



Załącznik do uchwały nr 282/19  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 19 lutego 2019 r.

Marina Hotele Sp. z o.o.  
spółka komandytowo – akcyjna  
ul. Przestrzenna 7  
70 – 800 Szczecin

WWRPO.VIII.3162.27.2016.AŁa

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/5/W/2019**

podjęta w dniu 19 lutego 2019 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Stanisław Wziątek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2018 poz. 1307 t.j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t.j. ze zm.) w zw. art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2018 r. poz. 913 t.j. ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 t.j. ze zm.) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2017 poz. 935 ze zm.),

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Marina Hotele Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/13/W/2017 z dnia 9 maja 2017 r. orzekającą zwrot części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 zawartej w Szczecinie w dniu 10 lutego 2015 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” w łącznej kwocie 418 419,43 zł (słownie: czterysta osiemnaście tysięcy czterysta dziewiętnaście złotych 43/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych,

– utrzymuje w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/13/W/2017 z dnia 9 maja 2017 r. w całości.

## Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2018 poz. 1307 t.j. ze zm., dalej: uzppr), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych.

W dniu 10 lutego 2015 r. Marina Hotele Sp. z o.o. Spółka komandytowo – akcyjna zawarła z IZ RPO WZ umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 na realizację projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” Oś priorytetowa 6 „Rozwój funkcji metropolitalnych” Działanie 6.1 „Infrastruktura turystyczna na obszarze metropolitalnym” Poddziałanie 6.1.1 „Infrastruktura turystyki na obszarze metropolitalnym”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte dwa aneksy do umowy nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-01 z dnia 10 lutego 2015 r., oraz nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-02 z dnia 2 października 2015 r.

W ramach przedmiotowej umowy określone zostały szczegółowe zasady dofinansowania projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie, zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent, w § 4 ust 4 umowy o dofinansowanie, zobowiązał się realizować projekt z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Ponadto w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent obowiązany był do przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego oraz właściwych przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących odpowiednich reguł, zasad i postanowień wynikających z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: RPO WZ), Uszczegółowienia RPO WZ, obowiązujących procedur, wytycznych, informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Tym samym Beneficjent zobowiązał się m.in. do przestrzegania Wytycznych dla Wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie projektu w ramach RPO WZ obowiązujących w ramach RPO WZ dla konkursu nr RPOWZ/6.1.1/2014/1 (dalej: Wytyczne).

W związku z zakończeniem realizacji projektu, na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr i § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 28 – 30 października 2015 r. IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową projektu. Po przeprowadzeniu czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie w projekcie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 7 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 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r., ze zm., dalej: Rozporządzenie (WE) nr 1083/2006).

IZ RPO WZ ustaliła, iż w ramach Zadania nr 2 pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie”:

- Wydatku nr 1 Pomost z pontonów pływających wraz z wyposażeniem,
- Wydatku nr 2 System monitoringu – telewizja dozorowa,
- Wydatku nr 3 Remont pomieszczeń socjalnych dla żeglarzy,
- Wydatku nr 4 Budowa dwóch wolnostojących, parterowych budynków gospodarczych,

Beneficjent upublicznił zapytanie ofertowe. W odpowiedzi na nie wpłynęły trzy oferty:

1. F. Sp. z o.o.,
2. S. B. P. C.,
3. B. Sp. z o.o.

Po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zapytania ofertowego Beneficjent wybrał ofertę złożoną przez firmę B. Sp. z o.o. (obecnie: B. S. Sp. z o.o.), a w dniu 31 marca 2015 r. podpisał z ww. wykonawcą umowę. W trakcie realizacji umowy przez B. Sp. z o.o. jednym z podwykonawców było przedsiębiorstwo S. Sp. z o.o., w którego strukturze właścicielskiej oraz w organach spółki występowały te same osoby co u Beneficjenta, tj. M. R. i A. R.. Tym samym IZ

RPO WZ ustaliła, iż B. Sp. z o.o. realizował zadanie w ramach przedmiotowego projektu wraz z ww. podwykonawcą, z którym Beneficjent pozostawał w stosunku powiązania poprzez osoby fizyczne. Co za tym idzie IZ RPO WZ poddała analizie kwestię przestrzegania przez Beneficjenta zasad określonych w § 11 umowy o dofinansowanie w związku z realizacją zamówienia w ramach projektu. Z uwagi na powyższe zobowiązano Beneficjenta do przedstawienia wyjaśnień oraz zakresu oraz wartości prac wykonanych przez S. Sp. z o.o.

Powyższe ustalenia zostały przedstawione przez IZ RPO WZ w protokole pokontrolnym. Odpowiadając na ustalenia zawarte w ww. protokole Beneficjent pismem z dnia 4 stycznia 2016 r. ustosunkował się do stwierdzonych naruszeń. Wskazał przy tym, iż teoretyczny zysk przedsiębiorstwa S. Sp. z o.o. na realizacji zamówienia na rzecz B. Sp. z o.o. wyniósł łącznie 4 863,08 zł, tj. poniżej 1% kosztów poniesionych przez podwykonawcę. Na poparcie powyższego przedstawił on udostępnione przez S. Sp. z o.o. dane kont analitycznych. Beneficjent wskazał ponadto, iż zgodnie z obowiązkiem wynikającym z umowy o dofinansowanie, upublicznił informację o zamiarze udzielenia zamówienia finansowanego z udziałem środków publicznych na swojej stronie internetowej, jak również na branżowym portalu internetowym – [www.portalzeglarski.com](http://www.portalzeglarski.com). W odpowiedzi na upublicznione zapytanie wpłynęły 3 oferty. Oferta najtańsza wpłynęła od oferenta, którego Beneficjent znał zawodowo, co pozwoliło na szybkie rozstrzygnięcie, podpisanie umowy i przystąpienie do realizacji zamówienia. Beneficjentowi znane było doświadczenie zawodowe firmy B. Sp. z o.o., jak i sposób (rzetelności i terminowości) wykonywania przez nią prac.

Marina Hotele Sp. z o.o. poinformowała, iż firma B. Sp. z o.o. po wstępnych rozmowach z potencjalnymi dostawcami pontonów, zwróciła się do przedsiębiorstwa S. Sp. z o.o. z prośbą o pośrednictwo w zakresie zawarcia umowy na ich dostawę. Powyższe wynikało z faktu, iż S. Sp. z o.o. od wielu lat współpracuje z dostawcami pontonów w zakresie ich zakupu, dostawy oraz montażu, dzięki czemu miała ona wypracowane korzystne warunki współpracy w tym zakresie. Ostatecznie dostawa została wykonana w wyniku zamówienia zrealizowanego na podstawie umowy zawartej i negocjowanej na zlecenie firmy B. Sp. z o.o. przez S. Sp. z o.o. Dzięki połączeniu sprawności i doświadczeniu obu firm uzyskano korzystne, zwłaszcza cenowo warunki dostawy i montażu. Przedstawiony powyżej sposób realizacji inwestycji okazał się najkorzystniejszy, najefektywniejszym sposobem realizacji projektu. Udzielenie zamówienia przez Beneficjenta nastąpiło z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji. Beneficjent podkreślił, iż nie dokonywał zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo. Powiązanie takie nie występowało i nie występuje.

IZ RPO WZ poddała analizie przedstawione przez Beneficjenta dokumenty, tym samym ustaliła, iż S. Sp. z o.o. z tytułu podwykonawstwa (na rzecz B. Sp. z o.o.) osiągnęła przychód w wysokości 723 000,00 zł, za:

- dostawę i montaż pomostów pływających, organizacji tymczasowej akwenu żeglugi w obrębie przystani, składowaniu i dozowaniu mienia w trakcie montażu pomostów – powyższe przypisano wydatkowi: Pomost z pontonów pływających wraz z wyposażeniem (dostawa i montaż);
- rozbudowę systemu monitoringu, dostawy kamer, okablowania, sterowania i rejestracji – powyższe przypisano wydatkowi: System monitoringu (televizja dozorowa);
- remont hotelu – zaplecza żeglarskiego – powyższe przypisano wydatkowi: Remont pomieszczeń socjalnych dla żeglarzy;
- sprzedaż materiałów do budowy kontenera (jak wyjaśnił Beneficjent od ww. podwykonawcy pochodziła część materiałów związanych z budową dwóch wolnostojących parterowych budynków gospodarczych) – powyższe przypisano wydatkowi: Budowa dwóch wolnostojących, parterowych budynków gospodarczych.

Zakres prac wykonanych przez podwykonawcę odpowiadał w całości zadaniom zaplanowanym w ramach Zadania nr 2, Wydatków nr 1, nr 2, nr 3. Jedynie część wydatków zaplanowanych w Zadaniu nr 2 Wydatku nr 4 poniesionym na materiały związane z budową dwóch wolnostojących parterowych budynków gospodarczych, nie została zrealizowana przez S. Sp. z o.o.

Powyższe ustalenia pozwoliły na stwierdzenie, iż przedsiębiorstwo S. Sp. z o.o. realizując zamówienie w ramach projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” pozostawało w związku z przedsiębiorstwem Beneficjenta poprzez osobę M. R. oraz członków rodziny R.. Byli oni bowiem bezpośrednio lub za pośrednictwem udziałów w poszczególnych spółkach właścicielami przedsiębiorstwa Beneficjenta oraz w całości przedsiębiorstwa podwykonawcy, a także pełnili funkcje zarządcze w tych przedsiębiorstwach. Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ stwierdziła, iż doszło do naruszenia zapisów § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie, jak i że doszło do naruszenia art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013

r., poz. 885 t.j. ze zm., dalej: ufp). Wobec powyższego IZ RPO WZ uznała za niekwalifikowalne wydatki poniesione w ramach projektu w kwocie 723 000,00 zł.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami pismem z dnia 30 marca 2015 r., a następnie pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w kwocie 418 419,43 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonych od daty przekazania środków w terminie 14 dni od daty doręczenia pisma. Jednocześnie Beneficjent został poinformowany, iż przysługująca mu płatność końcowa (na podstawie wniosku o płatność WNP-RPZP.06.01.01-32-007/14-04) zostanie pomniejszona o kwotę 15 237,99 zł, stanowiącą część udziału dofinansowania w kwocie wydatków uznanych za niekwalifikowalne. Ponadto wobec przekroczenia limitów dotyczących wydatków poniesionych na studium wykonalności oraz z tytułu zarządzania projektem, kwota wnioskowana zostanie pomniejszona o środki w wysokości 6 965,36 zł (przekroczony limit w wysokości 11 612,75 zł) oraz o kwotę 0,01 zł powstałą w celu zachowania montażu finansowego w projekcie (59,9802794439%).

W związku z brakiem dokonania stosownego zwrotu w wyznaczonym terminie, w dniu 19 maja 2016 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu ww. środków.

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w dniu 9 maja 2017 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/13/W/2017 orzekająca zwrot od Beneficjenta – Marina Hotele Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna – środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (dalej: EFRR) otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 na realizację projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” w łącznej kwocie 418 419,43 zł.

Beneficjent korzystając ze swojego uprawnienia, pismem z dnia 9 czerwca 2017 r. (data wpływu do IZ RPO WZ w dniu 12 czerwca 2017 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem ww. decyzji. Jednocześnie wraz z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie Beneficjent zaskarżył w części (tj. co do pkt II) Postanowienie Zastępcy Dyrektora Wydziału Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego z dnia 7 listopada 2016 r. odmawiające przeprowadzenia dowodu z zeznań M. R. w charakterze strony oraz dowodu zeznań świadków: A. R., P. B., M. A., A. G. – R.. Ponadto Beneficjent wniósł o przeprowadzenie dowodów z kserokopii następujących dokumentów:

1. wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z dnia 16 czerwca 2015 r.,
2. oświadczenia z dnia 28 listopada 2014 r. o rezygnacji z pełnionej funkcji Prezesa Zarządu przez M. R.,
3. protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 28 listopada 2014 r.
4. protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 27 maja 2015 r.

na okoliczności: braku powiązań osobowych poprzez M. R. pomiędzy Beneficjentem, a podwykonawcą Spółką S. Sp. z o.o. w trakcie realizacji inwestycji w ramach projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” objętego umową o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 z dnia 10 lutego 2015 r., złożenia wniosku o dokonanie zmiany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 16 czerwca 2016 r. po powołaniu nowego prezesa zarządu. Wraz z ww. wnioskami dowodowymi Beneficjent ponownie wniósł o przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w piśmie z dnia 30 czerwca 2016 r., tj.:

1. przesłuchania w charakterze świadka M. R. (adres do doręczeń: adres siedziby Beneficjenta) jako osoby uprawnionej do reprezentacji Beneficjenta M. H. Sp. z o.o. S.K.A. w Szczecinie na okoliczność wszystkich zarzutów i twierdzeń wskazanych w Zastrzeżeniach Beneficjenta do stanowiska Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego Wydział Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego, jak i w piśmie z dnia 30 czerwca 2016 r. oraz we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, w szczególności celem wykazania okoliczności faktycznych wskazujących na należyte wykonanie przez Beneficjenta zawartej dnia 10 lutego 2015 r. umowy o dofinansowanie, a w szczególności wykorzystanie środków przekazanych na jej podstawie z zgodnie z prawem i z zachowaniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ. Jak również sposobu dokonania przez wykonawcę, tj. B. Sp. z o.o. wyboru podwykonawcy celem wykonania umowy z dnia 31 marca 2015 zawartej przez B. Sp. z o.o. z Beneficjentem,
2. dowodu z zeznań świadka A. R. (adres do doręczeń: adres siedziby Beneficjenta) na okoliczność braku powiązań S. Sp. z o.o. z Beneficjentem poprzez M. R., a także sposobu dokonania przez wykonawcę, tj. B. Sp. z o.o., wyboru podwykonawcy celem wykonania umowy z dnia 31 marca 2015 r. zawartej przez B. Sp. z o.o. z Beneficjentem,

3. dowodu z zeznań świadka Piotra Berenta (adres do doręczeń: B. Sp. z o.o., ul. Przestrzenna 11, Szczecin) celem wykazania okoliczności faktycznych wskazujących na należyte wykonanie przez Beneficjenta postanowień zawartej dnia 10 lutego 2015 r. Umowy, a tym samym brak podstaw do stwierdzenia nienależytego wywiązywania się z warunków zawartej umowy o dofinansowanie, szczególności w zakresie:
  - sposobu i terminu zapoznania spółki B. Sp. z o.o. w Szczecinie z przedmiotem zamówienia przy zadaniu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” realizowanego w ramach RPO WZ,
  - posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego, kadry niezbędnej do wykonania zamówienia przy zadaniu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” realizowanego w ramach RPO WZ,
  - sposobu przygotowania oferty przez B. Sp. z o.o. w Szczecinie na wykonanie prac w ramach zadania pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie”,
  - sposobu dokonania przez wykonawcę, tj. B. Sp. z o.o. wyboru podwykonawcy celem wykonania umowy z dnia 31 marca 2015 zawartej przez B. Sp. z o.o. z Beneficjentem,
4. dowodu z zeznań świadka M. A. (adres do doręczeń: w siedzibie WWRPO, ul. Wyszyńskiego 30, 70-203 Szczecin) pracownika IZ RPO WZ zajmującego się kontrolą spraw finansowych Beneficjenta, w tym fakturami, przelewami i księgowością Beneficjenta, na okoliczność dokonanych ustaleń w zakresie należytej realizacji przez Beneficjenta postanowień umowy o dofinansowanie oraz sposobu przeprowadzania kontroli w tym w zakresie, terminów, trybu, jak i poczynionych ustaleń,
5. dowodu z zeznań świadka A. G. – R. (adres do doręczeń: w siedzibie WWRPO, ul. Wyszyńskiego 30, 70-203 Szczecin) pracownika zajmującego się kontrolą spraw merytorycznych Beneficjenta, na okoliczność dokonanych ustaleń w zakresie należytej realizacji przez Beneficjenta postanowień umowy o dofinansowanie, w szczególności w zakresie należytego wyboru Wykonawcy, a także sposobu przeprowadzania kontroli w tym zakresie, terminów, trybu, jak i poczynionych ustaleń w zakresie unikania konfliktu interesów oraz zakazu dokonywania zakupu towarów, robót budowlanych od podmiotów powiązanych z Beneficjentem osobowo lub kapitałowo (takie obowiązki w umowie o dofinansowanie obciążały jedynie Beneficjenta, a nie wykonawców, którym Beneficjent udzielił zlecenia do wykonania oznaczonych prac).

Niezależnie od zgłoszonych wniosków dowodowych Beneficjent zarzucił skarżonej decyzji:

1. naruszenie przepisów art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459 t.j. ze zm., dalej: kc) w zw. z art. 206 ufp w zw. z art. 5 pkt 9 uzppr polegające na dokonaniu błędnej wykładni postanowień umownych § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 z dnia 10 lutego 2015 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” poprzez nieuzasadnione dokonanie wykładni rozszerzającej prowadzącej do przyjęcia, iż Beneficjent nie może dokonać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od jakiegokolwiek podmiotu (w tym podwykonawcy) powiązanego z Beneficjentem pozostającego w związku z realizowanym zamówieniem w ramach projektu, podczas gdy w Umowie zastrzeżono jedynie, iż Beneficjent nie może dokonywać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od wykonawcy powiązanego z nim osobowo lub kapitałowo;
2. naruszenie przepisów art. 202 § 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1577 t.j. ze zm., dalej: ksh) poprzez błędne uznanie, iż spółka S. Sp. z o.o. jako podwykonawca była podmiotem powiązany osobowo z Beneficjentem poprzez osobę M. R. w okresie realizacji inwestycji w ramach projektu, który reprezentował Beneficjenta (jako Prezes Zarządu Marina Hotele Sp. z o.o. czyli komplementariusza Beneficjanta) jak i S. Sp. z o.o. (jako wspólnik i Prezes Zarządu) albowiem dopiero w dniu 15 września 2015 r. w Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: KRS) prowadzonym dla spółki S. Sp. z o.o. pod numerem 0000440515 zmieniono dane wspólników (wykreślono A. R. i M. R. wpisując w ich miejsce dane trzech spółek) oraz zmieniono organ uprawniony do reprezentacji podmiotu (wykreślono M. R. z funkcji Prezesa Zarządu spółki wpisując w jego miejsce G. W.), podczas gdy M. R. złożył oświadczenie o rezygnacji z funkcji Prezesa Zarządu spółki S. Sp. z o.o. w dniu 28 listopada 2014 r., przyjęte w tym samym dniu przez Zgromadzenie Wspólników, przy czym skuteczność oświadczenia woli o rezygnacji z członkostwa w zarządzie nie jest zależna od dokonania wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdyż stosownie do art. 202 § 4 ksh mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu;

3. naruszenie art. 80 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 t.j., dalej: kpa) w zw. z art. 67 ufp polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolne przyjęcie, iż:
  - podwykonawca, tj. S. Sp. z o.o. został wyłoniony bez zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, na podstawie dowolnych ustaleń przy akceptacji Beneficjenta, chociaż okoliczność ta nie wynika w żaden sposób ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, przy czym organ odmówił przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych powołanych przez Beneficjenta na okoliczność sposobu wyboru przez wykonawcę B. Sp. z o.o. podwykonawcy spółki S. Sp. z o.o.,
  - przeprowadzone przez Beneficjenta postępowanie ofertowe miało charakter pozorny, chociaż okoliczność ta nie wynika w żaden sposób ze zgromadzone w sprawie materiału dowodowego, a oferta wykonawcy B. Sp. z o.o. była najkorzystniejsza cenowo spośród trzech ofert, jakie wpłynęły w odpowiedzi na upubliczniąną przez Beneficjenta za pośrednictwem internetu informację o zamiarze udzielenia zamówienia finansowanego z udziałem środków publicznych;
4. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż:
  - podwykonawca, tj. spółka S. Sp. z o.o., była podmiotem powiązany osobowo z Beneficjentem poprzez osobę M. R. jako pełniącego funkcję Prezesa Zarządu w przedsiębiorstwie Beneficjenta i podwykonawcy, podczas gdy M. R. w dniu 28 listopada 2014 r. (a zatem przed podpisaniem umowy o dofinansowanie z dnia 10 lutego 2015 r.) złożył oświadczenie woli o rezygnacji z członkostwa w zarządzie spółki S. Sp. z o.o. i z tym dniem Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników spółki S. Sp. z o.o. przyjęło rezygnację M. R., co oznacza, iż od dnia 28 listopada 2014 r. nie można mówić o powiązaniu osobowym między Beneficjentem i podwykonawcą polegającym na pełnieniu funkcji członka organu zarządzającego w rozumieniu § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie,
  - podwykonawca, tj. S. Sp. z o.o., został wyłoniony bez zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, na podstawie dowolnych ustaleń przy akceptacji Beneficjenta, podczas gdy Beneficjent nie brał w jakiegokolwiek sposób udziału w wyborze przez wykonawcę (B. Sp. z o.o.) podwykonawcy, a ponadto na podstawie umowy o dofinansowanie Beneficjent nie był zobligowany do zapewnienia przestrzegania przez wykonawcę przy wyborze podwykonawcy wymogów obowiązujących Beneficjenta w zakresie wyboru najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, unikaniu konfliktu interesów oraz zakazu dokonywania zakupu towarów, robót budowlanych od podmiotów powiązanych z Beneficjentem osobowo lub kapitałowo (takie obowiązki w umowy o dofinansowanie obciążały jedynie Beneficjenta, a nie wykonawców, którym Beneficjent udzielił zlecenia do wykonania oznaczonych prac);
5. naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 7 kpa, art. 10 § 1 kpa, art. 75 § 1 kpa, art. 77 kpa, art. 78 § 1 i 2 kpa, art. 86 kpa w zw. z art. 67 ufp polegające na wydaniu przez organ decyzji w oparciu o niepełny, nienależycie i wybiórczo zgromadzony materiał dowodowy wskutek zaniechania przez organ zebrania w sprawie wyczerpującego materiału dowodowego celem ustalenia stanu faktycznego poprzez:
  - nie podjęcie przez organ czynności niezbędnych celem poczynienia ustaleń w zakresie podstawy i terminu wygaśnięcia mandatu M. R. jako członka zarządu spółki S. Sp. z o.o. skutkującego wykreśleniem M. R. z funkcji Prezesa Zarządu z Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 15 września 2015 r., trybu i sposobu wyboru podwykonawcy przez wykonawcę;
  - odmowę przeprowadzenia zawnioskowanych przez Beneficjenta w piśmie z dnia 30 czerwca 2016 r. dowodów z osobowych źródeł dowodowych na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a w szczególności dla wykazania okoliczności wskazujących na należyte wykonanie przez Beneficjenta zawartej dnia 10 lutego 2015 r. umowy o dofinansowanie, a w szczególności wykorzystanie środków przekazanych na jej podstawie zgodnie z prawem i z zachowaniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ, jak też sposobu dokonania przez wykonawcę, tj. B. Sp. z o.o. podwykonawcy celem wykonania umowy z dnia 31 marca 2015 r. zawartej przez B. Sp. z o.o. z Beneficjentem,
6. naruszenie zasady prawdy obiektywnej oraz zasady bezpośredniości postępowania dowodowego wynikających z art. 7 kpa, art. 77 § 1 kpa poprzez zaniechanie przez organ w

ramach postępowania administracyjnego w sprawie o zwrot środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich przeprowadzenia w sposób wyczerpujący i wszechstronny własnego postępowania dowodowego i w konsekwencji wydanie decyzji w niniejszej sprawie głównie w oparciu o dokumenty zgromadzone na etapie kontroli planowej projektu, podczas gdy do kontroli projektu przeprowadzanej w trybie uzppr oraz do wezwania beneficjenta do zwrotu środków w trybie art. 207 ust. 8 ufp. nie znajdują zastosowania przepisy kpa, albowiem kontrola, ani procedura wezwania do zwrotu środków nie stanowią postępowania administracyjnego, gdyż zgodnie z art. 207 ust. 9 ufp dopiero po bezskutecznym wezwaniu do zwrotu środków wszczynane jest postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków kończące się wydaniem decyzji;

7. naruszenie art. 107 ust. 3 kpa w zw. z art. 67 ufp polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu decyzji dowodów, na których organ oparł ustalenia, iż:
  - M. R. w okresie realizacji inwestycji w ramach projektu reprezentował Beneficjenta i podwykonawcę S. Sp. z o.o.,
  - Beneficjent akceptował wybór przez wykonawcę, tj. B. Sp. z o.o. podwykonawcy, tj. S. Sp. z o.o.,
  - przeprowadzone przez Beneficjenta postępowanie ofertowe, mimo że została wybrana oferta najkorzystniejsza cenowo, miała charakter pozorny;
8. naruszenie art. 8 kpa w zw. z art. 67 ufp. poprzez prowadzenie przez organ postępowania w sposób niepogłębiający zaufania obywateli do organów Państwa i interpretowanie zapisów § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie oraz przepisów art. 44 ust. 3 ufp, bez uwzględnienia słusznego interesu skarżącej;
9. naruszenie art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 9 w zw. z art. 184 ufp poprzez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji uznanie, iż część środków otrzymanych przez Beneficjenta na podstawie umowy o dofinansowanie na realizację projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” została wykorzystana z naruszeniem procedur (§ 11 ust. 5 i 6 Umowy oraz art. 44 ust. 3 ufp) i jako takie środki w łącznej kwocie 418 419,43 zł podlegają zwrotowi.

Mając na uwadze powyższe Beneficjent wniósł o uchylenie w całości decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 9 maja 2017 r. nr WWRPO/13/W/2017 i umorzenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków.

Uzasadniając wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent wskazał, iż umowa zawarta z IZ RPO WZ jest umową cywilną, a zatem do jej wykładni stosować należy reguły wynikające z art. 65 kc. Zgodnie z § 1 ww. artykułu oświadczenia woli należy tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, natomiast w myśl § 2 w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Tym samym w opinii Beneficjenta, zapisy umowne regulujące prawa i obowiązki stron nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

W związku z powyższym Beneficjent uznał, iż z literalnego brzmienia § 11 ust. 6 zd. 1 umowy o dofinansowanie wynika, iż nie może on dokonywać zakupu towaru, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo między Beneficjentem, a wykonawcą. Powiązania te polegały na:

- 1) uczestnictwu w spółce, jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki prawa handlowego,
- 2) pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika,
- 3) pozostawaniu w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności w wyborze wykonawcy w szczególności pozostawanie w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub w stosunku przysposobienia, opieki kurateli.

Tym samym zakaz zakupu towaru, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych osobowych lub kapitałowych dotyczy jedynie relacji Beneficjent – wykonawca. Wskazane przy tym zostało przez Beneficjenta, iż w umowie o dofinansowanie brak jest uregulowań, które nakazywałyby przez „wykonawcę” rozumieć także podwykonawcę, czy dalszego podwykonawcę. Ponadto umowa o dofinansowanie nie nakładała na Beneficjenta jakichkolwiek obowiązków w zakresie weryfikowania dokonanego przez wykonawcę wyboru podwykonawcy czy też dalszych podwykonawców, pod kątem istnienia wzajemnych powiązań między Beneficjentem, a podwykonawcami czy dalszymi podwykonawcami. Co za tym idzie, w opinii Beneficjenta, nie sposób uznać iż Beneficjent wykorzystał środki przekazane mu na podstawie umowy o dofinansowanie z naruszeniem procedur, tj. § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie, skoro wykonawca zamówienia B. Sp. z o.o. został wybrany w trybie konkurencyjnym, jako podmiot który przedstawił najkorzystniejszą cenowo ofertę, a który nie był

powiązany z Beneficjentem, ani kapitałowo, ani osobowo. Tym samym ocenie przez IZ RPO WZ na gruncie § 11 ust. 6 IZ RPO WZ nie mogą podlegać wzajemne powiązania pomiędzy podwykonawcami, czy dalszymi podwykonawcami, na wybór których Beneficjent nie miał wpływu.

Ponadto, zdaniem Beneficjenta, IZ RPO WZ w sposób dowolny ustaliła, iż w okresie realizacji inwestycji w ramach projektu (tj. w dniach 24 listopada 2014 r. do dnia 30 września 2015 r.) M. R. reprezentował zarówno Beneficjenta, jak i spółkę S. Sp. z o.o. (jako wspólnik i prezes zarządu). Organ ponadto w uzasadnieniu decyzji nie wykazał dowodów na jakich dokonał ww. ustaleń, wskazane jedynie zostało, iż w KRS we wpisie dotyczącym spółki S. Sp. z o.o. (nr KRS ...) dopiero w dniu 15 września 2015 r. zmieniono dane wspólników w ten sposób, że wykreślono A. R. i M. R., natomiast w ich miejsce wpisano dane trzech spółek, tj. F. P. Sp. z o.o., G. Sp. z o.o., S. 4 S.A. oraz zmieniono organ uprawniony do reprezentacji podmiotu w ten sposób, że wykreślono M. R. z funkcji prezesa zarządu, a wpisano G. W. Tym samym – w opinii Beneficjenta – organ zaniechał zebrania w sprawie wyczerpującego materiału dowodowego celem poczynienia ustaleń w zakresie podstawy i terminu wygaśnięcia mandatu M. R. jako członka zarządu spółki S. Sp. z o.o.

Beneficjent wskazał, iż wpis w KRS dotyczący zmian składu zarządu ma charakter deklaracyjny, potwierdzający jedynie wcześniejsze zaistnienie określonego stanu rzeczy. Argumentując swoje stanowisko Beneficjent wskazał, iż zgodnie z art. 202 § 1 ksh jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu, zaś zgodnie z art. 202 § 4 ksh mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu. Tym samym Beneficjent wskazał, iż mandat M. R. jako członka zarządu S. Sp. z o.o. wygasł w dniu 28 listopada 2014 r., albowiem w tym dniu złożył on oświadczenie woli o rezygnacji z pełnionej funkcji Prezesa Zarządu, przy czym tego samego dnia Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników spółki S. Sp. z o.o. postanowiło przyjąć rezygnację M. R. z pełnionej funkcji.

Wskazane przy tym zostało przez Beneficjenta, iż wykreślenie M. R. z funkcji Prezesa Zarządu nastąpiło dopiero w dniu 15 września 2015 r. na podstawie wniosku z dnia 16 czerwca 2015 r., który został złożony przez nowego Prezesa Zarządu. Wskazać należy, iż w okresie od 28 listopada 2014 r. do 27 maja 2015 r. nikt nie pełnił funkcji Prezesa Zarządu wobec czego wcześniejsze złożenie wniosku o zmianę danych w KRS nie było możliwe.

Konkludując Beneficjent wskazał, iż M. R. nie pełnił funkcji członka organu zarządzającego w S. Sp. z o.o. od dnia 28 listopada 2014 r., a zatem również w okresie realizacji umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00, tym samym w okresie realizacji ww. umowy nie istniały wzajemne powiązania pomiędzy Beneficjentem a spółką S. Sp. z o.o.

Niezależnie od powyższego Beneficjent zarzucił naruszenie przez IZ RPO WZ art. 80 kpa w zw. z art. 67 ufp polegającego na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolne przyjęcie, iż podwykonawca S. Sp. z o.o. został wyłoniony bez zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji, że przeprowadzone przez Beneficjenta postępowanie ofertowe miało charakter pozorny, chociaż okoliczność ta nie wynika w żaden sposób ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. W opinii Beneficjenta, IZ RPO WZ wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 107 § 3 kpa w zw. z art. 67 ufp nie wskazała w uzasadnieniu decyzji na podstawie jakich dowodów przyjął, iż Beneficjent akceptował dokonanie przez wykonawcę (B. Sp. z o.o.) podwykonawcy, tj. S. Sp. z o.o. oraz że postępowanie ofertowe miało charakter pozorny.

Wraz z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/13/W/2017 z dnia 9 maja 2017 r. Beneficjent zaskarżył w części tj. co do pkt II postanowienie IZ RPO WZ z dnia 7 listopada 2016 r. odmawiające przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków: A. R., P. B., M. A., A. G. – R. oraz zeznań strony M. R., zarzucając IZ RPO WZ naruszenie art. 7 kpa, art. 10 § 1 kpa, art. 75 § 1 kpa, art. 77 kpa, art. 78 § 1 i 2 kpa, art. 86 kpa w zw. z 67 ufp. Uzasadniając powyższe Beneficjent wskazał, w stosunku do zarzutu naruszenia:

- art. 7 kpa, iż organ pomimo obowiązku podjęcia wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego nie uczynił tego podejmując skarżoną decyzję;
- art. 77 § 1 kpa, iż organ nie zebrał w sposób wyczerpujący materiału dowodowego;
- art. 10 § 1 kpa poprzez niezapewnienie stronie czynnego udziału w każdym stadium postępowania w polegającym na niezastosowaniu art. 78 § 1 kpa zgodnie z którym organ administracji jest zobowiązany uwzględnić żądanie strony dotyczące przeprowadzenia dowodu, jeżeli przedmiotem dowodu jest okoliczność mająca znaczenie dla sprawy;
- art. 78 § 2 kpa poprzez nieuzasadnioną odmowę przeprowadzenia zawnioskowanych przez Beneficjenta dowodów;
- art. 86 kpa poprzez nieprzeprowadzenie dowodów zawnioskowanych przez Beneficjenta w sytuacji gdy ich przeprowadzenie było konieczne, albowiem w aktach postępowania

administracyjnego brak jest jakichkolwiek dowodów, na podstawie których organ administracji mógłby dokonać prawidłowej oceny sprawy, w szczególności brak jest zeznań świadków, przesłuchania strony, które zostałyby przeprowadzone bezpośrednio przed organem orzekającym.

Postanowieniem z dnia 10 lipca 2017 r., a następnie z dnia 26 lipca 2017 r. IZ RPO WZ z uwagi na znaczny stopień skomplikowania sprawy oraz konieczność dokonania szczegółowej analizy zarzutów wskazanych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 12 września 2017 r.

Następnie pismem z dnia 28 sierpnia 2017 r. IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do przedłożenia, w terminie 7 dni licząc od dnia doręczenia wezwania, potwierdzonych za zgodność z oryginałem dokumentów, których kserokopie zostały dołączone do wniosku z dnia 9 czerwca 2017 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy, a które były przedmiotem zgłoszonego wniosku dowodowego, pod rygorem pozostawienia wniosku o przeprowadzenie dowodu bez rozpoznania (art. 64 § 2 kpa).

Z uwagi na oczekiwanie przez organ na dostarczenie przez Beneficjenta dokumentacji, do przedłożenia której został wezwany pismem z dnia 28 sierpnia 2017 r. IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 7 września 2017 r. przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 12 października 2017 r.

Pismem z dnia 20 września 2017 r. Beneficjent przekazał IZ RPO WZ potwierdzone za zgodność dokumenty wyszczególnione w piśmie z dnia 28 sierpnia 2017 r.

W dalszej kolejności z uwagi na analizę dokumentacji przedłożonej wraz z pismem z dnia 20 września 2017 r. oraz konieczności ustosunkowania się do wniosków dowodowych zgłoszonych przez Beneficjenta przedłużyła postępowanie administracyjne do 12 grudnia 2017 r.

Postanowieniem z dnia 8 grudnia 2017 r. IZ RPO WZ w pkt. I dopuściła przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, tj.: wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z dnia 16 czerwca 2015 r., oświadczenia z dnia 28 listopada 2014 r. o rezygnacji z pełnionej funkcji Prezesa Zarządu przez M. R., protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 28 listopada 2014 r., protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 27 maja 2015 r. Jednocześnie w pkt. II IZ RPO WZ odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań M. R. w charakterze strony oraz dowodu zeznań świadków: A. R., P. B., M. A., A. G. – R.. Do powyższego IZ RPO WZ odniesie się w dalszej części niniejszej decyzji.

Postanowieniem z dnia 11 grudnia 2017 r. z uwagi na analizę dokumentacji zgromadzonej w sprawie, w tym dokumentów dopuszczonych postanowieniem z dnia 8 grudnia 2017 r. IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 12 stycznia 2018 r.

Nadto pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 kpa. Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 12 lutego 2018 r.

Pismem z dnia 30 stycznia 2018 r. (data wpływu do IZ RPO WZ w dniu 8 lutego 2018 r.) występujący w sprawie pełnomocnik radca prawny M. A. poinformował Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniący rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 o tym, iż:

1. w dniu 5 stycznia 2018 r. R. K. będący jedynym członkiem zarządu Mariny Hotele Sp. z o.o. będącej komplementariuszem spółki Marina Hotele Sp. z o.o. spółki komandytowo – akcyjnej złożył rezygnację z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu;
2. poprzedni reprezentant Mariny Hotele Sp. z o.o. będącej komplementariuszem spółki Marina Hotele Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjnej G. W. zmarł w dniu 3 sierpnia 2017 r., a R. K. nie został jeszcze ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowym;
3. z uwagi na złożoną rezygnację z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu przez R. K., w dniu 29 stycznia 2018 r. radca prawny M. A., radca prawny T. B., radca prawny D. M., radca prawny J. P. oraz radca prawny K. D. wypowiedzieli pełnomocnictwo udzielone w dniu 3 czerwca 2016 r. do reprezentowania Marina Hotele Sp. z o.o. S.K.A.

Ponadto z uwagi na brak obsadzenia organu zdolnego do podejmowania czynności w imieniu spółki Marina Hotele Sp. z o.o. S.K.A. zostało wskazane, iż toczące się postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków powinno zostać zawieszona z urzędu na podstawie art. 97 § 1 pkt 3 kpa.

Następnie postanowieniem z dnia 8 lutego 2018 r. postępowanie administracyjne zostało przedłużone do dnia 12 marca 2018 r., a pismem z dnia 14 lutego 2018 r. komplementariusz Beneficjenta został wezwany do dostarczenia:

1. dokumentów potwierdzających powołanie R. K. do pełnienia funkcji Prezesa Zarządu Marina Hotele Sp. z o.o., jak i potwierdzających złożenie stosownego wniosku do Krajowego Rejestru Sądowego,
2. dokumentów potwierdzających złożenia w dniu 5 stycznia 2018 r. rezygnacji przez R. K. z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu Marina Hotele Sp. z o.o., jak i potwierdzających złożenie stosownego wniosku do Krajowego Rejestru Sądowego,
3. informacji i ewentualnie dokumentów dotyczących osób pełniących obecnie funkcje w Zarządzie Marina Hotele Sp. z o.o. lub uprawnionych do reprezentowania spółki na zewnątrz.

Z uwagi na ww. wezwanie postępowanie zostało przedłużone dnia 12 kwietnia 2018 r. Ze względu na brak odpowiedzi ze strony komplementariusza Beneficjenta, tożsame wezwanie w dniu 21 marca 2018 r. zostało skierowane do Beneficjenta. Z uwagi na oczekiwanie na dostarczenie dokumentów, jak i analizę okoliczności mogących mieć wpływ na zawieszenie postępowania, zostało ono przedłużone do dnia 12 lipca 2018 r.

Postanowieniem z dnia 5 lipca 2018 r. zawiesiła postępowanie administracyjne z uwagi na brak osoby uprawnionej do reprezentowania Beneficjenta. Jednocześnie wskazane zostało, iż pełnomocnik wypowiedział pełnomocnictwo z dniem 29 stycznia 2018 r., a od 3 sierpnia 2017 r. spółka nie posiadała organu uprawnionego do reprezentacji. Uznać zatem należy, iż doręczenie ww. oświadczenia woli pełnomocnika nie doszło do skutku. Tym samym pełnomocnictwo udzielone przez Marina Hotele Sp. z o.o. w dniu 3 czerwca 2016 r. do reprezentowania Marina Hotele Sp. z o.o. S.K.A. nadal obowiązuje, a występujący w sprawie pełnomocnik nadal reprezentuje Beneficjenta.

Zgodnie z dyspozycją art. 99 kpa pełnomocnik IZ RPO WZ wnioskiem z dnia 28 września 2018 r. wystąpił do właściwego sądu rejestrowego o ustanowienie kuratora dla Marina Hotele Sp. z o.o. Postanowieniem z dnia 10 października 2018 r. Sąd Rejonowy Poznań – Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego oddalił wniosek wskazując, iż Marina Hotele Sp. z o.o. posiada organ uprawniony do reprezentowania.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ dokonała weryfikacji danych zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym dotyczących Marina Hotele Sp. z o.o. (KRS: ...), co pozwoliło ustalić, iż w dniu 12 października 2018 r. dokonano następujących wpisów:

1. zmiany firmy, pod którą działała spółka z Marina Hotele Sp. z o.o. na I. Sp. z o.o.,
2. zmiany danych wspólników, poprzez wykreślenie „Q.” Sp. z o.o. oraz „G.” Sp. z o.o. i wpisanie A. R. R.,
3. zmiany danych osób wchodzących w skład organu, poprzez wykreślenie zmarłego w dniu 3 sierpnia 2018 r. G. W. i wpisanie na jego miejsca A. W. G.

Tym samym IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 23 listopada 2018 r. podjęła niniejsze postępowanie.

Pismem z dnia 21 grudnia 2018 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 kpa. Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 21 lutego 2019 r.

W odpowiedzi na powyższe Beneficjent pismem z dnia 8 lutego 2019 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie, jak i wniosł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu w postaci postanowienia Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie z dnia 29 października 2018 r. w przedmiocie umorzenia śledztwa (sygn. akt ...) zatwierdzonego przez Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Poznaniu postanowieniem z dnia 7 listopada 2018 r. W swoim piśmie Beneficjent powtórzył swoje stanowisko zawarte we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, w szczególności odniósł się do rozumienia zapisów umowy o dofinansowanie, jak i art. 2 pkt 7 Rozporządzenia (WE) nr 1083/2006. Ponadto przywołał ww. postanowienie Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie, do którego IZ RPO WZ odniesie się w dalszej części decyzji.

W związku ze złożony wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ na nowo przeprowadziła postępowanie wyjaśniające obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 wraz z aneksem, dokumentacji z kontroli przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, a także wyjaśnień Beneficjenta, wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wraz z pismem z dnia 9 czerwca 2017 r.) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do niego jak poniżej.

Wskazać należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który

zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, 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 przez Beneficjenta 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.

Dodatkowo na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku wystąpienia ww. okoliczności beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, jeżeli nie zwróci ww. środków w terminie zawartym w art. 207 ust. 1 ufp (14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji). Wykluczenie na podstawie art. 207 ust. 5 ufp następuje na okres 3 lat, liczonych od dnia dokonania zwrotu środków.

Należy podkreślić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytucznych dla Wnioskodawców (dalej: Wytuczne), Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Określa ona warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane (art. 30 ust 1 i 2 uzppr), tym samym jest elementem projektu. W związku z powyższym również niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

Wytuczne regulują kwestie uznawania wydatków za kwalifikowalne. Zaznaczyć należy, iż wydatkami kwalifikowalnymi są takie wydatki, które spełniają wymogi określone w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające Rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm., dalej: Rozporządzenie nr 1083/2006), Rozporządzeniu (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i uchylające rozporządzenie (WE) 1783/1999, jak również uzppr i przepisach rozporządzeń oraz Wytucznych wydanych na jej podstawie, oraz Uszczegółowień Programu, jak również z dokumentacji konkursowej. Zawarte w przedmiotowych Wytucznych zapisy dotyczące kwalifikowalności wydatków zostały przygotowane w oparciu o „Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013”, które zostały wydane na podstawie art. 35 ust. 2 pkt 1 uzppr oraz art. 56 ust. 4 Rozporządzenia nr 1083/2006.

Krajowe Wytuczne przewidują, iż instytucja zarządzająca regionalnym programem operacyjnym powinna dodatkowo ustanowić szczegółowe zasady dotyczące kwalifikowania wydatków dla projektów współfinansowanych w ramach danego Programu. Co więcej dodać należy, iż zasady ustanowione przez instytucję zarządzającą mogą być bardziej restrykcyjne, niż zasady określone w Krajowych Wytucznych. Niemniej jednak bezspornym jest fakt, iż zarówno Krajowe Wytuczne, jak i Wytuczne nie przewidują odstępstw od zawartych w nich zasad uznawania danego wydatku za kwalifikowalny.

Zgodnie z Wytuczynymi za wydatki kwalifikowalne uznać można tylko takie, które spełniają łącznie poniższe kryteria:

- a) zostały poniesione w okresie kwalifikowalności wydatków,
- b) są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa wspólnotowego oraz prawa krajowego,

- c) są zgodne z postanowieniami RPO WZ,
- d) są zgodne z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu,
- e) są niezbędne do realizacji projektu i zostały poniesione w związku z realizacją projektu,
- f) zostały dokonane w sposób oszczędny, tzn. w oparciu o zasadę dążenia do uzyskania założonych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku,
- g) zostały należycie udokumentowane,
- h) są zgodne z katalogiem wydatków kwalifikowalnych określonym w Wytocznych.

Niespełnienie zatem którejkolwiek z powyższych przesłanek powoduje, iż dany wydatek nie może zostać uznany przez IZ RPO WZ za kwalifikowalny.

Zgodnie z § 11 ust. 5 umowy o dofinansowanie Beneficjent, na którym nie ciąży obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje się zawierać umowy, z których będą realizowane wydatki w ramach projektu, np. w przypadku realizacji dostaw, zakupów, usług czy robót budowlanych poprzez wybór i udzielenie zamówień w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz zapewnić dołożenie wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem. Ponadto w § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie wskazano, iż Beneficjent nie może dokonać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo. Przez powiązania kapitałowe lub osobowe rozumie się wzajemne powiązania między Beneficjentem, a wykonawcą, polegające w szczególności na:

- 1) uczestniczeniu w spółce, jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki osobowej;
- 2) pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika;
- 3) pozostawaniu w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności w wyborze wykonawcy, w szczególności pozostawanie w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

Tym samym, zgodnie z umową o dofinansowanie, Beneficjenta obowiązywał kategorię zakaz nabywania towarów i usług od podmiotów powiązanych z nim kapitałowo lub osobowo. Beneficjent jest bowiem zobowiązany do unikania konfliktu interesów z jakimkolwiek podmiotem pozostającym w związku z realizowanym zamówieniem w ramach projektu. Jako podmioty powiązane należy rozumieć takie, z których jeden może wywierać na drugi dominujący wpływ. Pozycja dominująca może występować zarówno po stronie Beneficjenta, jak i innego przedsiębiorstwa w stosunku do Beneficjenta. Ponadto oprócz powiązań kapitałowych mogą występować jeszcze powiązania osobowe, tj. takie gdzie relacje pomiędzy przedsiębiorstwami zachodzą poprzez osoby fizyczne (wspólnik, udziałowiec, akcjonariusz, członek zarządu). Niemniej jednak w takim przypadku powiązanie nastąpi pod warunkiem, że wskazane podmioty prowadzą działalność na tym samym rynku lub rynkach pokrewnych. Rynek pokrewny to taki, który dla danego produktu lub usługi, znajduje się bezpośrednio na wyższym lub niższym szczeblu w stosunku do właściwego rynku. Tym samym nie tylko strona umowy z Beneficjentem, lecz każdy inny podmiot zaangażowany w realizację zamówień w projekcie nie może pozostawać w stosunku wywołującym konflikt interesów, przy czym powinność dołożenia należytej staranności celem uniknięcia tego typu sytuacji spoczywa na Beneficjencie. Co za tym idzie nawet w sytuacji umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą, czy też dalszym podwykonawcą lub producentem podmiotem zapewniającym źródło finansowania towaru, usługi lub robót budowlanych w ostatecznym rozliczeniu występuje sam Beneficjent, czy to w ramach wkładu własnego czy ze środków publicznych. W szczególności dotyczy to sytuacji, w której wykonawca realizuje zamówienie przy udziale lub za pośrednictwem podwykonawcy za uprzednią zgodą Beneficjenta w systemie zaliczkowym realizacji projektu.

Biorąc pod uwagę wcześniej omówione zasady dotyczące wydatkowania środków pochodzących z RPO WZ należy wskazać, iż zgodnie z aktami rejestrowymi dotyczącymi S. Sp. z o.o. znajdującymi się w KRS pod nr ... do dnia 28 maja 2015 r. A. R. i M. R. byli jej wyłącznymi wspólnikami posiadając po 50 udziałów o łącznej wartości 2 500,00 zł. Po ww. dacie na podstawie aktu notarialnego z dnia 28 maja 2015 r. (repertorium ...) zmieniono umowę spółki (§ 5) S. Sp. z o.o. w ten sposób, iż z zwiększono kapitał zakładowy spółki z 5 000,00 zł na 2 205 000,00 zł dzielący się na 44 100 równych podzielnich udziałów po 50,00 zł każdy. Natomiast udziały w kapitale zakładowym zostały ujęte i pokryte w następujący sposób:

1. A. R. objął 50 udziałów po 50,00 zł o łącznej wartości nominalnej 2 500,00 zł,
2. M. R. objął 50 udziałów po 50,00 zł o łącznej wartości nominalnej 2 500,00 zł,
3. F. P. Sp. z o.o. objął 10 000 udziałów po 50,00 zł o łącznej wartości

nominalnej 500 000,00 zł,

4. "G." Sp. z o.o. objął 12 000 udziałów po 50,00 zł o łącznej wartości nominalnej 600 000,00 zł,

5. S. 4 S. A. 22 000 udziałów po 50,00 zł o łącznej wartości nominalnej 1 100 000,00 zł.

Ponadto zmianie uległy niektóre inne zapisy umowy spółki w tym § 23, na podstawie którego A. R. albo jego spadkobiercom reprezentowanym przez najstarszego wiekiem spadkobiercę, przysługuje uprawnienie osobiste polegające tym, że posiadają wyłączne prawo powoływania Zarządu Spółki.

M. R. w dniu 28 maja 2015 r. działając w imieniu F. P. Sp. z o.o. w formie aktu notarialnego Rep. A nr ... złożył oświadczenie o przystąpieniu do S. Sp. z o.o. i objęciu ww. udziałów.

Jednocześnie został zmieniony skład osobowy organu uprawniony do reprezentacji, w ten sposób, iż wykreślono M. R. z funkcji Prezesa Zarządu spółki, zastępując go osobą G. W.. Niemniej jednak A. R. i M. R. nadal posiadali wpływ na S. Sp. z o.o., albowiem:

- od 22 czerwca 2010 r. M. R. pełnił w spółce F. P. Sp. z o.o. (KRS nr ...) funkcję prezesa zarządu,
- od 17 stycznia 2014 r. A. R. był prokurentem w spółce F.P. Sp. z o.o.,
- od 31 grudnia 2014 r. A. R. był prokurentem w spółce „G.” Sp. z o.o. (KRS nr ...),
- od 31 grudnia 2014 r. M. R. był prokurentem w spółce „GECCO 12” Sp. z o.o.,
- od 30 grudnia 2013 r. M. R. był prezesem zarządu spółki Q, Sp. z o.o. (KRS nr ...), która była komplementariuszem w spółce Q. Sp. z o.o. S.K.A. (KRS nr ...), która to była współnikiem spółki F. P. Sp. z o.o.

Tym samym, w okresie realizacji projektu tj. od dnia 24 listopada 2014 r. do dnia 30 czerwca 2015 r. (dzień zakończenia finansowej realizacji projektu) przedsiębiorstwo S. Sp. z o.o., będące podwykonawcą przedsiębiorstwa B. Sp. z o.o., pozostawało w związku z przedsiębiorstwem Beneficjenta poprzez osobę M. R.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z danymi zawartymi w KRS dotyczącymi S. Sp. z o.o., jak i Marina Hotele Sp. z o.o. (KRS nr 0000466383) – komplementariusza reprezentującego Beneficjenta – wynika, iż współnikami obu spółek są Q. Sp. z o.o. oraz „G.” Sp. z o.o. Tym samym pomiędzy Beneficjenta a S. Sp. z o.o. istnieje powiązanie polegające na tożsamyh spółkach występujących w strukturze właścicielskiej.

W sprawozdaniu finansowym S. Sp. z o.o. za rok 2015 w pkt VIII pn. „Informacje o transakcjach z jednostkami powiązanymi” wskazano, iż w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. ww. spółka zawierała umowy z następującymi podmiotami powiązanymi:

1. F. Sp. z o.o. w wysokości ... zł – powiązanie poprzez M. R. prezesa zarządu ww. spółki,
2. R. i W. Spółka Jawna w wysokości ... zł – powiązanie poprzez M. R. i A. R. współników ww. spółki,
3. E. Sp. z o.o. (obecnie M.I. Sp. z o.o.) w wysokości ... zł – powiązanie poprzez współnika S. 4 S.A.,
4. „G.” Sp. z o.o. w wysokości ... zł – powiązanie poprzez prokurentów A. R. i M. R.,
5. Q. Sp. z o.o. w wysokości ... zł – powiązanie poprzez M. R. Prezesa Zarządu ww. spółki,
6. Q. Sp. z o.o. S.K.A. w wysokości ... zł – powiązanie poprzez M. R. Prezesa Zarządu komplementariusza (Q. Sp. z o.o) ww. spółki,
7. S. 4 S.A. w wysokości ... zł – będącego współnikiem S. Sp. z o.o.
8. M. D. Sp. z o.o. w wysokości ... zł – powiązanie poprzez prokurentów A. R., M. R. i współnika „G.” Sp. z o.o.,
9. Y. Sp. z o.o.(obecnie M. C. Sp. z o.o.) w wysokości ... zł – powiązanie poprzez współnika M. D. Sp. z o.o.

Jednocześnie w dniu 13 września 2017 r. dokonano zmiany wpisu w KRS dotyczącego Marina Hotele Sp. z o.o. będącego komplementariuszem Marina Hotele Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna w ten sposób, iż wykreślono M. R. jako prezesa zarządu i na jego miejsce wpisano G. W.

Niezależnie od ww. ustaleń wskazać należy, iż Beneficjent i S. Sp. z o.o. prowadzą działalność o zbliżonym charakterze. Zgodnie z informacją zawartą w Głównym Urzędzie Statystycznym dotyczącym prowadzonej działalności wg. PKD ww. spółki jednocześnie prowadzą działalności oznaczone kodami PKD:

1. 4120Z – roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych (działalność przeważająca w spółce S. Sp. z o.o.),
2. 4110Z – realizacja projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków,
3. 6820Z – wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi (działalność przeważająca Beneficjenta),
4. 6832Z – zarządzanie nieruchomościami wykonywane na zlecenie.

Tym samym bezsprzecznym jest, iż ww. spółki prowadzą działalności na tym samym rynku lub

rynkach pokrewnych.

Mając na uwadze powyższe bezspornym jest, iż w ramach omawianego projektu doszło do naruszenia § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie. Jednocześnie Beneficjent naruszył zapisy art. 44 ust. 3 ufp, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
  - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
  - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Celowość wydatku, która jest powiązana z zasadą słuszności, oznacza, że jego poniesienie były niezbędne do wykonania zadania. Natomiast oszczędność oznacza, obniżenie w możliwym stopniu wydatków koniecznych na realizację zadania z zastrzeżeniem granicy, w której przełoży się to na spadek jakości działalności. Z kolei efektywność polega na uzyskaniu najlepszych wyników związanych z ponoszonymi nakładami. Przy czym wykazane powyżej zasady ponoszenia wydatków powinny zostać spełnione łącznie (Dzwonkowski Henryk, Gołębiowski Grzegorz, „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawnoprawny – finansowy”, Wyd. Sejmowe 2014).

Przenosząc powyższe regulacje na wykładnię zapisów umowy o dofinansowanie, w tym w szczególności § 11 ust. 3 wskazać trzeba, iż na Beneficjencie ciąży obowiązek wybrania i udzielania zamówienia w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz dołożenia wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem.

W tym miejscu wskazać należy, iż w przepisach kc nie znajduje się definicja umowy o podwykonawstwo. Taką regulację znaleźć możemy w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 t.j.), gdzie w art. 2 pkt. 9b wskazano, że poprzez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo muszą być częścią zamówienia publicznego. Natomiast jako część zamówienia na usługi, dostawy oraz roboty budowlane rozumie się wyodrębniony fragment wykonywanych usług, dostaw, lub robót, tj. część zakresu zamawianego świadczenia. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo na usługi, dostawy, jak i roboty budowlane może być również realizacja świadczenia wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia, a także realizacja takiego świadczenia, które służy wykonaniu przedmiotu zamówienia, np. dostawa materiałów służących realizacji robót budowlanych ujętych w opisie przedmiotu zamówienia (Bereszko Wojciech, „Podwykonawcy w zamówieniach publicznych po nowelizacji PZP”, cz. I, Wyd. ABC).

W związku z powyższym, wskazania wymaga fakt, iż S. Sp. z o.o. będąca podwykonawcą B. Sp. z o.o. w zakresie wykonania prac zaplanowanych w ramach Zadania nr 2, Wydatków nr 1, nr 2, nr 3, realizowała część zamówienia, które było przedmiotem umowy z dnia 31 marca 2015 r. zawartej pomiędzy Beneficjentem a B. Sp. z o.o. Co za tym idzie faktycznym wykonawcą znacznej części zamówienia udzielonego B. Sp. z o.o. była spółka S. Sp. z o.o. Biorąc pod uwagę regulacje zawarte w § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie doszło do konfliktu interesów i zakupu towarów, usług i robót budowlanych od podmiotu powiązanych z nim osobowo i kapitałowo.

Z zebranego w ramach postępowania administracyjnego materiału dowodowego wynika, iż wykonawca zamówienia (B. Sp. z o.o.) został wybrany w trybie konkurencyjnym. Niemniej jednak podwykonawca S. Sp. z o.o., został wyłoniony bez zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, na podstawie dowolnych ustaleń przy akceptacji Beneficjenta – co zostanie omówione w dalszej części decyzji. Zauważyć trzeba, iż całość wydatków przekazanych przez Beneficjenta (na podstawie umowy z dnia 31 marca 2015.) wykonawcy B. Sp. z o.o. wyniosła 812 000,000 zł, natomiast wartość wydatków odpowiadających prac wykonanych przez podwykonawcę wyniosła 723 000,00 zł, tj. 89,04%. Powyższe wskazuje na to, iż to S. Sp. z o.o., a nie B. Sp. z o.o. był faktycznym wykonawcą zamówienia udzielonego przez Beneficjenta. Tym samym choć pozornie postępowanie ofertowe, w którym została wybrana najkorzystniejsza oferta zaoferowana przez B. Sp. z o.o., wydaje się prawidłowe, to wobec zaangażowania podwykonawcy w postaci S. Sp. z o.o., skutkuje koniecznością uznania ww. postępowania za pozorne. Okoliczności sprawy wskazują, iż celem przeprowadzenia przez Beneficjenta postępowania ofertowego było de facto udzielenie zamówienia S. Sp. z o.o. (powiązanym z nim kapitałowo i osobowo), a udział w postępowaniu B. Sp. z o.o. miał jedynie na celu

umożliwienie obejście zapisów umowy o dofinansowanie, tj. § 11 ust. 5 i 6. Choć zysk S. Sp. z o.o. za realizację przedmiotowego zamówienia wyniósł jedynie 4 863,08 zł (przy kosztach na poziomie 718 136,92 zł), to korzyść odniesiona przez ww. spółkę ma charakter pozafinansowy. Spółka ta bowiem będzie mogła wykazać się większym doświadczeniem w realizacji zamówień tego typu, czy też uzyskać lepsze warunki umów z producentami, u których zamawiała elementy w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji, wskutek zwiększonego obrotu.

W tym miejscu należy odnieść się do zarzutów Beneficjenta zawartych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Jednym ze wskazanych przez Beneficjenta zarzutów było naruszenie art. 65 kc w zw. z art. 206 ufp w zw. z art. 5 pkt 9 uzppr polegające na dokonaniu błędnej wykładni postanowień umownych § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie, poprzez nieuzasadnione dokonanie wykładni rozszerzającej prowadzącej do przyjęcia, iż Beneficjent nie może dokonać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od jakiegokolwiek podmiotu (w tym podwykonawcy) powiązanego z Beneficjentem pozostającym w związku z realizowanym zamówieniem w ramach projektu, podczas gdy w umowie zastrzeżono jedynie, iż Beneficjent nie może dokonywać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od wykonawcy powiązanego z nim osobowo lub kapitałowo.

Zgodnie z przywołanym przepisem:

*Art. 65 § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*

*§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.*

Co za tym idzie, na podstawie art. 65 § 2 kc nie wystarczy zbadać, czy spełniono wszystkie formalne obowiązki w tym zakresie wynikające z umowy o dofinansowanie projektu, lecz równocześnie należy zapewnić przestrzeganie zasady przejrzystości wydatkowania środków w ramach projektu oraz uczciwej konkurencji, tj. zapewnić dołożenie wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesu rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności oraz niedokonywania zakupów towarów usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo (wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r., sygn. akt V SA/Wa 3344/14). Tym samym zamiarem stron, jak i celem regulacji zawartych w § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie było ustanowienie zakazu zakupu towaru i usług od podmiotów powiązanych. Nie można zatem uznać za zasadnych twierdzeń Beneficjenta, iż wystarczające do ominięcia ww. zakazu jest zawarcie przez wykonawcę (niepowiązanym z Beneficjentem) umowy podwykonawstwa z podmiotem trzecim (powiązanym z Beneficjentem), stałoby to bowiem z jawnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego oraz ustalonymi zwyczajami. Jednocześnie zauważyć trzeba, iż zgodnie z art. 5 kc „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Mając na uwadze, iż zawarty w § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie zakaz zakupu towaru i usług od podmiotów powiązanych swoim zakresem obejmuje również umowy zawarte przez wyłonionego w sprawie wykonawcę z podwykonawcami, IZ RPO WZ nie znajduje podstaw do uznania przedmiotowego zarzutu za zasadny, przedstawiona bowiem w decyzji administracyjnej nr WWRPO/13/W/2017 wykładania przepisów § 11 ust. 5 i 6 była zgodna z art. 65 kc w zw. z art. 206 ufp w zw. z art. 5 pkt 9 uzppr.

Następnym zarzutem Beneficjenta było naruszenie przez IZ RPO WZ przepisów art. 202 § 4 ksh poprzez błędne uznanie, iż spółka S. Sp. z o.o. jako podwykonawca była podmiotem powiązanym osobowo z Beneficjentem poprzez osobę M. R. w okresie realizacji inwestycji w ramach projektu, który reprezentował Beneficjenta (jako Prezes Zarządu Marina Hotele Sp. z o.o. czyli komplementariusza Beneficjenta). Zgodzić się należy z Beneficjentem, w zakresie rozumienia przepisu art. 202 § 4 ksh, w myśl którego mandat członka zarządu wygasa również w skutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu, a tym samym że stosowny wpis w KRS ma jedynie charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny. W tym miejscu jednak należy wskazać, iż do dnia wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent nie przedstawił żadnych dokumentów dotyczących złożenia przez M. R. stosownej rezygnacji z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu S. Sp. z o.o. Co z tym idzie koniecznym było zastosowanie zapisów ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 700 t.j. ze zm., dalej: krs) gdzie w art. 17 ustanowiono domniemanie, iż dane wpisane do rejestru są prawdziwe. Natomiast M. R. po złożeniu oświadczenia o rezygnacji z pełnienia funkcji członka zarządu, wobec braku złożenia w terminie 7 dni stosownego wniosku przez S. Sp. z o.o., mógł poinformować właściwy sąd rejestrowy o zmianach. Sąd ten na podstawie art. 24 KRS mógłby wszcząć postępowanie przymuszające wobec ww. spółki, co zapewne doprowadziłoby do dokonania stosownych zmian w danych rejestrowych spółki.

W związku ze złożeniem przez Beneficjenta w ramach postępowania administracyjnego w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy wniosków o przeprowadzenie dowodu z: wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z dnia 16 czerwca 2015 r., oświadczenia z dnia 28 listopada 2014 r. o rezygnacji z pełnionej funkcji Prezesa Zarządu przez M. R., protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 28 listopada 2014 r., protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 27 maja 2015 r., nie budzi wątpliwości IZ RPO WZ skuteczne złożenie przez M. R. rezygnacji z pełnienia funkcji prezesa zarządu ww. spółki.

Niemniej jednak zauważyć trzeba, iż na dzień 28 listopada 2014 r. jedynymi wspólnikami Beneficjenta byli M. R. i A. R. i obaj (zgodnie z listą obecności) brali udział w Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników S. Sp. z o.o. w dniu 28 listopada 2014 r., które to przyjęło rezygnację M. R. z funkcji prezesa zarządu ww. spółki. Jednocześnie w aktach rejestrowych spółki znajduje się Apelacja wnioskodawcy z dnia 19 grudnia 2014 r. (sygn. akt. SZ.XIII ...), w której wskazane zostało, iż S. Sp. z o.o. reprezentowana jest przez prezesa zarządu M. R., apelację w imieniu spółki podpisał występujący w sprawie profesjonalny pełnomocnik.

Podsumowując nawet wobec uznania, iż M. R. złożył w dniu 28 listopada 2014 r. rezygnację z pełnienia funkcji Prezesa Zarządu S. Sp. z o.o., to i tak pomiędzy nim a przedmiotową spółką istniały liczne powiązania m.in. posiadanie przez M. R. 50 udziałów w spółce, jak i poprzez spółki F.P. Sp. z o.o. oraz Q. Sp. z o.o. S.K.A. Ponadto A. R. albo jego spadkobiercom reprezentowanym przez najstarszego wiekiem spadkobiercę, pomimo posiadania jedynie 0,11 % kapitału zakładowego spółki, przysługiwało wyłączne prawo do powoływania Zarządu Spółki. Jednocześnie Beneficjent był powiązany z S. Sp. z o.o. poprzez udziałowców Q. Sp. z o.o. oraz „G.” Sp. z o.o. Powyższe było już przedmiotem analizy w niniejszej decyzji. Tym samym IZ RPO WZ uznaje powyższy zarzut za niezasadny.

Następnie Beneficjent zarzucił IZ RPO WZ naruszenie art. 80 kpa w zw. z art. 67 ufp polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez dowolne przyjęcie, iż podwykonawca S. Sp. z o.o. został wyłoniony bez zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji, że przeprowadzone przez Beneficjenta postępowanie ofertowe miało charakter pozorny, chociaż okoliczność ta nie wynika w żaden sposób ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. W opinii Beneficjenta, IZ RPO WZ wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 107 § 3 kpa w zw. z art. 67 ufp nie wskazała w uzasadnieniu decyzji na podstawie jakich dowodów przyjął, iż Beneficjent akceptował dokonanie przez wykonawcę (B. Sp. z o.o.) podwykonawcy, tj. S. Sp. z o.o. oraz że postępowanie ofertowe miało charakter pozorny. Odnosząc się do powyższych zarzutów wskazać należy, iż IZ RPO WZ w decyzji administracyjnej z dnia 9 maja 2017 r. nr WWRPO/13/W/2017 zostały wskazane okoliczności i dowody, w oparciu o które IZ RPO WZ ustaliła, iż:

- S. Sp. z o.o. została wyłoniona bez zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, na podstawie dowolnych ustaleń przy akceptacji Beneficjenta,
- przeprowadzone przez Beneficjenta postępowanie ofertowe miało charakter pozorny,
- S. Sp. z o.o. była podmiotem powiązany osobowo z Beneficjentem poprzez osobę M. R. jako pełniącą funkcję Prezesa Zarządu w przedsiębiorstwie Beneficjenta i podwykonawcy,

W celu ustalenia powyższego IZ RPO WZ w szczególności posługiwała się danymi zawartymi w KRS dot. spółki S. Sp. z o.o. oraz Beneficjenta, dokumentami przedłożonymi przez Beneficjenta w trakcie postępowania administracyjnego (tj. umową z dnia 31 marca 2015 r. zawartą pomiędzy Beneficjentem a B. Sp. z o.o. oraz umową z dnia 3 kwietnia 2015 r. zawartą pomiędzy B. Sp. z o.o. z S. Sp. z o.o.) oraz dokumentacją zebraną w ramach czynności kontrolnych.

Analiza powyższej dokumentacji, z uwzględnieniem zasad dotyczących wydatkowania środków przyznanych w ramach RPO WZ, doprowadziła do ustalenia przez IZ RPO WZ, iż postępowanie o udzielenie zamówienia B. Sp. z o.o. miało charakter pozorny. Ponadto IZ RPO WZ ustaliła, iż wskutek pełnienia przez M. R. funkcji Prezesa Zarządu u Beneficjenta i w S. Sp. z o.o. akceptował on wybór spółki S. Sp. z o.o. jako wykonawcy zamówienia udzielonego w ramach projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie”.

Kolejnym zarzutem stawianym przez Beneficjenta jest naruszenie przez IZ RPO WZ art. 7 kpa, art. 10 § 1 kpa, art. 75 § 1 kpa, art. 77 kpa, art. 78 § 1 i 2 kpa, art. 86 kpa w zw. z art. 67 ufp polegające na wydaniu przez organ decyzji w oparciu o niepełny, nienależycie i wybiórczo zgromadzony materiał dowodowy wskutek zaniechania przez organ zebrania w sprawie wyczerpującego materiału dowodowego celem ustalenia stanu faktycznego. Przedmiotowy zarzut jest tożsamy z zarzutem, który jest podstawą zaskarżenia przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy postanowienia z dnia 7 listopada 2016 r., w którym w pkt II IZ RPO WZ odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków: A. R., P. B., M. A., A. G. – R. oraz zeznań

strony M. R., co za tym idzie kwestia ta zostanie rozpatrzona przez IZ RPO WZ łącznie.

IZ RPO WZ wydała decyzję administracyjną nr WWRPO/13/W/2017 w oparciu szeroką analizę całościowej dokumentacji zebranej w sprawie, tj. dokumentacji dotyczącej wniosku o dofinansowanie, podpisania umowy o dofinansowanie, realizacji projektu, kontroli projektu. Ponadto IZ RPO WZ wzięła pod uwagę treść wpisów do KRS spółek S. Sp. z o.o., Marina Hotele Sp. z o.o. S.K.A. i B. Sp. z o.o. Na podstawie ww. materiału dowodowego IZ RPO WZ wydała decyzję administracyjną nr WWRPO/13/W/2017. W tym miejscu wskazać należy, iż Beneficjent na etapie postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie decyzji nie złożył stosownych dokumentów, które potwierdzałyby okoliczności rezygnacji z funkcji Prezesa Zarządu S. Sp. z o.o. Dokumenty te zostały złożone dopiero wraz z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy i zostały włączone do materiału dowodowego. Odnosząc się do nieprzeprowadzenia przez IZ RPO WZ dowodów z osobowych źródeł dowodowych zauważyć należy, iż potwierdzenie okoliczności złożenia rezygnacji przez M. R. z funkcji Prezesa Zarządu S. Sp. z o.o. dowiedzione mogło zostać dokumentem, w którego posiadaniu był Beneficjent, a nie dowodem z zeznań świadków.

Przechodząc do zarzutu naruszenia zasady prawdy obiektywnej oraz zasady bezpośredniości postępowania dowodowego wynikających z art. 7 kpa, art. 77 § 1 kpa poprzez zaniechanie przez organ w ramach postępowania administracyjnego w sprawie o zwrot środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich przeprowadzenia w sposób wyczerpujący i wszechstronny własnego postępowania dowodowego i w konsekwencji wydanie decyzji w niniejszej sprawie głównie w oparciu o dokumenty zgromadzone na etapie kontroli planowej projektu wskazać należy, iż na IZ RPO WZ jako na organie administracji publicznej ciąży obowiązek zebrania i rozpatrzenia w sposób wyczerpujący materiału dowodowego. Tym samym wraz w wszczęciem w dniu 23 maja 2016 r. IZ RPO WZ zebrała wszelką dokumentację dotyczącą projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” znajdująca się w Wydziale Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego i dokonała jej analizy w ramach postępowania administracyjnego. Beneficjent również zapoznał się z całą dokumentacją, albowiem w dniu 23 czerwca 2016 r. jego pełnomocnik zapoznał się z nimi w siedzibie urzędu. Niezależnie od powyższego IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 7 listopada 2016 r. dopuściła zawnioskowane przez Beneficjenta dowody z dokumentów. Tym samym IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie dowodowe z zachowaniem wszelkich zasad wynikających z kpa.

Słusznie wskazał Beneficjent, iż IZ RPO WZ winna w postępowaniu dowodowym posługiwać się dowodami bezpośrednimi, nie zaś pochodnymi. Tak więc dopiero wtedy, gdy powstają przeszkody niemożliwe lub zbyt trudne do pokonania w dotarciu do dowodów pierwotnych, wolno sięgać do dowodów pochodnych, jak na przykład przesłuchania w charakterze świadków osób, w którym naoczni świadkowie składali relację o zdarzeniu, kopie dokumentu lub relacje o jego treści itp. Jednakże w sytuacji, gdy są – jak w niniejszej sprawie – dowody bezpośrednie i nie ma przeszkód do przeprowadzenia prawidłowego postępowania dowodowego, zastąpienie ich dowodem pośrednim w postaci sporządzonej notatki nie jest dopuszczalne i stanowi naruszenie przepisów postępowania, w tym art. 7 kpa 75 kpa 77 § 1 kpa i art. 80 kpa (wyrok NSA z dnia 13 grudnia 1988 r., sygn. akt II SA 370/80). W niniejszej sprawie IZ RPO WZ badała przede wszystkim powiązania kapitałowe i osobowe pomiędzy Beneficjentem a podwykonawcą B. Sp. z o.o., tj. S. Sp. z o.o. Tak więc doniosłe znaczenie dla niniejszego postępowania miały dowody i dokumenty związane z faktem pełnienia przez M. R. funkcji Prezesa Zarządu S. Sp. z o.o. w okresie realizacji umowy o dofinansowanie. IZ RPO WZ w ramach postępowania administracyjnego zebrała dowody bezpośrednie, m.in. odpisy aktualne z KRS dot. Beneficjenta, S. Sp. z o.o., wpisy z Monitora Sądowego i Gospodarczego, umowę o wykonanie prac budowlano – remontowych z dnia 3 kwietnia 2015 r. pomiędzy B. Sp. z o.o. a S. Sp. z o.o. Tym samym nie było potrzeby przeprowadzania dowodów pośrednich – na okoliczności wynikające wprost z ww. dokumentów – w postaci zeznań świadków.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 78 § 2 kpa wyjaśnić należy, iż wbrew twierdzeniom Beneficjenta IZ RPO WZ nie odmówiło przeprowadzenia zgłoszonych dowodu z uwagi na fakt, iż zgłoszone one były na tezę odmienną niż ta przyjęta przez organ, ale ze względu na fakt, iż posiadany przez organ materiał dowodowy był wystarczający do rozstrzygnięcia danego zagadnienia. Zgodnie bowiem z tezą wyroku NSA z dnia 29 listopada 2016 r. przewidziane w art. 78 § 1 i 2 kpa uprawnienie strony podlega ograniczeniom ze względu na celowość postępowania. Z tych powodów nie podlegają przeprowadzeniu dowody zgłoszone przez stronę na okoliczność nie mającą znaczenia dla sprawy i zgłoszone przez stronę na okoliczność już dostatecznie wyjaśnioną innymi dowodami. Organ może nie uwzględnić żądania przeprowadzenia dowodu, jeżeli ma to na celu przewleczenie sprawy (sygn. akt II GSK 3322/15). Tym samym organ nie ma obowiązku przeprowadzenia każdego dowodu zgłoszonego w sprawie przez stronę, który w opinii strony ma znaczenie dla sprawy. Zgodnie bowiem

z art. 77 ust. 1 kpa organ zobowiązany jest w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy. Tak więc postępowanie wyjaśniające organu administracji publicznej powinno być prowadzone aż do momentu wyczerpującego zbadania wszystkich okoliczności faktycznych związanych z daną sprawą, celem uzyskania podstawy do dokonania aktu subsumcji. Obowiązek wyznaczenia granic postępowania wyjaśniającego sprawy w oparciu o konkretny przepis prawa materialnego, a następnie przeprowadzenia postępowania dowodowego spoczywa każdorazowo na organie prowadzącym postępowanie (wyrok NSA z dnia 27 października 2016 r., sygn. akt I OSK 3000/14).

Mając powyższe na uwadze, odnosząc się do zaskarżonego przez Beneficjenta postanowienia z dnia 7 listopada 2016 r. IZ RPO WZ utrzymuje w mocy postanowienie z dnia 7 listopada 2016 r. w zakresie zaskarżonego pkt II, a zatem odmawia przeprowadzenia dowodu z zeznań strony – M. R., oraz świadków: A. R., P. B., M. A., A. G. – R..

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zarzucił również, iż IZ RPO WZ naruszyła art. 107 § 3 kpa w zw. z art. 67 ufp polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu decyzji dowodów, na których organ oparł ustalenia, iż:

- a) M. R. w okresie realizacji inwestycji w ramach projektu reprezentował Beneficjenta i podwykonawcę S. Sp. z o.o.,
- b) Beneficjent akceptował wybór przez wykonawcę, tj. B. Sp. z o.o. podwykonawcy, tj. S. Sp. z o.o.,
- c) przeprowadzone przez Beneficjenta postępowanie ofertowe, mimo że została wybrana oferta najkorzystniejsza cenowo, miała charakter pozorny.

Ponownie należy zatem wskazać, iż IZ RPO WZ przeprowadzając postępowanie administracyjne wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, dokumentację projektu, dowody składane przez stronę w ramach postępowania, które doprowadziły do powyższych ustaleń. IZ RPO WZ w sposób wyczerpujący wykazała okoliczności i dowody, które doprowadziły to takiego a nie innego rozstrzygnięcia. W szczególności w zakresie okoliczności wskazanych w lit. a IZ RPO WZ dokonała analizy wpisów zawartych w KRS, jak i w Monitorze Sądowym i Gospodarczym dotyczących zarówno Beneficjenta, jak i S. Sp. z o.o., zgodnie z którymi M. R. pełnił funkcję prezesa zarządu S. Sp. z o.o. oraz Marina Hotele Sp. z o.o., oraz był współnikiem S. Sp. z o.o. Odnośnie lit. b wskazać należy, iż zgodnie z wpisem w KRS dot. S. Sp. z o.o. M. R. w całym okresie realizacji projektu był jej współnikiem, dodatkowo pełnił funkcję reprezentanta komplementariusza u Beneficjenta, tym samym nie sposób przyjąć, iż nie miał wiedzy o tym, iż podwykonawca firmy B. Sp. z o.o. jest z nim powiązany osobowo. Co za tym idzie, wobec braku skierowania jakichkolwiek przeciwwskazań dotyczących wyboru S. Sp. z o.o. jako podwykonawcy należy uznać, iż Beneficjent akceptował ten wybór.

W kwestii ustaleń IZ RPO WZ wymienionych w lit. c zauważyć należy, iż wniosek ten wynika z ustaleń zawartych w lit. a i b – co też znalazło swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji nr WWRPO/13/W/2017. Uznając bowiem, iż istniały powiązania pomiędzy Beneficjentem a S. Sp. z o.o., oraz że Beneficjent akceptował wybór podwykonawcy (który za wykonanie umowy otrzymał 89,04% kwoty jaką Beneficjent zobowiązał się zapłacić wykonawcy B. Sp. z o.o.), to należy uznać postępowanie za pozorne. Tym bardziej, że Beneficjent znał doświadczenie S. Sp. z o.o. więc w sytuacji w której uznaje, iż nie występują powiązania między nim a S. Sp. z o.o. ani powiązania osobowe, ani kapitałowe nie zdecydował się na wysłanie zapytania ofertowego właśnie do tego przedsiębiorstwa. Wysłał je natomiast do firmy B. Sp. z o.o., której to doświadczenie również było mu znane, a które (jak wynika z przedłożonych przez Beneficjenta dokumentów) nie było w stanie samodzielnie zrealizować umowy z dnia 31 marca 2015 r.

Mając na uwadze fakt, iż powyższa argumentacja – jak i dowody na jakich była oparta – została przedstawiona w uzasadnieniu decyzji nr WWRPO/13/W/2017 z dnia 9 maja 2017 r., to zarzut przedstawiony we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy uznać należy za niezasadny.

Ustosunkowując się do ostatniego zarzutu naruszenia art. 8 kpa w zw. z 67 ufp IZ RPO WZ wskazuje, iż prowadziła postępowanie administracyjne z szczególnym uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów kpa, w tym zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa. W szczególności wszechstronnie rozpatrzyła sprawę m.in. uwzględniając wnioski dowodowe Beneficjenta, należycie uzasadniła decyzję administracyjną, wyjaśniając wszelkie niezbędne aspekty sprawy i podjętego rozstrzygnięcia oraz uwzględniła interes społeczny, jak i słuszny interes obywateli, co znalazło odzwierciedlenie w treści skarżonej decyzji.

Odnosząc się w tym miejscu do wniosku Beneficjenta o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z postanowienia Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie z dnia 29 października 2018 r. w przedmiocie umorzenia śledztwa (sygn. akt RSD 33/2016) zatwierdzonego przez Prokuratora

Prokuratury Okręgowej w Poznaniu postanowieniem z dnia 7 listopada 2018 r. IZ RPO WZ postanowiła dopuścić niniejszy dowód, włączając do akt przedmiotowy dokument.

Zaznaczenia wymaga, iż słusznie w postanowieniu ustalono, że przestępstwo z art. 286 § 1 i 297 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. 2018 r. poz. 1600, t.j. ze zm., dalej: kk) można popełnić tylko z zamiarem bezpośrednim kierunkowym. Tym samym w trakcie prowadzenia przez Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie śledztwa w sprawie popełnienia m.in. przez Beneficjenta ww. przestępstw, nie było możliwe wykazanie, iż miał on w chwili podpisania umowy o dofinansowanie cel doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Ponadto w treści postanowienia wskazano, iż niezależnie od tego czy faktycznie którykolwiek z dalszych podwykonawców wybieranych przez Beneficjenta jest podmiotem z nim powiązany oraz niezależnie od tego, czy fakt podzlecenia wykonania usługi przez Marina Hotele Sp. z o.o. S.K.A. na rzecz takich podmiotów jest działaniem wbrew zawartej umowie o dofinansowanie, to działanie osób uczestniczących w ramach aplikowania, a następnie realizacji i rozliczania projektu nie noszą znamion czynu zabronionego określonego w ww. przepisach.

Analizując przedmiotowe postanowienie zauważyć trzeba, iż badane w trakcie ww. śledztwa przesłanki odpowiedzialności karnej nie są tożsame z przesłankami uzasadniającymi orzeczenie zwrotu środków otrzymanych w ramach RPO WZ. IZ RPO WZ rozstrzygając o zwrocie środków bada faktyczne okoliczności wydatkowania środków przez Beneficjenta. Poza zakresem analizy dokonanej przez IZ RPO WZ jest zatem sfera wolicjonalna Beneficjenta, jak i to z jakim zamiarem podpisywał umowę o dofinansowanie. Biorąc pod uwagę, iż procedury, do przestrzegania których zobowiązał się Beneficjent, nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego, a Beneficjent do ich przestrzegania zobowiązuje się na podstawie umowy o dofinansowanie, to nie sposób uznać, że wydanie postanowienia o umorzeniu śledztwa wobec braku stwierdzenia naruszenia przepisów kk, stanowi podstawę do uznania prawidłowości przestrzegania przez Beneficjenta procedur określonych w art. 184 ufp. W niniejszej sprawie istnienie bowiem powiązań osobowych pomiędzy Beneficjentem a podwykonawcą nie stanowi przestępstwa określonego w art. 286 § 1 i 297 § 1 kk, natomiast stanowi naruszenie § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, w związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Marina Hotele Sp. z o.o. S.K.A. obowiązujących procedur, IZ RPO WZ uznała za niekwalifikowalne wydatki stanowiące równowartość przychodu S. Sp. z o.o. z tytułu podwykonawstwa świadczonego na rzecz B. Sp. z o.o. w kwocie 723 000,00 zł, tym samym wysokość dofinansowania wykorzystanego z naruszeniem procedur wyniosła 433 657,42 zł (zgodnie z § 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie jest to 59,9802794439% z kwoty 723 000,00 zł). Biorąc pod uwagę, iż kwota 15 237,99 zł dotyczy wydatków ujętych we wniosku o płatność końcową, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone, Beneficjent zobowiązany jest do zwrotu kwoty 418 419,43 zł.

W niniejszej sprawie Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie, tj. § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie, przepisami prawa, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Przedmiotowe naruszenia stanowią nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006 przez, którą należy rozumieć: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Szkada w budżecie UE określona została na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, oraz szkoda potencjalna, na którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Warunkiem, który musi zostać spełniony, aby IZ RPO WZ mogła nałożyć korektę i wydać decyzję o zwrocie jest wykazanie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Wykazane winno być zatem logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE (Wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 610/14). Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i TS przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakiej dopuścił się Beneficjent. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. akt II GSK 1653/14) szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że

wystąpiła nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z 17 grudnia 2014 r., II GSK 1467/13, wyrok NSA z 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

W niniejszej sprawie wystąpiła szkoda rzeczywista, bowiem Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie, przepisem prawa i obowiązującymi procedurami (Wytyczne), szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Co za tym idzie budżet UE finansował wydatki, które nie były kwalifikowalne. W ramach dofinansowanie nie jest dopuszczalnie jakiegokolwiek preferencyjne traktowanie, czy też uzyskiwanie przez Beneficjenta, jak i podmioty z nim współpracujące pozycji uprzywilejowanej, która byłaby nie do pogodzenia z celami otrzymanej pomocy publicznej. W niniejszej sprawie, taka sytuacja miała miejsce bowiem S. Sp. z o.o., tj. podmiot powiązany (osobowo i kapitałowo) z Beneficjentem otrzymał środki pochodzące z dofinansowania poprzez podwykonawstwo zamówienia pochodzącego z dofinansowania na rzecz B. Sp. z o.o.

Szkodą w tym przypadku są środki, które nie służą osiągnięciu celu projektu powodując nieuzasadnione finansowanie. Środki te nie powinny być zatem ani wykorzystane przez Beneficjenta, ani wypłacone z budżetu UE, a winny służyć w szczególności takim celom jak wspieranie i podnoszenie atrakcyjności województwa poprzez rozwój infrastruktury turystyki na obszarze metropolitalnym.

Wskutek niezgodnego z prawem (art. 44 ust. 3 ufp) oraz zapisami umowy o dofinansowanie (§ 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie) wydatkowania środków, doszło w przedmiotowej sprawie do powstania rzeczywistej szkody w budżecie UE. Co za tym idzie, pomiędzy naruszeniem prawa, a wystąpieniem szkody występuje związek przyczynowo – skutkowy. Wystąpiły zatem wszystkie przesłanki, aby móc stwierdzić wobec przedmiotowego naruszenia, iż stanowi ono nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

Po przeprowadzeniu postępowania w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy IZ RPO WZ na podstawie art. 138 kpa wydaje jedno z trzech rozstrzygnięć:

- 1) utrzymujące w mocy zaskarżoną decyzję albo
- 2) uchylające zaskarżoną decyzję, w całości albo w części i w tym zakresie orzekające co do istoty sprawy albo uchylające decyzję – umarzające postępowanie w pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarzające postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wynik kontroli, korespondencję z Beneficjentem, jak również wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/13/W/2017 z dnia 9 maja 2017 r. orzekającą zwrot części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.06.01.01-32-007/14-00 zawartej w Szczecinie w dniu 10 lutego 2015 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja Portu Jachtowego Marina Hotele w Szczecinie” w łącznej kwocie 418 419,43 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

### **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji przysługuje wniesienie skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staromłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Radca prawny Mateusz Amerski  
T. Brzozowski & M. Amerski Kancelaria Radców Prawnych S.C.  
Ul. Panieńska 14/3  
70-203 Szczecin
- 2) a/a