

Sygn. akt: KIO 1068/23

KIO 1070/23

KIO 1074/23

KIO 1080/23

KIO 1085/23

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Maksym Smorczewski

Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r.

A.przez wykonawcę **Kelvin Sp. z o.o. , z siedzibą w Bielsku-Białej** (sygn. akt: KIO 1068/23);

B.przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o., z siedzibą w Toruniu** (sygn. akt: KIO 1070/23);

C.przez wykonawcę **J.Ż. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: K.J., Iwanowice Włościańskie** (sygn. akt: KIO 1074/23);

D.przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. , z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt: KIO 1080/23);

E.przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. o.o., z siedzibą w Łodzi oraz HEATCO Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** (sygn. akt: KIO 1085/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie**,

przy udziale wykonawcy **DOMTOM PLUS Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1080/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu – **Miejskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie** – dokonać unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **100 000 zł 00 gr** (słownie: sto tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań;

2.2. w sprawie o sygn. akt: 1068/23 zasądza od zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie** – na rzecz wykonawcy **Kelvin Sp. z o.o. , z siedzibą w Bielsku-Białej** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. w sprawie o sygn. akt: 1070/23 zasądza od zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie** – na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM Sp. z o.o., z siedzibą w Toruniu** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.4. w sprawie o sygn. akt: 1074/23 zasądza od zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie** – na rzecz wykonawcy **J.Ż. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: K.J., Iwanowice Włościańskie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.5.sprawie o sygn. akt: 1080/23 zasądza od zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie**– na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Sp. z o.o. , z siedzibą w Krakowie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.6.sprawie o sygn. akt: 1085/23 zasądza od zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie**– na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz HEATCO Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1068/23

KIO 1070/23

KIO 1074/23

KIO 1080/23

KIO 1085/23

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 1068/23

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy KELVIN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsku Białej (dalej „Odwołujący 1”) zarzucając zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 255 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na przebudowę systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5; (2) art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie pełnego uzasadnienia i udowodnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, a dodatkowo: naruszenie zasad i celu postępowania jakim jest udzielenie zamówienia poprzez wybór najkorzystniejszej oferty wynikających w art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części I i II, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego w części I i II jako oferty najkorzystniejszej w tych częściach, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów nin. postępowania, w tym opłaty od odwołania i kosztów zastępstwa wg. przedłożonego rachunku.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5 (nr postępowania IZ/U/11/2022). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej w skrócie ustawa Pzp), a wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne. Zamówienie podzielone zostało na 6 części.

Przed otwarciem ofert w dniu 20 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w części I – 9 265 547,74 zł brutto w części II – 13 990 445,84 zł brutto w części III – 13 987 084,91 zł brutto w części IV – 35 025 125,86 zł brutto w części V – 41 959 530,36 zł brutto w części VI – 10 159 678,44 zł brutto Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21 lutego 2023 r. W postępowaniu złożono 16 ofert, w tym na część I i II oferty złożyło 3 wykonawców (informacja z otwarcia ofert z dnia 21 lutego 2023 r.) Odwołujący 1 złożył ofertę z ceną:

Część I – 6 145 294,02 zł brutto

Część II – 9 684 897,00 zł brutto

W dniu 10 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 1 do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te Odwołujący złożył w komplecie w dniu 17 marca 2023 r.

W dniu 6 kwietnia 2013 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania, a jako podstawę prawną wskazał art. 255 pkt 5) ustawy Pzp. W uzasadnieniu swej decyzji Zamawiający podał, że na skutek

zmiany przepisów prawa, której nie mógł przewidzieć, nie ma już środków finansowych na realizację zamówienia.

Dowód - w aktach postępowania doręczonych do KIO przez Zamawiającego:

- SWZ dla przedmiotowego postępowania
- Informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z dnia 20.02.2023 r.
- Informacja z otwarcia ofert z dnia 21.02.2023 r.
- Oferta Odwołującego 1 z dnia 20.02.2023r.
- Pismo Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2023 r. o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący 1 wskazał, że przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa art. 255 i art. 256 ustawy Pzp. Wszystkie wymienione tam przypadki stanowią uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przesłanka, o której mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, zachodzi w sytuacji, gdy wystąpią łącznie następujące okoliczności:

- istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym;
- istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Przesłanki te muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. W ocenie Odwołującego 1, w decyzji o unieważnieniu postępowania, Zamawiający musi wykazać, że przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, przy czym interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego. Nie będzie uprawnionym twierdzenie, że „prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym”, jeżeli Zamawiający może lub nadal zamierza zrealizować zamówienie, być może w niepełnym zakresie. Aby mógł się powołać na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający musi udowodnić, że już w momencie wszczęcia postępowania nie można było przewidzieć danych okoliczności.

Odwołujący 1 wskazał, że pojęcie „istotna zmiana” nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp i sprawia, że konieczne jest sięganie każdorazowo do wytycznych dyrektyw unijnych oraz do reguł wykładni wypracowanych w doktrynie prawnej i orzecznictwie. Termin ten można rozpatrywać w ujęciu wynikowym, tj. jako rezultat oceny istotności zmiany przeprowadzonej przez Zamawiającego czy też następstwo zdarzeń zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego, a wpływających na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takim zdarzeniem może być istotna zmiana okoliczności jako przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5) Pzp. Samo pojęcie „istotnej zmiany” jest sformułowaniem nieostrym i tym samym wysoce ocennym. Nie ulega jednak wątpliwości, że „istotna zmiana” to zmiana znacząca, kluczowa, doniosła, czyli zmiana stanu rzeczy.

Zdaniem Odwołującego 1, w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły na tyle znaczące i doniosłe zmiany okoliczności, które spowodowały, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Taką okolicznością czy też istotną zmianą okoliczności nie może być uchwalenie 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 z 2023 poz. 295), albowiem możliwość ograniczenia opłat za ciepło dla odbiorców indywidualnych była postulowana od wielu miesięcy. Nadto, instrumenty regulacji opłat za ciepło określała ustawa z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. poz. 1967, 2127, 2185, 2236, 2243 i 2687), która obowiązywała w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zamawiający jako profesjonalista doskonale zna się na zasadach ustalania cen energii i obecna argumentacja, że nie mógł przewidzieć zmiany regulacji ustawowych jest niewiarygodna.

Nadto nie ulega wątpliwości, że w wyniku uchwalenia zmiany ustawy z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła (...) nie odpadł, czy też został zniwelowany interes publiczny, któremu służy przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Krakowa. Zresztą sam Zamawiający tego interesu nie kwestionuje. Pomija jednak wymóg, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt. 5) Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy zmiana okoliczności (otoczenia w którym realizowana jest inwestycja) musi istotna / kluczowa i że zmiany tej przy zachowaniu należytej staranności nie można było przewidzieć, Nadto ta kluczowa, doniosła zmiana powinna uniemożliwić prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia. Wymienione okoliczności / przesłanki muszą wystąpić łącznie, muszą mieć charakter trwały i być nieprzewidywalne w chwili wszczęcia postępowania. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, zmiana przepisów była możliwa do przewidzenia, zmiana ta nie ma charakteru istotnego dla danego zamówienia, a realizacja zamówienia jak najbardziej służy interesowi społecznemu. Z powyższego, zdaniem Odwołującego 1, wynika, że unieważnienie postępowania na przebudowę systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5 było nieuzasadnione i zostało dokonane z naruszeniem wymogów art. 455 pkt. 5) Pzp.

W ocenie Odwołującego 1, unieważniając postępowanie Zamawiający nie wyjaśnił (nie wykazał) czy i dlaczego (cyt. z decyzji Zamawiającego) „środki finansowe które planowało przeznaczyć na realizację zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem musiał przeznaczyć na realizację podstawowych obowiązków związanych z zaopatrywaniem dostawców w ciepło” (?) Takie uzasadnienie nie wynika z treści przepisów 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. z 2023 poz. 295). Ustawa z dnia 8 lutego 2023 r. weszła w życie 15 lutego 2023 r. i zmieniła m.in. ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, ustawę z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne oraz wyżej wymienioną ustawę z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. poz. 1967, 2127, 2185, 2236, 2243 i 2687), które obowiązują w działalności Zamawiającego. Jak wyjaśnia Minister Klimatu i Środowiska „Znowelizowane przepisy przedłużają mechanizm, który ma ograniczyć wzrost cen ciepła dla odbiorców do końca 2023 r. Zmiana przewiduje, że wzrost cen dostawy ciepła systemowego, obejmujący wszystkie opłaty i stawki nałożone na odbiorcę ulegnie ograniczeniu do ustalonego poziomu, który będzie zależny od historycznych cen dostawy ciepła. Maksymalne ceny dostawy ciepła przez przedsiębiorstwa energetyczne będą miały zastosowanie na cele mieszkaniowe i użyteczności publicznej. Zgodnie z ustawą z września 2022 r. na rekompensaty dla wytwórców ciepła, dodatki dla gospodarstw domowych i podmiotów wrażliwych przeznaczono 10 mld zł. Nowelizacja przepisów określa dodatkowe wydatki na 2023 rok w wysokości 4,5 mld zł – do łącznej kwoty 14,5 mld zł. Maksymalna cena dostawy ciepła ma obejmować wszystkie składniki kosztowe dostawy ciepła występujące w danym systemie ciepłowniczym: cenę za zamówioną moc ciepłą, cenę ciepła, cenę nośnika ciepła, stawki opłat stałych i zmiennych za usługi przesyłowe. Zgodnie z ustawą maksymalna cena dostawy ciepła nie może być wyższa niż 140 proc. ceny dostawy ciepła stosowanej w danym systemie ciepłowniczym 30 września 2022 r.”

Odwołujący 1 wskazał, że ustawa została uchwalona w ramach Rządowej Tarczy Energetycznej, która obowiązywała już w 2022 r. Projekt ustawy wpłynął do Sejmu 20 stycznia 2023 r. po uprzednich konsultacjach m.in. z Konfederacją Lewiatan. W roku 2022, w prasie, TV i na stronach internetowych samorządów terytorialnych informowano o planowanych „mechanizmach ochronnych dla odbiorców ciepła przed skutkami kryzysu energetycznego wywołanego przez agresję Rosji w Ukrainie”. Np. 30 sierpnia 2022 r. (cyt) „Podwyżki cen ciepła systemowego, które dopisywane jest do czynszu, mogą wynieść nawet kilkaset procent. Ale rachunki za ogrzewanie i ciepłą wodę dla odbiorców ciepła systemowego wzrosną maksymalnie 42%. Do tego poziomu podwyżki taryfowych cen ciepła ma blokować Urząd Regulacji Energetyki. Jednocześnie państwo uruchamia system dopłat dla ciepłowni, które dostarczają ciepło systemowe”.

Na podstawie znowelizowanej 8 lutego 2023 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki opublikował 23 lutego 2023 r. maksymalne ceny dostaw ciepła poszczególnych dostawców, które będą obowiązywać od 1 marca do 31 grudnia 2023 r. Nowe, obowiązujące od 1 marca ceny są wyższe o 40% w porównaniu do cen obowiązujących dotychczas (od 30 września 2022 r.). W ocenie Odwołującego, nie jest możliwym, aby Zamawiający – jako przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję i wykonujące działalność w zakresie sprzedaży ciepła - nie miał wiedzy o planowanym ograniczeniu wzrostu cen ciepła w 2023 r. i rekompensatach za sprzedaż ciepła po ograniczonej ustawowo cenie wypłacanej tym przedsiębiorstwom przez Zarządcę Rozliczeń. Ustawa z 8 lutego 2023 r. nie wprowadziła nowych obciążeń finansowych dla Zamawiającego jako przedsiębiorstwa energetycznego, tylko przedłużyła mechanizmy ograniczające wzrost cen ciepła dla odbiorców do końca 2023 r. z zapewnieniem rekompensaty. Tym samym argument, że Zamawiający „nie dysponuje środkami niezbędnymi na sfinansowanie zamówienia” jest nieprawdziwy. Być może uregulowania ustawy z dnia 8 lutego 2023 r. zachwieją okresowo sytuację finansową Zamawiającego, ale z tytułu obniżenia cen ciepła otrzyma on przewidziane ustawą rekompensaty (wyrównanie).

W ocenie Odwołującego 1, o niezasadności argumentu o braku środków na sfinansowanie zamówienia świadczy też to, że w dniu 20 lutego 2023 r. przed otwarciem ofert, Zamawiający poinformował wykonawców o wysokości kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (każdej części). W każdej części kwota ta była większa niż cena najkorzystniejszej oferty na daną część i to czasami o kilka milionów złotych (np. w części I o ponad 3,120 tys. zł, a w części II o ponad 4,314 tys. zł). Oznacza to, że w lutym 2023 r. Zamawiający dysponował odpowiednimi środkami (lub miał zabezpieczone przychody) na sfinansowanie inwestycji w kwocie dużo większej niż ceny otrzymanych ofert. Decyzja o unieważnieniu postępowania z „powodu braku środków na realizację zamówienia” nie została należycie uzasadniona a fakt ew. braku środków nie został wykazany (udowodniony). Nie ma informacji dlaczego środki przeznaczone na przedmiotowe zamówienie zostały „utracone” w ciągu 1 miesiąca. (?)

W ocenie Odwołującego 1, odrzucając jego ofertę, która jest ofertą poprawną merytorycznie i najkorzystniejszą w części I i II, Zamawiający pominął podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp. Zgodnie z nią, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych,

uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Celem postępowania jest wybór oferty najlepszej merytorycznie (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1472/20).

W ocenie Odwołującego 1, wskazane w piśmie o unieważnieniu postępowania okoliczności nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania w całości, czy też poszczególnych części. Stanowisko Zamawiającego jest wyrazem niedopuszczalnej rozszerzającej interpretacji przepisów ustawy Pzp w zakresie przesłanek unieważnienia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt: KIO 1070/23 oraz sygn. akt: KIO 1074/23

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm” sp. z o.o. (dalej „Odwołujący 2”) w zakresie części 5 zamówienia oraz odwołanie wykonawcy J.Ż. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: K.J., Iwanowice Włosciańskie (dalej „Odwołujący 3”) w zakresie części 3 i 6 zamówienia.

Odwołujący 2 oraz Odwołujący 3 zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i unieważnieniu Postępowania, również w zakresie Części 3, 5 i 6, mimo że w sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające takie unieważnienie, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, co w konsekwencji doprowadziło do pozbawienia odwołujących możliwości uzyskania zamówienia w zakresie Części 3, 5 i 6, mimo że złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała odrzuceniu i była najkorzystniejsza, a sam odwołujących nie podlegał wykluczeniu z Postępowania;
- 2)art. 255 pkt 5 PZP w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na zastosowaniu i unieważnieniu Postępowania, również w zakresie Części 3, 5 i 6 mimo braku wykazania przez Zamawiającego faktów uzasadniających unieważnienie Postępowania, również w zakresie Części 3, 5 i 6 których ciężar dowodu spoczywał na Zamawiającym.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania, dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej w zakresie Części 5, zaś oferty Odwołującego 3 w części 3 i 6, zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł., dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów przetargowych znajdujących się w aktach Postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów obaj odwołujący przedstawili tożsamą argumentację, wskazując, że w dniu 28 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu sektorowym pn. „Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5”.Zamówienie zostało podzielone na łącznie sześć części:

a)część 1, która obejmowała wykonanie:

- odcinka 1 – przebudowa istniejącego systemu ciepłowniczego – sieć magistralna PP 2 x DN 700, od komory 1PK12 do komory 1PKXIII przy ul. Wielickiej w Krakowie – etap II od Z-2 do Z-4,
- odcinka 2 – przebudowa sieci ciepłowniczej 2 x DN 500 w rejonie ul. Macedońskiej i Ivo Andrica - etap I,
- odcinka 3 – przebudowa sieci ciepłowniczej 2 x DN 500 w rejonie ul. Macedońskiej i Ivo Andrica -etap II;

b)część 2, która obejmowała wykonanie:

- odcinka 4 – przebudowa magistralnej sieci ciepłowniczej 2 x DN 400 na magistralę ciepłą 2 x DN 500 w rejonie ul. Karola Łowińskiego w Krakowie – etap II,
- odcinka 5 – Przebudowa magistralnej sieci ciepłej od komory 2WKR2 do komory 2WKR3 w rejonie ul. Ujastek w Krakowie,
- odcinka 6 – Przebudowa magistralnej sieci ciepłej od komory 2WKR3 do komory 2WKR4 w rejonie ul. Ujastek w Krakowie,
- odcinka 7 – Przebudowa sieci magistralnej 2 x DN 600 na odcinku od komory ciepłowniczej 1WKVI3 do zespolenia z istniejącą siecią preizolowaną 2 x DN 600 w os. Dywizjonu 303 w Krakowie,
- odcinka 8 – Budowa i przebudowa osiedlowej sieci ciepłej 2 x DN 200 i 2 x DN 125 w rejonie ul. Centralnej – Al. Pokoju – ul. Śliwkowej w Krakowie – etap 3;

c)część 3, która obejmowała wykonanie:

- odcinka 9 – Przebudowa istniejącej magistrali ciepłej 2 x DN 800 od pkt. B' w rejonie komory 1NKXI do pkt. A przy ul. Opolskiej w Krakowie,

- odcinka 10 – Przebudowa oraz budowa osiedlowej sieci ciepłowniczej z przyłączami ciepłowniczymi – ul. Czepca, Bronowicka, Zapolskiej, Wesele w Krakowie;

d) część 4, która obejmowała wykonanie odcinka 11 - Budowa oraz przebudowa odcinka magistrali ciepłowniczej od komory 3ZKXI (rej. ul. Lubostroń) do komory 3ZKXV (rej. ul. Torfowej) w Krakowie – sekcja nr 1;

e) część 5, która obejmowała wykonanie:

- odcinka 12 – Budowa oraz przebudowa odcinka magistrali ciepłowniczej od komory 3ZKXV (rej. ul. Torfowej) do komory 3ZKXVIII (rej. ul. Pszczelnej) w Krakowie – sekcja nr 2;
- odcinka 13 – Budowa oraz przebudowa odcinka magistrali ciepłowniczej od komory 3ZKXXA (rej. ul. Rostworowskiego) do komory 3ZKXXIII (rej. Zakrówka) w Krakowie – sekcja nr 4 odcinek od „A” do „B” i od „C” do „D”;

f) część 6, która obejmowała wykonanie:

- odcinka 14 – Budowa i przebudowa sieci ciepłej od pkt. A1 przy ul. Starowiśnej do komory 3ZKPXXIII przy al. Daszyńskiego w Krakowie,
- odcinka 15 – Budowa i przebudowa sieci ciepłowniczej 2 x DN 700 w rejonie al. Kijowskiej i ul. Mazowieckiej w Krakowie.

W związku z podziałem zamówienia na części, Zamawiający dopuścił składanie przez wykonawców ofert na poszczególne części, przy czym każdy wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwie części. W przypadku złożenia oferty na część 4 albo część 5, wykonawca nie mógł już złożyć oferty na żadną inną część. Innymi słowy, w przypadku tych dwóch części, wykonawcy mogli ubiegać się wyłącznie o udzielenie im zamówienia w odniesieniu do jednej części. W ogłoszeniu Zamawiający zastrzegł na podstawie art. 257 PZP, że „może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z Programu operacyjnego Infrastruktura i środowisko na lata 2014-2020, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane”. Ogłoszenie zostało zmienione na mocy sprostowania opublikowanego 20 stycznia 2023 r. Zmianie uległy m.in. terminy składania i otwarcia ofert, które zostały przesunięte z 8 lutego 2023 r. na 21 lutego 2023 r. (godziny tych czynności nie zostały zmienione). Dowody: ogłoszenie o zamówieniu z 28 grudnia 2022 r. (załącznik nr 4 do niniejszego odwołania); sprostowanie ogłoszenia z 20 stycznia 2023 r. (załącznik nr 5 do niniejszego odwołania).

W dniu 21 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Dzień wcześniej jednak udostępnił w swoim Biuletynie Informacji Publicznej informację o kwotach, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia. W przypadku Części 5 kwota ta wynosiła 41.959.530,36 zł. Dwa:

informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (załącznik nr 6 do niniejszego odwołania).

W Postępowaniu oferty złożyło łącznie 11 wykonawców. Jednak tylko dwóch z nich objęło swoją ofertą Część 5 zamówienia. Byli to Odwołujący 2 oraz konsorcjum firm Erbud Industry Centrum sp. z o.o. (lider) i Heatco sp. z o.o. (partner). Obie oferty mieściły się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie tej części zamówienia, ale oferta Odwołującego (33.011.947,86 zł) była korzystniejsza finansowo niż oferta konsorcjum (38.400.600,00 zł). Dowód: informacja z otwarcia ofert (załącznik nr 7 do niniejszego odwołania).

Ponieważ Postępowanie było prowadzone w formule tzw. procedury odwróconej, pismem z 10 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że Zamawiający dokonał badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców i uznał, że złożona przez Odwołującego 2 została wyżej oceniona niż oferta złożona przez konsorcjum. Odwołujący przedłożył wszystkie podmiotowe środki dowodowe zgodnie z żądaniem Zamawiającego (zob. korespondencja znajdująca się w aktach Postępowania), przy czym ostatnie dokumenty były przesyłane pod koniec marca 2023 r.

Mimo powyższego, Zamawiający nagle zmienił retorykę i zamiast dokonać czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (w tym przypadku oferty Odwołującego 2), unieważnił całe Postępowanie. Uzasadniając ten krok, w piśmie z 6 kwietnia 2023 r. (opublikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej dzień później, tj. 7 kwietnia 2023 r.) wskazał następujące powody:

- a) Podstawą prawną unieważnienia wskazaną przez Zamawiającego jest art. 255 pkt 5 PZP. Zdaniem Zamawiającego zaistniały obie przesłanki określone w tym przepisie, tj. istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, oraz skutek tej zmiany w postaci tego, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia przestało leżeć w interesie publicznym.
- b) Odnosnie do pierwszej przesłanki Zamawiający wskazuje, że taką „istotną zmianą okoliczności”, której nie można było wcześniej przewidzieć, jest wejście w życie w dniu 15 lutego 2023 r. 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 („Ustawa Nowelizująca”). Na jej mocy został on obciążony „obowiązkiem stosowania jej regulacji, w tym mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła, którego stosowanie przedsiębiorstwu energetycznemu rekompensować ma mechanizm wyrównania różnicy pomiędzy ceną dostawy ciepła wynikającej z obowiązującej taryfy, a stosowanej maksymalnej ceny dostawy

ciepła dla odbiorców”. Obowiązek stosowania ww. regulacji, a w szczególności maksymalnej ceny dostawy ciepła, obejmuje okres od 1 marca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. Zamawiający twierdzi, że wskutek wprowadzonych rozwiązań ustawowych został „zobowiązany do swoistego kredytowania niższej ceny ciepła finansowanej przez odbiorców z perspektywą ewentualnego uzyskania w przyszłości wyrównania za stosowanie maksymalnej ceny dostawy ciepła”. Przekładając to na sytuację z Postępowanie Zamawiający argumentuje, że „[w]prowadzony mechanizm powoduje, że MPEC S.A. środki finansowe, które planowało przeznaczyć na realizację zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem musiał przeznaczyć na realizację podstawowych obowiązków związanych z zaopatrywaniem dostawców w ciepło”. Jednocześnie podnosi, że „w krótkiej perspektywie MPEC S.A. pozbawione jest (...) środków finansowych oraz możliwości swobodnego korzystania z nich”, a „do chwili obecnej nie funkcjonuje system umożliwiający MPEC S.A. uzyskanie środków w ramach przewidzianych w ustawie wyrównań”. W dalszej części pisma Zamawiający dodaje, że owa istotna zmiana polega również na „sposobie stosowania tych przepisów [Ustawy Nowelizującej – przyp. wł.] i funkcjonowania tych rozwiązań w praktyce”.

c)Odnosnie do drugiej przesłanki, czyli interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania, Zamawiający zauważa, że „sama realizacja zadań w ramach zamówienia pod nazwą »Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5« bez wątpienia leżałaby w interesie publicznym”. W jego ocenie jednak, „prowadzenie w tym zakresie w chwili obecnej postępowania, którego przedmiot jest niemożliwy do zrealizowania, nie leży w interesie publicznym”, albowiem „zaciąganie przez MPEC S.A. zobowiązań, z których mogłoby się nie wywiązać wprost przeczy” temu interesowi. Zamawiający wskazuje dalej, że oceniając kwestię interesu publicznego bierze pod uwagę również przepisy inne niż PZP, w tym przepisy ustawy o finansach publicznych i przepisy Kodeksu spółek handlowych. Podnosi też, że „w interesie publicznym leży racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi pochodzącymi z budżetu UE w sposób, który nie będzie także stanowił zagrożenia dla możliwości sfinansowania realizacji zadań statutowych związanych z funkcjonowaniem MPEC S.A.”.

d)W rezultacie Zamawiający stwierdził, że jego sytuacja na tyle się zmieniła, że „nie ma obecnie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia i postępowanie musi zostać unieważnione”.

Dowód: pismo z 6 kwietnia 2023 r. o unieważnieniu Postępowania (załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).

Odwołujący wskazali, że w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów jednolicie przyjmuje się, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma doniosły skutek. Porównywane jest do przyrzeczenia publicznego, albowiem celem postępowania jest zawarcie – w drodze ustawowo uregulowanej procedury – umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tej perspektywy, jako oczywisty jawi się wniosek, że przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jako wyjątki o ww. zasady, nie mogą być wykładane rozszerzająco, a ich stosowanie nie może polegać na uznaniowości. Przeciwnie, powinny być one wykładane w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej. Jest to szczególnie istotne w przypadku, gdy do unieważnienia dochodzi już po otwarciu ofert, kiedy zamawiający wie jacy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia i zna oferowane przez nich warunki. Odwołujący wskazali, że konieczność zachowania daleko posuniętej ostrożności i rozwagi przy stosowaniu art. 255 PZP podkreślają również regulacje dotyczące naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ustawodawca przesądził bowiem, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Dalej odwołujący wskazali, że w specyficzny sposób postrzegane jest zagadnienie ciężaru dowodu w zakresie podstaw unieważnienia postępowania. Powszechnie akceptowany jest pogląd, że „ciężar dowodu pozwalający ocenić prawidłowości czynności podmiotu zamawiającego obejmującą unieważnienie wszczętego i prowadzonego postępowania spoczywa na tym ostatnim”. Innymi słowy, to „zamawiający ma obowiązek wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy opiera się na okolicznościach wiadomych tylko i wyłącznie jemu, iż okoliczności te zaistniały i wpisują się one w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP”. Przytoczony fragment odnosi się co prawda do konkretnego przypadku unieważnienia postępowania, ale może być z powodzeniem uogólniony i stosowany do każdego z ustawowych przypadków obligatoryjnego unieważnienia. Na marginesie wyjaśnienia wymaga, że wskazany w cytacie przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w pełni odpowiada treściowo obecnie obowiązującemu przepisowi art. 255 pkt 5 PZP, który ma kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy. W związku z tym całość orzecznictwa wydanego na gruncie pierwszego z ww. przepisów zachowuje aktualność również w obecnym stanie prawnym.

W ocenie odwołujący się wykonawców zasadnicze znaczenie dla niniejszej sprawy ma to, że: „Oceny legalności tej

czynności [tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia – przyp. wł.] dokonuje się w świetle uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego w zawiadomieniu o dokonaniu tej czynności. Okoliczności, które nie zostały wskazane w uzasadnieniu przedstawionym przez zamawiającego, nie podlegają ocenie Izby” . Oznacza to, że przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu mogą być wyłącznie te informacje, które zostały zawarte w piśmie Zamawiającego z 6 kwietnia 2023 r. Wszelkie dodatkowe wyjaśnienia czy informacje, nawet jeżeli zostaną złożone w trakcie postępowania, podlegają pominięciu przez Izbę.

Odwołujący wskazali, że art. 255 pkt 5 PZP przewiduje jedną z obligatoryjnych podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z nim, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Obowiązek unieważnienia postępowania aktualizuje się zatem wyłącznie w razie kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek ujętych w tym przepisie , tj.: (i) nastąpiła istotna zmiana okoliczności, (ii) istotna zmiana okoliczności spowodowała, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, (iii) istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący wskazali, że przez istotną zmianę okoliczności rozumie się zmianę okoliczności, która ma charakter trwały, nieodwracalny, a także zewnętrzny wobec stron postępowania odwoławczego. Brak jest podstaw, aby uznać, że zmiana sytuacji wywołana przez jedną ze stron stanowi „istotną zmianę okoliczności” w rozumieniu omawianego przepisu. Wskazuje się też, że zmiana musi mieć charakter obiektywny. Oznacza to, że nie przez „istotną zmianę okoliczności” nie można rozumieć sytuacji, w których zamawiający działał lekkomyślnie (tzn. zdawał sobie sprawę, że okoliczności te wystąpią, lecz bezpodstawnie myślał, że ich uniknie) lub niedbale (tzn. nie przewidywał zajścia nowych okoliczności, lecz mógł i powinien był je przewidzieć) . W końcu taka zmiana musi być istotna, a więc być znacząca, niebagatelna. Druga przesłanka dotyczy związku kauzalnego pomiędzy zaistnieniem „istotnej zmiany okoliczności” a tym, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy przestały leżeć w interesie publicznym. Związek ten powinien mieć charakter warunku sine qua non, tzn. „zmiana okoliczności ma stanowić warunek niezbędny (...) zaprzestania kontynuacji postępowania lub wykonania zamówienia” z perspektywy interesu publicznego. Ponieważ pojęcie „interesu publicznego” nie zostało zdefiniowane w PZP, w literaturze i orzecznictwie dokonuje się jego interpretacji przez pryzmat m.in. orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Zwłaszcza chodzi tutaj o uchwałę z 12 marca 1997 r. , w której określono, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Co istotne, interes publiczny nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Dokonując czynności unieważnienia postępowania zamawiający „powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania i wykazać, że jest on na tyle ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców”.

Ostatnia przesłanka polega na ocenie, czy „istotna zmiana okoliczności” była do przewidzenia na wcześniejszym etapie. Chodzi w tym przypadku o dokonanie racjonalnej, starannej oceny, czy daną zmianę można było przewidzieć przed wszczęciem postępowania.

W ocenie odwołujących, stan faktyczny sprawy jednoznacznie wskazuje, że nie zaistniały podstawy do zastosowania art. 255 pkt 5 PZP, albowiem nie zmaterializowała się żadna z określonych w tym przepisie przesłanek. W piśmie z 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający argumentuje, że za istotną zmianę okoliczności, która powoduje, że dalsze prowadzenie Postępowania nie leży w interesie publicznym, należy uznać uchwalenie i wejście w życie Ustawy Nowelizującej oraz sposób stosowania jej przepisów w praktyce. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, Ustawa Nowelizująca nie zmieniła sytuacji MPEC w tak dalece negatywny sposób, jak to zostało przedstawione w ww. piśmie, a w związku z tym nie stanowi „istotnej zmiany okoliczności” w rozumieniu art. 255 pkt 5 PZP. Poza sporem jest, że na mocy Ustawy Nowelizującej wprowadzono ograniczenie w zakresie cen dostawy ciepła dla odbiorców, które mogą być stosowane przez przedsiębiorstwa energetyczne, w tym MPEC, w okresie od 1 marca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. Pojęcie „ceny dostawy ciepła” jest pojęciem nowym, nieznanym wcześniej ustawie. Zostało ono zdefiniowane jako suma (i) ilorazu sumy planowanych przychodów sprzedawcy ciepła ze sprzedaży ciepła, mocy cieplnej i nośnika ciepła oraz planowanej ilości sprzedanego ciepła dla danego systemu ciepłowniczego w stosowanej taryfie dla ciepła, oraz (ii) średniej stawki opłat za usługi przesyłowe dla systemu ciepłowniczego, tj. ilorazu sumy planowanych przychodów sprzedawcy ciepła ze stałych i zmiennych opłat za usługi przesyłowe oraz planowanej dla danego systemu ciepłowniczego ilości ciepła dostarczanego z tego systemu do odbiorców usług przesyłowych obliczony zgodnie ze stosowaną taryfą dla ciepła (zob. art. 2 pkt 5a i 5b ustawy z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw – „Ustawa o Ciepłe”).

Obok pojęcia „cena dostawy ciepła” Ustawa Nowelizująca wprowadziła jeszcze pojęcie „maksymalna cena dostawy

ciepła". Należy przez nie rozumieć cenę dostawy ciepła obliczoną przez przedsiębiorstwo energetyczne dla danego systemu ciepłowniczego z uwzględnieniem cen i stawek opłat w każdej grupie taryfowej, powiększoną o 40% w stosunku do tych cen i stawek opłat stosowanych na dzień 30 września 2022 r. (zob. art. 2 pkt 5c Ustawy o Ciepłe). Tak ujmowana „maksymalna cena dostawy ciepła” stanowi punkt odniesienia, który wyznacza graniczną wartość obciążenia finansowego odbiorców ciepła określonych w art. 4 ust. 1 Ustawy o Ciepłe. Innymi słowy, jest to maksymalna cena, jaką Ci odbiorcy ciepła – a więc przede wszystkim gospodarstwa domowe, wspólnoty mieszkaniowe i spółdzielnie mieszkaniowe, ale również instytucje oświatowe, kulturalne, itp. – będą musieli płacić w okresie od 1 marca do 31 grudnia 2023 r.

Podstawą wyliczenia maksymalnej ceny dostawy ciepła dla danego systemu ciepłowniczego są zasadniczo ceny za zamówioną moc cieplną, ceny ciepła, ceny nośnika ciepła oraz stawki opłat stałych i zmiennych za usługi przesyłowe, opublikowane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki („Prezes URE”) (zob. art. 3a ust. 2 pkt 1 Ustawy o Ciepłe). Obowiązek takiej publikacji został nałożony na Prezesa URE w art. 3a ust. 1 Ustawy o Ciepłe. Zgodnie z tym przepisem, w terminie 10 dni od dnia wejścia w życie Ustawy Nowelizującej miał on opublikować w Biuletynie Informacji Publicznej – dla każdego przedsiębiorstwa energetycznego posiadającego koncesję i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży ciepła odbiorcom określonym w art. 4 ust. 1 Ustawy o Ciepłe i dla każdej grupy taryfowej w danym systemie ciepłowniczym – wartości ceny za zamówioną moc cieplną, ceny ciepła, ceny nośnika ciepła oraz stawki opłaty stałych za usługi przesyłowe i stawki opłat zmiennych za usługi przesyłowe, stosowane w dniu 30 września 2022 r. w danym systemie, powiększone o 40% (bez VAT). Prezes URE wywiązał się z tego obowiązku publikując informację nr 9/2023 z 22 lutego 2023 r. Dowód: wyciąg z informacji Prezesa URE nr 9/2023 z 22 lutego 2023 r. (załącznik nr 9 do niniejszego odwołania).

Jak wskazano powyżej, maksymalna cena dostawy ciepła jest wartością graniczną, która ma gwarantować, że odbiorcy ciepła nie zapłacą więcej niż ona wynosi. Może się jednak zdarzyć, że cena dostawy ciepła obliczona np. na podstawie stosowanej przez danego przedsiębiorcę energetycznego taryfy dla ciepła będzie niższa niż maksymalna cena dostawy ciepła. W takim przypadku brak byłoby podstaw, aby odbiorca miał ponosić koszty odbioru ciepła ustalane na podstawie maksymalnej ceny dostaw ciepła, skoro dotychczasowa taryfa jest dla niego korzystniejsza. W związku z tym, aby chronić odbiorców przed tego rodzaju sytuacjami, ustawodawca wprowadził zasadę stosowania ceny najniższej. Zasada ta została ujęta w art. 3 ust. 4 Ustawy o Ciepłe. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy w okresie od 1 marca do 31 grudnia 2023 r. maksymalna cena dostawy ciepła jest w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym wyższa od: (i) średniej ceny wytwarzania ciepła z rekompensatą, o której mowa w art. 3 ust. 3, obliczonej dla danego systemu ciepłowniczego, powiększonej o średnią stawkę opłat za usługi przesyłowe w tym systemie ciepłowniczym albo (ii) ceny dostawy ciepła obliczonej na podstawie stosowanej taryfy dla ciepła w danym systemie ciepłowniczym – przedsiębiorstwo energetyczne stosuje w rozliczeniach z odbiorcami, w tym okresie rozliczeniowym, cenę najniższą z określonych w pkt (i) i (ii). Oznacza to, że każdy przedsiębiorca energetyczny powinien obliczyć łącznie 3 ceny dostawy ciepła – maksymalną, wynikającą z taryfy i na podstawie średniej ceny wytwarzania ciepła z rekompensatą – a następnie porównać je i każdorazowo stosować cenę najniższą.

Zdaniem odwołujących, w kontekście niniejszej sprawy istotne jest to, że jeżeli cena lub stawka określona w aktualnie obowiązującej taryfie (lub cenniku) jest niższa od ceny lub stawki przyjętej do wyliczenia maksymalnej ceny dostawy ciepła (a więc ceny lub stawki stosowanej w dniu 30 września 2022 r., powiększonej o 40%), to do rozliczeń z odbiorcami zastosowanie znajdzie cena lub stawka niższa, wynikająca z taryfy / cennika (zob. art. 3a ust. 2 pkt 2 Ustawy o Ciepłe). Dowód: prezentacja Ministerstwa Klimatu i Środowiska dot. Ustawy Nowelizującej (załącznik nr 10 do niniejszego odwołania). W przypadku MPEC zaistniała ostatnia z określonych powyżej sytuacji. Zgodnie z decyzją Prezesa URE z 15 grudnia 2022 r. (znak: OKR.4210.70.2022.RF) zatwierdzającą taryfę dla ciepła ustaloną przez MPEC („Taryfa”), która to taryfa weszła w życie z dniem 1 stycznia 2023 r., odbiorcy zostali podzieleni na łącznie 7 grup taryfowych oznaczonych jako: S1-WIP, S1-WIP-e, S1-WGP, S1-WGP-I, S1-WO, KG-w i EOpc. Przyjęte przez MPEC kryteria wyróżnienia poszczególnych grup nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W Taryfie określono stawki opłat stałych (w ujęciu rocznym i miesięcznym) i zmiennych za usługi przesyłowe obowiązujące w okresie do 30 kwietnia 2023 r. i od 1 maja 2023 r., przy czym określenie to dotyczy pierwszych pięciu grup taryfowych wymienionych powyżej. W Taryfie określono również stawki opłat miesięcznych za zamówioną moc cieplną i stawki opłat za ciepło, przy czym określenie to dotyczy jedynie dwóch ostatnich grup taryfowych (KG-w i EO-pc), tj. odbiorców, którzy są zaopatrywani w ciepło z kotłowni gazowych i z pomp ciepła będących własnością MPEC. Dowód:

decyzja Prezesa URE z 15 grudnia 2022 r. (znak: OKR.4210.70.2022.RF) (załącznik nr 11 do niniejszego odwołania).

Zdaniem odwołujących, już z samego ukształtowania Taryfy jest oczywistym, że zasadniczym przedmiotem działalności MPEC jest świadczenie usług przesyłowych, a nie wytwarzanie ciepła. W tym drugim zakresie bowiem MPEC ściśle współpracuje z trzema dostawcami ciepła, tj. PGE Energia Ciepła SA, CEZ Skawina SA oraz Krakowskim Holdingiem Komunalnym SA będącym właścicielem i operatorem Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadków w Krakowie, którzy odpowiadają praktycznie za całość ciepła następnie sprzedawanego przez MPEC. Potwierdza to plan rozwoju MPEC na lata 2020-2025, z którego wynika, że ilość sprzedawanej energii cieplnej pochodzącej z własnej produkcji (czyli z kotłowni i pomp ciepła) w stosunku do ilości sprzedawanej energii cieplnej w ogóle jest całkowicie marginalna (planowo 57 TJ w stosunku do 9.906,3 TJ). Spostrzeżenie to powoduje, że za podstawowe źródło przychodu MPEC należy uznać stałe i zmienne opłaty za świadczone usługi przesyłowe. Dowody:

raport roczny MPEC za rok 2021 (załącznik nr 12 do niniejszego odwołania); plan rozwoju MPEC na lata 2020-2025 (załącznik nr 13 do niniejszego odwołania).

Porównanie stawek opłat stałych i zmiennych za usługi przesyłowe określonych w Taryfie oraz stawek opłat stałych i zmiennych za usługi przesyłowe określonych przez Prezesa URE na podstawie art. 3a ust. 1 Ustawy o Ciepłe prowadzi do wniosku, że w przypadku 3 grup taryfowych stawki te są niższe w Taryfie (zaznaczone na zielono), a w przypadku kolejnych 2 grup – niższe w publikacji Prezesa URE (zaznaczono na pomarańczowo). Obrazują poniższe tabele, które uwzględniają dodatkowo zmianę stawek w Taryfie, która ma się dokonać na przełomie kwietnia i maja 2023 r.

Tabela nr 1 – Stawki opłat w Taryfie obowiązujące do 30 kwietnia 2023 r.

Grupa taryfowa	Przesyłanie i dystrybucja		
	Stawka opłaty stałej za usługi przesyłowe	Miesięczna rata opłaty stałej za usługi przesyłowe	Stawka opłaty zmiennej za usługi przesyłowe
	zł / MW / rok	zł / MW / m-c	zł / GJ
S1-WIP	61.627,80	5.135,65	25,61
S1-WIP-e	50.340,00	4.195,00	23,05
S1-WGP	89.909,40	7.492,45	35,18
S1-WGP-I	84.132,84	7.011,07	30,31
S1-WO	37.950,00	3.162,50	17,31

Tabela nr 2 – Stawki opłat w Taryfie obowiązujące od 1 maja 2023 r.

Grupa taryfowa	Przesyłanie i dystrybucja		
	Stawka opłaty stałej za usługi przesyłowe	Miesięczna rata opłaty stałej za usługi przesyłowe	Stawka opłaty zmiennej za usługi przesyłowe
	zł / MW / rok	zł / MW / m-c	zł / GJ
S1-WIP	61.294,80	5.107,90	25,47
S1-WIP-e	50.007,00	4.167,25	22,90
S1-WGP	89.548,92	7.462,41	35,04
S1-WGP-I	83.799,96	6.983,33	30,19
S1-WO	37.617,00	3.134,75	17,16

Tabela nr 3 – Stawki opłat w publikacji Prezesa URE

Grupa taryfowa	Przesyłanie i dystrybucja		
	Stawka opłaty stałej za usługi przesyłowe	Miesięczna rata opłaty stałej za usługi przesyłowe	Stawka opłaty zmiennej za usługi przesyłowe
	zł / MW / rok	zł / MW / m-c	zł / GJ
S1-WIP	65.203,66	5.433,64	28,71
S1-WIP-e	57.716,40	4.809,70	27,65
S1-WGP	74.831,40	6.235,95	30,93
S1-WGP-I	65.806,78	5.483,90	24,99
S1-WO	43.547,95	3.629,00	20,83

Zdaniem odwołujących, taki stan rzeczy oznaczają, że zmiany wprowadzone Ustawą Nowelizującą wymusiły na MPEC obniżenie stawek opłat stałych za usługi przesyłowe i stawek opłat zmiennych za usługi przesyłowe wyłącznie w odniesieniu do dwóch grup taryfowych oznaczonych jako S1-WGP i S1-WGP-I. Natomiast w przypadku grup oznaczonych jako S1-WIP, S1-WIP-e oraz S1-WO Ustawa Nowelizująca w żaden sposób nie wpłynęła na stawki oferowane przez MPEC odbiorcom zaliczonym do tych grup. Stawki określone w Taryfie dla tych grup okazały się

bowiem korzystniejsze (niższe) niż stawki określone na mocy Ustawy Nowelizującej (stosowane na dzień 30 września 2022 r., powiększone o 40%). Podkreślenia wymaga przy tym, że w przypadku grup taryfowych S1-WGP i S1-WGP-I różnica pomiędzy stawkami opublikowanymi przez Prezesa URE a stawkami z Taryfy ulegnie zmniejszeniu z dniem 1 maja 2023 r., kiedy to miały wejść w życie niższe stawki określone w Taryfie. Okoliczność ta dalej minimalizuje wpływ Ustawy Nowelizującej na przedsiębiorstwo Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie, w ocenie odwołujących, nie można przyjąć, że uchwalenie i wejście w życie Ustawy Nowelizującej stanowiło „istotną zmianę okoliczności” dla Zamawiającego. Zmiany wprowadzone na mocy tego aktu prawnego jedynie w niewielkim zakresie wpłynęły bowiem (o ile w ogóle) na podstawową działalność Zamawiającego, tj. świadczenie usług przesyłowych, oraz uzyskiwane z tego tytułu przychody. Po drugie, Zamawiający przedstawiając negatywny wpływ Ustawy Nowelizującej na jego sytuację finansową całkowicie pominął to, że Ustawa ta dotyczy jedynie części odbiorców dostarczanego przez niego ciepła. Kategorie odbiorców, w stosunku do których MPEC ma obowiązek stosować maksymalną cenę dostawy ciepła lub inną najniższą cenę dostawy ciepła, zostały określone w art. 4 ust. 1 Ustawy o Ciepłe. Katalog ten nie obejmuje w ogóle podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców), którzy – zgodnie z raportem rocznym MPEC za 2021 rok (s. 13) – stanowią blisko 24% wszystkich odbiorców ciepła (według mocy sprzedanej). Oznacza to, że w stosunku do niemal jednej czwartej odbiorców MPEC dalej może stosować stawki opłat określone w Taryfie, nie ponosząc w tym zakresie żadnych „strat” w związku z wejściem w życie Ustawy Nowelizującej. Dowód: raport roczny MPEC za rok 2021 (załącznik nr 12 do niniejszego odwołania). Po trzecie, należy zwrócić uwagę na okres, w którym ma być stosowana maksymalna cena dostawy ciepła, oraz jego relację w stosunku do tzw. sezonu grzewczego. Okres ten, zgodnie z Ustawą Nowelizującą, rozciąga się od 1 marca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. Oznacza to, że nie obejmuje on stycznia i lutego, a więc dwóch miesięcy zimowych (łącznie 59 dni), które bezspornie można zaliczyć do sezonu grzewczego. Przyjmując, że sezon grzewczy obejmuje łącznie 228 dni w roku (taka wartość została przyjęta w planie rozwoju MPEC na lata 2020-2025, s. 18) oznacza to, że spośród 306 dni objętych okresem, gdy ma być stosowana maksymalna cena dostawy ciepła, jako sezon grzewczy można zakwalifikować jedynie 169 dni (ok. 55%). Dowód: plan rozwoju MPEC na lata 2020-2025 (załącznik nr 13 do odwołania). Jeżeli uwzględnić przy tym, że sprzedaż związana z ogrzewaniem (tzw. c.o.) stanowi ok. 75% działalności firmy (liczonej według mocy sprzedanej), to oznacza to, że obowiązek stosowania maksymalnej ceny dostawy ciepła będzie dotyczył jedynie 41,25% działalności MPEC (liczonej według mocy sprzedanej), przy czym liczba ta powinna dalej zostać pomniejszona o ciepło sprzedane podmiotom gospodarczym, w stosunku do których nie stosuje się przepisów Ustawy Nowelizującej. Pozostała część działalności MPEC nie zostanie natomiast w żaden sposób „dotknięta” skutkami wynikającymi z uchwalenia Ustawy Nowelizującej, i to w omówionym już, znacznie węższym zakresie niż przedstawia to Zamawiający. Po czwarte, ewentualny negatywny wpływ Ustawy Nowelizującej na działalność Zamawiającego (o ile w ogóle występuje) jest w całości neutralizowany rozwiązaniami przyjętymi przez ustawodawcę, na które zresztą wskazuje sam Zamawiający. W piśmie z 6 kwietnia 2023 r. MPEC przyznał bowiem, że Ustawa Nowelizująca zawiera „mechanizm wyrównywania różnicy pomiędzy ceną dostawy ciepła wynikającej z obowiązującej taryfy, a stosowanej maksymalnej ceny dostawy ciepła dla odbiorców”. Z niejasnych względów jednak Zamawiający wskazuje jednocześnie, że „do chwili obecnej nie funkcjonuje system umożliwiający MPEC S.A. uzyskanie środków w ramach przewidzianych w ustawie wyrównań”. Zamawiający nie wyjaśnił, co konkretnie w tym systemie nie funkcjonuje. Odwołujący wskazali, że mechanizm wyrównań został uregulowany w art. 12a Ustawy o Ciepłe. Jego istota sprowadza się do tego, że przedsiębiorstwu energetycznemu stosującemu maksymalną cenę dostawy ciepła lub inną najniższą cenę dostawy ciepła, która nie została ustalona na podstawie taryfy, przysługuje wyrównanie w wysokości iloczynu (i) różnicy pomiędzy ceną dostawy ciepła wyliczoną na podstawie taryfy tego przedsiębiorstwa a ceną, którą przedsiębiorstwo musi stosować w związku z wejściem w życie Ustawy Nowelizującej oraz (ii) ilością sprzedanego ciepła odbiorcom określonym w art. 4 ust. 1 w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym. Iloczyn ten podlega powiększeniu o podatek od towarów i usług. Tak ujęty mechanizm wyrównań pozwala na całkowite zniwelowanie wszelkich ewentualnych negatywnych skutków wejścia w życie Ustawy Nowelizującej i minimalizuje jej wpływ na sytuację finansową przedsiębiorstw energetycznych, w tym MPEC, gwarantując uzyskanie zwrotu całości „strat” poniesionych w związku z niestosowaniem taryfy. Być może opinia MPEC co do „niefunkcjonowania” mechanizmu wyrównań wynika z tego, że na dzień złożenia niniejszego odwołania nie upłynął jeszcze termin na złożenie wniosku o wypłatę wyrównania za pierwszy miesiąc funkcjonowania mechanizmu, tj. za marzec 2023 r. Zgodnie bowiem z art. 13 ust. 3 w zw. z art. 12a ust. 11 Ustawy o Ciepłe, wniosek o wypłatę wyrównania składa się do 25 dnia każdego miesiąca następującego po danym miesięcznym okresie rozliczeniowym. W przypadku okresu rozliczeniowego obejmującego marzec 2023 r., wniosek o wypłatę wyrównania powinien więc zostać złożony do 25 kwietnia 2023 r. Jeżeli wniosek o wypłatę wyrównania przejdzie weryfikację podmiotu wypłacającego (w tym przypadku chodzi o Zarządcę Rozliczeń S.A. – zob. art. 12a ust. 10 pkt 1 Ustawy o Ciepłe) z wynikiem pozytywnym, to wypłata wyrównania powinna nastąpić w terminie 14 dni od dnia otrzymania wniosku (zob. art. 14 ust. 2 Ustawy o Ciepłe). Oznacza to, że – zakładając, że prawidłowo sporządzony wniosek zostanie złożony w ostatnim możliwym dniu – wypłata

wyrównania za marzec 2023 r. nastąpi do 9 maja 2023 r.

W ocenie odwołujących, mając na względzie powyższe nie sposób uznać za prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że „do chwili obecnej nie funkcjonuje system umożliwiający MPEC S.A. uzyskanie środków w ramach przewidzianych w ustawie wyrównań”. Mechanizm ten został wprowadzony bowiem na mocy przepisów Ustawy Nowelizującej i jako taki funkcjonuje już od 15 lutego 2023 r. Co więcej, został on wdrożony również przez podmiot odpowiedzialny za wypłaty wyrównań, tj. Zarządcę Rozliczeń S.A. Potwierdza to informacja ze strony internetowej tego podmiotu z 31 marca 2023 r. o udostępnieniu w portalu możliwości składania wniosków o wypłatę wyrównań m.in. na podstawie art. 12a Ustawy o Ciepłe. Całkowicie odrębną kwestią jest natomiast to, czy Zamawiający otrzyma wyrównania za poszczególne miesięczne okresy rozliczeniowe, co jest warunkowane m.in. prawidłowym i terminowym złożeniem przez niego wniosków. Zdarzenia te są jednak zdarzeniami zależnymi od działań Zamawiającego, przyszłymi i niepewnymi, więc jako takie nie mogą stanowić „istotnej zmiany okoliczności” w rozumieniu art. 255 pkt 5 PZP.

W ocenie odwołujących, wszystkie przedstawione powyżej argumenty jednoznacznie przemawiają przeciwko możliwości uznania, że wejście w życie Ustawy Nowelizującej stanowiło „istotną zmianę okoliczności”. Argumenty te przemawiają za uznaniem, że w rzeczywistości wpływ nowego prawa na działalność MPEC (o ile w ogóle wystąpi) będzie niewielki, a to ze względu na to, że wiele obszarów działalności MPEC w ogóle nie zostało objęte działaniem tego prawa (podmioty gospodarcze, trzy z pięciu grup taryfowych, styczeń i luty 2023 r.). W przypadku tych obszarów działalności MPEC, które zostały objęte Ustawą Nowelizującą, jej wpływ został w całości zneutralizowany wprowadzeniem mechanizmu wyrównań, który – wbrew temu co sugeruje MPEC – funkcjonuje zarówno od strony prawnej, jak i faktycznej.

Również, zdaniem odwołujących, błędne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby prowadzenie Postępowania w chwili obecnej nie leżało w interesie publicznym, albowiem jego „przedmiot jest niemożliwy do zrealizowania”, a „zaciąganie przez MPEC S.A. zobowiązań, z których mogłoby się nie wywiązać wprost przeczy interesowi publicznemu”. Uwzględniając wcześniejsze wyjaśnienia co do pojmowania interesu publicznego na gruncie art. 255 pkt 5 PZP, w przypadku niniejszej sprawy prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia ewidentnie leży w interesie publicznym. Przedmiotem zamówienia jest bowiem zarówno budowa nowych fragmentów, jak i przebudowa istniejących fragmentów systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny, a więc systemu, który pozwala zaopatrywać w ciepło mieszkańców tych miast, działające w nich firmy i instytucje. Prace te są szczególnie istotne w przypadku takich miast jak Kraków i Skawina. Jednym z podstawowych problemów, z jakimi się mierzą – zwłaszcza w okresie zimowym, a więc grzewczym – jest olbrzymie zanieczyszczenie powietrza związane przede wszystkim z ogrzewaniem za pomocą starych pieców i kotłów opalanych węglem, drewnem, a nierzadko śmieciami. Problem ten był na tyle duży, że przez długi czas Kraków zajmował czołowe miejsca w rankingach najbardziej zanieczyszczonych miast świata. Sytuacja nieco poprawiła się począwszy od 2019 roku, kiedy miasto wprowadziło tzw. uchwałę antysmogową, zakazującą spalania w instalacjach grzewczych paliw stałych, a więc głównie węgla i drewna. Mimo podejmowanych środków, sytuacja dalej jest zła, albowiem i w 2021 roku i w 2022 roku Kraków ponownie znajdował się w czołówce najbardziej zanieczyszczonych miast świata.

Mając na uwadze powyższe, nie powinno budzić wątpliwości, że rozbudowa i przebudowa sieci ciepłowniczej Krakowa i Skawiny leży w interesie publicznym, pojmowanym w szczególności jako interes lokalnej społeczności. Inwestycje realizowane przez MPEC wprost przekładają się na poziom życia mieszkańców, w tym na ich lepsze zdrowie. Jak bowiem wskazuje sam Zamawiający w swoim raporcie rocznym za rok 2021 (s. 9), „ciepło sieciowe jest ekologiczne”, a „jego produkcja i przesył, przy zastosowaniu nowoczesnych technologii, przyczyniają się do zmniejszenia emisji zanieczyszczeń i ograniczają straty energii”. Skalę korzyści wynikających z projektów realizowanych przez MPEC, w tym z realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, najlepiej prezentuje sam Zamawiający. We wspomnianym raporcie za rok 2021, omawiając cztery nowe projekty, które są lub będą realizowane, w tym projekt objęty Postępowaniem, Zamawiający wskazał (s. 18): „Łącznym efektem czterech Projektów będzie wybudowanie ponad 121 kilometrów nowej sieci ciepłej, zmniejszenie emisji pyłów PM10 i PM2.5 o ok. 60 ton rocznie oraz stworzenie możliwości korzystania z ekologicznego ciepła sieciowego dla ponad 35 tysięcy mieszkańców”. Korzyści te są nie do przecenienia, zwłaszcza w takich miastach jak Kraków czy podkrakowska Skawina. Dowód: raport roczny MPEC za rok 2021 (załącznik nr 12 do niniejszego odwołania).

Działania MPEC związane z przebudową sieci ciepłowniczej Krakowa i Skawiny oraz związane z nimi korzyści są mocno eksponowane w materiałach przygotowanych przez samego Zamawiającego. Poza przytoczonym wcześniej fragmentem raportu rocznego za rok 2021, w tym samym dokumencie MPEC wskazał, że: „Latem 2020 r. MPEC S.A. pozyskało dofinansowanie na Projekt »Przebudowa Systemu Ciepłowniczego Krakowa i Skawiny«, o które to dofinansowanie Zarząd Spółki ubiegał się bez powodzenia w 2017 r. W wyniku podpisanej 5 sierpnia 2020 r. umowy na Projekt oznaczony nr 2 [tj. projekt, który jest przedmiotem Postępowania – przyp. wł.] otrzymamy dofinansowanie w wysokości 55 mln zł”. Biorąc pod uwagę, że szacunkowa całkowita wartość zamówienia (wszystkich sześciu części)

podana w ogłoszeniu o zamówieniu wynosi 129.604.393,04 zł (bez VAT), unijne dofinansowanie ma wynieść ok. 42%. W tym kontekście, zdaniem odwołujących, sprzeczne z interesem publicznym byłoby niewykorzystanie tego dofinansowania, o które Zamawiający ubiegał się już 6 lat temu i którego wówczas nie otrzymał. Z tego powodu prowadzenie Postępowania i realizacja zamówienia tym bardziej leżą w interesie publicznym. Dowody: raport roczny MPEC za rok 2021 (załącznik nr 12 do niniejszego odwołania); ogłoszenie o zamówieniu z 28 grudnia 2022 r. (załącznik nr 4 do niniejszego odwołania).

Z pisma MPEC z 6 kwietnia 2023 r. można wywieść, że Zamawiający bezpodstawnie utożsamia swój własny interes z interesem publicznym. Tymczasem interesy te nie zawsze muszą się pokrywać. Potwierdza to wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2002 r. Wskazano w nim, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Na tej podstawie przyjmuje się, że „inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie mogą być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania”. W szczególności taką samoistną przyczyną nie może być brak środków na realizację zamówienia, nawet jeżeli wynika z okoliczności nieprzewidywalnych.

Poza omówionymi dotychczas kwestiami, w niniejszej sprawie wątpliwe jest również istnienie związku kauzalnego pomiędzy wejściem w życie Ustawy Nowelizującej, a spowodowaniem, że prowadzenie Postępowania przestało leżeć w interesie publicznym. Zamawiający całkowicie pomija to, że prace Sejmu nad Ustawą Nowelizującą rozpoczęły się już 20 stycznia 2023 r., a więc niespełna miesiąc po ukazaniu się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o Postępowaniu i miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Prace parlamentarne przebiegły szybko i już 8 lutego 2023 r. Ustawa Nowelizująca została uchwalona. Prezydent podpisał ją 13 lutego, w konsekwencji czego weszła ona w życie już 15 lutego 2023 r. Tym samym zmiany nią wprowadzone zaczęły obowiązywać jeszcze przed terminem otwarcia ofert, który został wyznaczony na dzień 21 lutego 2023 r. Mimo tego Zamawiający nie zdecydował się unieważnić Postępowania w tamtym czasie, cały czas procedując je w standardowym trybie. Co więcej, Zamawiający nie unieważnił Postępowania również po otwarciu ofert. Zamiast tego przystąpił do czynności badania i oceny ofert. Dopiero po podjęciu wszystkich opisanych dotychczas czynności, kiedy Zamawiający dysponował już kompletem dokumentów pozwalających na dokonanie kwalifikacji podmiotowej odwołujących i w rezultacie na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, Zamawiający 7 kwietnia 2023 r. nieoczekiwanie unieważnił Postępowanie, powołując się na art. 255 pkt 5 PZP. Unieważnienie nastąpiło ponad 1,5 miesiąca po dniu wejścia w życie Ustawy Nowelizującej.

W ocenie odwołujących, w tych okolicznościach, nawet gdyby hipotetycznie uznać, że w niniejszej sprawie wystąpiła „istotna zmiana okoliczności” (mimo że tak nie jest), to pomiędzy tą zmianą, a spowodowaniem, że prowadzenie Postępowania przestało leżeć w interesie publicznym (z czym odwołujący się nie zgadzają), nie zachodzi związek kauzalny. Przemawia za tym jednoznacznie okres co najmniej 50 dni, jaki upłynął pomiędzy zaistnieniem owej rzekomej „istotnej zmiany okoliczności” a podjęciem decyzji o unieważnieniu Postępowania. W tym kontekście nie można wykluczyć, że rzeczywiste powody unieważnienia są odmienne od tych, które zostały przytoczone w piśmie z 6 kwietnia 2023 r. Gdyby wejście w życie Ustawy Nowelizującej rzeczywiście pozbawiło Zamawiającego środków finansowych i w konsekwencji uniemożliwiło mu zrealizowanie inwestycji objętych Postępowaniem, to decyzja o unieważnieniu Postępowania zostałaby podjęta znacznie wcześniej. Pozwoliłoby to wykonawcom na bardziej racjonalne gospodarowanie swoimi zasobami ludzkimi, materiałowymi i sprzętowymi. Na marginesie należy wskazać, że nieprawdziwy jest następujący opis przebiegu zdarzeń zawarty w piśmie MPEC z 6 kwietnia 2023 r.: „W przedmiotowym postępowaniu przed otwarciem ofert została podana kwota, którą MPEC S.A. zamierzało przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po otwarciu ofert prowadzona była procedura ich badania oraz oceny, w trakcie której nastąpiła jednak niemożliwa wcześniej do przewidzenia i opisana wyżej istotna zmiana (...)”. Z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika, że istotna zmiana okoliczności, na którą powołuje się Zamawiający, nastąpiła 15 lutego 2023 r., kiedy to weszła w życie Ustawa Nowelizująca. Tym samym owa zmiana miała miejsce jeszcze przed terminem otwarcia ofert, a nie, jak twierdzi MPEC, w trakcie procedury badania i oceny ofert, co ma istotne znaczenie dla oceny działań Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał faktów uzasadniających zastosowanie art. 255 pkt 5 PZP.

Niezależne od powyższej argumentacji, zmierzającej do wykazania, że nie zaistniały przesłanki uzasadniające unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 PZP, odwołujący zarzucili również, że Zamawiający nie wykazał żadnych faktów, które uzasadniałyby zastosowanie tego przepisu. Zdaniem wykonawców, całe pismo Zamawiającego z 6 kwietnia 2023 r. składa się z ogólnych stwierdzeń, które pozbawione są jakichkolwiek szczegółów. Zamawiający nie zawarł w nim również jakichkolwiek wyliczeń czy symulacji finansowych, które obrazowałyby (rzekomy) negatywny wpływ Ustawy Nowelizującej na działalność MPEC. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że z ww. pisma nie wynika:

- jaki dokładnie będzie wpływ Ustawy Nowelizującej na finanse Zamawiającego, w tym:

- (i)o ile spadną jego przychody w poszczególnych miesiącach roku 2023 w związku z koniecznością stosowania

- maksymalnej ceny dostawy ciepła lub innej najniższej ceny dostawy ciepła (zarówno w ujęciu procentowym, jak i nominalnym);
- (ii) o ile spadną jego dochody w poszczególnych miesiącach roku 2023 w związku z koniecznością stosowania maksymalnej ceny dostawy ciepła lub innej najniższej ceny dostawy ciepła (zarówno w ujęciu procentowym, jak i nominalnym);
 - (iii) ile wynoszą jego rezerwy finansowe, którymi może swobodnie dysponować;
 - (iv) czy może przeznaczyć te rezerwy na sfinansowanie zamówienia, a jeśli nie, to dlaczego;
 - (v) dlaczego, zdaniem MPEC, do chwili obecnej nie funkcjonuje system umożliwiający MPEC S.A. uzyskanie środków w ramach przewidzianych w ustawie wyrównań;
 - (vi) jakie jest „funkcjonowanie wprowadzonych rozwiązań przedmiotowej ustawy [chodzi o Ustawę Nowelizującą – przyp. wł.] w praktycznym stosowaniu” i jak to funkcjonowanie i praktycznego stosowania przepisów Ustawy Nowelizującej przekłada się na działalność Zamawiającego, a w szczególności na jego sytuację finansową;
 - (vii) czy Zamawiający próbował już uzyskać wyrównanie za marzec 2023 r. wykorzystując mechanizm wyrównań przewidziany w Ustawie Nowelizującej, w szczególności czy i kiedy złożył wniosek o wypłatę wyrównania, czy wniosek został poprawnie sporządzony, czy przeszedł weryfikację ze strony Zarządcy Rozliczeń S.A. z wynikiem pozytywnym, kiedy nastąpi wypłata wyrównania, a jeśli nie nastąpi to z jakiego powodu;
 - (viii) czy Zamawiający ma możliwość uzyskania finansowania od Miasta Gminy Kraków, tudzież od jakiegoś innego podmiotu, a jeśli nie to dlaczego;
 - (ix) jakie konkretnie przepisy ustawy o finansach publicznych i Kodeksu spółek handlowych wziął pod uwagę Zamawiający stwierdzając, że w niniejszej sprawie dalszego prowadzenie Postępowania nie leży w interesie publicznym.

Sygn. akt: KIO 1080/23

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Technicznych sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący 4”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne uznanie, iż w Postępowaniu zaszła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w postaci twierdzenia Zamawiającego, że po wszczęciu postępowania wystąpiły zmiany w prawie skutkujące zmniejszeniem środków finansowych u Zamawiającego w wysokości i w zakresie umożliwiającym mu sfinansowanie zamówienia i skutkujące niecelowością udzielenia tego zamówienia, podczas gdy okoliczności te nie stanowią przesłanki, o której mowa w art. 255 pkt. 5 ustawy Pzp. Powyższe okoliczności zostały opisane i wykreowane przez Zamawiającego do postaci „nieprzewidzianych” jedynie w celu dokonania czynności unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego 4 w części 4 zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta została złożona zgodnie z wymaganiami

SWZ, nie ziściła się w stosunku do niej żadna z przesłanek odrzucenia oferty opisana w ustawie Pzp, a ponadto cena oferty Odwołującego 4 złożona w części 4 zamówienia nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia udzielanego w Postępowaniu w zakresie tej części zamówienia; (3) art. 260 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez wadliwe i abstrakcyjne sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania, wskutek czego Odwołujący 4, pomimo zapoznania się z jego treścią, nie wie na czym polega (w czym przejawia się) interes publiczny w unieważnieniu dla części 4 zamówienia, w jaki sposób na interes publiczny przedkłada się decyzja Zamawiającego, czy okolicznością unieważnienia postępowania jest brak zdolności finansowej Zamawiającego w stosunku do części 4 zamówienia, czy też jest to jeszcze inna okoliczność; (4) art. 259 ustawy Pzp – poprzez niezgodnie z ustawą Pzp łączne unieważnienie postępowania (w odniesieniu łącznie do wszystkich części zamówienia publicznego), podczas gdy Zamawiający dopuścił możliwości składania ofert częściowych, a tym samym winien rozpatrzyć przesłanki unieważnienia postępowania dla każdej z części zamówienia z osobna.

Odwołujący 4 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania względnie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 4 zamówienia; dalsze prowadzenie postępowania, w tym badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego 4, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania, jak i przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w odwołaniu, zasądzenie na rzecz Odwołującego 4 kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika – radcę prawnego, według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący 4 wskazał, że pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując przy tym,

że doszło do istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie Postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć wcześniej. Powyższe Zamawiający argumentował tym, że nastąpiła po wszczęciu Postępowania zmiana przepisów prawa, która spowodowała, że Zamawiający, w krótkiej perspektywie czasu pozbawiony został środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia, czego nie mógł przewidzieć wcześniej i co w ocenie Zamawiającego powoduje, że obecnie prowadzenie Postępowania i udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym z uwagi na to, że Zamawiający nie dysponuje środkami finansowymi umożliwiającymi jego realizację.

W tym stanie rzeczy Odwołujący 4 wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp unieważnienie postępowania na podstawie wskazanego przepisu jest możliwe w sytuacji kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek z tego przepisu, tj. (1) wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, (2) czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zmiana okoliczności stanowiąca podstawę unieważnienia postępowania musi być istotna, co oznacza, że powinna to być tylko zmiana usuwająca potrzebę wykonania zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego. Chodzi tu o powiązanie kauzalne tego typu, że zmiana okoliczności ma stanowić warunek niezbędny (*conditio sine qua non*) zaprzestania kontynuacji postępowania lub wykonania zamówienia. Z istotnymi zmianami okoliczności nie można zatem łączyć sytuacji mających swoje źródło w błędnych decyzjach organizatora postępowania o udzielenie zamówienia, podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność. Przykładowo dotyczyć to może niedochowania przez Zamawiającego należytej staranności w prowadzeniu postępowania. W przepisach ustawy Pzp brak jest definicji pojęcia interesu publicznego. Wobec tego zasadne jest odwołanie się m.in. do uchwały Trybunału Konstytucyjnego z 12 kwietnia 1997 r. (sygn. akt W 8/96, OTK 1997/1, poz. 15), w której określono, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na organizatorze przetargu. Poza tym termin „publiczny” wskazuje na konieczność kierowania się dobrem ogólnym, a nie indywidualnym. Odwołujący 4 wskazał, że powołanie się na przesłankę unieważnienia, o której mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, wymaga więc od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interesu publicznego”, który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, i wykazać, że jest on na tyle ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców, gdyż tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła.

W ocenie Odwołującego 4 wskazywane przez Zamawiającego w piśmie o unieważnieniu postępowania okoliczności, stanowią jedynie próbę nierozstrzygnięcia Postępowania i zostały po otwarciu ofert, które miało miejsce w dniu 21 lutego 2023 r., w sposób sztuczny, pozorny wytworzone przez Zamawiającego. Istota sprawy sprowadza się do faktu, że Zamawiający samodzielnie najpierw podjął decyzję o wszczęciu postępowania – deklarując przeznaczenie na ten cel określonych środków finansowych – zaś następnie dokonał jej zmiany ustalając, iż zmiany legislacyjne spowodowały niemożliwość realizacji wykonywanych przez niego zadań publicznych. W tym miejscu na uwagę zasługuje fakt, że przecież skoro zmiany legislacyjne weszły w życie przed terminem składania ofert, to dlaczego Zamawiający nie unieważnił postępowania przed tym dniem? Przecież mógł to bezsprzecznie uczynić, czy nie naraziłby potencjalnych wykonawców, mających szansę na uzyskanie zamówienia na koszty z tą sytuacją związane tj. koszty złożenia ważnych i zgodnych z prawem ofert, koszty dokonania zamówienia towarów niezbędnych do realizacji zamówienia itp. Odwołujący 4 w tym miejscu przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe na gruncie podobnej w okolicznościach sprawy, w reżimie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, lecz zachowującym swoją aktualność. W orzeczeniu tym stwierdzono, że zmiana decyzji Zamawiającego co do sposobu realizacji określonych zadań publicznych nie stanowi sama w sobie ochrony interesu publicznego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18).

W ocenie Odwołującego 4 twierdzenia Zamawiającego, jakoby interes publiczny stanowił uzasadnienie dla podjętej czynności, są bezpodstawne. Kwestia braku środków nie może być wytłumaczeniem dla podjętych przez Zamawiającego decyzji w toku Postępowania. W tym miejscu Odwołujący 4 wskazał, że przesłanka dotycząca braku środków finansowych, przeznaczonych na realizację zamówienia, została wyrażona w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp i dotyczy sytuacji, w której cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Jedynie w takich okolicznościach Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, tj. jeśli nie ma możliwości sfinansowania zamówienia do oferty najkorzystniejszej. Tymczasem w niniejszym Postępowaniu kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 4 wynosi 35 025 125,86 złotych brutto (kwota podana przez Zamawiającego dnia 20 lutego 2023 r.), a tym samym, nie przekracza ceny najkorzystniejszej (najtańszej) oferty (Odwołującego 4), która to kwota wynosi 23 349 003,90 złotych brutto, co stanowi różnicę w wysokości 11 676 121,90 złotych brutto. Taką to kwotę zaoszczędziłby zatem Zamawiający, udzielając zamówienia w zakresie tylko części 4 w myśl dotychczas prowadzonego przez siebie Postępowania. Dowód: informacja o kwocie

jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia – z podziałem na poszczególne jego części, opublikowana w dniu 20 lutego 2023 r. przez Zamawiającego (w aktach postępowania u Zamawiającego).

Zdaniem Odwołującego 4, za niepolegające na prawdzie należy uznać zatem twierdzenia o braku środków finansowych na realizację zamówienia, skoro Zamawiający był je w stanie zabezpieczyć i podał tę wartość publicznie do wiadomości, pomimo tego, że mógł dokonać jej aktualizacji na dzień otwarcia ofert i wskazać wartość pomniejszoną o kwotę wynikającą z dokonanych przez ustawodawcę zmian legislacyjnych skutkujących zdaniem Zamawiającego dokonaniem zmian w zakresie finansowania tego zamówienia – czego nie uczynił. Zamawiający na dzień otwarcia ofert – 21 lutego 2023 r. – o zaistniałych zmianach w prawie wiedział, bowiem sam to przyznał wskazując, że ustawa, na którą się powołuje w treści informacji o unieważnieniu postępowania, obowiązywała od dnia 15 lutego 2023 r., co oznacza, że zmiany te winien był uwzględnić w toku prowadzonego Postępowania. Dowód: informacja o unieważnieniu postępowania opublikowana w dniu 7 kwietnia 2023 r. przez Zamawiającego (w aktach postępowania u Zamawiającego).

Ponadto, w ocenie Odwołującego 4, nie ulega wątpliwości, że przepisy ustawy Pzp pod pojęciem „kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” wskazują na kwotę podaną zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp. Oznacza to, że nałożenie na Zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Rozwiązanie to zwiększa jawność postępowania o zamówienie publiczne oraz uniemożliwia Zamawiającym arbitralne unieważnienie postępowania, jeśli cena oferty mieści się w przewidzianej kwocie, podanej do wiadomości publicznej. Podanie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ma charakter gwarancyjny – w tym sensie, iż jest to kwota minimalna, gwarantująca przejrzystość postępowania i chroniąca interesy wykonawców. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Skoro więc Zamawiający – jak twierdzi – nie posiadał środków na realizację zamówienia w poszczególnych jego częściach po dniu 15 lutego 2023 r., o czym wiedział, to dlaczego oświadczył, że je posiada? Poza tym z treści informacji o unieważnieniu postępowania przesłanej przez Zamawiającego bezsprzecznie wynika, że Zamawiający interes publiczny postrzega w tym, że środki przeznaczone na realizację zamówienia przeznaczy na realizację innych zadań statutowych Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający powołując się na przesłanki zmniejszenia możliwości finansowych tego zamówienia po jego stronie i konieczności dokonania w ich wyniku przesunięć finansowych na realizację innych swoich zadań statutowych – w żaden sposób tego nie wykazał ani nie udowodnił. W ocenie Odwołującego 4 w zaistniałej sytuacji unieważnienie postępowania jest zmianą strategii biznesowej Zamawiającego, która to zmiana nie wpisuje się w przesłankę okoliczności niezależnej od Zamawiającego i uprawniającą go do dokonania ww. czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający na dzień podania informacji o kwotach, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (20 lutego 2023 r.) wiedział już o zaistniałych zmianach w prawie (15 lutego 2023 r.), co wskazuje, że sam wykreował przesłankę uprawniającą go w jego ocenie do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. W związku z powyższym interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym Zamawiającego. Podnoszona przez Zamawiającego argumentacja jest dopasowana do z góry przyjętej tezy o konieczności unieważnienia postępowania, pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych, co powoduje również naruszenie zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący 4 wskazał, że art. 260 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do zawiadomienia o decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także o powodach podjęcia takiej decyzji wobec wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania ma umożliwić wykonawcom skuteczną weryfikację podjętej przez Zamawiającego decyzji. Mając na uwadze powyższe, w niniejszej

sytuacji, Odwołujący 4 wskazał jednoznacznie, że nie ma żadnej jasności w kwestii, jakie fakty i jakie przepisy stanowią podstawę podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania wobec niego, z uwagi na to, że z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego nie można ustalić, w jaki sposób wskazana przez Zamawiającego zmiana okoliczności, skutkującą unieważnieniem postępowania, rzutowała na realizację zamówienia w części, w której uczestniczy Odwołujący 4. Uzasadnienie unieważnienia powinno mieć charakter zindywidualizowany, tak aby każdy podmiot biorący udział w postępowaniu mógł ocenić, czy przesłanki w nim wskazane zaistniały wobec złożonej przez niego oferty. W niniejszej sytuacji powyższe jest niemożliwe. Brak jest bowiem wyszczególnienia w unieważnieniu przesłanek właściwych dla każdej z części zamówienia, co uniemożliwia weryfikację stanowiska Zamawiającego. Niezależnie od ww. twierdzeń, w ocenie Odwołującego 4, Zamawiający niezgodnie z ustawą Pzp dokonał unieważnienia postępowania, podczas gdy w tym Postępowaniu dopuścił możliwość składania ofert częściowych, o czym jest mowa w pkt 5.2 SWZ, a tym samym winien rozpatrzyć przesłanki unieważnienia postępowania odrębnie dla każdej z części zamówienia z osobna. Powyższe naruszenie art. 259 ustawy Pzp w prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie dokonał w ogóle badania przesłanek unieważnienia postępowania odrębnie dla każdej z jego części. Oznacza to, że nie nastąpiła w ogóle weryfikacja Postępowania w ich zakresie, pomimo tego, że możliwe jest przecież, że Zamawiający w przypadku różnych części może podjąć odmienne decyzje. Może przecież – gdy wystąpią identyczne okoliczności uprawniające do unieważnienia postępowania w kilku częściach – podjąć różne decyzje dla każdej z tych części, tj. w niektórych z nich skorzystać z prawa do unieważnienia postępowania (o ile ono w danym wypadku przysługuje), a w innych nie korzystać z tego uprawnienia.

Sygn. akt: KIO 1085/23

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ERBUD INDUSTRIAL CENTRUM Sp. z o.o.(dalej „Odwołujący 5”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 5) Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz przyjęcie, że w zakresie przedmiotowego postępowania zaistniały kumulatywnie, wszystkie trzy przesłanki unieważnienia wskazane w przepisie tj. (1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że (2) prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, (3) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący 5 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 7 kwietnia 2023 r., tj. czynności unieważnienia postępowania w ramach części 4 przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 5 wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5”. Dnia 7 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu 5 oraz jednocześnie opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o unieważnieniu postępowania, wskazując jako uzasadnienie prawne teżę czynności art. 255 pkt 5 Pzp. Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Aby zobrazować czynności w postępowaniu wykonane przez Zamawiającego Odwołujący 5 przedstawił następującą chronologię zdarzeń:

1.28 grudnia 2022 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu;

2.8 lutego 2023 r. zostaje uchwalona ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 295), zwana dalej „Ustawą o szczególnych rozwiązaniach”;

3.15 lutego 2023 r. wchodzi w życie Ustawa o szczególnych rozwiązaniach;

4.20 lutego 2023 r. zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia;

5.21 lutego 2023 roku Zamawiający dokonał otwarcia ofert;

6.7 kwietnia 2023 roku Zamawiający unieważnił postępowanie informując o tym fakcie wykonawców.

Odwołujący 5 wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiskiem wyrażonym w komentarzu do ustawy Prawo zamówień Publicznych pod redakcją H.N. oraz M.W. [Prawo Zamówień Publicznych Komentarz Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021 r. str. 766, 767] możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp, uzależniona jest od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek: wystąpiła istotna zmiana okoliczności, jej zaistnienie musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Zdaniem Odwołującego 5 w treści uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania Zamawiający nie wykazał, że wszystkie trzy wyżej wymienione przesłanki zastosowania art. 255 pkt 5 Pzp zaistniały kumulatywnie. Wymaga podkreślenia, że w przekazanym Odwołującemu 5 uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania, Zamawiający

w żadnym razie nie wykazał, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Przeciwnie, Zamawiający wprost wskazał, że: (...) o ile sama realizacja zadań w ramach zamówienia pod nazwą „Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny- etap 5”, bez wątpienia leżałaby w interesie publicznym, o tyle prowadzenie w tym zakresie w chwili obecnej postępowania, którego przedmiot jest niemożliwy do zrealizowania, nie leży w interesie publicznym. Mogłoby bowiem narazić MPEC S.A. na niepotrzebne roszczenia wykonawców uczestniczących w postępowaniu, związane z przedłużaniem procedury, mimo oczywistej konieczności jej zakończenia bez dokonania wyboru wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego 5, zgodnie z powyższym fragmentem uzasadnienia, Zamawiający nadal ma zamiar zrealizować przedmiot zamówienia, a więc nie zdezaktualizowała się potrzeba Zamawiającego udzielenia i realizacji przedmiotu umowy. Czytając treść uzasadnienia unieważnienia postępowania można odnieść wrażenie, że Zamawiający zapomina również o treści art. 252 Pzp, zgodnie z którą, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika, że to wykonawca decyduje, czy wyrazi zgodę na wybór oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą czy też takiej zgody zamawiający nie otrzyma. A więc sam upływ czasu w trakcie trwania postępowania nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania w obawie przed ewentualnymi roszczeniami wykonawców.

W treści uzasadnienia faktycznego Zamawiający bezspornie myli pojęcie interesu publicznego z interesem własnym: (...) Wobec braku środków na ten cel nie jest możliwa realizacja planowanego przedsięwzięcia, a zaciąganie przez MPEC S.A. zobowiązań, z których mogłoby się nie wywiązać wprost przeczy interesowi publicznemu. Interes publiczny w przedmiotowym postępowaniu winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji finansowej MPEC S.A. i uwarunkowanej nią możliwości realizacji planowanych przedsięwzięć.

W ocenie Odwołującego 5, przy ocenie występowania interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania Zamawiający bazuje nie tylko na zasadach wyrażonych w przepisach ustawy Pzp, lecz uwzględnia także inne obowiązujące przepisy prawa, do których przestrzegania jest zobowiązany, w szczególności ustawy o finansach publicznych oraz ustawy Kodeks spółek handlowych. Nie ulega wątpliwości, że w interesie publicznym leży racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi pochodzącymi z budżetu UE w sposób, który nie będzie także stanowił zagrożenia dla możliwości sfinansowania realizacji zadań statutowych związanych z funkcjonowaniem MPEC S.A.

W ocenie Odwołującego 5, z powyższego wynika, że Zamawiający nie próbował nawet wykazać, że zakończenie postępowania zawarciem umowy godziło w jakikolwiek interes publiczny, poza jego własnym interesem ekonomicznym. Odwołujący 5 wskazał, że rozumie, że Zamawiający w związku z realizacją umowy objętej częścią IV przedmiotu zamówienia poniesie koszty, co z kolei może skutkować trudnościami operacyjnymi w wykonywaniu innych działań. Niemniej jednak, nie można zaakceptować argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą, Zamawiający może utożsamiać własny interes ekonomiczny z interesem publicznym. Wymaga podkreślenia, że samo wystąpienie interesu publicznego nie może z automatu prowadzić do unieważnienia postępowania, gdyż Zamawiający musi udowodnić, że interes publiczny wymaga ograniczenia praw wykonawców, przede wszystkim prawa do udziału w postępowaniu, zawarcia umowy, wykonania zamówienia i uzyskania z niego korzyści. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający wcale nie odniósł się do interesów Odwołującego 5 czy innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, zgoda na takie działanie Zamawiającego byłaby dla interesu publicznego szkodliwa poprzez odebranie wykonawcom poczucia pewności prawa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, poprzez kwestionowane przez Odwołującego 5 unieważnienie postępowania nie chroni zatem interesu publicznego, a jedynie własny interes ekonomiczny. Co więcej, własny interes ekonomiczny bezpodstawnie stawia ponad interesem wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe z kolei oznacza, że interes wykonawcy, wskutek czynności Zamawiającego zostaje naruszony w największym możliwym stopniu, tj. poprzez uniemożliwienie mu zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego i odniesienia jakiejkolwiek korzyści z jego wykonania.

O konieczności wykazania przez Zamawiającego, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując m.in. na to, że wyłącznie na zamawiającego ciąży ten obowiązek. Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2022 r. (Sygn. akt KIO 2430/22):(...) w sytuacji, gdy Zamawiający unieważniając postępowanie powołuje się na przesłankę określoną w art. 255 pkt 5 Pzp, to na nim spoczywa ciężar dowodu, wykazania zaistnienia istotnej zmiany okoliczności, której wystąpienie powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jak też musi wykazać, iż powyższe przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwe do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania przy zachowaniu odpowiedniej staranności. (...) Również Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że unieważnienie postępowania leży w interesie publicznym. Jak podkreśla się w orzecznictwie interes publiczny nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem ekonomicznym Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zgodzić się należało z

Odwołującym, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że nie jest możliwe wykorzystanie nabytych w niniejszym postępowaniu łuków indukcyjnych w innych postępowaniach, czy też nie jest możliwe inne rozwiązanie umożliwiające Zamawiającemu zminimalizowanie ewentualnie powstałych strat. Nie może być natomiast tak, że interes Zamawiającego należy traktować jako większej wagi nad interesem wykonawców.

Odwołujący 5 powołał się również na orzeczenie Izby z dnia 1 grudnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 3386/21, wyrok z dnia 5 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1078/22, wyrok z dnia 16 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 2011/22.

Odwołujący 5 wskazał, że w dalszej części uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, Zamawiający próbuje wykazać, że wejście w życie Ustawy o szczególnych rozwiązaniach, spowodowało, że został on, niejako odgórnie, pozbawiony środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia: (...) W dniu 15 lutego 2023 r. weszła w życie uchwalona dnia 8 lutego 2023 r. ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 295), w myśl której MPEC S.A. jako dostawca ciepła zostało obciążone obowiązkiem stosowania jej regulacji w tym mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła, którego stosowanie przedsiębiorstwu energetycznemu rekompensować ma mechanizm wyrównania różnicy pomiędzy ceną dostawy ciepła wynikającej z obowiązującej taryfy, a stosowanej maksymalnej ceny dostawy ciepła dla odbiorców. Wprowadzony mechanizm powoduje, że MPEC S.A. środki finansowe, które planowało przeznaczyć na realizację zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem musiał przeznaczyć na realizację podstawowych obowiązków związanych z zaopatrywaniem dostawców w ciepło. (...) sytuacja MPEC S.A. na tyle się zmieniła, że nie ma obecnie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia i postępowanie musi zostać unieważnione. (...) Z całą pewnością za istotną zmianę okoliczności uznać należy uchwaloną 8 lutego 2023 r. ustawę o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 295), w myśl której MPEC S.A. jako dostawca ciepła zostało obciążone obowiązkiem stosowania wobec odbiorców mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła za okres od dnia 1 marca 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r. W konsekwencji wprowadzonych rozwiązań ustawowych MPEC S.A. zostało zobowiązane do swoistego kredytowania niższej ceny ciepła finansowanej przez odbiorców z perspektywą ewentualnego uzyskania w przyszłości wyrównania za stosowanie maksymalnej ceny dostawy ciepła, w krótkiej perspektywie MPEC S.A. pozbawione jest jednak środków finansowych oraz możliwości swobodnego z nich korzystania. Stąd wybór najkorzystniejszej oferty stał się niemożliwy, ponieważ nie mógłby doprowadzić do zawarcia ważnej umowy z wybranym wykonawcą. Stanowiłoby to bowiem zaciągnięcie zobowiązania finansowego wobec wybranego wykonawcy, którego zaciągnięcie nie jest możliwe z uwagi na brak środków finansowych na jego realizację.

Odwołujący 5 podkreślił, że wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania pozbawienie Zamawiającego środków na realizację przedmiotu zamówienia jest wyłącznie stanem przejściowym i nie ma charakteru trwałego. Mechanizm wyrównań, na który wskazuje sam Zamawiający w treści uzasadniania został przewidziany w Ustawie o szczególnych rozwiązaniach. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby „do chwili obecnej nie funkcjonuje system umożliwiający MPEC S.A. uzyskanie środków w ramach przewidzianych w ustawie wyrównań.” I dalej jak wskazał Zamawiający – Przebieg dotychczasowych prac legislacyjnych i funkcjonowanie wprowadzonych rozwiązań przedmiotowej ustawy w praktycznym stosowaniu nie daje żadnych podstaw do oczekiwania na zwiększenie środków finansowych MPEC S.A. w wysokości i zakresie umożliwiającym sfinansowanie zamówienia. Odwołujący 5 wskazał, że na stronie internetowej <https://www.zrsa.pl/aktualnosci-cieplo/> zamieszczono Informację dotyczącą składania wniosków na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (Dz. U. z 2022 r., poz. 1967 ze zm.) - <https://www.zrsa.pl/informacjadotyczaca-skladania-wnioskow-na-podstawie-przepisow-ustawy-z-dnia-15-wrzesnia-2022-r-oszczegolnych-rozwiazaniach-w-zakresie-niektorych-zrodel-ciepła-w-zwiazku-z-sytuacją-na-rynkipaliw-d/> Z informacji tej jednoznacznie wynika, w jaki sposób należy składać wniosek przez wytwórcę ciepła o wypłatę wyrównania.

Na stronie zaś <https://cieplo.zrsa.pl/login>, co przedstawiono poniżej, możliwe jest:

1. zarejestrowanie wytwórców ciepła (I etap złożenia wniosku o wypłatę rekompensaty),
2. złożenie wniosków o wypłatę rekompensaty
3. złożenie wniosku o rozliczenie rekompensaty (dostępne w późniejszym terminie).

Wzór wniosku o wypłatę rekompensaty wynika z treści obowiązującego rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 10 marca 2023 r. w sprawie wzorów wniosków o wypłatę wyrównania i wzoru wniosku o rozliczenie wyrównań (Dz. U. 2023.523). Jednocześnie na wskazanej wyżej stronie internetowej <https://cieplo.zrsa.pl/login> zamieszczono odesłanie do Instrukcji rejestracji i składania wniosku o wypłatę rekompensaty zamieszczonej pod linkiem <https://www.zrsa.pl/dokumenty-cieplo-do-pobrania/>

W ocenie Odwołującego 5, Zamawiający mija się zatem z prawdą twierdząc, że przebieg dotychczasowych prac legislacyjnych i funkcjonowanie wprowadzonych rozwiązań przedmiotowej ustawy w praktycznym stosowaniu nie daje

żadnych postaw do oczekiwania na zwiększenie środków finansowych MPEC S.A. w wysokości i zakresie umożliwiającym sfinansowanie zamówienia. Jak wykazał powyżej Odwołujący 5, cała procedura zgodna z do uzyskania wyrównania Ustawą o szczególnych rozwiązaniach jest zawarta na właściwej stronie internetowej Zarządcy Rozliczeń S.A. Oznacza to, że Zamawiający nie może wskazywać na utratę środków na realizację przedmiotu zamówienia w sposób trwały, uniemożliwiający mu zawarcie umowy i jej realizację, tym bardziej, że zgodnie z treścią SWZ odcinek 11 (objęty częścią IV przedmiotu zamówienia) ma być realizowany od dnia 01.06.2023 r. do dnia 15.09.2023 r. w zakresie robót instalacyjnych i do dnia 30.11.2023 r. w zakresie pozostałych robót budowlanych i odtworzenia terenu (pkt 7 SWZ na str. 7), czyli w bardzo odległej perspektywie czasowej, która co najmniej uprawdopodabnia uzyskanie przez Zamawiającego wymaganych środków finansowych na podstawie obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący 5 podkreślił również, że wskazana powyżej chronologia zdarzeń w postępowaniu wskazuje, że Ustawa o szczególnych rozwiązaniach została uchwalona 8 lutego 2023 r., a termin składania ofert, upłynął w dniu 21 lutego 2023 r. Zamawiający mógł zatem unieważnić postępowanie jeszcze przed upływem terminu składania ofert na podstawie art. 256 Pzp [Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.]. Zamawiający postępowania nie unieważnił i w dniu 20 lutego 2023 r. podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz dzień później otworzył oferty, czym jednoznacznie potwierdził, iż dysponuje środkami na sfinansowanie zamówienia pomimo tego, że Ustawa o szczególnych rozwiązaniach weszła w życie 15 lutego 2023 r. już obowiązywała. Fakty te przeczą treści uzasadnianie unieważniania postępowania, gdzie Zamawiający wskazał, że dopiero po otwarciu ofert nastąpiła niemożliwa wcześniej do przewidzenia istotna zmiana: (...) W przedmiotowym postępowaniu przed otwarciem ofert została podana kwota, którą MPEC S.A. zamierzało przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po otwarciu ofert prowadzona była procedura ich badania oraz oceny, w trakcie której nastąpiła jednak niemożliwa wcześniej do przewidzenia i opisana wyżej istotna zmiana, w wyniku której MPEC S.A. nie posiada obecnie niezbędnych środków, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zatem punktem odniesienia dla ustalenia konieczności unieważnienia postępowania jest obecna sytuacja finansowa Zamawiającego tj. faktyczny brak środków jako konsekwencja niemożliwych do przewidzenia rozwiązań prawnych oraz ich faktycznych skutków finansowych.

W ocenie Odwołującego 5, Zamawiający jako profesjonalista powinien znać przepisy prawa związane z branżą, w której prowadzi działalność tym bardziej od czasu, gdy są one już obowiązujące. Nie może zasłaniać się brakiem możliwości przewidzenia ich wejścia w życie w sytuacji, w której sam Zamawiający w uzasadnieniu przyznał, że dopiero po otwarciu ofert okazało się, że nie posiada wymaganych środków finansowych na realizację przedmiotu zamówienia. Tak więc, jak to już zostało wykazane powyżej ustawa, na którą powołuje się Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania, została uchwalona i weszła w życie przed upływem terminu składania ofert, a nie w toku oceny i badania ofert. Poza tym nie wydaje się prawdopodobne, aby w pierwszym miesiącu obowiązywania Ustawy o szczególnych rozwiązaniach, Zamawiający wykorzystał całe środki przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, a tym samym aby było zasadne twierdzenie, że „MPEC S.A. nie posiada obecnie niezbędnych środków, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia”.

W dalszej kolejności Odwołujący 5 wskazał, że w uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że: (...) W przedmiotowym postępowaniu wystąpiła taka właśnie istotna zmiana okoliczności, gdyż brak możliwości sfinansowania zamówienia wyniknął na skutek nowo wprowadzonych przepisów ustawowych oraz wynikających z nich przepisów wykonawczych, a także sposobu stosowania tych przepisów i funkcjonowania tych rozwiązań w praktyce, które finansowo obciąża MPEC S.A. jako dostawcę ciepła. Wszczynając postępowanie Zamawiający nie mógł przewidzieć, że nowe rozwiązania prawne wprowadzane w trakcie prowadzenia postępowania w tak istotny (radikalny) sposób zmieniają sytuację zamawiającego, że nie będzie dysponował środkami na realizację zamówienia. Uwzględniając zatem powyższe okoliczności należy stwierdzić, że ze względu na fakt, iż Zamawiający nie dysponuje środkami niezbędnymi do sfinansowania zamówienia na skutek okoliczności, których wcześniej nie mógł przewidzieć zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 5 Pzp.

W ocenie Odwołującego 5, Zamawiający nie próbował nawet wyjaśnić w treści uzasadnia unieważniania postępowania związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wejściem w życie Ustawy o szczególnych rozwiązaniach, a ewentualnym brakiem środków na realizację przedmiotu umowy oraz przede wszystkich skali zjawiska. Przeciwnie, Zamawiający unieważnił postępowania opierając się wyłącznie na własnym domniemaniu i arbitralnych decyzjach biznesowych, które nie zostały w żaden sposób nawet uprawdopodobnione. Co ważne, wskazywana przez Zamawiającego okoliczności będące podstawą faktyczną unieważnienia postępowania objętego niniejszym odwołaniem nie stanęły na przeszkodzie udzieleniu zamówienia w dniu 10 marca 2023 roku na Przebudowę systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 4 (Numer referencyjny: IZ/U/9/2022, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2023/S 067-201080), tj. po dacie wejścia w życie Ustawy o szczególnych rozwiązaniach. Okoliczność ta jedynie potwierdza, że Zamawiający arbitralnie zdecydował o

sfinansowanie innego zamówienia, kosztem postępowania objętego niniejszym odwołaniem.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5 (nr postępowania IZ/U/11/2022). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, a wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

Izba ustaliła, że zamówienie zostało podzielone na łącznie sześć części. Zamawiający dopuścił składanie przez wykonawców ofert na poszczególne części, przy czym każdy wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwie części. W przypadku złożenia oferty na część 4 albo część 5, wykonawca nie mógł już złożyć oferty na żadną inną część.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zastrzegł na podstawie art. 257 PZP, że „może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z Programu operacyjnego Infrastruktura i środowisko na lata 2014-2020, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane”. Ogłoszenie zostało zmienione na mocy sprostowania opublikowanego 20 stycznia 2023 r. Zmianie uległy m.in. terminy składania i otwarcia ofert, które zostały przesunięte z 8 lutego 2023 r. na 21 lutego 2023 r. (godziny tych czynności nie zostały zmienione).

Izba ustaliła, że w dniu 20 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w części I – 9 265 547,74 zł brutto w części II – 13 990 445,84 zł brutto w części III – 13 987 084,91 zł brutto w części IV – 35 025 125,86 zł brutto w części V – 41 959 530,36 zł brutto w części VI – 10 159 678,44 zł brutto. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21 lutego 2023 r. Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożono łącznie 16 ofert przez 11 wykonawców, których łączna wartość netto była niższa o 28 mln zł. od kwoty zamówienia jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 10 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Izba ustaliła, że w dniu 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania, a jako podstawę prawną wskazał art. 255 pkt. 5) ustawy Pzp. Treść uzasadnienia w/w decyzji Zamawiającego została szczegółowo przytoczona w odwołaniach powyżej. W związku z tym ponowne przytaczania treści uzasadnienia Izba uznaje za zbędne.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 8 lutego 2023 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 295). Ustawa weszła w życie w dniu 15 lutego 2023 r.

Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby odwołujący się wykonawcy wykazali, że czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. W konsekwencji, Izba uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania przez zamawiającego zaistnienia wszystkie przesłanki zawartych w ustawie Pzp. Przesłanki nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku od naczelnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia, która wynika z definicji ustalonej w ustawie Pzp tj. wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy regulujące odstępstwa od powyższej zasady należy interpretować zawężająco.

Przesłankami, które muszą zaistnieć, aby unieważnić postępowanie na podstawie ustawy Pzp to: istotna zmiana okoliczności, brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzieleniu zamówienia oraz brak możliwości wcześniejszego przewidzenia tej sytuacji. Przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia powinny być połączone adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze. Należy wskazać, że w polskim prawie nie ma jednolitej definicji interesu publicznego. Zdaniem Izby, w systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniach przetargowych, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego. System zamówień publicznych nie może być traktowane przez podmioty wydatkujące środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji

zmiennych interesów zamawiających. Stabilność decyzji podmiotów realizujących zadania publiczne w trybie ustawy Pzp sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymuluje rozwój gospodarczy.

Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 260 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak wynika z przywołanego przepisu ustawy Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia ma doniosłe znaczenie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności.

Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko o doniosłości instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego, wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt , iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania (...). Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Choć przywołane powyżej orzeczenie Sądu dotyczyło uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, poglądy tam wyrażone znajdują, zdaniem Izby, także zastosowanie do uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, co do której ustawodawca analogicznie przewidział obowiązek jej uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uznała, że w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek wynikających z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Po pierwsze, Zamawiający był zobowiązany do wykazania, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności. W tym zakresie, Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania powołał na wejście w dniu 15 lutego 2023 r. 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 (dalej „Ustawa nowelizująca”) i nałożonym na Zamawiającego obowiązkiem stosowania mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła w okresie od 1 marca 2023 do 31 grudnia 2023 r. Zamawiający argumentował, że wprowadzane przez ustawodawcę rozwiązania w zakresie mechanizmu maksymalnej ceny ciepła powoduje, że będzie on zobowiązany do kredytowania niższej ceny ciepła z perspektywą ewentualnego uzyskania w przyszłości wyrównania, co powoduje, że nie będzie dysponował środkami finansowymi na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby, niewątpliwie należy zgodzić się z Zamawiającym, że wystąpiła zmiana okoliczności związanych ze sposobem ustalenia cen za dostawy ciepła do określonej grupy odbiorców. Ustawa nowelizująca wprowadziła mechanizm maksymalnej ceny dostawy ciepła. Zamawiający jednak w swojej argumentacji pomija istotne okoliczności, które mają znaczenie dla oceny wprowadzonych przez ustawodawcę zmian w kontekście unieważnionego Postępowania. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przyjęte przez ustawodawcę w Ustawie nowelizującej rozwiązania są kontynuacją polityki państwa mającej na celu łagodzenia skutków wzrostu cen paliw. Rozwiązania te zostały określone w ustawie z dnia 15 września 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie niektórych źródeł ciepła w związku z sytuacją na rynku paliw (dalej „Ustawa wrześniowa”). Nie może budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający powinien mieć pełną świadomość systematycznego wzrostu cen paliw na rynku światowym, co przekłada się na wzrost kosztów dostawy ciepła do odbiorców. Okoliczność ta winna być znana Zamawiającego już co najmniej w połowie 2022 r., a więc przed wszczęciem przedmiotowego Postępowania. Zamawiający zatem, jako profesjonalista, planując swoje inwestycje, winien tą okoliczność uwzględnić już na etapie wszczęcia postępowania przetargowego, analizując swoje możliwości finansowe, z uwzględnieniem ryzyka dalszego wzrostu cen i dalszej kontynuacji polityki państwa w zakresie systemu rekompensat wynikającego z Ustawy wrześniowej. W tym zakresie, Zamawiający poza ogólną retoryką w uzasadnieniu swojej decyzji o tym, że działał z należytą starannością, nie wyjaśnił w jaki sposób takie ryzyko zostało przez niego uwzględnione w programie planowych inwestycji na 2023 r. Dalej Izba wskazuje, że o ile przyjęcie Ustawy nowelizującej jest okolicznością nową, o tyle Zamawiający nie wykazał jej istotności w kontekście

unieważnienia Postępowania. Niewątpliwie zmiany legislacyjne stanowią element trwale związany z funkcjonowaniem nie tylko przedsiębiorców prywatnych, ale również podmiotów publicznych. Zamawiający, podobnie jak przedsiębiorcy prywatni, zobowiązany są do oceny ryzyk związanych z takimi planowanymi zmianami legislacyjnymi. Projekt Ustawy nowelizującej był już znany w styczniu 2023 r. Rozwiązania zawarte w projekcie ustawy odpowiadają rozwiązaniom zawartym w Ustawie nowelizującej. Rodzi się zatem pytanie w jaki sposób Zamawiający uwzględnił ryzyko zmian legislacyjnych w finansowaniu przedmiotowego Postępowania. Zamawiający od stycznia 2023 r. do 6 kwietnia 2023 r. prowadził nadal Postępowanie, dokonując oceny ofert, wzywając wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający utrzymywał wykonawców w przekonaniu, że pomimo planowanych/przyjętych w lutym zmian legislacyjnych w zakresie mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła nie będą one miały wpływu na zakończenie Postępowania poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje, zdaniem Izby, na aprobatę. Bierność Zamawiającego w tym zakresie przez okres niemal trzech miesięcy wskazuje, że Zamawiający bądź to zaniechał dokonania takiej analizy w odpowiednim czasie, bądź też uważał, że zmiany legislacyjne nie będą miały wpływu na dalszy bieg przedmiotowego Postępowania.

Dalej Izba wskazuje, że istotność okoliczności do których odwołuje się ustawodawca w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp podlega ocenie z punktu widzenia unieważnionego postępowania przetargowego. Innymi słowy, Zamawiający winien wykazać, że istotna zmiana okoliczności ma wpływ na dane postępowanie przetargowe tak dalece, że konieczne jest jego unieważnienie. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że zmiany wprowadzone przez Ustawę nowelizującą pozbawiły Zamawiającego środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego. Po pierwsze, okoliczności takiej Zamawiający nie wykazał w żaden sposób. Uzasadnienie ogranicza się jedynie do subiektywnego wniosku Zamawiającego, że nie ma środków finansowych na realizację zamówienia z uwagi na zmiany wprowadzone Ustawą nowelizującą. Izba podkreśla, że ustawodawca w art. 255 ustawy Pzp nie przewidział przesłanki unieważnienia postępowania z powodu braku środków finansowych. Po drugie, z przepisów Ustawy nowelizującej wynika bezsprzecznie, że Zamawiający ma prawo wystąpić do Zarządcy Rozliczeń (art. 12c) z wnioskiem o wypłatę wyrównania, którego celem jest zrekompensowanie strat wynikających z zastosowania mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła. Ustawodawca zatem przewidział mechanizm rekompensaty. Zgodnie z art. 13 ust. 3 w zw. z art. 12a ust. 11 Ustawy o ciepłej wodzie, wniosek o wypłatę wyrównania składa się do 25 dnia każdego miesiąca następującego po danym miesięcznym okresie rozliczeniowym. W przypadku okresu rozliczeniowego obejmującego marzec 2023 r., wniosek o wypłatę wyrównania powinien więc zostać złożony do 25 kwietnia 2023 r. Jeżeli wniosek o wypłatę wyrównania przejdzie weryfikację podmiotu wypłacającego (w tym przypadku chodzi o Zarządcę Rozliczeń – art. 12a ust. 10 pkt 1 Ustawy o ciepłej wodzie) z wynikiem pozytywnym, to wypłata wyrównania powinna nastąpić w terminie 14 dni od dnia otrzymania wniosku (zob. art. 14 ust. 2 Ustawy o ciepłej wodzie). Oznacza to, że – zakładając, że prawidłowo sporządzony wniosek zostanie złożony przez Zamawiającego w ostatnim możliwym dniu – wypłata wyrównania dla Zamawiającego za marzec 2023 r. nastąpi do 9 maja 2023 r. Nawet zatem gdyby przyjąć, że Zamawiający musi kredytować niższą cenę za dostawę ciepła do określonej grupy odbiorców, ostatecznie otrzyma zwrot środków finansowych od Skarbu Państwa. W konsekwencji, następuje wyłącznie przesunięcie środków finansowych, nie zaś ich utrata czy ich brak. Zamawiający odnosząc się do systemu wyrównań, wskazał w sposób enigmatyczny w swojej decyzji, że system nie funkcjonuje w sposób umożliwiający Zamawiającemu uzyskanie środków w ramach przewidzianych w ustawie wyrównań. (...) Przebieg dotychczasowych prac legislacyjnych i funkcjonowanie wprowadzonych rozwiązań przedmiotowej ustawy w praktycznym stosowaniu nie daje żadnych podstaw do oczekiwania na zwiększenie środków finansowych MPEC S.A. w wysokości i zakresie umożliwiającym sfinansowanie zamówienia. Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest wykazanie przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania. Tymczasem, po raz kolejny, uzasadnienie Zamawiającego sprowadza się do stwierdzenia, że system wypłaty wyrównań nie działa. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, a tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie, że system nie działa. Uznanie zasadności decyzji Zamawiającego wyłącznie w oparciu o nieweryfikowalne twierdzenia byłoby nieuprawnione i stanowiłoby bezsprzecznie naruszenie interesów wykonawców uczestniczących w postępowaniu w dobrej wierze.

Zdaniem Izby, z okoliczności sprawy wynika, że wystąpiła zmiana okoliczności w zakresie sposobu obliczenia ceny za dostawę ciepła. Ustawa nowelizująca zobowiązała m.in. Zamawiającego do stosowania mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła. Okoliczność ta jednak, zdaniem Izby, przy uwzględnieniu pozostałych regulacji zawartych w Ustawie nowelizującej związanych z systemem wypłaty wyrównań, nie może być uznana za istotną, trwałą i nieodwracalną zmianę w sytuacji Zamawiającego uzasadniającą unieważnienie postępowania z powodu braku środków finansowych na jego realizację. Zamawiający nie wykazał, że wdrożenie mechanizmu maksymalnej ceny dostawy ciepła powoduje utratę środków finansowych na realizację zamówienia. Jak Izba wskazała powyżej, można mówić co najwyżej o przesunięciu w czasie takich środków finansowych. Ustawodawca bowiem zagwarantował system rekompensat, zaś Zamawiający nie wykazał w żaden sposób jego nieprawidłowego działania. Zamawiający nie wykazał również, że podjął jakiegokolwiek

działania zmierzające do uzyskania rekompensaty. Należy wskazać, że system wyrównań przewidziany Ustawą nowelizującą wymaga zaangażowania Zamawiającego. To Zamawiający jest zobowiązany obliczyć poziom rekompensaty, wypełnić wniosek i sprostać innym formalnościom. Tymczasem, Zamawiający ograniczył się w swojej decyzji do stwierdzenia, że system nie działa prawidłowo. Nie wykazał również podczas rozprawy podstawy faktycznej swoich twierdzeń. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na wykazanie, że próbował już uzyskać wyrównanie za marzec 2023 r. wykorzystując mechanizm wyrównań przewidziany w Ustawie nowelizującej, w szczególności czy i kiedy złożył wniosek o wypłatę wyrównania, czy wniosek został poprawnie sporządzony, czy przeszedł weryfikację ze strony Zarządcy Rozliczeń z wynikiem pozytywnym, kiedy nastąpi wypłata wyrównania, a jeśli nie nastąpi to z jakiego powodu.

Zdaniem Izby, wskazana w decyzji Zamawiającego okoliczność o braku możliwości zapewnienia finansowania na realizację przedmiotowego zamówienia z uwagi na zmiany legislacyjne nie może stanowić podstawy do unieważnienia Postępowania. Zamawiający bowiem nie wykazał utraty środków finansowych ani na etapie unieważnienia postępowania ani nie uprawdopodobnił ewentualnej przyszłej utraty takich środków finansowych. Nawet gdyby przyjąć hipotetycznie, jak chciałaby Zamawiający, że system wypłaty wyrównań działa nieprawidłowo, zdaniem Izby okoliczność ta nie może być uznana za okoliczność o charakterze trwałym i nieodwracalnym. Przyjęcie takiego wniosku stoi w oczywistej sprzeczności z przepisami Ustawy nowelizującej, które zapewniają mechanizm wypłaty wyrównań.

Niezależnie od powyższego, Izba również wskazuje, że z decyzji o unieważnieniu Postępowania nie wynika w żaden sposób jaka jest wartość rzekomych strat finansowych Zamawiającego z uwagi na wprowadzone zmiany w Ustawie nowelizującej i jak wartość tych strat kształtuje się w odniesieniu do kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. W decyzji o unieważnieniu Postępowania Zamawiający nie wskazał, o ile spadną jego przychody w poszczególnych miesiącach roku 2023 w związku z koniecznością stosowania maksymalnej ceny dostawy ciepła lub innej najniższej ceny dostawy ciepła (zarówno w ujęciu procentowym, jak i nominalnym) i jak wpływ mogłoby to mieć na finansowanie zamówienia w całym okresie jego realizacji. Zamawiający nie określił w decyzji czy zarząd spółki podjął jakiegokolwiek wiążące uchwały związane z Ustawą nowelizującą i rzekomą koniecznością reorganizacji polityki finansowej Zamawiającego. Z decyzji nie wynika również jakie działania zarząd Zamawiającego podjął w celu uzyskania pełnej kwoty wyrównania i czy w momencie jego uzyskania Zamawiający zamierza ogłosić kolejne postępowanie, ponosząc po raz kolejny koszty jego przeprowadzenia. Nie została również przedstawiona żadna analiza porównawcza kosztów związanych z unieważnieniem postępowania w porównaniu z kosztami jego ewentualnego przyszłego ogłoszenia, z uwzględnieniem ryzyka dalszego wzrostu kosztów pracy i materiałów budowlanych. Istotną okolicznością jest to, że kwota jaką Zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia i łączna wartość ofert najkorzystniejszych złożonych przez wykonawców w tym Postępowaniu jest niższa o 28 mln zł netto, co również ma wpływ na sytuację Zamawiającego, w kontekście obowiązku zabezpieczenia środków finansowych na realizację zamówienia w momencie jego wszczęcia, a rzekomą utratą środków finansowych przez Zamawiającego w związku z zmianami legislacyjnymi wynikającymi z Ustawy nowelizującej. Są to okoliczności istotne do oceny prawidłowości działań Zamawiającego, zarówno dla wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, jak również dla Izby. Do okoliczności tych jednak Zamawiający nie odniósł się w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania.

Odnosząc się do przesłanki interesu publicznego, zdaniem Izby, już sam przedmiot przetargu wskazuje na istnienie interesu publicznego. Okoliczności tej nie przeczył Zamawiający. Z decyzji o unieważnieniu postępowania wynika, że Zamawiający dokonał priorytetyzacji interesów publicznych. Zamawiający uznał, że nadrzędnym interesem publicznym jest zapewnienie dostaw ciepła dla mieszkańców i w związku z tym, środki finansowe jakie planował przeznaczyć na finansowanie przedmiotowego zamówienia przesunął na finansowanie tego elementu swojej działalności. Innymi słowy, Zamawiający uznał, że w przedmiotowej sprawie doszło do konfliktu pomiędzy realizacją dwóch odmiennych zadań publicznych, z których oba realizują określony interes publiczny tj. interes mieszkańców Krakowa i jego okolic. W ocenie Zamawiającego nadrzędna rolę należy przypisać zadaniu polegającemu na dostarczeniu ciepła dla mieszkańców. W kontekście omawianej przesłanki, Izba zauważa, że niewątpliwie dalsza kontynuacja Postępowania i realizacja zamówienia leży w interesie publicznym. Jak słusznie wskazali odwołujący się wykonawcy, skalę korzyści wynikających z projektów realizowanych przez Zamawiającego, w tym z realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, najlepiej prezentuje sam Zamawiający. W raporcie za rok 2021, omawiając cztery nowe projekty, które są lub będą realizowane, w tym projekt objęty Postępowaniem, Zamawiający wskazał (s. 18): „Łącznym efektem czterech Projektów będzie wybudowanie ponad 121 kilometrów nowej sieci ciepłej, zmniejszenie emisji pyłów PM10 i PM2.5 o ok. 60 ton rocznie oraz stworzenie możliwości korzystania z ekologicznego ciepła sieciowego dla ponad 35 tysięcy mieszkańców”. Dalej Izba wskazuje, że konieczność wyboru pomiędzy dwoma zadaniami publicznymi, z których każdy realizuje określony interes publiczny może wystąpić w działalności podmiotów publicznych. Tyle tylko, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, że konieczna była taka priorytetyzacja zadań publicznych. Zamawiający bowiem nie wykazał konieczności przesunięcia środków publicznych zabezpieczonych na potrzeby realizacji przedmiotowego Postępowania na finansowanie kosztów związanych z dostawą ciepła. Argumentacja Zamawiającego oparta została o

założenie, którego prawdziwości Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu swojej decyzji tj. nie wykazał, że zmiany wprowadzone Ustawą nowelizującą spowodują utratę przychodów Zamawiającego w stopniu uniemożliwiającym realizację zamówienia. Zdaniem Izby, w decyzji o unieważnieniu Postępowania Zamawiający nie wykazał utraty żadnego przychodu. Zamawiający nie wykazał również, że nie uzyska stosownego wyrównania przewidzianego przez regulacje zawarte w Ustawie nowelizującej. Tym samym nie sposób uznać, że w analizowanym stanie faktycznym istniała realne i rzeczywista konieczność wyboru pomiędzy dwoma odrębnymi interesami publicznymi. Należy również wskazać, że przedmiotowe Postępowanie jest współfinansować ze środków Unii Europejskiej. W wyniku podpisanej 5 sierpnia 2020 r. umowy na Projekt oznaczony nr 2 tj. projekt, który jest przedmiotem Postępowania, Zamawiający otrzymał dofinansowanie w wysokości 55 mln zł. Biorąc pod uwagę, że szacunkowa całkowita wartość zamówienia (wszystkich sześciu części) podana w ogłoszeniu o zamówieniu wynosi 129.604.393,04 zł (bez VAT), unijne dofinansowanie ma wynieść ok. 42%. W tym kontekście, słusznie wskazali odwołujący się wykonawcy, że sprzeczne z interesem publicznym byłoby niewykorzystanie tego dofinansowania, o które Zamawiający ubiegał się już 6 lat temu i którego wówczas nie otrzymał. Z tego powodu prowadzenie Postępowania i realizacja zamówienia tym bardziej leżą w interesie publicznym.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie, Izba wskazuje po pierwsze, że w zakresie w jakim Zamawiający powołał się na informacje nie zawarte w decyzji o unieważnieniu postępowania, informacje takie nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych przez wykonawców. Okoliczności te nie zostały bowiem wskazane w decyzji o unieważnieniu postępowania i nie były znane wykonawcom. Jak Izba wskazała powyżej, postawą wniesienia odwołania przez wykonawców jest decyzja o unieważnieniu postępowania i zawarte w niej uzasadnienie. To w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności. Po drugie, Izba wskazuje, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający również nie wykazał, jak również nie złożył żadnych dokumentów na potwierdzenie swoich twierdzeń dotyczących wadliwości funkcjonowania systemu wyrównań. Zamawiający ponownie oświadczył, że system działa wadliwie i uniemożliwia mu otrzymanie pełnej rekompensaty. Na pytanie Izby czy występował do Zarządcy Rozliczeń z pismem dotyczącym rzekomych nieprawidłowości, Zamawiający wskazał, że prowadzone były rozmowy, ale nie w formie pisemnej. Zdaniem Izby, nie może być tak, że Zamawiający z jednej strony uzasadnienia swoje stanowisko w zakresie unieważnienia Postępowania powołując się na ustawę o finansach publicznych i racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, a z drugiej zaś strony w sytuacji, w której rzekomo ponosi wielomilionowe straty z tytułu nieprawidłowego działania systemu wyrównań nie jest w stanie złożyć żadnego dokumentu do akt sprawy potwierdzającego podjęcie jakichkolwiek działań zmierzających do odzyskania należnych mu środków finansowych. Jednocześnie Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego co do przyjętego sposobu interpretacji przepisów prawa w zakresie rekompensat/wyrównań rodzi poważne wątpliwości interpretacyjne. Jak słusznie wskazał Odwołujący 2 wyrównanie za okres od 1 października 2022 r. do 28 lutego 2023 r. nie mogło referować do ceny minimalnej rozumianej jako cenę najniższą, o której mowa w art. 3a ust. 4), ponieważ to pojęcie nie funkcjonowało w ustawie z dnia 15 września 2022 r. W związku z tym nie można było, jak twierdzi Zamawiający, objąć tej ceny minimalnej treścią wniosku o rekompensatę. Cena minimalna pojawiła się w Ustawie nowelizującej i obowiązuje od 1 marca 2023 r. do końca roku, i stanowi podstawę do wypłaty wyrównań dla określonych w ustawie podmiotów. Ewentualne błędy Zamawiającego co do wysokości należnej rekompensaty nie mogą obciążać wykonawców i stanowić podstawy do unieważnienia Postępowania. Są to bowiem okoliczność będą skutkiem działań samego Zamawiającego, niemające charakteru zewnętrznego.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego o podwyższeniu taryfy przez PGE Energia Ciepła S.A., Izba wskazuje po pierwsze, że okoliczność podwyższenia cen energii ciepła przez PGE Energia Ciepła nie była okolicznością wskazaną przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu Postępowania. Tym samym nie może ona stanowić podstawy do rozstrzygnięcia zarzutów. Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał jaką cenę płaci do PGE Energia Ciepła za zakup ciepła, czy jest to cena wskazana w taryfie czy cena niższa. Ze stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie nie wynika również czy uwzględnił on mechanizmu wyrównań przewidziany w Ustawą nowelizującą. Należy w tym zakresie wskazać, że cena dostawy ciepła obejmuje cenę wytwarzania ciepła, w związku z czym objęta jest systemem wyrównań. Dalej Izba wskazuje, że wyliczenia Zamawiającego zawarte na stronie 11 i 12 odpowiedzi na odwołanie nie były zwarte w decyzji o unieważnieniu Postępowania. Ponadto, Zamawiający nie wskazał jakie jest źródło danych, na podstawie których owe wyliczenia przedstawił. W tabeli na stronie 12 Zamawiający przedstawił wyliczenia dotyczące utraty przychodów z tytułu podwyżki cen ciepła przez PGE Energia Ciepła, jednakże z danych tych nie wynikaczy w przedstawianych wyliczeniach uwzględnione zostały wyrównania wynikające z Ustawy nowelizującej. Podkreślenia wymaga również, że z przedstawionych wyliczeń wynika, iż zmiany przewidziane przez ustawodawcę, jeśli nawet przyjąć hipotetycznie jak

chciałby Zamawiający, że nastąpią (czego Zamawiający w żaden sposób nie wykazał), będą miały najmniejszy wpływ na przychody Zamawiającego w okresie od maja do września, a zatem okres ten koreluje z okresem wykonywania prac przez wykonawców w Postępowaniu. Izba nie zgadza się również ze stwierdzeniem Zamawiającego, że fundusz przewidziany w Ustawie nowelizującej w wysokości 14,5 mld zł miałyby się wyczerpać, co rodzi ryzyko po stronie Zamawiającego dalszej utraty przychodów. Przyjmując taką retorykę można postawić kontrargument, że fundusz w chwili wyczerpania będzie uzupełniony. Są to zdarzenia przyszłe, których ewentualna materializacja miałaby miejsce już po zakończeniu realizacji przedmiotowego Postępowania. Zamawiający z pewnością może minimalizować w/w ryzyko poprzez organicznie przyszłych, jeszcze nierozpoczętych inwestycji.

Mając na uwadze powyższe okoliczności i ustalenia, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Zasadnicza część argumentacja Zamawiającego zawarta w decyzji z dnia 6 kwietnia 2023 r. stanowi jednostronne oświadczenie Zamawiającego, na potwierdzenie którego nie zostały złożone żadne dowody dające podstawę do ich obiektywnej weryfikacji. Niewątpliwie Ustawa nowelizująca wprowadziła nowy mechanizm maksymalnej dostawy ciepła. Ustawa jednak wprowadziła system wyrównań, który ma rekompensować ewentualne straty m.in. Zamawiającego z tytułu jego stosowania. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał wadliwości działania systemu wyrównań. Nie wykazał utraty jakichkolwiek środków finansowych, a jedynie możliwość ich przesunięcia. Ponadto Zamawiający powołał się na podwyżkę cen ciepła przez PGE Energia Ciepła, przy czym ta informacja nie została zawarta w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Co więcej Zamawiający nie wykazał w żaden sposób jakie faktycznie ceny za dostawę ciepła płaci do PGE Energia Ciepła, przy uwzględnieniu systemu wyrównań i czy rzeczywiście będzie to powodować spadek jego przychodów. Podkreślić również należy, że ewentualne błędne wyliczenie przez Zamawiającego kosztów wyrównań nie może stanowić podstawy do unieważnienia Postępowania. Zdaniem Izby unieważnienie Postępowania nie leży również w interesie publicznym. Zamawiający powołał się na konieczność przesunięcia środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia na pokrycie kosztów związanych z dostawami ciepła. Przy czym Zamawiający nie wykazał, że taka utrata środków finansowych, w formie trwałej i nieodwracalnej rzeczywiście może nastąpić.

Odnosząc się w podsumowaniu do stwierdzenia Zamawiającego zawartego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, że „rozpoczęcie i prowadzenie planowanego postępowania jest uprawnionym działaniem każdego zamawiającego”, Izba wskazuje, że rolą Zamawiającego jako podmiotu dysponującego środkami publicznymi jest ich wydatkowanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności ustawą Pzp. I o ile to do decyzji Zamawiającego należy ocena czy posiada środki na sfinansowanie określonych inwestycji, to podjęcie w tym zakresie wiążącej decyzji w postaci wszczęcia postępowania przetargowego rodzi określone konsekwencje prawne. Konsekwencje te określa m.in. ustawa Pzp, regulując w sposób wyczerpujący przypadki, w których Zamawiający może zaniechać kontynuacji już wszczętego postępowania. Prowadzenie postępowania jest wyłącznie uprawnieniem Zamawiającego. Z chwilą jego wszczęcia Zamawiający ma obowiązek jego zakończenia poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, chyba, że wykaże przesłanki do jego unieważnienia. Takich jednak przesłanek wynikających z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający nie wykazał.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji. Izba uwzględniła zarzut najdalej idący tj. zarzut naruszenia art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 260 w zakresie braku sformułowania wyczerpującego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Uzasadnienie to bowiem nie zawiera okoliczności, na podstawie których można byłoby uznać, że ziściły się przesłanki wynikające z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 259 ustawy Pzp Izba uznała, że z treści uzasadnienia wynika, że dotyczy on wszystkich części postępowania objętych zamówieniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....
.....
.....