

Sygn. akt VA Ca 144/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie V Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Robert Obrębski (spr.)

Sędziowie SA Paulina Asłanowicz

SO (del.) Bernard Chazan

Protokolant: sek. sąd. Anna Łachacz

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa – Wojewody (...)

przeciwko Województwu (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2016 r., sygn. akt II C 45/12

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od Województwa (...) na rzecz Skarbu Państwa – Wojewody (...) kwotę 516289 (pięćset szesnaście tysięcy dwieście osiemdziesiąt dziewięć) złotych wraz z odsetkami za opóźnienie jak dla zaległości podatkowych od dnia 30 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty i ustala, że strona pozwana w całości ponosi koszty procesu, których szczegółowe rozliczenie pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie.**
- 2. zasądza od Województwa (...) na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej kwotę 14400 (czternaście tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;**
- 3. nakazuje Województwu (...) uiszczenie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 25815 zł (dwadzieścia pięć tysięcy osiemset piętnaście) złotych tytułem nieuiszczonej opłaty od apelacji.**

Paulina Asłanowicz Robert Obrębski Bernard Chazan

Sygn. akt VA Ca 144/17

UZASADNIENIE

Pozwem z 31 grudnia 2011 r. Skarb Państwa – Wojewoda (...) wniósł o zasądzenie od Województwa (...) kwoty 516288,75 zł wraz z odsetkami w wysokości jak dla zaległości podatkowych od 30 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu 12,5 % dofinansowania uzyskanego przez stronę pozwaną, ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w celu zrealizowania projektu „ (...) System Informacji Przestrzennej Gmin i Powiatów współdziałających w ramach województwa”, udzielonego pozwanej przez stronę powodową działającą jako Instytucja

Pośrednicząca na podstawie umowy z 21 września 2006 r., w której strona pozwana została zobowiązana do przestrzegania postanowień ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie wydatkowania otrzymanego dofinansowania, jak też do umożliwienia przeprowadzenia przez właściwe instytucje, w tym również przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, czynności kontrolnych, które wykazały liczne wypadki naruszenia przez pozwaną powołanej ustawy, w tym: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, czyli sprzeczne z 29 ust. 2 tej ustawy określenie parametrów technicznych sprzętu komputerowego, zwłaszcza w zakresie prowadzenia wymagania dotyczącego myszy komputerowej z pięcioma klawiszami i scrollmem, w sposób preferujący urządzenia firmy (...), zaoferowane przez wszystkich pięciu wykonawców; sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy określenie terminu na wykonanie umowy, który był zupełnie nierealny oraz nieadekwatny do zakresu prac będących jej przedmiotem, ograniczające krąg wykonawców, którzy by mogli się ubiegać o udzielenie zamówienia na jej wykonanie; sprzeczne z art. 144 ust. 1 ustawy dokonanie zmiany treści umowy zawartej w wyniku wybrania najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, który podlegać powinien wykluczeniu wraz z dwoma innymi oferentami ze względu na sprzeczne z art. 24 ust. 2 oraz art. 146 pkt 6 ustawy złożenie niegodnych z ustawą dokumentów określających warunki zatrzymania wadium, z tego powodu, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia strona pozwana uwzględniła dwie z trzech przesłanek z art. 46 ust. 5 tej ustawy na zatrzymaniem wadium, z pominięciem niewniesienia ze strony wykonawcy wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Strona powodowa podawała także, że wskazane uchybienia zostały stwierdzone w piśmie Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 8 grudnia 2010 r., do którego strona pozwana zgłosiła zastrzeżenia zgodnie z art. 167 ust. 1 tej ustawy, które nie zostały uwzględnione uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r. Wysokość kwoty objętej żądaniem pozwu została ustalona zgodnie z zasadami korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowania ze środków funduszy UE, które zostały określone, na podstawie obowiązujących przepisów, w tabeli pozwalającej na procentowe oszacowanie dofinansowania podlegającego zwrotowi w większej wysokości. Uwzględniając za okoliczności, prezentowane w urzędowej korespondencji pomiędzy stronami, w tym wniosek pozwanej o to, aby żądana kwota została obniżona, powód podał, że pozwem, który został w tej sprawie złożony, dochodzi połowy należnego dofinansowania, które powinno zostać zwrócone, za pojedyncze naruszenie ustawy uzasadniające dwa razy większe żądanie wobec beneficjenta, który na cztery różne sposoby naruszył reguły zamówień publicznych.

Strona pozwana wnosila o oddalenie powództwa. Wskazywała na zgodne z przepisami powołanej ustawy opisanie przedmiotu zamówienia, również w zakresie wymagań dotyczących sprzętu komputerowego, które nie preferowały firmy (...), podobną ofertą dysponowała również firma (...), zaś wyjaśniając Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, przy odpowiadaniu na pytanie jednego z oferentów, zamawiający dopuścił również mysz z trzema klawiszami i scrollmem. Pozwany wskazywał na przyczyny opóźnienia na etapie ogłaszania o otwarciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też jego przedłużenie ze względu na toczenie się postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą i konieczności złożenia wniosku o przedłużenie terminu na wykonanie umowy, początkowo określonego na 30 kwietnia 2008 r, jak również na zmianę umowy w zakresie terminu jej realizacji. Wskazywał, że powód jako Instytucja Pośrednicząca był informowany o wszystkich tych okolicznościach i wyraził zgodę na przedłużenie terminu realizacji umowy zawartej w wykonawcą wybranym zgodnie z powołaną ustawą, który nie podlegał wykluczeniu. Strona pozwana podważała trafność odmiennej oceny zawartej w wystąpieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, opinię biegłego, na której zostało ono oparte, jak też uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r. Wskazywała, że przedłużenie terminu realizacji umowy było korzystne dla zamawiającego. Pozwalało bowiem na zrealizowanie całego projektu, który obejmował również inne zamówienia, jak również na zachowanie dofinansowania, które zostało na ten cel pozyskane, czyli uniknięcie sankcji polegającej na jego zwróceniu.

Wyrokiem z 20 kwietnia 2016 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo oraz obciążył stronę powodową kosztami procesu poniesionymi przez pozwaną. Ich szczegółowe rozliczenie pozostawił natomiast referendarzowi sądowemu. Na podstawie zebranych dowodów z dokumentów złożonych przez strony i opinii dwóch biegłych sądowych z zakresu informatyki, Sąd Okręgowy ustalił w 21 września 2006 r. między stronami doszło do zawarcia umowy o dofinansowanie ze środków finansowych Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego dotyczące wdrożenia „ (...) Systemu Informacji Przestrzennej Gmin i Powiatów współdziałający w ramach województwa”, kwotą 10932000

zł, stanowiącą 50 % wydatków kwalifikowanych, przez które w § 5 ust. 3 umowy rozumiano wyłącznie środki wydatkowane zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienia której strona pozwana zobowiązała się przestrzegać w § 13 ust. 1 pkt 1 zawartej umowy. Sąd Okręgowy ustalił także, że w § 7 ust 1 i 4 umowy został wprowadzony obowiązek zwrócenie środków w niej określonych, w części albo w całości, w wypadku wykazania właściwymi środkami kontrolnymi, przeprowadzanymi przez uprawnione organy, że strona pozwana wykorzystwała otrzymane środki niezgodnie z ich przeznaczeniem lub bez zachowania obowiązujących procedur, wraz z odsetkami w wysokości jak dla zaległości podatkowych. W § 10 umowy, jak podał Sąd Okręgowy, na stronę pozwaną został nałożony obowiązek poddania się wskazanej kontroli. W § 6 tej umowy określone zostało wymaganie dotyczące złożenia przez wykonawców wadium w wysokości 150000 zł przed upływem terminu składania ofert. Zostało także zastrzeżone, według ustaleń Sądu Okręgowego, uprawnienie dotyczące zatrzymania wadium wraz z odsetkami w wypadku odmowy podpisania umowy przez oferenta wybranego przez zamawiającego lub też na wypadek, gdyby jej podpisanie okazało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Termin realizacji umowy zawartej z takim wykonawcą został określony w treści (...) na 30 kwietnia 2008 r. Sąd Okręgowy opisał też wymagania dotyczące sprzętu komputerowego objętego zamówieniem, określone w załączniku nr 1 do umowy z 21 września 2006 r., kilkakrotnie aneksowanej w innych zakresach. Ustalono, że zamawiający wymagał myszy komputerowej w pięcioma klawiszami ze scrolllem, markowanej przez producenta, trwale oznaczonej jego logo, podobnie jak centralna jednostka komputera, jak też znakiem CE. Sposób określenia tych wymagań, jak wskazał Sąd Okręgowy, wykluczał oferowanie przez wykonawców komputerów typu „składak”.

Sąd Okręgowy opisał zadania, które miał realizować wdrożony system, na do których dofinansowanie zostało przeznaczone, sposób jego działania w jego poszczególnych komponentach, i ustalił, że ogłoszenie o zamówieniu zostało ze strony zamawiającego przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich 28 sierpnia 2007 r. Opublikowane zaś zostało 30 sierpnia 2007 r.

Warunki zamówienia prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego wymagały złożenia ofert przynajmniej przez pięciu wykonawców. Warunek ten został spełniony. Oferty zostały złożone przez pięć konsorcjum, w tym (...) S.A., (...) S.A. i (...) spółka z o.o. Ustalono też zostało, że inne konsorcjum w dniu 15 października 2007 r. złożyło protest dotyczący tego konsorcjum ze względu na niezgodność jego oferty z (...) i podstawy do jego wykluczenia z postępowania. Część zarzutów została uwzględniona. Inne zostały oddalone. Doszło z tej przyczyny do wydłużenia terminu przewidzianego na składanie ofert zgodnych z częściowo zmodyfikowaną treścią (...), przy wyjaśnianiu której zamawiający dopuścił oferowanie myszy z trzema klawiszami i scrolllem. Wymagał jednak, aby była markowana oraz trwale oznaczona logo producenta. Oferty zostały otwarte 2 listopada 2007 r. Wszystkie oferowały sprzęt firmy (...), który obejmował myszy opisane w (...). Sąd Okręgowy ustalił, że firma (...) posiadała w swojej ofercie myszy z pięcioma klawiszami i scrolllem, które pozwalały na wykorzystanie dodatkowych ich funkcji. Nie były one jednak dostępne w Europie. Nie mogły zostać więc opatrzone certyfikatem CE, który był wymagany w (...). Na rynku europejskim wskazana firma tylko oferowała myszy z trzema klawiszami oraz scrolllem, pomimo tego, że myszy z pięcioma klawiszami wchodziły wówczas na rynek. Sąd Okręgowy podał, że wybrana została oferta wskazanego konsorcjum. Uwzględnił jednak protest ze strony innego konsorcjum. Podobnego wyboru tej samej oferty dokonał 28 listopada 2007 r. Konsorcjum z liderem (...) S.A. wniosło drugi protest, który nie został uwzględniony, a następnie odwołane, które zostało oddalone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 17 stycznia 2008 r. Pismem z 8 lutego 2008 r., jak ustalił Sąd Okręgowy, Marszałek Województwa (...) wystąpił do Wojewody (...) o wydłużenie terminu realizacji projektu do 15 września 2008 r. W dniu 14 lutego 2008 r. doszło do zawarcia umowy z wygranym konsorcjum (...) S.A. w oparciu o ofertę, w której zabezpieczenie polegało na udzieleniu gwarancji ubezpieczeniowej przez (...) S.A. na okres od dnia zawarcia umowy do 15 czerwca 2008 r. Pismem z 13 marca 2008 r., Urząd Wojewody (...) zwrócił się do Ministerstwa Rozwoju Regionalnego o zgodę na przedłużenie terminu realizacji projektu. Pismem z 27 marca 2008 r., jak ustalił Sąd Okręgowy, Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na to, aby ten termin został przedłużony do 15 września 2008 r. Podpisany został w związku z tym aneks nr (...) do umowy z 21 września 2006 r. Ustalono również zostało, że 30 grudnia 200 r. (...) Urząd Wojewódzki wypłacił na rzecz pozwanej dofinansowanie przewidziane wskazaną umową w kwocie 5335919,09 zł. Sąd Okręgowy ustalił, że 10 maja 2010 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wdrożył kontrolę realizacji tej umowy. W sprawozdaniu z jej przeprowadzenia zostały wskazane opisane w pozwie uchybienia,

które mogły utrudniać uczciwą konkurencję, zgodnie z opinią, która została w tym celu sporządzona w trakcie postępowania kontrolnego. Zastrzeżenia wniesione przez pozwaną zostały zaś ze strony Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymane w piśmie z 30 grudnia 2010 r. Uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r., jak ustalił Sąd Okręgowy, nie zostały ostatecznie uwzględnione. Ustalono również, że Instytucja Pośrednicząca zastosowała metodę wskaźnikową przy obliczaniu dofinansowania, które podlegało zwrotowi w części obejmującej 25 % faktycznych wydatków kwalifikowanych zamówienia, wyliczonych na kwotę 1032577,50 zł. Ostateczni jednak wystąpiła w pozwie o zasądzenie połowy tej kwoty.

Oceniając znaczenie ustalonych okoliczności po omówieniu zebranych w tej sprawie dowodów, w tym opinii biegłych sądowych A. Z. i A. P. oraz czterech świadków, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uwzględnienia powództwa o zwrot dopłaty na zasadach określonych w art. 56c ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. r Narodowym Planie Rozwoju, odzwierciedlonych w § 7 umowy z 21 września 2006 r., ze względu na to, że strona powodowa nie wykazała, w ocenie Sądu Okręgowego, aby pozwana przy prowadzeniu postępowania zakończonego zawarciem umowy z konsorcjum (...) S.A. naruszyła wskazane w pozwie przepisy powołanej w nim ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo przeprowadzenia kontroli zakończonej uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r. Sąd Okręgowy uznał na potrzeby tej sprawy, że wyniki tej kontroli nie były wiążące przy ocenie zasadności powództwa. Według Sądu Okręgowego, z żadnego przepisu prawa nie wynika bowiem, aby ustalenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych były wiążące, jak również by informacja o wynikach kontroli miała status dokumentu urzędowego albo decyzji administracyjnej, zwłaszcza że nie przysługuje od niej środek odwoławczy do sądu administracyjnego albo powszechnego, zaś z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wynika, jak uznał Sąd Okręgowy, że ustawa nikomu nie może zamykać drogi sądowego dochodzenia naruszonych praw lub wolności.

Oceniając poszczególne zarzuty z pozwu, Sąd Okręgowy uznał, że nie zostało w tej sprawie wykazane, aby termin określony w (...) na wykonanie umowy zawartej 14 lutego 2008 r. był nierealny i nieadekwatny do zakresu prac, które zamawiający powierzył wykonawcy w tej umowie, zwłaszcza że strona pozwana wiedziała i miała wpływ na konieczność przedłużenia tego terminu, na co przede wszystkim wyraziła zgodę. Przyczyniła się bowiem do opóźnienia w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zawieszenie realizacji projektu z powodu wystąpienia Głównego Geodety Kraju z zastrzeżeniami w zakresie realizacji projektu przez zamawiającego, który nie mógł dokładnie przewidzieć czasu postępowania przetargowego, które zostało przedłużone sprzeciwami innych oferentów, w efekcie czego wybór najlepszej oferty został przeprowadzony po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z 17 stycznia 2008 r. Przedłużenie terminu na realizację umowy z 14 lutego 2008 r. było więc korzystne dla zamawiającego, który zadbał o to, aby cały projekt mógł zostać wdrożony oraz sfinansowany przy wykorzystaniu tych środków, których dotyczyła umowa z 21 września 2006 r., bez konieczności ich zwrócenia, nawet w całości.

Sąd Okręgowy uznał również, że nie zostało w tej sprawie wykazane, aby sposób opisanie wymagań dotyczących sprzętu komputerowego, w tym myszy, mógł utrudniać uczciwą konkurencję w rozumieniu przyjętym w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Według Sądu Okręgowego, mimo tego, że opinie biegłych A. Z. i A. P. potwierdziły, że wymagania określone w (...) w 2007 r. spełniał tylko sprzęt firmy (...), która jako jedyna oferowała na rynku europejskim certyfikowane oraz opatrzone logo producenta myszy z pięcioma klawiszami i scrollem, dostępne na rynku były bowiem takie same myszy firmy (...), tyle że bez certyfikatu CE. W ocenie Sądu Okręgowego, pozwany mógł być więc przekonany o tym, że gdy wszczynął postępowanie o udzielenie zamówienia, więcej niż jeden producent oferował taki sprzęt, który był poszukiwany na rynku ze względu na większe jego walory użytkowe. Zaoferowanie przez wszystkich wykonawców sprzętu firmy (...), jak uznał Sąd Okręgowy, nie było więc wywołane tylko podaniem w (...) wymagań preferujących tego producenta, lecz najkorzystniejszymi w tym czasie warunkami cenowymi, które oferowała firma (...), czyli przesłankami, które w treści (...) zostały określone jako najważniejsze kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. W 75 – ciu % decydowały bowiem o jej wyborze. Sąd Okręgowy uznał, że ewentualne wątpliwości należało rozstrzygać na korzyść strony pozwanej. Ciężar dowodu w zakresie wykazania okoliczności podanych na uzasadnienie żądania pozwu spoczywał bowiem na stronie powodowej, która nie zdołała wykazać, aby opis tego sprzętu mógł utrudniać uczciwą konkurencję, zwłaszcza że nawet biegli sądowi napotkali na trudności przy

ustalaniu, czy taki sprzęt oferowały również inne firmy niż D. w istotnym dla sprawy okresie, a dostarczenie właściwego sprzętu, w tym odpowiednich myszy, stanowiło, jak wskazywał biegły A. Z., niewielką część zamówienia. Według Sądu Okręgowego, faktyczna konkurencja pomiędzy wykonawcami dotyczyła innych jego elementów. Wszyscy zaofertowali bowiem ten sam sprzęt firmy (...). Sąd Okręgowy nie podzielił również stanowiska strony powodowej, jakoby strona pozwana niezasadnie dopuściła myszy z trzema klawiszami i scrollmem na etapie udzielania wyjaśnień treści (...) w odpowiedzi na pytania oferentów. Strona pozwana działała bowiem zgodnie z art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Prawa zamówień publicznych. O treści odpowiedzi poinformowani zostali też wszyscy oferenci, w stosunku do których nie zachodziły ponadto podstawy do ich wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku wszystkich wymagań uzasadniających zatrzymanie wadium, w tym niezłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czyli w oparciu o pominiętą w treści (...) drugą przesłankę z w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy, przewidzianą jako przyczyna zatrzymania wadium. Potwierdzając, że taka przesłanka została przez zamawiającego pominięta, Sąd Okręgowy dostrzegł z drugiej strony, że strona pozwana we właściwy sposób zabezpieczyła swoje interesy. Zastrzegła bowiem w § 6 ust. 2 (...), że wadium wносить należy przed upływem terminu złożenia ofert. Niewniesienie więc przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia, które Sąd Okręgowy utożsamiał z wadium, upoważniało pozwaną do niepodpisywania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a tym samym zatrzymania wadium. Sąd Okręgowy wskazał ponadto, że zamawiający nie mógł wykluczyć z postępowania wykonawców działających zgodnie z treścią (...).

Sąd Okręgowy nie dopatrywał się więc takiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które by mogło uzasadniać żądanie zwrotu udzielonego pozwanej dofinansowania. Wystąpiły tylko nieprawidłowości drobniejsze, które jednak nie uzasadniały uwzględnienia powództwa. O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy z art. 98 § 1 i 3 k.p.c., jak również przy uwzględnieniu przewidzianej art. 108 § 1 k.p.c. możliwości pozostawienia referendarzowi sądowemu szczegółowego ich rozliczenia.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód. Zaskarżając ten wyrok w całości, zarzucił Sądowi Okręgowemu rażące naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że pozwany nie mógł wykluczyć dostępności na rynku innych myszy w pięcioma klawiszami i scrollmem niż firmy (...), wynikające z pominięcia wykazanej opiniami biegłych okoliczności, że nie były one dostępne na rynku; bezzasadne uznanie, że przystąpienie do przetargu wymaganej liczby pięciu wykonawców świadczyło o tym, że termin realizacji umowy nie został określony nierealnie i nieadekwatnie do zakresu określonych w niej zadań oraz że jego przedłużenie było korzystne dla zamawiającego; niezgodne z zasadami logiki uznanie, że naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie utrudniało uczciwej konkurencji, w tym że nie miało wpływu na ilość ofert i ich treści oraz że naruszenie art. 29 ust. 3 podanej ustawy nie mogło spowodować szkody w finansach Unii Europejskiej, polegającej na pokryciu nieuzasadnionych wydatków, tylko z tego powodu, że oferty złożyła minimalna liczba pięciu wykonawców; pominięcie określonych umową praw i obowiązków oraz procedur, z których wynikały podstawy nałożenia na pozwaną powinności zwrócenie podanej w pozwie części uzyskanego dofinansowania; sprzeczne z art. 233 § 1 w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 6 k.c. uznanie, że powód nie wykazał w tej sprawie nieprawidłowości w rozumieniu przyjętym w powołanych w apelacji przepisach Rozporządzenia Rady (WE) nr 1260/1999 i nr 1083/2006, podczas gdy wynika z tych przepisów domniemanie wystąpienia szkody, co najmniej potencjalnej, w przypadkach określonych w „taryfikatorze” i oddalenie żądania z powodu z powodu niewykazania szkody przez stronę powodową; sprzeczne z art. 233 § 1 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przyjęcie, że nie wystąpiło uchybienie polegające na określeniu nierealnego oraz nieadekwatnego terminu wykonania umowy, pomimo że takie wnioski wynikały z opinii biegłego P. H., z której korzystał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przy przygotowywaniu Informacji o wykonaniu kontroli, w sytuacji, gdy żaden z biegłych sądowych nie wyraził w tej sprawie opinii przeciwnej.

Apelacja została ponadto oparta na wielu zarzutach naruszenia przez Sąd Okręgowy postanowień umowy z 21 września 2006 r., w tym § 5 ust. 3 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 i § 7 ust. 1, jak również art. 24 ust. 2, art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 1 i 4, art. 144 ust. 1 oraz art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne przyjęcie, że opisane w pozwie naruszenie tych przepisów nie miało miejsca, a ponadto sprzeczne z przepisami powołanych rozporządzeń uznanie, że takie uchybienia nie mogły spowodować szkody w budżecie

ogólny Unii Europejskiej i że nie uzasadniały uwzględnienia żądania dotyczącego zasądzenia od pozwanej należności odpowiadającej części dofinansowania wypłaconego zgodnie z treścią umowy z 21 września 2006 r. Na podstawie opisanych zarzutów, obszernie uzasadnionych w apelacji, powód w jej wnioskach wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na swoją rzecz kwoty 516288,75 zł wraz z odsetkami w wysokości jak dla zaległości podatkowych od 30 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty i obciążenia pozwanej poniesionymi kosztami procesu za obie instancje zgodnie z normami obowiązującymi, ewentualnie o jego uchylenie oraz przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu za drugą instancję.

W odpowiedzi na apelację pozwana wносиła o jej oddalenie i obciążenie powoda poniesionym kosztami postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie w całości. Część zarzutów, na których została oparta, była bowiem zasadna, pomimo tego, że nie wszystkie uchybienia w zakresie stosowania przez stronę pozwaną przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie zostały wykazane w sposób jednoznaczny dowodami, które zostały zebrane w tej sprawie.

Podstawowe znaczenie dla oceny zasadności apelacji strony powodowej miał zarzut dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy zasad rozkładu ciężaru dowodu pomiędzy stronami, czyli sposób zastosowania przez Sąd Okręgowy art. 6 k.c., jak również wykorzystania zebranego materiału oraz jego oceny w ramach kryteriów wynikających z art. 233 § 1 k.p.c. na potrzeby wyciągnięcia konsekwencji związanych z dokonaniem ustaleń w zakresie dotyczącym oceny zasadności każdego z czterech zawartych w pozwie zarzutów co do naruszenia przez stronę pozwaną przepisów Prawa zamówień publicznych w zakresie, który dotyczył przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakończonego podpisaniem umowy z 14 lutego 2008 r., jak również w części dotyczącej jej realizacji zgodnie z przepisami tej ustawy. Dokonując w zakresie tych zarzutów ustaleń faktycznych, Sąd Okręgowy nawet nie popełnił istotnych błędów co do poszczególnych okoliczności. W znacznej mierze wadliwie ocenił jednak ich znaczenie prawne w aspekcie dotyczącym ustalenia, czy zarzuty, na których powództwo zostało oparte, były istotnie uzasadnione. Nawet jeśli część wniosków, do których Sąd Okręgowy ostatecznie doszedł, można byłoby uznać za uzasadnione, zwłaszcza przy przyjęciu przychyłnej oceny poszczególnych ustaleń i ich kwalifikacji prawnej we wskazanym zakresie w oparciu o zebrane w tej sprawie dowodowy, przy ocenie drugiego zwłaszcza zarzutu, dotyczącego zastrzeżenia w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zmówienia nierealnego i nieadekwatnego terminu na realizację umowy zawartej 14 lutego 2008 r., czyli naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych oferentów, ocena dowodów, które w tej sprawie zostały przeprowadzone w oparciu o prawidłowo określone zasady rozkładu ciężaru dowodu pomiędzy stronami, nie pozwalała na uznanie, by po stronie powodowej nie powstało uprawnienie dotyczące żądania zwrotu części dofinansowania na realizację projektu o nazwie „ (...) System Informacji Przestrzennej Gmin i Powiatów współdziałających w ramach województwa” w oparciu o podane w apelacji postanowienia umowy z 21 września 2006 r. i wskazane w niej przepisy prawa materialnego, w tym wspólnotowego i na gruncie powołanej zasadnie przez Sąd Okręgowy regulacji zawartej w art. 56c ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. r Narodowym Planie Rozwoju, która miała zastosowanie w okresie zawarcia wskazanej umowy, jak również zgodnie z przyjętymi na jej podstawie zasadami wymierzania korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE, obejmujących też ujęte w tabeli wskaźniki procentowe do obliczania wartości takiej korekty (k:429 i n. oraz k. 433 i n), w każdym razie w zakresie dotyczącym należności głównej objętej żądaniem pozwu, której wysokość została ograniczona przez stronę powodową do 12,5 % wysokości udzielonego dofinansowania, pomimo tego, że zebrany w tej sprawie materiał dowodowy pozwalał na przyjęcie, że uchybienia strony pozwanej w zakresie zastosowania wskazanych w apelacji przepisów Prawa zamówień publicznych przy prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego realizacji powołanego projektu, uzasadniały przyjęcie, że po stronie pozwanej powstał obowiązek zwrócenia otrzymanego dofinansowania w kwocie co najmniej dwa razy większej. Nawet więc zastosowanie optymalnie korzystnej oceny materiału zebranego w sprawie, nie pozwalało na oddalenie powództwa.

Na uwzględnienia nie zasługiwało przede wszystkim stanowisko Sądu Okręgowego, jakoby „Informacja o wyniku kontroli” przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, datowana za 8 grudnia 2010 r. oraz podpisana przez Wiceprezesa tego Urzędu (k: 108 i n), nie stanowiła dokumentu urzędowego w rozumieniu przyjętym w art. 44 k.p.c., czyli by nie była objęta domniemaniem zgodności z rzeczywistością informacji podanych w treści tego dokumentu, jak też by co najmniej za dokument urzędowy nie można było uznać uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r., wydanej w sprawie (...) (k:129 i n), zwłaszcza że z jej uzasadnienia wynika, że opinia o uznaniu za nieuzasadnione zastrzeżeń, które zostały zgłoszone przez pozwaną jako zamawiającego od Informacji o wynikach kontroli z 8 grudnia 2010 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, została wydana na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych, czyli w odniesieniu do wyników czynności kontrolnych dotyczących realizacji przez stronę pozwaną umowy z 21 września 2006 r., które zostały przeprowadzone nie tylko w oparciu o uprawnienia zastrzeżone w § 10 ust. 1 umowy, lecz również na podstawie ustawowych kompetencji Prezesa tego Urzędu, wynikających z ówczesnego brzmienia art. 164 i nast. powołanej ustawy. Nie sposób było więc uznać, jako to przyjął Sąd Okręgowy, że „Informacja o wyniku kontroli” z 8 grudnia 2010 r. nie stanowiła dokumentu urzędowego w rozumieniu przyjętym w art. 245 k.p.c., jak również by za taki sam dokument nie mogła zostać uznana powołana uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. Przyjęcie, że powód złożył wskazane dokumenty i powoływał się na ich treść, uzasadniało więc uznanie, że na jego korzyść działało domniemanie zgodności ich treści ze stanem rzeczywistym, w ramach zawartych w tych dokumentach ustaleń, zgodnie z którymi strona pozwana dopuściła się każdego z podanych w pozwie rodzajów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu spornego zamówienia związanego z wyborem najkorzystniejszej oferty, jak też podpisaniem i realizacją umowy zawartej 14 lutego 2008 r. Nie odmawiając stronie pozwanej uprawnienia do podejmowania ochrony własnych interesów związanych także z uzyskaniem dofinansowania na podstawie umowy z 21 września 2006 r., czyli z koniecznością zapewniania stronie pozwanej w tym zakresie prawa do sądu, na które powołał się Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, uznać na tej podstawie należało, że istotne dla sprawy okoliczności zostały wykazane przez stronę powodową treścią powołanych dokumentów urzędowych. Wynikały tym samym ze wzruszalnego domniemania ich zgodności z rzeczywistością z art. 245 k.p.c. Na stronie pozwanej spoczywał więc ciężar obalenia tego domniemania, stosownie do art. 52 k.p.c., w oparciu o wszystkie dostępne w tej sprawie dowody. Wynik przeprowadzonych w sprawie czynności dowodowych nie pozwolił jednak na uznanie, aby domniemanie z art. 244 §1 k.p.c. zostało obalone w zakresie wszystkich czterech zarzutów, które zostały w pozwie opisane jako podstawa wystąpienia przez stronę powodową wobec pozwanej o zwrot tylko części dofinansowania udzielonego na podstawie umowy z 21 września 2006 r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, na tle przebiegu postępowania dotyczącego udzielenia spornego zamówienia publicznego, nie było podstaw do uznania zasadności ostatniego z zarzutów podniesionych przez stronę powodową na podstawie wyników przeprowadzonej kontroli, w tym powołanych dokumentów urzędowych, dotyczącego naruszenia przez stronę pozwaną jako zamawiającego ar. 24 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 powołanej ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia trzech spośród pięciu oferentów, którzy ubiegali się o udzielenie spornego zamówienia publicznego, w tym konsorcjum (...) S.A., z którym 14 lutego 2008 r. została zawarta umowa dotycząca realizacji projektu będącego przedmiotem umowy o dofinansowanie z 21 września 2006 r., pomimo tego, że za częściowo uzasadnione można było uznać argumenty, które zostały podane na jego uzasadnienie, jak również niezależnie od tego, że nie były przekonujące argumenty, które Sąd Okręgowy w tym zakresie podał na uzasadnienie wniosku tej samej treści. Uchybienie, na które strona pozwana mogłaby się ewentualnie powołać w tym zakresie, dotyczyło pominięcia w treści (...) drugiej podstawy uzasadniającej zatrzymanie wadium przez zamawiającego, czyli odnoszącej się do niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy ze strony wykonawcy wyłonionego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie spornego zamówienia publicznego, pomimo tego, że w art. 46 ust. 5 powołanej ustawy taka przyczyna zatrzymania wadium została wymieniona. Nie może więc ulegać wątpliwości, że powinna być zostać uwzględniona w (...) już na etapie określania treści tego dokumentu. Argumenty podane przez Sąd Okręgowy na uzasadnienie tezy, jakoby niewniesienie takiego zabezpieczenia mogło jednak uzasadniać zatrzymanie wadium w oparciu o trzecią przesłankę określoną w tym przepisie, czyli niemożliwość zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ze względu na wprowadzenie przez pozwaną wymagania wpłacenia wadium

jeszcze przed upływem terminu przewidzianego na składanie ofert, nie mogły zostać uznane za uzasadnione już z tego powodu, że zostały oparte na oczywiście nieuzasadnionym utożsamieniu kwoty wadium z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, którym mogła być również gwarancja ubezpieczeniowa, oraz niedostrzeżeniem, że brak drugiej przesłanki z art. 46 ust. 5 powołanej ustawy dotyczył dokumentów stanowiących podstawę ewentualnej realizacji przez pozwaną uprawnień związanych ze skorzystaniem z udzielonego zabezpieczenia, w szczególności z gwarancji udzielonej ze strony właściwej instytucji na zlecenie wykonawcy wyłonionego w postępowaniu o udzielenie spornego zamówienia publicznego. W jego trakcie interesy pozwanej jako zamawiającego nie zostały naruszone z tego względu, że wybrane w tym postępowaniu konsorcjum (...) S.A. udzieliło wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Bez spełnienia tego warunku umowa z 14 lutego 2008 r. nie zostałaby bowiem podpisana. Nie było więc zagrożenia w zakresie interesów finansowych zamawiającego związanych z zawarciem i realizacją tej umowy, a tym samym podstawy do zastosowania korekty finansowej zgodnie z przyjętymi na podstawie powołanej ustawy z 20 kwietnia 2004 r. r Narodowym Planie Rozwoju zasadami stosowania korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy EU (k:430 verte), zwłaszcza że w drugiej wersji dokumentu tej treści, wprost zostało wskazane, że podstawy wymierzania korekty nie może stanowić także „naruszenie przepisów dotyczących wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz jego form” (k: 882 verte).

Przede wszystkim ograniczenie w treści (...) wypadków powstania po stronie zamawiającego uprawnienia do zatrzymania wadium do pierwszej oraz trzeciej przesłanki określonej art. 46 ust. 5 Prawo zamówień publicznych w świetle art. 24 ust. 2 i art. 146 pkt 6 ustawy nie mogło uzasadniać wykluczenia trzech spośród pięciu wykonawców, którzy przystąpili do postępowania, ani z tego powodu, że nie zostały przez nich złożone wymagane w tym postępowaniu dokumenty, ani też dlatego, że doszło do naruszenia przepisów ustawy w sposób mogący mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie spornego zamówienia publicznego. Wykonawcy, w tym konsorcjum (...) S.A., złożyli bowiem wszystkie dokumenty wymagane treścią (...), w tym właściwą gwarancję należytego wykonania umowy z 14 lutego 2008 r. Zaniechanie zamieszczenia w (...) przyczyny zatrzymania przez pozwaną wadium, określonej w punkcie 2 art. 46 ust. 5 ustawy, nie mógł mieć ponadto wpływu na wynik postępowania w rozumieniu przyjętym w art. 146 ust. 1 pkt 6 tej ustawy. Zarzut sprzecznego z prawem niewykluczenia trzech wykonawców, w tym wskazanego konsorcjum, nie mógł uzasadniać zwrotu dofinansowania na podstawie § 7 ust. 1 umowy z 21 września 2006 r., ani też w oparciu o art. 56c ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. r Narodowym Planie Rozwoju lub powołane w apelacji przepisy prawa wspólnotowego. Strona powodowa nie powoływała się bowiem na naruszenie przez pozwaną art. 46 ust. 5 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako podstawy żądania zwrócenia wskazanej w pozwie części przekazanego dofinansowania.

Za dyskusyjne Sąd Apelacyjny uznał w dalszej kolejności zarzuty podane jako pierwszy i trzeci wśród okoliczności uzasadniających żądanie pozwu oraz wnioski apelacji. Przychylniejsza dla strony pozwanej ocena treści (...) w odniesieniu do obowiązku przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, mogłaby nawet dawać podstawę do uznania, że strona pozwana wywiązała się z obowiązku obalenia domniemania zgodności treści Informacji o wyniku kontroli z 8 grudnia 2010 r. i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r., zwłaszcza przy uwzględnieniu okoliczności, że podstawą powstania po stronie zamawiającego obowiązku zwrócenie części dofinansowania było nie tyle przygotowanie (...) zgodnie z regułami Prawa zamówień publicznych, lecz przeprowadzenie postępowania o jego udzielenie zgodnie z tymi regułami. Uwzględnić w tym zakresie należało nie tylko treść (...), lecz także jej zastosowanie w trakcie postępowania, w tym zmianę, do której doszło w ramach udzieleniu odpowiedzi (...) na zapytanie jednego z oferentów o wykładnię treści (...). Zamawiający dopuścił bowiem składanie przez wykonawców ofert obejmujących myszy USB z trzema klawiszami oraz ze scrolllem (k: 832).

Przy uwzględnieniu odpowiedzi (...) w zakresie dotyczącym naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący sprzęt firmy (...) jako jedyne producenta, w ofercie którego dostępna na rynku europejskim była mysz z pięcioma klawiszami oraz scrolllem, a tym samym utrudniający uczciwą konkurencję poprzez brak możliwości uwzględnienia innego sprzętu w ramach oferty odpowiadającej wymaganiom zamawiającego, wskazany zarzut trudno by było uznać za uzasadniony na potrzeby przyjęcia, że środki pozyskane przez pozwaną na podstawie umowy z 21 września 2006 r. zostały

przeznaczone na realizację zamówienia udzielonego „bez zachowania obowiązujących procedur” w rozumieniu przyjętym w § 7 ust. 1 tej umowy w sytuacji, gdy na początku postępowania o udzielenie spornego zamówienia, przy wykorzystaniu instytucji wykładni treści (...) z art. 38 ust. 1 i 2 powołanej ustawy doszło w istocie do jej zmiany przewidzianej art. 38 ust. 4 ustawy przez odstąpienie przez pozwaną od wymagania dotyczącego myszy z pięcioma klawiszami, a w dokumentach, które dotyczyły wyników kontroli, czyli w Informacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 8 grudnia 2010 r., ani w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r., nie został podniesiony zarzut naruszenia ust. 4 art. 38 tej ustawy w zakresie dopuszczalności dokonania przez pozwaną zmiany treści (...) oraz zachowania zasad określonych w tym przepisie, jak również przy uwzględnieniu okoliczności, że taki zarzut nie został podniesiony w pozwie na uzasadnienie żądania dotyczącego zapłaty tej części dofinansowania uzyskanego przez stronę pozwaną, która podlegała zwrotowi na podstawie § 7 ust. 1 umowy z 21 września 2008 r. W sytuacji, gdy zmiana treści (...) jest dopuszczalna co do zasady, została ponadto zastosowana w treści odpowiedzi (...), udzielonej w ramach wyjaśniania jej treści na zapytanie jednego z wykonawców, można było uznać, że przy ocenie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 w zakresie samego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, należało uwzględnić, że nie tyle w pierwotnej treści (...), ile w ramach jej zmiany w toku postępowania, zostało wprowadzenie wymagania dotyczącego składania ze strony wykonawców ofert obejmujących mysz z trzema klawiszami i scrolllem, nie zaś z pięcioma. Przy takim założeniu, wymagania określone ustawą Prawo zamówień publicznych, przynajmniej w zakresie dotyczącym myszy optycznej z USB byłyby zachowane w zakresie, który był objęty kontrolą, na wyniki której powoływała się strona powodowa w tej sprawie, zwłaszcza że z ustaleń Sądu Okręgowego wynika też, że po częściowym uwzględnieniu sprzeciwu jednego z wykonawców, zamawiający przedłużył termin na składanie ofert.

Z drugiej strony, przy ocenie zasadności apelacji w zakresie dotyczącym pierwszego zarzutu, na którym powództwo zostało oparte, nie sposób było nie dostrzec, że zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, który został podniesiony w zasadzie w toku tego postępowania, nie został skutecznie odparty przez stronę pozwaną, pomimo tego, że z dokumentów urzędowych, na które powoływała się strona pozwana, czyli z Informacji z 8 grudnia 2010 r. i uchwały (...) z 13 stycznia 2011 r., nie wynikało domniemanie wskazujące na istnienie podstaw do podniesienia takiego zarzutu na uzasadnienie żądania o zwrot części dofinansowania uzyskanego przez zamawiającego. W sytuacji, gdy opinie biegłych sądowych, które zostały w tej sprawie sporządzone, były dla pozwanej niekorzystne, potwierdzone w nich bowiem zostało, że w istotnym dla sprawy okresie, czyli w drugiej połowie 2007 r., tylko firma (...) oferowała na rynku europejskim myszy z pięcioma klawiszami i scrolllem z certyfikatem CE, markowane i opatrzone logo producenta, pozbawione takich oznaczeń oraz tego rodzaju certyfikatu były natomiast myszy oferowane przez firmy sprzedające tzw. składaki, czyli A. lub C., jak wynika z opinii biegłego A. Z. (k: (...)), zaś firma (...) oferowała takie myszy wyłącznie na rynku azjatyckim i amerykańskim, jak ustalił biegły A. P. (k:1334), nie sposób było uznać, aby oferowanie innych myszy odpowiadało wymaganiom określonym w pierwotnej treści (...), zwłaszcza że również z pisma złożonego przez firmę (...) spółkę z o.o. wynika, że w jej ofercie nie było w 2007 r. myszy z pięcioma klawiszami i scrolllem (k: 1240).

Przy uznaniu więc, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia strona pozwana opisała przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko sprzęt firmy (...) spełniał wymaganie dotyczące myszy optycznej z pięcioma klawiszami, nie można byłoby podzielić argumentu, jakoby zamawiający mógł być przekonany, że również inni producenci mogą taki sprzęt oferować z racji jego wchodzenia w 2007 r. do użytkowania pozwalającego na wykorzystanie jego dodatkowych możliwości. Przy ocenie zasadności zarzutu dotyczącego naruszenia ze strony zamawiającego art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia pod kątem zachowania zasad uczciwej konkurencji, nie mogły mieć żadnego znaczenia przekonania pozwanej, nawet uzasadnione, lecz faktyczna możliwość zaoferowania również innego sprzętu niż firmy (...) ze strony poszczególnych oferentów. Niezależnie więc od tego, że zamówienie nie ograniczało się do sprzętu, obejmowało bowiem również wiele innych rodzajów działań, w tym usług na rzecz zamawiającego, nie sposób było uznać, aby opis przedmiotu zamówienia faktycznie dotyczącego sprzętu firmy (...), nie stanowił zagrożenia dla zachowania reguł uczciwej konkurencji, w ramach której oferty o zbliżonych parametrach sprzętowych oraz warunkach cenowych mogłyby złożyć również inni wykonawcy, którzy nie przystąpili do postępowania o udzielenie spornego zamówienia. Zastosowanie przez pozwaną kryteriów oceny złożonych ofert, wśród których największe znaczenie miały warunki cenowe, nie zaś rodzaj oferowanego sprzętu, mogłoby więc zostać

uznane za niewystarczające do tego, aby pierwszy zarzut, spośród czterech podniesionych w pozwie, nie był zasadny oraz by nie pozwalał na uwzględnienia powództwa. Wyłącznie więc przy bardzo przychylniej ocenie zasad dokonania przez pozwaną zmiany treści (...) w tej części, odpowiedzią(...) na zadane przez jednego z oferentów, uzasadnione by było uznanie, że we wskazanym zakresie zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Jeszcze trudniejsza była obrona pozwanej przez trzecim zarzutem, który stanowił podstawę powództwa wniesionego w tej sprawie, dotyczącym zmiany umowy z 14 lutego 2008 r. w zakresie terminu jej wykonania, czyli naruszenia przez zamawiającego art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Poza sporem bowiem pozostawało, że opóźnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wywołane tak dwumiesięcznym zawieszeniem realizacji projektu z powodu zastrzeżeń Głównego Geodety Kraju, zgłoszonych zanim postępowanie zostało ogłoszone, jak również sprzeciwami wykonawców oraz konieczność rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, rozstrzygniętego w styczniu 2008 r., doprowadziły do podpisania umowy dopiero 14 lutego 2008 r., a tym samym nie pozwalały na jej wykonanie w planowanym terminie, który został przedłużony, za zgodą strony powodowej, do połowy września 2008 r. Zmieniona w tym zakresie została również umowa w podanej dacie. Naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych było więc uzależnione od wykazania, czy była ona wymuszona nieprzewidywalnymi okolicznościami albo też czy była korzystna dla strony pozwanej. O ile pierwsza z tych przesłanek nie wchodziła w pole rozważań na tle okoliczności tej sprawy, o tyle druga została uwzględniona przez Sąd Okręgowy jako podstawa do uznania, przy ocenie zasadności powództwa, że pozwana nie naruszyła art. 144 Prawa zamówień publicznych.

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia tego przepisu nie zasługiwałby na uwzględnienie tylko przy przyjęciu korzystnej dla pozwanej wykładni tego przepisu, tj. wyłącznie przy uznaniu, że ocena korzyści, które z zakończonego postępowania o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego wynikają dla zamawiającego, może zostać przeprowadzona przy uwzględnieniu okoliczności niezwiązanych z jego przebiegiem i wynikiem, w tym również dotyczących jego ogłoszenia w celu udzielenia zamówienia publicznego pozwalającego na to, aby zrealizowane przez danego wykonawcę zostało zamówienie stanowiące tylko część większego projektu albo by przesunięcie terminu realizacji jednostkowego zamówienia pozwalało na zachowanie otrzymanego dofinansowania, w zakresie oceny którego można dopatrzeć się błędu w rozumowaniu Sądu Okręgowego, wynikającego z wadliwego założenia, by przesunięcie terminu realizacji umowy na okres późniejszy w stosunku do treści (...) było działaniem korzystnym dla zamawiającego. Trafnie strona powodowa podnosiła w apelacji, że z reguły opóźnienie terminu realizacji umowy działa na korzyść wykonawcy, który nie zostaje w ten sposób narażony na ponoszenie konsekwencji niewykonania umowy w terminie określonym w jej treści. Uniknąć w szczególności może jej rozwiązania i zapłacenia odszkodowania albo też kary umownej na naruszenie terminu. Wydłużając termin wykonania umowy, zamawiający może działać w tym zakresie wbrew swoim interesom finansowym, czyli na swoją niekorzyść, nawet jeżeli wykonanie zamówienia stanowi fragment większej inwestycji albo częściowe zrealizowanie lub wdrożenie dużo większego projektu. Przekroczenie bowiem terminu nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zrealizowania umowy, nawet po terminie. Po stronie zamawiającego może zaś stanowić podstawę do ograniczenia wydatków związanych z realizacją zamówienia, również poprzez obciążenie wykonawcy odszkodowaniem za opóźnienie albo też karą umowną ustaloną w kontrakcie. Zmiana treści umowy na korzyść wykonawcy nie jest więc jednocześnie zwykle korzystna dla zamawiającego. Za naruszenie art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający może być natomiast dotknięty dodatkową dolegliwością w postaci konieczności zwrócenie uzyskanego na ten cel dofinansowania, jeżeli pochodziło ono ze środków publicznych, w tym także z budżetu UE. Z powołanych w apelacji przepisów prawa wspólnotowych, tak jak z art. 56c ust. 1 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. r Narodowym Planie Rozwoju, wynika bowiem, że koniecznym warunkiem zachowania otrzymanego z tego źródła dofinansowania jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, w tym powstrzymanie się od zmiany umowy zwartej z wybranym wykonawcą po jej podpisaniu, w sposób niekorzystny dla zamawiającego, w tym również przez wydłużenie terminu przewidzianego na wykonanie takiej umowy. Podjęcie tego rodzaju działania z założenie może bowiem ograniczać konkurencję. Dłuższy termin na wykonanie umowy może bowiem stanowić istotny argument za tym, aby z ofertami odpowiadającymi treści (...), mogli przystąpić również inni wykonawcy, których powstrzymał pierwotnie określony termin na wykonanie umowy. Z art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przede wszystkim bowiem wynika obowiązek zawarcia umowy o treści odpowiadającej (...). Z tego też powodu na zamawiającego nałożony został zakaz

wprowadzania niekorzystnych zmian do zawartej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego. Łamiąc ten zakaz w sposób dla siebie niekorzystny, zamawiający zawsze się też naraża na utratę uzyskanego dofinansowania. Nie sposób więc powiedzieć, że celem takiej zmiany umowy jest zamiar jego zachowania. Odmienne stanowisko Sądu Okręgowego nie było uzasadnione. Tylko więc przy bardzo przychylniej, w zasadzie nieuzasadnionej wykładni art. 144 ust. 1 powołanej ustawy, nie byłoby podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez stronę pozwaną jako zamawiającego. Wyłożenie tego przepisu zgodnie z jego treścią, uwzględnienie ratio legis wprowadzenia zawartego w nim zakazu, nie pozwala na uznanie, aby strona pozwana nie naruszyła wynikającego z niego obowiązku, sprzecznie ze swoim interesem w sytuacji, gdy z tego powodu, poza innymi przyczynami, stanęła przed koniecznością zwrócenia wskazanej w pozwie części otrzymanego dofinansowania ze środków wspólnotowych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, najbardziej jednoznacznie należało ocenić naruszenie przez Sąd Okręgowy podanych w apelacji tych postanowień umowy z 21 września 2006 r. oraz powołanych w niej przepisów prawa krajowego oraz wspólnotowego, które dotyczyły zarzut określenia przez zamawiającego w treści (...) nierealnego, a przy tym nieadekwatnego do zakresu prac objętych umową z 14 lutego 2008 r., terminu jej wykonania, przedłużonego następnie za zgodą strony powodowej do 15 września 2008 r. Analiza dokumentów urzędowych, na które powoływała się strona powodowa, czyli Informacji o wyniku kontroli z 8 grudnia 2010 r., podpisanej przez Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych, oraz uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r., jednoznacznie wykazuje, że stronie pozwanej również przypisany został wskazany zarzut, czyli naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez ograniczenie w podany sposób kręgu potencjalnych oferentów, których mogłoby być jeszcze więcej niż pięciu, gdyby termin na wykonanie umowy został określony w sposób adekwatny do zakresu prac objętych umową zawartą 14 lutego 2008 r.

Istotę rozumowania, na którym ten zarzut został oparty, sprowadzić więc można do stwierdzenia, że określenie realnego, adekwatnego terminu mogłoby skłonić do złożenia ofert również innych wykonawców, w tym proponujących korzystniejsze warunki cenowe niż to wynikało z wybranej oferty konsorcjum (...) S.A., czyli że wybranie oferty, która z podanego powodu mogła zostać niezłożona, mogłoby się wiązać z racjonalniejszym wykorzystaniem środków wydanych na realizację przedmiotu zamówienia, w tym także dofinansowania uzyskanego przez stronę pozwaną ze środków wspólnotowych. Dodać tylko należy, że wskazanej ocenie, w tym dokonanej w obu powołanych dokumentach w oparciu o ekspertyzę sporządzoną biegłego P. H., podlegał termin zastrzeżony w treści (...) na wykonanie umowy, nie zaś termin określony pierwotnie w umowie zawartej 14 lutego 2008 r., następnie także przedłużony, za zgodą powoda, do 15 września 2008 r. Chodziło więc tylko o przewidywany przy ogłoszeniu o postępowaniu dotyczącym udzielenia spornego zamówienia termin na wykonanie umowy, która najwcześniej mogła zostać zawarta późną jesienią 2007 r., po przeprowadzeniu optymalnie sprawnego postępowania, czyli który był skracany z każdego powodu prowadzącego do jego przedłużenia.

Poza sporem musi pozostawać, że dokonanie ustaleń w zakresie zarzutu dotyczącego adekwatności, realności terminu przewidzianego na wykonanie umowy zawartej po wyłonieniu najlepszej oferty wymagało wiedzy specjalnej w rozumieniu przyjętym w art. 278 k.p.c., czyli zgłoszenia stosownych wniosków przez stronę pozwaną z racji spoczywania na zamawiającym ciężaru obalenia domniemania z art. 244 § 1 in fine k.p.c., które wynikało z obu wskazanych dokumentów urzędowych, czyli Informacji o wyniku kontroli z 8 grudnia 2010 r. oraz z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2011 r. Nie można było wywiązać się ze spoczywającego na pozwanej ciężaru wykazania zupełnie przeciwnych wniosków w porównaniu do przyjętych w tych dokumentach oraz w ekspertyzie sporządzonej przez P. H. w inny sposób niż dowodem z opinii odpowiedniego biegłego. W szczególności nie można było podważyć tych dokumentów najprzychylniejszą nawet dla strony pozwanej wykładnią istotnych dla sprawy przepisów, w tym powołanych w apelacji regulacji dotyczących zasady wprowadzania korekt w odniesieniu do dofinansowania udzielonego ze środków wspólnotowych.

Mając możliwość wykazania właściwej inicjatywy dowodowej w zakresie objętym wskazanym zarzutem, czyli realizując swoje prawa procesowe, jak też uprawnienie z art. 77 Konstytucji RP, na które powołał się Sąd Okręgowy, strona pozwana nie wystąpiła jednak o przeprowadzenie dowodu z opinii właściwego biegłego. Nie zostało tym samym wykazane w tej sprawie, aby termin, który w (...) został przewidziany na wykonanie umowy, był realny oraz adekwatny,

czyli by nie doszło do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Zarzut naruszenia przez pozwaną art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych został więc wykazany przez stronę powodową. Przeciwna teza ze strony pozwanej nie została natomiast udowodniona. W świetle przepisów, na które zasadnie skarżący powoływał się w apelacji wniesionej w tej sprawie, w tym w oparciu o art. 56c ust. 1 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. r Narodowym Planie Rozwoju oraz przyjętych na jej podstawie zasad wymierzania korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych w zakresie realizacji projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE (k: 665 i n), jak też w oparciu o § 7 ust. 1 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 umowy z dnia 21 września 2006 r., a przy tym przy zastosowaniu pkt 19 tabeli stanowiącej załącznik(...) do tych zasad, strona powoda była uprawniona do wystąpienia z zasadnym żądaniem zasądzenia od pozwanej kwoty objętej żądaniem pozwu, czyli odpowiadającej 12,5 % - om udzielonego pozwanej dofinansowania z związku z wykazaniem co najmniej jednokrotnego, a w istocie nawet trzykrotnego naruszenia przez stronę pozwaną przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które nakładało na zamawiającego obowiązek zwrócenia dwukrotnie większego dofinansowania. Uzasadnione było przy tym przyjęcie, że zasadność powództwa nie była zależna od wykazania doznania szkody przez powodową, lecz od uprawdopodobnienia okoliczności wskazujących na możliwość wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE z podanej przyczyny, dokładnie z tych samych powodów, które zostały przedstawione szczegółowo w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r., wydanego w sprawie IA Ca 14/15, do argumentów którego Sąd Apelacyjny przychylił się również w rozpoznawanej sprawie we wskazanym zakresie (k: 1487 i n).

Zachodziły więc pełne podstawy do uwzględnienia apelacji powoda przez zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Wojewody (...) kwoty 516289 zł wraz z odsetkami za opóźnienie jak dla zaległości podatkowych od dnia 30 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty, czyli w wysokości ustalonej w § 7 ust. 1 umowy z 21 września 2006 r., jak też ustalenia, że strona pozwana w całości ponosi koszty procesu, których szczegółowe rozliczenie zostało pozostawione przez sąd drugiej instancji do kompetencji referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Warszawie, na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz art. 108 § 1 k.p.c.

Uwzględnienie apelacji w całości uzasadniało ponadto obciążenie strony pozwanej kosztami postępowania apelacyjnego, obejmującymi wynagrodzenie za udział przed Sądem Apelacyjnym Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Stopień skomplikowania tej sprawy, jak również nakład pracy, który został włożonych w jej przygotowanie oraz popieranie, zwłaszcza związany ze skomplikowaną materią zamówień publicznych oraz powołanego w apelacji prawa wspólnotowego, uzasadniał przy tym przyznanie stronie powodowej wynagrodzenia za udział zawodowego pełnomocnika w pełnej stawce należnej dla spraw o zapłatę o najwyższym progu minimalnej stawki, wynoszącej 14400 zł, którą Sąd Apelacyjny zasądził od strony pozwanej na podstawie powołanych przepisów i przy zastosowaniu § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 i § 15 ust. 3 pkt 1, 2 i 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od strony pozwanej Sąd Apelacyjny miał ponadto obowiązek zasądzić na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 25815 zł tytułem nieuiszczonej opłaty od apelacji ze względu na ustawowe zwolnienie Skarbu Państwa od obowiązku ponoszenia opłat, wynikające z art. 94 tej ustawy.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie powołanych przepisów i art. 386 § 1 k.p.c., Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

Paulina Aslanowicz Robert Obreński Bernard Chazan