

Unieważnienie postępowanie nr 2023/BZP 00141006/01, którego przedmiotem zamówienia jest: „Kompleksowa dostawa energii cieplnej (sprzedaż i dystrybucja/przesył) do budynku Szkoły podstawowej nr 1 im. Gustawa Morcinka zlokalizowanego przy ul. Wilczej 53 w Warszawie”

Uzasadnienie prawne:

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne:

W trakcie prowadzonego postępowania, w związku z modyfikacją formularza ofertowego, tj. stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, jeden z uczestników postępowania zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o doprecyzowanie i potwierdzenie, czy do obliczeń wartości oferty dla miesiąca kwiecień 2023 r. należy przyjąć stawki cen i opłat obowiązujących od 06.01.2023 r. do 30.04.2023 r. z rekompensatą, czy też z wyrównaniem w związku z nowelizacją ustawy z dnia 15 września 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. 2022 poz. 1967), bowiem w okresie od 1 marca 2023 r. zmiana uległ uregulowany ustawą system wsparcia odbiorców ciepła.

W odpowiedzi Zamawiający potwierdził, iż do obliczeń wartości oferty dla kwiecień 2023 r. należy przyjąć stawki cen i opłat obowiązujących od dnia 06.01.2023 r. do dnia 30.04.2023 r. z rekompensatą.

Tymczasem, już po wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający powziął informację, iż stawki cen i opłat obowiązujących w planowanym okresie trwania umowy, tj. kwiecień-grudzień 2023 r. nie mogły zostać obliczone z rekompensatą w rozumieniu ustawy z dnia 15 września 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. 2022 poz. 1967), lecz z wyrównaniem.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 15 września 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. 2022 poz. 1967) przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję i wykonujące działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania ciepła, które jest dostarczane do odbiorców ciepła, o których mowa w art. 4 ust. 1, dla:

- 1) każdego źródła ciepła lub
- 2) grupy źródeł ciepła stosujących ten sam rodzaj paliwa, z których żadne nie przekracza 5 MW zainstalowanej mocy cieplnej

- ustala na podstawie taryfy dla ciepła zatwierdzonej na podstawie art. 47 ust. 2 ustawy - Prawo energetyczne cenę ciepła, cenę za zamówioną moc cieplną i cenę nośnika ciepła lub stawkę opłaty miesięcznej za zamówioną moc cieplną i stawkę opłaty za ciepło z rekompensatą wynikające ze średniej ceny wytwarzania ciepła z rekompensatą, o której mowa w ust. 3, uwzględniając planowane wielkości uwzględnione w zatwierdzonej taryfie, i

wprowadza ustalone ceny **z rekompensatą** do stosowania w rozliczeniach z odbiorcami, o których mowa w art. 4 ust. 1, ale **jedynie w okresie od dnia 1 października 2022 r. do dnia 28 lutego 2023 r.**

Zgodnie z art. 11 ww. ustawy średnią cenę wytwarzania ciepła z rekompensatą stosuje się w okresie od dnia 1 października 2022 r. do dnia 28 lutego 2023 r.

Natomiast zgodnie z art. 3a ust. 1 ww. ustawy Prezes URE publikuje w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Regulacji Energetyki dla przedsiębiorstwa energetycznego posiadającego koncesję i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży ciepła odbiorcom, o których mowa w art. 4 ust. 1, dla każdej grupy taryfowej w danym systemie ciepłowniczym, wartości ceny za zamówioną moc cieplną, ceny ciepła, ceny nośnika ciepła oraz stawki opłat stałych za usługi przesyłowe i stawki opłat zmiennych za usługi przesyłowe lub stawki opłaty miesięcznej za zamówioną moc cieplną i stawki opłaty za ciepło, stosowanych w dniu 30 września 2022 r. w tym systemie, powiększone o 40%, w terminie 10 dni od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 8 lutego 2023 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 295).

Zgodnie z art. 3a ust. 2 ww. ustawy przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję i wykonujące działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży ciepła odbiorcom ciepła, o których mowa w art. 4 ust. 1:

- 1) oblicza maksymalne ceny dostawy ciepła dla danego systemu ciepłowniczego, przyjmując wartości ceny za zamówioną moc cieplną, ceny ciepła, ceny nośnika ciepła oraz stawki opłat stałych za usługi przesyłowe i stawki opłat zmiennych za usługi przesyłowe lub stawki opłaty miesięcznej za zamówioną moc cieplną i stawki opłaty za ciepło, opublikowane przez Prezesa URE;
- 2) **w okresie od dnia 1 marca 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r.** przyjmuje i wprowadza do stosowania w rozliczeniach z odbiorcami, o których mowa w art. 4 ust. 1, w każdej grupie taryfowej stosowanej taryfy dla ciepła ceny za zamówioną moc cieplną, ceny ciepła, ceny nośnika ciepła oraz stawki opłat stałych za usługi przesyłowe i stawki opłat zmiennych za usługi przesyłowe lub stawki opłaty miesięcznej za zamówioną moc cieplną i stawki opłaty za ciepło, nie wyższe niż opublikowane przez Prezesa URE.

Zgodnie z art. 12a ust. 1 ww. ustawy za okres od dnia 1 marca 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r. przedsiębiorstwu energetycznemu, o którym mowa w art. 3a ust. 2 i 3, stosującemu maksymalną cenę dostawy ciepła dla odbiorców, o których mowa w art. 4 ust. 1, przysługuje **wyrównanie** w kwocie stanowiącej iloczyn różnicy między ceną dostawy ciepła wynikającą ze stosowanej taryfy tego przedsiębiorstwa i maksymalną ceną dostawy ciepła oraz ilości sprzedanego ciepła odbiorcom, o których mowa w art. 4 ust. 1, w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym, powiększony o podatek od towarów i usług.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 lit. e) ww. ustawy średnią cenę wytwarzania ciepła z rekompensatą lub maksymalną cenę dostawy ciepła ustala się dla - o ile złożą oświadczenie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 - podmiotów będących podmiotem systemu oświaty, o którym mowa w art. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. - Prawo oświatowe (Dz. U. z 2021 r.

poz. 1082, z późn. zm.), w zakresie, w jakim zużywa ciepło na potrzeby podstawowej działalności.

Zamawiający należy właśnie do grupy podmiotów będących podmiotem systemu oświaty, o którym mowa w art. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. - Prawo oświatowe (Dz. U. z 2021 r. poz. 1082, z późn. zm.),

Tym samym ustawodawca wprowadził do stosowania dwa systemy wsparcia dla odbiorców:

a) pierwszy system obowiązywał do 28.02.2023 r. Zgodnie z ustawą z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. 2022, poz. 1967 z późn. zm.) została przewidziana rekompensata dla odbiorców ciepła wymienionych w art. 4 ust. 1 ww. ustawy, którymi są w szczególności instytucje użyteczności publicznej, w tym m.in. szkoły - odbiorcy ciepła do tego uprawnieni mogli płacić niższe faktury za ciepło, pod warunkiem złożenia stosownego oświadczenia. System ten opierał się na ograniczeniu cen stosowanych w odniesieniu do poszczególnych zakładów wytwarzających ciepło w danym miesiącu rozliczeniowym i był stosowany wyłącznie w rozliczeniu za wytwarzanie ciepła.

b) drugi system obowiązuje od 01.03.2023 r. i zakłada zastąpienie dotychczas obowiązujących rekompensat wyrównaniem. W związku z nowelizacją ustawy, uległ zmianie system wsparcia uregulowany tą ustawą - w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi obowiązują maksymalne ceny dostaw ciepła. System ten oparty jest na określeniu ceny maksymalnej łącznie dla wytwarzania oraz przesyłu i dystrybucji ciepła na poziomie cen stosowanych w dniu 30 września 2022 roku, powiększonych o 40%. Jeżeli wartość maksymalnej ceny dostawy ciepła jest niższa od ceny dostawy ciepła – różnica tych wartości stanowi wartość jednostkowej wysokości wyrównania.

Przewidziane ustawą w różnym okresie systemy wsparcia wskazane w pkt a) i b) powyżej jako opierające się na całkowicie odmiennych składnikach cenowych nie mogły być stosowane zamiennie w niniejszym postępowaniu. W szczególności system rekompensat opisany w pkt a) nie mógł zostać zastosowany od dnia 1.03.2023 roku, czego dotyczyło niniejsze postępowanie.

W związku z powyższym udzielone wyjaśnienie przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania było niezgodne przepisami ustawy z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. 2022, poz. 1967 z późn. zm.), a jednocześnie wprowadzało w błąd potencjalnych wykonawców przy kalkulacji ceny.

Zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 16 Pzp, to na Zamawiającym ciążył obowiązek określenia w SWZ sposobu obliczenia ceny, a opis ten był wiążący dla wykonawców. Tylko oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SWZ mogły być przedmiotem porównania przez Zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 215/19).

Należy dodać, że Zamawiający, po otwarciu ofert, nie mógł dokonać zmiany stanowiska w zakresie sposobu obliczenia ceny wskazanej w dokumentach zamówienia, ponieważ zgodnie

z art. 286 ust. 1 Pzp, wszelkie zmiany treści SWZ powinny być dokonywane przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze, że błędne wyjaśnienia Zamawiającego mogły błędnie sugerować niektórym wykonawcom się sposób obliczenia ceny przy sporządzaniu ofert (które nie podlegają zmianie po otwarciu ofert), co jest wadą niemożliwą do usunięcia, w ocenie Zamawiającego należało unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Jak podkreślono w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych "Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności".

Tym samym niemożliwym był wybór najkorzystniejszej oferty, bez naruszenia przepisu art.17 ust. 2 Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Obecnie złożone oferty nie dają podstaw do ich porównywalności, bowiem aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, to m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.

Dodatkowo udzielenie błędnych wyjaśnień w toku prowadzonego postępowania mogło być uznane za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający nie mógł zmieniać SWZ (poprawić błędu) po otwarciu ofert.

Ponieważ Zamawiający z naruszeniem ustawy udzieliłby zamówienia, umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego zamówienia podlegałaby unieważnieniu, zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak na wstępie.