

Sygn. akt I ACa 1710/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lipca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bożena Wiklak (spr.)

Sędziowie: SA Małgorzata Stanek

SA Jacek Pasikowski

Protokolant: stażysta Paulina Działońska

po rozpoznaniu w dniu 6 lipca 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) im. (...)

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

przeciwko (...) **spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 7 lipca 2016 r. sygn. akt X GC 228/15

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) im. (...)**

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 10.800 (dziesięć tysięcy osiemset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1710/16

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Łodzi zaskarżonym wyrokiem z 7 lipca 2016 r. oddalił powództwo spółki (...)” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. przeciwko (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności.

Rozstrzygnięcie to zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny podzielił i przyjął za własne. Wynika z nich, że dniu 21 sierpnia 2008 r. powódka jako zamawiający zawarła z konsorcjum składającym się z pozwanej i spółki (...)-Projekt umowę „Na wybór na pełnienie funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania pn. Budowa terminala pasażerskiego nr 3...”. Umowa ta dotyczyła wykonania dokumentacji projektowej, dokonania montażu i uruchomienia określonych systemów. Przy czym konsorcjanci w zakresie tego zadania inwestycyjnego podpisali umowę o podziale funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego.

Dnia 24 lutego 2010 r. powódka jako zamawiający zawarła z pozwaną umowę „Na wybór na pełnienie funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania pn. Budowa terminala pasażerskiego nr 3... w zakresie przygotowania i wykonania systemów wyposażenia i urządzeń”. W § 21 ust. 1 tej umowy wskazano, że odpowiedzialnością pozwanej objęte są szkody poniesione przez powódkę spowodowane niewykonaniem lub nienależytym (w tym nieterminowym) wykonaniem zobowiązań przez podmioty wykonujące prace przygotowawcze oraz prace związane z wykonaniem zadania, chyba że nie nastąpiły z winy pozwanej

W dniu 26 lutego 2010 r. powódka zawarła z Województwem (...) umowę o dofinansowanie projektu pn. Rozbudowa portu lotniczego... O treści tej umowy powódka nie informowała. Ani powódka, ani (...) nie zgłaszały uwag do przeprowadzonych przez pozwaną, jako inwestora zastępczego, postępowań o udzielenie zamówienia publicznego; w szczególności powódka zaakceptowała SIWZ.

Pismem z 24 maja 2011 r., wobec niedostarczenia przez powódkę pozwanej części danych materiałów potrzebnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wyposażenia (mimo stosownych wezwań), w szczególności wytycznych z § 3 ust. 1 umowy w zakresie wyposażenia poszczególnych pomieszczeń, a nadto z uwagi na przedłużenie terminu realizacji terminala, co uniemożliwia wykonanie przedmiotu umowy w terminie umownym, pozwana odstąpiła od umowy w trybie natychmiastowym na podstawie § 17 ust. 3 w zw. z § 5 ust. 3 i 4 umowy. Przy czym powódka zapłaciła pozwanej za część wykonanej umowy.

Pismem z 24 listopada 2011 r. Urząd Marszałkowski w Ł. przesłał powódce Informację pokontrolną z 22 listopada 2011 r. związaną ze sprawdzeniem poprawności przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych związanych z realizacją projektu pn. Rozbudowa portu lotniczego... W tej informacji w zakresie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które w imieniu powódki prowadziła pozwana jako inwestor zastępczy, wskazano szereg naruszeń przepisów PZP. Na prośbę pozwanej powódka przekazała pozwanej informację o wynikach kontroli. Pozwana po zapoznaniu się z Informacją pokontrolną z 22 listopada 2011 r. pozwana zgłosiła do niej szereg zastrzeżeń, nie zgadzając się z podniesionymi zarzutami. Pismo w tym przedmiocie przekazała powódce. Część zgłoszonych przez pozwaną zastrzeżeń została uwzględniona. Wobec tego, jako załącznik do pisma z 5 stycznia 2012 r., Urząd Marszałkowski w Ł. przesłał powódce Informację pokontrolną z 30 grudnia 2011 r., w której, podtrzymując stanowisko o naruszeniu niektórych przepisów PZP, oświadczył, że w związku z wykryciem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych, stosuje korektę finansową w wysokościach: 2.549.333,32 zł i 71.272.33 zł.

W późniejszym czasie powódka nie występowała już do pozwanej; nie przekazała jej (...) pokontrolnej z 30 grudnia 2011 r. Do pracowników pozwanej dotarły informacje o nałożeniu na powódkę kary finansowej. Wobec tego pozwana występowała do powódki o przekazanie dokumentów potwierdzających nałożenie kary, lecz nie uzyskała odpowiedzi – powódka uważała, że nie jest to sprawa pozwanej.

Wyrokiem z 2 kwietnia 2014 r., wydanym w sprawie o sygn. akt X GC 805/13 z powództwa pozwanej i spółki (...), Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził tytułem roszczenia głównego od powódki na rzecz pozwanej kwotę 461.899,44 zł; w sentencji tego orzeczenia nie odniesiono się do spółki (...)-Projekt bądź (...). W sprawie tej dochodzona była pozostała do zapłaty część wynagrodzenia z umowy z 21 sierpnia 2008 r. zawartej między powódką a konsorcjantami (w tym pozwaną). W dniu 6 lutego 2015 r. wyrokowi temu w całości nadano klauzulę wykonalności. Na podstawie tego wyroku pozwana wszczęła przeciw powódce egzekucję.

Pismem z 24 marca 2014 r., nadanym 28 marca 2014 r., powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 2.620.605,65 zł tytułem odszkodowania wynikłego z dokonanej korekty finansowej w związku z niezastosowaniem zasad zamówień publicznych przez pozwaną jako inwestora zastępczego. Wcześniej powódka nie występowała do pozwanej o zapłatę jakiegokolwiek odszkodowania.

Telefaksem z 25 lutego 2015 r. powódka złożyła pozwanej oświadczenie o potrąceniu wierzytelności pozwanej przysługującej jej wobec powódki na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 2 kwietnia 2014 r. w sprawie

o sygn. akt X GC 805/13, z wymagalną wierzytelnością przysługującej powódce z tytułu niewłaściwego wykonania umowy przez pozwaną w kwocie 2.620.606 zł.

W świetle poczynionych ustaleń Sąd Okręgowy stwierdził, że powództwo podlegało oddaleniu w całości jako nieusprawiedliwione co do zasady.

Sąd ten wskazał, że powódka jako podstawę swojego roszczenia powołała art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., zgodnie z którym dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane; gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może powództwo oprzeć także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, a także zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zarzut ten nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie.

Jako zdarzenie, które uzasadnia takie żądanie, powódka przywołała dokonane przez siebie potrącenie wierzytelności wzajemnej, podnosząc, że na podstawie zawartej umowy pozwana jako inwestor zastępczy przyjęła odpowiedzialność za szkody poniesione przez zamawiającego spowodowane niewykonaniem albo nienależytym wykonaniem swoich obowiązków związanych z realizacją zadania inwestycyjnego.

W ocenie Sądu pierwszej instancji powódka nie wykazała, że przysługuje jej w stosunku do pozwanej wierzytelność podlegająca potrąceniu z wierzytelnością wynikającą z wyroku w sprawie X GC 805/13.

Sąd ten wskazał, że powódka swojej szkody upatruje w sposobie wykonania przez pozwaną umowy z 24 lutego 2010 r. (nie zaś umowy, w której pozwana występowała jako członek konsorcjum). Informacja pokontrolna z 30 grudnia 2011 r., z której powódka wywodzi swoją szkodę, dotyczyła zamówień, w których pozwana występowała jako inwestor zastępczy.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ma tu znaczenia zapis § 21 ust. 1 umowy z 24 lutego 2010 r. Przepis ten stanowi bowiem powtórzenie treści art. 471 w zw. z art. 474 k.c. Odpowiedzialność kontraktowa z art. 471 k.c. uzależniona jest od wykazania przez wierzyciela wystąpienia przesłanek odpowiedzialności dłużnika, a więc niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania będącego następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, szkody i związku przyczynowego między faktem niewykonania (nienależytego wykonania) zobowiązania a szkodą (por. teza III.1 do art. 471 [w:] K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz, 2005, Nb. 14, Legalis); natomiast kwestia winy, a dokładniej rzecz ujmując dowód braku winy – na zasadzie art. 232 zd. I k.p.c. i art. 6 k.c. – obciąża dłużnika, który, aby uwolnić się od odpowiedzialności musi wykazać, że ani on, ani osoby za które ponosi odpowiedzialność, nie są odpowiedzialni za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania, co wynika to z faktu wprowadzenia przez ustawodawcę w art. 471 KC wrzuszalnego domniemania winy dłużnika (vide wyroki SN z: 28 listopada 1974 r. III CZP 77/74, OSNC nr 9 z 1975 r., poz. 133; 19 grudnia 1997 r. II CKN 531/97, Lex 496544; 27 stycznia 2004 r. I PK 222/03, Lex 465932; 7 lipca 2005 r. V CK 869/04, Lex 150649); przy czym dłużnik – zgodnie z art. 472 k.c. – odpowiedzialny jest nawet za niezachowanie należytej staranności.

Mając na uwadze przywołane przesłanki, Sąd Okręgowy uznał za zasadny zarzut pozwanej nieudowodnienia przez powódkę poniesionej przez nią szkody. W tym zakresie powódka przedstawia bowiem jedynie informacje pokontrolne, z których wynika korekta finansowa w kwocie ponad 2 mln zł; nadto z twierdzeń powódki wynika, że o taką kwotę zostało obniżone jej dofinansowanie. Mimo tego powódka nie przedłożyła ani wezwania do zwrotu wypłaconych już kwot, ani też wezwania do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, czy wreszcie decyzji administracyjnej, z której wynikałby obowiązek zwrotu otrzymanej dotacji i jej kwoty. Co więcej, nie załączyła żadnego dokumentu, poza przywołanymi informacjami pokontrolnymi, z których wynikałoby obciążenie jej powoływaną przez nią korektą w całości bądź w części. W tym zakresie powódka nie zgłosiła dalszych wniosków dowodowych ani osobowych, ani z dokumentów. Tym samym powódka nie udowodniła szkody.

W ocenie Sądu Okręgowego strona pozwana zasadnie podniosła brak wykazania powyższych okoliczności, odwołując się do art. 207 ust. 8 i ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013

r., poz. 885 ze zm.). Zgodnie z art. 207 ust. 8 tej ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie kontroli - przypadku stwierdzenia nieprawidłowości (okoliczności, o których mowa w art. 207 ust. 1), instytucja, która podpisała umowę z beneficjentem, wzywa go do:

1) zwrotu środków lub

2) do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności (zwrot środków może zostać dokonany przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi – ust. 2).

W sytuacji braku wyrażenia zgody na powyższe obciążenia, instytucja kontrolująca wydaje decyzję administracyjną, a w konsekwencji możliwość jej kwestionowania przed sądem administracyjnym.

W ocenie Sądu pierwszej instancji powódka nie udowodniła również pozostałych przesłanek z art. 471 k.c. Nie wykazała bowiem, aby pozwana nienależycie wykonała umowę. Sam fakt wydania przez osobę trzecią (...) pokontrolnej nie świadczy jeszcze o nienależytym wykonaniu umowy przez pozwaną (tym bardziej, że część zastrzeżeń wniesionych do (...) pokontrolnej z 22 listopada 2011 r., na które wskazywała pozwana, zostały uwzględnione w (...) pokontrolnej z 30 grudnia 2011 r.).

Powódka nie udowodniła również adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego (art. 361 § 1 k.c.) między obciążeniem jej korektą finansową a nienależytym wykonaniem umowy przez pozwaną. Powódka po otrzymaniu (...) pokontrolnej z 30 grudnia 2011 r. nie występowała już do pozwanej o udzielenie dalszych informacji bądź o zajęcie dalszego stanowiska, a wręcz nie reagowała na zapytania kierowane w tym przedmiocie przez pozwaną. W ocenie Sądu Okręgowego byłoby to celowe, skoro część zastrzeżeń pozwanej do (...) pokontrolnej z 22 listopada 2011 r. zostało uwzględnionych. W takim stanie rzeczy nie sposób uznać, aby obciążenie powódki korektą finansową było normalnym następstwem nienależytego wykonania umowy przez pozwaną; można wręcz korektę finansową powiązać z zaniechaniami powódki.

W ocenie Sądu Okręgowego wniosek ten petryfikuje jeszcze jedna okoliczność. Mianowicie pozwana odstąpiła od umowy z powódką z 24 lutego 2010 r. (w zakresie niewykonanym, albowiem powódka zapłaciła pozwanej część wynagrodzenia za wykonaną część umowy) z przyczyn obciążających powódkę – zwłoki w przekazaniu pozwanej części dokumentów i materiałów niezbędnych do wykonania umowy. Natomiast jeśli powódka, nie korzystając z możliwości sprzeciwienia się obciążeniu ją korektą finansową, dobrowolnie zgodziła się z obciążeniem jej kwotą tej korekty – czego zresztą nie wykazała, to brak jest podstaw do obciążenia konsekwencjami tego pozwanej. Szkodą w znaczeniu prawnym jest bowiem tylko taki uszczerbek w majątku poszkodowanego, którego doznał on wbrew swej woli (vide wyrok S.A. w Katowicach z 13 listopada 2008 r. V ACa 247/09, Lex 1143460).

Ponadto Sąd Okręgowy podkreślił, że współpraca między stronami zakończyła się w połowie 2011 r., kiedy to pismem z 24 maja 2011 r. pozwana odstąpiła od łączącej strony umowy. Druga Informacja pokontrolna jest datowana na 30 grudnia 2011 r. Z całą pewnością więc już na początku 2011r. ziściły się wszelkie przesłanki obciążenia pozwanej przez powódkę odszkodowaniem z tytułu niewykonania uprzednio łączącej strony umowy. Powódka, postępując racjonalnie już wtedy powinna żądać od pozwanej zapłaty tego odszkodowania (szczególnie jeśli swoją rzekomą szkodę wywodzi z treści (...) pokontrolnej z 30 grudnia 2011 r., nie zaś z późniejszych ewentualnych decyzji czy orzeczeń). Co więcej powódka nie powoływała się na istnienie wierzitelności wzajemnej w sprawie XGC 217/12), w której pozwana w 2012 r. wystąpiła przeciwko powódcie z powództwem o zapłatę wynagrodzenia. Okoliczność ta jest o tyle niezrozumiała, że kwota zgłoszona do potrącenia wynosi 2 620.606 złotych.

Dopiero pismem z 24 marca 2014 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty odszkodowania. W ocenie Sądu Okręgowego pismo to należy powiązać ze sprawą X GC 805/13, w której m.in. pozwana żądała od powódki zapłaty wynagrodzenia (sygn. akt przywołanej sprawy wskazuje, że musiała zostać ona wszczęta jeszcze w 2013 r.). W ocenie Sądu Okręgowego powódka, antycypując niekorzystny dla siebie wyrok w sprawie X GC 805/13, starała się znaleźć możliwość obciążenia pozwanej odszkodowaniem z tytułu niewykonania umowy. Podobnie można się odnieść do oświadczenia o potrąceniu, wysłanego telefaksem z 25 lutego 2015 r. , co zbiegło się w czasie z

wnioskiem egzekucyjnym pozwanej w sprawie Km 159/15. W ocenie Sądu Okręgowego, gdyby powódce rzeczywiście przysługiwała wierzytelność wzajemna, to z dokonaniem potrącenia tej wierzytelności nie czekałaby na wszczęcie przez pozwaną egzekucji, lecz z całą pewnością dokonałaby potrącenia w 2011 czy 2012 r., a najpóźniej bezpośrednio po wydaniu wyroku w sprawie X GC 805/13, a nie dopiero po upływie blisko roku.

Wszystko to, zdaniem Sądu Okręgowego, dodatkowo przemawia za uznaniem, że powódce nie przysługiwała wobec pozwanej zgłoszona do potrącenia wierzytelność. Powódka nie udowodniła więc jednej z koniecznych przesłanek potrącenia (art. 498 § 1 k.c.), a zatem nie wykazała, że wierzytelność pozwanej ujęta w przedmiotowym tytule wykonawczym po jego powstaniu wygasła (art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c.).

Powyższy wyrok w całości został zaskarżony apelacją strony powodowej, która zarzuciła:

1. naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego skutkującej wyprowadzeniem przez Sąd I Instancji konkluzji, że powód:

- nie udowodnił nieprawidłowego wykonania umowy przez pozwanego, a przez to także związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy doznaną szkodą a działaniami i zaniechaniami pozwanego, podczas gdy związek ten wynika z samej istoty zawartej przez strony umowy o inwestorstwo zastępcze;

- nie wykazał szkody ani co do zasady ani co do wysokości, podczas gdy zarówno fakt zaistnienia szkody po stronie powoda jak i jej wysokość wynikają wprost z dokumentu przedstawionego przez powoda;

2. obrazę art. 498 §1 k.c. w zw. z art. 499 k.c., art. 502 k.c. oraz art 840 § 1 pkt 2 k.p.c. i art. 231 k.p.c. poprzez nieprawidłowe wyprowadzenie domniemania faktycznego, polegającego na przyjęciu, że powodowi nie przysługuje wierzytelność, z którą potrącił on wierzytelność pozwanego, bo gdyby mu taka wierzytelność przysługiwała, powinien był ją potrącić wcześniej, albo wcześniej jej dochodzić, w sytuacji, w której brak jest ustawowego ograniczenia w dochodzeniu lub potrącaniu wierzytelności po upływie danego terminu.

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. pozostawiając temu Sądowi do rozstrzygnięcia kwestię kosztów postępowania.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie jest zasadna.

Wprawdzie w apelacji podniesiono zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. (przy czym z uzasadnienia apelacji nie wynika, że skarżący ma na uwadze także § 2 tego przepisu), jednak w istocie zarzuty apelacji sprowadzają się do zarzutu błędu w subsumcji. Skarżący nie podjął bowiem próby zakwestionowania ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy na podstawie zaoferowanych przez strony dowodów, kwestionując stanowisko Sądu Okręgowego uznające te dowody za niewystarczające do uznania powództwa za wykazane.

Wbrew zarzutom apelacji Sąd Okręgowy słusznie uznał, że powód że nie wykazał poniesienia szkody ani jej wysokości oraz że nie wykazał nieprawidłowego wykonania umowy przez pozwanego oraz istnienia związku przyczynowo - skutkowego między szkodą a działaniami bądź zaniechaniami pozwanego.

W ocenie skarżącego istnienie bezpośredniego związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy nieprawidłowym wykonaniem umowy przez pozwanego wynika z samej istoty umowy o inwestorstwo zastępcze. Prezentując takie stanowisko, skarżący nie baczy na to, że swoje roszczenie wywodzi z umowy, od której pozwany skutecznie odstąpił w dniu 24 maja 2011 r.

W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że odstąpienie od umowy, oparte na umowie, jak i na ustawie, jest jednoczesnym oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym, a jego skutkiem jest upadek zobowiązania *ex tunc*, co oznacza że ma moc wsteczną, powodując wygaśnięcie umowy oraz powrót do stanu istniejącego przed jej zawarciem. Artykuł 395 § 1 zdanie drugie k.c. wyraźnie stanowi, że prawo odstąpienia od umowy wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, a § 2, że w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. Tak też należy oceniać odstąpienie od umowy na podstawie ustawy, gdyż przepisy regulują wprost wyłącznie przesłanki prawa odstąpienia, nie precyzując trybu skorzystania z tego prawa. Skuteczne odstąpienie od umowy kreuje nowy stan prawny w relacjach stron; w świetle art. 395 § 2 k.c. występuje swoista fikcja prawna, gdyż umowę uważa się za niezawartą i te same skutki przyjmuje się w odniesieniu do odstąpienia ustawowego ze względu na tożsamość charakteru instytucji odstąpienia (por. wyrok SN z 21 października 2010 r., IV CSK 112/10, lex 688488).

Jedynym dowodem, jaki powód przedstawił na okoliczność nieprawidłowego wykonania umowy są umowa i informacje pokontrolne zawierające zarzuty przedstawione przez urzędników wchodzących w skład zespołu kontrolnego.

Aby można było przypisać pozwanemu odpowiedzialność za nienależyte wywiązanie się z obowiązków przygotowania i przeprowadzenia postępowań zgodnie z umową z dnia 24.02.2010r. w wyniku naruszenia przez pozwanego przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych, powód winien powołać się na to, że została wobec niego wszczęta procedura wynikająca z art. 207 ustawy o finansach publicznych. Powód nie przedłożył jednak w tym zakresie żadnych dokumentów poza Informacją pokontrolną, co słusznie zostało uznane przez Sąd Okręgowy za niewystarczające.

Pozwany nie brał udziału w postępowaniu administracyjnym w sprawie obniżenia dofinansowania i nie miał możliwości obrony swojego stanowiska. Sąd Okręgowy słusznie wskazał, że powód powinien przedstawić dowody na prawidłowość jego działań w trakcie postępowania administracyjnego. Ze swojej biernej postawy w postępowaniu administracyjnym powód nie może wywodzić korzystnych dla siebie skutków i przerzucać na pozwanego skutki swoich ewentualnych zaniedbań.

Pozwany jako inwestor zastępczy nie był stroną Umowy na dofinansowanie zawartej pomiędzy powodem a Instytucją Zarządzającą. Tym samym kontrola mogła być i była przeprowadzana u powoda i wszelkie pisma oraz informacje były kierowane wyłącznie do powoda. Pozwany nie mógł brać samodzielnego udziału ani w procedurze kontrolnej, ani ewentualnej procedurze odwoławczej, w tym składać wyjaśnień, środków odwoławczych itp.. Pozwany nie miał ani prawnych ani faktycznych możliwości innego uczestnictwa w procedurze kontrolnej i ewentualnie w postępowaniach odwoławczych jak za pośrednictwem powoda i na jego żądanie. Pozwany mógł jedynie współpracować z powodem i to wyłącznie na żądanie powoda w oparciu o zawartą z nim umowę z dnia 24.02.2010r. Jak wykazał pozwany w trakcie procesu, powód tylko raz zwrócił się do pozwanego z prośbą o pomoc w napisaniu wyjaśnień do protokołu z dnia 22.11.2011r. Pozwany w swoim piśmie z dnia 06.12.2011r. nie zgodził się z zarzutami zespołu kontrolującego podnosząc, że oba postępowania przygotował i przeprowadził prawidłowo. W szczególności pozwany nie zgodził się z zarzutem naruszenia Ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niepodanie kursu walut, wg. którego miały być przeliczane wartości podane w walutach innych niż podane przez Zamawiającego. Prezentowane przez pozwanego w tym zakresie stanowisko znajduje oparcie w stanowisku Ministerstwa (...) i Prezesa (...) (vide: pisma k. 257 -259).

Powód nie poinformował pozwanego o wszczęciu kontroli, aby umożliwić mu wzięcie w niej aktywnego udziału, ani o dalszym jej przebiegu i ewentualnie podjętych wobec powoda czynnościach.

Należy podkreślić, że Informacja pokontrolna była i jest tylko jednym ze wstępnych etapów postępowania administracyjnego, które winno być przeprowadzone przez Instytucję zarządzającą. Zgodnie z powołanym przez Sąd pierwszej instancji przepisem art. 207 ust. 8 i ust. 9 Ustawy o finansach publicznych oraz przepisem art. 26 ust.1 pkt 15 i pkt 15a Ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (j.t. Dz.U. 2016.383) nałożenie korekty wymaga przeprowadzenia postępowań administracyjnych i wydania przez Instytucję zarządzającą decyzji: 1) ustającej i nakładającej korektę finansową oraz 2) określającą kwotę przypisaną do zwrotu.

Jeżeli zaś powód wyraził zgodę na tego typu korekty na podstawie samej informacji pokontrolnej, nie wzywając do dalszego wzięcia udziału w sprawie pozwanego, to dopuścił się niedbalstwa w prowadzeniu własnych spraw i traktowaniu środków publicznych, co nie może obciążać pozwanego.

Sąd Okręgowy słusznie zatem uznał, że powodowi w stosunku do pozwanego nie przysługuje nadająca się do potrącenia wierzytelność. Wbrew odmiennemu stanowisku apelacji nie można uznać, że powód wykazał, że został pozbawiony części dofinansowania. W świetle niezakwestionowanych skutecznie ustaleń tego Sądu nie można także uznać, że szkoda powoda, o ile ją poniósł, nastąpiła na skutek zaniedbań pozwanego oraz aby ewentualne zaniedbania pozwanego pozostawały w związku przyczynowo – skutkowym z ewentualnym obniżeniem należnego powodowi dofinansowania. Podniesione w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego okazały się zatem nietrafne. Sąd Okręgowy słusznie bowiem uznał powództwo za niezasadne. Wbrew zarzutom apelacji Sąd Okręgowy nie posłużył się w tym zakresie argumentem wskazującym na upływ terminu do dokonania potrącenia.

Mając powyższe na uwadze i dzieląc rozważania Sądu pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015.1804).