

Projekt pn.: „*Czysta Energia w Gminie Łuków III*” współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020.

## GMINA ŁUKÓW

21-400 Łuków, ul. Świdrska 12  
Regon 711582440, NIP 8251997986

Łuków, 27 stycznia 2020 roku

**Znak sprawy: PL.271.1.2019**

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Łuków w ramach projektu „Czysta Energia w Gminie Łuków III”.**

### INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA W CZĘŚCI 2

Działając na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) **Zamawiający** – Gmina Łuków, **informuje o unieważnieniu postępowania w części 2** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### Uzasadnienie:

Zamawiający podczas trwania postępowania ustalił, że postępowanie obarczone jest wadą polegającą na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który obiektywnie utrudnia oczywistą konkurencję z **naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp).**

W przedmiotowym postępowaniu, projekt budowlany instalacji fotowoltaicznych (opracowany na zlecenie zamawiającego przez podmiot trzeci) wskazuje następujące parametry urządzeń instalacji:

- 1) Waga modułu fotowoltaicznego – 18-18,5 kg (str. 12 projektu);
- 2) Waga inwertera – 8,8-17,0 kg (str. 14 projektu), zmieniony następnie w wyniku odpowiedzi zamawiającego na pytanie wykonawcy, zgodnie z którą zamawiający dopuścił inwertery o wadze 6,8 kg (przy wymiarach 346x346x132 mm).

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp – **„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”** Naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 p.z.p. ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje

Projekt pn.: „*Czysta Energia w Gminie Łuków III*” współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020.

przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu.<sup>1</sup> Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia, lub eliminuje jakąkolwiek technologię bez uzasadnionej przyczyny stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 29 ust. 2 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. jeżeli dokonanie takiego opisu nastąpiło bez uzasadnionej przyczyny.<sup>2</sup> Co prawda, zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższonych parametrach, ale musi to wynikać z obiektywnych okoliczności.<sup>3</sup>

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego nie wystąpiła żadna uzasadniona okoliczność, która tłumaczyłaby takie określenie parametrów modułów fotowoltaicznych i inwerterów, skutkujące ograniczeniem zakresu możliwych do zaoferowania produktów. Parametr dopuszczalnej wagi modułu fotowoltaicznego i inwertera wskazany w projekcie, oczywiście bezzasadnie wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dysponując produktami o obiektywnie lepszych parametrach użytkowych niż wymagane przez zamawiającego, nie mogli złożyć ofert z uwagi na wagę urządzeń nie mieszczących się w wąskim zakresie wskazanym przez zamawiającego (18-18,5 kg dla inwertera oraz 6,8-17 kg dla inwertera).

Zamawiający wskazuje, iż wykonawcy tacy byli zainteresowani udziałem w postępowaniu, o czym świadczy m.in. jedno z pytań zadanych zamawiającemu w trakcie postępowania. W dniu 12 lutego 2019 r., do zamawiającego wpłynęło pytanie, czy zamawiający dopuści moduły PV o większej wadze niż te opisane w przetargu pow. 18,6 kg lecz nie większej niż 20 kg. Zamawiający nie dopuścił wnioskowanego rozwiązania.

Ograniczenie możliwych do zaoferowania produktów poprzez zastosowanie parametru, który w istocie nie odnosi się do uzasadnionych potrzeb zamawiającego, stanowi błąd postępowania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, którego w związku z upływem terminu składania ofert nie można poprawić.

Ponadto zamawiający wskazuje, iż w dniu 16 września 2019 r. - ze względu na przedłużającą się procedurę wyboru wykonawcy, co wynika z w związku z wniesionych odwołań do KIO oraz koniecznością analizy prawidłowości opisanego przedmiotu zamówienia - minął termin realizacji zadania. Z uwagi na upływ terminu wykonania umowy, wykonanie świadczenia zgodnie z zapisami SIWZ stało

<sup>1</sup> Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1670/17

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. KIO 2707/17

<sup>3</sup> Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r., sygn. KIO 2412/17

Projekt pn.: „*Czysta Energia w Gminie Łuków III*” współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020.

się niemożliwe. Jednocześnie zamawiający wskazuje, że SIWZ nie przewiduje możliwości przedłużenia terminu realizacji zamówienia ze względu na przedłużające się procedury przetargowe. Wystąpiła więc wada, której nie można usunąć bez naruszenia art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych powodująca, że umowa podlegałaby unieważnieniu (umowa o świadczenie niemożliwe). W orzeczeniu 2304/15 KIO orzekła: **„zawarcie podstawowej umowy, z terminami które wygasły, wskazywałoby - za stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 maja 2011 r. sygn. akt II CSK 217/10 - na świadczenie niemożliwe w myśl art. 387 § 1 kc - albowiem zarówno zobowiązany, jak i inny wykonawca nie mógłby zrealizować świadczenia według kryteriów obiektywnych - w terminach określonych tą umową. Szeroko rozumiana konwalidacja [uzdrowienie nieaktualnych terminów] powodowałaby nieważność takiej zmiany i w konsekwencji też nieważność umowy zasadniczej, albowiem mając na uwadze chociażby regulację z art. 58 § 3 kc, jeżeli nieważnością jest dotknięta część czynności prawnej, [w tym przypadku zmiana umowy], czynność pozostaje w mocy, co do pozostałych części, [a zatem zawarta umowa], jednakże tylko wówczas, gdy z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością umowa także zostałaby zawarta”.** W efekcie zachodzi przesłanka unieważnienia wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze błędy postępowania, tj. opis przedmiotu zamówienia dyskryminujący bezzasadnie część występujących na rynku modułów fotowoltaicznych oraz inwerterów, a także brak możliwości wykonania umowy w terminie określonym w SIWZ, z uwagi na jego wpływ przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający uznaje, iż postępowanie w zakresie części 2 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Reasumując, występują wszystkie przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania w tej części, w oparciu o przepisy art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Postępowanie dotknięte jest wadą (naruszenie art. 29 ust. 1, ale przede wszystkim art. 29 ust. 2 Pzp), która jest nieusuwalna i jest podstawą unieważnienia umowy w oparciu o art. 146 ust. 6 Pzp.

Decyzję zamawiającego uzasadnia również opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zamieszczona w aktualnych opiniach na stronie <https://www.uzp.gov.pl/>

Projekt pn.: „*Czysta Energia w Gminie Łuków III*” współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020.

(Opinia dotycząca przedmiotu zamówienia)<sup>4</sup> oraz orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej.<sup>5</sup>

**Z uwagi na całokształt przedstawionych okoliczności, postanowiono jak na wstępie.**

WÓJT  
*M. Ostak*  
mgr Mariusz Ostak

.....  
(podpis kierownika zamawiającego  
lub osoby upoważnionej)

---

<sup>4</sup> <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opinia-dotyczaca-opisu-przedmiotu-zamowienia>

<sup>5</sup> Np. KIO 1588/14, 262/17, 2389/16