopiero w apelacji. Sąd Okręgowy nie naruszył zatem wskazanych w apelacji przepisów (w tym art. 410 k.c. w zw. z art. 411 pkt 1 k.c.), skoro przed tym Sądem nie zostały naprowadzone fakty, które wyczerpywałyby hipotezę określonych w apelacji przepisów prawa materialnego. Sąd ma obowiązek uwzględniać prawo materialne z urzędu, ale w ramach podstawy faktycznej przedstawionej przez stronę. Następce kwestionowanie orzeczenia pierwszoinstancyjnego z tego powodu, że Sąd nie rozważył przepisów o nienależnym świadczeniu, w sytuacji gdy Sąd ten nie mógł ich wziąć pod uwagę, bo brak było okoliczności naprowadzających na takie wnioski, nie może okazać się skuteczne. Dodatkowo i jedynie na marginesie zauważyć wypada, że w kontradiktoryjnym procesie cywilnym powódka w odpowiedzi na zarzut świadomego spełnienia nienależnego świadczenia, mogła podjąć obronę. Bogate orzecznictwo dotyczące art. 411 kc wskazuje, że można w takiej sytuacji powołać się np. na błąd dotyczący spełnienia nienależnego świadczenia, omyłkę, czy przymus, które nie niweczą prawa do żądania zwrotu spełnionego nienależnie świadczenia.

Sąd Okręgowy nie naruszył zatem powołanych w apelacji przepisów kodeksu cywilnego i prawidłowo oparł roszczenie powódki na postanowieniach umowy, w myśl której to wykonawcę obciążały koszty wycinki drzew.

W obecnej sytuacji – gdy pozwana konstruuje od nowa całą podstawę faktyczną i prawną rozstrzygnięcia dopiero w postępowaniu apelacyjnym – w istocie prowadziłoby to do sytuacji, że Sąd drugiej instancji orzekałby na zupełnie nowym materiale dowodowym i nowych faktach. Takie postępowanie należy uznać za niedopuszczalne. Wszelkie bowiem wnioski dowodowe pozwanej były spóźnione – w myśl art. 381 k.p.c.

Orzeczenie Sądu pierwszej instancji odpowiada prawu.

Niesłuszny jest zarzut pozwanej, iż Sąd pierwszej instancji dopuścił się naruszenia art. 354 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 471 k.c. Sąd ten ustalił, iż wykonawcę będą obciążać koszty wycinki drzew. Stawiając powyższy zarzut skarżąca sama to przyznaje, pisząc „pozwana ponosi ujemne konsekwencje działania powódki (wystąpienie o zezwolenie na wycięcie drzew), które pomimo, że miało leżeć w zakresie obowiązków i kosztów pozwanej, to zostało podjęte i przeprowadzone przez powódkę (...)”. Jeżeli bowiem apelująca wiedziała, że do wykonania prac objętych przedmiotem umowy, niezbędne jest uprzednie wycięcie drzew, to skoro zrealizowała przedmiot umowy, musiała mieć świadomość tego, że drzewa zostały uprzednio usunięte, a zatem Gmina musiała uzyskać stosowne pozwolenie. Uprawnione jest zatem przyjęcie, że przystąpienie do wykonania umowy oznaczało akceptację tego, iż to powódka wystąpiła o zezwolenie. Jednocześnie podkreślić należy, iż pozwana miała pełną świadomość tego, iż następnie opłata za wycinkę drzew zostanie wliczona do obciążających ją kosztów inwestycji. Na tamtym etapie brak było jakichkolwiek zastrzeżeń co do faktu, iż to z inicjatywy powódki zostało wydane pozwolenie. Ówczesny brak zainteresowania kwestią usunięcia drzew i wysokością ustalonej opłaty nie może przesądzić o bezzasadności dochodzonego roszczenia. Skarżąca nie wskazała jednocześnie, jakie ponosi ujemne konsekwencje tego, że to powódka wystąpiła o zezwolenie, bowiem niewątpliwie nawet gdyby uczyniła to sama pozwana, to ostatecznie i tak ona zostałaby obciążona tymi kosztami.

Niesłuszny był również zarzut naruszenia art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 k.c. Po pierwsze należy wskazać, iż apelująca popada w sprzeczność w swoich twierdzeniach, bowiem wcześniej przyznaje, że wycinka drzew miała leżeć w zakresie jej obowiązków i kosztów, a podnosząc wskazany zarzut kwestionuje to. Sąd pierwszej instancji ustalił, a ustalenie to podzielił Sąd odwoławczy, iż ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że przy ustalaniu ceny, należało uwzględnić obciążenie spółki kosztami wycinki. Przy takim ustaleniu faktycznym, skoro pozwana nie miała przeszkód do przystąpienia i realizacji przedmiotu umowy, bo drzewa zostały usunięte, powódka nie miała powodu korzystać z uprawnień przewidzianych w art. 636 § 1 k.c. Nie zrealizowały się bowiem przesłanki tego przepisu. Pozostaje poza sporem, iż to powódka wystąpiła o zezwolenie, ale – jak słusznie podniósł Sąd Okręgowy – okoliczność, kto o to wystąpił nie ma znaczenia, skoro koszt wycinki tak, czy inaczej ostatecznie miała ponieść pozwana. Pozostaje też kwestia, jaki wpływ na ustalenie wysokości opłaty miałby fakt, iż o zezwolenie wystąpiłaby pozwana. Spółka nie zakwestionowała wysokości opłaty na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego. Zgłaszane przez nią zarzuty związane z uprawnieniem wynikającym z art. 84 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 roku, dotyczyły jedynie możliwości odroczenia zapłaty, a nie prawidłowości jej ustalenia, a ponadto kwestia związana z odroczeniem została wyjaśniona przez Sąd pierwszej instancji i tę ocenę podzielił także Sąd odwoławczy. Zarzuty odnoszące się do wysokości opłaty zostały po raz pierwszy podniesione dopiero w apelacji, ale z powodów szczegółowo wskazanych powyżej, nie mogły zostać uwzględnione przez Sąd Apelacyjny.

Mając na uwadze wszystkie wskazane wyżej okoliczności, wyrok Sądu pierwszej instancji należało uznać za prawidłowy i apelacja jako bezzasadna – na mocy art. 385 k.p.c. – podlegała oddaleniu.

O kosztach procesu orzeczono w myśl art. 98 k.p.c., tj. na zasadzie odpowiedzialności za wynik sprawy, stosownie do stawek Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.