

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 5 listopada (...). w sprawie z powództwa I. U.

przeciwko J. N. o zapłatę Sąd (...) w K.:

1. oddalił powództwo,
2. zasądził od I. U. na rzecz J. N. kwotę 3.617,00 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.600,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
3. nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Kutnie na rzecz I. U. kwotę 156, złotych tytułem zwrotu niewykorzystanej części zaliczki.

**Apelację od tego rozstrzygnięcia złożyła powódka skarżąc wyrok w całości i zarzucając:**

**A. naruszenie prawa materialnego tj.:**

1. art. 65 § 1,2 k. c. w zw. z art. 627 kc. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron złożonych w ramach zawartej umowy o dzieło polegającej na przyjęciu, że Pozwany nie zaakceptował projektu nagrobka Powódki podczas gdy zgodnym zamiarem stron było wykonanie nagrobka według projektu Powódki, którego ustalenia były przekazywane przez Powódkę Pozwanemu w formie wiadomości mailowych, telefonicznie, a także bezpośrednio podczas rozmów w obecności Pozwanego, a Pozwany przyjął zlecenie wykonania nagrobka dnia 6.08.2017r. i zgodził się na jego wykonanie według projektu Powódki, który w czasie trwania zawartej umowy do czasu odstąpienia od umowy przez Powódkę był cały czas taki sam;
2. art. 556<sup>1</sup> § 1 pkt. 1, 2,3, § 3 kc poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, iż wady nagrobka nie są istotne, a ewentualna usuwalność wad jest automatycznie równoznaczna z nieistotnością wad w sytuacji gdy wady nagrobka mają charakter istotny; nagrobek nie posiada cech, które powinien mieć w związku z zawartą umową i ustaleniami Stron, zaakceptowanymi przez Pozwanego; w tym w związku z funkcją jaką winien spełniać nagrobek, w szczególności funkcją estetyczną oraz artystyczną, nie nadaje się do użytku jakiemu służy nagrobek, polegającym na zachowaniu pamięci zmarłego pochowanego w estetycznym nagrobku;
3. art. 355 § 1, 2 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy w sprawie mamy do czynienia z relacją Konsument (Powódka) - Profesjonalny Przedsiębiorca (Pozwany), i to na Pozwanym jako profesjonalście ciążył szczególnie obowiązek dochowania należytej staranności w wykonaniu dzieła, za które Powódka z góry zapłaciła mu 20.000 zł, a także w jasny i precyzyjny sposób ustalenia warunków umowy;
4. art. 560 § 4 kc poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że wady nagrobka mają charakter nieistotny, a ewentualna usuwalność wad jest automatycznie równoznaczna z nieistotnością wad w sytuacji gdy wady nagrobka mają charakter istotny i są niezgodne ze sztuką kamieniarską; a ewentualna usuwalność wad występuje również przy wadach istotnych;
5. art. 636 § 1 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy Pozwany wykonywał dzieło w sposób wadliwy i sprzecznie z ustaleniami poczynionymi przez Strony zaakceptowanymi przez Pozwanego i po wezwaniu go przez Powódkę do usunięcia wad w wyznaczonym terminie, zignorował żądanie Powódki i w konsekwencji Powódka mogła skorzystać z uprawnienia skutecznego odstąpienia od umowy, co uczyniła pismem z dnia 27.12.2017r.;
6. art. 635 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy Pozwany mimo ustaleń telefonicznych poczynionych z Powódką a także poczynionych w czasie bezpośredniej rozmowy z Powódką, nie wywiązał się z zobowiązania w

terminie do 31.10.2017r., w konsekwencji czego Powódka mogła skutecznie odstąpić od zawartej umowy, co uczyniła pismem z dnia 27.12.2017r.

**I. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, które skutkowało nie wszechstronnym rozważeniem materiału dowodowego i błędnym uznaniem, że Pozwany nie zaakceptował ustaleń czynionych z Powódką w ramach zawartej umowy, a wady nagrobka nie są istotne tj. przepisów:**

**A. art. 233 § 1 k.p.c poprzez:**

1. błędna ocenę materiału dowodowe go zebranego w sprawie, wbrew logice oraz doświadczeniu życiowemu, polegającą na:

1. przyjęciu, iż opinia biegłego jest jasna, fachowa, obiektywna i nie sposób jej kwestionować w sytuacji gdy jest ona nierzetelna, została wykonana na podstawie nierzetelnych oględzin, przez najprawdopodobniej stronniczego biegłego, który wysoce prawdopodobnie miał kontakt z Pozwanym przed sporządzeniem opinii i zna się z Pozwanym, wbrew zasadom wiedzy w dziedzinie kamieniarstwa i budownictwa; a wady nagrobka są istotne tj. są wbrew zasadniczym ustaleniom stron poczynionych w ramach zawartej umowy, w tym wbrew kluczowemu celowi, aby nagrobek był wykonany rzetelnie i estetycznie; oraz kluczowej funkcji jaką winien spełniać nagrobek, czyli funkcji reprezentacyjno-estetycznej;

2. przyjęciu, że Powódka nie odstąpiła skutecznie od umowy w sytuacji gdy Powódka miała możliwość skorzystać z powyższego uprawnienia, ponieważ Pozwany wykonywał dzieło w sposób wadliwy i sprzecznie z ustaleniami poczynionymi przez Strony zaakceptowanymi przez Pozwanego, wbrew ustalonemu terminowi do ukończenia dzieła, nie wywiązał się z powyższego zobowiązania i brak było podstaw by twierdzić, że dzieło bez wad ukończy w terminie do 31.10.2017r. a po wezwaniu go przez Powódkę do usunięcia wad w wyznaczonym terminie, zignorował żądanie Powódki, w konsekwencji czego Powódka wystosowała pismo z dnia 27.12.2017r., w którym skutecznie odstąpiła od zawartej umowy;

3. przyjęciu, że Pozwany pozostawał w gotowości do ukończenia prac zgodnie z ustaleniami stron, ale na skutek działań Powódki został pozbawiony tej możliwości w sytuacji gdy dnia 31.10.2017r. podczas spotkania Powódki i Pozwanego na cmentarzu, Powódka wyłącznie wskazała na wady płyty wierzchniej (dwa rażące odpryski) i zażądała ich usunięcia przez Pozwanego, Powódka przebywała na cmentarzu wraz z Pozwanym zaledwie od ok. godz. 19.45 do ok. godziny 20.30, po czym zostawiła Pozwanego na cmentarzu; Powódka nigdy nie uniemożliwiła montażu płyty napisowej, to sam Pozwany z własnej woli nie podjął się montażu płyty napisowej;

4. nienadanie właściwego znaczenia dowodowi z opinii Powiatowego Rzecznika Praw Konsumentów w K. w przedmiocie stanowiska w sprawie umowy zawartej między Stronami w sytuacji gdy był to dowód z dokumentu dowodzący na istotne okoliczności w sprawie, sporządzony przez podmiot wyspecjalizowany, obiektywny, niezwiązany ze stronami, wskazujący na zasadność roszczeń Powódki oraz skuteczność odstąpienia od umowy;

5. nienadanie właściwego znaczenia zwrotowi przelewu dokonanego przez Powódkę na rzecz Pozwanego dnia 12.10.2017r. w sytuacji gdy Powódka popełniła wyłącznie omyłkę pisarską w tytule przelewu, co wyjaśniła telefonicznie w rozmowie z Pozwanym i w wiadomości e mail z tego samego dnia w którym nastąpił zwrot przelewu a umowa między stronami w dalszym ciągu trwała, w tym Pozwany realizował wykonanie dzieła w postaci zamówionego nagrobka;

6. nienadanie właściwego znaczenia zdjęciom dołączonym do wiadomości email, skierowanymi przez Powódkę do Pozwanego, które stanowiły pierwowzór nagrobka, oczekiwanego przez Powódkę w sytuacji gdy z nich jasno wynikało jak nagrobek ma wyglądać i zamówione dzieło, konsekwentnie jakiego dzieła do wykonania podjął się Pozwany;

7. nienadanie właściwego znaczenia relacji między Powódką a Pozwanym tj. iż jest to relacja Konsument-Przedsiębiorca, w której silniejszą pozycję ma Przedsiębiorca i to on winien ustalić w sposób jasny warunki umowy a także winien zachować szczególną staranność przy wykonywaniu dzieła;

8. pominięcie, iż ze zdjęć dołączonych do wiadomości mailowych wynikało, że płyta napisowa ma być posadowiona na gradusie (na oddzielnej płycie);

9. Pozwany dokonał naprawy nagrobka co miało znaczenie dla sprawy w sytuacji gdy podjęte przez niego działania nastąpiły po odstąpieniu przez Powódkę od umowy, w toku postępowania sądowego, i były to zmiany których Powódka nie chciała, ponieważ ponownie zostały wykonane wadliwie;

B. art. 205<sup>12</sup>§ 2 kpc poprzez oddalenie wniosku dowodowego o uzupełnienie dowodu z opinii biegłego celem dokonania pomiarów wewnątrz nagrobka oraz zbadania wpływu powiększających się szpar- szczelin w nagrobku na trwałość i stabilność nagrobka w sytuacji gdy dowód miał istotne znaczenie dla postępowania i dotyczył kluczowej kwestii istotności wad nagrobka i ich wpływu na jakość, estetykę nagrobka, nie zmierzał do przedłużenia postępowania

## **II. *sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, skutkującą błędnym uznaniem, że Pozwany nie zaakceptował ustaleń czynionych z Powódką w ramach zawartej umowy, a wady nagrobka nie są istotne tj.:***

A. Rozmowy i konsultacje telefoniczne odnośnie zlecenia wykonania nagrobka początkowo nie doprowadziły do przyjęcia zlecenia podczas gdy umowa została zawarta między stronami 6 sierpnia 2017r.

B. Powódka wysyłała do Pozwanego oświadczenia woli o różnej treści odnośnie wykonania nagrobka podczas gdy projekt wykonania nagrobka Powódki był cały czas taki sam przez cały okres trwania umowy; w tym oczekiwania co do wyglądu oraz wymiarów nagrobka Powódka wskazała identyczne zarówno w wiadomości z 11.09 2017r. jak i z 12.10.2017r.;

C. Powódka wysyłała do Pozwanego oświadczenia woli o różnej treści odnośnie wykonania nagrobka w sytuacji gdy Sąd ustalił jednocześnie, iż analiza zdjęć dołączonych do wiadomości mail Powódki oraz sposób obróbki powierzchni bocznych płyty nakrywowej (odbijanie) i wygląd płyty pionowej (płaskorzeźby) wskazują, że Pozwany znał życzenia Powódki odnośnie wyglądu istotnych elementów nagrobka i te wymogi akceptował, zlecił wykonanie tych płyt zgodnie z oczekiwaniami Powódki (str. 8 ostatni akapit uzasadnienia), co prowadzi do wniosku, że wiadome dla Pozwanego i jasne były oczekiwania Powódki co do końcowego efektu, tym bardziej, że zostały mu przez Powódkę nadesłane zdjęcia pierwowzory nagrobka;

D. Przedmiotem umowy o dzieło było wykonanie nagrobka i jego montaż o ustalonych właściwościach, nagrobki są wyrazem upodobań artystycznych, estetycznych, światopoglądowych osoby zamawiającej ich wykonanie, niewątpliwie duże znaczenie mają również walory estetyczne materiału z którego wykonany jest nagrobek a także jego trwałość, mając na względzie panujące warunki atmosferyczne w sytuacji gdy nagrobek zawiera liczne, postępujące na skutek zmian pogodowych- śniegu/ deszczu nieestetyczne szpary- szczeliny, nie ma umiejscowionej płyty zwanej gradusem, na którym winna być umieszczona płyta napisowa (powyższe było istotną częścią projektu Powódki, którą omawiała z Pozwanym), dochodzi do przemieszczania się elementów poziomych stanowiących podłoże pod elementy obudowy pionowej; krawędź boczna lewa podłużna płyty nakrywowej jest nierówna i wciągnięta około 2cm !; płyta nakrywowa jest ułożona niesymetrycznie, z lewej strony wystaje 8 cm, z prawej 7 cm, na podbudowie betonowej odwarstwia się obrzutka cementowa, w wielu miejscach są odwarstwienia, w fundamencie pozostawiony jest drewniany element, który powoduje rozsadzanie fundamentu, w narożniku fundamentu betonowego jest pustka, które to wady łącznie należy zakwalifikować jako istotne. ponieważ są wbrew ustaleniom stron poczynionych w ramach zawartej umowy, w tym wbrew kluczowemu celowi, aby nagrobek był wykonany rzetelnie i estetycznie; oraz kluczowej funkcji jaką winien spełniać nagrobek, czyli funkcji reprezentacyjno- estetycznej;

E. Powódka do dnia 12.10.2017r. nie otrzymała odpowiedzi na kierowane do Pozwanego wiadomości e-mail w sytuacji gdy Pozwany nie ustalił z Powódką żadnego konkretnego sposobu komunikacji, wobec czego komunikacja oraz ustalenia stron odnośnie wykonania nagrobka odbywały się nie tylko w formie wysyłanych wiadomości email ale i telefonicznie czy podczas bezpośredniej rozmowy;

F Powódka zmieniała wskazania odnośnie grubości płyty napisowej podczas gdy z wiadomości email z dnia 12.10.2017r. wynika, że płyta napisowa miała mieć grubość 12-15 cm;

G. Warunki umowy zostały ustalone dnia 30.10.2017r. w sytuacji gdy z doświadczenia życiowego oraz zasad logiki wynika, że umowa na wykonanie dzieła w postaci specjalnego projektu nagrobka nie mogła zostać zawarta 30.10.2017r. i w równoległym i identycznym czasie wykonania i opłaconą; prace nad nagrobkiem rozpoczęły się znacznie wcześniej, na podstawie uprzednich ustaleń między Stronami rozpoczętych dnia 6.08.2017r.;

### **III. Na podstawie art. 368 § 1 pkt.4 kpc skarżąca wniosła o:**

A. przeprowadzenie dowodu z dokumentu:

1. wiadomości email z dnia 12.10.2017r. skierowanej przez Powódkę do Pozwanego na okoliczność niezmienności projektu oraz wymiarów nagrobka podawanych przez Powódkę, grubości płyty napisowej;
2. opinii prywatnej inż. J. K. dot. oceny jakości wykonania pomnika nagrobnego w S. na okoliczność istotności wad nagrobka, zasadności roszczenia Powódki;

B. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka

1. inż. J. K., wezwanie na adres: Wyceny Projektowanie Nadzór, (...)-(...) P., ul. (...) na okoliczność: istotnych wad powstałego nagrobka, zasadności roszczenia Powódki;
2. M. F. (1), wezwanie na adres: ul. (...), (...)-(...) S.; na okoliczność tego, że biegły sądowy inż. S. S. (1) jest jego teściem, wiedzy świadka co do kontaktów biegłego S. S. (1) z Pozwanym przed sporządzeniem opinii, braku bezstronności biegłego przy sporządzaniu opinii, rozmowy telefonicznej z Powódką o kontakcie S. S. (1) z Pozwanym przed sporządzeniem opinii;

C. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania biegłego sądowego inż. S. S. (1), ful. Skalna 7, (...)-(...) S.), który wykonał opinię, w tym opinię uzupełniającą na okoliczność kluczową dla postępowania tj. wskazania wad dzieła, sposobów ich usunięcia, opisu różnic między nagrobkiem wykonanym i zamówionym na okoliczność jego znajomości z Pozwanym, kontaktowania się przez biegłego z Pozwanym w ramach wykonania opinii w sprawie przed jej sporządzeniem dla Sądu, braku bezstronności biegłego, konieczności wykonania opinii sądowej ponownie przez niezależnego i bezstronnego biegłego;

D. wyłączenie biegłego inż. S. S. (1) i ponowne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kamieniarstwa i budownictwa przez innego biegłego sądowego oraz uznanie przeprowadzonych dowodów z opinii biegłego za niebyłe ze względu na uzasadnioną wątpliwość, co do bezstronności biegłego.

W związku z podniesionymi zarzutami skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kwoty 20.000 złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 8 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu, a nadto o zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów postępowania w sprawie za obie instancje.

Pozwany wniosł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

apelacja nie jest zasadna i podlega oddaleniu.

Sąd odwoławczy w pełni podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, które przyjmuje za własne, co czyni zbędnym ich ponowne przytaczanie w tym miejscu. Ustalenia te Sąd I Instancji poparł wnikliwą i rzetelną analizą zebranych dowodów, a ocena tych dowodów dokonana przez ten Sąd odpowiada zasadom logiki i obejmuje wszystkie okoliczności sprawy.

W pierwszej kolejności należy rozważyć zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego w szczególności art. 233 § 1 kpc bowiem prawidłowo ustalony stan faktyczny determinuje ocenę prawidłowości zastosowania prawa materialnego w sprawie. Zgodnie z dyspozycją art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Przywołany przepis statuuje zasadę swobodnej oceny dowodów, która stanowi jeden z przejawów niezawisłości sędziowskiej. Ocena dowodów polega na ich zbadaniu i podjęciu decyzji, czy została wykazana prawdziwość faktów, z których strony wywodzą skutki prawne. Celem sądu jest dokonanie określonych ustaleń faktycznych, pozytywnych bądź negatywnych i ostateczne ustalenie stanu faktycznego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami, lub gdy wnioskowanie sądu, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo – skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Wobec tego dla skuteczności zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. nie jest wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze i doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Skarżący powinien przy tym wskazać, jakie kryteria oceny zostały naruszone przez sąd przy analizie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im taką moc przyznając (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 3/05, LEX nr 180925).

Sąd Okręgowy podziela przedstawione powyżej poglądy stanowiące ugruntowany dorobek judykatury. Konfrontując ich treść ze stanowiskiem skarżącej należało uznać, że zarzuty stawiane zaskarżonemu rozstrzygnięciu nie mogą być uznane za zasadne, albowiem powódka nie wykazała, ażeby Sąd pierwszej instancji przekroczył wyznaczone w treści art. 233 § 1 k.p.c. ramy swobodnej oceny dowodów.

Przede wszystkim powódka twierdzi, że Sąd Rejonowy nieprawidłowo przyjął, iż opinia biegłego jest jasna, fachowa, obiektywna i nie sposób jej kwestionować w sytuacji gdy jest ona nierzetelna, została wykonana na podstawie nierzetelnych oględzin, przez najprawdopodobniej stronniczego biegłego, który wysoce prawdopodobnie miał kontakt z Pozwanym przed sporządzeniem opinii i zna się z Pozwanym, wbrew zasadom wiedzy w dziedzinie kamieniarstwa i budownictwa, a wady nagrobka są istotne tj. są wbrew zasadniczym ustaleniom stron poczynionych w ramach zawartej umowy, w tym wbrew kluczowemu celowi, aby nagrobek był wykonany rzetelnie i estetycznie; oraz kluczowej funkcji jaką winien spełniać nagrobek, czyli funkcji reprezentacyjno- estetycznej. Kwestionując rozstrzygnięcie Sądu I instancji apelująca wskazała również, iż Sąd niesłusznie pominął część materiału dowodowego i oddalił jej wnioski o uzupełnienie dowodu z opinii biegłego celem dokonania pomiarów wewnątrz nagrobka oraz zbadania wpływu powiększających się szpar- szczelin w nagrobku na trwałość i stabilność nagrobka w sytuacji gdy dowód miał istotne znaczenie dla postępowania i dotyczył kluczowej kwestii istotności wad nagrobka i ich wpływu na jakość, estetykę nagrobka, nie zmierzał do przedłużenia postępowania. Z powyższym stanowiskiem strony apelującej nie można się zgodzić. Przede wszystkim przypomnieć należy, że zadaniem opinii biegłego jest dostarczenie sądowi wiadomości specjalnych (art. 278 § 1 k.p.c.), udzielenie na podstawie posiadanych wiadomości fachowych i doświadczenia zawodowego informacji niezbędnych do ustalenia i oceny okoliczności sprawy. Podnieść również należy, że sąd nie jest związany opinią biegłego i powinien ją ocenić, podobnie jak inne dowody zebrane w sprawie. W ramach przyznanej swobody w ocenie dowodów – art. 233 k.p.c., Sąd I instancji powinien zbadać wiarygodność i moc dowodu z opinii biegłego sądowego dokonując oceny tego dowodu według własnego przekonania i na podstawie wszechstronnego

rozważenia zebranego materiału. (wyrok SN z 2003-10-30 IV CK 138/02 L.). Dowód z opinii biegłych jest przeprowadzony prawidłowo, jeżeli sądy uzyskały od biegłych wiadomości specjalne niezbędne do merytorycznego i prawidłowego orzekania, a tylko brak w opinii fachowego uzasadnienia wniosków końcowych, uniemożliwia prawidłową ocenę jej mocy dowodowej (wyrok SN z 2000-06-30 II UKN 617/99 OSNAPiUS 2002/1/26). Takiej oceny dokonał Sąd Rejonowy uznając opinię biegłego za miarodajną dla rozstrzygnięcia sprawy. Niemniej jednak sama polemika z opinią biegłego nie uzasadnia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (wyrok SN z 2002-01-09 II UKN 708/00 L.). Dla obalenia twierdzeń biegłego specjalisty nie wystarcza bowiem przeświadczenie strony, iż fakty wyglądają inaczej, lecz koniecznym jest również rzeczowe wykazanie, iż wystawiona przez biegłego opinia jest niespójna bądź merytorycznie błędna. Tymczasem treść apelacji takich zarzutów nie zawiera. Sąd Rejonowy rozważył opinię biegłego zarówno pisemną, jak i dwie uzupełniające, zaś ocena Sądu I instancji mieściła się w sędziowskiej zasadzie swobody oceny dowodów i jako taka zasługuje na uznanie. To, że ze zgromadzonych dowodów apelantka wyprowadza odmienne wnioski, nie jest podstawą do zakwestionowania prawidłowych ustaleń Sądu zważywszy, że nie są to ustalenia dowolne, ani też sprzeczne z zebranymi dowodami.

Kwestionując rozstrzygnięcie Sądu I instancji apelująca wskazała również, iż Sąd niesłusznie pominął część materiału dowodowego i oddalił jej wnioski o uzupełnienie dowodu z opinii biegłego celem dokonania pomiarów wewnątrz nagrobka oraz zbadania wpływu powiększających się szpar- szczelin w nagrobku na trwałość i stabilność nagrobka w sytuacji gdy dowód miał istotne znaczenie dla postępowania i dotyczył kluczowej kwestii istotności wad nagrobka i ich wpływu na jakość, estetykę nagrobka, nie zmierzał do przedłużenia postępowania. Z powyższym stanowiskiem strony apelującej nie można się zgodzić. Biegły w wydanej opinii pisemnej wskazał na wady wykonanego nagrobka i sposób ich usunięcia, a w opiniach uzupełniających ustosunkował się szczegółowo do pytań zadawanych przez stronę powodową. Przytaczanie w tym miejscu też zawartych w opinii biegłego nie jest konieczne, bowiem uczynił to Sąd Rejonowy w swoim uzasadnieniu, natomiast należy zwrócić uwagę na zasadniczą kwestię podniesioną również przez Sąd I instancji-umowa wiążąca strony nie została sporządzona na piśmie. Z ustaleń Sądu wynika, że powódka zobaczyła na placu pozwanego gotowy nagrobek i dopiero wówczas za niego zapłaciła, co oznacza, że kwestia wyglądu nagrobka nie powinna być sporna, a jedynie jakość montażu może podlegać ocenie. W tej kwestii zasadnicza jest zaś opinia biegłego, który stwierdził, że wykonanie poprawek jest możliwe i nie obniży efektu estetycznego nagrobka.

Jeśli idzie o podniesioną w apelacji kwestię stronnictwa biegłego i związanych z tym wniosków dowodowych, to Sąd Okręgowy postanowił je pominąć na podstawie art. 381 kpc. Powódka w toku postępowania przed Sądem I instancji, wnosząc o powołanie biegłego kamieniarza wniosła o pominięcie biegłego M. F., który z jej informacji był znajomym pozwanego. Sąd Rejonowy powołał biegłego S. S.. Obecnie powódka podnosi, że ten biegły jest również znajomym pozwanego. Nawet jeżeli biegły S. S. znał wcześniej pozwanego, a nie jest to wykluczone, gdyż środowisko kamieniarzy na określonym terenie prawdopodobnie nie jest duże, to nie oznacza to, że opinię tego biegłego należy zdyskwalifikować jako stronnictwą. Analiza zarówno opinii głównej jak i dwóch uzupełniających świadczy w ocenie Sądu Okręgowego, że biegły w sposób prawidłowy wykonał swoje zadanie, a opinia jest na tyle bezstronna, że wskazuje wady dzieła i sposoby ich usunięcia.

Również zarzut nienadania właściwego znaczenia dowodowi z opinii Powiatowego Rzecznika Praw Konsumentów w K. w przedmiocie stanowiska w sprawie umowy zawartej między Stronami w sytuacji, gdy był to dowód z dokumentu dowodzący na istotne okoliczności w sprawie, sporządzony przez podmiot wyspecjalizowany, obiektywny, niezwiązany ze stronami, wskazujący na zasadność roszczeń Powódki oraz skuteczność odstąpienia od umowy, jest niezasadny. Opinia Powiatowego Rzecznika Praw Konsumentów w K. nie jest dowodem w sprawie lecz wyłącznie opinią, która może być dla Sądu pomocna przy rozstrzygnięciu sprawy, ale która w żadnej mierze nie jest dla Sądu wiążąca.

Sąd Okręgowy nie stwierdził również naruszenia wskazanych w apelacji przepisów prawa materialnego. Skarżąca zarzuca naruszenie przepisu art. 65 § 1,2 k. c. w zw. z art. 627 kc. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron złożonych w ramach zawartej umowy o dzieło polegającej na przyjęciu, że Pozwany nie zaakceptował projektu nagrobka Powódki podczas, gdy zgodnym zamiarem stron było wykonanie nagrobka według projektu Powódki. Z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego wynika, że powódka wybrała i zaakceptowała nagrobek znajdujący się na placu pozwanego i dopiero , gdy obejrzała zmontowany nagrobek na cmentarzu w towarzystwie mamy, której

nagrobek się nie podobał, nie pozwoliła pozwanemu zamontować płyty napisowej i w piśmie z dnia 20 listopada zgłosiła zastrzeżenia, które dotyczyły nieterminowego i wadliwego wykonania dzieła. W piśmie tym oprócz żądania zmontowania płyty napisowej i wazonu, wskazała na konieczność zmniejszenia posadzki przy nogach, ponowne wykonanie łączenia poszczególnych części nagrobka, usunięcie zbędnych, wystających elementów z wylewki oraz wyczyszczenie wszystkich elementów nagrobka. Wskazał również na dwa odpryski na płycie. Wszystkie te wady, z wyjątkiem szerokości podłogi, której biegły za wadę nie uznał, były do usunięcia i uzupełnienia, a z pewnością nie miały cechy istotności.

Dlatego Sąd Okręgowy nie stwierdził również naruszenia przepisu art. 556<sup>1</sup> § 1 pkt. 1, 2, 3, § 3 kc i art. 560 § 4 kc poprzez uznanie, iż wady nagrobka nie są istotne, a ewentualna usuwalność wad jest automatycznie równoznaczna z nieistotnością wad w sytuacji gdy wady nagrobka mają charakter istotny; nagrobek nie posiada cech, które powinien mieć w związku z zawartą umową i ustaleniami Stron. Sąd Okręgowy ma świadomość, że powódka była konsumentem, a zatem oceny, czy wada była istotna, należy dokonywać z punktu widzenia kupującego, jednakże nie można tracić z pola widzenia faktu, że w sprawie brak jest umowy pisemnej, która określałaby szczegółowo cechy zamawianego dzieła, a zgromadzony materiał dowodowy w postaci zeznań świadków, pozwanego wskazuje, że pozwany zamontował nagrobek wybrany i zaakceptowany przez powódkę, która w trakcie wykonywania dzieła zmieniła swoje preferencje.

art. 636 § 1 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy Pozwany wykonywał dzieło w sposób wadliwy i sprzecznie z ustaleniami poczynionymi przez Strony zaakceptowanymi przez Pozwanego i po wezwaniu go przez Powódkę do usunięcia wad w wyznaczonym terminie, zignorował żądanie Powódki i w konsekwencji Powódka mogła skorzystać z uprawnienia skutecznego odstąpienia od umowy, co uczyniła pismem z dnia 27.12.2017r.;

Słusznie również uznał Sąd Rejonowy, że powódka nie mogła skutecznie skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy w trybie art. 635 kc, bowiem to powódka uniemożliwiła pozwanemu dokończenie dzieła i ewentualne usunięcie stwierdzonych usterek.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy, na podstawie art. 385 kpc oddalił apelację i na podstawie art. 98 kpc orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego.