Sygn. akt: KIO 961/26

WYROK

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Banaszkiewicz
Członkowie Anna Wojciechowska
Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2026 r. przez wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pajęczno

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 1 lit. k),
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 39 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Pajęczno i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 642 zł 00 gr (sześćset czterdzieści dwa złote zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie tytułem kosztów dojazdu,
   3.2 zasądza od zamawiającego Gminy Pajęczno na rzecz wykonawcy Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie kwotę 11 742 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset czterdzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt: KIO 961/26

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Pajęczno (dalej: „Zamawiający"), prowadzi na podstawie na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2025 r. poz. 1688, dalej: „ustawa o umowie koncesji") postępowanie o zawarcie umowy koncesji na usługi: „Świadczenie usług wytwarzania ciepła i przesyłu energii cieplnej dla podmiotów przyłączonych za pośrednictwem istniejącej sieci ciepłowniczej, dostawa wyposażenia do dwóch budynków kotłowni, modernizacja źródeł ciepła i sieci ciepłowniczej wraz z zarządzaniem siecią ciepłowniczą na terenie miasta Pajęczna" (Znak postępowania: PI.271.1.2026). Wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 lutego 2026 r. pod nr 2026/BZP 00119300/01

2 marca 2026 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy o umowie koncesji oraz art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620 dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrzewinie (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie (Sygn. akt: KIO 961/26) złożono od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, podjętej w prowadzonym przez niego postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na usługi, polegających na:

- sporządzeniu Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji oraz pozostałej dokumentacji, w tym projektu umowy, niezgodnie z prawem i dokonaniu w nich opisu przedmiotu umowy koncesji z naruszeniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwia udział w postępowaniu innym podmiotom, a Odwołującemu skuteczne złożenie oferty, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) 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 i 2 ustawy o umowie koncesji oraz art. 16 pkt 1 ustawy 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, jak również nieumieszczenie w umowie zapisów uwzględniających możliwość wprowadzenia taryfy przez wykonawców będących podmiotami koncesjonowanymi, a w efekcie przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- poprzez brak wskazania w OPZUK informacji istotnych dla wykonawców w postaci istotnych wielkości dotyczących przedmiotu Koncesji (kotłowni i sieci ciepłowniczej):

a) Ilość wytwarzanego ciepła w każdej kotłowni,
b) Ilość ciepła dostarczanego do odbiorców w sieciach obsługiwanych przez każdą z kotłowni z podziałem na ciepło na c.o. i c.w.u.,
c) Ilości zużytego opału w każdej z kotłowni,
d) Zużycie energii elektrycznej i wody na cele ciepłownicze w każdej z kotłowni
e) Opłaty z tytułu podatku od nieruchomości dla każdej z kotłowni,
f) Koszty z tytułu zakupu energii elektrycznej, zakupu wody i odprowadzania ścieków dla każdej z kotłowni,
g) Wykazu odbiorców ciepła przyłączonych do sieci ciepłowniczej z podaniem danych dla każdego odbiorcy: moc zamówiona na centralne ogrzewanie, moc zamówiona na ciepłą wodę użytkową, ilości dostarczanego ciepła,
h) Średniej ilości ciepła na przygotowanie ciepłej wody użytkowej sprzedawanej odbiorcom w okresie miesiąca,
i) Informacji o węzłach cieplnych poprzez które dostarczane jest ciepło do odbiorców,
j) roczny koszt odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach będących przedmiotem umowy,
k) Informacji o wysokości czynszu o którym mowa § 7 ust. 1 wzoru umowy,
l) wymagań dotyczących zakresu i parametrów technicznych modernizacji wymaganej od Koncesjonariusza i oczekiwanego przez Zamawiającego efektu tej modernizacji,

które są niezbędne do prawidłowego sformułowania oferty przez wykonawców,

- poprzez sformułowanie opisu przedmiotu umowy w sposób niepełny i nieokreślający wszystkich obowiązków wykonawcy, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, w szczególności faktycznej liczby i charakteru odbiorców, a w efekcie skali oczekiwanej do dostarczenia energii cieplnej;

2) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji w zw. z art. 47 ustawy – prawo energetyczne,

- poprzez nieuwzględnienie w dokumentacji postępowania faktu obostrzeń dla przedsiębiorców koncesjonowanych w zakresie wytwarzania i dostawy energii cieplnej, wynikających z przepisów prawa energetycznego, a dotyczących ustalania cen ciepła w taryfie zatwierdzanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki,

co skutkuje uniemożliwieniem wzięcia udziału w postępowaniu i skutecznego złożenia oferty przez innych wykonawców (w tym Odwołującego), a także błędnym zaniechaniem unieważnienia postępowania z ww. przyczyny.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie unieważnienia w całości ww. czynności ogłoszenia o zamówieniu Zamawiającego,
- nakazanie powtórzenia ww. czynności ogłoszenia o zamówieniu Zamawiającego z jednoczesnym
- nakazaniem zmiany OPZUK oraz projektu umowy poprzez wskazanie w OPZUK informacji istotnych dla wykonawców w postaci istotnych wielkości dotyczących przedmiotu Koncesji (kotłowni i sieci ciepłowniczej), tj.:

a) Ilość wytwarzanego ciepła w każdej kotłowni,
b) Ilość ciepła dostarczanego do odbiorców w sieciach obsługiwanych przez każdą z kotłowni z podziałem na ciepło na c.o. i c.w.u.,
c) Ilości zużytego opału w każdej z kotłowni,
d) Zużycie energii elektrycznej i wody na cele ciepłownicze w każdej z kotłowni

e) Opłaty z tytułu podatku od nieruchomości dla każdej z kotłowni,
f) Koszty z tytułu zakupu energii elektrycznej, zakupu wody i odprowadzania ścieków dla każdej z kotłowni,
g) Wykazu odbiorców ciepła przyłączonych do sieci ciepłowniczej z podaniem danych dla każdego odbiorcy: moc zamówiona na centralne ogrzewanie, moc zamówiona na ciepłą wodę użytkową, ilości dostarczanego ciepła,
h) Średniej ilości ciepła na przygotowanie ciepłej wody użytkowej sprzedawanej odbiorcom w okresie miesiąca,
i) Informacji o węzłach cieplnych poprzez które dostarczane jest ciepło do odbiorców,
j) roczny koszt odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach będących przedmiotem umowy,
k) Informacji o wysokości czynszu o którym mowa § 7 ust. 1 wzoru umowy,
l) wymagań dotyczących zakresu i parametrów technicznych modernizacji wymaganej od Koncesjonariusza i oczekiwanego przez Zamawiającego efektu tej modernizacji,
oraz uwzględnienie w dokumentacji postępowania oraz w projekcie umowy faktu obostrzeń dla przedsiębiorców koncesjonowanych w zakresie wytwarzania i dostawy energii cieplnej, wynikających z przepisów prawa energetycznego, a dotyczących ustalania cen ciepła w taryfie zatwierdzanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki,
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 załącznikami,
b) kopia umowy dzierżawy z dnia 20 lipca 2015 r. wraz z załącznikami, zawarta z dotychczasowym wykonawcą usługi w zakresie obsługi przedmiotowych kotłowni, na fakt tożsamości podmiotowej Wykonawcy wybranego w wyniku poprzednio przeprowadzonego postępowania oraz dotychczasowego usługodawcy w zakresie objętym przedmiotem postępowania
c) umowa na zarządzanie kotłowniami miejskimi i zapewnienie dostaw ciepła przez miejską sieć ciepłowniczą w Pajęcznie obowiązująca do 01 kwietnia 2026 r., zawarta z dotychczasowym wykonawcą usługi w zakresie obsługi przedmiotowych kotłowni, na fakt tożsamości podmiotowej Wykonawcy wybranego w wyniku poprzednio 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,
d) wykaz usług wraz z referencjami, na fakt dysponowania przez Odwołującego doświadczeniem i zdolnością uprawniającymi go do udziału w postępowaniu oraz realizację przedmiotu umowy, a tym samym posiadania legitymacji do wniesienia niniejszego odwołania.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 55 pkt 2) ustawy o umowie koncesji. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 lutego 2026 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.
Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że jest podmiotem prowadzącym działalność w branży objętej przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty i zawarciem umowy – brał również udział w poprzednim postępowaniu o udzielenie tożsamego zamówienia, które było przedmiotem rozstrzygnięcia KIO w sprawie o sygn. 3248/25 z odwołania Odwołującego. Wskazane uchybień w treści OPZUK i projektowanej umowy, Odwołujący, w szczególności w zakresie znikomego czasu na instalację całości wyposażenia kotłowni, który w praktyce i z przyczyn technicznych i administracyjnych jest nierealny, nie ma możliwości skutecznego złożenia oferty z uwagi na niemożność realizacji umowy koncesji w sposób wymagany przez Zamawiającego. W efekcie oznacza to brak możliwości uzyskania 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 wskazał, że spełnia kryteria kwalifikacji w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz posiada niezbędne doświadczenie do realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z przedłożonym wykazem usług wraz z referencjami. Sposób sformułowania przedmiotu umowy koncesji oraz wymogi Zamawiającego zostały zdaniem Odwołującego określone w sposób niezgodny z fundamentalnymi zasadami zamówień publicznych w zakresie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, powodując wyeliminowanie wszystkich potencjalnych wykonawców (poza aktualnym eksploatatorem) z przedmiotowego postępowania, co winno skutkować unieważnieniem postępowania, czego Zamawiający zaniechał.
24 marca 2026 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o:
1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie na rzecz Zamawiającego wszystkich kosztów postepowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.
Odnosząc się do podniesionego przez Zamawiającego braku wpływu ewentualnego uwzględnienia odwołania na sytuację Odwołującego, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy o umowie koncesji: „1. Wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy." Ustawa o umowie koncesji nie zawiera definicji interesu w zawarciu umowy. Zdaniem Izby interes w zawarciu umowy koncesji należy rozumieć analogicznie, jak interes w uzyskaniu zamówienia, czyli, że jest to każdy interes tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia (…)". Oceny istnienia interesu w zawarciu umowy koncesji należy dokonać na gruncie okoliczności faktycznych danej sprawy. W przedmiotowej sprawie w następstwie zarzucanych przez Odwołującego naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy o umowie koncesji, ustawy Pzp i prawa energetycznego, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, co skutkowało brakiem możliwości jej zawarcia (utracone korzyści, szkoda). W przedmiotowym stanie faktycznym interes Odwołującego w zawarciu umowy koncesji to potencjalna możliwość jej zawarcia w przyszłości. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że Odwołujący w dostateczny sposób wykazał posiadanie interesu w zawarciu umowy koncesji. Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał szansę na ubieganie się o udzielenie mu zamówienia i zawarcie umowy koncesji.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca M.O. Concept Energy Limited A Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie. Jak wynika zarówno z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym, jak również z oświadczenia złożonego przez pana Marka Oleksaka podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, podmiot M.O. Concept Energy Limited A Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie nie istnieje. Podmiot ten został wskazany omyłkowo zamiast wykonawcy CONCEPT Energy Limited A Spółka Komandytowa z siedzibą w Krakowie. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że wykonawca nie przystąpił skutecznie do udziału w postępowaniu po stronie zamawiającego.
10 kwietnia 2026 r. na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że w zakresie zarzutu nr 1 lit. k) cofa odwołanie. Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie zarzutu cofniętego przez Odwołującego.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie i oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi na podstawie na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy o umowie koncesji postępowanie o zawarcie umowy koncesji na usługi: „Świadczenie usług wytwarzania ciepła i przesyłu energii cieplnej dla podmiotów przyłączonych za pośrednictwem istniejącej sieci ciepłowniczej, dostawa wyposażenia do dwóch budynków kotłowni, modernizacja źródeł ciepła i sieci ciepłowniczej wraz z zarządzaniem siecią ciepłowniczą na terenie miasta Pajęczna".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lutego 2026 r.
Zgodnie z pkt 4.1 Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji (OPZUK), przedmiotem umowy koncesji jest świadczenie usług obejmujących swoim zakresem:
- usługę wytwarzania ciepła i przesyłu energii cieplnej za pomocą istniejącej sieci ciepłowniczej,
- dostawę wyposażenia kotłowni niezbędnego do świadczenia usług przesyłu i wytwarzania energii cieplnej do budynków przeznaczonych na ten cel zlokalizowanych przy ul. Przemysłowej i ul. Sienkiewicza w Pajęcznie,
- roboty budowlane polegające na modernizacji źródeł ciepła i sieci ciepłowniczej,
- rozbudowę sieci ciepłowniczej na obszarze miasta Pajęczna do ogrzewania budynków mieszkańców i innych podmiotów publicznych,
- obsługę podmiotów przyłączonych już do sieci ciepłowniczej poprzez zapewnienie dostaw ciepła i ciepłej wody użytkowej.
Właścicielem kotłowni oraz sieci ciepłowniczej jest Zamawiający. 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 § 1 ust. 2 projektowanych zapisów umowy Zamawiający jest właścicielem dwóch budynków przeznaczonych na kotłownie położonych w Pajęcznie: Budynek kotłowni 1 - Obręb 23, miasto Pajęczno działka nr 4444/172 ul. Przemysłowa oraz Budynek kotłowni 2 - Obręb 23, miasto Pajęczno działka nr 3841/9 ul. Sienkiewicza. Zamawiający posiada sieć ciepłowniczą na terenie miasta Pajęczna, która zasilana jest z dwóch ww. kotłowni, zaś do miejskiej sieci ciepłowniczej podłączone są budynki bloków wielorodzinnych, budynki jednostek publicznych takich jak szkoły, przedszkola pływalnia, sąd, administracyjne budynki użyteczności publicznej, budynki osób fizycznych. Poprzez miejską sieć następuje również zaopatrzenie w ciepłą wodę użytkową do wybranych odbiorców.
Zgodnie z pkt 4.11 OPZUK:
„Koncesjonariusza zobowiązuje się do zapewnienia nieprzerwanej dostawy energii cieplnej i ciepłej wody użytkowej odbiorcom na warunkach określonych w umowie na sprzedaż ciepła. Dopuszcza się 24 h przerwy w dostawie ciepła i ciepłej wody użytkowej w celu dostosowania kotłowni do realizacji przedmiotu umowy.”
Zgodnie z § 3 ust. 4) projektu umowy:
„Koncesjonariusz zobowiązuje się do rozpoczęcia działalności określonej w ust. 1 od dnia 02 kwietnia 2026 roku z zachowaniem ciągłości produkcji."
Kotły i ich osprzęt oraz stacje uzdatniania wody nie są własnością Zamawiającego, lecz stanowią własność podmiotu obecnie zarządzającego kotłowniami i siecią cieplną – w zakresie, w którym umowa obowiązuje do dnia 01 kwietnia 2026 r., na mocy wyroku KIO z dnia 16 września 2025 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3248/25 (Krajowa Izba Odwoławcza skróciła okres obowiązywania umowy).
Instalacja kotłów i przyłączenie ich do sieci wymaga rejestracji Urzędu Dozoru Technicznego, co wymaga kilkudniowego odstępu od zgłoszenia montażu kotłów.
Odwołujący, równolegle z odwołaniem (26 lutego 2026 r.), skierował zapytania do Zamawiającego (na adres mailowy). Odwołujący poruszył następujące kwestie:
1. nie jest jednoznacznym dla jakiej ilości ciepła ma być w ofercie sporządzona kalkulacja ceny jednoskładnikowej – wskazanie maksymalnej ilości 50.000 GJ/rok nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie sposobu ustalenia cen jednostkowych, co uniemożliwia prawidłowe określenie ceny na potrzeby składanej oferty;
2. w dokumentacji postępowania brak jest informacji w zakresie wielkości dotyczących przedmiotu udzielanej koncesji (kotłowni i sieci ciepłowniczej) dla lat 2025, 2024, 2023, tj.:
a) ilość wytworzonego ciepła w każdej kotłowni,
b) ilość ciepła dostarczonego do odbiorców w sieciach obsługiwanych przez każdą z kotłowni z podziałem na ciepło na c.o. i c.w.u.,
c) ilości zużytego opału w każdej z kotłowni ,
d) zużycie energii elektrycznej i wody na cele ciepłownicze w każdej z kotłowni,
e) opłaty z tytułu podatku od nieruchomości dla każdej z kotłowni,
f) koszty z tytułu zakupu energii elektrycznej, zakupu wody i odprowadzania, ścieków dla każdej z kotłowni,
g) podmiot pokrywający koszty zużycia energii elektrycznej w węzłach cieplnych zainstalowanych w budynkach odbiorców,
h) wielkości zużycia energii elektrycznej w węzłach cieplnych,
i) zużycie wody i ścieków,
j) złożone deklaracje podatkowe od przedmiotu umowy wymagane zgodnie z § 6 ust. 17 propozycji umowy,
k) roczny koszt odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach będących przedmiotem umowy,
l) wysokość prognozowanego czynszu określonego w § 7 ust. 1 projektu umowy pod kątem jego wpływu na ocenę oferty,
co w tak znacznej skali niedomówień całkowicie uniemożliwia jednoznaczne ustalenie przedmiotu zobowiązania wykonawcy, pod kątem ustalenia możliwości jego realizacji, jak również skali obciążeń związanych z realizacją przedmiotu umowy, pod kątem ustalenia ceny ofertowej;
3. w dokumentacji brak również informacji w zakresie wykazu wszystkich odbiorców ciepła przyłączonych do sieci ciepłowniczej systemu, który jest przedmiotem postępowania, wskazania ilości sprzedanego ciepła w latach 2023-2025 dla każdego odbiorcy z osobna oraz określenia mocy zamówionych dla każdego odbiorcy z osobna z podziałem na moc na c.o. i moc na c.w.u., co z kolei nie pozwala ustalić i zweryfikować rzeczywistego zapotrzebowania, w kontekście oceny możliwości infrastruktury i tym samym zdolności realizacji przedmiotu umowy, ale także ustalenia tegoż przedmiotu i skali zobowiązania wykonawców;
4. w dokumentacji brak jest również informacji o tym, czy ciepło dostarczane jest do odbiorców za pośrednictwem węzłów wymiennikowych indywidualnych, grupowych czy też bezpośrednio, pomimo, że niezbędne jest wskazanie przyporządkowania konkretnych odbiorców do poszczególnych sposobów dostawy ciepła, a to pod kątem ustalenia w

taryfie grup odbiorców ze względu na sposób dostarczania ciepła, co ma to wpływ na finalną cenę ciepła ze względu na konieczność pokrycia strat przesyłowych;
5. w dokumentacji brak jest informacji technicznych dotyczących sieci cieplnych w zakresie faktu wytwarzania w kotłowniach ciepłej wody użytkowej – co przy odpowiedzi twierdzącej rodzi konieczność określenia średniej miesięcznej sprzedaż ciepła na cele produkcji c.w.u., co uniemożliwia precyzyjne ustalenie wielkości zapotrzebowania na moc cieplną w poszczególnych miesiącach roku, co z kolei umożliwiłoby dobranie optymalnej mocy zainstalowanych źródeł ciepła - przewymiarowanie mocy zainstalowanej nad zapotrzebowaniem na ciepło, skutkuje zwiększonymi stratami ciepła, co wpływa na zwiększone koszty produkcji ciepła i niekorzystnie wpływa na cenę ciepła;
6. w dokumentacji nie określono zakresu modernizacji sieci ciepłowniczej przewidywanej przez Zamawiającego oraz nie wskazano źródeł ciepła przewidzianych do modernizacji w sytuacji, w której umowa dotyczy m.in. dostawy wyposażenia kotłowni (w tym źródeł ciepła), co z kolei uniemożliwia ustalenie zakresu przedmiotowego umowy, a w szczególności treści zobowiązania wykonawców,
Wskazuje się przy tym, że z treści Załącznika nr 2 do OPZUK – Wykaz podmiotów podłączonych i szacunkowe zapotrzebowanie na ciepło GJ, zgodnie z zawartym w nim zestawieniem daje sumę zapotrzebowania na poziomie 30.000 GJ rocznie. Z kolei przedmiot koncesji jest prognozowany na energię w ilości 50.000 GJ rocznie. Różnica na poziomie 20.000 GJ rocznie nie stanowi zwykłego marginesu dostaw, gdyż takowy określa się zwyczajowo na poziomie ok. 10%-20%, ale nie na poziomie aż 40%. Taka skala różnicy świadczy o nieujawnieniu przez Zamawiającego wszystkich odbiorców objętych przedmiotem postępowania.
W projekcie umowy brak jest również postanowień dopuszczających zmianę ofertowej ceny ciepła w trybie przewidzianym przez ustawę – prawo energetyczne, dla przedsiębiorstw posiadających koncesję na wytwarzanie ciepła oraz koncesję na przesyłanie i dystrybucję ciepła. Podmioty koncesjonowane, które działają w oparciu o koncesję na wytwarzanie ciepła i koncesję na przesyłanie i dystrybucję ciepła, a do takich zalicza się Odwołujący, zobowiązane są do zatwierdzania taryf za ciepło w Urzędzie Regulacji Energetyki. Każdorazowa zmiana ceny za dostarczane ciepło i uwzględniona w rozliczeniach z odbiorcami wynika z zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryfy dla ciepła lub jej zmiany. Ceny te są cenami sztywnymi i przedsiębiorstwa koncesjonowane nie mogą stosować cen innych niż w zatwierdzonych taryfach.
Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania, stwierdzając, że zostały one zadane w formie niezgodnej z dokumentacją postępowania.
2 marca 2026 r. Odwołujący złożył odwołanie od działań i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu.
Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy o umowie koncesji, ustawy Pzp i prawa energetycznego 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, jak również nieumieszczenie w umowie zapisów uwzględniających możliwość wprowadzenia taryfy przez wykonawców będących podmiotami koncesjonowanymi, a w efekcie przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- nieuwzględnienie w dokumentacji postępowania faktu obostrzeń dla przedsiębiorców koncesjonowanych w zakresie wytwarzania i dostawy energii cieplnej, wynikających z przepisów prawa energetycznego, a dotyczących ustalania cen ciepła w taryfie zatwierdzanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, co skutkuje uniemożliwieniem wzięcia udziału w postępowaniu i skutecznego złożenia oferty przez innych wykonawców (w tym Odwołującego), a także błędnym zaniechaniem unieważnienia postępowania z ww. przyczyny.
Zgodnie z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy o umowie koncesji:
„2. Zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli:
1) 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;
(…)
3) postępowanie o zawarcie umowy koncesji obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy koncesji.”
Zgodnie z art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji:
„1. Umowa koncesji podlega unieważnieniu:
(…)
3) jeżeli przedmiot umowy wykracza poza zakres przedmiotu umowy koncesji wskazany w dokumentach koncesji;”
Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji:

„1. 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 i 2 ustawy o umowie koncesji:
„1. Zamawiający określa w dokumentach koncesji wymogi techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji.
2. Wymogi dotyczące przedmiotu umowy koncesji mogą odnosić się również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób niepełnosprawnych, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody."
Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp:
„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;"
Zgodnie z art. 58 § 1 i 2 k.c.:
„§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.
§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego."
Zgodnie z art. 47 prawa energetycznego:
„1. Przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje ustalają taryfy dla paliw gazowych i energii, które podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE, oraz proponują okres ich obowiązywania. Przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje przedkładają Prezesowi URE taryfy oraz ich zmiany z własnej inicjatywy nie później niż w terminie dwóch miesięcy przed upływem okresu obowiązywania taryfy poprzedniej lub na żądanie Prezesa URE.
1a. Taryfy ustalane przez przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesję na obrót paliwami gazowymi lub na obrót gazem ziemnym z zagranicą w zakresie określonym w tej koncesji nie podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE, z zastrzeżeniem art. 62b ust. 1.
1aa. Operator systemu przesyłowego gazowego albo operator systemu połączonego gazowego wyznaczony na sieci przesyłowej gazowej niebędącej jego własnością dokonuje ustalenia taryf dla paliw gazowych dla tej sieci, które podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE, oraz zaproponowania okresu ich obowiązywania. Operator, o którym mowa w zdaniu pierwszym, przedkłada Prezesowi URE taryfy dla tej sieci oraz ich zmiany z własnej inicjatywy nie później niż w terminie 9 miesięcy przed upływem okresu obowiązywania taryfy poprzedniej lub na żądanie Prezesa URE.
1b. Przedsiębiorstwo energetyczne niezwłocznie po uzyskaniu koncesji i nie później niż po upływie 30 dni od dnia jej uzyskania występuje do Prezesa URE z wnioskiem o zatwierdzenie taryfy. Przedsiębiorstwo to do czasu zatwierdzenia przez Prezesa URE taryfy i wprowadzenia jej do stosowania w rozliczeniach z odbiorcami może stosować zaliczkowy sposób rozliczeń z odbiorcami, pod warunkiem złożenia wniosku w tym terminie. Przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane do rozliczenia z odbiorcami nadpłaconych kwot za cały okres stosowania zaliczek, zgodnie z zatwierdzoną taryfą.
1c. Taryfy ustalane przez przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesję na wytwarzanie ciepła, w części dla każdego ze źródeł ciepła o mocy zainstalowanej cieplnej nieprzekraczającej 5 MW, które spełnia warunki określone w art. 7b ust. 3, nie podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE.
2. Prezes URE zatwierdza taryfę bądź odmawia jej zatwierdzenia w przypadku stwierdzenia niezgodności taryfy z zasadami i przepisami, o których mowa w art. 44-46.
2a. Prezes URE, na wniosek przedsiębiorstwa energetycznego, może zatwierdzić, na okres nie dłuższy niż 3 lata, taryfę zawierającą ceny i stawki opłat w wysokości nie wyższej niż ceny i stawki opłat obowiązujące przed jej przedłożeniem Prezesowi URE, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki:
1) zawarte w taryfie warunki stosowania cen i stawek opłat nie uległy zmianie;
2) udokumentowane i opisane we wniosku zmiany zewnętrznych warunków wykonywania przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności gospodarczej, której dotyczy taryfa, nie uzasadniają obniżenia cen i stawek opłat zawartych w taryfie;
3) dla proponowanego we wniosku okresu obowiązywania taryfy lub dla części tego okresu nie został ustalony współczynnik korekcyjny, o którym mowa w art. 23 ust. 2 pkt 3 lit. a.
2b. W przypadku udokumentowanej zmiany zewnętrznych warunków wykonywania przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności gospodarczej Prezes URE może ustalić z urzędu, w drodze decyzji, współczynniki

korekcyjne, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 3 lit. a, wynikające wyłącznie ze zmiany warunków zewnętrznych, które przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane stosować w odniesieniu do cen i stawek opłat określonych w taryfie, o której mowa w ust. 2a, do czasu wejścia w życie nowej taryfy wprowadzonej w trybie określonym w ust. 2.
2c. W przypadku upływu okresu, na jaki została ustalona taryfa, do dnia wejścia w życie nowej taryfy stosuje się taryfę dotychczasową, jeżeli:
1) decyzja Prezesa URE nie została wydana albo
2) toczy się postępowanie odwoławcze od decyzji Prezesa URE.
2d. Taryfy dotychczasowej, o której mowa w ust. 2c, nie stosuje się, jeżeli decyzja Prezesa URE odmawiająca zatwierdzenia taryfy jest uzasadniona koniecznością obniżenia cen i stawek opłat poniżej cen i stawek opłat zawartych w dotychczasowej taryfie i wynika z udokumentowanych i opisanych zmian warunków wykonywania przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności gospodarczej.
2e. Prezes URE analizuje i weryfikuje koszty uzasadnione, o których mowa w art. 45 ust. 1 pkt 1 i 2, w zakresie ich zgodności z przepisami ustawy, na podstawie sprawozdań finansowych i planów rzeczowo-finansowych przedsiębiorstw energetycznych, biorąc pod uwagę tworzenie warunków do konkurencji i promocji efektywności wykonywanej działalności gospodarczej, a w szczególności stosując metody porównawcze oceny efektywności przedsiębiorstw energetycznych wykonujących w zbliżonych warunkach działalność gospodarczą tego samego rodzaju.
2f. Planowane przychody ze sprzedaży ciepła przyjmowane do kalkulacji cen i stawek opłat w taryfie dla ciepła dla jednostek kogeneracji, oblicza się przy zastosowaniu wskaźnika referencyjnego ustalanego przez Prezesa URE zgodnie z metodologią określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 46 ust. 5 i 6 i średnich cen sprzedaży ciepła, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 18 lit. c. W odniesieniu do ciepła wytworzonego w instalacjach termicznego przekształcania odpadów, przyjmuje się średnią cenę ciepła wskazaną w art. 23 ust. 2 pkt 18 lit. c tiret czwarte.
2f 1. Przedsiębiorstwo energetyczne może odstąpić od sposobu kalkulacji cen i stawek opłat w taryfie dla ciepła, o którym mowa w ust. 2f, opracowując taryfę w sposób zapewniający pokrycie kosztów uzasadnionych w zakresie określonym w art. 45 ust. 1 pkt 1, 1b i 3 oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 46 ust. 5 i 6. Odstępując od tego sposobu kalkulacji, przy opracowywaniu kolejnych taryf dla ciepła, przedsiębiorstwo to nie stosuje sposobu kształtowania cen i stawek opłat w taryfie dla ciepła, o którym mowa w ust. 2f.
2g. W terminach do dnia 31 marca i do dnia 30 września każdego roku Prezes URE ogłasza w Biuletynie Urzędu Regulacji Energetyki wysokość wskaźnika referencyjnego, o którym mowa w ust. 2f.
2h. W taryfach zatwierdzanych lub zmienianych po upływie okresu rozliczeniowego, o którym mowa w art. 16 ust. 18d i 18e, uwzględnia się zakres niewykonania harmonogramu inwestycji priorytetowych, o których mowa w art. 16 ust. 1a. Prezes URE może wezwać przedsiębiorstwo energetyczne do korekty obowiązującej taryfy po upływie okresu rozliczeniowego, o którym mowa w zdaniu pierwszym.
3. Prezes URE ogłasza w Biuletynie URE:
1) zatwierdzone taryfy dla paliw gazowych, energii elektrycznej i ciepła w terminie 14 dni od dnia zatwierdzenia taryfy;
2) decyzje, o których mowa w ust. 2d.
4. Przedsiębiorstwo energetyczne wprowadza taryfę do stosowania nie wcześniej niż po upływie 14 dni i nie później niż do 45 dnia od dnia jej opublikowania, z uwzględnieniem ust. 5.
5. Przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem paliw gazowych wprowadza taryfę do stosowania w terminie określonym przez Prezesa URE w decyzji o zatwierdzeniu tej taryfy, nie wcześniejszym niż po upływie 14 dni od dnia jej opublikowania.
6. W przypadku gdy w związku z prowadzonym postępowaniem w sprawie zatwierdzenia taryfy dla energii elektrycznej występuje ryzyko niewypełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 5 ust. 6 pkt 2, w terminie wskazanym w tym przepisie, przedsiębiorstwo energetyczne, którego dotyczy to postępowanie, wypełnia ten obowiązek niezwłocznie po zakończeniu tego postępowania."
Odnosząc się do pierwszego z zarzutów Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że Odwołujący w prawidłowej formie skierował do Zamawiającego pytania dotyczące treści dokumentacji. Zgodnie bowiem z pkt 2.1 Opisu postępowania o zawarcie umowy koncesji: „Komunikacja między Zamawiającym a Koncesjonariuszami odbywa się w formie pisemnej: za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. z 2025 r. poz. 366 ze zm.) lub osobiście.
Przy czym złożenie oferty i dokumentów składanych przez Wykonawców wraz z ofertą może nastąpić wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności i zgodnie z wymogami opisanymi w punkcie 7 i 8 niniejszego OPZUK."
Zgodnie zaś z pkt 2.6: „Osobą uprawnioną do kontaktu z Koncesjonariuszami jest: Pani Anita Nitecka Kierownik Referatu Nadzoru Komunalnego, Gospodarowania Nieruchomościami, Planowania Przestrzennego, Ochrony Środowiska i Rolnictwa, tel. 34 311-15-23 wew. 240, email: anitecka @pajeczno.pl."
Z powyższego wynika, że Zamawiający dopuścił również komunikację z koncesjonariuszami za pomocą korespondencji

mailowej. Rygor nieważności zastrzeżono wyłącznie dla oferty i składanych wraz z nią dokumentów. Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i we wniosku skierowanym do Zamawiającego sformułował szereg pytań, które dotyczyły parametrów, które są niezbędne do prawidłowego sformułowania oferty. Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do tego, że nie udzielił on odpowiedzi na pytania, ponieważ Odwołujący nie zadał pytań we właściwej formie, co Zamawiający uznał za brak należytej staranności. Dodatkowo wskazał on, że nie wie, czy poszczególne elementy są istotne, być może tak, ponieważ nie ma on wiedzy o żądanych danych, ponieważ są one w posiadaniu podmiotu, który obecnie eksploatuje sieć. Izba wskazuje, że to Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby było możliwe sporządzenie oferty. Skoro wykonawca zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu zgłasza braki w dokumentacji, to Zamawiający powinien podjąć działania i uzupełnić przedmiot postępowania lub merytorycznie uzasadnić odmowę wprowadzenia zmian. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uzasadniający jego uzasadnione potrzeby, ponieważ zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Uprawnienia tego Zamawiający nie może jednak realizować w sposób, który uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu jakiemukolwiek innemu wykonawcy, aniżeli pomiot, który obecnie eksploatuje sieć i ma wiedzę znacznie szerszą na temat przedmiotu niniejszego postępowania, aniżeli sam Zamawiający. Przedmiotowe postępowanie dotyczy 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. Jak słusznie zauważył Odwołujący tylko dostawa wyposażenia kotłowni oraz modernizacja źródeł ciepła i sieci ciepłowniczej umożliwi realizację celu określonego w umowie, stąd koniecznym jest szczegółowe wskazanie zakresu tej modernizacji i parametrów dostarczanych urządzeń. Brak skonkretyzowanych wymogów technicznych uniemożliwia wykonawcom weryfikację własnych możliwości oraz ocenę tego, czy mogą wziąć udział w postępowaniu. Izba wskazuje, że zarzut nr 1 w części dotyczącej zbyt krótkiej przerwy w dostawie ciepła i ciepłej wody również potwierdził się. To, że termin 24 h przerwy technologicznej jest zbyt krótki, aby zainstalować wszystkie urządzenia oraz uzyskać zgody odpowiednich organów jest zdaniem Izby dostrzegany przez samego Zamawiającego. Dopiero na etapie rozprawy wskazał on na możliwość zastosowania kontenerów tymczasowych oraz możliwość zawarcia porozumienia z dotychczasowym podmiotem, który eksploatuje sieć ciepłowniczą, aby możliwe było stopniowe podłączanie poszczególnych urządzeń. W dokumentacji postępowania nie znalazły się jednak stosowne postanowienia, w związku z czym żądania wprowadzenia zmian w dokumentacji żądane przez Odwołującego należy uznać za zasadne.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów Izba wskazuje, że zgodnie z art. 47 Prawa energetycznego przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje ustalają taryfy dla paliw gazowych i energii, które podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa URE. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu de facto nie dopuścił do udziału podmiotów, które posiadają koncesję. Izba nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, że to na wykonawcy biorącym udział w postępowaniu powinno ciążyć ryzyko prawidłowego określenia stawki. Wykonawca koncesjonowany musi bowiem ustalić wysokość zaoferowanej taryfy z Prezesem URE. Wskazanie błędnej wartości będzie powodowało konieczność realizowania umowy i poniesienia przez eksploatującego kosztów, których nie jest w stanie z góry przewidzieć i które mogą zostać zakwestionowane przez Prezesa URE. Jak wskazał Odwołujący zwolnienie przewidziane w art. 49 Prawa energetycznego nie jest automatycznym następstwem złożenia wniosku, a co więcej Prezes URE w przypadku uznania, że rynek jest niekonkurencyjny (nie ma zmiany sprzedawcy) odmawia udzielenia zwolnienia. Mając na uwadze specyfikę przedmiotowego zamówienia, w szczególności to, że mamy do czynienia z jedną siecią ciepłowniczą i jednym źródłem ciepła należy uznać, że rynek jest niekonkurencyjny, w związku z czym podmiot posiadający koncesję nie uzyska zwolnienia z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia. Nie można w związku z tym uznać, że opis postępowania o zawarcie umowy koncesji dawał możliwość złożenia oferty i równe szanse każdemu wykonawcy niezależnie od tego, czy posiada on koncesję. Sam fakt ogłoszenia przetargu nie jest równoznaczny z tym, że w postępowaniu dopuszczona została konkurencja. Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu koncesja nie jest wymagana. Zwrócić jednak należy uwagę na to, że postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, więc wprowadzenie w dokumentacji postępowania postanowień, które będą powodowały, że wykonawcy posiadający koncesję nie będą mogli wziąć udziału w postepowaniu stanowi o prowadzeniu postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty okazały się zasadne, a odwołanie należało uwzględnić.

W związku z ustaleniem, że Zamawiający, mimo złożenia odwołania odnośnie sporządzenia Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji oraz pozostałej dokumentacji, w tym projektu umowy, nie zmienił terminu składania ofert w sposób uwzględniający konieczność rozpoznania odwołania i dokonał otwarcia jedynej oferty złożonej przez dotychczasowego wykonawcę eksploatującego sieć bez oczekiwania na wynik postępowania odwoławczego, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 39 ust. 2 pkt 3 ustawy o umowie koncesji, który stanowi, że 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. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 2939/21), że „w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a Izba stwierdza niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwie nakazanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania.” Zgodnie z ust. 5 art. 49 ustawy o umowie koncesji dotyczącego przesłanek unieważnienia umowy koncesji: „Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy koncesji na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.” Mając na uwadze art. 70^5 k.c., który stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą o umowie koncesji i ustawą Pzp sporządzenie Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji oraz pozostałej dokumentacji, w tym projektu umowy, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania. Mając na uwadze potwierdzenie się zarzutów w sytuacji, gdy w postępowaniu nastąpiło otwarcie ofert, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy koncesji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……