

Sygn. akt V ACa 846/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział V Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maryla Domel-Jasińska (spr.)
Sędziowie:	SA Katarzyna Przybylska SO del. Piotr Daniszewski
Protokolant:	st. sekr. sąd. Magdalena Tobiasz - Ignatowicz

po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2015 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

przeciwko Gminie M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 24 lipca 2014 r. sygn. akt VIII GC 94/14

oddala apelację.

Na oryginale właściwe podpisy.

V ACa 846/ 14

UZASADNIENIE

Powódka – (...) spółka z o. o. w P. domagała się zasądzenia na swoją rzecz od pozwanej Gminy M. kwoty 277 130 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zwrotu kosztów procesu.

Z uzasadnienia pozwu wynikało, że (...) strony zawarły umowę nr (...) na wykonanie zadania: (...)w której zostało określone wynagrodzenie ryczałtowe dla powódki, jako wykonawcy. Za integralne części umowy strony uznały takie warunki Szczególne Kontraktu i Warunki Ogólne Kontraktu wydane przez (...) (...)przy czym niektóre z klauzul przewidzianych w tych warunkach zostały wykreślone. Wykreśleniu nie uległa klauzula(...) Ogólnych Warunków Kontraktu, dotycząca wykopalisk i kosztów związanych z ich zabezpieczeniem. Z treści wskazanej klauzuli wynika, że powódce, oprócz wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie budowy obwodnicy, należy się również zwrot kosztów związanych z zabezpieczeniem obiektów interesujących pod względem geologicznym lub archeologicznym, znalezionych na placu budowy.

Powódka przedstawiła dowody poniesienia kosztów wynikających ze zlecenia

nadzoru archeologicznego i badań ratowniczych (...), na rzecz której dokonała zapłaty faktur na kwotę netto w wysokości 277 130 zł.

Ponieważ pozwana odmówiła powódce zapłaty tej należności, powódka wystąpiła o zapłatę do sądu.

Od wydanego w dniu 10 marca 2014r. przez Sąd Okręgowy w B. nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwana wniosła sprzeciw domagając się oddalenia powództwa.

Pozwana wywodziła, że obowiązki archeologiczne były objęte przedmiotem zamówienia, a tym samym wchodziły w zakres obowiązków umownych powódki, objętych wynagrodzeniem ryczałtowym. W dokumentacji projektowej, stanowiącej integralną część umowy nr (...), znajduje się opinia (...)w T. z dnia 13 lutego 2010r, ustalająca zakres „obsługi archeologicznej”, wchodzącej w zakres przedmiotu umowy. Kalkulując cenę ofertową powódka winna była wziąć pod uwagę zakres czynności archeologicznych, do których została zobowiązana w świetle treści wskazanej opinii.

Wyrokiem wstępnym z dnia 24 lipca 2014r. Sąd Okręgowy w B. uznał roszczenie powódki za usprawiedliwione co do zasady, opierając swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i wnioskach.

W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego strony zawarły (...) umowę nr (...) na wykonanie zadania:(...)

W punkcie (...) tej umowy wskazano, że integralną część umowy stanowią dokumenty:

1. Umowa,
2. Warunki Szczególne Kontraktu,
3. Warunki Ogólne Kontraktu,
4. SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia)część II- opis przedmiotu zamówienia,
5. Dokumentacja projektowa(rysunki)
6. Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
7. Formularz Oferty z załącznikami,
8. Wykazy i wszystkie inne dokumenty będące częścią kontraktu.

W umowie ustalono, że wymienione w punkcie 2 dokumenty będą odczytywane i interpretowane zgodnie ze wskazaną wyżej kolejnością.

W punkcie (...) umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe dla powódki, jako wykonawcy robót, w kwocie 24 958 454, 37zł brutto.

Warunki Ogólne Kontraktu, stanowiące integralną część umowy, zawierają klauzulę(...), zgodnie z którą „wszelkie skamieniałości, monety, przedmioty wartościowe lub starożytne, budowle i inne pozostałości lub obiekty interesujące pod względem geologicznym lub archeologicznym, znalezione na placu budowy, będą wzięte w opiekę i zarząd zamawiającego. Wykonawca podejmie wszelkie rozsądne środki ostrożności, aby nie dopuścić do usunięcia czy uszkodzenia przez personel wykonawczy lub przez inne osoby, któregokolwiek z tych znalezisk. Po odkryciu jakiegokolwiek takiego znaleziska, wykonawca bezzwłocznie da powiadomienie Inżynierowi, który wyda polecenie co do zajęcia się nim. Jeżeli postępując według tych poleceń, wykonawca dozna opóźnienia i / lub poniesie koszt, to wykonawca da dalsze powiadomienie Inżynierowi, z uwzględnieniem subklauzuli 20.1(roszczenia wykonawcy) do:

(...)

(b) płatności za jakikolwiek taki koszt, która to płatność będzie włączona do ceny kontraktowej”.

Z kolei w klauzuli (...)strony zastrzegły, że „jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończeniu i / lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to wykonawca da inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 28 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o tym wydarzeniu lub okoliczności”.

W dniu 1 marca 2011r. powódka zawarła z (...) umowę nr (...), której przedmiotem było sprawowanie przez tę pracownię nadzoru archeologicznego, wykonywanie ratowniczych badań archeologicznych na stanowiskach odkrytych podczas pełnienia nadzoru archeologicznego, a będących w kolizji z budową obwodnicy M. (tylko na podstawie decyzji Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w B. i w porozumieniu z inwestorem) i zapewnienie ekshumacji potencjalnych pochówków zlokalizowanych na (...) (obszar wsi W.).

W (...) powyższej umowy strony określiły wynagrodzenie ryczałtowe za sprawowanie nadzoru archeologicznego w wysokości 4000 zł netto oraz wynagrodzenie obmiarowe w wysokości 1100 zł/ar netto, płatne w cyklach miesięcznych, po potwierdzeniu przez inspektora nadzoru inwestorskiego arealu przebadanego terenu. Nadto w umowie przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 900zł za ekshumację potencjalnych pochówków.

Podczas wykonywania robót budowlanych powódka natrafiła na obiekty archeologiczne, co znalazło odzwierciedlenie poprzez wpisy w dzienniku budowy. W każdym przypadku odkrycia znalezisk archeologicznych wyznaczany był obszar wystąpienia obiektów, w celu przeprowadzenia na nim badań archeologiczno-ratowniczych.

Każdorazowo po wykonaniu ratowniczych badań archeologicznych na wytyczonym przez nadzór archeologiczny obszarze, spisywany był protokół z czynności częściowego odbioru terenowych, ratowniczych wykopaliskowych badań archeologicznych, w których uczestniczyli Inżynier Kontraktu (przedstawiciel pozwanej), Kierownik budowy (przedstawiciel powódki) oraz pracownicy(...)

Na podstawie wskazanych protokołów i umowy nr (...) z dnia 1 marca 2011r. zostały wystawione powódce przez (...) faktury VAT, obejmujące wynagrodzenie za wykonanie ratowniczych archeologicznych badań wykopaliskowych oraz wykonanie nadzoru archeologicznego, na łączną kwotę 340 869,90 zł brutto (277 130 zł netto).

W wystąpieniu (...) do Inżyniera Kontraktu z dnia 6 kwietnia 2011r., tj. w ciągu pięciu dni od odnalezienia pierwszego stanowiska archeologicznego, powódka wskazała, że zgodnie z treścią kontraktu czuje się uprawniona do żądania zapłaty kosztów związanych z badaniami archeologicznymi.

W odpowiedzi na wystąpienie (...) Inżyniera Kontraktu w piśmie z dnia 14 maja 2011r. stwierdził, że na podstawie opinii Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w T. z dnia 13 kwietnia 2010r. oraz opinii dołączonej do projektu budowlanego, wykonawca przystępując do przetargu nie posiadał wystarczających danych aby oszacować wysokość ewentualnych kosztów, związanych z przeprowadzeniem badań archeologicznych, przedstawionych w w/ w dokumencie. Tym samym wykonawca postąpił zgodnie z klauzulą (...) Warunków Ogólnych Kontraktu, zaś koszt przeprowadzenia badań archeologicznych nie powinien obciążać wykonawcy robót.

W kolejnych wystąpieniach (...), kierowanych do Inżyniera Kontraktu, powódka zgłaszała roszczenia dotyczące kosztów poniesionych z tytułu archeologicznych badań stanowiskowych.

W piśmie z dnia 4 lipca 2011r. Inżynier Kontraktu podtrzymał swoje stanowisko odnośnie do oceny roszczenia powódki, związanego z kosztami badań archeologicznych, wskazując ponownie, że jej roszczenie jest słuszne i zgodne z klauzulą (...)

Pismem z dnia 30 maja 2011r. pozwana ustosunkowała się do stanowiska Inżyniera Kontraktu, wyrażonego w jego odpowiedzi na wystąpienie powódki (...) Powołując się na opinię Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w T. a dnia 13 kwietnia 2010r., w której stwierdzono, że zadanie inwestycyjne winno być wykonane pod następującymi warunkami : przeprowadzenie na trasie przebiegu obwodnicy szczegółowych archeologicznych badań powierzchniowych w pasie inwestycji, przeprowadzenie archeologicznych badań sondażowych w miejscach lokalizacji wszystkich stanowisk archeologicznych w celu wytypowania obiektów do badań wykopaliskowych, poprzedzających budowę projektowanej obwodnicy, przeprowadzenie wyprzedzających badań wykopaliskowych wytypowanych stanowisk archeologicznych, zlokalizowanych w pasie projektowanej obwodnicy, zapewnienie nadzorów archeologicznych nad pracami ziemnymi, prowadzonymi przy budowie obwodnicy (poza obszarami badań wykopaliskowych) z przeprowadzeniem badań ratowniczych w przypadku odsłonięcia obiektów zabytkowych, zapewnienia ekshumacji potencjalnych pochówków w przypadku prac ziemnych na terenie działki nr (...) we wsi W., pozwana wywodziła, że żądane przez powódkę koszty, związane z badaniami archeologicznymi, były objęte ustalonym w umowie wynagrodzeniem ryczałtowym. Pozwana zarzuciła, że powódka podejmując się realizacji całości robót za wynagrodzeniem ryczałtowym winna była w swojej ofercie skalkulować wykonanie określonych w opinii z dnia 13 kwietnia 2010r. badań archeologicznych i ich koszty objąć oferowanym wynagrodzeniem ryczałtowym.

Sąd Okręgowy uznał roszczenie powódki za usprawiedliwione co do zasady.

Według Sądu I instancji opinia Wojewódzkiego Urzędu Ochrony zabytków w T. z dnia 13 kwietnia 2010r. potwierdza konieczność zapewnienia ogólnego nadzoru archeologicznego oraz określa zakres obowiązków w wypadku odkrycia obiektów zabytkowych. Dokument ten, stanowiący co najwyżej dokumentację projektową, o której mowa w punkcie (...) umowy stron, w żaden sposób nie ingeruje w kontraktowe ustalenia stron co do wzajemnych rozliczeń, a w szczególności nie stanowi potwierdzenia, iż wymienione w nim obowiązki wykonawca winien wykonać w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Taka interpretacja byłaby sprzeczna z treścią klauzuli (...) Warunków Ogólnych Kontraktu, co nie jest dopuszczalne według punktu (...) umowy, zgodnie z którym następujące dokumenty będą uważane jako integralne części umowy oraz odczytywane i interpretowane w następującej kolejności : umowa, Warunki Szczególne Kontraktu, Warunki Ogólne Kontraktu, SIWZ część II opis przedmiotu zamówienia, dokumentacja projektowa (rysunki), specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, formularz oferty z załącznikami oraz wykazy i wszystkie inne dokumenty, będące częścią kontraktu.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że nieracjonalnym byłoby nałożenie na przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, obowiązku przewidywania wkalkulowania w ryczałtowe wynagrodzenie hipotetycznych kosztów badań archeologicznych, w przypadku odkrycia znaleziska, skoro na etapie składania oferty nie jest możliwe do przewidzenia, czy obiekty archeologiczne w ogóle zostaną odnalezione/ a jeżeli tak, to w jakim zakresie i w jakiej ilości. Powyższą konstatację potwierdza stanowisko Inżyniera Kontraktu, wyrażone w piśmie z dnia 14 maja 2011r., według którego wykonawca przystępując do przetargu nie posiadał wystarczających danych aby oszacować wysokość kwot związanych z przeprowadzeniem badań archeologicznych, przedstawionych w opinii Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w T. z dnia 13 kwietnia 2010r. Tym samym wykonawca postąpił zgodnie z klauzulą (...) Warunków Ogólnych Kontraktu, zaś koszty przeprowadzenia badań archeologicznych nie powinny obciążać wykonawcy robót.

Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał w oparciu o art. 318 k.p.c., że powódka jest uprawniona do żądania zwrotu kosztów, które poniosła w związku z przeprowadzeniem badań archeologicznych, polegających na rozpoznaniu, udokumentowaniu i zabezpieczeniu odkrytych znalezisk.

Ustalenie jednak zasadności roszczenia powódki co do jego wysokości wymaga dokonania dalszych, szczegółowych ustaleń, polegających na rozgraniczeniu poniesionych kosztów ogólnego nadzoru archeologicznego, który obciąża powódkę i kosztów związanych z zabezpieczeniem odkrytych znalezisk.

Pozwana złożyła apelację od powyższego wyroku, skierowaną przeciwko całości rozstrzygnięcia, zarzucając :

1. naruszenie art. 318 § 1 k.p.c. przez wydanie w niniejszej sprawie wyroku wstępnego, przy braku podstaw do wydania tego rodzaju orzeczenia, a zwłaszcza nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie pozwalającym na wydanie wyroku wstępnego;
2. naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w szczególności przez przyjęcie, że zgodnie z klauzulą (...) Warunków Ogólnych Kontraktu wykonawcy należy się zwrot kosztów poniesionych za wszelkie działania z zakresu obsługi archeologicznej, z wyłączeniem jedynie „zwykłego nadzoru archeologicznego”, pomimo że klauzula (...) daje wykonawcy wyłącznie prawo do ubiegania się o dodatkową zapłatę w przypadku wydania przez Inżyniera Kontraktu polecenia wykonania działań opisanych w klauzuli (...) w zakresie zajęcia się znaleziskiem, które nie obejmują sprawowania nadzoru archeologicznego i innych obowiązków w zakresie obsługi archeologicznej (w tym badań ratowniczych), wymienionych w opinii Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w T., Delegatury w B., z dnia 13 kwietnia 2010r., objętych wynagrodzeniem ryczałtowym wykonawcy;
3. naruszenie art. 632 § 1 k.c. przez uznanie, iż pomimo tego, że strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, co oznacza m. in., że wynagrodzenie wykonawcy jest niezmienne, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac, żądanie podwyższenia wynagrodzenia przez wykonawcę w związku z wykonaniem działań z zakresu obsługi archeologicznej jest uzasadnione, przy czym wykonawca nie złożył żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 632 § 2 k.c.;
4. naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że pomimo braku zgody pozwanej i wprowadzenia do umowy zmian w formie pisemnej, doszło do zmiany umowy z dnia 27 lipca 2010r., skutkującej koniecznością zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy;
5. naruszenie art. 233 § 1 k. p. c. w zw. z art. 65 § 1 i § 2 k.c. przez dokonanie oceny dowodów w niniejszej sprawie, w szczególności dowodu z dokumentu umowy z dnia 27 lipca 2010r., z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów, w tym zwłaszcza poprzez zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia dowodów w zakresie niezbędnym do wydania wyroku wstępnego i wyprowadzenie ze zgromadzonego materiału dowodowego wniosków niezgodnych z zasadami logicznego rozumowania.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca domagała się „ uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i oddalenia powództwa w całości”, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji pozwanej i zasądzenie od niej na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja pozwanej nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż zgłoszone w niej zarzuty nie były trafne.

Zgłoszony w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 318 § 1 k.p.c. nie był zasadny, bowiem Sąd I instancji prawidłowo zastosował powołany przepis, który ma charakter ogólny i dotyczy wszelkich spraw, w których dochodzone świadczenie lub prawo jest sporne co do zasady, jak i co do wysokości. Wyrok wstępny nie może być wydany, gdy sporna jest tylko zasada roszczenia, a nie ma sporu o jego wysokość.

W rozpoznawanej sprawie sporna była zasada, jak również wysokość dochodzonego roszczenia, stąd wydanie wyroku wstępnego nie budziło wątpliwości.

Wydanie wyroku wstępnego, wbrew zarzutowi skarżącej, nie było uzależnione od szczegółowego ustalenia przez Sąd Okręgowy jakie czynności wykonawcy robot, w zakresie obsługi archeologicznej, wymienione w opinii Wojewódzkiego

Urzędu Ochrony Zabytków w T. Delegatury w B. z dnia 13 kwietnia 2010r. były przedmiotem umowy, gdyż zakres tych czynności wynikał wprost z treści opinii.

Wskazać w tym miejscu należy, że adresatem opinii było (...), a zatem opinia stanowiła część dokumentacji projektowej i w sposób ogólny wskazywała na to, że realizacja zadania inwestycyjnego jest uzależniona od przeprowadzenia archeologicznych badań powierzchniowych, archeologicznych badań sondażowych w celu wytypowania obiektów do badań wykopaliskowych, badań poprzedzających budowę obwodnicy i badań wyprzedzających badania wykopaliskowe, zapewnienie nadzorów archeologicznych nad pracami ziemnymi (poza obszarami badań wykopaliskowych), zapewnienie dokumentacji potencjalnych pochówków.

Opinia wskazuje na to, jakie czynności powinny zostać uwzględnione, lecz nie ingeruje ona w treść umowy stron, a zwłaszcza w sposób ustalenia wynagrodzenia.

Nie ulegało wątpliwości, że klauzula (...) ogólnych warunków kontraktu (...) nie odnosi się do przeprowadzenia badań archeologicznych powierzchniowych, sondażowych, poprzedzających, czy też wyprzedzających, lecz stanowi o czynnościach, jakie wykonawca robót i Inżynier Kontraktu podejmą w przypadku odkrycia znaleziska interesującego pod względem archeologicznym czy geologicznym.

Z treści klauzuli (...) wynika, że jeżeli wykonawca robót postępuje według określonych poleceń Inżyniera Kontraktu poniesie koszty, to będzie uprawniony do uzyskania tych kosztów, które będą włączone do ceny kontraktowej. Oznacza to, że przeprowadzenie badań powierzchniowych, sondażowych, o charakterze wyprzedzającym bądź poprzedzającym, których wynik nie przesądza o odkryciu interesujących pod względem archeologicznym znalezisk, wchodził w zakres zwykłego nadzoru archeologicznego, którego koszty objęte były umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym, natomiast za czynności wykonane po odkryciu znaleziska, związane z określonymi kosztami, powód zgodnie z klauzulą (...) może domagać się od zamawiającego zwrotu tych kosztów.

Gdyby wolą stron było, aby te czynności, tj. wykonane po odkryciu znaleziska, zostały objęte wynagrodzeniem ryczałtowym, wówczas wystarczające byłoby postanowienie klauzuli (...) dotyczące podstawy do przedłużenia terminu wykonania robót, a nie do zwrotu poniesionych przez wykonawcę kosztów tych czynności.

Znajdujące się w aktach sprawy protokoły, sporządzone z udziałem przedstawicieli Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w T., tj. protokoły z dnia 1 kwietnia 2011r., z dnia 15 kwietnia 2011r., z dnia 4 maja 2011r., z dnia 12 maja 2011r., z dnia 11 czerwca 2011r., i z dnia 30 sierpnia 2011r. potwierdzały dokonanie odkrycia znalezisk archeologicznych w trakcie realizacji robót budowlanych. W treści tych protokołów wskazano jakie obiekty odnaleziono lub odsłonięto, a także określono zalecenia co do przeprowadzenia badań ratowniczych. Z całą pewnością nie można było podzielić poglądu pozwanej, iż koszty badań ratowniczych dotyczących znalezisk archeologicznych objęte były wynagrodzeniem ryczałtowym, gdyż zakres tych badań i konkretne zadania co do sposobów postępowania po odkryciu poszczególnych znalezisk, wynikały ze wskazanych wyżej protokołów.

W aktach sprawy znajdują się również protokoły odbioru robót ratowniczych i wykopaliskowych, wykonanych przez Archeologiczną Pracownię B. T., na podstawie umowy zawartej z powódką. Protokoły te zostały sporządzone z udziałem Inżyniera Kontraktu, który potwierdził wykonanie tych robót i zaakceptował ich rozliczenie, co wchodziło w zakres jego uprawnień, określonych w klauzuli (...) Wystąpienie nr 20 do Inżyniera Kontraktu z dnia 6 kwietnia 2011r. zostało złożone w terminie 28 dni od odkrycia znaleziska- k. 278, wbrew zarzutom skarżącej i dotyczyło pokrycia kosztów badań tzw. stanowiskowych.

Sąd I instancji nie naruszył wskazanych w apelacji przepisów prawa materialnego tj. art. 65 § 1 k.c. i § 2 k.c. art. 632 § 1 k.c. i art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Domaganie się przez powódkę poniesionych kosztów, o których stanowi klauzula (...) ogólnych warunków kontraktu, jest jej uprawnieniem, wynikającym z umowy, której integralną częścią stanowią ogólne warunki kontraktu. Nie wchodzi tu zatem w grę zmiana umowy, której dotyczy art. 144 ust. 1 cyt. ustawy.

Nie znajdując uzasadnionych podstaw do uwzględnienia zarzutów i wniosków skarżącej, należało apelację oddalić, w oparciu o art. 385 k.p.c.