

WYROK

Warszawa, dnia 8 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski
Członkowie: Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2025 r. przez wykonawcę ENPROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę ENPROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego na wynagrodzenie pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej na wynagrodzenie pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2220/25

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu pn.: „Rozbudowa stacji 400/110 kV Słupsk dla przyłączenia MFW Bałtyk Środkowy i MFW Bałtyk Środkowy II – Etap 1”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lutego 2025 r., pod numerem 2025/S 036-115714.

W dniu 2 czerwca 2025 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca ENPROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą ENPROM” wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na niezasadnym skierowaniu do wykonawcy ENPROM wezwania w trybie art. 122 ustawy PZP do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz – ewentualnie – przedłożenia nowego zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wraz z JEDZ tego podmiotu, na skutek nieuzasadnionego uznania, że w stosunku do podmiotu udostępniającego wykonawcy ENPROM zasoby zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oraz był on zobligowany do przeprowadzenia oraz wdrożenia procedury samooczyszczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania z dnia 23 maja 2025 r. do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz – ewentualnie – przedłożenia nowego zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wraz z JEDZ tego podmiotu z uwagi na fakt, jakoby aktualnie wskazany przez Odwołującego podmiot udostępniający zasoby – Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji (zwany dalej „wykonawcą lub firmą ELBUD”) podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, podczas gdy firma ELBUD nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, co nie zostało wykazane przez Zamawiającego (zarzut nr 1),

2) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez błędne jego zastosowania sprowadzające się do uznania, że dla wykazania przesłanek zastosowania tego przepisu Zamawiający może ograniczyć się do samego tylko opisanego okoliczności towarzyszących realizacji kontraktów przez Odwołującego, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (zarzut nr 2),

3) art. 110 ust. 2 ustawy PZP poprzez błędne uznanie, że firma ELBUD powinna przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, gdy tymczasem przepis ten znajduje zastosowanie jedynie w przypadku, w którym dany podmiot podlega wykluczeniu (zarzut nr 3),

4) art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 4).

Odwołujący wniósł o rozparzenie oraz uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 9 maja 2025 r. polegającej na skierowaniu do Odwołującego wezwania do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz – ewentualnie - przedłożenia nowego zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wraz z JEDZ tego podmiotu,

2) uznania, że firma ELBUD nie podlega wykluczeniu z postępowania, a Odwołujący właściwie wykazał, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca ENPROM podał, że Odwołujący celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. a i b SWZ powołał się na potencjał firmy ELBUD i wraz z ofertą przedłożył odpowiednie zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wraz z JEDZ firmy ELBUD. W złożonym JEDZ wykonawca ELBUD na pytanie „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” – została udzielona odpowiedź „TAK”. Jednocześnie Zamawiającemu zostały przedłożone wyjaśnienia firmy ELBUD, w których kompleksowo wykazano, że udzielenie takiej odpowiedzi twierdzącej podyktowane jest tylko i wyłącznie literalnym brzmieniem treści JEDZ, a podmiot udostępniający zasoby nie podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie doszło do zmaterializowania się okoliczności wskazanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Wraz z JEDZ firma ELBUD opisała przypadki 3 odstąpień od zawartych umów oraz kar umownych naliczonych w związku z tym, wykazując przy tym, że było to podyktowane okolicznościami, za które nie sposób przypisać winy podmiotowi udostępniającemu zasoby. Firma ELBUD opisała następujące przypadki, które mogą wpisywać się w okoliczności uwzględnione w ramach przedmiotowego pytania z JEDZ:

1) odstąpienie zamawiającego Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna od umowy w sprawie zamówienia publicznego o roboty budowlane nr 2019/UM/TD/WR ZAK05/10700/L z dnia 31 maja 2019 r. w sprawie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa rozdzielni 110kV w stacji 400/110kV R-3 Pasikurowice” i naliczenie kar umownych (nazywanego dalej jako „zadanie Pasikurowice Tauron”),

2) odstąpienie zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółkę Akcyjną od umowy w sprawie zamówienia publicznego numer BP/24/CJI/2020 z dnia 6 lutego 2020 r. na „Rozbudowę stacji 400/110kV Pasikurowice w związku z wprowadzeniem linii 400kV i wymianą transformatora 400/110kV” i naliczenie kar umownych (nazywanego dalej jako „zadanie Pasikurowice PSE”),

3) odstąpienie zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółkę Akcyjną od umowy w sprawie zamówienia

publicznego nr 416/Di/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400kV Kromolice – Pątnów” zawartej z członkami konsorcjum: ELBUD i Energo – System Spółka Akcyjna w upadłości i naliczenie kar umownych (nazywanego dalej jako „zadanie Pątnów”).

Odwołujący podniósł, że wykonawca ELBUD nie zdecydował się przeprowadzić procedury samooczyszczenia z art. 110 ust. 2 ustawy PZP, ponieważ pozostaje na stanowisku, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Następnie pismem z dnia 9 maja 2025 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, albowiem w ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie zmaterializowały się przesłanki wykluczenia firmy ELBUD z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego z treści wezwania ma wynikać, że okoliczności do wykluczenia podmiotu trzeciego z postępowania Zamawiający upatruje w treści postanowienia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 24 stycznia 2025 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRz/9/2024, mocą którego Sąd oddalił w całości wniosek zarządcy na skutek zażalenia wierzyciela (Zamawiającego) na postanowienie sędziego-komisarza z dnia 24 czerwca 2024 r. (sygn. akt KA1K/GRs/4/2023) w przedmiocie wniosku zarządcy z dnia 6 listopada 2023 r. o wyrażenie zgody na odstąpienie w całości przez dłużnika od umowy nr 416/Di/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400 kV Kromolice – Pątnów”.

W ocenie Odwołującego wykonawca ELBUD nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, natomiast Zamawiający w treści wezwania nie wykazał spełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Odwołujący podkreślił, że przekazana wraz z JEDZ przez firmę ELBUD informacja jest konsekwencją treści JEDZ oraz obowiązującego aktualnie brzmienia ustawy PZP. Pytanie JEDZ jest skorelowane z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, jednakże nie wymienia wszystkich przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, gdyż pomija przesłankę kluczową, jaką jest odpowiedzialność za zaistniałe zdarzenia (która to odpowiedzialność wyraża się w słowach „z przyczyn leżących po jego stronie”). Okoliczność ta jest rozmaicie rozumiana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Odwołujący zwrócił jednocześnie uwagę, że sądy powszechne w kilku swoich stanowiskach wyraziły pogląd, zgodnie z którym brak tej przesłanki w treści pytania JEDZ nie jest przypadkowy i obliguje wykonawcę do notyfikowania zamawiającym faktów, które wymienione są w przepisie ustawy PZP niezależnie od tego, czy wykonawca zawinił czy też winy nie ponosi. Według opinii Odwołującego najnowsze orzecznictwo Izby rozciąga obowiązek notyfikowania zamawiającym określonych faktów z historii wykonawców, ale zarazem nie ma obowiązku wskazywania całej przeszłości kontraktowej. Odwołujący wskazał, że jego celem nie było prowadzenie w toku postępowania polemiki, w tym z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie, dlatego też w treści JEDZ firmy ELBUD została zawarta stosowna informacja. Było to podyktowane daleko idącą ostrożnością, wywołaną dążeniem do uniknięcia postawienia zarzutu związanego z zatajeniem faktów przed Zamawiającym. Odwołujący podkreślił, że ujęte w formularzu JEDZ firmy ELBUD oświadczenie nie powinno być odczytywane jako przyznanie ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, w związku z tym nie było również podstaw do wdrożenia przez wykonawcę ELBUD procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy PZP.

Odwołujący zwrócił również uwagę na obowiązki Zamawiającego, które wiążą się z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP i powołał się w tym zakresie na opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełniania JEDZ”, w której wyczerpująco omówiono okoliczności, które warunkują samą możliwość wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Według Odwołującego przepisy określające powody, dla których wykonawca może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, muszą być interpretowane w sposób precyzyjny, zawężający i literalny, bez możliwości ich rozszerzania na przypadki, które wprost nie zostały określone w ustawie PZP. Powzięcie działań o charakterze sankcyjnym może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji zero-jedynkowego spełnienia się wszystkich przesłanek składających się na dany przepis, a do wykazania, że w danej sprawie zachodzą przesłanki wykluczenia, każdorazowo zobligowany jest Zamawiający. Restrykcyjna interpretacja tych przepisów ma na celu przede wszystkim ochronę praw wykonawcy, który w sytuacji wykluczenia doświadcza skutków, które mogą istotnie rzutować na jego działalność. Uzasadnieniem tego podejścia jest wymóg prawnej pewności oraz zagwarantowanie, że jedynie zachowania wyraźnie i jednoznacznie określone w przepisach ustawy PZP będą skutkowały pozbawieniem prawa do udziału w postępowaniu. Tylko dzięki takiemu podejściu można mieć pewność, że sankcje nie będą stosowane arbitralnie ani w sposób, który naruszałby zasadę równości uczestników postępowania. Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się sankcyjny charakter art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oraz sposób jego rozumienia. Przesłanki wykluczenia nie mogą być rozumiane dowolnie. Oprócz ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym Zamawiający chcąc doprowadzić do skutecznego wykluczenia wykonawcy lub podmiotu trzeciego powinien w sposób wyczerpujący i niebudzący wątpliwości

wykazać kumulatywne spełnienie przesłanek składających się na określoną podstawę wykluczenia. W tej sprawie Zamawiający powinien wykazać, że działanie wykonawcy ELBUD charakteryzuje się m. in. dużą skalą zaniedbań oraz winą tego podmiotu, co doprowadziło do skutku w postaci jednej z wyliczonych w przepisie sytuacji (np. skutecznie zrealizowane prawo odstąpienia od umowy, zasądzenie odszkodowania itp.). W przypadku braku pełnego i jednoznacznego wykazania wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia na tej podstawie firmy ELBUD. W ocenie Odwołującego samo ogólne stwierdzenie, że doszło do naruszenia zobowiązań, bez wskazania konkretnych dowodów, skali naruszenia, jego znaczenia dla realizacji kontraktu, jak również bez wykazania przyczynowości i skutku, jest całkowicie niewystarczające i nie realizuje dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. W tym przypadku nie można mówić o spełnieniu wymogu wykazania, albowiem Zamawiający zamiast wykazać spełnienie się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP zdecydował się na: 1) opisanie stanu faktycznego, tj. wskazanie na sposób wypełnienia dokumentów przez wykonawcę ELBUD, 2) zacytowanie postanowienia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach w sprawie sygn. akt KA1K/GRez/9/2024, 3) zacytowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego ujęte w treści wezwania informacje są lakoniczne i nie przedstawiają jakichkolwiek wartości merytorycznych, w związku z czym nie sposób postrześć jako wykazanie spełnienia się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. W ocenie Odwołującego w treści wezwania brakuje takich istotnych informacji jak analiza dotycząca: a) zakresu i skali uchybień firmy ELBUD, b) kwalifikacji zobowiązania, któremu uchybiła firma ELBUD, jako istotnego, c) ustalenia, że to firma ELBUD ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie, d) skutku w postaci jednej z wyliczonych w przepisie sytuacji. Brak wykazania chociażby jednej z przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP skutkuje brakiem możliwości wykluczenia wykonawcy lub podmiotu trzeciego. Jednocześnie w opinii Odwołującego samo opisanie okoliczności prowadzących do odstąpienia od zadania Pątnów nie można utożsamiać z wykazaniem wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP i nie może to skutkować koniecznością przeprowadzenia procedury *self-cleaningu* firmy ELBUD. Aby w zgodzie z przepisami ustawy PZP wykluczyć wykonawcę wykazane musi zostać spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś Zamawiający nie wykazał ani jednej z przesłanek zawartych w tym przepisie, tj. nie wykazał jakoby wykonawca ELBUD dopuścił się: a) niewykonania/nienależytego wykonania, b) które było znaczące co do stopnia/zakresu naruszenia, c) które dotyczy istotnego zobowiązania i d) co nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ELBUD. Działanie polegające na arbitralnym zastosowaniu środka wykluczenia, bez udokumentowania wszystkich wymaganych przesłanek, stanowi rażące przekroczenie kompetencji Zamawiającego i prowadzi do pokrzywdzenia zarówno wykonawcy ENPROM jak i firmy ELBUD.

W dalszej części uzasadnienia odwołania wykonawca ENPROM przedstawił w sposób zwięzły okoliczności mające miejsce w toku realizacji zadania Pasikurovice Tauron, zadania Pasikurovice PSE oraz zadania Pątnów, które potwierdzają, że odstąpienia od zawartych umów i naliczone kary umowne stanowią pokłosie okoliczności niezawinionych przez firmę ELBUD. W opinii Odwołującego Zamawiający w swoim stanowisku skoncentrował się na zadaniu Pątnów nie wskazując, że przyczyną wykluczenia jest również fakt odstąpienia w dwóch pozostałych umowach, co ma dowodzić, że Zamawiający nie poddał tych trzech zadań niezbędnej analizie, a oparł się jedynie na przywołanym stanowisku Sądu restrukturyzacyjnego.

W zakresie zadania Pasikurovice Tauron Odwołujący podał, że odstąpienie przez zamawiającego – Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna od umowy w ramach realizacji zadania Pasikurovice Tauron było całkowicie nieuzasadnione i nie było podyktowane okolicznościami, za które można by było przypisać winę firmie ELBUD. Podstawy swojego stanowiska zamawiający Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna upatruje w rzekomej zwłoce firmy ELBUD w realizacji przedmiotu umowy, natomiast w rzeczywistości jednak powstałe opóźnienia stanowią skutek działań, za które winę ponosi sam zamawiający, co związane było m. in. z finansowaniem inwestycji, a także prowadzonymi przez niego długotrwałymi zewnętrznymi uzgodnieniami dotyczącymi dokumentacji warunkującej możliwość wykonania przez firmę ELBUD projektu budowlanego oraz uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę dla przedmiotu umowy. Ponadto strony w latach 2020-2021 i później negocjowały aneks do umowy, który nie został jednak finalnie podpisany z przyczyn niezawinionych przez firmę ELBUD, m. in. w wyniku stanowiska zamawiającego nieuwzględniającego oczywistego faktu braku możliwości realizacji umowy na warunkach sprzed wybuchu konfliktu zbrojnego w Ukrainie (skutkującego przerwaniami łańcucha dostaw, wzrostem cen materiałów, cen komponentów elektronicznych, konstrukcji stalowych, wszelkiego rodzaju kabli, wzrostem kosztów robocizny i sprzętu, inflacją, wzrostem kursu walut, odpływem pracowników z Ukrainy). Pomimo rozmów o ugodowym rozwiązaniu umowy za porozumieniem stron firma ELBUD otrzymała od tego zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

W zakresie zadania Pasikurovice PSE Odwołujący podał, że Zamawiający odstąpił od umowy w ramach tego zadania podnosząc konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom oraz zarzucając

firmie ELBUD złożenie oświadczenia o niemożliwości dalszej realizacji umowy z uwagi na brak środków finansowych oraz brak możliwości pozyskania niezbędnego finansowania. Odwołujący zauważył, że suma płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców nie przekroczyła kwoty 5% wartości umowy, a przy tym płatności bezpośrednio wystąpiły w okresie od sierpnia 2020 r. do kwietnia 2022 r., podczas gdy oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone zostało dopiero w czerwcu 2023 r., a zatem po umownym terminie przewidzianym na skorzystanie z przedmiotowego uprawnienia. Poza tym odstąpienie było niedopuszczalne jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa restrukturyzacyjnego przewidującymi autonomiczny tryb odstąpienia od umów wzajemnych. Wykonawca ELBUD w toku sanacyjnego postępowania restrukturyzacyjnego w marcu 2023 r. (czyli na trzy miesiące przed oświadczeniem Zamawiającego o odstąpieniu od umowy) złożył wniosek do sędziego-komisarza w trybie art. 298 ust. 2 prawo restrukturyzacyjne o wyrażenie zgody na odstąpienie od umowy, zgodnie z założeniami zatwierdzonego planu restrukturyzacyjnego. Zgodę taką wykonawca ELBUD uzyskał mocą postanowienia z dnia 15 sierpnia 2023 r. (sygn. X KA1K/GRs/4/2023), na podstawie którego zarządca masy sanacyjnej ELBUD złożył Zamawiającemu w dniu 5 września 2023 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy w zakresie niewykonanym po dniu otwarcia sanacji. Odstąpienie wykonawcy ELBUD zostało złożone m. in. z uwagi na nierentowność umowy będącą konsekwencją odmowy waloryzacji umowy. Jednocześnie wykonawca ELBUD wszczął postępowanie sądowe o zabezpieczenie roszczeń o ustalenie, że Zamawiającemu nie przysługuje prawo żądania zapłaty kar umownych m. in. w związku z odstąpieniem od umowy, a także o ustalenie nieistnienia prawa podlegającego zaspokojeniu z gwarancji należytego wykonania umowy. Odstąpienie od umowy dokonane przez Zamawiającego oraz naliczone kary stanowią obecnie przedmiot rozpoznania Sądu, więc w ocenie wykonawcy ELBUD okoliczności te w żadnym wypadku nie obciążają podmiotu udostępniającego zasoby. Już sam fakt, że okoliczności te są obecnie przedmiotem sporu, tym bardziej podkreśla, że podmiot udostępniający zasoby nie zgadza się ze stanowiskiem instytucji zamawiającej.

W zakresie zadania Pątnów Odwołujący podał, że nie wystąpiły przesłanki wykluczenia firmy ELBUD, które zostały określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, w szczególności postanowienie Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 14 stycznia 2025 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRz/9/2024 nie przesądza o ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów. Odwołujący wskazał, że Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy Pątnów z winy firmy ELBUD z uwagi na *pozostawanie wykonawcy w zwłoce*. Firma ELBUD kwestionuje ważność i skuteczność tego oświadczenia, w szczególności stoi ona na stanowisku, że złożenie oświadczenia nie doprowadziło do wygaśnięcia umowy Pątnów w drodze odstąpienia Zamawiającego z winy firmy ELBUD. Odwołujący dodał, że obecnie strony – Zamawiający i firma ELBUD – pozostają w sporze co do okoliczności realizacji umowy Pątnów, w tym co do ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów. Zarówno na dzień wniesienia odwołania, jak i na datę dokonania przez Zamawiającego czynności zaskarżonej tym odwołaniem spór stron nie został rozpoznany. Odwołujący wskazał, że w przeciwieństwie do sądu powszechnego, który orzeka na żądanie strony, po przeprowadzeniu postępowania rozpoznawczego zgodnie z i na podstawie odpowiednich przepisów proceduralnych, Zamawiający nie posiada kompetencji w zakresie prawnie wiążącego rozstrzygnięcia o ważności i skuteczności składanych oświadczeń. Odwołujący dodał, że w dniu 19 maja 2025 r. zarządca masy sanacyjnej firmy ELBUD zainicjował postępowanie sądowe przeciwko Zamawiającemu występując z powództwem o zapłatę kwoty 18 915 431 zł 27 gr tytułem zwrotu środków pieniężnych bezzasadnie wypłaconych przez Zamawiającego z dwóch gwarancji ubezpieczeniowych zabezpieczających należyte wykonanie umowy Pątnów. Sprawa ta została zarejestrowana w Sądzie Okręgowym w Warszawie pod sygn. akt XVI GC 733/25. Rozpoznając sprawę o zapłatę Sąd Okręgowy zbada szereg okoliczności realizacji umowy Pątnów, w tym m. in. kwestię ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów z winy firmy ELBUD z uwagi na *„pozostawanie wykonawcy w zwłoce”*. Badanie i ustalenie przez Sąd tego zagadnienia będzie miało znaczenie prejudycjalne dla wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczenia o zapłatę. Odwołujący podniósł, że firma ELBUD nie może skutecznie dochodzić przed Sądem ustalenia ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów w drodze powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, ponieważ nie ma ona interesu prawnego w ustaleniu w rozumieniu art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego wobec przysługującego jej dalej idącego żądania zapłaty. Odwołujący zaznaczył, że zbadania i ustalenia przez Sąd ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów nie uniemożliwia okoliczność wydania przez Sąd Rejonowy postanowienia, które co do zasady nie korzysta z prawomocności materialnej.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że sprawa przed Sądem Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach (Sądem restrukturyzacyjnym) dotyczyła wniosku zarządcy masy sanacyjnej ELBUD o wyrażenie zgody na odstąpienie w całości przez firmę ELBUD od umowy Pątnów oraz o wyrażenie zgody na odstąpienie od umowy Pątnów w zakresie, w którym zobowiązania nie zostały wykonane przez firmę ELBUD po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego. Sąd Rejonowy rozpoznał zażalenie Zamawiającego na postanowienie sędziego-komisarza w całości uwzględniające wniosek zarządcy

firmy ELBUD. Odwołujący dodał, że zarówno postanowienie sędziego-komisarza, jak i postanowienie Sądu Rejonowego zostały wydane w postępowaniu restrukturyzacyjnym stanowiącym szczególnego rodzaju postępowanie cywilne. Specyfika tego postępowania wynika z konkretnego celu tego postępowania, które zostało zdefiniowane w ustawie jako uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. Postępowanie restrukturyzacyjne z istoty rzeczy ma charakter zbiorowy. W zakresie jawności wewnętrznej postępowania restrukturyzacyjnego Sąd restrukturyzacyjny co do zasady orzeka na posiedzeniu niejawnym. Sąd restrukturyzacyjny wyznacza rozprawę w celu rozpoznania układu, a następnie układ przyjęty przez zgromadzenie wierzycieli zatwierdza lub odmawia zatwierdzenia układu w przypadkach określonych w art. 165 ustawy Prawo restrukturyzacyjne. W pozostałych przypadkach Sąd w postępowaniu restrukturyzacyjnym orzeka na posiedzeniu niejawnym, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Odwołujący wskazał, że zarówno postanowienie sędziego-komisarza, jak i postanowienie Sądu Rejonowego zostały wydane na posiedzeniu niejawnym, bez uprzedniego wyznaczenia posiedzenia z udziałem stron. Orzeczenia zostały wydane w oparciu wyłącznie o twierdzenia stron zawarte w pismach procesowych i powołane przez nie dokumenty, czyli w oparciu o ograniczony materiał dowodowy. Postępowanie dowodowe nie obejmowało w szczególności przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków, opinii biegłego czy nawet przesłuchania stron. Uniemożliwia to uznanie, że wydanie postanowienia zostało poprzedzone merytorycznym zbadaniem okoliczności związanych z realizacją umowy Pątnów. Pomimo więc tego, że rozstrzygnięcie postanowienia korzysta z prawomocności formalnej, to motywy postanowienia nie są objęte powagą rzeczy osądzonej, co dotyczy w szczególności kwestii ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów. Nie świadczy to też o ograniczeniu stronom prawa dostępu do sądu w celu umożliwienia im obrony ich interesów przed niezawisłym organem kierującym się wyłącznie obowiązującym w państwie prawem. Strony nadal miały możliwość zwrócenia się do sądu o rozpoznanie i rozstrzygnięcie ich sprawy na drodze zwykłego postępowania cywilnego po przeprowadzeniu postępowania rozpoznawczego, w tym pełnego postępowania dowodowego. W chwili obecnej firma ELBUD skorzystała właśnie z tej możliwości występując z powództwem o zapłatę przeciwko Zamawiającemu. Dopiero w toku tego postępowania, w tym po przeprowadzeniu pełnego postępowania dowodowego, zostaną zbadane okoliczności realizacji umowy Pątnów, w tym kwestia kwestię ważności i skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Pątnów z winy firmy ELBUD.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie ziściła się którakolwiek wynikająca z treści art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka uniemożliwiająca merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowisko prezentowane na rozprawie przez strony, a także wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 lipca 2025 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z:

- postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 marca 2024 r. w sprawie o sygn. akt VII AGz 668/23 wraz z jego uzasadnieniem
- oświadczenia Zamawiającego Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej z dnia 15 czerwca 2023 r. o odstąpieniu od umowy wraz z załącznikami oraz potwierdzeniem odbioru
- odpowiedzi wykonawcy ELBUD z dnia 20 czerwca 2023 r. na oświadczenie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2023 r. o odstąpieniu od umowy

- stanowiska wierzyciela Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej z dnia 26 czerwca 2025 r. w przedmiocie wniosku zarządcy z dnia 21 marca 2023 r. o wyrażenie zgody przez sędziego-komisarza na odstąpienie od umowy nr BP/24/CJI/2020 z dnia 6 lutego 2020 r. na „Rozbudowę stacji 400/110 kV Pasikurowice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV” wraz z załącznikami
- stanowiska wierzyciela Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej z dnia 4 stycznia 2024 r. w przedmiocie wniosku zarządcy z dnia 6 listopada 2023 r. o wyrażenie zgody przez sędziego-komisarza na odstąpienie od umowy nr OSP/Di/INW/140/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. na „Rozbudowę stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400 kV Kromolice-Pątnów” wraz z załącznikami
- postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 marca 2024 r. w sprawie o sygn. akt XX GC 867/23
- postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 marca 2024 r. w sprawie o sygn. akt VII AGz 668/23 wraz z jego uzasadnieniem
- postanowienia częściowego sędziego-komisarza Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRk/10/2023 wraz z jego uzasadnieniem
- zażalenia wierzyciela Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej z dnia 9 maja 2024 r. na postanowienie sędziego-komisarza Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRk/10/2023
- postanowienia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 29 maja 2024 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRez/3/2024 wraz z jego uzasadnieniem
- oświadczenia Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej z dnia 2 lipca 2024 r. o odstąpieniu od umowy nr 416/Di/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. na „Rozbudowę stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400kV Kromolice-Pątnów”
- postanowienia sędziego-komisarza z Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 24 czerwca 2024 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRs/4/2023 wraz z jego uzasadnieniem
- zażalenia wierzyciela Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej z dnia 15 lipca 2024 r. na postanowienie sędziego-komisarza z dnia 24 czerwca 2024 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRs/4/2023 wraz z załącznikami
- postanowienia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 14 stycznia 2025 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRez/9/2024 wraz z jego uzasadnieniem
- pozwu zarządcy masy sanacyjnej firmy ELBUD z dnia 19 maja 2025 r. skierowanego do Sądu Okręgowego w Warszawie

Krajowa Izba Odwoławcza uznała wiarygodność i mocą dowodów dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem III części nr I SWZ przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa stacji 400/110 kV Słupsk dla przyłączenia MFW Bałtyk Środkowy i MFW Bałtyk Środkowy II – Etap 1. Szczegółowy opis przedmiot zamówienia znajduje się w części nr II SWZ Program Funkcjonalno-Użytkowy.

W rozdziale VII ust. 1 części nr I SWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego oraz nie podlegają wykluczeniu w oparciu o podstawy wskazane w rozdziale VI części nr I SWZ. Jednocześnie w ust. 2 pkt 2.4 Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – wskazując, że o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca wybudował lub przebudował (zmodernizował) co najmniej 1 pole o napięciu 400 kV lub wyższym na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na obszarze ENTSO-E. Za budowę, przebudowę (modernizację) pola na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego uznane zostanie dokonanie zabudowy co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej. Zakres prac obejmuje również uruchomienie pola rozumiane jako uzyskanie pozytywnego wyniku próby napięciowej i obciążeniowej pozwalającej na jego eksploatację.

W przypadku niżej wskazanych rozdzielni:

i) w układzie 3/2W – jako budowę, przebudowę (modernizację) pola rozumie się wykonanie co najmniej jednego mostka (bez uwzględniania mostka „środkowego”) w gałęzi wraz z odejściem dla linii lub (auto)transformatora lub dławika uwzględniającego dokonanie zabudowy co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej. Zakres prac obejmuje również uruchomienie pola rozumiane jako uzyskanie pozytywnego wyniku próby napięciowej i obciążeniowej pozwalającej na jego eksploatację,

ii) w układzie 2W – jako budowę, przebudowę (modernizację) pola rozumie się wykonanie co najmniej jednej gałęzi wraz z odejściem dla linii lub (auto)transformatora lub dławika uwzględniającego dokonanie zabudowy co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej. Zakres prac obejmuje również uruchomienie pola rozumiane jako uzyskanie pozytywnego wyniku próby napięciowej i obciążeniowej pozwalającej na jego eksploatację.

b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca wykonał co najmniej 1 odebrany projekt wykonawczy na budowę lub przebudowę (modernizację) co najmniej 1 pola o napięciu 400 kV lub wyższym, na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na obszarze ENTSO-E.

Za datę wykonania projektu wykonawczego Zamawiający rozumie datę jego pozytywnego zaopiniowania, a w przypadku braku takiej opinii datę odbioru projektu wykonawczego, przez podmiot na rzecz którego projekty zostały wykonane.

Projekt wykonawczy powinien być wykonany w oparciu o polską normę PN-EN 61936 -1 oraz PN-EN 50522 lub normę europejską EN 61936-1 oraz EN 50522, lub być „równoważny”, z uwzględnieniem, że jeżeli wykonawca powołuje się na fakt wykonania projektu wykonawczego „równoważnego”, tj. w oparciu o rozwiązania równoważne rozwiązaniom wynikającym z ww. norm, zobowiązany jest wówczas ten fakt wykazać Zamawiającemu w sposób i w formie nie budzących wątpliwości.

Za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa powyżej, uznane zostanie zaprojektowanie budowy, przebudowy (modernizacji) pola obejmujące zabudowę co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej.

W przypadku niżej wskazanych rozdzielni:

i) w układzie 3/2W – jako budowę, przebudowę (modernizację) pola rozumie się wykonanie co najmniej jednego mostka (bez uwzględniania mostka „środkowego”) w gałęzi wraz z odejściem dla linii lub (auto)transformatora lub dławika uwzględniającego dokonanie zabudowy co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej,

ii) w układzie 2W – jako budowę, przebudowę (modernizację) pola rozumie się wykonanie co najmniej jednej gałęzi wraz z odejściem dla linii lub (auto)transformatora lub dławika uwzględniającego dokonanie zabudowy co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej.

Wykonawca ENPROM w formularzu ofertowym oświadczył, że część prac budowlano-montażowych i część prac projektowych zamierza zlecić podwykonawcy – firmie ELBUD. Jednocześnie w dokumencie JEDZ na pytanie „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” wykonawca ENPROM udzielił odpowiedzi „TAK” i wskazał na podwykonawcę ELBUD. Ponadto na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” wykonawca ENPROM również udzielił odpowiedzi „TAK”.

Do oferty wykonawca ENPROM załączył zobowiązanie podwykonawcy ELBUD z dnia 28 marca 2025 r., w którym ten zobowiązał się do udostępnienia posiadanych przez siebie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie:

1) doświadczenie wraz z referencjami potwierdzającymi, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert firma ELBUD wybudowała lub przebudowała (zmodernizowała) co najmniej 1 pole o napięciu 400 kV lub wyższym na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na obszarze ENTSO-E,

2) doświadczenie wraz z referencjami potwierdzającymi, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert firma ELBUD wykonała co najmniej 1 odebrany projekt wykonawczy na budowę lub przebudowę (modernizację) co najmniej 1 pola o napięciu 400 kV lub wyższym, na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na obszarze ENTSO-E.

Firma ELBUD oświadczyła, że zasoby udostępni poprzez działanie w charakterze podwykonawcy wykonując zgodnie z wytycznymi SWZ i zasadami wiedzy część prac związanych z realizacją zamówienia Oddanie zasobów

nastąpi w ramach podwykonawstwa, czyli pod kierownictwem podmiotu oddającego zasoby, co będzie podlegać jedynie kontroli wykonawcy. Ponieważ podmiot trzeci – podwykonawca nie oddaje zasobów bezpośrednio wykonawcy, tylko przy ich pomocy samodzielnie będzie realizował część zamówienia w zakresie prac projektowych oraz budowlano-montażowych, mowa tutaj jest o tzw. „pośrednim oddaniu zasobów do dyspozycji wykonawcy”.

Do oferty wykonawcy ENPROM dołączono także Wykaz wykonanych robót przez firmę ELBUD na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. a części nr I SWZ oraz Wykaz wykonanych projektów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. b części nr I SWZ. W dokumencie JEDZ na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” podwykonawca ELBUD udzielił odpowiedzi „TAK” i dołączył swoje wyjaśnienia z dnia 15 kwietnia 2025 r., które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast na pytanie czy przedsięwziął środki w celu wykazania swojej rzetelności (tzw. samooczyszczenie) udzielił odpowiedzi „NIE”.

W dniu 23 maja 2025 r. Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy PZP wezwał wykonawcę ENPROM do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. firmy ELBUD, innym podmiotem, ponieważ wobec tego podmiotu zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP. Zamawiający dodał, że zgodnie z art. 122 ustawy PZP wykonawca może wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu faktycznym wezwania Zamawiający wskazał, że podmiot trzeci – firma ELBUD udostępniła wykonawcy ENPROM posiadane przez siebie zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, niezbędne do realizacji zamówienia. Zakres zasobów, jakie zostały udostępnione wykonawcy to:

- a) doświadczenie wraz z referencjami potwierdzającymi, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert firma ELBUD wybudowała lub przebudowała (zmodernizowała) co najmniej 1 pole o napięciu 400 kV lub wyższym na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na obszarze ENTSO-E,
- b) doświadczenie wraz z referencjami potwierdzającymi, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert firma ELBUD wykonała co najmniej 1 odebrany projekt wykonawczy na budowę lub przebudowę (modernizację) co najmniej 1 pola o napięciu 400 kV lub wyższym, na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na obszarze ENTSO-E.

Zamawiający wskazał, że podmiot trzeci – firma ELBUD w złożonym zobowiązaniu określiła sposób, w jakim zasoby będą udostępniane: „w charakterze podwykonawcy wykonując zgodnie z wytycznymi SWZ i zasadami wiedzy część prac związanych z realizacją zamówienia. Oddanie zasobów nastąpi w ramach podwykonawstwa, czyli pod kierownictwem podmiotu oddającego zasoby, co będzie podlegać jedynie kontroli wykonawcy. Ponieważ podmiot trzeci – podwykonawca nie oddaje tutaj zasobów bezpośrednio wykonawcy, tylko przy ich pomocy samodzielnie będzie realizował część niniejszego zamówienia w zakresie prac projektowych oraz budowlano-montażowych, można tutaj mówić o tzw. „pośrednim oddaniu zasobów do dyspozycji wykonawcy”. Podmiot trzeci – firma ELBUD wraz ze zobowiązaniem przedstawiła dokument JEDZ, w którym w rozdziale C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi na pytanie: rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje udzieliła odpowiedzi „TAK”, jednak na pytanie Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)? udzieliła odpowiedzi „NIE”. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający ma obowiązek odstąpić od wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia podstaw wykluczenia, jeżeli wykonawca udowodni Zamawiającemu, że podjął działania we wszystkich trzech wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 ustawy PZP obszarach. Wykonawca musi wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem. Ciężar udowodnienia samooczyszczenia spoczywa zatem na wykonawcy. Zamawiający nie bada, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 ustawy PZP, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca musi przedstawić dowody z własnej inicjatywy. Wykonawca chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, powinien sam wyjaśnić fakty i okoliczności z tym związane, aktywnie współpracując z Zamawiającym. Ta aktywna współpraca powinna polegać na tym, że wykonawca bez wezwania złoży kompletne dowody, wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jeśli wykonawca przedstawi niekompletne, a tym samym nierzetelne informacje, nie zostanie spełniona konieczna przesłanka samooczyszczenia. Wykonawca przedstawił obszernie wyjaśnienia firmy ELBUD, które sprowadzają się do konstatacji, że okoliczności mogące stanowić przesłankę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP nie nastąpiły z przyczyn leżących po jego stronie, a więc nie ponosi on winy. W ramach wyjaśnień

wykonawca przedstawił okoliczności związane z odstąpieniem od dwóch umów z Zamawiającym, które mogą wpisywać się w okoliczności uwzględnione w ramach pytania z JEDZ, tj.

1) odstąpienie Zamawiającego Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej od umowy w sprawie zamówienia publicznego numer BP/24/CJI/2020 z dnia 6 lutego 2020 r. na „Rozbudowę stacji 400/110kV Pasikurovice w związku z wprowadzeniem linii 400kV i wymianą transformatora 400/110kV” i naliczenie kar umownych (zwanej dalej jako „odstąpienie nr 1”),

2) odstąpienie Zamawiającego Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółki Akcyjnej od umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 416/DI/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400kV Kromolice – Pątnów zawartej z członkami konsorcjum: ELBUD i Energo – System Spółka Akcyjna (obecnie w upadłości) i naliczenie kar umownych (zwane dalej jako „odstąpienie nr 2”).

Zamawiający wyjaśnił, że nie może się zgodzić z twierdzeniami firmy ELBUD o niewystąpieniu przyczyn leżących po jego stronie.

W zakresie odstąpienia nr 1 Zamawiający wskazał, na następujące okoliczności:

W dniu 15 czerwca 2023 r. Zamawiający odstąpił od umowy z firmą ELBUD. Oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy zostało doręczone Zarządcy oraz firmie ELBUD w dniu 15 czerwca 2023 r. W oświadczeniu o odstąpieniu od umowy Zamawiający przytoczył zarówno okoliczności faktyczne, jak i podstawy prawne umożliwiające odstąpienie od umowy. Dodatkowo Zamawiający szczegółowo wyjaśnił okoliczności faktyczne i prawne, na podstawie których odstąpił od umowy w stanowisku z dnia 26 czerwca 2023 r. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 143c ust. 7 ustawy PZP uprawnienie do odstąpienia od umowy po stronie Zamawiającego powstaje w przypadku:

- 1) konieczności wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub
- 2) konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszym przypadku ustawodawca łączy możliwość odstąpienia od umowy z okolicznością wielokrotnego dokonywania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. W drugim przypadku ustawodawca kładzie nacisk na wartość bezpośrednich zapłat, a nie liczbę powtórzeń. Przesłanki do odstąpienia wynikające z tego przepisu mają charakter rozłączny. Oznacza to, że uprawnienie do odstąpienia powstaje po stronie Zamawiającego zarówno w przypadku wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) jak i w przypadku osiągnięcia odpowiedniej wartości bezpośredniej zapłaty, wynoszącej 5% wartości umowy. W przedmiotowej sprawie zaistniały okoliczności faktyczne uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od umowy z firmą ELBUD na podstawie art. 143c ust 7 ustawy PZP, albowiem po stronie Zamawiającego powstała konieczność dokonywania bezpośredniej zapłaty należności na rzecz wymienionych podwykonawców (tu: tabela na str. 3-4 wezwania). W związku z tym konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom umożliwiła Zamawiającemu złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 15 czerwca 2023 r. Ponadto Zamawiający każdorazowo po odebraniu wezwania do zapłaty od podwykonawcy, występował do firmy ELBUD o zajęcie stanowiska do takiego wezwania w trybie przewidzianym w art. 143c ust. 4 ustawy PZP oraz pkt 12.9 umowy. Wykonawca ELBUD każdorazowo był informowany przez Zamawiającego o swoich zaniechaniach w zakresie rozliczeń z podwykonawcami. Ponadto w każdym przypadku wezwania podwykonawcy do dokonania bezpośredniej płatności firma ELBUD potwierdzała zasadność dokonania płatności bezpośredniej przez Zamawiającego na rzecz podwykonawców. Zamawiający wskazał ponadto, że art. 143c ust. 7 ustawy PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący. W konsekwencji jakiegokolwiek zmiany tego przepisu postanowieniami umowy są niedopuszczalne, co znajduje potwierdzenie m. in. w stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym „Przepis art. 143c ust. 7 ustawy PZP stanowi odrębną od rozwiązań Kodeksu cywilnego podstawę prawną do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, inaczej niż ma to miejsce na gruncie Kodeksu cywilnego (por. art. 395 Kc), nie przewiduje się w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu do odstąpienia od umowy na podstawie ww. przepisu ustawy PZP. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy. Co więcej, przepis art. 143c ust. 7 ustawy PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*) i podlega ścisłej wykładni. W związku z tym, strony w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego nie tylko nie muszą, lecz wręcz nie mogą zawrzeć postanowienia określającego termin do skorzystania z ww. uprawnienia do odstąpienia od umowy. Takie postanowienie byłoby bowiem sprzeczne z normą art. 143c ust. 7 ustawy PZP”. Zamawiający dodał, że nawet jeżeli by uznać, że termin na złożenie oświadczenia o odstąpieniu określony w pkt 20.14 umowy ma zastosowanie do odstąpienia z art. 143c ust. 7 ustawy PZP (czemu Zamawiający kategorycznie zaprzecza), to termin ten nie został przekroczony, ponieważ zgodnie z pkt 20.14 umowy

„Jeżeli przepisy prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym lub postanowienia umowy nie przewidują innego terminu na wykonanie prawa odstąpienia od umowy, oświadczenie o odstąpieniu od umowy na mocy jakiegokolwiek postanowienia umowy może zostać złożone przez każdą ze stron w terminie 265 (dwieście sześćdziesiąt pięć) tygodni od daty zawarcia umowy, nie później jednak niż w terminie 50 (pięćdziesiąt) tygodni od dnia powzięcia przez stronę wiadomości o zaistnieniu podstawy do odstąpienia od umowy, z której dana strona chce skorzystać”. Termin 265 tygodni od dnia zawarcia umowy upływał w dniu 6 marca 2025 r., zaś od dnia dokonania ostatniej bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy (stanowiącej podstawę do odstąpienia od umowy), tj. od dnia 22 marca 2023 r., do dnia odstąpienia od umowy, tj. do dnia 15 czerwca 2023 r. upłynęło niespełna 13 tygodni. W świetle tego, w związku z koniecznością wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom, po stronie Zamawiającego powstało uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP. Niezależnie od innych podstaw do odstąpienia od umowy, wskazanych w oświadczeniu Zamawiającego, ta konkluzja jest wystarczająca do uznania, że oświadczenie to jest skuteczne. W związku z tym Zamawiający uznał że firma ELBUD długotrwale nienależycie wykonywała istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego na „Rozbudowę stacji 400/110kV Pasikurowice w związku z wprowadzeniem linii 400kV i wymianą transformatora 400/110kV” polegające na wielokrotnym niedokonywaniu zapłaty podwykonawcom oraz złożeniu oświadczenia przez firmę ELBUD o braku spełnienia świadczenia polegającego na zrealizowaniu umowy ze względu na brak środków finansowych ora brak możliwości pozyskania finansowania na realizację umowy, a tym samym złożenie przez wykonawcę oświadczenia o braku spełnienia świadczenia polegającego na zrealizowaniu umowy w rozumieniu art. 492¹ Kodeksu cywilnego. W podsumowaniu Zamawiający wskazał, że odstąpienie od umowy nastąpiło z winy firmy ELBUD i uprawniało Zamawiającego do naliczenia kary umownej, a więc zachodzą wobec firmy ELBUD podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy PZP.

W zakresie odstąpienia nr 2 Zamawiający wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający złożył Konsorcjum ELBUD oświadczenie o odstąpieniu od umowy SE Pątnów w dniu 13 lutego 2023 r. Oświadczenie to zostało złożone w momencie kiedy Konsorcjum ELBUD pozostawało w zwłoce w realizacji umowy wynoszącej blisko 10 miesięcy. Skala zaniechań Konsorcjum ELBUD związanych z realizacją umowy SE Pątnów, stanowiących przejawy nienależytego wykonania tej umowy, nie dawała jakichkolwiek podstaw do uznania, że Konsorcjum ELBUD jest w stanie wykonać umowę. W oświadczeniu o odstąpieniu Zamawiający powołał następujące okoliczności, jako przyczynę odstąpienia:

- 1) konieczność wielokrotnego dokonywania przez Zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy,
- 2) zwłokę Konsorcjum ELBUD w realizacji przedmiotu umowy, która doprowadziła do przekroczenia umownych terminów wykonania umowy (w tym terminu realizacji poszczególnych etapów),
- 3) okoliczności związane z zaniechaniem przeniesienia przez Konsorcjum ELBUD na rzecz Zamawiającego prawa własności do GIS – bezskuteczny upływ terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w wezwaniu wykonawcy do należytego wykonaniu umowy z dnia 5 maja 2022 r. (znak: 46-CJ-PO-WP4.713.18.2022.1).

Ad. 1. W związku z zaniechaniem dokonywania płatności przez Konsorcjum ELBUD na rzecz podwykonawców, podwykonawcy zgłosili roszczenia o wypłatę wynagrodzenia do Zamawiającego. Zamawiający do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu dokonał na rzecz podwykonawców płatności ujętej w tabeli (tu: tabela na str. 5-6 wezwania). Fakt dokonania wymienionych płatności przez Zamawiającego jest bezsporny pomiędzy stronami. Zamawiający podkreślił, że oprócz należności podwykonawców ujętych w tabeli, spłaconych przez Zamawiającego, do Zamawiającego z żądaniem zapłaty wystąpili:

- i) Siemens Energy Sp. z o.o. o zapłatę kwoty 14 881 080 zł 23 gr,
- ii) HiUB K.W. o zapłatę kwot 31 742 zł 00 gr i 11 070 zł 00 gr,
- iii) Firma Budowlano-Uslugowa CAMINO T.A. oraz BUDMAR Firma Remontowo-Budowlana G.T. o zapłatę kwot 7 687 : 50 gr i 35 670 zł 00 gr. Po odstąpieniu od umowy Zamawiający dokonywał kolejnych płatności na rzecz podwykonawców.

Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy we wskazanych okolicznościach, tj. w związku z koniecznością wielokrotnego dokonywania zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynika z przepisu art. 143c ust. 7 ustawy PZP. Zgodnie z postanowieniami § 20 ust. 31 umowy SE Pątnów wykonawca zobowiązany jest dokonywać terminowo wszelkich rozliczeń z podwykonawcami. W świetle przepisów powszechnie obowiązujących (art. 141 ustawy PZP) oraz postanowień umowy SE Pątnów (§ 2 ust. 12 pkt 2) firma ELBUD i Energo-System ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec Zamawiającego za wykonanie umowy, w tym za realizację zobowiązania związanego z terminowym rozliczaniem podwykonawców. Zaniechanie dokonania płatności przez firmę ELBUD lub Energo-system na rzecz podwykonawcy

stanowi nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę, które w przypadkach określonych w ustawie PZP może implikować powstaniem po stronie Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 143c ust. 7 ustawy PZP takie uprawnienie po stronie Zamawiającego powstaje w dwóch przypadkach:

- 1) konieczności wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub
- 2) konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszym przypadku ustawodawca łączy możliwość odstąpienia od umowy z okolicznością wielokrotnego dokonywania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. W tym przypadku nie ma znaczenia suma dokonanych płatności a jedynie ich ilość. W judykaturze oraz w doktrynie prawniczej wskazuje się, że trzykrotna zapłata stanowi o wielokrotności: „W ocenie sądu nie ma żadnych wątpliwości, iż na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP pozwany miał prawo odstąpić od umowy z powodowym konsorcjum, bowiem co najmniej trzykrotnie płacił podwykonawcom za wykonane roboty, czego też powodowie nie kwestionowali”. W drugim przypadku ustawodawca kładzie nacisk na wartość bezpośrednich zapłat, a nie liczbę powtórzeń. Przesłanki do odstąpienia wynikające z tego przepisu mają charakter rozłączny. Oznacza to, że uprawnienie do odstąpienia powstaje po stronie Zamawiającego zarówno w przypadku wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) jak i w przypadku osiągnięcia odpowiedniej wartości bezpośredniej zapłaty, wynoszącej 5% wartości umowy. Wbrew twierdzeniom zarządcy zawartym we wniosku wymóg dokonania płatności na kwotę większą niż 5% dotyczy tylko jednego z przedstawionych przypadków umożliwiających odstąpienie (tj. drugiego przypadku). Przedstawiona wykładnia, po pierwsze wynika wprost z przepisu art. 143c ust. 7 ustawy PZP, a po drugie jest powszechnie uznana w doktrynie prawniczej. Jednocześnie ustawodawca stawia dwie przesłanki, z których spełnienie jednej daje zamawiającemu uprawnienie do skorzystania z odstąpienia od umowy:

- 1) konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty lub
- 2) konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający zaznaczył, że przepis art. 143c ust. 7 ustawy PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący. W konsekwencji jakiegokolwiek zmiany tego postanowienia są niedopuszczalne, co znajduje potwierdzenie m. in. w stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych: „Przepis art. 143c ust. 7 ustawy PZP stanowi odrębną od rozwiązań Kodeksu cywilnego podstawę prawną do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, inaczej niż ma to miejsce na gruncie Kodeksu cywilnego (por. art. 395 K.C.), nie przewiduje się w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu do odstąpienia od umowy na podstawie ww. przepisu ustawy PZP. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy. Co więcej, przepis art. 143c ust. 7 ustawy PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*) i podlega ścisłej wykładni. W związku z tym, strony w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego nie tylko nie muszą, lecz wręcz nie mogą zawrzeć postanowienia określającego termin do skorzystania z ww. uprawnienia do odstąpienia od umowy. Takie postanowienie byłoby bowiem sprzeczne z normą art. 143c ust. 7 ustawy PZP”. W świetle tego prawo do odstąpienia, na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP, obejmuje cały okres trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co więcej, strony nie mogą zawrzeć w umowie postanowienia określającego termin do skorzystania z prawa do odstąpienia od umowy. Całkowicie bezzasadne są więc zarzuty firmy ELBUD o przekroczeniu przez Zamawiającego przewidzianego w umowie terminu na złożenia oświadczenia o odstąpieniu. W przypadku odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP Zamawiający nie jest związany terminem określonym w § 25 ust. 14 umowy. Zamawiający wskazał, że nawet jeżeli uznać, że termin ten jest wiążący dla niego (czemu zaprzecza), to nie przekroczył tego terminu. Pomiędzy złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego (13 lutego 2023 r.) a dokonaniem ostatniej płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu, nie minęło bowiem 120 dni. W świetle tego, w związku z koniecznością wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom, po stronie Zamawiającego powstało uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy PZP. Niezależnie od innych podstaw do odstąpienia od umowy, wskazanych w oświadczeniu Zamawiającego, ta konkluzja jest wystarczająca do uznania, że przedmiotowe oświadczenie jest skuteczne.

Ad. 2. Zamawiający zauważył również, że Konsorcjum ELBUD pozostawało w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy SE Pątnów, która doprowadziła do przekroczenia umownych terminów wykonania umowy SE Pątnów (w tym terminu realizacji poszczególnych etapów), jako okoliczność umożliwiająca Zamawiającemu odstąpienie od umowy SE Pątnów. Drugą okolicznością, która uzasadniała złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu, jest zwłoka firmy ELBUD w realizacji przedmiotu umowy, która doprowadziła do przekroczenia umownych terminów wykonania umowy (w

tym terminu realizacji poszczególnych etapów). W okolicznościach tej sprawy termin podpisania Protokołu Odbioru Końcowego upłynął w dniu 31 maja 2022 r. Do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu nr 2 Konsorcjum ELBUD pozostawało w zwłoce w wykonaniu umowy w wymiarze 258 dni. Stan realizacji umowy na dzień odstąpienia został określony m. in. w protokołach z rady budowy spisanych przed złożeniem przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu. Konsorcjum ELBUD nie zrealizowało prac wskazanych w pkt 5.2 protokołu z rady budowy, ujętych w etapach 17, 22.1, 26, 26.1, 29.3, 35.1, 35.2, 35.3. Zamawiający zaznaczył, że okoliczność przekroczenia terminu wykonania umowy z przyczyn, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, objęta jest domniemaniem wynikającym z art. 471 K.C. Oznacza to, że w tym przypadku to na Konsorcjum ELBUD spoczywa obowiązek wykazania, że Konsorcjum ELBUD nie ponosi odpowiedzialności za przekroczenie terminu wykonania umowy SE Pątnów. Niezależnie od tego Zamawiający, wychodząc poza spoczywający na nim ciężar dowodu, wskazał, że do przekroczenia umownych terminów realizacji doszło przede wszystkim z następujących przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Konsorcjum ELBUD:

1) Ogłoszenie upadłości Energo-system (konsorcjanta ELBUD) – w związku z problemami finansowymi Energo-system, Energo-system nie regulował należności dla podwykonawców, co doprowadziło między innymi do odstąpienia przez podwykonawcę HiUB K.W. od umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy HiUB a Energo-System. Po ogłoszeniu upadłości Energo-System umowę w tym podwykonawcą w dniu 18 listopada 2021 r. zawarł dłużnik. Okoliczności te doprowadziły m. in. do opieszałego wykonywania prac polegających na rozbudowie budynku GIS 400 kV,

2) Późne zawarcie umów podwykonawczych na pozostałe prace w budynku GIS 400 kV, które miały umożliwić wprowadzenie rozdzielnic GIS i szaf obwodów wtórnych: 2 marca 2022 r. (podpisanie umowy na dostawę suwnicy), 21 kwietnia 2022 r. (podpisanie umowy na wykonanie instalacji elektrycznych i prace wykończeniowe w budynku GIS 400 kV i nastawni z firmą BUDMAR DP sp. z o.o.), 8 czerwca 2022 r. (podpisanie umowy na dostawę i montaż instalacji wentylacji i klimatyzacji z firmą Air-Serwis Mariusz Wawrzyniak), 22 lipca 2022 r. (podpisanie umowy na wykonanie posadzki epoksydowej w hali GIS 400 kV z firmą EPOTECH S.C.),

3) W konsekwencji tego późne wykonanie prac, umożliwiających wprowadzenie szaf obwodów wtórnych i rozdzielnic GIS 400 kV do budynku. Suwnicę zamontowano w dniu 6 kwietnia 2022 r., w lipcu / sierpniu 2022 wykonano montaż stolarki drzwiowej, a w październiku 2022 r. zakończono.

Ad. 3. Zamawiający wskazał, że zwłokę w wykonaniu umowy SE Pątnów można przypisać Konsorcjum ELBUD również ze względu na okoliczności dotyczące rozdzielni GIS, które zostały opisane w dalszej części uzasadnienia w ramach opisu okoliczności, które były kolejną (trzecią) przyczyną odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Zwłoka Konsorcjum ELBUD w wykonaniu umowy dała Zamawiającemu podstawę do odstąpienia od umowy w oparciu o art. 635 K.C., który umożliwia odstąpienie od umowy w sytuacji, gdy przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykonaniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał jej ukończyć w czasie umówionym. Z mocy art. 656 K.C. przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do umowy o roboty budowlane. W orzecnictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych wskazuje się, że przepis ten umożliwia odstąpienie od umowy również po upływie terminu do wykonania dzieła. Zgodnie z postanowieniami umowy SE Pątnów Konsorcjum ELBUD zobowiązane było do przeniesienia na rzecz Zamawiającego prawa własności do rezultatów prac Konsorcjum ELBUD objętych danym etapem z chwilą dokonania odbioru etapu (§ 13 ust. 25 umowy). W ramach etapu nr 25 Konsorcjum ELBUD zobowiązane było do realizacji prac związanych z dostawą rozdzielni GIS. Zamawiający dokonał odbioru tego etapu w dniu 23 grudnia 2021 r. Tak więc zgodnie z umową z tym dniem Zamawiający powinien nabyć od Konsorcjum ELBUD prawo własności do urządzenia GIS objętego przedmiotowym etapem. Za wykonanie etapu nr 25 Konsorcjum ELBUD otrzymał wynagrodzenie w wysokości 14 158 530 zł 00 gr. Po dokonaniu przez Zamawiającego odbioru etapu nr 25 rozdzielnia GIS została przewieziona na magazyn wynajmowany przez Energo-system (konsorcjanta ELBUD) i do dziś nie została przekazana Zamawiającemu. Po dokonaniu odbioru etapu nr 25 Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości odnośnie tego czy Konsorcjum ELBUD było uprawnione do przeniesienia na Zamawiającego prawa własności do GIS w dniu dokonania odbioru etapu nr 25 umowy i w konsekwencji czy Konsorcjum ELBUD zrealizowało zobowiązanie do przeniesienia własności do GIS na Zamawiającego. Źródłem tych wątpliwości była umowa o podwykonawstwo na dostawę rozdzielnic GIS 400 kV zawarta w dniu 16 września 2020 r. pomiędzy Energo-system a Siemens Energy Sp. z o.o. W tej umowie podwykonawczej zastrzeżono przez Siemens Energy Sp. z o.o. prawo własności rozdzielnic GIS 400 kV (etap III) do momentu uzyskania przez Siemens Energy Sp. z o.o. pełnej zapłaty. Ze względu na to Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2022 r. (znak: 46-CJI-PO-WP4.713.18.2022.1) wezwał Konsorcjum ELBUD do należytego wykonania umowy. W piśmie tym Zamawiający zażądał od wykonawcy przedłożenia dokumentów stwierdzających nabycie przez Zamawiającego prawa własności rozdzielnic GIS 400 kV oraz wszelkich licencji dostarczonych przez wykonawcę w ramach etapu nr 25 – „Dostawa rozdzielnic GIS na plac budowy – w pozostałym zakresie (Etap III)” w terminie do dnia 12 maja 2022 r. Termin ten upłynął bezskutecznie. Pomimo licznych spotkań z udziałem Konsorcjum

ELBUD w tej sprawie, Konsorcjum ELBUD nie zapewniło nabycia przez Zamawiającego prawa własności do GIS. Pomimo upływu umownych terminów na wykonanie montażu GIS w budynku hali GIS (etap nr 26 oraz 26.1) znajdującego się w Pątnowie i wezwał Konsorcjum ELBUD do dokonania takiego montażu (pismo Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2022 r., znak: 118-CJI-PO-WP4.713.41.2022.1) Konsorcjum ELBUD nie podjęło działań związanych z montażem GIS. Nie ulega żadnej wątpliwości, że Konsorcjum ELBUD otrzymało wynagrodzenie za dostawę GIS i mimo to nie zrealizowało zobowiązania do przeniesienia własności tego urządzenia na Zamawiającego. Stąd też Zamawiający miał prawo do zażądania od Konsorcjum ELBUD podjęcia działań które umożliwiłyby nabycie przez niego własności tego urządzenia. Opisane okoliczności dały Zamawiającemu podstawę do odstąpienia od umowy w oparciu o:

1) § 25 ust. 2 lit. a umowy SE Pątnów – postanowienie to umożliwia Zamawiającemu odstąpienie od umowy SE Pątnów w przypadku zwłoki wykonawcy, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do usunięcia zwłoki i jej skutków i bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego wykonawcy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wykonawca pozostawał w zwłoce w przeniesieniu prawa własności do GIS na rzecz Zamawiającego, oraz

2) art. 636 § 1 w zw. z art. 656 K.C. – zaniechanie przeniesienia prawa własności do GIS na Zamawiającego stanowi przejaw wadliwego wykonywania umowy.

Stanowisko Zamawiającego znajduje ponadto potwierdzenie w treści postanowienia z dnia 24 stycznia 2025 r., w którym Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach (sprawa o sygn. akt KA1K/GRez/9/2024) oddalił w całości wniosek zarządcy na skutek zażalenia wierzyciela PSE S.A. na postanowienie sędziego-komisarza z dnia 24 czerwca 2024 r. w sprawie o sygn. akt KA1K/GRs/4/2023 w przedmiocie wniosku zarządcy z dnia 6 listopada 2023 r. o wyrażenie zgody na odstąpienie w całości przez dłużnika od umowy nr 416/Di/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400 kV Kromolice – Pątnów”, oraz wyrażenie zgody na odstąpienie od kontraktu w zakresie, w którym zobowiązania nie zostały wykonane przez dłużnika po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego. Przedmiotowym postanowieniem Sąd zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddalił w całości wniosek zarządcy z dnia 6 listopada 2023 r.

W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd wskazał m. in.: „W ocenie Sądu restrukturyzacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz poczynione przez sędziego-komisarza ustalenia faktyczne dawały pełne podstawy do przyjęcia, że dłużnik pozostawał w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy, co doprowadziło do przekroczenia umownych terminów wykonania umowy.” (...) „Pozostawanie przez dłużnika w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy dawało natomiast skarżącemu podstawę do odstąpienia od umowy w oparciu o regulację z art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c., który to przepis umożliwia odstąpienie od umowy o roboty budowlane w sytuacji, gdy przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykonaniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym. Nie budzi przy tym wątpliwości orzeczniczych, że podstawy do odstąpienia od umowy istnieją w dalszym ciągu także pomimo upływu umówionego terminu na oddanie dzieła (obiektu budowlanego) – por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., III CSK 216/12. Termin podpisania Protokołu Odbioru Końcowego upłynął w dniu 31 maja 2022 r. Do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez skarżącego, tj. do dnia 13 lutego 2023 r., wykonawca pozostawał w zwłoce w wykonaniu umowy w wymiarze 258 dni.” (...) „Podsumowując: wobec zmaterializowania się ustawowych podstaw do odstąpienia od umowy, złożone przez skarżącego oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy nr 416/Di/2016 z dnia 20 lipca 2016 r. pozostawało skuteczne, prowadząc do zamierzonych przez niego skutków prawnych”.

Przedmiotowe postanowienie zostało opublikowane w Krajowym Rejestrze Zadłużonych w dniu 14 lutego 2025 r. i korzysta z przyimotu powagi rzeczy osądzonej. Zarządzenie o doręczeniu postanowienia zostało opublikowane w dniu 21 lutego 2025 r. Z informacji dostępnych Zamawiającemu termin na odebranie postanowienia dla firmy ELBUD i dla zarządcy rozpoczął bieg w dniu 21 lutego 2025 r. Zamawiający odebrał postanowienie w dniu 27 lutego 2025 r. W związku z tym zarządzenie zostało odebrane lub upłynął termin jego odbioru przed upływem terminu składania ofert.

W podsumowaniu Zamawiający podał, że wobec podmiotu trzeciego – firmy ELBUD zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, z uwagi na wystąpienie w toku realizacji inwestycji pn. „Rozbudowa stacji 400/110kV Pasikurowice w związku z wprowadzeniem linii 400kV i wymianą transformatora 400/110kV” oraz „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400 kV Kromolice – Pątnów” z przyczyn leżących po stronie tego podmiotu, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał oraz długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegające na:

1) konieczności wielokrotnego dokonywania przez Zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy,

2) zwłoce Konsorcjum ELBUD w realizacji przedmiotu umowy, która doprowadziła do przekroczenia umownych terminów wykonania umowy (w tym terminu realizacji poszczególnych etapów),

3) zaniechaniu przeniesienia przez Konsorcjum ELBUD na rzecz Zamawiającego prawa własności do GIS – bezskuteczny upływ terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w wezwaniu wykonawcy do należytego wykonaniu umowy z dnia 5 maja 2022 r. (znak: 46-CJI-PO-WP4.713.18.2022.1).

Odstąpienie od umowy nastąpiło zatem z winy firmy ELBUD i uprawniało Zamawiającego do naliczenia kary umownej, a więc zachodzą wobec firmy ELBUD podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP. Jednocześnie podmiot trzeci – firma ELBUD nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy PZP, do czego był zobowiązany (tj. nie przedstawił procedury tzw. selfcleaningu).

W uzasadnieniu prawnym Zamawiający przywołał treść art. 119 ustawy PZP, a także treść art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP i wskazał, że przedłożony przez firmę ELBUD dokument JEDZ jest niekompletny, tj nie zawiera samooczystczenia wymaganego do odstąpienia od wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia podstaw wykluczenia opisanych w art. 109 ust 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP.

W związku z tym w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. a i b części I SWZ Zamawiający wezwał wykonawcę ENPROM do przedstawienia nowego zobowiązanie / zobowiązań do udostępnienia zasobów, o którym mowa w rozdziale VII pkt 9 SWZ dla innego podmiotu / podmiotów, który / które udostępni / udostępnią wykonawcy swoje zasoby w wymaganym zakresie wraz z oświadczeniem/-ami JEDZ podmiotu / podmiotów który / które udostępni / udostępnią wykonawcy swoje zasoby. Zamawiający dodał, że wykonawca może wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, poprzez poprawienie złożonego dokumentu JEDZ w zakresie rozdziału C: *Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów.*

Do wezwania Zamawiający dołączył następujące dowody:

- 1) oświadczenie z dnia 15 czerwca 2023 r. o odstąpieniu od umowy dotyczącej zadania inwestycyjnego pn. „*Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikurowice w związku z wyprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/100 kV,*
- 2) notatkę wewnętrzną ze spotkania z zarządcą firmy ELBUD z dnia 28 marca 2023 r.,
- 3) notatkę wewnętrzną ze spotkania w dniu 2 czerwca 2023 r.,
- 4) oświadczenie z dnia 13 lutego 2023 r. o odstąpieniu od umowy dotyczącej zadania inwestycyjnego pn. „*Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400kV Kromolice – Pątnów,*
- 5) pismo z dnia 15 kwietnia 2022 r.,
- 6) wezwanie z dnia 5 maja 2022 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 3 lipca 2025 r. rozpoznała merytorycznie wniesione odwołanie i uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Wykonawca ENPROM w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

– art. 16 ustawy PZP określający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny,

– art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,

– art. 110 ust. 2 ustawy PZP, który stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne,
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym,
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

- a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
- art. 110 ust. 3 ustawy PZP, według którego Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę,
- art. 122 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołanie w całości jako niezasadne podlega oddaleniu.

Wykonawca ENPROM zaskarżył w odwołaniu czynność Zamawiającego z dnia 23 maja 2025 r. dotycząca wezwania go do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo ewentualnie wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Analiza treści uzasadnienia czynności Zamawiającego wraz z dołączonymi do niej dokumentami, przy jednoczesnym skonfrontowaniu jej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu, doprowadziła Izbę do uznania, że była to czynność prawidłowa, zaś Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy PZP.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP Izba stwierdza, że choć czynność Zamawiającego z dnia 23 maja 2025 r. została oparta również na uznaniu, że wobec podmiotu trzeciego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, to jednakże naruszenie tego przepisu nie zostało zaskarżone odwołaniem. Już tylko ta okoliczność przesądza o konieczności oddalenia odwołania. Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Jest to przepis odrębny od art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, choć w pewnym zakresie normy prawne ujęte w obu tych punktach krzyżują się. Nie zwalniało to jednak Odwołującego z wyraźnego postawienia zarzutu w odwołaniu oraz wskazania okoliczności faktycznych na jego uzasadnienie.

Z akt sprawy odwoławczej wynika, że Zamawiający nie tylko załączył do swojej czynności (wezwania) dokumenty potwierdzające istnienie podstaw wykluczenia firmy ELBUD z postępowania, ale stosowne dowody zostały dołączone przez niego także do odpowiedzi na odwołanie, tj. umowy dotyczące innych zadań, korespondencja z wykonawcą ELBUD oraz jego podwykonawcami, faktury VAT dotyczące zadań w Pasikurówicach i Pątnowie, podważające rzetelność wykonawcy ELBUD i świadczące o jego zwłoce zarówno w realizacji przedmiotu zawartych umów, jak i płatnościach na rzecz jego podwykonawców.

Natomiast Odwołujący nie przedstawił praktycznie żadnych dowodów poza kopiami orzeczeń z postępowania restrukturyzacyjnego, stanowiskiem wykonawcy ELBUD odnośnie odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w dniu 15 czerwca 2023 r. oraz kopią pozwu o zapłatę skierowanego do Sądu Okręgowego w Warszawie. Izba stwierdza, że niewątpliwie pomiędzy wykonawcą ELBUD a Polskimi Sieciami Elektroenergetycznymi Spółką Akcyjną trwa spór prawny

co do wykonania łączących te podmioty umów i wzajemnych rozliczeń w zakresie inwestycji w Pasikurowicach i Pątnowie, niemniej sam fakt prowadzenia takiego sporu nie zwalniał wykonawcy ENPROM z konieczności udowodnienia twierdzeń, na które powoływał się we wniesionym odwołaniu w tej części, w której opisywał trzy kontrakty, w których instytucje zamawiające odstąpiły od umowy z jego podwykonawcą i nałożyły na niego kary umowne.

W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w dniu 23 maja 2025 r. było zatem wystarczająco treściwe i poparte dowodami dla uznania, że Zamawiający należycie wykazał spełnienie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu.

W związku z tym skoro podwykonawca ELBUD w dokumencie JEDZ i dołączonych do niego utajnionych wyjaśnieniach ujawnił 3 kontrakty, w których instytucje zamawiające odstąpiły od zawartej z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego i obciążyły go karami umownymi, zobowiązany był wykazać Zamawiającemu, że przeprowadził procedurę tzw. self-cleaningu. Ze względu na to, że nie uczynił tego, uzasadnione było wystosowanie do wykonawcy ENPROM wezwania do zastąpienia firmy ELBUD innym wykonawcą celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. a i b SWZ lub ewentualnie wykazania przez wykonawcę ENPROM samodzielnego spełnienia postawionych warunków udziału.

Oddaleniu podlegał również zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu Zamawiający nie ograniczył się tylko do przytoczenia w uzasadnieniu swojej czynności okoliczności odnoszących się realizacji kontraktów przez podwykonawcę Odwołującego, ale wykazał spełnienie ustawowych przesłanek wykluczenia wykonawcy ELBUD z postępowania opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP, a przy tym dołączył dokumenty potwierdzające spełnienie tych przesłanek.

W konsekwencji niezasadny był też zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 110 ust. 2 ustawy PZP, albowiem wykonawca ELBUD oświadczając w dokumencie JEDZ, że w przeszłości znajdował się w sytuacji, w której jego wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, jednocześnie powinien był udowodnić Zamawiającemu, że przeprowadził skutecznie procedurę samooczyszczenia, aby to Zamawiający zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy PZP mógł samodzielnie ocenić, czy podjęte przez tego wykonawcę środki są wystarczające dla wykazania jego rzetelności.

Niezasadny okazał się także zarzut nr 4 odwołania dotyczący naruszenia art. 16 ustawy PZP, który był ściśle skorelowany z trzema wcześniejszymi zarzutami. Z racji tego, że Izba nie stwierdziła wadliwości czynności Zamawiającego z dnia 23 maja 2025 r. w zakresie uznania, że podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP, nie było podstaw do uznania, że Zamawiający prowadzi postępowanie z pogwałceniem zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy PZP, tj. nieprzejrzystości, naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zastosowane przez niego względem Odwołującego środki były nieproporcjonalne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Odwołujący został obciążony kosztami postępowania odwoławczego oraz powinien zwrócić Zamawiającemu poniesiony wydatek na wynagrodzenie pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....