

Sygn. akt I ACa 956/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jadwiga Chojnowska
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SA Elżbieta Borowska (spr.)
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w B.**

przeciwko **Województwu (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 19 września 2016 r. sygn. akt I C 798/16

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie I w ten sposób, że powództwo oddala;**

b) **w punkcie III i IV w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanego 7217 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

II. oddala apelację powoda;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego 6257 złotych tytułem zwrotu kosztów w instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

(...)w B. wnosił o zasądzenie od Województwa (...) na swoją rzecz kwoty 88.250,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 lutego 2016 roku do dnia zapłaty. Domagał się także zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

Województwo (...) wносиło o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Wyrokiem z dnia 19 września 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku częściowo uwzględnił żądanie pozwu i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 44.125,19 zł z ustawowymi odsetkami jak za opóźnienie od dnia 23 lutego 2016 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz rozstrzygnął o kosztach procesu.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 4 czerwca 2013 r. została zawarta pomiędzy stronami umowa o dofinansowanie nr (...)w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013, na mocy której Powód zobowiązał się do realizacji Projektu „Stworzenie infrastruktury oraz wdrożenie oprogramowania w(...) w B. umożliwiających uruchomienie e-usług medycznych oraz integrację z regionalnym systemem e - (...), zaś Instytucja Zarządzająca (...) przyznała dofinansowanie tego projektu w kwocie 2.365.678,97 zł. Uprawnienie i obowiązek w zakresie nałożenia korekty finansowej w stosunku do powoda będącego beneficjentem projektu współfinansowanego w ramach (...) na lata 2007-2013 wykonywał Zarząd Województwa (...) jako Instytucja Zarządzająca (...) na lata 2007-2013. Na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, do zadań Zarządu Województwa, jako Instytucji Zarządzającej programem operacyjnym współfinansowanym ze środków unijnych, należało m.in. odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów oraz zadań, o których mowa przepisach o finansach publicznych, a także ustalanie i nakładanie korekt finansowych. W § 12 ust. 1 Umowy powód (jako Beneficjent) zobowiązał się do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych (w zakresie, w jakim ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177, z póź. zm., dalej p.z.p), ma zastosowanie do Beneficjenta i Projektu). Powód wyraził też zgodę na nałożenie przez Instytucję Zarządzającą korekt finansowych w przypadku naruszenia przez niego regulacji prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub ustawy Prawo zamówień publicznych. Korekty miały być wymierzane w oparciu o zalecenia Ministerstwa Rozwoju Regionalnego – „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, w zgodzie z taryfikatorem – załącznikiem do wyżej wskazanych zaleceń i załącznikiem nr 3 do umowy.

Powód przeprowadził dwa przetargi: obejmujący zamówienie na dostawę i instalację infrastruktury sieciowo – serwerowej oraz wdrożenie oprogramowania na potrzeby projektu (...), a także zamówienie na usługę integracji systemów platformy szpitala i platformy regionalnej projektu (...) (...). Wartość szacunkowa pierwszego zamówienia określono na kwotę 1.915.000,00 zł, tj. 453.265,17 EURO, wartość szacunkową drugiego zamówienia określono na kwotę 340.000,00 zł, tj. 80.475,28 EURO. W opisie przedmiotu zamówienia w obu postępowaniach powód zastosował identyczne kody (...): (...) -8 Pakiety oprogramowania i systemy informatyczne, (...) -9 Usługi analizy systemu i programowania, (...) -6 Usługi wdrażania oprogramowania, (...) -o Usługi konfiguracji oprogramowania. Wykonawcą obu przedmiotów zamówień był ten sam wykonawca – (...) S.A.

Pismem z dnia 2 listopada 2015 r. powód wystąpił z wnioskiem o płatność końcową w ramach dofinansowanego projektu w wysokości 429.341,67 zł. Wcześniej powód otrzymał od pozwanego w ramach zaliczki kwotę 310.000,00 zł, która podlegała rozliczeniu, zatem ostatecznie do wypłaty na rzecz powoda była kwota 119.341,67 zł.

Pismem z dnia 21 grudnia 2015 r., a następnie pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. pozwany przedstawił stwierdzone przez siebie uchybienia i nieprawidłowości, których dopuścił się powód w toku realizacji umowy o dofinansowanie. Przedstawił argumentację mającą stanowić podstawę do zatrzymania środków finansowych należnych powodowi na podstawie tej umowy. Pozwany stał na stanowisku, że powód w postępowaniu przetargowym naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 22 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 36 ust. 1 pkt. 5 i 6, art. 41 pkt. 7, art. 40 ust. 3, art.

32 ust. 2 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji istniała podstawa, jak też obowiązek zastosowania przez Instytucję Zarządzającą korekty finansowej w wysokości 25 %, zgodnie z tabelą nr 1 poz. 2, tabelą nr 2 poz. 11,12, 30 taryfikatora. Za nieprawidłowości pozwany uznał niezasadne podzielenie przez powoda zamówienia na dwa, zamieszczenie niespójnych zapisów w dokumentacji przetargowej, warunek udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie dotyczącym testera i eksperta ds. baz danych nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, odstępstwo od obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na etapie oceny ofert.

W odpowiedzi na pisma pozwanego, powód przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 28 grudnia 2015 r., przygotowanym przez (...) Sp. z o.o. i podtrzymywał je trakcie procesu.

Powód uznał zasadność korekty wskazanej przez pozwanego w pkt a pisma z dnia 29 stycznia 2016 r. w kwocie 3.782,41 zł oraz odsetek od tej kwoty określonych pkt. d tego pisma. W niniejszym procesie domagał się równowartości korekt, wskazanych przez pozwanego w pkt. b, c, e pisma z dnia 29 stycznia 2016 r. Pismem z dnia 16 lutego 2016 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty – tytułem wymierzonych korekt – kwoty 88.250,37 zł, lecz pozwany odmówił pismem z dnia 9 marca 2016 r.

Powód stał na stanowisku, że przeprowadzone przez niego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach dofinansowanego projektu, nie doprowadziły do wystąpienia realnej szkody, ani nawet nie sprowadziły zagrożenia jej wystąpienia, gdyż wybór oferty w postępowaniu „na integrację” zagwarantował optymalne wykorzystanie przeznaczonych na realizację tej inwestycji środków finansowych. Wskazywał, że nie miało miejsca finansowanie wydatków nieuzasadnionych, a zarzucane przez pozwanego uchybienia nie mogły w żaden sposób wpłynąć na pogorszenie interesów fiskalnych Unii Europejskiej. Zarzucił pozwanemu, że automatycznie i bezrefleksyjnie przypisał podnoszone przez siebie uchybienia do określonych pozycji taryfikatora. Zdaniem powoda pozwany nie uzasadnił też, dlaczego wybrał przy ustaleniu wysokości korekty metodę wskaźnikową a nie dyferencyjną. Nadto podkreślał, iż pozwany dokonał błędnej interpretacji „nieprawidłowości” i niezasadnie zastosował ją do zachowań powoda. Pozwany bowiem – w ocenie powoda – winien był przeanalizować i wykazać, że stwierdzone uchybienia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych spowodowały lub mogły spowodować szkodę w budżecie Wspólnoty lub budżecie kraju. Bez wykazania tych okoliczności, zdaniem powoda, wypłata środków mogłaby być zablokowana w sytuacji błahego naruszenia jakiegokolwiek przepisu, mimo braku wystąpienia jakiejkolwiek szkody. Powód ocenił, że byłaby to niewspółmierna dolegliwość w stosunku do wagi uchybienia i wypaczałaby sens pomocy unijnej. Powód poddał w wątpliwość możliwość zastosowania przepisu dotyczącego nieprawidłowości w stosunku do niego. Wywiódł, że nie jest podmiotem gospodarczym, a w świetle definicji z art. 2 pkt. 7 Rozporządzenia Rady WE nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006 r. nieprawidłowością jest naruszenie przepisów (powodujące lub mogące spowodować szkodę) przez podmiot gospodarczy. Podnosił, że jest podmiotem leczniczym, nie jest przedsiębiorcą, nie prowadzi działalności gospodarczej, więc nie może być uznany za podmiot gospodarczy – a tylko taki jego zdaniem może dopuścić się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006

W odpowiedzi na powyższe pozwany wyjaśnił, iż skutki finansowe naruszeń dokonanych przez powoda są pośrednie, rozproszone i trudne do oszacowania, co przemawiało za posłużeniem się metodą wskaźnikową przy ustalaniu wysokości korekty. Pozwany przytoczył orzecznictwo na poparcie tezy, że nie zachodzi konieczność poddawania ocenie rozmiaru i skutków finansowych naruszenia przepisów przez Beneficjenta. Podkreślał, iż „szkoda” nie musi oznaczać powstania faktycznego uszczerbku majątkowego w budżecie UE, lecz wystarczy ryzyko jego wystąpienia i już sama ta potencjalna możliwość wystąpienia powoduje konieczność zastosowania odpowiednich sankcji w postaci korekt. Zwrócił uwagę, że przepisy w zakresie udzielania zamówień publicznych zostały ustanowione m.in. w celu zapewnienia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji podczas pozyskiwania przez przedsiębiorców zamówień. Pozwany zaprzeczył, aby uznawał, że wypłata środków finansowych mogła być zablokowana w razie błahego naruszenia jakiegokolwiek przepisu przez Beneficjenta. Zaznaczył, że przy realizacji przetargów powód dopuścił się również takich naruszeń, które wymienione zostały enumeratywnie w piśmie z dnia 27 stycznia 2016 r., a za które nie zastosowano korekty finansowej. Nie zgodził się pozwany ze stanowiskiem powoda, jakoby nie miał on przymiotu „podmiotu gospodarczego” i stąd też nie może w ogóle ponosić odpowiedzialności za nieprawidłowości,

które to stanowisko pozwany uznał za wprost sprzeczne z przepisami prawa. Podał przy tym definicję z rozporządzenia ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 i rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie (...) mającego jego zdaniem zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd wstępnie zaznaczył, że powód dochodził zapłaty 88.250,37 zł z powodu naliczenia przez stronę pozwaną korekty finansowej w związku z realizacją zawartej pomiędzy stronami umowy z dnia 4 czerwca 2013 r. nr(...)w celu dofinansowania realizacji przez powoda projektu „Stworzenie infrastruktury oraz wdrożenie oprogramowania w (...) w B. umożliwiających uruchomienie e-usług medycznych oraz integrację z regionalnym systemem (...)”. Nałożenie korekty finansowej przez pozwanego na powoda było więc rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując w/w umowę. Ustalenie i nałożenie korekt finansowych było skutkiem niewykonania Umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi – był to rodzaj sankcji za nieprzestrzeganie ustawy Prawo zamówień publicznych, którą to sankcję powód zaakceptował w chwili zawierania Umowy. W tej sytuacji Sąd przyjął, iż podstawą prawną żądania powoda był art. 471 k.c., regulujący odpowiedzialność kontaktową wobec siebie stron zobowiązania. Przepis stanowi zasadniczą podstawę dla odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Sąd uznał, że szkoda w tej sprawie nie oznacza szkody faktycznie zaistniałej, ale też możliwość jej wystąpienia – taka sytuacja w sprawie niniejszej miała miejsce. Wskazał, że pozwany prawidłowo zastosował metodę wskaźnikową do obliczenia tej szkody, albowiem obliczenie konkretnego rozmiaru szkody było w tym wypadku trudne do oszacowania. Jakkolwiek ostatecznie Sąd uznał, iż wskaźnik w innej wysokości niż przyjął pozwany był stosowny do ustalenia korekty za dokonane przez powoda naruszenia (o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia), o tyle sam wybór metody ustalenia wysokości szkody przyjęty przez pozwanego był właściwy.

Odnosząc się do kolejnej spornej pomiędzy stronami kwestii, a mianowicie statusu szpitala (powoda) jako podmiotu mogącego ponosić odpowiedzialność za nieprawidłowości, Sąd uznał, iż wypełnia on definicję podmiotu gospodarczego przewidzianą w art. 27 lit. a) rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu (...). Zastosowanie powyższej regulacji strony wprost przewidziały w § 22 pkt. 1 umowy o dofinansowanie.

W dalszej kolejności Sąd stwierdził, że interpretacja „nieprawidłowości”, o których mowa w przepisie art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 prowadzi do wniosku, że już samo finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego UE, za jaki należy uznać wydatek poniesiony z naruszeniem prawa, stanowi o wystąpieniu potencjalnej szkody będącej elementem nieprawidłowości. Sąd zauważył bowiem, że przepisy w zakresie udzielania zamówień publicznych zostały ustanowione m.in. w celu zapewnienia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji podczas pozyskiwania przez przedsiębiorców zamówień. W konsekwencji przyznał rację pozwanemu, zwracającemu uwagę na to, że naruszenie przepisów w zakresie zamówień publicznych mające negatywny wpływ na funkcjonowanie mechanizmów zapewniających uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców na rynku Unii Europejskiej, stanowi o nieprawidłowości, a w konsekwencji prowadzić będzie do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE. Jednocześnie nie zgodził się z twierdzeniami powoda, że pozwany za wszelkie naruszenia zastosował korektę finansową – jak wynika, bowiem z okoliczności sprawy, zaistniały również takie naruszenia (enumeratywnie wskazane w piśmie pozwanego z dnia 27 stycznia 2016 r.), które miały charakter wyłącznie formalny i nie skutkowały zastosowaniem korekty finansowej.

W świetle powyższego Sąd jako zasadne potraktował twierdzenia pozwanego o nieprawidłowościach, jakich dopuścił się powód przy przeprowadzaniu przetargów.

Odnosząc się do poszczególnych nieprawidłowości wskazał, iż podziela stanowisko pozwanego o nieuprawnionym rozdzieleniu zamówienia na dwa odrębne zamówienia. Sąd, odwołując się do przepisów art. 32 ust. 1, 2 i 4

p.z.p., doszedł do przekonania, że powód w przypadku zamówień realizowanych w oparciu o obowiązującą strony umowę o dofinansowanie Projektu, szacunkową wartość zamówienia winien był ustalić z uwzględnieniem wszystkich dostaw/usług tożsamyh przedmiotowo, przewidzianych do zrealizowania w całym okresie realizacji Projektu. Tymczasem za tożsamością przedmiotową obu zamówień na dostawę i instalację infrastruktury sieciowo - serwerowej i integracji systemów przemawiał określony przez powoda (Beneficjenta) w Rozdziale III pkt. 2 SIWZ opis przedmiotu zamówienia za pomocą tych samych kodów (...). Wykonawcą przedmiotu zamówienia na integrację systemów oraz instalację infrastruktury sieciowo – serwerowej był ten sam wykonawca –(...), zatem mówić można również o tożsamości podmiotowej obu zamówień. Te przesłanki zdaniem Sądu świadczyły więc o tym, iż de facto zamówienia powoda były jednym zamówieniem.

W ocenie Sądu powód chcąc potwierdzić swoje stanowisko winien zawnieoskować o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy zamówienia na dostawę infrastruktury sieciowo-serwerowej i integrację systemów informatycznych są przedmiotowo tożsame. Wobec braku takiego dowodu Sąd zgodził się zatem z pozwanym, iż powód jako Beneficjent, po prawidłowym oszacowaniu wartości zamówienia, zobowiązany był do przekazania ogłoszenia o zamówieniu na usługę integracji systemów Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, czego nie dokonał.

Zdaniem Sądu nieprawidłowości pojawiły się również w zakresie spójności ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Informacja dotycząca konieczności przedłożenia dokumentów przez wykonawców polegających na zasobach „podmiotów trzecich” przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu nie została zawarta w SIWZ, w wyniku czego zakres wymaganych dokumentów został rozszerzony. Tymczasem obowiązkiem zamawiającego jest zamieszczenie takich samych wymogów zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 47 pkt. 7 ustawy p.z.p.), jak i w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt. 5 i 6 p.z.p). Niespójne zapisy w dokumentacji przetargowej mogły wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców, a to z kolei mogło naruszać zasadę uczciwej konkurencji.

Kolejną nieprawidłowością, jakiej dopuścił się powód w ocenie Sądu było też ustalenie zbyt nadmiernych warunków udziału w postępowaniu. Powód bowiem w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków pkt. 1 c SIWZ oraz pkt III. 3.4. ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować odpowiednio wykwalifikowanymi osobami do realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca lub osoby przez niego wskazane do realizacji zamówienia spełniały poniższe warunki: tester – minimum 1 osoba, która posiada co najmniej 24 – miesięczne doświadczenie w testowaniu aplikacji oraz znajomość procedur, metod i narzędzi testowych, który uczestniczył co najmniej w 1 projekcie informatycznym o wartości co najmniej równiej lub wyższej niż 1.000.000 PLN brutto, - ekspert ds. baz danych (minimum 2 osoby), które w ciągu ostatnich 3 lat uczestniczyły w co najmniej 1 projekcie obejmujących swym zakresem budowę architektury systemów informatycznych był odpowiedzialny za zaprojektowanie architektury bazodanowej systemu IT o wartości co najmniej równej lub wyższej niż 1.000.000 PLN brutto. Zdaniem Sądu, takie warunki udziału w postępowaniu były nadmierne, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Takie sformułowanie warunków w ocenie Sądu mogło ograniczyć wykonawcom możliwość udziału w postępowaniu, a to z kolei godziłoby w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Słusznie zatem uznał pozwany, iż działanie powoda stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 p.z.p. skutkujące zastosowaniem korekty finansowej.

Zasadne były również – zdaniem Sądu – uznanie przez pozwanego za nieprawidłowość skutkującą nałożeniem korekty finansowej, działanie powoda polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków przez (...) S.A. W ten sposób powód naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy p.z.p., albowiem obowiązek z niego wynikający dotyczy zarówno oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i spełnianie wymagania określonych przez zamawiającego. Zgodnie z § 1 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia w przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego zostały wcześniej wykonane usługi wskazane w wykazie. Z przedłożonego wraz z ofertą wykazu nie wynika, że (...) S.A. wykonywał na rzecz powoda zamówienia, o którym wspomina w swoim

wyjaśnieniu. Sąd zauważył, że wiedza Beneficjenta w zakresie oceny ofert nie może być oparta na domniemaniach, że wcześniej dany wykonawca współpracował z Beneficjentem, a zatem na pewno ma wymagane doświadczenie. W takiej bowiem sytuacji traci sens – zdaniem Sądu – konieczność jednoznacznego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, co – jak wiadomo – jest jedną z głównych gwarancji równego traktowania wykonawców. W tych warunkach zasadnym było uznanie, iż działanie powoda jako zamawiającego stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy p.z.p. i skutkowało zastosowaniem korekty finansowej.

Sąd doszedł więc do wniosku, że wbrew twierdzeniom powoda pozwany w sposób dostateczny wykazał, iż powyższe naruszenia stanowiły podstawę do zastosowania wobec powoda korekty finansowej. Jednocześnie jednak Sąd uznał, iż w warunkach niniejszej sprawy należało zmiarkować nałożoną korektę. Nie dysponując jednak innymi dowodami niż te, znajdujące się w aktach sprawy, Sąd uznał (biorąc pod uwagę ilość i zakres nieprawidłowości, oraz możliwość potencjalnej szkody), iż zasadna była korekta mniejsza o połowę od zastosowanej. W związku z tym, iż pozwany nieprawidłowo wykonał zobowiązanie, obowiązany jest do naprawienia z tego tytułu szkody w wysokości odpowiednio połowy nałożonej korekty – tj., w kwocie 44.125,19 zł. Taką kwotę Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c., zaś o kosztach procesu w oparciu o art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosły obie strony.

Powód w swojej apelacji zaskarżając wyrok w części, w jakiej jego powództwo zostało oddalone, zarzucał Sądowi:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

- art. 227 k.p.c. poprzez stwierdzenie, iż dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności postępowania powoda z art. 32 ust. 2 Prawa zamówień publicznych konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy zamówienia na dostawę infrastruktury sieciowo-serwerowej i integrację systemów informatycznych są przedmiotowo tożsame,

- art. 232 k.p.c. poprzez przypisanie powodowi przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy zamówienia na dostawę infrastruktury sieciowo-serwerowej i integrację systemów informatycznych są przedmiotowo tożsame, podczas gdy to pozwany wywiódł skutek prawny z faktu rzekomej nieprawidłowości przy rozdzieleniu tych dwóch zamówień,

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie przytoczenia wyjaśnienia podstawy prawnej i sformułowania w tym zakresie właściwego uzasadnienia oraz poprzez poprzestanie na przytoczeniu przepisów prawnych bez odpowiedniego umotywowania zasadności ich zastosowania,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 27 lit. a) Rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu (...), poprzez zastosowanie definicji podmiotu gospodarczego zawartej w tym rozporządzeniu do powoda, mimo braku jakichkolwiek podstaw do tego,

- art. 2 pkt 4 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, poprzez pominięcie tego przepisu przy konstruowaniu definicji podmiotu gospodarczego oraz podmiotu, który może ponosić odpowiedzialność co do zasady za wystąpienie ewentualnych nieprawidłowości przy korzystaniu z funduszy pomocowych UE,

- art. 2 pkt 7) Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, poprzez ustalenie z naruszeniem tego przepisu, iż wystąpienie nieprawidłowości można stwierdzić bez wykazania ze strony instytucji zarządzającej w jaki sposób mogło potencjalnie dojść do wyrządzenia szkody oraz w jaki sposób, w jakiej wysokości oraz na jakich zasadach dojść mogło do finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego UE, a także poprzez ustalenie, że zakresem nieprawidłowości objęty jest stan faktyczny zaistnienia rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu publicznym, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także iż pojęciem nieprawidłowości mogą być objęte potencjalnie nawet najmniejsze formalne uchybienia w procedurze prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez uwzględnienia całokształtu okoliczności towarzyszących danemu postępowaniu oraz bez uwzględnienia wpływu ewentualnych uchybień na wynik postępowania, a w konsekwencji na skutki danego uchybienia dla budżetu UE lub finansowania z tego budżetu nieuzasadnionych wydatków,

- art. 32 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe przyjęcie, iż zachowanie powoda w zakresie przeprowadzenia oddzielnych postępowań na dostawę infrastruktury sieciowo-serwerowej oraz integrację systemów informatycznych wyczerpuje normatywną treść zakazu ustanowionego tym przepisem,

- art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art. 41 pkt 7 Pzp poprzez ustalenie, że normatywna treść tych przepisów uzasadnia wnioski, iż zaistniała rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu publicznym, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia stanowi o naruszeniu tych przepisów,

- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zastosowanie tego przepisu i przesądzenie, iż powód naruszył ten przepis przy przeprowadzeniu przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, mimo tego, że w odniesieniu do postępowania, w którym stwierdzone zostało przez Sąd naruszenie tego przepisu, brał udział tylko jeden wykonawca, a zatem nie mogło dojść do niejednakowego traktowania wykonawców,

- art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez ustalenie, iż powód zobowiązany był do zastosowania tego przepisu w ramach prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo tego, że nie zaistniały formalnoprawne przesłanki określone tym przepisem do jego zastosowania, a także mimo tego, że w postępowaniu tym brał udział tylko jeden wykonawca, a wzywanie go do uzupełnienia wykazu dostaw byłoby zbędnym formalizmem w sytuacji, gdy powód był podmiotem na rzecz którego dane dostawy zostały wykonane i miał wiedzę na temat spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

- art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez ustalenie, iż powód zobowiązany był do zastosowania tego przepisu w ramach prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo tego, że powód nie miał żadnych wątpliwości odnośnie oferty złożonej przez wykonawcę (...) S.A., a zatem nie zaistniała potrzeba wyjaśniania żadnych okoliczności związanych z dokumentami złożonymi w postępowaniu przez tego wykonawcę.

Wskazując na powyższe wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz dalszej części dochodzonych należności wraz z kosztami procesu za obie instancje.

Pozwany natomiast zaskarżył powyższy wyrok w części uwzględniającej powództwo i zarzucał mu:

D) naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 471 k.c. poprzez błędne jego zastosowanie w niniejszej sprawie polegające na uznaniu, iż Pozwany nieprawidłowo wykonał zobowiązanie i obowiązany jest do naprawienia z tego tytułu szkody w wysokości odpowiednio połowy nałożonej korekty - tj., w kwocie 44.125,19 zł,

2) art. 98 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu

Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U.UE.L.2006.210.25) - poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez bezpodstawne zamiarkowanie korekty - skutkujące ustaleniem przez Sąd kwoty korekty w dowolnej wysokości (t.j. połowę korekty zastosowanej przez pozwanego) w sytuacji braku przesłanek do tego - polegające na uznaniu przez Sąd, iż należało zamiarkować korektę o połowę, bowiem skoro w przepisie tym wskazano, iż przy określaniu wartości korekty państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze i brak jest w nim określenia sposobu ustalania wysokości korekty finansowej, to zasadna jest korekta mniejsza o połowę od zastosowanej przez pozwanego

- co było niezgodne z zaleceniami (...) Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE oraz z Taryfikatorem z 2014 r. (będącym załącznikiem do ww. zaleceń i załącznikiem nr 3 do umowy o dofinansowanie), jak też z Wytycznymi do określania korekt finansowych nakładanych na wydatki ponoszone z funduszy strukturalnych lub Funduszu Spójności w przypadku naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, opracowane przez Komisję Europejską,

- w sytuacji braku jakiegokolwiek jednoczesnego uzasadnienia i wyjaśnienia dla sposobu zamiarkowania korekty akurat do połowy oraz odniesienia wysokości ustalonej przez Sąd korekty do ilości i zakresu nieprawidłowości oraz możliwości potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej (na które to przesłanki powoływał się Sąd w uzasadnieniu wyroku) oraz w sytuacji, gdy nie uzasadniała tego ani ilość, ani też zakres nieprawidłowości, ani możliwość potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej,

3) art. 184 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.) oraz w związku z zaleceniami (...) Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE oraz z Taryfikatorem z 2014 r. (będącym załącznikiem do ww. zaleceń i załącznikiem nr 3 do umowy o dofinansowanie), jak też z Wytycznymi do określania korekt finansowych nakładanych na wydatki ponoszone z funduszy strukturalnych lub Funduszu Spójności w przypadku naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, opracowane przez Komisję Europejską - poprzez niezastosowanie tych przepisów w przedmiotowej sprawie, w sytuacji, gdy istniała podstawa do ich zastosowania,

II) naruszenie przepisów prawa procesowego mających istotny wpływ na wynik sprawy, tj.: 1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na ustaleniu przez Sąd kwoty korekty w dowolnej, arbitralnej wysokości t.j. połowę korekty zastosowanej przez pozwanego, pomimo braku przesłanek do tego, w sytuacji, gdy (wbrew twierdzeniom Sądu) nie uzasadniała tego ani ilość, ani też zakres nieprawidłowości, ani możliwość potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej i było to sprzeczne z w/w zaleceniami (...), Taryfikatorem z 2014 r. oraz z w/w Wytycznymi opracowanymi przez Komisję Europejską - co bezpośrednio skutkowało uznaniem przez Sąd, iż Pozwany nieprawidłowo wykonał zobowiązanie i obowiązany jest do naprawienia z tego tytułu szkody w wysokości odpowiednio połowy nałożonej korekty - tj., w kwocie 44.125,19 zł,

2) art. 328 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego w zw. z 233 § 1 K.p.c. poprzez stwierdzenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż „(...) Sąd uznał (biorąc pod uwagę ilość i zakres nieprawidłowości, oraz możliwość potencjalnej szkody), iż zasadna była korekta mniejsza o połowę od zastosowanej" i jednocześnie nie zawarcie w uzasadnieniu podstawy prawnej oraz wyjaśnienia w jaki sposób te okoliczności (ilość i zakres nieprawidłowości, oraz możliwość potencjalnej szkody) uzasadniają w przedmiotowej sprawie ustalenie połowy korekty zastosowanej przez pozwanego i wobec braku jakiegokolwiek jednoczesnego odniesienia wysokości ustalonej przez Sąd korekty do stwierdzonej w konkretnej niniejszej sprawie ilości (czyli aż czterech) i zakresu nieprawidłowości oraz możliwości potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej - w sytuacji, gdy (wbrew twierdzeniom Sądu) okoliczności te nie uzasadniały zamiarkowania korekty i było to sprzeczne z w/w zaleceniami (...), Taryfikatorem z 2014 r. oraz w/w Wytycznymi opracowanymi przez Komisję Europejską - co powoduje, że wyroku Sądu nie można poddać kontroli Sądu II Instancji w zakresie głównego powodu wydanego rozstrzygnięcia, który bezpośrednio wpłynął na wynik sprawy.

W oparciu o powyższe wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje wg norm przepisanych. Jako ewentualny sformułował wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna, zaś apelacja pozwanego podlega uwzględnieniu.

Sąd I Instancji przeprowadził postępowanie dowodowe w zakresie wnioskowanym przez strony, zaś zebrane dowody poddał prawidłowej analizie. Ustalając stan faktyczny sprawy stanowiący następnie podstawę do dalszych rozważań w kwestii zastosowania w sprawie przepisów prawa materialnego wskazać należy na to, iż poczynione przez ten Sąd ustalenia znajdują odzwierciedlenie w dowodach zebranych w sprawie. Dokonana przez Sąd Okręgowy analiza prawna okoliczności faktycznych sprawy nie budzi również uzasadnionych wątpliwości, poza dopuszczalnością miarkowania wymierzonych korekt, kwestionowaną w apelacji pozwanego.

W związku z tym Sąd Apelacyjny przyjmuje poczynione przez sąd I Instancji ustalenia faktyczne oraz rozważania prawne – poza wyżej wskazanym stanowiskiem co do miarkowania korekt - jako własne bez potrzeby ich ponownego przytaczania.

Za nietrafny uznać należy zarzut zawarty w obu apelacjach naruszenia prawa procesowego, dotyczący przepisu art. 328 § 2 k.p.c. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może znaleźć uzasadnienie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny, zrozumienia toku rozumowania sądu, który doprowadził do wydania orzeczenia, gdy sfera motywacyjna pozostaje nieujawniona bądź niezrozumiała lub gdy zawarte w nim rozważania pozostają całkowicie bez związku z rozpoznawaną sprawą. Tylko bowiem w takim przypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy. Aczkolwiek uzasadnienie Sądu Okręgowego w zakresie miarkowania nałożonej korekty było lakoniczne i nie zawierało wskazania podstawy prawnej oraz wyjaśnienia w jaki sposób przywołane okoliczności uzasadniają obniżenie korekty o 50%, nadto ocena, iż warunki udziału w postępowaniu były nadmierne, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, nie została uzasadniona, to nie można uznać, aby te uchybienia powodowały, że wyroku Sądu nie można poddać kontroli Sądu II Instancji. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. należało uznać za bezzasadny.

Uzasadniony, choć pozostający bez wpływu na treść rozstrzygnięcia był zarzut obrazy art. 227 k.p.c. i art. 232 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd Okręgowy, iż dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności postępowania powoda z art. 32 ust. 2 p.z.p. konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy zamówienia na dostawę infrastruktury sieciowo-serwerowej i integrację systemów informatycznych są przedmiotowo tożsame. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kwestia ta nie wymaga wiadomości specjalnych i podlega ocenie sądu pod kątem zgodności z przepisami p.z.p.

W uzupełnieniu ustaleń faktycznych wskazać należy, iż umowa o dofinansowanie z dnia 4 czerwca 2013 r. była zmieniana aneksami z dnia 30.10.2014 r. (k. 160-171), 25.06.2015 r. (k. 213-224), i 14.10.2015 r. (k. 142-143). Integralnymi częściami aneksów z dnia 30.10.2014 r. i 25.06.2015 r. były zaktualizowane taryfikatory korekt finansowych. W umowie jak i w aneksach wskazano, iż tryb i sposób nakładania korekt finansowych ustala się w oparciu o zalecenia Ministra Infrastruktury i (...) ((...)) wymierzania korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych (§12 ust.4 aneksu z dnia 25.06.2015 r. i z dnia 30.10.2014r.). Wytyczne te zostały zaktualizowane przez Komisję Europejską decyzją z dnia 19 grudnia 2013 r. Nowe wytyczne dotyczące wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE, w sposób istotny modyfikowały obowiązujące dotychczas zalecenia (pismo Ministra Infrastruktury i (...) z dnia 27 maja 2014 r., k.241). Zatem do oceny prawidłowości wymierzanych korekt należało zastosować zarówno zaktualizowane wytyczne (...) jak i taryfikator z 2014 r. (k. 260-272).

Odnosząc się do apelacji powoda Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 27 lit. a) Rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu (...), poprzez zastosowanie definicji podmiotu gospodarczego zawartej w tym rozporządzeniu do powoda. Sąd Okręgowy trafnie wskazał, iż art. 27 lit. a) rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu (...). (DZ.URZ.UE.L NR 371, str. 1) zawiera definicję podmiotu, co do którego może być wymierzona korekta. Zastosowanie powyższej regulacji strony wprost przewidziały w § 22 pkt. 1 umowy o dofinansowanie. Powód nietrafnie podnosi, iż definicja ta odnosi się jedynie do podmiotów, które biorą udział we wdrażaniu pomocy z funduszy, nie zaś do korzystających z nich, gdyż w żaden sposób nie wynika to z treści tego przepisu. Zgodnie z art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006, „nieprawidłowość” oznacza jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Na gruncie tego rozporządzenia nie został jednak zdefiniowany „podmiot gospodarczy”. Pojęcie to jest zdefiniowane w art. 27 lit. a) rozporządzenia Komisji (WE), zgodnie z którym „podmiot gospodarczy” oznacza każdą osobę fizyczną, prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z Funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej. Choć definicja ta została ustalona wyłącznie na potrzeby Sekcji 4 tego rozporządzenia, tym niemniej wskazuje ona, że podmiot gospodarczy nie jest łączony z pojęciem działalności gospodarczej, jak wskazuje literalne rozumienie tej przesłanki. Pojęcie to odnosi się do beneficjenta środków unijnych tj. osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, realizującej projekty finansowane z budżetu państwa lub ze źródeł zagranicznych na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie projektu. Stanowisko to potwierdza okoliczność, iż w rozporządzeniu 1303/2013, uchylającym rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, w art. 2 pkt 37, podano już definicję legalną „podmiotu gospodarczego” wskazując, że oznacza on każdą osobę fizyczną lub prawną, lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z (...), z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 2 pkt 7) Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego szczegółowo wyłożone w motywach pisemnych wyroku. Definicja nieprawidłowości zawiera trzy przesłanki, które muszą być spełnione łącznie, aby móc stwierdzić wystąpienie nieprawidłowości: 1.jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego; 2.naruszenie to ma wynikać z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego; 3. naruszenie powoduje powstanie szkody lub możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku (szkoda realna lub potencjalna). Przesłanka warunkująca uznanie, że zaistniała nieprawidłowość, to wystąpienie szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, przy czym wystarcza wyłącznie potencjalna możliwość jej wystąpienia. Naruszenie prawa przez działanie podmiotu gospodarczego (beneficjenta), jeśli nie powoduje szkody (realnej) lub nie stwarza ryzyka zaistnienia szkody, nie będzie kwalifikowane zatem jako nieprawidłowość. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmuje (por. wyrok TS z 15.9.2005 r. w sprawie Irlandia przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, C-199/03; wyrok TS z 21.12.2011 r. w sprawie M. de l’I., de l’O.-mer, des C. territoriales et de l’I. przeciwko C. de commerce et d’industrie de l’I., C-465/10), że w przypadku naruszenia procedur wydatkowania środków z UE szkoda powstaje już w momencie, gdy beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem. Zdaniem TS, nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych, mogą poważnie wpłynąć na interesy finansowe Unii oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego.

Również w orzecznictwie krajowych sądów administracyjnych z ugruntowane jest stanowisko, iż szkoda może być hipotetyczna, zatem szkodą jest już sama możliwość finansowania niezasadnego wydatku z budżetu ogólnego, co należy jednak uprawdopodobnić poprzez wykazanie związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem prawa, a finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu Unii Europejskiej. (por wyrok (...); z 12.2.2015 r., (...); z 22.5.2015 r., (...), L.). Szkoda w tak rozumianym pojęciu została w sprawie wykazana. Ustalone przez Sąd Okręgowy uchybienia w stosowaniu przepisów p.z.p. prowadziło przede wszystkim do naruszenia zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji, co miało realny wpływ na potencjalny krąg wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia, a co za tym idzie mogło spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu obraży art. 32 ust. 2 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości, a jeżeli dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia (ust. 4). Zgodnie ze stanowiskiem doktryny odrębne zamówienia dotyczą sytuacji, gdy: 1) zamówienia tego samego rodzaju mają inne przeznaczenie; 2) niemożliwe jest nabycie wielu zamówień tego samego rodzaju o takim samym przeznaczeniu u tego samego wykonawcy; 3) zamówienia tego samego rodzaju o takim samym przeznaczeniu nie mogą być wykonane w tym samym czasie, ponieważ zamawiający nie dysponował wiedzą o nich w momencie wszczęcia postępowania; 4) zamówienia są innego rodzaju: (por. wyrok NSA z 19 marca 2014 sygn. akt II GSK 52/13).

Zamówieniami odrębnymi są również zamówienia tego samego rodzaju o takim samym lub podobnym przeznaczeniu, które mogły być wykonane przez jednego wykonawcę w tym samym lub zbliżonym czasie, a których konieczność udzielenia pojawiła się już po udzieleniu zamówień tego samego rodzaju o takim samym przeznaczeniu w trakcie roku lub innego okresu, na który został sporządzony plan rzeczowo-finansowy. Inaczej rzecz ujmując ocena zamówienia pod kątem odrębności zamówienia musi dotyczyć tożsamości przedmiotowej zamówienia (usługi tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamości czasowej zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie lub dającej się przewidzieć perspektywie czasowej i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę (tożsamość podmiotowa). Zatem z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy w tym samym czasie.

W niniejszej sprawie sporna była jedynie kwestia kryterium tożsamości czasowej zamówienia. Co do pozostałych kryteriów nie było kwestionowane, że nie uzasadniały one podziału zamówienia na części. Powód przeprowadził dwa przetargi: pierwszy obejmujący zamówienie na dostawę i instalację infrastruktury sieciowo – serwerowej oraz wdrożenie oprogramowania na potrzeby projektu (...), drugi na usługę integracji systemów platformy szpitala i platformy regionalnej projektu (...) Systemu Informatycznego (...)w (...). Powód w dniu 2.04.2014 r. dokonał szacunku przedmiotu zamówienia (k.304-305). Wartość szacunkową całego zamówienia określono na kwotę 1.915.000,00 zł netto, tj. 453.265,17euro, w tym wartość głównego zamówienia bez usługi integracji na 1.575.000 zł, zaś drugiego zamówienia określono na kwotę 340.000,00 zł, tj. 80.475,28 euro. Okoliczność podnoszona przez powoda, iż na etapie ogłoszenia pierwszego zamówienia w dniu 11.03.2014r. na dostawę i instalację infrastruktury sieciowo – serwerowej oraz wdrożenie oprogramowania, nie mogło być zaplanowane drugie zamówienie, gdyż nie działała platforma regionalna, nie może być uznana za trafną dla przyjęcia naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 p.z.p. Nieprawdziwe jest też twierdzenie apelacji powoda, iż w dacie wszczęcia pierwszego postępowania nie planował on jeszcze usługi integracji obu platform. Niewątpliwie jest bowiem, że wykonanie usługi integracji systemów platformy szpitala i platformy regionalnej było przewidziane w projekcie i umowie o dofinansowanie i było koniecznym następstwem pierwszego zamówienia. Nie sposób też uznać, aby nie można było zrealizować drugiego zamówienia w dającej się przewidzieć perspektywie czasowej, skoro sam powód twierdził, iż platforma regionalna była już tworzona, lecz nie była skończona, a oba zamówienia ostatecznie dzielił przedział czasowy 9 miesięcy.

Przesłanka tożsamości czasowej nie wymaga, aby wszystkie zamówienia częściowe były udzielane w tym samym czasie. Przesłanka tożsamości czasowej może być zatem spełniona, gdy zamawiający nie przewidział kolejnych zamówień,

choć obiektywnie były one możliwe do przewidzenia. Przesłanka tożsamości czasowej jest spełniona nie tylko, gdy zamówień można udzielić jednocześnie, ale także gdy można ich udzielić w przewidywalnej perspektywie czasowej wyznaczonej specyfiką danego zamówienia. (por. uchwała KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21.12.2011 r. KIO/KD/96/11, Legalis).

Zgodnie z art. 32 ust. 4 p.z.p. jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Zamawiający, który świadomie dzieli zamówienie na części z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów ustawy, narusza ten zakaz.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W konsekwencji działanie zamawiającego, polegające na nie opublikowaniu ogłoszeń o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowiło naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy p.z.p., gdyż łączna wartość obu zamówień przekraczałaby kwotę 207.000 euro. Wszczęcie postępowania w procedurze krajowej, zamiast unijnej, niewątpliwie miało realny wpływ na potencjalny krąg wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia, a co za tym idzie mogło spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej. Wysokość korekty w przypadku tego nieprawidłowości określona jest jedną stawką procentową - 25% (tabela 1.p.2 taryfikatora, k.245-257).

W tym miejscu podnieść należy, iż uznanie naruszenia przepisów w wyżej wskazanym zakresie przesądza o bezzasadności roszczenia powoda, nawet w razie uznania niezasadności wymierzenia pozostałych korekt. Zgodnie bowiem z wytycznymi (...) dotyczącymi stosowania korekt w przypadku wykrycia szeregu nieprawidłowości w tym samym postępowaniu w sprawie udzielania zamówień publicznych, nie kumuluje się stawek korekty; decyzję o stawce korekty podejmuje się biorąc pod uwagę najpoważniejszą nieprawidłowość (wytyczne (...), k.260-263). Oznacza to, że w przypadku pozostałych nieprawidłowości, nie można było zastosować niższej, niż 25% stawki korekty, nawet w sytuacji gdy przewidziano zróżnicowane stawki (25, 10 i 5%) ze względu na wagę nieprawidłowości. Z kolei wynikający z wytycznych wzór obliczania wysokości korekty finansowej według metody wskaźnikowej, odnosi się do 3 wielkości mających wpływ na ostateczną wysokość korekty – wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych, procentowej wysokości współfinansowania ze środków funduszy UE i wskaźnika procentowego nałożonej korekty. Wysokość korekty finansowej będzie więc taka sama przy stwierdzeniu jedynie nieprawidłowości określonej w tabeli 1.p.2 taryfikatora, która przewiduje wyłącznie stawkę 25%, jak i w przypadku stwierdzenia dalszych nieprawidłowości.

Odnosząc się jednak do pozostałych zarzutów Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu Okręgowego co do istnienia dalszych nieprawidłowości.

Powód w zarzutach apelacji nie podniósł naruszenia przez Sąd art. 22 ust.4 p.z.p. Jedynie w uzasadnieniu zawarł rozważania w tym zakresie. Przypomnieć należy, iż w dacie ogłoszenia z treści art. 22 ust.4 p.z.p. wynikało, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu dokonywać takiego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu który jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie S. S. i C. stabile edili S. przeciwko C. di M. (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie (...) SA przeciwko I. N. de G. Sanitaria (C-234/03), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy,

jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W ocenie Sądu Apelacyjnego wymóg co najmniej 1 testera, która posiada co najmniej 24 – miesięczne doświadczenie w testowaniu aplikacji oraz znajomość procedur, metod i narzędzi testowych, który uczestniczył co najmniej w 1 projekcie informatycznym o wartości co najmniej równej lub wyższej niż 1.000.000 PLN brutto, - eksperta ds. baz danych (minimum 2 osoby), które w ciągu ostatnich 3 lat uczestniczyły w co najmniej 1 projekcie obejmujących swym zakresem budowę architektury systemów informatycznych był odpowiedzialny za zaprojektowanie architektury bazodanowej systemu IT o wartości co najmniej równej lub wyższej niż 1.000.000 PLN brutto, były nadmierne. Wartość zamówienia wynosiła 340.000 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego właśnie podział zamówienia na dwa odrębne zamówienia, skutkuje uznaniem udziału warunków w postępowaniu za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Powód odnosi bowiem sformułowane warunki udziału w drugim postępowaniu i do pierwszego zamówienia, którego wartość wyniosła 1.575.000 zł. Również pozostałe warunki zamówienia - posiadanie eksperta ds. baz danych (minimum 2 osoby), były wygórowane. Nadmierne warunki zamówienia mogą ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w realizacji zamówień podobnych rodzajowo usług, ale o niższej wartości niż wskazana. Wskazane warunki nie służyły osiągnięciu celu zamówienia, ale miał charakter wykluczający.

Ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców mogło doprowadzić do wyboru droższej oferty ponieważ korzystniejsze cenowo oferty mogły zostać w ogóle niezłożone z uwagi na ograniczenia formalne. Istotne jest aby podmioty wydające publiczne pieniądze nie zakłócały gospodarki poprzez działania sprzeczne z prawem i dyskryminujące przedsiębiorców (wykonawców). Rezultatem tego typu naruszeń w szerszym aspekcie mogą być bowiem zjawiska uniemożliwiające rozwój gospodarczy np. niemożność otrzymywania atrakcyjnych zleceń przez nowopowstające podmioty, zahamowanie konkurencji cenowej i jakościowej, "dyktowanie" warunków przez przedsiębiorców faworyzowanych poprzez warunki formalne zamówień publicznych itp. (por. wyrok WSA z siedzibą w G. z dnia 8.07.2016, (...) SA/GL 154/16 L.). W konsekwencji takie sformułowanie warunków udziału w zamówieniu mogło prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Bezzasadny był też zarzut obrazy art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art. 41 pkt 7 p.z.p. poprzez ustalenie, że zaistniała rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu publicznym, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia, stanowi o naruszeniu tych przepisów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego skoro zamawiający zdecydował się na zamieszczenie również w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co nie jest oczywiście zabronione (art. 41 p.z.p. określa minimalną czyli obligatoryjną zawartość ogłoszenia o zamówieniu), a stanowi wręcz dobrą praktykę w przypadku przetargu nieograniczonego, powinien być konsekwentny, aby zapewnić przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec tego, po pierwsze - niedopuszczalne jest zamieszczanie rozbieżnych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Po drugie - niedopuszczalne jest odstępowanie w specyfikacji od żądania dokumentów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu w inny sposób niż przez odpowiednią zmianę ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zamawiający rzeczywiście nie zamierzał wymagać od wykonawców złożenia danych dokumentów. Powód zaś w ogłoszeniu żądając wykazania spełniania warunków określonych dla wykonawcy, polegających na zasobach podmiotów trzecich, również przez te podmioty, zawarł więcej wymagań, niż w SIWZ. Nadto w SIWZ zażądał dokumentu, o którym nie było mowy w ogłoszeniu – aktualnego zaświadczenie z urzędu skarbowego. Sprzeczności, które pojawiły się w obu dokumentach nie musiały być przedmiotem analizy potencjalnych wykonawców, którzy mogli działać w zaufaniu do publikowanych przez zamawiającego informacji w poszczególnych dokumentach postępowania. W konsekwencji mogło to prowadzić do niepożądanego sytuacji, że wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu podjęli odmienne decyzje co do dalszego w nim udziału, w zależności od wersji ogłoszenia, z którą się zapoznali, lub tego, czy zapoznali się również z SIWZ. W ocenie Sądu Apelacyjnego prowadzenie postępowania w ten sposób naruszało art.41 pkt 7 p.z.p. i art.36 ust.1 pkt 5 i 6 p.z.p. i nie można go uznać za zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 7 ust.1 p.z.p.

Sąd Apelacyjny nie podziela też zarzutu, uznanie za nieprawidłowość skutkującą nałożeniem korekty finansowej, działanie powoda polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków przez (...) S.A., co naruszyło art. 26 ust. 3 i 4 ustawy p.z.p.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek żądać oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych, niezależnie od trybu, w którym prowadzi postępowanie. Żądane oświadczenia i dokumenty mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek żądania oświadczeń i dokumentów odnosi się do podmiotu chcącego wziąć udział w postępowaniu i służy potwierdzeniu spełniania przez ten podmiot (wykonawcę) warunków udziału w postępowaniu. Jeśli chodzi o oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków, które zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert (art. 25 ust.1 p.z.p), to ich brak może być podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Bez znaczenia jest w związku z tym fakt, iż w postępowaniu wziął udział jeden oferent. Rację ma zatem pozwany, iż jednoznaczne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, a następnie ich egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji równego traktowania wykonawców. Twierdzenia powoda, iż miał on wiedzę o posiadaniu przez wykonawcę żądanego doświadczenia stoi w sprzeczności z zasadą transparentności postępowania i możliwości kontroli poprzez zachowanie zasady pisemności.

Wszystkie te nieprawidłowości miały wpływ na potencjalny krąg wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia, a co za tym idzie mogły spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej. Niespójności w ogłoszeniu i SIWZ mogły wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców, skutkującą ich rezygnacją z udziału w postępowaniu, zaś nadmierne warunki zamówienia, dyskryminować wykonawców o mniejszym potencjale gospodarczym.

Zatem wymierzenie korekt finansowych przez pozwanego było uzasadnione, a wytyczne (...) nakazywały w przypadku wykrycia szeregu nieprawidłowości w tym samym postępowaniu przyjąć stawkę przewidzianą za najpoważniejszą nieprawidłowość t.j. 25 %.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do miarkowania wysokości wymierzonej korekty, uznając tym samym zarzuty apelacji pozwanego za zasadne. Przepis art. 98 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U.UE.L.2006.210.25) – nie daje podstawy do dowolnego zmiarkowania wysokości nałożonej korekty. W przepisie tym wskazano, iż przy określaniu wartości korekty państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. Te zalecenia zostały sprecyzowane w wytycznych dotyczących wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE oraz w taryfikatorze z 2014 r. stanowiącym załącznik do umowy o dofinansowanie. Zarówno zalecenia jak i taryfikator, stanowią integralną część umowy stron o dofinansowanie. Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 5.08.2014 r., w sprawie III SA/787/14 zapadł w okresie kiedy taryfikator jak i zalecenia (...) miały inną treść i zezwalały na obniżenie stawki o 50% w określonych warunkach. Obecne zalecenia nie przewidują takiej możliwości. Jak już wskazano wcześniej w przypadku wykrycia szeregu nieprawidłowości w tym samym postępowaniu w sprawie udzielania zamówień publicznych, nie kumuluje się stawek korekty; decyzję o stawce korekty podejmuje się biorąc pod uwagę najpoważniejszą nieprawidłowość (wytyczne pkt.1.3 k. 263).

Zarzut obraży prawa materialnego art. 184 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.) jest o tyle mało istotny, iż strony już w umowie powołały przepisy, które są zgodne z zasadami dotyczącymi wydatkowania środków zgodnie z procedurami zawartymi w umowie międzynarodowej lub innymi obowiązującymi przy wykorzystaniu środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej w związku z realizacją programów i projektów finansowanych z tych środków.

Mając to na względzie Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. jak i w oparciu o art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji. O kosztach procesu za obie instancje postanowiono w oparciu o art. 98 §1 k.p.c. obciążając nimi powoda jako przegrywającego spór w całości.

(...)