



Sygn. akt IV CSK 327/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Mirosława Wysocka (przewodniczący)

SSN Wojciech Katner

SSN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Powiatu C.

przeciwko Województwu (...)

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 8 marca 2017 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. akt V ACa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, pozostawiając
temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 grudnia 2015 r. Sąd Apelacyjny w (...) w sprawie z powództwa Powiatu C. przeciwko Województwu (...) o zapłatę, zmienił wyrok Sądu Okręgowego w T. z 29 grudnia 2014 r. w zakresie kosztów postępowania, w pozostałym zaś zakresie apelację strony pozwanej oddalił i orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego.

Skargę kasacyjną od tego wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając go w całości i wnosząc o jego uchylenie oraz przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji. W skardze zarzucono naruszenie art. 386 § 4 k.p.c. przez nieuchylenie orzeczenia Sądu pierwszej instancji mimo nierozpoznania przez ten Sąd istoty sprawy, a także art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1083/2006 z 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (DZ. Urz. UE L Nr 210, poz. 25 – dalej jako rozporządzenie 1083/2006) przez przyjęcie, że dla aktualizacji tego przepisu konieczne jest wykazanie realnej i konkretnej szkody (choćby potencjalnej) w budżecie Unii Europejskiej oraz naruszenie art. 471 k.c. polegające na błędnej subsumcji ustalonego stanu faktycznego prowadzące do uznania, iż zachodzą przesłanki określone w tym przepisie co do odpowiedzialności kontraktowej pozwanego za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Zaskarżonym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w (...) doszło do oddalenia (poza rozstrzygnięciem o kosztach postępowania) apelacji pozwanego Województwa (...) od wyroku Sądu Okręgowego, którym zasądzono od pozwanego na rzecz powoda kwotę 577.220,55 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 3 stycznia 2013 r. Kwota tę zasądzono z tytułu nieuzasadnionego potrącenia przez pozwanego wypłat ze środków dokonanych na podstawie korekty finansowej w ramach udzielonego powodowi dofinansowania ze środków Unii Europejskiej zadania inwestycyjnego budowy południowej obwodnicy C. realizowanego w oparciu o umowę z dnia 31 lipca 2009 r. Z ustaleń faktycznych wynika, że strony zawarły w dniu 31 lipca 2009 r. umowę o dofinansowanie budowy południowej obwodnicy Miasta C. współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju.

Według § 9 tej 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. Jak ustaliły Sądy *meriti* na podstawie art. 211 ust. 4 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych w przypadku stwierdzenia przez instytucję zarządzającą niewłaściwego wykorzystania tych środków, wydaje ona decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin naliczenia odsetek. 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 przeznaczonej na projekt. Pozwany nie wydał w stosunku do powoda decyzji administracyjnej o zwrocie dotacji, lecz pismem z dnia 29 listopada 2011 r. poinformował o stwierdzeniu nieprawidłowości i nałożeniu na zamówienie 10 % korekty finansowej w kwocie 577.220,55 zł. Powód wyraził zgodę na dokonanie potrącenia z kolejnych transz dotacji, zastrzegając, że czyni to w celu uniknięcia dalszej blokady środków. Stwierdzone naruszenie wynikało ze sprzecznego z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. dalej jako „p.z.p.”) niezamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych o wydłużeniu terminu składania ofert o 15 dni oraz z art. 144 ust. 1 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. Sąd Apelacyjny uznał, że w takim przypadku nie było podstaw do nałożenia korekty finansowej w świetle art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006, gdyż przepis ten wprowadzając definicję nieprawidłowości wyraźnie połączył ją nie tylko z naruszeniem prawa ale także wymaga, aby to naruszenie powodowało lub mogło powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. W ocenie Sądu chodzi tu więc o szkodę rzeczywistą lub potencjalną, jednak tylko wtedy, gdy istnieją uzasadnione w okolicznościach sprawy przesłanki do stwierdzenia, że naruszenie prawa mogło spowodować szkodę. W ocenie Sądu pozwana nie wykazała, aby w okolicznościach sprawy sam fakt nieopublikowania w Biuletynie Zamówień

Publicznych o wydłużeniu terminu na składanie ofert oraz wydłużenie umownego terminu realizacji (wraz z brakiem publikacji o tym) mógł potencjalnie wywołać szkodę dla budżetu Unii Europejskiej. Z tego powodu Sąd drugiej instancji oddalił apelację uznając, że powództwo oparte na podstawie art. 471 k.c. *a contrario* zasługuje na uwzględnienie.

Od wyroku Sądu drugiej instancji skargę kasacyjną wniosła strona pozwana zarzucając naruszenie art. 386 § 4 k.p.c., art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 oraz art. 471 k.c. Na tej podstawie pozwana wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna jest zasadna.

Skarga kasacyjna trafnie zarzuca błędną interpretację przez Sąd Apelacyjny art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006. Wedle tego przepisu przez nieprawidłowość należy rozumieć jakiekolwiek 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 zaś 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 prawie polskim uszczegółowieniem tej regulacji jest art. 207 ustawy o finansach publicznych. Według art. 207 ust. 1 tej ustawy, w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są: 1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem, 2) wykorzystane 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. Wedle zaś art. 207 ust. 8 ustawy przypadku stwierdzenia okoliczności, o których mowa w ust. 1 właściwa instytucja, wzywa do: 1) zwrotu środków lub 2) do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. W sprawie, która jest przedmiotem rozpoznania doszło do wyrażenia zgody przez powoda na potrącenie dochodzonej kwoty z przyszłych transz dotacji.

W tym stanie faktycznym główne zagadnienie sprowadza się do wykładni pojęcia „nieprawidłowości” w kontekście wymagania zaistnienia możliwości wystąpienia szkody (szkody potencjalnej) w budżecie ogólnym UE. W sprawie bezsporne było bowiem, że powód dopuścił się naruszenia art. 38 ust. 4a oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. 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. Powód domagając się zwrotu potrąconej należności twierdził, że powyższe uchybienie nie spowodowało, ani nie mogło spowodować szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. W sprawie sporne więc było, czy uchybienie to jest wystarczającym warunkiem dokonania potrącenia.

W świetle powyższego konieczne jest zatem odwołanie się do pojęcia nieprawidłowości w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Po pierwsze w orzecznictwie tym nie budzi wątpliwości, że naruszenie „prawa wspólnotowego” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia odnosi się również do naruszeń przepisów prawa krajowego znajdujących zastosowanie do działań finansowanych z funduszy strukturalnych (por. wyrok TS z 26 maja 2016 r., w połączonych sprawach C - 260/14 i C - 261/14, *J. Neamt i J. Bacau przeciwko Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice*). Po drugie podkreślono, że o naruszeniu uzasadniającym zastosowanie korekty, o której mowa w art. 98 ust. 2 rozporządzenia można mówić w przypadku naruszenia ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wprost do kwestii tej odniósł się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 14 lipca 2016 r., w sprawie C - 406/14 *Wrocław przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju*. W sprawie tej uznano za naruszenie prawa wspólnotowego zastrzeżenie

w warunkach zamówienia, że przyszły wykonawca ma własnymi siłami zrealizować co najmniej 25 % wskazanych robót. W wyroku wskazano, że takie uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Z rozstrzygnięcia tego 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. Odmienne, niż wskazał to Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku, w sytuacji, gdy doszło do naruszenia prawa przy wykonywaniu umowy o dofinansowanie skutkujących, tak jak w okolicznościach sprawy, nierównym traktowaniem oferentów, należy ustalić, czy wykluczone jest, aby uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Ciężar dowodu w tym zakresie powinien spoczywać na tym, kto powołuje się na tę okoliczność. W przedmiotowym postępowaniu to powód powołuje się na okoliczność, że wykluczone jest, aby popełnione przez niego uchybienie mogło spowodować (choćby hipotetycznie) szkodę w budżecie Unii Europejskiej. 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 (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.). Podobne stanowisko można wyprowadzić z wyroku NSA w Warszawie z 25 października 2016 r., II GSK 2438/16, LEX nr 2168723, w którym przyjęto, że już samo różnicowanie w warunkach zamówienia wymagań w stosunku do wykonawców krajowych i zagranicznych, jako dyskryminujące w rozumieniu p.z.p., uzasadnia przyjęcie, iż doszło do naruszenia prawa, które na gruncie art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 należy traktować jako nieprawidłowość dającą podstawę do wymierzenia korekty, a tym samym zwrotu części środków unijnych. Nie bez znaczenia jest, że szczególna interpretacja postanowień rozporządzenia nr 1083/2006 jest uzasadniona także

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 (por. wyrok TS z 21 grudnia 2011 r. w sprawie C - 465/10, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*).

W związku z powyższym konieczne jest uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, gdyż na podstawie poczynionych przez sądy *meriti* ustaleń nie jest możliwe wykluczenie, że uchybienie, którego dopuścił się powód nie miało wpływu na budżet ogólny Unii Europejskiej.

W tej sytuacji Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).