

WYROK

Warszawa, dnia 15 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Joanna Gawdzik-Zawalska

Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2025 r. przez Odwołującego - wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych "Promat" Sp. z o.o. z siedzibą w Dobrzewinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Pajęczno przy udziale wykonawcy po stronie Zamawiającego - Concept Energy Limited A Sp. K. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi i nakazuje Zamawiającemu skrócenie okresu obowiązywania umowy do dnia 1 kwietnia 2026r. z uwagi na ważny interes publiczny.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (jedenaście tysięcy sto złotych).

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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Pajęczno prowadzi na podstawie ustawy z dnia 21 października 2016r. – o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi (Dz.U. z 2022r., poz. 1726 t.j.; dalej: „ustawa o umowie koncesji”) postępowanie o zawarcie umowy koncesji na usługi: „Świadczenie usług przesyłu energii cieplnej, zarządzanie ciepłownią miejską oraz siecią ciepłowniczą na terenie miasta Pajęczna”.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2025/BZP 00319443/01 z dnia 10 lipca 2025r.

W dniu 4 sierpnia 2025r. Odwołujący – wykonawca Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych "Promat" Sp. z o.o. z siedzibą w Dobrzewinie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 39 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 3 w zw. z art. 49 ust. 1 pkt 3, art. 12 ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy o umowie koncesji oraz art. 16 pkt 1 Pzp i art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”) - poprzez sformułowanie opisu przedmiotu umowy koncesji (zamówienia) w treści Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji, w sposób wyłączający możliwość jego realizacji przez wszystkich wykonawców z wyjątkiem dotychczasowego, a w efekcie przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co skutkowało uniemożliwieniem wzięcia udziału w postępowaniu i skutecznego złożenia oferty przez innych wykonawców (w tym Odwołującego), błędnym zaniechaniem unieważnienia postępowania z ww. przyczyny i niesłusznym wyborem oferty Wykonawcy, a to pomimo złożenia przez Odwołującego stosownego wniosku oraz skierowaniu wobec Zamawiającego zarzutów w powyższym zakresie, a także poprzez sformułowanie opisu przedmiotu umowy w sposób niepełny i nieokreślający wszystkich obowiązków wykonawcy, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia ww. czynności wyboru oferty Wykonawcy przez Zamawiającego oraz nakazanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w całości,

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy wszystkich kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych z uwzględnieniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł,

3) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

a) Opis Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji wraz z projektem umowy,

b) Pytania Odwołującego z dnia 16 lipca 2025 r. wraz z wydrukiem z poczty elektronicznej Odwołującego,

c) Odpowiedzi Zamawiającego na Pytania z dnia 24 lipca 2025 r.,

– na okoliczność opisu przedmiotu koncesji, wymagań Zamawiającego i zakresu obowiązków wykonawców oraz treści wyjaśnień Zamawiającego i ich wpływu na zakres przedmiotu umowy koncesji, oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu jej wykonania, wskazujący na obiektywną niemożność realizacji przedmiotu umowy przez wykonawców innych niż dotychczasowy, ze skutkiem w postaci niemożności skutecznego złożenia oferty przez Odwołującego oraz udziału przez niego w przedmiotowym postępowaniu,

d) umowa dzierżawy kotłowni (przy ul. Przemysłowej i przy ul. Sienkiewicza) i sieci ciepłowniczej, obowiązująca w okresie od 31 lipca 2015 r. do 31 lipca 2025 r., zawarta z dotychczasowym wykonawcą usługi w zakresie obsługi przedmiotowych kotłowni, na fakt tożsamości podmiotowej Wykonawcy wybranego w wyniku przeprowadzonego postępowania oraz dotychczasowego usługodawcy w zakresie objętym przedmiotem postępowania, przy czym w tym miejscu wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia przedmiotowego dokumentu, z uwagi na fakt, że Odwołujący nie ma do niego dostępu, zaś wniosek Odwołującego o jego udostępnienie w trybie dostępu do informacji publicznej nie został przez Zamawiającego do chwili obecnej rozpoznany,

e) pismo Odwołującego z dnia 28 lipca 2025 r., na fakt zasygnalizowania Zamawiającemu przez Odwołującego faktu sformułowania zamówienia w sposób niezgodny z ustawą i konieczności unieważnienia postępowania,

f) informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 28 lipca 2025 r., na fakt stwierdzenia przez Zamawiającego wpływu tylko jednej oferty do Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania,

g) informacja o wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty z dnia 30 lipca 2025 r., na fakt wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej,

h) wykaz usług wraz z referencjami, na fakt dysponowania przez Odwołującego doświadczeniem uprawniającym go do udziału w postępowaniu oraz realizację przedmiotu umowy.

Odwołujący oświadczył, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy o umowie koncesji, bowiem jest podmiotem prowadzącym działalność w branży objętej przedmiotem zamówienia i brał udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, będąc zainteresowanym złożeniem oferty i zawarciem umowy - skierował do Zamawiającego pytania dot. opisu przedmiotu zamówienia, zaś w wyniku uzyskanych wyjaśnień co do konieczności nieprzerwanej dostawy energii cieplnej do odbiorców pomimo konieczności instalacji całości wyposażenia kotłowni, nie miał możliwości skutecznego złożenia oferty z uwagi na niemożność realizacji umowy koncesji w sposób wymagany przez Zamawiającego. W efekcie wybór innego wykonawcy oznacza nieuzyskanie zamówienia przez Odwołującego, pomimo zdolności technologicznych do jego realizacji, co wywołuje poniesienie szkody przez Odwołującego, w postaci nieosiągnięcia dochodu z tytułu realizacji umowy koncesji. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że spełniał kryteria kwalifikacji w postępowaniu, nie podlegał wykluczeniu z postępowania oraz posiadał niezbędne doświadczenie do realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z przedłożonym wykazem usług wraz z referencjami. Sposób sformułowania przedmiotu umowy koncesji oraz wymogi Zamawiającego zostały określone w sposób niezgodny z fundamentalnymi zasadami zamówień publicznych w zakresie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, powodując wyeliminowanie wszystkich potencjalnych wykonawców z przedmiotowego postępowania, co winno skutkować unieważnieniem postępowania, czego Zamawiający zaniechał, dokonując wyboru jedyne go oferenta - Wykonawcy.

Odwołujący opisując stan faktyczny wskazał, że Zamawiający w pkt 4.1 Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji (OPZUK) wskazał, że przedmiotem koncesji jest świadczenie usług przesyłu energii cieplnej za pomocą istniejącej sieci ciepłowniczej. Właścicielem kotłowni oraz sieci ciepłowniczej jest Gmina Pajęczno. Sieć ciepłownicza stanowi jedyne źródło zaopatrzenia Miasta Pajęczno w energię cieplną, niezbędną do ogrzewania mieszkańców i jednostek publicznych oraz zaopatrzenia w ciepłą wodę użytkową. Zgodnie z treścią pkt 4.4-4.6 miejska kotłownia składa się z dwóch kotłowni przy ul. Przemysłowej o mocy zainstalowanej 2,9 MW i przy ul. Sienkiewicza o mocy zainstalowanej 1,3 MW o łącznej powierzchni 691,30 m². Kotłownia przy ul. Przemysłowej wyposażona jest w kocioł wodny o mocy 2900 kW i cztery pompy obiegowe: dwie pompy obiegowe CO po 22 kW, dwie pompy obiegowe CWU (obecnie stanowiące rezerwowe źródło ciepłej wody) oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy, zaś kotłownia przy ul. Sienkiewicza wyposażona jest w kocioł wodny o mocy 1,3 MW, trzy pompy obiegowe CO oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Z kolei zapis pkt 5.6 OPZUK wskazuje, że „Koncesjonariusza zobowiązuje się do zapewnienia nieprzerwanej dostawy energii cieplnej odbiorcy na warunkach określonych w umowie na sprzedaż ciepła.” Z kolei w projekcie umowy (§ 3 ust. 4) wskazano, że „Koncesjonariusz zobowiązuje się do rozpoczęcia działalności określonej w ust. 1 w dniu przekazania kotłowni z zachowaniem ciągłości produkcji.” Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że ani w opisie postępowania ani w umowie nie ma informacji, że kotły i ich osprzęt oraz stacje uzdatniania wody nie są własnością Zamawiającego, lecz stanowią własność podmiotu obecnie dzierżawiącego kotłownię i sieci ciepłownicze. Jest to

poważna wada merytoryczna ponieważ uniemożliwia to realizację istoty umowy, czyli wytwarzania i dostarczania ciepła odbiorcom (szczególnie w sposób nieprzerwany/ciągły, jak wymaga Zamawiający).

Dowód: Opis Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji wraz z projektem umowy.

W związku z powstałymi wątpliwościami co do zakresu obowiązków potencjalnego wykonawcy oraz udostępnianego przez Zamawiającego wyposażenia i infrastruktury, niezbędnej do prawidłowego z wymogami Zamawiającego wykonywania umowy, w dniu 16 lipca 2025 r. Odwołujący skierował pytania do Zamawiającego.

W wyniku odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 7 Wykonawcy/Oferenta: „Czy Zamawiający przekaze Koncesjonariuszowi kotłownię z ich obecnym wyposażeniem, czy może będą dokonane zmiany w wyposażeniu kotłowni?”

Zamawiający wskazał, że „Kotłownie zostaną przekazane Koncesjonariuszowi bez wyposażenia stanowiącego kotły wraz z osprzętem i układami wyposażenia kotła, stacją uzdatniania wody, wyposażenia należącego do poprzedniego administratora znajdujące się w kotłowniach a będącego jego własnością”, zaś „Koncesjonariusz będzie zobowiązany do zapewnienia źródeł ciepła wraz z osprzętem, umożliwiającego wytwarzanie i przesyłanie czynnika grzewczego na zasadach zgodnych z obowiązującymi przepisami i zapewniającego pokrycie zapotrzebowania odbiorców Miasta Pajęczno. Parametry kotłowni podane w OPZ zostały podane według obecnie użytkowanych, ale nie będących przedmiotem postępowania i będących własnością zamawiającego.”

Według Odwołującego, powyższe stoi w całkowitej sprzeczności z treścią projektu umowy, który wskazuje w § 3 ust. 2, że „Kotłownie w Pajęcznie, zostaną przekazane Koncesjonariuszowi w stanie umożliwiającym eksploatację instalacji określonych w ust. 1. Przekazanie nastąpi na podstawie protokołu przekazania.”

Dowód:

- Opis Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji wraz z projektem umowy;

- Pytania Odwołującego z dnia 16 lipca 2025 r. wraz z wydrukiem z poczty elektronicznej Odwołującego; Odpowiedzi Zamawiającego na Pytania z dnia 24 lipca 2025 r.

Z powyższego wynika, że wykonawca byłby zobowiązany w pierwszej kolejności dostarczyć i zainstalować całe wyposażenie kotłowni, gdyż znajdujący się w niej osprzęt miał zostać całkowicie zdemontowany, co nie daje się pogodzić w sposób oczywisty z obowiązkiem nieprzerwanej dostawy energii cieplnej i ciągłości pracy. Jednocześnie wskazania zawarte w udzielonych w dniu 24 lipca 2025 r. przez Zamawiającego wyjaśnieniach i odpowiedziach na zadane przez Odwołującego pytania, stanowią bardzo istotną zmianę opisu przedmiotu postępowania w stosunku do zawartej w treści OPZUK. Przyjęte przez Zamawiającego założenia praktycznie uniemożliwiają koncesjonariuszowi wyłonionemu w postępowaniu realizację zadania dostawy ciepła po przejęciu kotłowni. Budynki bez kotłów i stacji uzdatniania wody nie wytworzą ciepła, a system cieplny w Pajęcznie pracuje przez cały rok (latem na potrzeby ciepłej wody użytkowej). Urządzenia tego typu nie są dostępne „od ręki” - na ich dostawę, montaż i uruchomienie konieczny jest okres co najmniej kilku tygodni. Ponadto w obecnie istniejących kotłowniach instalacja nowych kotłów i urządzeń pomocniczych może być bardzo problematyczna, o ile w ogóle możliwa, a to z uwagi ograniczenia konstrukcyjne budynków. Aspekty te nie zostały w ogóle uwzględnione przez Zamawiającego, a mają niebagatelny wpływ na możliwość realizacji umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższe problemy i przeszkody dotyczą każdego potencjalnego wykonawcy, za wyjątkiem obecnego dzierżawcy, który po wygraniu przetargu jako jedyny będzie mógł dostarczać energię ciepłą w sposób ciągły i nieprzerwany, jako że nie będzie zmuszony instalować nowego wyposażenia kotłowni, po prostu pozostawiając swoje na obiektach i dalej z niego korzystając. Pozostali wykonawcy byliby zaś zmuszeni w pierwszej kolejności dokonać dostawy, montażu i instalacji wyposażenia, który w ogóle umożliwi im podjęcie się realizacji przedmiotu umowy koncesji. Co jednak oczywiste, nie jest to możliwe bez czasowej przerwy w dostawie energii cieplnej, co z kolei wyklucza Zamawiającego.

Powyższe uchybienia w sposobie formułowania przedmiotu umowy zostały Zamawiającemu zasygnalizowane w piśmie Odwołującego z dnia 28 lipca 2025 r., które zawierało wniosek o unieważnienie postępowania. Zamawiający jednak przedmiotowego wniosku nie uwzględnił, przeprowadził sesję otwarcia ofert, a następnie w dniu 30 lipca 2025r. dokonał wyboru wykonawcy - CONCEPT Energy Limited A Spółka Komandytowa z siedzibą w Krakowie. Jest to jednocześnie dotychczasowy usługodawca w zakresie obsługi sieci ciepłowniczej i dostawca ciepła na rzecz Zamawiającego, a jednocześnie rzeczony właściciel wyposażenia i infrastruktury w kotłowniach gminnych.

Dowód:

- pismo Odwołującego z dnia 28 lipca 2025 r. wraz z wydrukiem z poczty elektronicznej Odwołującego;

- informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 28 lipca 2025 r.; informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 lipca 2025 r.;

- umowa z dotychczasowym wykonawcą usługi w zakresie obsługi przedmiotowych kotłowni.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, Odwołujący wskazał, że dopiero wyjaśnienia udzielone na pytania Odwołującego pozwoliły ustalić, że zakres przedmiotu zamówienia jest szerszy niżli tylko obsługa i eksploatacja sieci ciepłowniczej. Wynika z nich bowiem, że konieczna jest w pierwszej kolejności dostawa i instalacja wyposażenia kotłowni, niezbędnego do tej obsługi i eksploatacji sieci ciepłowniczej. Jako, że Zamawiający pominął ten zakres niezbędnych czynności, de facto obciążających wykonawcę, to uznać należy, że Zamawiający sformułował opis przedmiotu umowy w sposób nierzetelny i nieprawidłowy, oczekując zarazem więcej niż wskazał w dokumentacji zamówienia. Ze względu na opisanie zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniający uczciwą konkurencję, Zamawiający spowodował po stronie potencjalnych oferentów brak możliwości ustalenia jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty.

W tym miejscu należy wskazać, że prawidłowe postępowanie powinno dotyczyć koncesji na usługę wytwarzania ciepła i przesyłu energii cieplnej za pomocą istniejącej sieci ciepłowniczej, dostawę wyposażenia kotłowni oraz na roboty budowlane polegające na modernizacji źródeł ciepła i sieci ciepłowniczej. Tylko dostawa wyposażenia kotłowni oraz modernizacja źródeł ciepła i sieci ciepłowniczej umożliwi realizację celu zapisanego w umowie.

Dodatkowo, zgodnie z pkt. 4.3 OPZUK Koncesjonariusz będzie zobowiązany do rozwijania sieci ciepłowniczej w zakresie przyłączania nowych użytkowników. W procesie świadczenia usług przesyłu wykorzystywana będzie istniejąca sieć ciepłownicza Gminy Pajęczno. Stan techniczny sieci ciepłowniczej oraz istniejące przekroje rurociągów mogą uniemożliwić realizację tego wymogu, gdyż większość sieci wykonana jest w archaicznej technologii kanałowej i nie dostosowana do przesyłu większych mocy, czego Zamawiający nie uwzględnił.

Ponadto Odwołujący wskazał, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Z kolei zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1797/23 oraz KIO 1801/23, zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie tylko jej rzeczywiste utrudnienie.

Tymczasem sposób sformułowania opisu przedmiotu umowy koncesji, a także określenie zakresu przedmiotu umowy, pomijającego kwestię konieczności zapewnienia wyposażenia kotłowni, przy jednoczesnym wymogu nieprzerwanej dostawy ciepła przez wykonawcę, w praktyce umożliwiła udział w postępowaniu wyłącznie jednemu podmiotowi – dotychczasowemu dzierżawcy kotłowni, który to wyposażenie już posiadał w miejscu realizacji czynności związanych ze świadczeń przedmiotowej usługi na rzecz Zamawiającego. Analiza norm prawnych wyrażonych w przytoczanych przepisach wskazuje, iż aby doszło do złamania przedmiotowego zakazu sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji rynkowej, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego).

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu konieczność nieprzerwanej dostawy ciepła, połączona z faktyczną koniecznością uprzedniej dostawy i instalacji wyposażenia kotłowni, przy pomocy której ta dostawa miała być realizowana, w praktyce stawiała niepisany wymóg, aby przyszły wykonawca posiadał już to wyposażenie w przedmiotowych kotłowniach, co w sposób oczywisty było niemożliwe do realizacji. Jedynym zaś podmiotem, który ten „wymóg” był w stanie spełnić, był dotychczasowy dzierżawca kotłowni i sieci ciepłowniczej, wobec czego opis przedmiotu umowy koncesji został sformułowany z rażącym naruszeniem zasady konkurencyjności, co winno skutkować unieważnieniem postępowania.

Jak wynika z powyższego, w związku z rażącym naruszeniem zasady konkurencyjności oraz zlekceważeniem zasady równego traktowania wykonawców, postępowanie w niniejszej sprawie winno zostać unieważnione, czego Zamawiający, pomimo swoich oczywistych uchybień, zaniechał, dokonując wyboru jedynej złożonej w postępowaniu oferty. Bez wątpienia zaś w obecnym stanie i treści umowy koncesji, w świetle stawianych przez Zamawiającego wymagań, przedmiot zamówienia nie jest możliwy do realizacji przez jakikolwiek inny podmiot, z wyłączeniem Wykonawcy.

Oczywiste naruszenie zasady konkurencyjności przez Zamawiającego i zlekceważenie obowiązku równego traktowania wykonawców, wykluczyło wszystkich potencjalnych oferentów z przedmiotowego postępowania.

Przepis art. 39 ust. 2 pkt 1 ustawy wskazuje, że zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli postępowanie zachodzą obiektywnie uzasadnione ku temu przesłanki. Niewątpliwie zaś w opisanych wyżej okolicznościach rażącego naruszenia fundamentalnych zasad przeprowadzania postępowania o zawarcie umowy koncesji, istnieje obiektywna i oczywista potrzeba jego unieważnienia.

Zgodnie z treścią art. 39 ust. 2 pkt 3 ustawy, zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy

koncesji, jeżeli postępowanie o zawarcie umowy koncesji obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy koncesji. Z kolei przepis art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy wskazuje, że umowa koncesji podlega unieważnieniu jeżeli przedmiot umowy wykracza poza zakres przedmiotu umowy koncesji wskazany w dokumentach koncesji.

Jednocześnie zgodnie z art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Poza przypadkami wzruszalności umowy, o których mowa w ustawie i p.z.p., może zachodzić również przypadek bezwzględnej nieważności umowy na podstawie art. 58 k.c. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1808/24). Niewątpliwie zaś postępowanie Zamawiającego stanowi naruszenie prawa, zaś zawarcie umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu, skutkować będzie stwierdzeniem jej nieważności. Powyższe uzasadnia konieczność unieważnienia niniejszego postępowania w całości. Niezbędna jest bowiem modyfikacja zakresu przedmiotu umowy, uwzględniająca powyższe uwarunkowania i konieczność dodatkowych dostaw i prac. Nie było bowiem możliwe w kontekście aktualnych zapisów OPZUK, wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z umową i wymogami Zamawiającego, co jawi się jako obiektywnie oczywiste.

Zamawiający oraz Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Concept Energy Limited A Sp. K. z siedzibą w Krakowie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o zawarcie umowy koncesji przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść OPZUK oraz treść wzoru umowy.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz wnioski dowodowe złożone wraz z odwołaniem.

Izba ustaliła:

I. Zamawiający w punkcie 4.9.) ogłoszenia o koncesji „Opis potrzeb, oczekiwań i wymagań zamawiającego, które powinny zostać spełnione w ramach danego postępowania o zawarcie umowy koncesji albo w ramach danej części postępowania” wskazał, że „Koncesjonariusz zobowiązany będzie do nadzorowania prawidłowej pracy sieci, prowadzenia ruchu sieciowego, usuwania awarii, wykonywania prac remontowych eksploatacyjnych, planowania kierunków i etapów dalszej rozbudowy sieci, realizowania inwestycji z własnych środków polegających na rozbudowie sieci oraz rozliczania sprzedaży ciepła w oparciu o jednostkowe stawki z taryfy wytwórcy i dostawcy ciepła. Produkcji energii cieplnej niezbędnej do zaspokojenia potrzeb Gminy Pajęczno z zachowaniem parametrów koniecznych do prawidłowego działania sieci ciepłowniczej. Zapewnienie ciągłości dostawy energii cieplnej do odbiorców o parametrach: - w sezonie grzewczym – woda o parametrach 90/70 ° C - poza sezonem grzewczym – woda o parametrach 70/35 ° C Koncesjonariusz sprawować będzie również funkcję dyspozytora sieci i zobowiązany będzie do utrzymywania całodobowego pogotowia technicznego na wypadek awarii. Operator sieci winien prowadzić dokumentację eksploatacyjną instalacji w zakresie cyklicznych zapisów parametrów eksploatacyjnych, określenia bieżącego stanu technicznego urządzeń instalacji, prowadzonych napraw i konserwacji urządzeń, dokonywać przeglądów serwisowych w tym przeglądów fabryczny kotłów, przeglądów urządzeń ciśnieniowych. Koncesjonariusz zobowiązany będzie do utrzymania całości sieci oraz napraw całej infrastruktury będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Koncesjonariusz zapewnia możliwości przyłączenia się do sieci ciepłowniczej nowych odbiorców (użytkowników). Przyłączenie do sieci będzie odbywać się na wniosek potencjalnego odbiorcy, który we wniosku określa zapotrzebowanie na moc zamówioną (zależną od wielkości budynku, stopnia jego docieplenia itp.), przedstawia dokument potwierdzający jego uprawnienia do korzystania z budynku (np. akt własności, akt dzierżawy, najmu) oraz podaje przewidywaną datę rozpoczęcia poboru ciepła. Warunki podłączenia wydane na podstawie wniosku będą niezbędne dla wykonawcy węzła, a w przypadku nowobudowanego domu, podstawą do projektowania i uzyskania pozwolenia na budowę. Przyszły odbiorca zawiera z koncesjonariuszem umowę na przyłączenie do sieci (na etapie przygotowań do podłączenia) i umowę na sprzedaż ciepła. Koncesjonariusza zobowiązuje się do zapewnienia nieprzerwanej dostawy energii cieplnej odbiorcy na warunkach określonych w umowie na sprzedaż ciepła.”.

II. Z punktów 4.4 – 4.6. OPZUK wynika: „4.4. Miejska kotłownia składa się z dwóch kotłowni przy ul. Przemysłowej o mocy zainstalowanej 2,9 MW i przy ul, Sienkiewicza o mocy zainstalowanej 1,3 MW o łącznej powierzchni 691,30 m2.

Sieć ciepłownicza wyposażona jest w 50 węzłów cieplnych do których czynnik doprowadzany jest miejską siecią ciepłowniczą o łącznej długości 4377 mb. Zapotrzebowanie łączne na ciepło roczne szacuje się na poziomie 50 000 GJ/rok. 4.5. Kotłownia przy ul. Przemysłowej wyposażona jest w kocioł wodny o mocy 2900 kW i cztery pompy obiegowe: dwie pompy obiegowe CO po 22 kW, dwie pompy obiegowe CWU (obecnie stanowiące rezerwowe źródło ciepłej wody) oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Kotłownia opalana jest eco miałem węglowym. Wilgotność materiału opałowego max do 12 %.

4.6. Kotłownia przy ul. Sienkiewicza wyposażona jest kocioł wodny o mocy 1,3 MW, trzy pompy obiegowe CO oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Kotłownia opalana jest miałem węglowym. Wilgotność materiału opałowego max do 12 %."

III. w punkcie 5.6. OPZUK Zamawiający wskazał, że „Koncesjonariusza zobowiązuje się do zapewnienia nieprzerwanej dostawy energii cieplnej odbiorcy na warunkach określonych w umowie na sprzedaż ciepła."

IV. Z postanowień wzoru umowy wynika, że:

- „2. Gmina Pajęczno oświadcza, że jest właścicielem budynków kotłowni i sieci ciepłowniczej wybudowanej w latach poprzednich 80 tych, 90- tych poprzedniego wieku zmodernizowanej według potrzeb tak by dostawy ciepła odbywały się w sposób nieprzerwany i w ilości zapewniającej dobre warunki grzania.

Miejska kotłownia składa się z dwóch kotłowni przy ul. Przemysłowej o mocy zainstalowanej 2,9 MW i przy ul, Sienkiewicza o mocy zainstalowanej 1,3 MW o łącznej powierzchni 691,30 m². Sieć ciepłownicza wyposażona jest w 50 węzłów cieplnych do których czynnik doprowadzany jest miejską siecią ciepłowniczą o łącznej długości 4377 mb. Zapotrzebowanie łączne na ciepło roczne szacuje się na poziomie 50 000 GJ/rok,

Kotłownia przy ul. Przemysłowej wyposażona jest w kocioł wodny o mocy 2900 kW i cztery pompy obiegowe: dwie pompy obiegowe CO po 22 kW, dwie pompy obiegowe CWU (obecnie stanowiące rezerwowe źródło ciepłej wody) oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Kotłownia opalana jest eco miałem węglowym. Wilgotność materiału opałowego max do 12 %.

Kotłownia przy ul. Sienkiewicza wyposażona jest kocioł wodny o mocy 1,3 MW, trzy pompy obiegowe CO oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Kotłownia opalana jest miałem węglowym. Wilgotność materiału opałowego max do 12 %." (§ 2 ust. 2 wzoru umowy),

- „Koncesjonariusz zobowiązuje się do eksploatacji instalacji wytwarzania gorącej wody na cele ciepłownicze należącej do Koncesjodawcy (zwanej dalej „Instalacją”), która to wytwarza ciepło w kotłach :

- w kotłowni przy ul. Przemysłowej obecnie wyposażonej w kocioł wodny o mocy 2900 kW i cztery pompy obiegowe: dwie pompy obiegowe CO po 22 kW, dwie pompy obiegowe CWU (obecnie stanowiące rezerwowe źródło ciepłej wody) oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Opalanie eco miałem węglowym. Wilgotność materiału opałowego max do 12 %.

- w kotłowni przy ul. Sienkiewicza obecnie wyposażonej w kocioł wodny o mocy 1,3 MW, trzy pompy obiegowe CO oraz zbiornik kumulacyjno-wyrównawczy. Opalanie miałem węglowym. Wilgotność materiału opałowego max do 12 %.

2. Koncesjonariusz może dokonywać i wprowadzać ulepszenia instalacji wytwarzania związane z obniżeniem kosztów produkcji pod warunkiem zachowania integralności i istoty działania urządzeń i instalacji." (§ 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy).

- „ 3. Strony ustalają, że po przejściu Instalacji, eksploatacja Kotłowni i sieci ciepłowniczej będzie się odbywała w sposób zapewniający bezpieczeństwo obsługi, otoczenia oraz przy zachowaniu wymagań ochrony środowiska." (§ 5 ust. 3 wzoru umowy)

V. W odpowiedzi na pytanie Odwołującego z dnia 16 lipca 2025r. „Czy Zamawiający przekaze Koncesjonariuszowi kotłownię z ich obecnym wyposażeniem, czy może będą dokonane zmiany w wyposażeniu kotłowni?" w dniu 24 lipca 2025r. udzielił następującej odpowiedzi: „Kotłownię zostaną przekazane Koncesjonariuszowi bez wyposażenia stanowiącego kotły wraz z osprzętem i układami wyposażenia kotła, stacją uzdatniania wody, wyposażenia należącego do poprzedniego administratora znajdujące się w kotłowniach a będącego jego własnością.

Koncesjonariusz będzie zobowiązany do zapewnienia źródeł ciepła wraz z osprzętem, umożliwiającego wytwarzanie i przesyłanie czynnika grzewczego na zasadach zgodnych z obowiązującymi przepisami i zapewniającego pokrycie zapotrzebowania odbiorców Miasta Pajęczno. Parametry kotłowni podane w OPZ zostały podane według obecnie użytkowanych, ale nie będących przedmiotem postępowania i będących własnością zamawiającego."

VI. Kolejno Izba ustaliła, że w dniu 3 lipca 2025r. Zamawiający zawarł z Przystępującym umowę koncesji w brzmieniu wynikającym ze wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do OPZUK.

Izba zważyła:

- zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości."

- zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o umowie koncesji „Zamawiający określa w dokumentach koncesji wymogi techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji.”,

- zgodnie z art. 39 ust. 1 ustawy o umowie koncesji „Zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli:

„zachodzą obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym;” (pkt 1),

„postępowanie o zawarcie umowy koncesji obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy koncesji.” (pkt 3),

- zgodnie z art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji „Umowa koncesji podlega unieważnieniu, jeżeli przedmiot umowy wykracza poza zakres przedmiotu umowy koncesji wskazany w dokumentach koncesji”.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do unieważnienia umowy koncesji na podstawie art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji. Z powyższego przepisu wynika, że umowa podlega unieważnieniu w sytuacji, jeżeli przedmiot umowy wykracza poza zakres przedmiotu umowy koncesji wskazany w dokumentach koncesji. Jednocześnie wskazać należy, że powyższa przesłanka powinna być wiązana z dyspozycją art. 42 ww. ustawy który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy koncesji jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W rozumieniu ustawy o umowie koncesji świadczeniem jest więc przedmiot umowy koncesji, w tym w szczególności jego zakres, rodzaj, warunki i termin realizacji opisany przez Zamawiającego.

Uwzględniając natomiast zarówno treść OPZUK jak i postanowienia wzoru umowy Izba stwierdziła, że z dokumentów tych bezsprzecznie wynikało, iż przedmiotem umowy ma być jedynie świadczenie usługi przesyłu energii cieplnej, zarządzanie ciepłownią miejską oraz siecią ciepłowniczą. Co więcej w ocenie Izby z dokumentów tych nie wynikało, jak twierdził w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że „w sposób jasny i przejrzysty opisał przedmiot koncesji w dokumentacji postępowania, w tym w punkcie 4.1 OPZ, wskazując, że właścicielem kotłowni i sieci ciepłowniczej jest Gmina Pajęczno. Nie określono jednak, że Gmina jest właścicielem wyposażenia znajdującego się w kotłowni - co jednoznacznie wskazuje, że urządzenia te nie stanowią przedmiotu koncesji. Informacje te zostały również potwierdzone w § 3 ust. 1 projektu umowy, gdzie określono zakres koncesji - obejmujący budynki i sieć - z pominięciem wyposażenia, które nie było objęte niniejszym postępowaniem.”. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający kilkakrotnie zarówno w OPZUK jak i we wzorze umowy wprost wskazywał na wyposażenie kotłowni, co w ocenie Izby sugerowało, że wyposażenie to może zostać przez wykonawców wykorzystane podczas świadczenia usługi będącej przedmiotem koncesji. Z postanowień tych nie sposób natomiast wywieść, że wyposażenie nie stanowi jego własności, a obowiązkiem wykonawców poza świadczeniem usługi będzie również dostawa i montaż całej instalacji umożliwiającej prawidłową realizację przedmiotu umowy.

OPZUK i postanowienia wzoru umowy stoją więc w sprzeczności z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w dniu 24 lipca 2025 r., w których zamawiający wyjaśnił, że „Kotłownie zostaną przekazane Koncesjonariuszowi bez wyposażenia stanowiącego kotły wraz z osprzętem i układami wyposażenia kotła, stacją uzdatniania wody, wyposażenia należącego do poprzedniego administratora znajdujące się w kotłowniach a będącego jego własnością.” Oraz, że „Koncesjonariusz będzie zobowiązany do zapewnienia źródeł ciepła wraz z osprzętem, umożliwiającego wytwarzanie i przesyłanie czynnika grzewczego”.

Uwzględniając więc powyższą odpowiedź stwierdzić należało, że każdy z koncesjonariuszy wybranych w postępowaniu przed przystąpieniem do świadczenia usługi będzie zobowiązany do wyposażenia kotłowni w instalację umożliwiającą mu jej świadczenie. Bez znaczenia w tym zakresie pozostaje okoliczność, że Przystępujący jako podmiot świadczący już od 10 lat usługę przystosowanie takie wykonał i dlatego może obecnie z niego korzystać. Podkreślić należy, że w ramach zawartej umowy w wyniku przeprowadzenia spornego postępowania zakres świadczenia Przystępującego obok usługi przesyłu faktycznie obejmuje również zapewnienie niezbędnego do świadczenia tej usługi wyposażenia, o czym nie ma wprost mowy w dokumentach zamówienia.

Izba w związku z tym podzieliła argumenty Odwołującego, że udzielona odpowiedź stanowiła bardzo istotną zmianę OPZUK w stosunku do pierwotnie opublikowanej. Co więcej z zawartej obecnie umowy w dniu 31 lipca 2025r. w żaden sposób nie wynika obowiązek wyposażenia kotłowni w instalacje oraz sprzęt umożliwiający wykonawcy świadczenie usługi. Umowa wbrew wyjaśnieniom Zamawiającego dotyczy bowiem tylko i wyłącznie świadczenia usługi przy wykorzystaniu instalacji w niej opisanej. Zostało natomiast przez Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania przed Izbą przyznane, że faktycznie obok usługi przesyłu, Przystępujący zapewnia również niezbędne wyposażenie. Tym samym, w ocenie Izby ziściła się przesłanka unieważnienia umowy koncesji, o której mowa art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji.

Izba w składzie orzekającym za uzasadniony uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji. Zgodnie z tą zasada prawną Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie

umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Należy to zatem do obowiązków zamawiającego, aby zarówno przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i jego przeprowadzenie zapewniło równe traktowanie wszystkich Wykonawców, którzy będą chcieli przystąpić do danego zamówienia publicznego. Równe traktowanie wykonawców jest niezbędnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania, co sprawia, że zasady postępowania o udzielenie zamówień publicznych są ze sobą ściśle powiązane, przenikają się wzajemnie i w połączeniu doprowadzają do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówień publicznych.

W ocenie Izby w niniejszym zdanie faktycznym Zamawiający dokonał sporządzenia opisu przedmiotu umowy koncesji w sposób sprzeczny z powyższą zasadą. Zamawiający bowiem dopiero w dniu 24 lipca 2025r. w odpowiedzi na pytanie zadane przez Odwołującego doprecyzował, a *de facto* zmienił opis przedmiotu zamówienia wskazując, że wyposażenie kotłowni nie jest jego własnością a obowiązkiem wykonawcy przed przystąpieniem do wykonywania przedmiotu umowy będzie wyposażenie jej w odpowiednią instalację i sieć ciepłowniczą. Powyższe stanowisko Zamawiającego spowodowało, że tylko i wyłącznie wykonawca do tej pory świadczący usługę będącą przedmiotem umowy koncesji był w stanie rozpocząć niezwłocznie świadczenie usługi, co było jednym z wymagań Zamawiającego. Natomiast każdy inny wykonawca nie mógł złożyć oferty, co sygnalizował Zamawiającemu Odwołujący, gdyż bez odpowiedniego przygotowania i czasu niemożliwe było wykonanie umowy w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. W ocenie Izby powyższa modyfikacja OPZUK spowodowała, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, faworyzując wykonawcę, który obecnie usługę tą świadczy. Izba stwierdziła, że odpowiedź Zamawiającego miała więc znaczący wpływ na ustalenie liczby potencjalnych wykonawców mogących przystąpić do świadczenia usługi wynikającej z umowy koncesji. Tym samym Izba zgodziła się z zarzutami Odwołującego, że Zamawiający sformułował opis przedmiotu umowy w sposób nieprawidłowy oczekując od wykonawców faktycznie więcej niż wskazał w dokumentacji zamówienia. Powyższe potwierdziło także, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego był niejednoznaczny i niewyczerpujący, a zamawiający pomimo obowiązków wynikających z art. 26 ustawy o umowie koncesji nie określił w sposób precyzyjny zakresu przedmiotu oferty a także jej wyceny, co w ocenie Izby wpływało na porównywalność ofert konsekwencji. Nie zmienia tej oceny również fakt przeprowadzenia wizji lokalnej z udziałem wykonawców. W ocenie Izby umożliwienie wykonawcom udziału w wizji lokalnej nie zwalnia zamawiającego z obowiązku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany wyżej.

Podkreślić również należy, że za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji było zaniechanie Zamawiającego zmiany terminu składania ofert tj. okres umożliwiający wykonawcą ewentualne zaskarżenie modyfikacji OPZUK poprzez wniesienie odwołania do KIO.

Izba ponadto wskazuje, że w związku z zawarciem przez Zamawiającego umowy w dniu 31 lipca 2025r. niemożliwe stało się uwzględnienie zarzutów dotyczących naruszenia artykułu 39 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy o umowie koncesji, z którymi skorelowane były żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia prowadzonego postępowania. Moment zawarcia umowy z Przystępującym spowodował, że postępowanie o udzielenie koncesji zostało zakończone, a więc niemożliwym stało się jego unieważnienie.

Z powyższych względów odwołanie podlegało uwzględnieniu. Naruszenia przepisów ustawy u umowie koncesji mogły bowiem mieć wpływ na wynik postępowania. Należało zatem rozważyć sankcję, jaka powinna być nałożona na zamawiającego w związku ze stwierdzonymi naruszeniami przepisów ustawy.

Art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp stanowi, że jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp Izba może:

- a) unieważnić umowę albo
- b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo
- c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Izba stwierdziła, że utrzymanie umowy do dnia 1 kwietnia 2026r. leży w ważnym interesie publicznym. W ocenie Izby konieczne jest zapewnienie mieszkańcom Gminy Pajęczno ogrzewania w okresie jesiennozimowym. Izba nie unieważniła zatem umowy w całości, ani też w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych. Do rozważenia pozostał zatem wybór między karą finansową i skróceniem okresu obowiązywania umowy. Wybór drugiej z nich podyktowany był rodzajem i powagą stwierdzonych naruszeń. Zawarcie umowy koncesji, której przedmiot wykraczał poza zakres przedmiotu umowy koncesji wskazany w dokumentach koncesji w ocenie Izby stanowiło rażące naruszenie przepisów

ww. ustawy.

Ponadto Izba stwierdziła, że z punktu widzenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, skrócenie okresu obowiązywania umowy jest bardziej adekwatne do stwierdzonych naruszeń niż nałożenie na Zamawiającego kary finansowej, gdyż ogranicza byt prawny nielegalnie zawartej umowy.

Brzmienie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c) Pzp wskazuje, że Izba zobowiązana jest orzeczeniem skrócić termin obowiązywania umowy. Wyrok Izby ingeruje zatem bezpośrednio w stosunek prawny między stronami. Ustawa nie przewiduje w tym miejscu nakazania zamawiającemu określonego zachowania. Izba w pkt 1 sentencji uwzględniła zatem odwołanie i skróciła czas obowiązywania umowy. Termin, do którego umowa ma obowiązywać został wskazany datą dla jasności i zrozumiałości sentencji. Czas liczony od dnia ogłoszenia orzeczenia do dnia, w którym umowa zawarta z Przystępującym przestanie wiązać Zamawiającego, jest wystarczający do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w taki sposób aby zapewnić zachowanie zasad postępowania wynikających m.in. z art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji, a jednocześnie umożliwi Zamawianemu prawidłowe przygotowane dokumentacji postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....
.....
.....