

Sygn. akt I ACa 97/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Paweł Czepiel
Sędziowie:	SSA Grzegorz Krężolek SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Protokolant:	Iwona Mrazek

po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2019 r. w Krakowie na rozprawie
sprawy z powództwa (...) Szpitala (...) Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w K.
przeciwko Województwu (...) reprezentowanemu przez Zarząd Województwa (...)
o zapłatę
na skutek apelacji strony powodowej
od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie
z dnia 25 maja 2018 r. sygn. akt I C 1694/17

1. oddala apelację;

2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 18.750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Anna Kowacz-Braun SSA Paweł Czepiel SSA Grzegorz Krężolek

Sygn. akt I ACa 97/19

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 18 grudnia 2019 r.

Pozwem z dnia 9 października 2017 r. (...) Szpital (...) II w K. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od strony pozwanej Województwa (...) reprezentowanej przez Zarząd Województwa (...) kwoty 5.091.376,00 zł z odsetkami ustawowymi

liczonymi od 14 października 2014 do dnia zapłaty wraz z kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadniając swoje żądanie powód wskazał, że strony postępowania zawarły dwie umowy: nr(...)z dnia 15 grudnia 2009 r., z aneksami oraz nr : nr (...) z dnia 15 marca 2010 r. z aneksami. W ramach tych umów powód zobowiązał się do realizacji zaprojektowanych przedsięwzięć, w tym rozbudowy szpitala, a pozwany zobowiązał się dofinansować przedsięwzięcia w wysokości 85%. Pierwsza z umów przewidywała dofinansowanie w kwocie 60.941.531,82 zł, natomiast druga umowa w kwocie 55.170.471,02 zł, co dało łącznie kwotę 116. 112.002,84 zł. Dochodzona kwota stanowi resztę dofinansowania, które miała pokryć strona pozwana.

Województwo (...) reprezentowane przez Zarząd Województwa (...) wniosło o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany wśród zarzutów podniósł także zarzut przedawnienia powództwa co do kwoty 173.220,03 zł dot. dofinansowania projektu „Rozwój (...) Centrum (...)oraz co do kwoty 64.616,67 zł dot. projektu (...), wskazując, że powyższe kwoty wynikały z wniosków o płatność zatwierdzonych odpowiednio w dniach 12 i 21 kwietnia 2011 r. oraz 8 kwietnia i 12 maja 2011 r. Ponadto zawiązanie do próby ugodowej, które mogłoby przerwać bieg przedawnienia nastąpiło dopiero w dniu 11 lipca 2014 r., czyli już po upływie terminu przedawnienia.

Powód pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. cofnął powództwo wraz ze zrzeczeniem się roszczenia w zakresie kwoty 8.520,88 zł, podtrzymując żądanie pozwu w pozostałej części.

Postanowieniem z dnia 16 maja 2018 r. Sąd Okręgowy w związku z cofnięciem powództwa wraz ze zrzeczeniem się roszczenia w odniesieniu do kwoty 8520,88 zł umorzył postępowanie w tym zakresie.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 25 maja 2018 r. oddalił powództwo i nie obciążył strony powodowej kosztami procesu.

Sąd Okręgowy wskazał, że bezsporne w sprawie były następujące okoliczności:

Strony postępowania zawarły dwie umowy: nr: nr (...)z 15 grudnia 2009 r., z aneksami oraz nr: (...)z 15 marca 2010 r. z aneksami o dofinansowanie projektu pn. „Rozwój (...) Centrum (...)oraz (...)w ramach wykorzystania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007 - 2013. W ramach tych umów powód zobowiązał się do realizacji zaprojektowanych przedsięwzięć, z których największym była rozbudowa szpitala, a pozwany zobowiązał się dofinansować przedsięwzięcie w 85%. Pierwsza z umów przewidywała dofinansowanie w kwocie 60.941.531,82 zł, natomiast druga umowa w kwocie 55.170.471,02 zł tj. w łącznej kwocie 116. 112.002,84 zł.

Powód przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę szpitala. Zamówienie mające charakter robót budowlanych, zostało wstępnie oszacowane na kwotę 92.796.490,16 zł netto. Przetarg wygrała spółka (...) S.A. w W., która zaoferowała kwotę 59.999.632,27 zł brutto (po zastosowaniu stawek VAT 60.263.273,52 zł), co stanowiło najkorzystniejszą ofertę spośród ofert biorących udział w przetargu.

Zgodnie z § 4 ust. 3 umowy nr: (...) powód zobowiązał się do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności do ponoszenia wydatków celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, wytycznymi, zaleceniami i procedurami przewidzianymi w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu, osiągnięcie celów i wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie Projektu. Na podstawie § 7 ust. 1 umowy nr (...)wydatki kwalifikowane poniesione w ramach Projektu muszą spełniać wymogi określone w dokumentach, o których mowa w § 1 pkt 13 i 14 oraz § 5a ust. 30 i 31. Wydatki poniesione z naruszeniem wyżej wymienionego warunku podlegają zwrotowi na zasadach określonych w § 6a umowy o dofinansowanie Projektu. Z kolei, na mocy § 12 wskazanej umowy o dofinansowanie Projektu powód zobowiązał się

również do stosowania przepisów PZP. Ponadto zgodnie z § 5 ust. 25 każdej z łączących strony umów o dofinansowanie projektu, podstawą wypłacenia zleceń płatności przez pozwanego był złożony przez powoda wniosek o płatność.

Decyzją z dnia 16 października 2012 r. nr(...)powód został zobowiązany do zwrotu środków europejskich w wysokości 8.520,33 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, poczynwszy od dnia przekazania środków na rachunek beneficjenta, tj. od dnia 23 marca 2011 r., udzielonych umową z dnia 15 marca 2010 r. nr (...)o dofinansowanie przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz powoda o kwotę podlegającą zwrotowi wraz z odsetkami liczonymi od dnia zatwierdzenia wniosku o płatność, na którym dokonane zostanie pomniejszenie. Przedmiotowe Środki europejskie zostały powodowi wypłacone na podstawie umowy o dofinansowanie Projektu (...) Centrum (...)

Instytucja Zarządzająca (...) Regionalnego Programu Operacyjnego, przeprowadziła w dniach od 18 do 22 października 2010 r. kontrolę z zakresu zamówień publicznych Projektu p.n. (...) Centrum (...). Wskazano, że postępowanie pn. "Rozbudowa (...) Szpitala (...) w ramach projektów: Rozwój (...) Centrum (...) oraz (...) było przedmiotem kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: "Prezesa UZP"). Prezes UZP w informacji o wynikach kontroli uprzedniej stwierdził, że w postępowaniu pod nazwą: " (...) Centrum (...), doszło do naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ("Dz. Urz. U.E.") w zakresie terminu składania ofert oraz art. 25 ust. 1 PZP w związku z żądaniem dokumentu przy braku opisanego warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko Prezesa zostało podtrzymane w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt (...)

Zarówno Instytucja Zarządzająca (...) Regionalnego Programu Operacyjnego jak i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wynikach kontroli uprzedniej stwierdzili, że w przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, postanowieniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Rozbudowa (...) Szpitala(...)w ramach projektów: Rozwój (...) Centrum (...) oraz (...)powód wielokrotnie przedłużał termin składania ofert (łącznie o 41 dni). Ponadto powód nie zamieścił również sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. U.E. Informacja o zmianie terminów składania ofert została zamieszczona tylko na stronie internetowej Zamawiającego oraz przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Powyższe zaniechanie stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a PZP, a w konsekwencji narusza także art. 7 ust. 1 PZP., Ogólne Zasady Traktatu WE oraz art. 2 Dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. dotyczących przejrzystości, jawności i równego traktowania wykonawców. Obowiązek zamawiającego podania terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia informacji o zmianach w tym zakresie wynika z art. 36 ust. 1 PZP.

Taryfikator w Tabeli 1 pkt 2, odpowiadający rodzajowo kategorii naruszenia dla wydatków kwalifikowanych objętych umową nr (...) zawartą w dniu 3 września 2009 r. za niedopełnienie obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przewiduje korektę finansową w wysokości 25%. Jednakże po przeanalizowaniu dokonanych przez stronę powodową nieprawidłowości Instytucja Zarządzająca (...) Regionalnego Programu Operacyjnego uznała, że biorąc pod uwagę charakter i wagę zaistniałych naruszeń oraz wysokość potencjalnej szkody, uzasadnione będzie wymierzenie korekty finansowej na poziomie 10%.

Powód został wezwany do zwrotu środków lub wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnej płatności o kwotę podlegającą zwrotowi. W piśmie z dnia 12 września 2012 r. powód nie wyraził zgody na pomniejszenie kolejnej płatności, ani też nie dokonał zwrotu środków na podstawie skutecznie dostarczonego wezwania do zwrotu. W takiej sytuacji, na podstawie art. 207 ust. 9 w zw. z ust. 8 i ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych, wydano decyzję o zwrocie dofinansowania ze środków europejskich przez pomniejszenie kolejnej płatności.

Decyzją z dnia 4 grudnia 2012 r., nr (...) Zarząd Województwa (...), po rozpoznaniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, utrzymał w mocy własną decyzję z dnia 16 października 2012 r.

Wyrokiem z dnia 17 grudnia 2013 r., sygn. akt(...) Wojewódzki Sąd Administracyjny w K. uchylił zarówno zaskarżoną, jak i poprzedzającą ją decyzję Zarządu Województwa (...). Sąd I instancji, powołując się na orzecznictwo sądów

administracyjnych, wskazał, że postępowanie w przedmiocie ustalenia i nałożenia korekty finansowej prowadzone na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 15a z.p.p.r. w związku z art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 stanowi odrębne od postępowania w przedmiocie zwrotu środków w trybie przepisów ustawy o finansach publicznych, postępowanie administracyjne, również kończące się wydaniem w trybie art. 107 § 1 k.p.a. decyzji administracyjnej w przedmiocie nałożenia korekty finansowej.

Wyrokiem z dnia 9 lipca 2015 r., sygn. akt (...) Naczelny Sąd Administracyjny uchylił zakwestionowany wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu NSA wskazał, że kwestia będąca podstawą rozstrzygnięcia WSA w Krakowie, stanowiąc przedmiot rozbieżności w orzecznictwie sądowno-administracyjnym, została rozstrzygnięta w uchwale składu siedmiu sędziów NSA z dnia 27 października 2014r., sygn. akt(...), w której stwierdzono, że ustalenie i nałożenie korekty finansowej, o której mowa w art. 26 ust. 1 pkt 15a z.p.p.r., nie wymaga wydania decyzji administracyjnej.

Wyrokiem z dnia 11 grudnia 2015 r., Wojewódzki Sąd Administracyjny w K. ponownie rozpoznając sprawę, oddalił skargę Szpitala. Sąd uznał za prawidłowy pogląd wyrażony przez Zarząd Województwa (...) o konieczności zastosowania przez beneficjenta w niniejszym stanie faktycznym przy przedłużaniu terminu składania ofert przepisu art. 38 ust 4a PZP, gdyż przedłużenie/zmiana terminu składania ofert oznacza zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, czego konsekwencją jest obowiązek zamieszczania sprostowania w Dz. Urz. U.E. Sąd wskazał na art. 41 ustawy, określający minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu.

Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 13 października 2016 r. oddalił skargę kasacyjną, wskazując, że naruszenie obowiązku określonego w art. 38 ust 4a PZP stanowi nieprawidłowość skutkującą nałożeniem korekty.

Powód sam dokonywał obniżenia kwoty wydatków kwalifikowanych w składanych przez siebie wnioskach o płatność o 10 %:

-(...)pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 31.334,01 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 26.633,91 zł,

-(...)pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 226.741,74 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 192.730,48 zł,

- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 319.763,36 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 271.798,86 zł,

- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 502.199,66 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 426.867,71 zł,

- (...)pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 196 838,18 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 167.321,45 zł,

-(...)pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 212 751,82 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 180.839,05 zł,

- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 98.400,00 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 83.640,00 zł,

- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 273.053,84 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 232.095,77 zł,

- (...)pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 110.700,00 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 94.095,00 zł,

- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 284.506,35 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 241.830,40 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 78.025,24 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 66.321,46 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 492.784,63 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 418.886,94 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 22 396,12 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 19.036,71 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 122.954,17 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 104.511,04 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 283.981,14 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 241.383,94 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 556.496,27 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 473.021,83 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 299.123,75 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 254.255,19 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 465.931,82 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 396.042,05 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 218.192,72 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 185.463,81 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 101.134,64 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 85.964,44 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 73.800,00 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 62.730,00 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 142.610,22 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 121.218,69 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 73.800,00 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 62.730,00 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 138.206,92 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 117.475,88 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 119.897,84 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 101.913,16 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 69.954,13 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 59.461,01 zł,
- (...) pomniejszenie wysokości wydatków kwalifikowanych o kwotę 7.803,61 zł, co skutkowało obniżeniem dofinansowania o kwotę 6.633,09 zł,

Powyższe skutkowało obniżeniem wysokości dofinansowania wypłacanego na podstawie każdego z wniosków o płatność łącznie o kwotę 4.865.238,37 zł, (w tym dla projektu nr (...))co do kwoty 2.592.434,21 zł oraz dla projektu nr(...) co do kwoty 2.272.804,16 zł).

Ponadto Sąd Okręgowy ustalił, że jedynymi środkami, które zostały zwrócone przez powoda na podstawie umowy o dofinansowanie nr (...) była kwota 8.520,88 zł.

W dniu 11 lipca 2014 r. powód złożył wniosek o zawiązanie pozwanego do próby ugodowej w sprawie.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, których prawdziwość nie była kwestionowana przez żadną ze stron procesu.

Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oraz przesłuchania świadków na okoliczność tego, że obiektywnie niemożliwe było wykonanie zamówienia publicznego na rozbudowę szpitala na kwotę mniejszą niż 60.263.273,52 zł jako nie mający znaczenia dla rozpoznania sprawy i zmierzający do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania. Pozwany nigdy nie kwestionował ceny wybranej oferty, natomiast podnosił naruszenie przepisów ustawy prawo o zamówieniach publicznych oraz przepisów unijnych.

W oparciu o poczynione ustalenia Sąd Okręgowy uznał powództwo za nieuzasadnione.

W trakcie przeprowadzania przetargu nieograniczonego strona powodowa dopuściła się naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ("Dz. Urz. U.E.") w zakresie terminu składania ofert oraz art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z żądaniem dokumentu przy braku opisanego warunku udziału w postępowaniu. Naruszenia te zostały stwierdzone zarówno w toku kontroli dokonanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz podtrzymane w całości przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz zostało uznane za nieprawidłowość przez Naczelną Sąd Administracyjny wyrokiem z 13 października 2016 r., sygn. akt (...)

Kwestie sporne w przedmiotowej sprawie sprowadzały się do postawionych w pozwie zarzutów, czy w świetle art. 2 pkt 7 oraz art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z 11 lipca 2006 r., dokonując oceny wagi naruszenia procedury zamówień publicznych uzasadnione było nałożenie na powoda 10% korekty finansowej.

Prawo zamówień publicznych podporządkowane jest zasadom, wśród których najistotniejsze są zasada niedyskryminacji, zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencyjności postępowania. Stanowią one fundament wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od ich wartości, a zatem także niezależnie od podlegania danego zamówienia publicznego reżimowi prawa wspólnotowego czy też prawa polskiego. Są one wspólne dla wszystkich postępowań, w których następuje wydatkowanie środków publicznych.

Zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w okresie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Natomiast ust. 6 art. 38 tej ustawy stanowi, że jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie

internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.

Do procedur odzyskiwania środków wypłaconych z funduszy unijnych, w tym korekty finansowe do których dokonywania zobowiązane są państwa członkowskie zastosowanie ma Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U.E.L z 2006 r., Nr 210, str 25 z późniejszymi zmianami). W myśl art. 98 ust. 1 powołanego rozporządzenia państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Ponadto, 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 (art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006).

Definicja "nieprawidłowości", których zaistnienie skutkuje nałożeniem na beneficjenta korekty finansowej, została zawarta w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Stosownie do tego przepisu nieprawidłowością jest "jakikolwiek 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".

Komisja Europejska jak również Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, obejmującą zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Przyjęcie takiej rozszerzającej wykładni naruszenia prawa oznacza, iż do popełnienia nieprawidłowości, w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 dochodzi również wtedy, gdy naruszony został przepis krajowy ustanawiający wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych budżetu Unii, przyjęty w obszarach nieuregulowanych prawem unijnym lub ustanawiający wymogi bardziej rygorystyczne od tych, które wynikają z przepisów prawa Unii. Wobec tego wykrycie naruszenia prawa Unii Europejskiej, czy też prawa krajowego – w tym ustawy Prawo zamówień publicznych i uznanie go za nieprawidłowość, w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, prowadzi do powstania obowiązków ustanowionych prawem unijnym, w tym obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo i nałożenia korekty finansowej (art. 98).

Polska jako państwo członkowskie zobowiązana była ustalić i wdrożyć system korekt, co zrealizowała między innymi przez opracowanie przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego dokumentu pod nazwą " Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE", zawierającego "Taryfikator", w którym dla konkretnego naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach przypisana jest tzw. korekta. Dokument ten został opracowany w oparciu o Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w przypadku naruszeń przepisów w zakresie zamówień publicznych (...)Wytyczne zawierają zalecenie dla organów państw członkowskich aby stosowały te same kryteria i wskaźniki korekty przy korygowaniu nieprawidłowości wykrytych podczas kontroli.

Taryfikator w Tabeli 1 pkt 2 za niedopełnienie obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówienie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przewiduje korektę finansową w wysokości 25%. Jednakże po przeanalizowaniu dokonanych przez stronę powodową nieprawidłowości Instytucja Zarządzająca (...) Regionalnego Programu Operacyjnego uznała, że biorąc pod uwagę charakter i wagę zaistniałych naruszeń oraz wysokość potencjalnej szkody, uzasadnione będzie wymierzenie korekty finansowej na poziomie 10%.

Zdaniem Sądu Okręgowego wymiar korekty w wysokości 10% jest adekwatny do ciężaru popełnionego naruszenia.

Korekta finansowa jest instrumentem korygowania wysokości kwoty przyznanej pomocy finansowej ze środków budżetu UE na realizację konkretnego projektu w ramach danego programu operacyjnego w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, mającymi wpływ na charakter i warunki realizacji operacji lub programu. Istotą korekty finansowej stanowi przywrócenie równowagi pomiędzy stanem zakładanym w programie, a stanem rzeczywistym, która to równowaga została zaburzona wskutek pojawienia się nieprawidłowości. Celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem, odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi, a więc zapewnienie zgodności wdrożenia programu z określonymi warunkami jego realizacji. Korekta stanowi przy tym różnicę pomiędzy środkami przeznaczonymi zgodnie z deklaracją beneficjenta na realizację danego projektu w ramach programu operacyjnego, a faktycznie wykorzystanymi w toku realizacji projektu zgodnie z określonymi w programie warunkami przyznania tych środków (różnicę między wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE po wystąpieniu naruszenia, a hipotetyczną wysokością takich wydatków w sytuacji, gdyby naruszenie nie miało miejsca). Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi. Ponadto w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego Taryfikator sam w sobie zawiera ocenę charakteru i wagi jaką dla danej nieprawidłowości przypisała Polska jako państwo członkowskie przyporządkowując konkretną stawkę procentową do konkretnego naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. W Taryfikatorze jednocześnie przewidziano możliwość obniżania wskaźników.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur o których mowa w art. 184 (tj. procedur określonych w umowie międzynarodowej lub innych procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu) podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy, z zastrzeżeniem ust. 8 i 10.

Obowiązek odzyskania takiego dofinansowania nie wynika jedynie z norm prawa krajowego, ale przed wszystkim prawa wspólnotowej, tj. art. 98 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia nr 1083/2006. Przepis ten stanowi, że państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska powoda, że uchybienia prawa zamówień publicznych nie miały żadnego wpływu na budżet funduszu, z którego pochodzi finansowanie, a co za tym idzie, nie doprowadziło do zmarnowania szansy na dalej idące oszczędności. Wobec czego brak jest podstaw do zastosowania korekty w związku z brakiem naruszenia unijnych przepisów o zamówieniach publicznych.

W przedmiotowej sprawie bezspornym było, że Instytucja Zarządzająca (...) Regionalnego Programu Operacyjnego jak i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w ramach kontroli ustaliła, że powód wielokrotnie przedłużał termin składania ofert (łącznie o 41 dni). Powód nie zamieścił sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. U.E. Informacja o zmianie terminów składania ofert została zamieszczona tylko na stronie internetowej Zamawiającego. Powyższe zaniechanie stanowiło naruszenie art. 38 ust. 4a PZP, a w konsekwencji narusza także art. 7 ust. 1 PZP.

Zgodnie z Ogólnymi Zasadami Traktatu WE oraz art. 2 Dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. dotyczących przejrzystości, jawności i równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest podanie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie informacji o zmianach w tym zakresie wynika z art. 36 ust. 1 PZP. Dla potencjalnego wykonawcy z obszaru Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej jest podstawowym źródłem informacji, a więc nieumieszczenie w nim informacji o ostatecznym i zaktualizowanym terminie składania ofert jest równoznaczne z pozbawieniem takiego wykonawcy możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Powyższe naruszenie przesądza o wystąpieniu w sprawie ryzyka potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Występujące więc w sprawie

naruszenie stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006, co prowadzi do obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie nieprawidłowo wydatkowanych kwot, w szczególności nałożenia korekty finansowej. Podstawą wymierzenia korekty jest art. 26 ust. 1 pkt 15a ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, samego zaś wymierzenia korekty dokonano w oparciu o Taryfikator tj. dokument p.n. "Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE". Wskazano, że stosownie do § 5a ust. 30 umowy o dofinansowanie projektu, w przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w zakresie wskazanym w Taryfikatorze, kwalifikowane kwoty są odpowiednio pomniejszone o wskaźniki procentowe w tym Taryfikatorze wskazane. Ustalenie wysokości korekty może nastąpić na dwa sposoby tj. przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Wysokość korekty co do zasady powinna odpowiadać wartości nieprawidłowości. W sytuacji natomiast, gdy skutki finansowe określonego naruszenia są pośrednie lub rozproszone, a zatem trudne do oszacowania, dla ustalenia korekty posłużyć się należy metodą wskaźnikową. Po analizie okoliczności naruszenia ustawy prawo zamówień publicznych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, IZ MRPO stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie ma przesłanek do zastosowania metody dyferencyjnej.

Przypomnieć także należy, że podstawowymi zasadami polskiego systemu prawa zamówień publicznych zawartymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP są: zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z ww. przepisem prawa zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji.

Niniejsze naruszenie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji. W ocenie Sądu Okręgowego spełnienie dyspozycji przedmiotowego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego (zob. wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2643/14; LEX nr 1648148).

Ponadto powód wskazywał, że Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie wyrokiem z dnia 11 grudnia 2015 r., utrzymanym w mocy wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2016 r., uznał za słuszną korektę pojedynczej faktury na kwotę 8.520,88 zł, co w jego ocenie w żaden sposób nie uzasadnia poglądu, że korektę należy nałożyć na całą wysokość dochodzonego w niniejszej sprawie roszczenia. Wskazać należy, że zgodnie z art. 207 u.f.p., decyzję administracyjną wydaje się w przypadku żądania zwrotu środków, a zatem środki te muszą uprzednio zostać wypłacone. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie stwierdzenie nieprawidłowości i nałożenie korekty nastąpiło przed wypłatą całości środków. Wobec powyższego skoro jedynymi środkami, które zostały wypłacone była kwota 8.520,88 zł, na którą opiewała przedmiotowa faktura, pozostała kwota dochodzonego roszczenia nie mogła zostać zwrócona.

Przechodząc do kolejnego zarzutu strony powodowej, a mianowicie naruszenia wskazanych norm prawa unijnego, w szczególności dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. Wskazać należy, że zgodnie z nowelizacją PZP, która weszła w życie w dniu 28 października 2008 r., dokonano harmonizacji prawa krajowego z przepisami unijnymi. Jak już wcześniej wskazano nałożenie korekty finansowej w przedmiotowej sprawie było wynikiem naruszenia art. 38 ust. 4a PZP, natomiast podstawę wymierzenia korekty stanowiły przepisy 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.

Należy mieć na uwadze, że strona pozwana dysponuje środkami publicznymi, nie tylko krajowymi, ale także Unijnymi i zobowiązana jest do przestrzegania wszystkich obowiązujących przepisów. Pozwany kontrolując każdorazowo wnioski o płatność potwierdza prawidłowość wydatków kwalifikowanych, co oznacza ich zgodność z prawem. Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, środki przeznaczone na realizację programów finansowanych ze środków europejskich, podlegają zwrotowi, jeśli zostały wykorzystane niezgodnie z procedurami, o których mowa w art. 184 u.f.p. Ponadto wydatki związane z realizowaniem projektów finansowanych ze środków europejskich powinny być dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu, wydatkami kwalifikowanymi są jedynie koszty poniesione zgodnie z obowiązującymi wytycznymi i przepisami prawa, w szczególności z regulacjami w zakresie zamówień publicznych. Trudno zatem zgodzić się z zarzutami powoda, że uchybienia związane z nieprawidłowym wydatkowaniem, powinna być przez stronę zawiniona i że dopiero taki stan aktualizuje jej odpowiedzialność majątkową.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można przyjąć, że naruszenie art. 38 ust. 4a PZP. nie mogło mieć żadnego znaczenia dla wyniku postępowania. Przedłużenie terminu składania ofert stanowi przecież ważną zmianę informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i nieopublikowanie tej informacji w Dz. Urz. U.E. jest niezgodne z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Ponadto zdaniem Sądu, sama potencjalna możliwość wystąpienia uszczerbku finansowego w budżecie Wspólnoty stanowi "nieprawidłowość" w rozumieniu art. 1 ust. 2 Rozporządzenia Rady nr 2988/95 a także art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. W przedmiotowej sprawie mogła zaistnieć szkoda w budżecie UE, bowiem wskutek ograniczenia dostępu do informacji o terminie składania ofert, ograniczony mógł być krąg potencjalnych oferentów.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu powoda, że dla przedmiotowego postępowania właściwa byłaby wyłącznie droga sądowno-administracyjna - Sąd Okręgowy odwołał się do uchwały składu siedmiu sędziów NSA z 27 października 2014 r., sygn. akt II GSP 2/14 i argumentacji uzasadniającej przyjęcie, że ustalenie i nałożenie korekty finansowej, o których mowa w art. 26 ust. 1 pkt 15a ustawy z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, nie wymaga wydania decyzji administracyjnej. Z uwagi na dwojaki stosunek pomiędzy beneficjentem a instytucją udzielającą wsparcia, w niniejszej sprawie dopuszczalna jest droga przed sądem powszechnym.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie było, że we wnioskach o płatność powód sam dokonywał obniżenia kwoty wydatków kwalifikowanych, a co za tym idzie kwoty dofinansowania o wyżej wskazaną kwotę. Strona powodowa wskazywała w załączonych do wniosków fakturach 10 % wartość wydatków niekwalifikowanych w odniesieniu do wydatków rozliczanych w ramach każdej z nich, co przełożyło się na obniżenie wysokości dofinansowania wypłacanego na podstawie każdego z wniosków o płatność łącznie o kwotę 4.865.238,37 zł, (w tym dla projektu nr (...)co do kwoty 2.592.434,21 zł oraz dla projektu nr (...) co do kwoty 2.272.804,16 zł). Na podstawie § 5 ust. 25 każdej z łączących strony umów o dofinansowanie projektu, podstawą wypłacenia zleceń płatności przez pozwanego był złożony przez powoda wniosek o płatność. Zgodnie z zasadą wypłaty środków, to beneficjent czyli powód składa stronie pozwanej wnioski o płatność, a zatwierdzenie wniosku o płatność sprowadza się do weryfikacji, czy wydatki zostały poniesione zgodnie z prawem i nie z przekroczeniem limitu finansowego. Wobec tego, w sytuacji gdy powód sam obniżał wysokość kosztów kwalifikowanych o 10 %, w projekcie w poszczególnych wnioskach o dofinansowanie, pozwany nie mógł wypłacić kwoty wyższej niż wynikająca z przedmiotowych wniosków.

Zasadnym okazał się zarzut strony pozwanej dotyczący częściowego przedawnienia roszczenia, co do kwot 173.220,03 zł i 64.616,67 zł, stwierdzonych wnioskami o płatność odpowiednio z dnia 12 i 21 kwietnia 2011 r. oraz 8 kwietnia i 12 maja 2011 r. Powód przyznał, że zawiązanie do próby ugodowej, które mogłoby przerwać bieg przedawnienia nastąpiło w dniu 11 lipca 2014 r. Wskazywał jednak, że w stosunku do dłużników mających status organu administracyjnego przyjmuje się, że przedawnić mogą się jedynie te zobowiązania organu, które we właściwym postępowaniu zostały pozytywnie ustalone i przyznane, wobec tego skoro pozwany odmówił przyznania świadczenia, wobec tego termin przedawnienia roszczenia nie rozpoczął biegu. Podnieść jednak należy, że roszczenia z tytułu umów

o dofinansowanie niewątpliwie mają charakter cywilnoprawny. Zgodnie z art. 123 § 1 k.c. bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. W przedmiotowej sprawie nie możemy mówić o odmowie przyznania świadczenia, a jedynie weryfikacji wniosków o płatność składanych przez powoda. Jak zostało już wskazane we wcześniejszych rozważaniach, powód sam pomniejszył o 10 % wnioskowane kwoty. Ponadto zawezwanie do próby ugodowej nastąpiło już po upływie terminu przedawnienia.

Powód wielokrotnie w toku procesu wskazywał, że postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego na rozbudowę szpitala, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, wygrała spółka która zaoferowała cenę najniższą z możliwych do uzyskania na konkurencyjnym rynku, wobec czego uchybienie nie miało wpływu na budżet tego funduszu, a tym samym powód nie spowodował szkody w budżecie unijnym i co za tym idzie nie naruszył unijnych przepisów o zamówieniach publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę. Krajowe przepisy w zakresie zamówień publicznych stanowią implementację dyrektyw wspólnotowych, a zatem także naruszenie normy prawa krajowego może stanowić podstawę zobowiązania do zwrotu środków. Ponadto wytyczne w zakresie sposobu postępowania w razie wykrycia nieprawidłowości w wykorzystaniu funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007 - 2013 wydane na podstawie art. 35 ust. 3 pkt 10 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, a więc mające charakter wiążących wytycznych, rozszerzają pojęcie nieprawidłowości na sytuację naruszenia przepisów prawa krajowego koniecznych do zapewnienia odpowiedniego stosowania przepisów prawa wspólnotowego. Wytyczne te odwołują się do postanowień Systemu informowania o nieprawidłowościach finansowych w wykorzystaniu funduszy strukturalnych i Funduszy Spójności w latach 2007 - 2013 (SION), który za nieprawidłowość uznaje jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa polskiego skutkujące określonym uszczerbkiem (również potencjalnym) dla budżetu ogólnego UE.

Stwierdzone naruszenie skutkowało wykluczeniem z postępowania potencjalnych wykonawców, którzy mogli złożyć korzystniejszą cenowo ofertę, co pozostawało w sprzeczności z określoną art. 7 ust. 1 PZP zasadą równego traktowania. Powyższe uchybienie przepisom prawa krajowego stanowiło równocześnie nieprawidłowość, a więc "jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego", o którym stanowi art. 2 pkt 7 cyt. rozporządzenia Rady (WE), skutkujące potencjalną szkodą w budżecie Unii Europejskiej i wyrażające się wydatkowaniem wyższych środków z budżetu Unii Europejskiej, niż mogłoby to wynikać w przypadku niższej cenowo oferty, której ewentualne złożenie zostało uniemożliwione. Ponadto wybór oferty, w której zaoferowano cenę najniższą z możliwych do uzyskania na konkurencyjnym rynku, nie może zwalniać strony od należytego stosowania przepisów prawa.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 102 k.p.c.

Apelacje od tego wyroku wniosła strona powodowa, która zarzuciła:

1. naruszenie art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie środków dowodowych na brak szkody w budżecie unijnym, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Jest to także naruszenie art. 232 zd. 2 k.p.c. oraz art. 244 k.p.c.;
2. naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez błędne ustalenie wysokości zażądanych przez powoda wpłat (90 % zamiast 100 %), co oznacza fragmentaryczną ocenę zebranego materiału dowodowego;
3. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c.;
4. naruszenie art. 2 pkt 7 oraz art. 98 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 uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r.)

poprzez błędna wykładnię, wg. której uchybienie beneficjenta stanowi nieprawidłowość także wtedy, kiedy można wykluczyć jego wpływ na budżet funduszu. Prawidłowa wykładnia nakazuje przyjąć, że w takiej sytuacji nie ma nieprawidłowości.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wniosła o zmianę wyroku przez zasądzenie dochodzonej kwoty; ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sadowi I instancji. Apelujący wniósł także o zasądzenie kosztów procesu w tym za drugą instancję.

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja (...) Szpitala (...) Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej jest nieuzasadniona.

Sąd Apelacyjny aprobuje ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne w związku z czym nie zachodzi konieczność ich szczegółowego powtarzania (por. wyroki Sądu Najwyższego z 27 marca 2012 r., III UK 75/11, z 14maja 2010 r., II CSK 545/09, z 27 kwietnia 2010 r., II PK 312/09, z 20 stycznia 2010 r., II PK 178/09, z 08 października 1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r. Nr 3, poz. 60).

Ustalenia te dla lepszego zobrazowania późniejszych wywodów wymagają niewielkiego uzupełnienia o treść jednego z zapisów umowy o dofinansowanie Projektu w ramach Osi Priorytetowej(...) (...) Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013, nr (...), dotyczącej projektu (...) Centrum (...), zawartej przez strony w dniu 15 marca 2010 r.(w brzmieniu sprzed podpisania kolejnych aneksów). Mianowicie w § 5 ust. 30 postanowiono: „W przypadku, gdy Beneficjent jest zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, wydatki są w całości kwalifikowane wyłącznie, jeżeli zostały poniesione zgodnie z tymi przepisami. W przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w zakresie wskazanym w taryfikatorze, o którym mowa w § 1 pkt 15, kwalifikowane są kwoty odpowiednio pomniejszone o wskaźniki procentowe w tym Taryfikatorze wskazane. W przypadku stwierdzenia przez Instytucję Zarządzającą (...), że podczas realizacji projektu Beneficjent nie stosował Prawa zamówień publicznych pomimo, że był zobowiązany do jego stosowania, zgodnie z § 12 umowy lub realizował projekt niezgodnie z Prawem zamówień publicznych, co skutkowało stwierdzeniem nieważności umowy zawartej z wykonawcą/dostawcą, wydatki poniesione w tym zakresie przez Beneficjenta mogą zostać uznane w całości za niekwalifikowane.” Przepis ten nawiązywał do powołanego przez Sad Okręgowy § 5a ust. 30 zapisu wprowadzonego aneksem nr (...) do umowy nr (...)o dofinansowanie Projektu: „Rozwój (...)Centrum (...) zawartej w dniu 15 grudnia 2009 r.(umowa k. 14 aneks k. 48).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wskazać należy, że skuteczne przedstawienie takiego zarzutu wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak: orzeczenia Sądu Najwyższego: z dnia 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, publ. OSNAPiUS 2000, Nr 19, poz. 732; z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, publ. OSNC 2000, Nr 10, poz. 189; z dnia 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, publ. Lex nr 53136; z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, publ. Lex nr 56096).

Strona pozwana upatruje naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w tym, że Sad I instancji błędnie ustalił, że powód sam obniżył wnioski o płatność o 10 % zatem pozwany w ogóle nie został zobowiązany do zapłaty żądanej części wsparcia. Sąd Okręgowy nie odniósł się do pism powoda z 16 i 19 maja 2014 r. zawierających wnioski o płatność choć dowody te wskazują, że po początkowym wnioskowaniu o wypłaty 90 % należności, powód ostatecznie zawniósł również o brakujące 10 %. To zdaniem strony powodowej świadczy o wybiórczej ocenie dowodów.

Tak postawiony zarzut jest całkowicie nieskuteczny w świetle powołanych poglądów judykatury. Do tego trzeba dodać, że naruszenie przepisów postępowania, co w niniejszej sprawie nie występuje, może mieć znaczenie jedynie wtedy gdy

miałoby ono wpływ na wynik sprawy. Natomiast okoliczność wskazywana przez apelującą stronę na potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie ma znaczenia dla powodów, które doprowadziły do oddalenia powództwa.

W sprawie nie doszło też do naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. i art. 232 zdanie 2 k.p.c. oraz art. 244 k.p.c.

Sąd Okręgowy oddalając wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oraz przesłuchania świadków na okoliczność tego, że obiektywnie niemożliwe było wykonanie zamówienia publicznego na rozbudowę szpitala na kwotę mniejszą niż 60.263.273,52 zł w pierwszej kolejności stwierdził, że okoliczności te nie mają znaczenia dla rozpoznania sprawy a następnie uznał, iż wnioski te zmierzają do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania. W związku z czym obok naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. należało podnieść w apelacji zarzut naruszenia § 3 tego przepisu. Jest to o tyle istotne, że w granicach zaskarżenia, poza stwierdzeniem nieważności postępowania, Sąd II instancji związany jest zarzutami odnoszącymi się do naruszenia prawa procesowego. Niemniej jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego nie doszło do naruszenia art. 217 § 2 i 3 k.p.c.

Oczywistym jest, że strona aż do zamknięcia rozprawy może przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swych wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej z zastrzeżeniem niekorzystnych skutków, jakie według k.p.c. mogą dla niej wynikać z działania na zwłokę lub niezastosowania się do zarządzeń przewodniczącego i postanowień sądu (art. 217 § 1 k.p.c.). Sąd nie jest jednak związany wnioskami dowodowymi stron i nie jest zobligowany do dopuszczenia i przeprowadzenia wszystkich zgłoszonych wniosków dokonuje bowiem ich oceny pod kątem możliwości ich przeprowadzenia i celowości dla rozstrzygnięcia sprawy mając na uwadze tezy dowodowe podane przez stronę wnioskującą.

Sąd pominie środki dowodowe, jeżeli okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione lub jeżeli strona powołuje dowody jedynie dla zwłoki (art. 217 § 3 k.p.c.).

Przez wyjaśnienie spornych okoliczności rozumieć należy taki stan rzeczy, w którym albo nastąpiło uzgodnienie między stronami spornych dotychczas okoliczności, albo też zostały one wyjaśnione na korzyść strony powołującej dowody. Niedopuszczalne jest pominięcie zaoferowanych środków dowodowych z powołaniem się na wyjaśnienie sprawy, jeżeli ocena dotychczasowych dowodów prowadzi, w przekonaniu sądu, do wniosków niekorzystnych dla strony powołującej dalsze dowody. Oznaczałoby to bowiem pozbawienie jednej ze stron możliwości udowodnienia jej twierdzeń. Sytuacja taka jednak nie zachodzi, gdy teza dowodowa jest nieistotna dla rozstrzygnięcia lub proponowany środek jest nieprzydatny dla jej udowodnienia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2007 r., IV CSK 41/07, Lex nr 346211).

Z sytuacją taką jak w ostatnim zdaniu powołanego orzeczenia Sądu Najwyższego mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Zdaniem strony powodowej kluczowym dowodem w sprawie była wnioskowana opinia biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych. Powszechnie stosowane bazy cen budowlanych zawierają m.in. pozycję „cena minimalna” a dodatkowo można posłużyć się wskaźnikami korygującymi, które mówią, że w określonych warunkach faktycznych nie występują ceny niższe niż X% wyliczonego minimum. Powód, zarówno w toku procesu jak i w apelacji, twierdzi że cena uzyskana od wykonawcy za rozbudowę szpitala leży wyraźnie poniżej tak ustalonego progu minimalnego. Przekonanie to powód wywodzi z własnych obliczeń oraz posiadanych informacji o wysokości straty, poniesionej przez wykonawcę na przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym. Dowodem wspierającym to, że wykonawca dopłacił do przedmiotowej budowy miły być zeznania przedstawicieli wykonawcy oraz służb inwestycyjnych powoda.

Nie wdając się w rozważania dotyczące składanych powodowi ofert i motywów wyboru jednej z nich stwierdzić należy, że już samo uzasadnienie wniosku dowodowego i zarzutu apelacji potwierdza trafność decyzji Sądu Okręgowego co do pominięcia wniosków dowodowych, o których tu mowa. Fakt zaniżenia oferty przez wykonawcę nie oznacza bowiem, że nie zostałaby złożona jeszcze inna korzystniejsza oferta bowiem jak można wywnioskować z twierdzeń powoda co do wykonania robót ze stratą dla firmy, która wygrała przetarg, stający do przetargu kierują się różnymi motywami i być

może liczyć też, na zawieranie dodatkowych umów bądź inne zrekompensowanie swych strat. Dodać też należy, że ramy niniejszego procesu nie pozwalają na kontrolowanie tego czy w drodze przetargu wybrano ofertę, która znajdowała się poniżej progu minimalnych kosztów dla przeprowadzenia przedmiotowej inwestycji.

Pominięcie wniosków dowodowych zgłoszonych przez stronę powodową uzasadnione też było możliwością wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej przez finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, o czym będzie mowa przy omawianiu zarzutu naruszenia prawa materialnego.

Chybiony jest też zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

Uzasadnienie wyroku – określane w treści normatywnej art. 324 § 1k.p.c. jako zasadnicze powody rozstrzygnięcia – powstaje już w czasie narady; ustne podanie motywów (art. 326 § 3k.p.c.), sporządzenie uzasadnienia na piśmie (art. 328 § 1 k.p.c.) oraz jego podpisanie (art. 330 k.p.c.) są czynnościami podejmowanymi ex post, stanowiącymi tylko powtórzenie (utrwalenie) uzasadnienia uzgodnionego i przyjętego wcześniej, przed wydaniem i ogłoszeniem wyroku (por. uzasadnienie uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., III CZP 77/11, OSNC 2012, nr 11, poz. 123). Trudno więc przyjąć by treść pisemnego uzasadnienia miała wpływ na wydany w sprawie wyrok. Niemniej jednak Sąd musi tak wytłumaczyć motywy rozstrzygnięcia, by w wyższej instancji mogła zostać oceniona jego prawidłowość. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może być usprawiedliwiony tylko w tych wyjątkowych okolicznościach, w których treść uzasadnienia orzeczenia Sądu I instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny tego wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego (por. między innymi wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 r., II UKN 446/00, OSNAPiUS 2003, nr 7, poz. 182; z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNAPiUS nr 15, poz. 352; z dnia 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05, niepubl.; z dnia 16 października 2009 r., I UK 129/09, Lex 558286).

Z sytuacja taka nie mamy doczynienia w niniejszej sprawie bowiem stan faktyczny ustalony został w sposób pełny i nienaruszający zasad wynikających z art. 233 § 1 k.p.c. a motywy prawne Sąd Okręgowy przedstawił w sposób dający pełną możliwość ich przeanalizowania. W uzasadnieniu nie występuje też zarzucana wewnętrzna sprzeczność bowiem Sąd Okręgowy przedstawił ocenę prawną żądania zgłoszonego przez stronę powodową a następnie odniósł się do zarzutów strony pozwanej w tym zarzutu przedawnienia bowiem uznał, że i on wymaga oceny jako wchodzący w przedmiot postępowania.

W sprawie nie doszło do naruszenie art. 2 pkt 7 oraz art. 98 rozporządzenia rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r.

Zgodnie z art. 98 ust. 1 rozporządzenia nr 1083/2006 państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. W myśl art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006 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. Uwolnione w ten sposób zasoby funduszy mogą być ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie. Z kolei zgodnie z treścią art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 "nieprawidłowością" 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. Analiza przepisu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 wskazuje, że obejmuje ono każde naruszenie przepisów prawa "wspólnotowego", które powoduje lub mogłoby powodować szkodę w budżecie UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Zarówno Komisja Europejska, jak również ETS przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa

wspólnotowego (art. 2 pkt 7 rozporządzenia). Za nieprawidłowość uznają zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Należy uznać zatem, że zarówno wykrycie naruszenia prawa Unii Europejskiej, jak też naruszenia prawa krajowego takiego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego stanowi nieprawidłowość, w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, i skutkuje powstaniem obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo, w tym nałożenia korekty finansowej (art. 98). Z wymienionego przepisu wynika zatem, że dla zaistnienia "nieprawidłowości" muszą zostać spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze, musi mieć miejsce naruszenie przepisów prawa wspólnotowego oraz po drugie, naruszenie to powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE. Dla stwierdzenia nieprawidłowości nie jest zatem konieczne ustalenie powstania szkody. Wystarczające jest stwierdzenie, że naruszenie prawa wspólnotowego mogło spowodować szkodę rozumianą jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Wystarcza zatem sama hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE (por. np. wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 2013 r., II GSK 159/12, wyrok NSA z 7 kwietnia 2017 r., II GSK 5280/16; wyrok NSA z 24 stycznia 2019 r., I GSK 4/2019; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 19 listopada 2012 r., III SA/GI 1432/12, wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 15 listopada 2012 r., II SA/Go 707/12, wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 20 września 2012 r., II SA/Go 465/12, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 12 grudnia 2016 r., IV SA/GI 260/16; wyrok WSA w Warszawie z dnia 31 stycznia 2018 r., V SA/Wa 597/17; wyrok WSA w Krakowie z dnia 21 marca 2018 r., I SA/Kr 950/17).

Ustawodawca wiąże więc skutek w postaci zwrotu pomocy z potencjalną możliwością powstania szkody w budżecie UE.

Stwierdzone naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych mogły doprowadzić do rezygnacji przez innych oferentów z udziału w przetargu, którzy wskutek stwierdzonego uchybienia nie przystąpili do przetargu i przez to nie sposób przyjąć, jaką szkodę poniósł budżet ogólny UE. Nie można wykluczyć sytuacji, że wskutek stwierdzonego naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych mogło dojść do sytuacji, w której również inne podmioty, które były zainteresowane przystąpieniem do przetargu, zrezygnowały z udziału w tym postępowaniu z uwagi na wskazane naruszenie. Być może więcej podmiotów mogło wziąć udział w przetargu i być może można było otrzymać jeszcze korzystniejszą ofertę. Swoim działaniem zamawiający mógł więc doprowadzić do rezygnacji z udziału części wykonawców.

W przypadkach, gdy obliczenie konkretnego rozmiaru szkody wywołanej naruszeniem jest trudne, czy wręcz niemożliwe, dla ustalenia wysokości korekty można posłużyć się metodą wskaźnikową i obliczyć wysokość korekty jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia. A zatem instytucja zarządzająca w przypadku naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, takich jak stwierdzone w tej sprawie, nie przeprowadza postępowania wyjaśniającego na okoliczność faktycznej wysokości szkody czy potencjalnego ryzyka zaistnienia szkody w budżecie UE. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, o ile naruszenie to nie ma li tylko wyłącznie charakteru formalnego, jest równoznaczne z powstaniem potencjalnej (a nie rzeczywistej szkody) z uwagi na charakter naruszenia przepisów u.p.z.p. szkody, a jej wysokość oraz waga i charakter naruszenia tych przepisów, znajduje odzwierciedlenie w przypisanych poszczególnym naruszeniom wskaźnikach określonych w Taryfikatorze. W przypadku naruszenia u.p.z.p. z reguły bowiem stwierdzone naruszenia są tego rodzaju, że instytucja zarządzająca nie jest w stanie obiektywnie to oceniając określić rzeczywistej wysokości szkody. Z tego względu nie ma potrzeby przeprowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń faktycznych. Przyjmuje się, że wysokość szkody jest ujęta w poszczególnych pozycjach Taryfikatora, w którym poszczególnym, zindywidualizowanym naruszeniem przypisana jest wysokość korekty. Wysokość tej korekty jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do szkody powodowanej przez naruszenia. Ustawodawca przyjmuje tu domniemanie, że skoro doszło do naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, to musiała zaistnieć szkodą w budżecie UE. Każdorazowo kiedy instytucja zarządzająca stwierdzi naruszenia Prawa zamówień publicznych obowiązana jest zastosować przewidziany dla tego naruszenia wskaźnik %. Przypisany w taryfikatorze poszczególnym naruszeniom wyrażony w % stopień (wysokość) korekty odpowiada zaś wysokości szkody, wadze tych naruszeń i jest adekwatny do charakteru tych

naruszeń. Każdy wskaźnik uwzględnia więc potencjalną szkodę, którą mogło spowodować objęte nim naruszenie. Wskaźniki procentowe przyjmuje się więc dlatego, że nie sposób oszacować rzeczywistej szkody dla budżetu UE w przypadku określonych naruszeń ustawy Prawa zamówień publicznych. Procentowe wyrażenie szkody za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych oraz zawarta w Taryfikatorze metodologia obliczania kwot korekt służy koordynacji i ujednoczeniu sposobu postępowania w przypadkach wykrycia naruszeń przepisów zamówień publicznych. W Taryfikatorze przyjęto założenie, wedle którego wskazane poziomy korekt powinny znaleźć zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych przypadków naruszeń przepisów zamówień publicznych, w których nie jest możliwe oszacowanie nieprawidłowo wydatkowanej kwoty. Ustalenie szkody wedle metody dyferencyjnej (szkody rzeczywistej) następuje we wszystkich tych przypadkach, w których oceniając to wedle obiektywnych kryteriów możliwe jest jej oszacowanie i wówczas metoda dyferencyjna ma pierwszeństwo zastosowania przy ustalaniu szkody. Jednakże w przypadku naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych ujętych w Taryfikatorze właśnie z uwagi na brak owej obiektywnej możliwości ustalenia szkody do poszczególnych naruszeń u.p.z.p. przypisano określone stawki % pozwalające na ustalenie wysokości szkody. Co trzeba podkreślić Taryfikator ten jest opracowany na podstawie praktyki stosowanej przez organy UE, w tym TSUE, i jest na bieżąco uaktualniany poprzez uwzględnienie wytycznych tego Trybunału. Przyjęte w Taryfikatorze stawki % są więc efektem tych wytycznych i państwo członkowskie nie ma możliwości w inny sposób określania wysokości szkody w razie stwierdzenia tego rodzaju naruszeń u.p.z.p. Tak przyjęty pod wpływem wytycznych instytucji unijnych system ustalania szkody za ujęte w Taryfikatorze naruszenia u.p.z.p. gwarantuje w sposób jednolity stosowanie przepisów u.p.z.p. i udzielanie pomocy finansowej na realizację programów regionalnych, finansowanych ze współudziałem środków unijnych. Nad tą jednolitością czuwają odpowiednie instytucje unijne, które regularnie monitorują stosowanie przez państwa członkowskie Prawa zamówień publicznych i dostarczają państwom członkowskim wskazówki co do ich prawidłowego stosowania. Tym sposobem zapewniona jest równość podmiotów w zakresie zamówień publicznych na obszarze wszystkich państw członkowskich, co jest z kolei istotne z punktu widzenia realizacji stawianych przez Unię celów i wspólnej polityki w zakresie równomiernego rozwoju regionów poszczególnych państw członkowskich, wyrównanie różnic pomiędzy państwami członkowskimi w obszarze rozwoju gospodarczego poszczególnych regionów. Ustawodawca unijny, jak wynika z preambuły, kładzie akcent na zapewnienie skuteczności, sprawiedliwości i zrównoważonego oddziaływania interwencji funduszy. Mająca zastosowanie w sprawie regulacja unijna, nawiązując do programów operacyjnych wprost odnosi się do przyjętego przez Komisję dokumentu określającego strategię rozwoju oraz priorytetów, które mają być osiągnięte z pomocą funduszy unijnych.

Wobec tego, że zaistniała po wydatkowej stronie ogólnego budżetu UE szkodę wiązać należało z możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku, to w sytuacji, gdy tego rodzaju negatywne dla budżetu skutki, były i są trudne do oszacowania, w rozpatrywanej sprawie musiała znaleźć zastosowanie metoda wskaźnikowa. Stwierdzone w sprawie naruszenia nie miały wyłącznie charakteru formalnego, a więc wywołują skutki finansowe dla budżetu UE. Stwierdzone w tej sprawie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych nie zostało - stosownie do dokumentu "Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE", w brzmieniu mającym zastosowanie w sprawie - wymienione w przykładowym wykazie tego rodzaju naruszeń, jak i nie ma cech zbliżonych do wymienionych tam naruszeń. Zawarty w tym dokumencie przykładowy wykaz tego rodzaju naruszeń wskazuje, iż są to drobne naruszenia, obejmujące np. brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu daty jego przekazania do UPUE, zaniechanie przechowywania dowodu publikacji ogłoszenia w DUUE, zniżenie wartości zamówienia o ile jego wartość jest poniżej progu wartości zamówień czy błędne określenie kodu CPV. Analiza tych naruszeń pozwala na określenie ich właściwości i wagi, co biorąc pod uwagę przykładowe ich wyliczenia, umożliwia z kolei uznać za tego rodzaju naruszenia inne naruszenia posiadające takie same właściwości i wagę. (por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 8 lipca 2015 r., III SA/Łd 253/15; wyrok WSA w Łodzi z 3 lutego 2016 r. III SA/Łd 1136/15).

Uwzględniając powyższe nie budzi wątpliwości, iż naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie posiada cech zbliżonych do naruszeń wymienionych w katalogu naruszeń formalnych.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że potencjalny nieuzasadniony wydatek z budżetu UE nie wymagał prowadzenia postępowania dowodowego zwłaszcza na okoliczności zgłoszone przez powoda, o czym była już mowa.

Dodać też należy, że zgodnie z umową zawartą przez strony (§ 5 ust. 30 i § 5a ust. 30) strona powodowa zgodziła się, że w przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w zakresie wskazanym w taryfikatorze, o którym mowa w § 1 pkt 15, kwalifikowane są kwoty odpowiednio pomniejszone o wskaźniki procentowe w tym Taryfikatorze wskazane. Zatem samo naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych miało być podstawą do zastosowania Taryfikatora bez potrzeby wystąpienia nieuzasadnionego wydatku (szkody) w budżecie UE.

Mając powyższe na uwadze orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. a o kosztach zgodnie z art. 98 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.

SSA Anna Kowacz – Braun SSA Paweł Czepiel SSA Grzegorz Krężolek