

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maryla Domel-Jasińska (spr.)
Sędziowie:	SA Zbigniew Koźma SA Hanna Rucińska
Protokolant:	st. sekretarz sądowy Halina Szulc

po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2017 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa Powiatu (...)

przeciwko Województwu (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego i zażalenia powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 29 grudnia 2014 r. sygn. akt I C 2160/12

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punktach 1 (pierwszym) i 2 (drugim) w ten sposób, że powództwo w całości oddala;

b) w punkcie 3 (trzecim) w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.200 (siedem tysięcy dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddala zażalenie powoda;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 16.200 (szesnaście tysięcy dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego;

IV. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 815.523,85 (osiemset piętnaście tysięcy pięćset dwadzieścia trzy 85/100) złotych tytułem zwrotu spełnionego świadczenia.

Na oryginale właściwe podpisy.

V ACa 474/16, V ACz 602/17

UZASADNIENIE

Powód – Powiat (...) domagał się zasądzenia od pozwanego Województwa (...) kwoty 577.220,55 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 lipca 2012r. do dnia zapłaty, w związku z niezasadnym potrąceniem wypłat środków finansowych, dokonany na podstawie korekty finansowej, w ramach udzielonego powodowi dofinansowania ze środków Unii Europejskiej zadania inwestycyjnego w postaci budowy (...) C., zrealizowanego w oparciu o umowę z dnia 31 lipca 2009r. W ocenie powoda pozwany niezasadnie dokonał korekty finansowej, gdyż powód nie naruszył prawa zamówień publicznych w sposób zarzucony mu przez pozwanego.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa wskazując, iż powód naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i znał związane z tym konsekwencje w postaci nakładania korekty finansowej oraz wysokości tej korekty.

Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 29 grudnia 2014r. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 577.220,55 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 stycznia 2013r., oddalił dalej idące żądanie w zakresie odsetek ustawowych i rozstrzygnął o kosztach procesu przez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 16.590 zł.

Z ustaleń Sądu I instancji wynikało, że strony zawarły w dniu 31 lipca 2009r. umowę o dofinansowanie w formie zaliczki i refundacji projektu pod nazwą (...)współfinansowanego z (...) Funduszu (...). Zgodnie z (...) wskazanej umowy powód, jako beneficjent, zobowiązał się do zwrotu środków niewłaściwie wykorzystanych, przez co należy rozumieć sytuację, gdy stwierdzone zostanie wykorzystanie części dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, bez zachowania obowiązujących procedur, w sposób nienależny lub w nadmiernej wysokości. Sąd Okręgowy wskazał, iż w przypadku stwierdzenia przez instytucję zarządzającą, w roli której występował pozwany, niewłaściwego wykorzystania tych środków, wydaje ona decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin naliczania odsetek w oparciu o art. 211 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych. W przypadku braku zwrotu tych środków przez beneficjenta instytucja zarządzająca dokonuje potrącenia nieprawidłowo wykorzystanego lub pobranego dofinansowania z kwoty kolejnej transzy refundacji, albo z dotacji przeznaczonych na projekt. W przypadku braku możliwości dokonania takiego potrącenia instytucja zarządzająca podejmie czynności zmierzające do odzyskania należnych środków dofinansowania z wykorzystaniem dostępnych środków prawnych. Na podstawie (...) umowy pozwany mógł dokonać korekt finansowych w przypadku stwierdzenia naruszenia przez powoda przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, według wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 14 marca 2008r.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 29 listopada 2011r. pozwany wystosował do powoda pismo informujące o stwierdzeniu nieprawidłowości w wykorzystaniu przyznanych środków i o nałożeniu na zamówienie 10% korekty finansowej w kwocie 577.220,55 zł. W ocenie pozwanego nieprawidłowości polegały na naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wydłużenie terminu do składania ofert o 15 dni i niezamieszczeniu o tym ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a wskazanej ustawy oraz poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia o 6 miesięcy, przy jednoczesnym nieprzewidzeniu możliwości zmiany umowy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, zgodnie z art. 144 ust. 1 cyt. ustawy.

Sąd I instancji ustalił, że pozwany zawiadomił powoda, iż zgodnie z art. 207 ustawy o finansach publicznych powód jest zobowiązany zwrócić niewłaściwie wykorzystane fundusze albo wyrazić zgodę na ich potrącenie z kolejnej transzy płatności, pod rygorem podjęcia działań w postępowaniu egzekucyjnym. Powód wyraził zgodę na potrącenie nieprawidłowo wykorzystanych środków w łącznej kwocie 577.220,55 zł z kolejnych transzy dotacji, zastrzegając jednak, iż czyni to wyłącznie w celu uniknięcia dalszej blokady środków. Wobec wyrażenia zgody na potrącenie pozwany nie wydał decyzji administracyjnej o zwrocie dotacji.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany nie poniósł żadnej rzeczywistej szkody w związku z niezachowaniem przez powoda niektórych przepisów obowiązujących przy realizacji zadania objętego dofinansowaniem. Roszczenie powoda, oparte na art. 471 k.c., było według Sądu I instancji uzasadnione, gdyż strona pozwana nie wywiązała się z nałożonego umową zobowiązania i w sposób niezasadny obniżyła dofinansowanie. Powód na mocy umowy zobowiązał się do realizacji projektu w postaci budowy (...) C., w związku z czym spełnił swoje świadczenie, określone w tej umowie. Bezsporne

było między stronami, w ocenie Sądu Okręgowego, że na skutek niezachowania przez powoda niektórych norm obowiązujących przy realizacji zadania objętego dofinansowaniem żadna rzeczywista szkoda po stronie pozwanego nie powstała.

Świadczenie pozwanego polegało na wypłacie dofinansowania do realizacji inwestycji. Świadczenie to nie zostało spełnione w całości, gdyż pozwany nie wypłacił powodowi kwoty 577.220,55 zł, dokonując korekty finansowej. Sąd I instancji uznał, że obniżenie dofinansowania przez pozwanego było niezasadne, bowiem nie zostały spełnione wszystkie przesłanki odpowiedzialności kontraktowej powoda, wynikające z art. 471 k.c., gdyż nie wystąpiła po stronie pozwanego rzeczywista szkoda, będąca wynikiem nienależytego wykonania umowy przez powoda. Nadto stwierdzone uchybienia w działaniach powoda nie spowodowały także wystąpienia szkody dla budżetu unijnego.

Sąd Okręgowy wyraził pogląd, iż na gruncie łączącego strony stosunku cywilnoprawnego korekta finansowa nie może być nałożona w związku z ryzykiem wystąpienia szkody potencjalnej, albowiem korekta powinna odpowiadać wysokości szkody rzeczywistej. Samo powoływanie się przez pozwanego na naruszenie przez powoda zasady niedyskryminacji i równego traktowania oferentów jest niewystarczające do przyjęcia, że pozwany poniósł szkodę.

W związku z powyższym powództwo zostało w znacznej części uwzględnione, za wyjątkiem roszczenia o zapłatę odsetek ustawowych za okres od 17 lipca 2012r. do 2 stycznia 2013r. Oddalenie w tej części powództwa zostało uzasadnione brakiem wezwania pozwanego do zapłaty należności przed wniesieniem pozwu w niniejszej sprawie.

Uzasadniając rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd Okręgowy wskazał, że powodowi od pozwanego tytułem zwrotu kosztów procesu należy się kwota 36.079 zł, zaś zasądzona została omyłkowo kwota niższa, tj. 16.590 zł.

Pozwany złożył apelację od powyższego wyroku, domagając się jego uchylenia i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie zmiany tego wyroku w kierunku oddalenia powództwa w całości.

Skarżący zarzucił:

- a) nierozpoznanie istoty sprawy poprzez zaniechanie zbadania zarzutów merytorycznych strony pozwanej, zgłoszonych w rozpoznawanej sprawie;
- b) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z 11 lipca 2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L nr 210, poz. 25 ze zm.), zwanego dalej rozporządzeniem 1083/2006, poprzez uznanie, iż po stronie finansującego, tj. Unii Europejskiej, z powodu stwierdzonych w sprawie naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wystąpiła szkoda, przy czym Sąd Okręgowy ocenę tę ograniczył jedynie do szkody w rozumieniu kodeksu cywilnego, pomijając całkowicie skonfrontowanie ustalonych uchybień procedury prawa zamówień publicznych z definicją nieprawidłowości, określonej w wyżej wskazanej normie prawnej;
- c) naruszenie art. 471 k.c. przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż przepis ten stanowi uzasadnioną podstawę prawną roszczenia powoda i że niewykonanie zobowiązania nie jest następstwem okoliczności, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności.

Apelujący wywodził, iż Sąd Okręgowy nie dokonał próby zbadania czy w ustalonym stanie faktycznym zaistniała nieprawidłowość zdefiniowana w rozporządzeniu nr 1083/2006, co jest kluczową kwestią dla oceny zasadności dochodzonego roszczenia. Zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu nr 1083/2006 pod pojęciem nieprawidłowości rozumieć należy jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, przy czym pod pojęciem naruszenia prawa wspólnotowego należy rozumieć naruszenie prawa Unii Europejskiej oraz naruszenie prawa krajowego. W konsekwencji takie działanie uznane za nieprawidłowość prowadzi do ustanowionego prawem unijnym

obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo, w tym do nałożenia korekty finansowej.

Nadto skarżący wskazał, że zgodnie z art. 2 ust. 7 rozporządzenia 1083/2006 do stwierdzenia nieprawidłowości nie jest konieczne ustalenie powstania szkody, lecz wystarczające jest stwierdzenie, że naruszenie prawa wspólnotowego mogło spowodować szkodę rozumianą jako możliwość uszczerpkienia środków unijnych.

W ocenie pozwanego działanie powoda, naruszające przepisy z zakresu zamówień publicznych, mogły skutkować tym, iż podmiot chcący złożyć tańszą ofertę nie uzyskał informacji o przedłużeniu terminu do jej złożenia, a co za tym idzie, mogła powstać szkodą w budżecie ogólnym Unii Europejskiej poprzez finansowanie wydatku w wyższej wysokości.

Powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego w całości i o zasądzenie od niego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. Zdaniem powoda z art. 98 ust. 2 in fine rozporządzenia nr (...) państwo członkowskie dokonując korekty bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze, w związku z czym szkodą uzasadniająca dokonanie takiej korekty musi być wymierna i rzeczywista, a nie tylko potencjalna. Dodatkowo powód wskazał, iż załącznik do wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 4 marca 2008r. p.n. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, zawierający przykładowe kategorie nieprawidłowości, ich opis i kwalifikację prawną, nie wymienia przypadków naruszeń zarzuczanych powodowi.

Powód wniósł zażalenie na postanowienie o kosztach procesu, zawarte w punkcie trzecim wyroku Sądu Okręgowego, domagając się jego zmiany przez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 36.079 zł tytułem zwrotu tych kosztów, w miejsce zasądzonej kwoty 16.590 zł, oraz zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyrokiem z dnia 17 grudnia 2015r. oddalił w całości apelację pozwanego, uwzględnił w całości zażalenie powoda i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany nie miał podstaw do nałożenia korekty finansowej w świetle art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006, w związku z naruszeniem przez powoda art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, wynikającym z niezamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych o wydłużeniu składania ofert o 15 dni oraz art. 144 ust. 1 tej ustawy, przez wydłużenie terminu realizacji zamówienia o 6 miesięcy przy jednoczesnym braku uprzedniego przewidzenia możliwości zmiany umowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż wskazany przepis rozporządzenia 1083/2006 definicję nieprawidłowości wyraźnie połączył nie tylko z naruszeniem prawa, ale wskazał również na okoliczność, aby to naruszenie powodowało lub mogło powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w przepisie tym chodzi o szkodę rzeczywistą lub potencjalną, jednak tylko wtedy, gdy istnieją w okolicznościach sprawy przesłanki do stwierdzenia, że naruszenie prawa mogło spowodować szkodę. Sąd Apelacyjny podniósł, iż strona pozwana nie wykazała, aby w okolicznościach sprawy sam fakt nieopublikowania w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o wydłużeniu terminu do składania ofert oraz o wydłużeniu umownego terminu realizacji zamówienia mógł potencjalnie wywołać szkodę dla budżetu Unii Europejskiej.

Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 8 marca 2017r. sygn. akt IV CSK 327/16, po rozpoznaniu skargi kasacyjnej pozwanego, uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 grudnia 2015r. i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

W pisemnych motywach swojego wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że pozwany trafnie zarzucił błędną interpretację przez Sąd Apelacyjny art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006. Według tego przepisu przez nieprawidłowość należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Zgodnie z art. 98 ust. 2 rozporządzenia państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi

nieprawidłowościami, stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. W polskim prawie uszczegółowieniem tej regulacji jest art. 207 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z art. 207 ust. 1 tej ustawy, w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są: 1) wykorzystywane niezgodnie z przeznaczeniem, 2) wykorzystywane z naruszeniem procedur o których mowa w art. 184, 3) pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości – podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy. Z kolei według art. 207 ust. 8 cyt. ustawy w przypadku stwierdzenia okoliczności, o których mowa w ust. 1 właściwa instytucja, wzywa do: 1) zwrotu środków, lub 2) wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż w rozpoznawanej sprawie doszło do wyrażenia zgody przez powoda na potrącenie dochodzonej kwoty z przyszłych transz dotacji, przy bezspornym naruszeniu przez powoda art. 38 ust. 4a oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, sprowadzającym się do nieopublikowania w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o wydłużeniu o 15 dni terminu do składania ofert oraz zmiany zawartej już umowy o wydłużeniu o 6 miesięcy terminu wykonania umowy, mimo braku uprzedniego zastrzeżenia o takiej możliwości zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu. Powód domagając się zwrotu potrąconej należności twierdził, że wskazane naruszenie ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie spowodowało ani nie mogło spowodować szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

Sąd Najwyższy podkreślił, iż w stanie faktycznym sprawy główne zagadnienie sprowadza się do wykładni pojęcia „nieprawidłowości” w kontekście wymagania zaistnienia możliwości wystąpienia szkody (szkody potencjalnej) w budżecie ogólnym UE, a także, czy uchybienie powoda, polegające na naruszeniu powołanych wyżej przepisów, było wystarczającym warunkiem dokonania potrącenia.

Sąd Najwyższy odwołał się do pojęcia nieprawidłowości w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W orzecznictwie tym nie ma wątpliwości, iż naruszenie prawa wspólnotowego w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 odnosi się również do naruszeń przepisów prawa krajowego, znajdujących zastosowanie do działań finansowanych z funduszy strukturalnych (np. wyrok TS z 26 maja 2016r. w połączonych sprawach C-260/14 i C-261/14, J. N. i J. B. przeciwko M. R. si (...)). Nadto o naruszeniu uzasadniającym zastosowanie korekty, o której mowa w art. 98 ust. 2 rozporządzenia, można mówić w przypadku naruszenia przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych, do czego odniósł się wprost Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 14 lipca 2016r. w sprawie C-406/14 W. przeciwko Ministrowi (...). Z rozstrzygnięcia tego, jak wskazał Sąd Najwyższy, można wywieść bardzo ważną konsekwencję w zakresie rozkładu ciężaru dowodu niezbędnego do ustalenia, czy dane zachowanie beneficjenta mogło mieć wpływ na budżet ogólny Unii Europejskiej. Ciężar dowodu w tym zakresie powinien spoczywać na tym, kto powołuje się na tę okoliczność. W rozpoznawanej sprawie to powód powołuje się na okoliczność, że wykluczone jest, aby popełnione przez niego uchybienie mogło spowodować (choćby hipotetycznie) szkodę w budżecie Unii Europejskiej. Błędnie zatem uznał Sąd Apelacyjny, że ciężar dowodu w powyższym zakresie spoczywał na pozwanym. Sąd Najwyższy stwierdził, iż samo gołosłowne twierdzenie powoda nie może być jednak wystarczające, jeśli weźmie się pod uwagę, że naruszenie prawa zamówień publicznych przez wydłużenie terminu do składania ofert oraz zmiana istotnych warunków zamówienia przez przedłużenie o 6 miesięcy terminu do wykonania umowy, bez stosownego ogłoszenia mogło mieć wpływ na krąg zgłaszających się oferentów oraz wysokość proponowanych przez nich stawek wynagrodzenia. Jeśli powód twierdzi, że jest inaczej, czyli wykluczone jest, aby uchybienie takie mogło wywołać szkodę, powinien to wykazać i to na nim spoczywa ciężar dowodu (art. 6 k.c.).

Sąd Najwyższy podkreślił także, że szczególna interpretacja postanowień rozporządzenia nr 1083/2006 jest uzasadniona podkreślaną w orzecznictwie europejskim zasadą, że Unia zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii (wyrok TS z 21 grudnia 2011, C-465/10, (...)).

Po ponownym rozpoznaniu apelacji pozwanego Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie.

Należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego, iż skarżący, zarówno w skardze kasacyjnej jak i w apelacji trafnie zarzucił naruszenie przez Sąd I instancji art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 przez uznanie, że po stronie finansującego, tj. Unii Europejskiej, z powodu stwierdzonych w sprawie bezspornych naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych, nie wystąpiła szkoda. Sąd Okręgowy rozważał wystąpienie szkody po stronie pozwanego wyłącznie w rozumieniu art. 471 k.c., bez odniesienia się do art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006, przyjmując za zasadny pogląd, iż „korekta finansowa nie może być nałożona w związku z ryzykiem wystąpienia jakiejś szkody, czyli z tzw. szkodą potencjalną”, lecz „wysokość korekty powinna odpowiadać wysokości rzeczywistej szkody”.

Ze stanowiskiem Sądu Okręgowego nie można się zgodzić.

Przede wszystkim w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 została przedstawiona definicja nieprawidłowości, którą jest jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Z definicji tej wynika, że naruszenie przez beneficjenta dotacji unijnych przepisów prawa wspólnotowego, którymi są również przepisy wewnętrzne państwa członkowskiego, aby mogło być uznane za nieprawidłowość skutkującą w myśl art. 98 ust. 2 rozporządzenia dokonaniem korekt finansowych, polegających na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego, winno wywołać szkodę, a więc szkodę rzeczywistą lub mogłoby spowodować szkodę (szkodę potencjalną). Żaden natomiast przepis rozporządzenia nr 1083/2006 nie wymaga, aby „wysokość korekty powinna odpowiadać wysokości rzeczywistej szkody”, gdyż korekta finansowa w rozumieniu art. 98 ust. 2 rozporządzenia nie jest odszkodowaniem lecz sankcją dla beneficjenta środków unijnych za dopuszczenie się przy realizacji programu operacyjnego nieprawidłowości określonych w art. 2 pkt 7 rozporządzenia, które powodują lub mogłyby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

W rozpoznawanej sprawie było bezsporne, że powód dopuścił się naruszenia przepisów prawa wspólnotowego, tj. art. 38 ust. 4a oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieopublikowanie w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o wydłużeniu o 15 dni terminu na składanie ofert oraz zmiany zawartej już umowy o wydłużeniu o 6 miesięcy terminu wykonania umowy, mimo braku uprzedniego zastrzeżenia o takiej możliwości zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu.

Twierdzenie powoda o tym, że wskazane naruszenia nie spowodowały ani nie mogły spowodować szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie zostało wykazane. W szczególności zeznania świadków, na które powoływał się pełnomocnik powoda na rozprawie apelacyjnej w dniu 24 sierpnia 2017r., wywodząc, że po stronie budżetu ogólnego Unii Europejskiej nie doszło do powstania szkody, nie odnosiły się w ogóle do szkody potencjalnej. Wskazać należy, że do nałożenia korekty nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wystąpienia. Wystarczającym jest naruszenie prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. W powyższym zakresie Sąd Apelacyjny akceptuje stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 16 stycznia 2014r., II GSK 1551/12 (Lex nr 1452685). Postępowanie powoda, polegające na wydłużeniu terminu do składania ofert o 15 dni, bez podania o tym informacji w Biuletynie Zamówień Publicznych, mogło w ocenie Sądu Apelacyjnego doprowadzić do nieuzasadnionego wydatkowania środków unijnych, gdyż informacja o przesunięciu terminu składania ofert mogła nie dotrzeć do wykonawców, którzy zaproponowaliby korzystniejszą ofertę. Z kolei zmiana terminu wykonania umowy, aż o 6 miesięcy, stanowiła zmianę warunków o tyle istotną, że ofertę mógł złożyć inny podmiot, któremu np. pierwotny termin, z uwagi na harmonogram wykonywania innych zleceń, nie odpowiadał.

Biuletyn Zamówień Publicznych stanowi podstawowe źródło pozyskania przez potencjalnych wykonawców informacji na temat przetargów, do których mogliby przystąpić ze swoją ofertą. Dlatego wszelkie zmiany zamówienia, w tym dotyczące wydłużenia terminu do składania ofert, a także zmiany elementów specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, zwłaszcza co do wydłużenia terminu wykonania zamówienia, powinny zostać zamieszczone w ramach ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Brak takiego ogłoszenia mógł wpłynąć na zwięźenie kręgu potencjalnych oferentów startujących w przetargu, również oferentów mogących potencjalnie złożyć korzystniejsze oferty. Naruszenia powyższe należało zatem uznać za nieprawidłowość zdefiniowaną w art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, uzasadniającą naliczenie powodowi przez pozwanego korekty.

Powód naruszył także art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Na skutek braku podania informacji w Biuletynie Zamówień Publicznych o wydłużeniu terminu na składanie ofert i o wydłużeniu o 6 miesięcy terminu wykonania umowy, przy jednoczesnym poinformowaniu przez powoda o wydłużeniu terminów wybranych tylko wykonawców, doszło do nierównego traktowania wykonawców i do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

Powstała w związku z powyższym hipotetyczna możliwość zaistnienia szkody w budżecie ogólnym UE. Wysokość naliczonej powodowi przez pozwanego – jako instytucji zarządzającej programem operacyjnym, korekty nie budziła zastrzeżeń z prawnego punktu widzenia i nie była też kwestionowana przez powoda. Kwestionowanie przez powoda naliczenia korekty co do zasady, mimo wcześniej wyrażonej zgody na dokonanie potrącenia tej korekty z kolejną transzą środków z dotacji, wynikało z niewłaściwego interpretowania przez powoda art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006 i łączenia możliwości nałożenia korekty z wystąpieniem po stronie budżetu ogólnego Unii Europejskiej wyłącznie rzeczywistej szkody finansowej, a nie szkody potencjalnej.

Dokonanie potrącenia przez pozwanego nałożonej korekty z kwotą przyszłych transz dotacji udzielonej powodowi było zatem w okolicznościach sprawy prawidłowe, zaś żądanie powoda, dotyczące zwrotu potrąconej kwoty korekty, nieuzasadnione.

W związku z powyższym na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. należało zmienić zaskarżony wyrok w punktach 1 (pierwszym) i 2 (drugim) przez oddalenie powództwa w całości oraz w punkcie 3 (trzecim) przez zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kwoty 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, obejmujących koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem I instancji.

Wobec zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa, nie było zasadne zażalenie powoda, zmierzające do zmiany postanowienia o kosztach procesu. Zażalenie to podlegało oddaleniu, w oparciu o art. 385 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego Sąd Apelacyjny rozstrzygnął na podstawie art. 98 i 99 k.p.c., z uwzględnieniem faktu, iż pozwany wygrał sprawę w postępowaniu kasacyjnym i w postępowaniu apelacyjnym. Na podstawie art. 415 k.p.c. w zw. z art. 398¹⁵ § 1 zd. drugie k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł o zwrocie przez powoda na rzecz pozwanego spełnionego świadczenia, o co pozwany wnosił już w skardze kasacyjnej.