

WYROK

Warszawa, dnia 15 września 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - **w składzie:**

Przewodnicząca: Barbara Loba
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2026 r. przez odwołującego - SWIM ACADEMY K. spółka jawna z siedzibą w Złotnikach,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminny Ośrodek Sportu w Suchym Lesie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2 i 3 odwołania, wobec ich cofnięcia przez odwołującego - SWIM ACADEMY K. spółka jawna z siedzibą w Złotnikach.

2. Uwzględnia odwołanie w części zarzutów 1, 4 i 5 odwołania i nakazuje zamawiającemu Gminnemu Ośrodkowi Sportu w Suchym Lesie:

2.1.1. zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie kryterium pozacenowego „Program nauki pływania” w jego dotychczasowym brzmieniu oraz ponowne ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób zgodny z art. 240, art. 241, art. 242 oraz art. 246 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych poprzez:

a) w przypadku zachowania kryterium jakościowego odnoszącego się do programu lub metodyki realizacji usług – określenie zamkniętego katalogu elementów podlegających ocenie, przypisanie im odpowiednich wag albo maksymalnej liczby punktów oraz określenie jednoznacznych i weryfikowalnych zasad przyznawania punktów, umożliwiających wykonawcom ustalenie przed terminem składania ofert sposobu oceny zaoferowanych rozwiązań, albo

b) w przypadku zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert – uprzednie określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się co najmniej do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia, stosownie do art. 246 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2.2. zmianę projektowanych postanowień umowy w zakresie § 6 ust. 1 pkt 2 oraz § 15 ust. 2 pkt 3 poprzez jednoznaczne określenie, że do limitu zmian instruktora oraz przypadków stanowiących podstawę naliczenia kary umownej nie wlicza się zmian wynikających

z okoliczności niezależnych od wykonawcy, których wykonawca, pomimo zachowania należytej staranności, nie mógł przewidzieć ani im zapobiec.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminny Ośrodek Sportu w Suchym Lesie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika przez odwołującego SWIM ACADEMY K. spółka jawna z siedzibą w Złotnikach;

3.2. zasądza od zamawiającego Gminnego Ośrodka Sportu w Suchym Lesie na rzecz odwołującego SWIM ACADEMY K. spółka jawna z siedzibą w Złotnikach Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gminny Ośrodek Sportu w Suchym Lesie - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Prowadzenie zajęć z nauki i doskonalenia pływania w parku wodnym Octopus w Suchym Lesie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2026 r. pod numerem 2026/BZP 00086610/02/P.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2026 r. poz. 793), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 lipca 2026 r. odwołujący – SWIM ACADEMY K. spółka jawna z siedzibą w Złotnikach - wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1-2, art. 240 ust 1-2, art. 241 ust. 1 -3 ustawy Pzp, art. 242 ust. 1 pkt. 1 i ust 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp poprzez wadliwe określenie pozacenowego kryterium oceny ofert tj. opracowanego przez wykonawcę autorskiego „Programu nauki pływania”

w sposób subiektywny, niejednoznaczny, nieweryfikowalny, nieproporcjonalny, nie zawierający mierzalnych wskaźników, a uzależniony jedynie od subiektywnej oceny zamawiającego, co uniemożliwia merytoryczną porównywalność ofert. Sposób ustalenia przez zamawiającego pozacenowego kryterium oceny ofert w rozdziale XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia pkt. 2 ppkt. 2 i zasady jego punktacji nie pozwalają realnie ocenić, zweryfikować ani porównać poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, nie mają związku z przedmiotem zamówienia, a dotyczą jedynie właściwości wykonawcy, w tym jego sposobu rozumienia celów przedmiotu zamówienia lub jego specyfiki. Ponadto zamawiający nie wskazał w sposób wyczerpujący jakie elementy należy uwzględnić w autorskim programie oraz jak będą one punktowane, a zasady dokonania oceny ofert w tym kryterium bazują na niedookreślonych zwrotach typu: „nieakceptowane”, „akceptowalne”, „dobre”, „doskonałe” co będzie prowadziło do przyznania punktów w sposób uznaniowy, a tym samym skutkuje naruszeniem zasad równej i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania, a także zasady udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, czyniąc wskazane kryterium pozornym, nie zapewniającym rzetelnego i sprawiedliwego porównania ofert,

a w konsekwencji wskazane kryterium nie będzie stanowiło legalnego kryterium jakości, lecz będzie służyło uprzywilejowaniu konkretnego wykonawcy, przez co kryterium to jest oderwane od przedmiotu zamówienia i nie przyczynia się do faktycznej gradacji ofert pod badanym kątem, lecz gwarantuje przydzielenie 40 pkt. (waga – 40%) preferowanemu wykonawcy, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości; a w sytuacji, gdy zamawiający pomimo złożenia niniejszego odwołania, nie dokona zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób wskazany w odwołaniu ani nie przedłuży terminu składania ofert do czasu rozstrzygnięcia

o wniesionym odwołaniu, odwołujący formułuje także zarzut naruszenia:

2. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1-2, art. 240 ust 1-2, art. 241 ust. 1 -3 ustawy Pzp art. 242 ust. 1 pkt. 1 i ust 2 ustawy Pzp oraz

w zw. z art. 281 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp oraz w zw. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie pozacenowego kryterium oceny ofert tj. opracowanego przez wykonawcę autorskiego „Programu nauki pływania” w sposób subiektywny, niejednoznaczny, nieweryfikowalny, nie zawierający mierzalnych wskaźników, a uzależniony jedynie od subiektywnej oceny zamawiającego, co uniemożliwia merytoryczną porównywalność ofert. Sposób ustalenia przez zamawiającego pozacenowego kryterium oceny ofert w rozdziale XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia pkt. 2 ppkt. 2 i zasady jego punktacji nie pozwalają realnie ocenić, zweryfikować ani porównać poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, nie mają związku z przedmiotem zamówienia, a dotyczą jedynie właściwości wykonawcy, w tym jego sposobu rozumienia celów przedmiotu zamówienia lub jego specyfiki. Ponadto zamawiający nie wskazał w sposób wyczerpujący jakie elementy należy uwzględnić

w autorskim programie oraz jak będą one punktowane, a zasady dokonania oceny ofert w tym kryterium bazują na niedookreślonych zwrotach typu: „nieakceptowane”, „akceptowalne”, „dobre”, „doskonałe” co będzie prowadziło do przyznania punktów w sposób uznaniowy, a tym samym skutkuje naruszeniem zasad równej i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania, czyniąc wskazane kryterium pozornym, nie zapewniającym rzetelnego

i sprawiedliwego porównania ofert, co stanowi o istotnym i rażącym naruszeniu przez zamawiającego ustawy Pzp, a tym samym stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; działanie zamawiającego skutkuje zatem naruszeniem zasad przejrzystości postępowania, równości wykonawców i uczciwej konkurencji, a także porównywalności ofert co uzasadnia unieważnienie całego postępowania;

3. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 3531 kc oraz art. 5 kc, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (§20 PPU) w ten sposób, że zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy zostały przewidziane jedynie w przypadku zmiany stawki podatku VAT oraz podatku akcyzowego, zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym / zdrowotnym lub zmianie stawki składki tego ubezpieczenia, zmianie zasad PPK, a pomimo obowiązku wynikającego z art. 439 ust. Pzp zamawiający nie przewidział postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co powoduje, że projektowane postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy i niepełny, nie stanowią rzeczywistego zabezpieczenia na wypadek zmiany ceny materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia a zatem zostały sformułowane

w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia;

4. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 433 pkt 1 – 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 3531 kc oraz art. 5 kc, poprzez ukształtowanie PPU w zakresie odpowiedzialności wykonawcy i kar umownych za działania

i zaniechania niezawinione, w tym za opóźnienie, za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (§ 15 PPU) oraz przypisanie wykonawcy odpowiedzialności także za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (§7 PPU), a także wprowadzenie dowolnego uprawnienia zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (§8 ust. 2 lit a PPU);

5. art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20, oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 436 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także art. 5, art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych we wzorze umowy (w zakresie wskazanym poniżej) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ukształtowanie szeregu projektowanych postanowień umowy w sposób niekompletny, niejasny i wręcz wewnętrznie sprzeczny; ukształtowanie ich treści w sposób sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego, nieprecyzyjny i nieproporcjonalny, w tym naruszający interesy Wykonawcy, co powoduje niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję, a także sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, przepisy obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), co przejawia się m.in. w:

a) nałożeniu na wykonawcę obowiązków dot. niezbędnego sprzętu do prawidłowej realizacji zajęć (§2 ust. 7-9 PPU), bez jednoczesnego wyszczególnienia o jakim sprzęcie mowa;

b) zastrzeżeniu, że podane ilości godzin stanowią orientacyjną liczbę godzin i mogą ulec dowolnej zmianie tj. zwiększeniu lub zmniejszeniu (§4 ust. 6, ust. 8 PPU oraz §8 ust. 2 lit. a PPU) bez jednoczesnego zastrzeżenia minimalnego zakresu wykonania umowy, a przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że zmniejszenie przez Zamawiającego ilości godzin zajęć

w stosunku do szacunkowej ilości zawartej w Opisie Przedmiotu Zamówienia do niniejszego postępowania nie może stanowić podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń (§4 ust. 8 PPU); brak wskazania w jakim minimalnym czasie Zamawiający jest uprawniony do odwołania zajęć bez konieczności zapłaty wykonawcy wynagrodzenia (§ 4 ust. 8 PPU);

c) nałożeniu na wykonawcę obowiązku zapewnienia ciągłości pracy instruktorów / zastępstw (także w przypadku choroby, urlopu, innej absencji) - §5 ust. 10 PPU przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości zmiany instruktora do 2 (dwóch) razy na semestr dla danej grupy - §6 ust. 1 pkt. 2) PPU oraz przewidzeniu kary za każdy kolejny przypadek zmiany instruktora w §15 ust. 2 pkt. 3 PPU;

d) przypisaniu wykonawcy pełnej odpowiedzialności za szkody (niezależnie od winy wykonawcy) przy jednoczesnym zwolnieniu Zamawiającego z jakiegokolwiek odpowiedzialności (§7 ust. 1 PPU);

e) sformułowaniu odpowiedzialności wykonawcy i kar umownych za działania i zaniechania niezawinione, w tym za opóźnienie, za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (§15 PPU); ustalenie dwóch niezależnych kar umownych od wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy

z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w §15 ust. 2 pkt. 1) PPU oraz §15 ust. 2 pkt. 8) (drugi) PPU; przewidzenie rażąco wygórowanych kar umownych także za drobne, nieistotne, niezawinione, nieweryfikowalne uchybienia np. w §15

ust. 2 pkt. 2), 3), 4), 5), 6), 7) (pierwszy), 8) (pierwszy), 7) (drugi), 9) (drugi), 10), 12), 14), 15), 16) PPU;

f) brak zapewnienia równowagi stron – brak analogicznej odpowiedzialności zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający kara umowna została przewidziana w §16 ust. 1 PPU na 5% całkowitego wynagrodzenia umownego niezrealizowanego zakresu umowy, podczas gdy kara należąca od wykonawcy za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie dość, że została przewidziana dwukrotnie - §15 ust. 2 pkt. 1 PPU i pkt. 8 (drugi) PPU to dotyczy 20% całkowitej wartości brutto umowy określonej w § 8 ust. 2 – w pkt. 2 oraz 5% wynagrodzenia umownego brutto niezrealizowanego zakresu umowy – pkt. 8 (drugi);

g) brak równowagi stron poprzez ukształtowanie prawa do odstąpienia od umowy przysługującego zamawiającemu w §16 ust. 3 PPU oraz braku zapewnienia wykonawcy analogicznego uprawnienia;

h) braku wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;

W oparciu o tak postawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości

i nakazanie zamawiającemu, aby:

1) zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) w następujący sposób:

a) zmienił kryteria oceny ofert w ten sposób, że usunął pozacenowe kryterium oceny ofert – Program nauki pływania – waga max. 40 pkt. wskazane w rozdziale XIX pkt. 2 ppkt. 2 SWZ oraz ustalił, że cena wskazana w pkt. 1 i 2 ppkt. 1) w rozdziale XIX SWZ będzie miała wagę 100%, w miejsce obecnych 60%;

b) usunął z SWZ rozdział X pkt. 1 ppkt. 2 zapis o obowiązku wykonawcy przedłożenia wraz z ofertą dokumentu pn. „Autorski Program nauki pływania”;

c) zmienił Załącznik nr 7 do SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;

2. przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianami SWZ

i przygotowanie oferty, tj. o co najmniej 2 tygodnie;

3. poinformował wykonawców o przedłużonym terminie składania ofert przez zamieszczenie informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której została udostępniona SWZ,

4. informację o przedłużonym terminie składania ofert zamieścił w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp,

a ewentualnie w przypadku, gdy zamawiający pomimo złożonego odwołania, nie dokona wnioskowanych zmian w SWZ, ani nie przedłużył terminu składania ofert do czasu rozstrzygnięcia o wniesionym odwołaniu – z uwagi na nieprzejrzystość działania zamawiającego i brak zapewnienia konkurencyjności procedury, a także porównywalności ofert, odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania.

Odwołujący argumentował, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący zamierza złożyć ofertę, której treść odpowiada warunkom zamówienia opisanych w SWZ oraz pozwala w sposób obiektywny konkurować z innymi wykonawcami, którzy złożą ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. Poprzez zaniechanie ustalenia obiektywnych i mierzalnych kryteriów oceny ofert, umożliwiających merytoryczną porównywalność ofert zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący traci szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie dokonania obiektywnej oceny złożonych ofert, co w istotny sposób może wpłynąć na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na podstawie oświadczeń stron oraz dowodów z dokumentów przez nie składanych, które w całości zostały przez Izbę przyjęte w poczet materiału dowodowego. Dowody mające znaczenie dla rozstrzygnięcia zostały powołane w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny:

Zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2026 r. wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W rozdziale XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) zamawiający wskazał, że oprócz kryterium ceny o wadze 60% przewiduje także pozacenowe kryterium oceny ofert - Program nauki pływania – waga max. 40 pkt.

Jak wskazał Zamawiający w treści SWZ:

„2) Program nauki pływania – waga max. 40 pkt

Ocena ofert w tym kryterium dokonywana będzie na podstawie opracowanej przez Wykonawcę autorskiego „Programu nauki pływania”, w którym Wykonawca przedstawi w sposób jasny, przejrzysty i kompleksowy proponowany przez siebie sposób, założenia oraz efekty jakie mają zostać osiągnięte w ramach przedmiotu zamówienia, tj. efektywnej nauki pływania w opisanych przez Zamawiającego grupach zajęciowych.

„Program nauki pływania” winien w szczególności uwzględniać następujące elementy, które nie stanowią wyłącznego katalogu elementów, jakie może wykorzystać, zaadoptować Wykonawca:

- sposób realizacji usług z uwzględnieniem scenariuszy (konspektów) zajęć dla wszystkich prowadzonych form aktywności;
- skuteczność nauki pływania;
- organizację pracy instruktorów;
- kontrolę jakości i efektywności usługi nauki pływania jako okresowej oceny poziomu umiejętności uczestników zajęć;
- jakość i różnorodność stosowanego sprzętu;
- jakość i różnorodność stosowanych technik nauki pływania.

Zamawiający dokona oceny ofert na podstawie następujących zasad:

Oferowane podejście	Jak dobrze Wykonawca rozumie cele i założenia przedmiotu zamówienia, jego specyfikę?	Ocena
Nieakceptowalne	Oferta nie pokazuje adekwatnego zrozumienia celów przedmiotu zamówienia lub jego specyfiki, nie wnosi istotnych uwag mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia	0 pkt.
Akceptowalne	Oferta pokazuje dostateczne zrozumienie celów przedmiotu zamówienia i jego specyfiki, lecz nie wnosi istotnych uwag mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia	15 pkt.
Dobre	Oferta wykazuje dobre zrozumienie celów przedmiotu zamówienia i jego specyfiki, zawiera wiele istotnych propozycji mogących podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania przedmiotu zamówienia	25 pkt.
Doskonałe	Oferta wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów przedmiotu zamówienia i jego specyfiki, zawiera nowatorskie, dostosowane specyficznie do projekt przedmiotu zamówienia u istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania przedmiotu zamówienia	40 pkt.

W projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ (dalej: projekt umowy; PPU) zamawiający wpisał:

„§ 5. 6. Wykonawca jest zobowiązany do wyznaczenia dyżuru dla Koordynatora/Kierownika zespołu Instruktorów,

stacjonarnie, w obiekcie Zamawiającego, 2 godziny, 1 raz w tygodniu

w dzień roboczy. Pełnienie dyżuru Koordynatora/Kierownika zespołu Instruktorów wliczone jest w ogólne wynagrodzenie Wykonawcy.

7. Koordynator/Kierownik będzie obowiązany do utrzymywania stałego kontaktu - pod nr tel. 603 111 949 z koordynatorem ze strony Zamawiającego (Koordynator Zamawiającego A.F.). Do zadań Koordynatora/Kierownika będzie należało organizowanie

i sprawowanie nadzoru nad świadczeniem Usług oraz zarządzanie personelem Wykonawcy. (...)

10. W okresie realizacji przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest zapewnić ciągłość pracy Instruktorów. W przypadku choroby, urlopu, innej absencji Instruktora lub stwierdzenia przez Zamawiającego, że dany Instruktor niewłaściwie wykonuje obowiązki, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia zastępstwa przez osoby posiadające stosowne, równoważne kwalifikacje.

11. Każdorazowa zmiana instruktora wymaga pisemnego powiadomienia Zamawiającego z co najmniej dwudniowym wyprzedzeniem, a w sytuacjach nagłych, niedających się przewidzieć, gdy zachowanie dwudniowego terminu nie jest możliwe, np. w przypadku choroby, niezwłocznie po powzięciu informacji. Zmiana instruktora wymaga jednoczesnego, wraz ze zgłoszeniem, wykazania przez Wykonawcę, że nowy pracownik posiada uprawnienia, kwalifikacje i umiejętności zgodne z warunkami określonymi w dokumentacji postępowania, a także zapoznać się z dokumentami, o których mowa niżej, w § 5 ust. 14

12. Każdorazowa zmiana instruktora powoduje konieczność dostarczenia do wglądu Zamawiającemu kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących nowej osoby, z zastrzeżeniem postanowień punktu wyżej.

§ 6. 1. Zmiana Instruktora będzie możliwa w następujących sytuacjach:

1) na żądanie Zamawiającego w przypadku nienależytego świadczenia przez niego Usług, co nie wyłącza możliwości naliczenia kary zgodnie z § 15 ust. 2 pkt. 2;

2) na wniosek Wykonawcy uzasadniony obiektywnymi okolicznościami, ale nie częściej niż 2 razy na semestr dla danej grupy co nie wyłącza możliwości naliczenia kary, jeśli zostaną spełnione przesłanki zgodnie z § 15 ust. 2 pkt. 3.

§ 15. 1. Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie, nienależyte lub nieterminowe wykonanie zobowiązań umownych w formie kar umownych.

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

(...)

3) za zmianę instruktora powyżej ilości określonej w § 6 ust. 1 pkt. 2 w wysokości 2 000,00 zł za każdy przypadek przekroczenia”.

Zdaniem odwołującego ww. pozacenowe kryterium oceny ofert jest niejednoznaczne, nieweryfikowalne, nie zapewnia merytorycznej porównywalności ofert, nie wskazuje zamkniętego katalogu elementów jakie będą poddawane ocenie, ani nie wskazuje jak dokładnie będą one oceniane, co doprowadza do sytuacji, że sposób dokonania oceny tego kryterium zależy nie od obiektywnych czynników, a od subiektywnego podejścia zamawiającego czy powołanej przez niego komisji. Powołane kryterium oraz opis przyznawania punktów w jego ramach w rażący sposób naruszają szereg przepisów Pzp, w tym art. 240 ust. 1 i 2 Pzp. Kwestionowane kryterium jakościowe nie jest jednoznaczne, gdyż mimo rozbudowanego opisu brak informacji co i w jaki sposób faktycznie jest punktowane, a samo kryterium jest skonstruowane w taki sposób, aby pozostawić zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej, przez umożliwienie faworytowi przyznania 40 pkt, zaś pozostałym wykonawcom mniejszej ilości punktów, a nawet 0 punktów w ramach kryterium.

Informacje, które będą punktowane przez zamawiającego - wbrew wyraźnej dyspozycji art. 240 ust. 2 Pzp - wcale nie będą wynikały z informacji przedstawionych w ofertach, lecz będą stworzone w toku badania treści tej oferty, i będą wynikały z informacji wykreowanych przez zamawiającego po terminie składania ofert, gdy ceny wszystkich ofert (stanowiące 60% wagi) będą już zamawiającemu znane. Zamawiający może bowiem w sposób dowolny uznać, który program otrzyma ocenę „nieakceptowalną”, a który wręcz „doskonałą”, stosując nieznane wykonawcom poziomy przyjętej interpretacji przedmiotowego kryterium, w szczególności

w aspekcie tego, że elementy programu autorskiego nie zostały w sposób jednoznacznie

(a jedynie przykładowo) wskazane w zapisach SWZ. W ten sposób zamawiający może doprowadzić do sytuacji, w której punktacja otrzymana w tym kryterium będzie wcześniej znana tylko komisji przetargowej (bo nawet nie Wykonawcy), sposób jego punktacji może być uzależniony np. od pozycji, na której uplasuje się preferowany przez zamawiającego

wykonawca oraz będzie stanowił subiektywną ocenę poszczególnych członków komisji. Taka procedura w rażący sposób narusza nie tylko przepisy szczegółowe, dotyczące kryteriów oceny ofert, lecz również prymarne zasady dot. równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji, Strona 13 z 45

a zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, w sposób wskazany w ust. 2 i nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (ust. 3). Kryterium pozacenowe przewidziane przez zamawiającego ma natomiast ocenić „*jak dobrze Wykonawca rozumie cele i założenia przedmiotu zamówienia, jego specyfikę*” – a więc w istocie zamawiający chce ocenić właściwości wykonawcy, a nie parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia.

Jak stanowi zaś art. 242 ust. 1 ustawy Pzp, „kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia”. Tym samym zamierzenie przez zamawiającego oceny „*jak dobrze Wykonawca rozumie cele i założenia przedmiotu zamówienia, jego specyfikę*”, nie wskazuje na jakikolwiek związek tego kryterium z przedmiotem zamówienia, nie wspominając już o jego nieweryfikowalności. W SWZ zamawiający wskazał na jedynie przykładowe elementy jaki winny znaleźć się w przygotowanym autorskim programie wskazując, że:

„Program nauki pływania” winien w szczególności uwzględniać następujące elementy, które nie stanowią wyłącznego katalogu elementów jakie może wykorzystać, zaadaptować Wykonawca:

- *sposób realizacji usług z uwzględnieniem scenariuszy (konspektów) zajęć dla wszystkich prowadzonych form aktywności;*
- *skuteczność nauki pływania;*
- *organizację pracy instruktorów;*
- *kontrolę jakości i efektywności usługi nauki pływania jako okresowej oceny poziomu umiejętności uczestników zajęć;*
- *jakość i różnorodność stosowanego sprzętu;*
- *jakość i różnorodność stosowanych technik nauki pływania.* Strona 15 z 45

Przy czym zamawiający nie wskazał w jaki sposób dokona ich punktacji, kiedy wykonawca może liczyć na uznanie, że przedłożony przez niego program będzie dla zamawiającego „akceptowalny”, „kiedy „dobry”, a kiedy „doskonały”. W ten sposób na etapie składania ofert wykonawca pozbawiony jest wiedzy, w jaki sposób zostanie oceniony złożony przez niego program. A wykonawcy w każdym zakresie już na etapie składania ofert muszą wiedzieć co i jak będzie punktowane oraz mieć możliwość zweryfikowania, czy dane żądania są związane z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający, jako gospodarz postępowania, może dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Limitem swobody zamawiającego, wynikającym z obowiązku stosowania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. W przedmiotowym przetargu zamiast ustanowienia przejrzystych procedur zamawiający zapewnił sobie możliwość arbitralnego oceniania ofert, która to ocena następnie nie będzie mogła być weryfikowalna w sposób zero-jedynkowy, gdyż zakres oceny przedłożonych programów może być zupełnie różny, a wówczas złożone oferty nie będą w żaden sposób porównywalne.

Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Równocześnie, ustanowione kryterium jakościowe nie może dyskryminować wykonawców, których właściwości (tutaj: sposób rozumienia celów i założeń przedmiotu zamówienia / jego specyfikę) nie spodobają się członkom komisji na etapie badania i oceny ofert. Choć Zamawiający ma prawo swobodnie kształtować jakościowe kryteria oceny ofert, każdorazowo musi być w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi

potrzebami, a zatem, że kryteria te służyć mają uzyskaniu zamówienia lepszej jakości. Tymczasem przygotowanie autorskiego Programu nauki pływania, nie będzie przekładało się realnie na jakość przedmiotu zamówienia.

Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - przez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W przeciwnym razie, jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci wyboru oferty lepszej jakościowo. Sporne kryterium jest opisane lakonicznie, co jest sprzeczne z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp, a potencjalni oferenci nie będą mieli żadnej świadomości jak w praktyce wyglądać ma ocena ofert w ramach spornego kryterium. Skoro Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować wykonawcom równych

i jednakowych warunków oceny ofert, to nie powinien stosować tego pozacenowego kryterium. Zamawiający nie określił również zasad, według których zamierzał przyznawać punkty, definicji pojęć podejścia: nieakceptowalnego, akceptowalnego, dobrego czy doskonałego. Logiczne jest, że osoby dokonujące oceny muszą mieć możliwość stopniowania oceny, ale zamawiający powinien również ten aspekt dokładnie opisać. Zasady przyznawania punktów zawarte w SWZ zawierają z kolei szereg nieprecyzyjnych, niedookreślonych zwrotów, które byłyby źródłem sprzecznych interpretacji - jest to kolejny, niedopuszczalny element tego rodzaju kryterium, które jest ze swojej natury w znacznej mierze subiektywne. Wskazane kryterium pozacenowe odwołujący ocenił także jako nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, odwołujący wniósł o usunięcie ww. kryterium pozacenowego oraz zmianę wagi kryterium ceny z dotychczasowych 60% na 100%.

Z uwagi na okoliczność, że zamawiający działa w sposób nieprzejrzysty, nie zapewniający zasad równej i uczciwej konkurencji, formułuje kryteria w sposób rażąco sprzeczny z ustawą PZP, przez co uniemożliwia wykonawcom złożenie rzetelnej oferty oraz obiektywną jej ocenę, na wypadek gdyby nawet wskutek niniejszego odwołania, zamawiający nie dokonał zmian

w SWZ w sposób żądany przez odwołującego, ani nie przedłużył terminu składania i otwarcia ofert – chociażby do czasu rozstrzygnięcia o odwołaniu przez KIO, odwołujący wniósł

o unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1-2, art. 240 ust. 1-2, art. 241 ust. 1 -3 ustawy Pzp art. 242 ust. 1 pkt. 1 i ust 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp oraz w zw. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż postępowanie obarczone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skoro określenie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z przepisami ustawy stanowi rażące naruszenie ustawy, to ewentualne zaniechanie zamawiającego – co do przedłużenia terminu składania ofert co najmniej co czasu rozstrzygnięcia przez KIO o wniesionym odwołaniu, stanowić będzie kolejne zaniechanie zamawiającego, a jednocześnie będzie równoznaczne z niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne (w rozumieniu art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp),

a co za tym idzie stanowić będzie podstawę unieważnienia całego postępowania. Zarzut ten odwołujący formułuje na wypadek i w sytuacji, gdyby zamawiający pomimo wniesienia odwołania, nie przedłużył terminu składania ofert co najmniej na czas trwania postępowania odwoławczego. Jeżeli, pomimo wniesionego odwołania, zamawiający dopuści do upływu terminu składania i otwarcia ofert, to znaczy że doprowadzi do sytuacji, w której wady nie można już usunąć. Po złożeniu oferty przez wykonawcę, nie może już ona zostać zmieniona/uzupełniona. Brak możliwości skorygowania oferty stanowi niewątpliwie

o nieusuwalności i istotności wady. Zaistnieje wówczas takie uchybienie, którego zamawiający nie będzie już mógł skorygować w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Działania zamawiającego należy także ocenić w kontekście naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp tj. nierównego traktowania wykonawców, braku zachowania zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz przejrzystości postępowania.

Odwołujący wskazał następnie na ukształtowaną przez zamawiającego treść załącznika nr 7 do SWZ – umowa, która w sposób rażący narusza nie tylko uzasadniony interes wykonawcy, ale także obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa, zasady współżycia społecznego, niegwarantujące zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności). Odwołujący podniósł, że szereg przepisów zawartych w PPU jest niejasnych, niekompletnych, a nawet ze sobą wprost sprzecznych. Odwołujący wystąpił do zamawiającego o zmianę zapisów PPU, jednakże do dnia wniesienia odwołania zamawiający w żaden sposób się do tego nie ustosunkował.

W § 20 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, zamawiający wskazał, że:

„§ 20 Klauzule waloryzacyjne

1. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany:

a) stawki podatku od towaru i usług oraz podatku akcyzowego,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę.

2. W przypadku określonym w ust. 1 lit a), polegającej na obniżeniu stawki podatku od towaru i usług lub/i podatku akcyzowego wysokość wynagrodzenia brutto Wykonawcy zostanie odpowiednio zmniejszona o różnicę kwoty podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający w takiej sytuacji wyznaczy datę podpisania aneksu do umowy.

3. Niezależnie od treści ust. 2, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w ust. 1 litera a), b), c), d), Wykonawca będzie uprawniony do złożenia pisemnego wniosku do Zamawiającego o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia. W pisemnym wniosku

Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowego wyliczenia, z którego będzie wynikać, w jaki sposób i o ile zmiany określone w ust. 1 wpłynęły na zmianę kosztów wykonania Przedmiotu Umowy. Wniosek musi również zawierać uzasadnienie i określenie kwoty, o jaką ma wzrosnąć wynagrodzenie Wykonawcy.

4. W terminie 14 dni od przedłożenia przez Wykonawcę pisemnego wniosku, o którym mowa w ust. 3, Zamawiający pisemnie ustosunkuje się do niego albo wniesie swoje zastrzeżenia.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń przez Zamawiającego, Strony przystąpią do negocjacji zmiany wysokości wynagrodzenia, które powinny się zakończyć w terminie 7 dni od dnia dostarczenia Wykonawcy tych zastrzeżeń i podpisaniem aneksu do umowy.”

Zdaniem odwołującego zamawiający pozornie spełnił obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp. Jednakże kwestia uregulowania w projekcie umowy obowiązkowych zmian wynikających ze zmiany ustawodawstwa nie jest tożsama z przewidzeniem obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z umowy zawartej na co najmniej 6 miesięcy,

a dotyczącej zmiany cen, materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego rozwiązania mają charakter fasadowy i są niezgodne z obowiązującą literą prawa. W ocenie odwołującego zostały one sformułowane w sposób rażąco sprzeczny z przepisami prawa i zmierzający do ich obejścia.

Art. 439 ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku wprowadzenia jakiegokolwiek klauzuli waloryzacyjnej, lecz klauzuli skutecznej, tj. rzeczywiście realizującej cel podziału ryzyka cenowego między strony umowy. Ponadto art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza obowiązek zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowach trwających co najmniej 6 miesięcy. Ustalając ten próg, ustawodawca ocenił, że już w takim przedziale czasu mogą zaistnieć warunki uzasadniające zmianę wynagrodzenia. Sam upływ czasu nie stanowi przesłanki waloryzacji — konieczne jest wystąpienie rzeczywistego wzrostu cen lub kosztów. Zamawiający stosując nazewnictwo „klauzule waloryzacyjne”, w § 20 projektu umowy uregulował jedynie kwestię dostosowania zmian przepisów do wysokości wynagrodzenia. Zatem należy przyjąć, że zamawiający pomimo istnienia obowiązku ustawowego nie przewidział w projekcie umowy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący podniósł następnie, że w projekcie umowy zostały przewidziane, także wbrew dyspozycji art. 433 pkt. 1-4 ustawy Pzp zapisy powodujące, że wykonawca ponosi pełną

i w zasadzie nieograniczoną odpowiedzialność za wszystkie działania / zaniechania, opóźnienia, za zachowania niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, a nawet za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (§ 7 ust. 1 projektu umowy). Ponadto

zamawiający przyznał sobie nieograniczone prawo do zmiany zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (§ 8 ust. 2 lit a projektu umowy) co w sposób oczywisty jest sprzeczne z art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp.

Ponadto część zapisów zawartych w projekcie umowy jest niejednoznacznych, niekompletnych i niejasnych, ze sobą sprzecznych, niezapewniających równowagi stron. Przykładowo zamawiający z jednej strony wskazuje, że w przypadku odstąpienia od umowy

z przyczyn leżących po stronie wykonawcy przysługuje mu od niego kara umowna w wysokości 20% wartości umowy (§ 15 ust. 2), a z drugiej strony wskazuje, że kara ta wynosić będzie: „(...) 5% wynagrodzenia umownego brutto niezrealizowanego zakresu umowy (określonego w § 8 ust.2)”- § 15 ust. 2 pkt. 8 (drugi). Dodatkowo zapisy dot. kar umownych naruszają przepis art. 436 pkt. 3 ustawy Pzp, bowiem nie zawierają zapisów dotyczących łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Odwolujący wniósł o uporządkowanie zapisów projektu umowy. Zamawiający w § 2 pkt. 6 – 9 projektu umowy z jednej strony w ust. 6 nie precyzuje o jakim sprzęcie mowa, a z drugiej strony wskazuje na obowiązki wykonawcy w zakresie sprawności sprzętu, jego utrzymania czy pozostawiania na terenie obiektu zamawiającego. Zamawiający powinien albo w ust. 6 doprecyzować o jaki konkretnie sprzęt chodzi, albo usunąć ust. 7-9. W przeciwnym wypadku ww. zapisy mają charakter nieprecyzyjny i blankietowy.

Odwolujący wskazał również, że zapisy § 4 ust. 6 oraz § 8 ust. 2 lit. a projektu umowy są wprost niezgodne z art. 433 ust. 4 ustawy Pzp. Z jednej strony zamawiający zapewnia sobie swobodę w zakresie dowolnego zwiększenia lub zmniejszenia godzin, a z drugiej pozbawia wykonawcę zgłaszania z tego tytułu roszczeń.

Przyjęty przez zamawiającego w § 6 ust. 2 zapis nie reguluje ponadto sytuacji, które jako niezależne od wykonawcy mogą wiązać się z koniecznością zmiany instruktora (np. siła wyższa, choroba, urlopy). Okoliczności nieprzewidziane i niezależne od strony, które wymuszają na wykonawcy zmianę instruktora nie mogą wiązać się z obowiązkiem zapłaty z tego tytułu kary. Kary mogą bowiem być stosowane jedynie w sytuacjach zawinionego nienależytego wykonania zobowiązania.

Również w § 7 projektu umowy zamawiający w sposób nieuprawniony chce rozszerzyć odpowiedzialność wykonawcy za wszystkie sytuacje, z jakimi może wiązać się nienależyte czy nieterminowe wykonanie zobowiązania. Zamawiający w projekcie umowy wprowadził reguły odpowiedzialności (także w zakresie kar przewidzianych w § 15), które sugerują, że jest to odpowiedzialność także niezależna od winy wykonawcy, co rażąco narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w postępowaniu, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję, nadto - stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu przepisu art. 433 pkt 1 ustawy Pzp. Określone przez zamawiającego zapisy umowne w zakresie odpowiedzialności wykonawcy (i kar umownych przewidzianych przez zamawiającego w §15) są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, w tym również

z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp (klauzule abuzywne z art. 433 ustawy Pzp). Stanowi to także nadużycie prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez zamawiającego.

Odnosząc się do §15 projektu umowy odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 433 pkt. 1 – 2 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

Zasadą jest, że wykonawca odpowiada jedynie za zawinione przez siebie działanie lub zaniechanie związane bezpośrednio z przedmiotem zamówienia. Ponadto zgodnie z treścią art. 436 pkt. 3 ustawy Pzp – wzór umowy musi zawierać postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Takiego postanowienia brak w przedłożonym projekcie umowy.

Ponadto zamawiający w §15 projektu umowy użył określenia „opóźnienie” oraz „každorazowe stwierdzenie nienależytego wykonania usługi”, za które chce karać wykonawcę, jednakże tych pojęć nie zdefiniował, co narusza regułę nakładającą na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia i wymagań stawianych przez zamawiającego, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem, już pojęcie „opóźnienia”, mimo iż jest

jednoznacznie identyfikowane w judykaturze jako tzw. opóźnienie zwykłe (w przeciwieństwie do kwalifikowanej jego postaci, jaką jest zwłoka), może być różnie interpretowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w szczególności przez podmioty zagraniczne, co nie sprzyja prowadzeniu postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Zakładając, że intencją Zamawiającego w warunkach niniejszego zamówienia było rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy poprzez jej oderwanie od przesłanki zawinienia

i w konsekwencji przyznanie zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy, domagania się od wykonawcy zapłaty kary umownej (czy też skorzystania z innych uprawnień wierzyciela na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia) również w tych przypadkach, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, działania takie uznać należy za rażąco naruszające równowagę kontraktową i zasadę proporcjonalności, albowiem nie ma żadnych racjonalnych względów, ażeby obciążać wykonawcę odpowiedzialnością za niedochowanie terminów wykonania zamówienia w przypadkach, gdy ich przekroczenie nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę.

Analogicznie przyjąć należy, że stosowane przez zamawiającego nazewnictwo „nienależytego wykonania usługi” nie jest ani precyzyjne, ani ostre, ani tym bardziej zdefiniowane w SWZ. Stąd też pozostawienie takich zapisów spowoduje, że praktycznie każde działanie / zaniechanie wykonawcy może zostać przez zamawiającego zakwalifikowane jako „nienależyte”.

Tego typu rozłożenie ryzyk kontraktowych (w zasadzie ich przerzucenie w całości na jedną stronę) stanowi działanie nieadekwatne do celu, jakiego osiągnięciu ma służyć (zapewnienie terminowego wykonania umowy w sprawie zamówienia) i istotnie zniechęca potencjalnych wykonawców do złożenia oferty w postępowaniu, prowadząc w konsekwencji do istotnego

w skutkach ograniczenia konkurencji. Racjonalnie działający wykonawca nie zdecyduje się na złożenie oferty w postępowaniu, w sytuacji, gdy wybór jego oferty i podpisanie umowy

z zamawiającym skutkować będzie przyjęciem na siebie wszystkich możliwych ryzyk

i odpowiedzialności (także tych, za które nie ponosi odpowiedzialności i na które nie ma żadnego wpływu), przy jednoczesnym zwolnieniu zamawiającego z jakiegokolwiek odpowiedzialności.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma faktycznej możliwości pełnego uwzględnienia skutków tak określonej odpowiedzialności kontraktowej w cenie oferty, albowiem nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności i zdarzeń niezależnych od jego woli, które mogą skutkować opóźnieniem w wykonaniu zamówienia, a tym bardziej nie może przewidzieć skali oddziaływania wszelkich tego rodzaju zdarzeń i ich realnego wpływu na przekroczenie terminu wykonania zamówienia.

Odwolujący podkreślił, że przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego,

z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwwstawienie obu w/w interesów nie może prowadzić do nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych i do przypisywania mu odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie ma żadnego wpływu.

Zamawiający wprowadził w § 15 projektu umowy szereg kar umownych, co do których obowiązek zapłaty obciążałby wykonawcę w razie ziszczenia się wskazanych tam przesłanek. W ocenie odwołującego, projektowane postanowienia umowy, w sposób rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, nadto niektóre z klauzul zreagowane zostały z naruszeniem zakazu wynikającego z literalnego brzmienia przepisu art. 433 ustawy Pzp (klauzule abuzywne). Odwołujący podniósł, że przekroczenie granicy dopuszczalnej swobody kontraktowej w warunkach projektowanych zapisów umowy wyraża się przede wszystkim w określeniu przez zamawiającego kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, nieadekwatnych do naruszeń i mogących prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy.

Odwolujący zwrócił także uwagę, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy § 15 przewiduje dwukrotne karanie wykonawcy i znacznie bardziej dotkliwe niż w sytuacji, gdy przyczyny odstąpienia będą leżały po stronie zamawiającego. Stąd, aby zachować równowagę kontraktową, odwołujący wniósł o zmianę treści §15

ust. 2.

Aby zapewnić równowagę kontraktową stron, skoro zamawiający przyznaje sobie prawo do odstąpienia od umowy (nie określając jednocześnie jego terminu), to po pierwsze, aby było ono skutecznie zastrzeżone – należy wskazać termin w jakim może być ono wykonywane (odwołujący zaproponował 30 dni), a ponadto analogiczne prawo należy przewidzieć wykonawcy. Stąd odwołujący wniósł o zmianę §16 projektu umowy.

Odwołujący podkreślił, że nie neguje co do zasady prawa zamawiającego do kształtowania postanowień umownych dotyczących kar zgodnie z ich funkcją odszkodowawczą

i prewencyjną, ale uważa, że w niniejszym postępowaniu zamawiający zdecydowanie nadużył tego prawa, wprowadzając do projektowanych postanowień umowy taką konstrukcję, liczbę

i wysokość kar umownych, że zarówno indywidualnie i jako całość są one rażąco wygórowane w stosunku do standardów rynkowych i zupełnie nieadekwatne do wysokości możliwej szkody ewentualnie powstałej po stronie zamawiającego. W efekcie, kary te na etapie postępowania doprowadzą do drastycznego ograniczenia konkurencji przez odstraszenie wszystkich racjonalnie kalkulujących ryzyko wykonawców, zaś na etapie realizacji zamówienia mogą doprowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy.

Wysokość zastrzeżonych przez zamawiającego kar, jak i brak ich maksymalnej wysokości, pozostają niewspółmierne tak do obowiązujących przepisów prawa, jak i do potencjalnej szkody zamawiającego i naruszają zasadę proporcjonalności. Brak jest uzasadnienia, aby kara za odstąpienie należała od wykonawcy kilkukrotnie przewyższała karę należną za to samo od zamawiającego. Brak jest uzasadnienia, aby w sposób przyjęty przez zamawiającego w § 15 projektu umowy w tak drastyczny sposób karać wykonawcę za drobne, nieistotne, niezawinione uchybienia, za brak przedłożenia kopii dokumentów etc. Odwołujący wniósł więc o zmianę ww. zapisów jako nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi wniósł o nieuwzględnienie w całości zarzutów podniesionych przez odwołującego w zakresie:

- Zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1-2, art. 240 ust 1-2, art. 241 ust. 1 -3 ustawy Pzp, art. 242 ust. 1 pkt. 1 i ust 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt. 17) ustawy Pzp;

- Zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1-2, art. 240 ust 1-2, art. 241 ust. 1 -3 ustawy Pzp art. 242 ust. 1 pkt. 1 i ust 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt. 17) ustawy Pzp oraz w zw. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

- Zarzutu nr 4 / dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 433 pkt 1 – 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc, co do §7 PPU

- Zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20, oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 436 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także art. 5, art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, co do § 2 PPU i § 6 PPU

oraz o uwzględnienie zarzutów podniesionych przez odwołującego w zakresie:

- Zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp

w zw. z art. 58 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc, co do § 20 PPU

a także o nieuwzględnienie w części zarzutów podniesionych przez odwołującego w zakresie:

- Zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 433 pkt 1 – 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc, co do § 15 PPU, § 16 ust. 1, 3 i 5 PPU, § 4 i § 8 PPU.

Odnosząc się do Zarzutu nr 1 zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei art. 241 ustawy Pzp wprost dopuszcza stosowanie kryteriów jakościowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia,

w szczególności do jego jakości, wartości technicznej, organizacji, kwalifikacji personelu

(w przypadkach przewidzianych ustawą) oraz innych właściwości wpływających na sposób wykonania zamówienia.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie usług nauki pływania. W przypadku usług edukacyjnych i szkoleniowych zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu zamówienia ma nie tylko sam fakt wykonania określonej liczby zajęć, ale również metodyka ich prowadzenia, organizacja procesu dydaktycznego oraz skuteczność przyjętych

rozwiązań. Tym samym sposób realizacji usługi stanowi integralny element przedmiotu zamówienia, a nie cechę wykonawcy.

Zdaniem zamawiającego odwołujący błędnie utożsamia ocenę programu realizacji zamówienia z oceną właściwości wykonawcy. Kryterium nie odnosi się bowiem do doświadczenia, wiedzy czy potencjału wykonawcy, lecz do treści oferowanego sposobu wykonania zamówienia. Ocenie podlega rozwiązanie zaoferowane w ofercie, które po wyborze wykonawcy stanie się elementem realizacji umowy. Program nauki pływania stanowi opis sposobu wykonania zamówienia i określa organizację procesu dydaktycznego, metodykę prowadzenia zajęć, sposób kontroli efektów nauczania oraz wykorzystanie sprzętu. Wszystkie te elementy pozostają w bezpośrednim i nierozdzielalnym związku z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że kryterium jest nieweryfikowalne lub niejednoznaczne. Zamawiający szczegółowo bowiem określił, jakie elementy powinny zostać uwzględnione w Programie nauki pływania, wskazując w szczególności:

- sposób realizacji usług z uwzględnieniem scenariuszy zajęć,
- skuteczność nauki pływania,
- organizację pracy instruktorów,
- system kontroli jakości i efektywności nauczania,
- jakość i różnorodność stosowanego sprzętu,
- jakość i różnorodność stosowanych metod nauczania.

Powyższe elementy wyznaczają zakres merytoryczny programu i umożliwiają wykonawcom przygotowanie ofert na jednakowych zasadach. Okoliczność, że zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie sposobu przedstawienia autorskich rozwiązań, nie oznacza naruszenia przepisów ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie – istotą kryteriów jakościowych jest umożliwienie wykonawcom konkurowania jakością proponowanych rozwiązań, a nie wyłącznie ceną. Gdyby zamawiający szczegółowo określił wszystkie elementy programu oraz przypisał sztywne punktacje za poszczególne rozwiązania, prowadziłoby to do ujednolicenia ofert i pozbawiłoby kryterium jego funkcji różnicującej.

Niezasadny jest w ocenie zamawiającego również zarzut, że zastosowane pojęcia „nieakceptowalne”, „akceptowalne”, „dobre” oraz „doskonałe” mają charakter wyłącznie uznaniowy. Każdemu z poziomów oceny zamawiający przypisał konkretne, opisowe przesłanki oceny odnoszące się do:

- stopnia zrozumienia celu zamówienia,
- stopnia dostosowania programu do specyfiki zamówienia,
- liczby oraz jakości proponowanych rozwiązań,
- wpływu proponowanych rozwiązań na prawdopodobieństwo należytego wykonania zamówienia,
- innowacyjności i wartości dodanej przedstawionych rozwiązań.

Opis poszczególnych poziomów jakości pozwala komisji przetargowej na dokonanie porównania ofert według jednolitych kryteriów oraz sporządzenie uzasadnienia przyznanej punktacji. Sam fakt, że ocena ma charakter ekspercki, nie oznacza jej dowolności.

Zamawiający podkreślił, że przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby każde kryterium jakościowe miało charakter matematyczny lub opierało się wyłącznie na mierzalnych wskaźnikach liczbowych. W przypadku usług intelektualnych, edukacyjnych czy szkoleniowych ocena jakości proponowanej koncepcji realizacji zamówienia z natury rzeczy opiera się na analizie eksperckiej. Odmienne stanowisko prowadziłoby do praktycznego wyeliminowania możliwości stosowania jakościowych kryteriów oceny ofert przy tego rodzaju zamówieniach, co pozostawałoby w sprzeczności z celem ustawy Pzp promującej wybór ofert zapewniających najwyższą jakość realizacji zamówienia.

Nie można zdaniem zamawiającego podzielić również twierdzenia odwołującego, że zamawiający nie określił wyczerpująco elementów programu. Zamawiający świadomie wskazał elementy, które program powinien uwzględniać „w szczególności”, gdyż zamówienie dotyczy autorskiej metodyki prowadzenia nauki pływania. Użycie tego sformułowania ma na celu umożliwienie wykonawcom przedstawienia własnych, innowacyjnych rozwiązań wykraczających poza minimalne oczekiwania zamawiającego. Takie rozwiązanie realizuje zasadę efektywności oraz wspiera konkurencję jakościową pomiędzy wykonawcami.

Całkowicie gołosłowny w ocenie zamawiającego pozostaje zarzut, że kryterium zostało stworzone w celu uprzywilejowania konkretnego wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających tę tezę. Kryterium ma charakter jednakowy dla wszystkich wykonawców, każdy z nich dysponuje identycznym zakresem informacji dotyczących przedmiotu zamówienia i każdy może przedstawić własny program nauki pływania

odpowiadający wymaganiom zamawiającego.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniem, że kryterium nie umożliwia porównania ofert. Wręcz przeciwnie – to właśnie przedstawione programy realizacji zamówienia pozwolą zamawiającemu ocenić, który wykonawca oferuje rozwiązania najlepiej odpowiadające celowi zamówienia, tj. skutecznej nauce pływania uczestników zajęć.

Zamawiający podkreślił, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady postępowania skutkującej niemożnością zawarcia ważnej umowy. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie zachodzi. Kryteria oceny ofert zostały opisane w SWZ, odnoszą się do przedmiotu zamówienia, umożliwiają porównanie ofert oraz wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy sposób realizacji usług nauki pływania. Sam fakt, że odwołujący nie zgadza się z przyjętym sposobem oceny jakościowej, nie oznacza istnienia wady postępowania skutkującej obowiązkiem jego unieważnienia.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że celem prowadzonego postępowania jest wybór wykonawcy, który zapewni najwyższą jakość nauki pływania uczestników zajęć. Ograniczenie kryteriów wyłącznie do ceny lub do prostych parametrów ilościowych pozostawaloby

w sprzeczności z zasadą efektywności wydatkowania środków publicznych oraz z koncepcją wyboru oferty przedstawiającej najlepszą relację jakości do ceny, wyrażoną w art. 239 ustawy Pzp. W konsekwencji ustanowione przez zamawiającego kryterium oceny ofert jest zgodne

z przepisami ustawy Pzp, pozostaje w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia, pozwala na rzeczywiste porównanie jakości proponowanych sposobów realizacji usługi oraz nie narusza zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców ani przejrzystości postępowania. Zatem w ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 239–242, art. 281 ust. 1 pkt 17, art. 16, art. 17 oraz art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Zamawiający oświadczył, że po ponownej analizie treści § 20 PPU oraz argumentów przedstawionych przez odwołującego, zgadza się z podniesionymi zarzutami dotyczącymi zakresu i konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej. Zamawiający dostrzegł, że przyjęty mechanizm może nie w pełni realizować cel klauzuli, a jego brzmienie – choć oparte na zmianach legislacyjnych – może być niewystarczające dla zapewnienia wykonawcy adekwatnej ochrony przed wzrostem kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający przyznał, że katalog przesłanek waloryzacyjnych wskazany w § 20 ust. 1 PPU koncentruje się przede wszystkim na zmianach legislacyjnych wpływających na koszty pracy. Choć koszty te stanowią istotny element realizacji zamówienia, zamawiający zgadza się, że nie mogą nie wyczerpywać wszystkich czynników kosztotwórczych, które mogą oddziaływać na wykonawcę w okresie obowiązywania umowy.

Zamawiający zgodził się więc na zastosowanie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS jako miernika o charakterze obiektywnym, powszechnie stosowanego i łatwego do weryfikacji, co zapewni bardziej przejrzysty i przewidywalny mechanizm waloryzacji wynagrodzenia.

Zamawiający przyznał, że obecne brzmienie § 20 PPU może być postrzegane jako zbyt wąskie i niewystarczająco elastyczne, a w konsekwencji może nie gwarantować wykonawcy adekwatnej ochrony przed wzrostem kosztów. W związku z powyższym zamawiający uwzględnił Zarzut nr 3 odwołującego i zadeklarował dokonanie stosownej zmiany postanowień PPU w zakresie klauzuli waloryzacyjnej.

Odnosząc się do zarzutu zastosowania nieostrych pojęć „opóźnienie” i „nienależyte wykonanie umowy” i braku ich definicji w PPU, zamawiający wskazał, że pojęcia te są powszechnie stosowane w umowach o świadczenie usług i nie wymagają tworzenia dodatkowych definicji w PPU. W ocenie zamawiającego niezasadny jest więc zarzut, że zapisy § 15 PPU stanowią rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy poprzez jej oderwanie od przesłanki zawinienia. Tymczasem przewidziane w PPU kary dotyczą naruszeń, za które wykonawca odpowiada zgodnie z art. 471 k.c., a więc w przypadku, gdy nie wykonuje, bądź nienależyście wykonuje swoje zobowiązanie. Zamawiający nie wprowadził odpowiedzialności wykonawcy w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Dodatkowo, przy wymierzaniu kar zamawiający uwzględnił reguły odpowiedzialności przewidziane w art. 474 kc. Wykonawca w niniejszym przypadku wykonuje swoje zobowiązania za pośrednictwem swoich pracowników i współpracowników, co zgodnie

z prawem cywilnym nakłada na niego odpowiedzialność za działania i zaniechania tych osób (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka).

W projekcie umowy w § 5 ust. 6 i 7 przewidziano funkcję Koordynatora/ Kierownika zespołu instruktorów, do którego

zadań należy między innymi organizowanie i sprawowanie nadzoru nad świadczeniem usług oraz zarządzanie personelem wykonawcy. Wykonawca ma możliwość reagowania na wszelkie nieprawidłowości i korygowania sposobu realizacji usług tak, by nie dochodziło do nakładania kar związanych z nienależytym wykonaniem usługi.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, przewidziane w umowie kary nie prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego. Przewidziane w PPU kary zostały ukształtowane tak, by pełnić funkcję dyscyplinującą i odstraszącą w sytuacji nienależytego wykonania usługi. Kary kształtowane były w wyniku wieloletnich doświadczeń współpracy zamawiającego z wykonawcami, są jedynie reakcją na najczęściej pojawiające się w ramach współpracy problemy. Dowodem na powtarzające się problemy, wymagające zdyscyplinowania wykonawcy są liczne skargi zgłoszone w ubiegłym roku przez uczestników zajęć lub ich rodziców – których przykłady zamawiający przekazał w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że każda z kar została przemyślana i jest wyrazem niezbędnej reakcji na brak należytego wykonywania usługi przez wykonawcę. Usługa obejmuje zajęcia nauki pływania, także dla najmłodszych dzieci, gdzie kwestie bezpieczeństwa i uwagi, skoncentrowania instruktora na podopiecznych są niezwykle istotne. W takim ujęciu nie może dziwić fakt przewidzenia kary za korzystanie przez instruktorów z telefonów komórkowych i innych urządzeń elektronicznych na hali basenowej, gdy podczas zajęć powinni być oni skupieni na uczestnikach zajęć i ich bezpieczeństwie, a nie przeglądać treści dostępne na tych urządzeniach. Podobnie, w kontekście kary za rozpoczęcie zajęć z opóźnieniem do 10 min. zawinionym przez instruktora lub przedwczesnego zakończenia zajęć o mniej niż 10 minut należy mieć na uwadze, że zajęcia trwają 45 min, a ich skrócenie znacząco wpływa na ich jakość (nienależyte wykonanie usługi). Innym przykładem może być kara dotycząca pozostawiania dzieci bez opieki, bądź braku ich odprowadzenia do strefy odbioru, kiedy to zachowanie instruktora może mieć bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo dzieci. Ogromnym problemem w trakcie świadczenia usługi w ubiegłym sezonie były częste zmiany instruktorów powodujące znaczące pogorszenia jakości świadczonej usługi oraz liczne skargi. W wielu przypadkach, na co wskazują załączone przez zamawiającego skargi, zajęcia niemal za każdym razem były przeprowadzane przez innych instruktorów, bez zachowania ciągłości procesu edukacyjnego.

Z tego względu zamawiający nie zaakceptował propozycji odwołującego, by usunąć z PPU większość kar, pozbawiając zamawiającego możliwości reakcji na najczęstsze

i najpoważniejsze uchybienia związane z nienależytym wykonywaniem usługi przez instruktorów, za pośrednictwem których działa wykonawca. Gdyby w przeszłości nie dochodziło do zdarzeń ujętych w PPU w § 15, zamawiający nie przewidywałby możliwości nałożenia takich kar. Brak takiej możliwości będzie powodował, że wykonawca będzie mógł zachowywać się w sposób opisany w usuniętych przez odwołującego punktach § 15 ust. 2,

a zamawiający nie będzie miał realnej możliwości reakcji i zdyscyplinowania wykonawcy. Przewidziane w PPU kary w założeniu mają mieć charakter odstraszący – powodować, że po stronie wykonawcy nie będzie dochodziło do opisanych w nich sytuacji.

Wszelkie kary umowne przewidziane w §15 PPU są powiązane z zawinionym nienależytym wykonaniem zobowiązania, co wprost wynika z ich treści oraz charakteru świadczenia.

Nałożenie kary zgodnie z PPU jest dla zamawiającego ostatnim krokiem, do którego może dojść po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. Zamawiający zawsze niezwłocznie zgłasza wykonawcy dostrzeżone nieprawidłowości i wspólnie dążą do ich wyjaśnienia. Kara może być nałożona po przeprowadzaniu postępowania wyjaśniającego, gdy w jego toku ustalono, że doszło do nienależytego wykonania zobowiązania.

W katalogu kar przewidzianych w PPU znalazły się kary przewidziane za opóźnienie wykonawcy, jednak terminowość jest niezbędna w przypadku usługi polegającej na prowadzeniu zajęć zgodnie z przyjętym grafikiem. Ponadto należy wskazać, że usługi związane z nauką pływania mogą być prowadzone wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie, określone przepisami prawa uprawnienia. W tym kontekście opóźnienia

w przekazaniu takich dokumentów mogą doprowadzić do sytuacji, gdy zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować, czy instruktor może być bezpiecznie dopuszczony do prowadzenia konkretnych zajęć ani wykazania tego w przypadku kontroli. Zakres zamówienia uzasadnia możliwość przewidzenia kar umownych, które mają w takiej sytuacji dyscyplinować wykonawcę.

Każda z przewidzianych w § 15 PPU kara jest bezpośrednio związana z przedmiotem umowy i jej prawidłowym wykonaniem. Wszystkie kary naliczane są wyłącznie za zachowania wykonawcy bezpośrednio związane z przedmiotem umowy i jej prawidłowym wykonaniem.

Ponadto wysokość kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest uzasadniona w świetle konsekwencji jakie ta czynność będzie miała dla zamawiającego. Odstąpienie od umowy powoduje konieczność

przeprowadzenia kolejnego postępowania

i wyłonienia kolejnego wykonawcy, a także zapewnienia ciągłości świadczenia usług do czasu rozpoczęcia świadczenia usługi przez nowego wykonawcę.

Niemniej jednak zamawiający zgodził się z wnioskiem odwołującego co do usunięcia z § 15 ust. 2 pkt. 1 odnoszącego się do kary za odstąpienie od umowy:

„1) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy albo rozwiązanie umowy z winy Wykonawcy w wysokości 20% całkowitej wartości brutto umowy określonej w § 8 ust. 2;”

a pozostawienie zapisu § 15 ust. 2 pkt. 8:

„8) za odstąpienie od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto niezrealizowanego zakresu umowy (określonego w § 8 ust.2);”

Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego co do wprowadzenia do zapisów PPU § 15 ust. 3 odnoszącego się do maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, niemniej jednak postuluje określenie wyższej ich maksymalnej wysokości, w sposób następujący:

„3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony nie może przekroczyć 20% wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy określonego w § 8 ust. 2 Umowy.”

Zamawiający ponadto uwzględnił częściowo wnioski odwołującego o zmianę zapisów PPU w odniesieniu do zapisu:

„§16

1. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 5% całkowitego wynagrodzenia umownego niezrealizowanego zakresu umowy (określonego w § 8 ust.2), z zastrzeżeniem zapisów ust. 5 poniżej.

(...)

3. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy:

a) w razie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy; odstąpienie od umowy w tym wypadku może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości

o powyższych okolicznościach, a Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy;

b) zostanie złożony wniosek o upadłość Wykonawcy;

c) w przypadku wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia niezgodnie z ofertą lub z naruszeniem umowy;

d) w przypadku zajęcia wierzytelności z tytułu wykonania umowy;

(...)

5. W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn określonych w ust. 3 Zamawiający nie ponosi jakiejkolwiek odpowiedzialności za zobowiązania Wykonawcy wobec podmiotów trzecich, podjęte w związku z realizacją umowy (z wyjątkiem zgłoszonych i zaakceptowanych przez Zamawiającego podwykonawców).”

proponując nowe brzmienie zapisu:

„§16

1. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 5% wartości minimalnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy (określonego w §8 ust. 21 Umowy).”

2. Poza przypadkami określonymi w Kodeksie Cywilnym odstąpienie od umowy dopuszczalne jest jedynie z ważnych powodów za które uważa się w szczególności okoliczności uniemożliwiające kontynuowanie realizacji usługi, takie jak: działanie siły wyższej, w tym zwłaszcza klęski żywiołowe lub inne zdarzenia niezależne od działania stron umowy, których w chwili jej zawarcia nie można było przewidzieć, a które w sposób trwały i nieodwracalny powodują niemożność kontynuowania postanowień umowy oraz okoliczności wymienione

w następnych ustępach niniejszego paragrafu. Nazwa zadania: Prowadzenie zajęć z nauki

i doskonalenia pływania w Parku Wodnym OCTOPUS w Suchym Lesie ZP.02.2026 Strona27

3. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w terminie 30 dni:

- a) w razie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy;
- b) w przypadku złożenia wniosku o upadłość Wykonawcy;
- c) w przypadku wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia niezgodnie z ofertą lub z naruszeniem umowy;
- d) w przypadku zajęcia wierzytelności z tytułu wykonania umowy;

Termin 30 dni jest liczony od chwili, gdy Zamawiający powziął wiadomość o okolicznościach określonych w lit. a - d"

oraz usunięcie dotychczasowego brzmienia ust. 5 i w jego miejsce wpisanie następującej treści:

„5. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy w terminie 30 dni w przypadku:

- a) zwłoki Zamawiającego we współdziałaniu przy wykonaniu umowy, jeśli zwłoka ta uniemożliwia lub istotnie utrudnia wykonanie przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.;
- b) zwłoki Zamawiającego lub braku wywiązywania się przez Zamawiającego ze swoich zobowiązań umownych;
- c) braku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy;
- d) siły wyższej lub wystąpienia przeszkód, niezależnych od stron, które trwają dłużej niż 1 miesiąc.

Termin 30 dni jest liczony od chwili, gdy Wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach określonych w lit. a – d.”

Zamawiający nie podzielił, jednakże stanowiska odwołującego, jakoby treść PPU naruszała zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości czy proporcjonalności ani aby prowadziła do rażącej nierównowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Zarzuty odwołującego są zdaniem zamawiającego nieuzasadnione, oparte na ogólnikowych twierdzeniach i nie znajdują potwierdzenia w treści dokumentacji postępowania. Treść PPU jest taka sama wobec wszystkich wykonawców i stosowana

w jednakowy sposób. Nie zawiera postanowień dyskryminujących, faworyzujących określonych wykonawców, ograniczających dostęp do zamówienia, naruszających zasadę równego traktowania.

Odwołujący nie wykazał, aby jakiegokolwiek postanowienie PPU prowadziło do ograniczenia konkurencji lub uniemożliwiało złożenie oferty.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, jakoby zapisy PPU przewidywały „pełną i nieograniczoną odpowiedzialność” wykonawcy, w tym za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosił zamawiający. Zapisy § 7 ust. 1 PPU określają odpowiedzialność wykonawcy wyłącznie w zakresie realizacji przedmiotu umowy, tj. prowadzenia zajęć, zapewnienia bezpieczeństwa uczestników oraz właściwego stanu technicznego sprzętu wykorzystywanego podczas zajęć. Jest to odpowiedzialność typowa i zgodna z charakterem świadczenia usług edukacyjno-sportowych, w których wykonawca działa samodzielnie, w oparciu o własny personel (instruktorów), własny sprzęt oraz własną organizację pracy.

Zapisy PPU nie nakładają na wykonawcę odpowiedzialności za działania zamawiającego ani za okoliczności pozostające poza zakresem świadczenia usług. Odwołujący błędnie interpretuje zakres odpowiedzialności, pomijając fakt, że odpowiedzialność wykonawcy dotyczy wyłącznie czynności związanych z realizacją umowy. Zamawiający nie przenosi na wykonawcę odpowiedzialności za własne działania lub zaniechania, ograniczając odpowiedzialność wykonawcy do odpowiedzialności za własny personel wykonawcy – pracę instruktorów, którym powierzy wykonanie usług (zgodnie z art. 474 kc – odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za działania i zaniechania osób trzecich). Zapis PPU nie rozszerza odpowiedzialności wykonawcy ponad ustawowy standard, lecz go odzwierciedla. Nie można więc mówić w tym przypadku o rażącym naruszeniu równowagi kontraktowej. To wykonawca zatrudnia instruktorów, organizuje im pracę oraz odpowiada za ich bezpieczeństwo w ramach prowadzonych zajęć (z wyłączeniem zakresu za jaki odpowiada zamawiający – co nie zostało wyłączone w żadnym z zapisów PPU i znajduje potwierdzenie w ust 2 § 7 PPU). § 7 ust. 2 precyzuje, że zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za wypadki instruktorów, którzy są pracownikami lub współpracownikami wykonawcy, chyba że szkoda wynika z winy zamawiającego, nie przerzuca natomiast odpowiedzialności na wykonawcę.

Zamawiający nie stosuje w tym zakresie klauzul abuzywnych określonych w art. 433 ustawy Pzp. Zamawiający nie wyłącza swojej odpowiedzialności. Nie nakłada także na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności niezależne od niego (wykonawca ponosi w świetle prawa ryzyko związane z powierzeniem wykonania usługi pracownikom bądź współpracownikom).

Proponowana przez odwołującego treść § 7 jest nieadekwatna do zakresu odpowiedzialności typowego dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący proponuje ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy wyłącznie do „zawinionych działań i

zaniechań instruktorów”. Zamawiający wskazuje natomiast, że takie ograniczenie pomija całkowicie odpowiedzialność wykonawcy za instruktorów wynikającą z art. 474 k.c. Takie ograniczenie odpowiedzialności prowadziłoby do nieuzasadnionego przerzucenia ryzyka na zamawiającego, ponadto osłabiłoby standard należytej staranności wykonawcy i utrudniłoby egzekwowanie jakości usług.

Zamawiający wskazał także, że odwołujący błędnie interpretuje § 8 ust. 2 lit. a PPU jako przyznanie zamawiającemu „nieograniczonego prawa do zmiany zakresu zamówienia”. PPU określa maksymalną wysokość wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca. Zamawiana usługa ma charakter zajęć sportowych i rekreacyjnych, których liczba godzin zależy od faktycznego zainteresowania uczestników. Zamawiający nie ma możliwości przewidzenia, czy na określone zajęcia – np. aqua aerobik – zgłoszą się chętni.

Szttywne określenie minimalnego zakresu godzin dla poszczególnych grup zajęć jest niezgodne z realiami tego typu usługi. Dotychczasowe ujęcie zakresu godzinowego - wskazanie maksymalnej wartości usługi oraz stawek za godzinę przeprowadzenia konkretnego rodzaju zajęć pozwala na modyfikację oferty dla uczestników zajęć stosownie do zapotrzebowania oraz wykorzystania w pełni zasobów wykonawcy w granicach wynagrodzenia. Zamawiający podniósł, że o ile wskazanie szacunkowej minimalnej ilości godzin zajęć ogółem jest możliwe, o tyle nie jest możliwe wskazanie minimalnej ilości godzin dla poszczególnego rodzaju zajęć. Może to doprowadzić do sytuacji, gdy zamawiający będzie zobowiązany zapłacić wykonawcy za zajęcia, które de facto się nie odbyły, gdyż nie zgłosił się na nie żaden chętny uczestnik (proponowany zapis § 8 ust. 2 lit. c i ust. 2¹).

Przy zachowaniu dotychczasowych zapisów zamawiający ma możliwość dostosowania ilości godzin w poszczególnych grupach zajęć w ramach szacowanego wynagrodzenia do faktycznego zainteresowania. W takiej sytuacji, stosownie do zainteresowania, może rozszerzyć zakres godzinowy niektórych zajęć, przy niewykorzystaniu godzin z puli na zajęcia, na które nie ma chętnych. Prowadzi to do sytuacji, gdy cała pula szacowanego wynagrodzenia jest de facto wykorzystana, gdyż w miejsce odwołanych zajęć lub tych, gdzie nie ma chętnych uczestników, wprowadzane są przez zamawiającego, w porozumieniu z wykonawcą, dodatkowe godziny innych zajęć.

Odnosząc się do proponowanej zmiany brzmienia § 4 ust. 8:

„8. Zamawiający ma prawo zmienić termin lub odwołać zajęcia, z zastrzeżeniem, treści §8 ust. 2 lit. c. W przypadku zmiany terminu lub odwołania zajęć Zamawiający zobowiązany jest powiadomić Wykonawcę najpóźniej na 3 dni robocze przed planowaną zmianą terminu zajęć. Brak powiadomienia we wskazanym terminie uprawnia Wykonawcę do naliczenia pełnego wynagrodzenia za niezrealizowane godziny zajęć zgodnie z pierwotnym grafikiem.”

zamawiający wniósł, by proponowany termin powiadamiania wykonawcy o zmianie terminu lub odwołaniu zajęć wynosił nie więcej niż 2 dni. Jest to termin stosowany także w przypadku informowania przez Wykonawcę o zmianie instruktora (§ 5 ust. 11 PPU). W przypadku odwołania zajęć, zamawiający dąży przede wszystkim do zastąpienia ich innymi, zgodnie

z uprawnieniami instruktora, którego dotyczyły odwołane zajęcia, co nie powoduje strat po stronie wykonawcy. Proponowana też zapisu:

„8. Zamawiający ma prawo zmienić termin lub odwołać zajęcia. W przypadku zmiany terminu lub odwołania zajęć Zamawiający zobowiązany jest powiadomić Wykonawcę najpóźniej na 2 dni robocze przed planowaną zmianą terminu zajęć. Brak powiadomienia we wskazanym terminie uprawnia Wykonawcę do naliczenia pełnego wynagrodzenia za niezrealizowane godziny zajęć zgodnie z pierwotnym grafikiem. Uprawnienie do naliczenia pełnego wynagrodzenia za niezrealizowane godziny zajęć zgodnie z pierwotnym grafikiem nie przysługuje, jeśli w miejsce zajęć przewidzianych pierwotnie, Zamawiający zapewni inne zajęcia, wskazane w § 8 ust. 1 Umowy.”

W związku z powyższym zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w części i uwzględnienie proponowanego przez zamawiającego zapisu § 4 ust. 8.

Zamawiający nie zgodził się także z wnioskiem odwołującego w zakresie usunięcia z PPU § 2 ust. 7 – 9 lub wprowadzenia doprecyzowania w ust. 6 sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia. W ocenie zamawiającego zakres wymaganego sprzętu został jednoznacznie określony poprzez wskazanie jakiego rodzaju zajęć dotyczy zamówienie. Zgodnie z PPU wymagany jest sprzęt niezbędny do prawidłowej realizacji zajęć: nauki pływania, aqua aerobiku, zajęć „bobas + rodzic”, triathlonu.

Zapis ten jest ściśle powiązany z wprowadzeniem obowiązku przygotowania przez wykonawcę autorskiego „Programu nauki pływania”. W zależności od przyjętych scenariuszy zajęć, propozycji programu nauczania, to wykonawca określa jakiego sprzętu będzie potrzebował do realizacji zamówienia i zaoferowanych zajęć. Wykonawca jako profesjonalista doskonale zna sprzęt niezbędny do prowadzenia tych zajęć (np. płetwy (dziecięce i dla dorosłych), deski (junior, senior),

pull buoy/ósemki, kółka do wyławiania, materac na zajęcia Bobas + Rodzic, makarony, łączniki do makaronów, pasy do Aqua, bitomic do aqua, wioselka pływackie, zabawki dziecięce do wody (na potrzeby zajęć bobas + rodzic). Odgórnie określenie katalogu niezbędnego sprzętu, przy wprowadzeniu wymogu przygotowania „Programu nauki pływania” ograniczałoby wykonawcę lub narzucało sposób prowadzenia zajęć.

Zamawiający przewidział w § 2 ust. 7 – 9 obowiązki związane z zapewnieniem sprawności technicznej sprzętu oraz zasady jego przechowywania. Kwestie te zostały szczegółowo wyjaśnione odwołującemu w ramach odpowiedzi na pytania udzielonych w dniu 27 lipca 2026 r. roku. Zaproponowane w PPU zapisy nie odbiegają od zapisów powszechnie stosowanych w tego typu stosunkach zobowiązaniowych. Przewidują obowiązek zapewnienia sprawności technicznej sprzętu przez wykonawcę, który będzie wyłącznie uprawniony do jego wykorzystywania (ust. 7 i 9) oraz zasady jego przechowywania na terenie obiektu zamawiającego (ust. 8), gwarantujące dostęp wyłącznie osobom uprawnionych.

Zamawiający nie zgodził się wreszcie z oceną odwołującego w zakresie § 6 ust. 1 pkt. 2 PPU regulującego kwestię zmiany instruktora w trakcie trwania umowy. Zamawiający wprowadził do umowy ten zapis z uwagi na doświadczenia związane z wykonywaniem umowy w ubiegłych sezonach. Częste zmiany instruktorów przypisanych do konkretnych grup, nagminne w roku szkolnym 2025 – 2026, spowodowały liczne skargi rodziców, wywołały powszechne niezadowolenie i doprowadziły do rezygnacji z zajęć lub problemów organizacyjnych z uwagi na prośby o zmianę grupy.

Zamawiający ma na względzie, że przedmiotem usługi jest prowadzenie zajęć sportowo – edukacyjnych polegających na nauce i doskonaleniu pływania, a oferta ta jest skierowana także do najmłodszych dzieci. Stałość instruktora, ciągłość zajęć i procesu edukacyjnego (budowanie zaufania u dzieci, monitoring postępów, przekazywanie uwag) są niezwykle istotne. Ciągłe zmiany instruktorów w ramach jednej grupy dezorganizują zajęcia, sprawiają, że dzieci za każdym razem muszą budować zaufanie do nowej osoby, powodują ryzyko, że instruktor nie znając grupy, nie angażuje się w pełni w zajęcia. Z uwagi na liczne problemy występujące w tym zakresie, jak i konieczność zapewnienia świadczenia usług na odpowiednim, oczekiwanym przez uczestników zajęć poziomie, zamawiający wprowadził w umowie ograniczenie związane ze zmianą instruktora. Należy mieć na względzie, że zmiana ta nie dotyczy sytuacji nagłych, nieprzewidzianych, takich jak choroba, do których to odnosi się § 5 ust. 11 PPU, co zdaje się umykać ocenie odwołującego. Zmiana § 6 ust. 1 w sposób zaproponowany przez odwołującego nie jest więc uzasadniona.

Zamawiający podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zapisy PPU nie prowadzą do „rażącej nierównowagi stron”. Zamawiający jako podmiot zobowiązany do gospodarowania środkami publicznymi, ma obowiązek zabezpieczenia interesu publicznego oraz zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Postanowienia PPU określają prawa i obowiązki obu stron, przewidują mechanizmy ochronne zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy oraz nie przenoszą ryzyka w sposób jednostronny.

Zamawiający podkreślił, że ma prawo kształtować treść PPU w granicach dozwolonych prawem, nawet w sytuacji, gdy w subiektywnej ocenie wykonawcy nie będą one dla niego korzystne. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to zamawiający określa zasady, na których chce zawrzeć umowę zgodnie z jego potrzebami (publicznymi) i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, które zabezpieczą jego interes, a także interes publiczny. Nie jest zatem uzasadnione powoływanie się przez wykonawcę na zasady swobody kontraktowej wyłącznie w celu doprowadzenia umowy do brzmienia korzystnego dla wykonawcy i minimalizację ryzyka kontraktowego. Nie stanowi bowiem naruszenia przepisu art. 353¹ k.c. sam fakt wprowadzenia do umowy postanowień, które nie są w ocenie wykonawcy korzystne, co miałyby naruszać rzekomą równowagę stron.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego cofnął zarzuty 2 i 3 odwołania. Podtrzymał natomiast zarzut 1 – w zakresie określenia pozacenowego kryterium oceny ofert tj. opracowanego przez wykonawcę autorskiego „Programu nauki pływania” oraz zarzuty 4 i 5 – w części dotyczącej nałożenia na wykonawcę obowiązku zapewnienia ciągłości pracy instruktorów / zastępstw (także w przypadku choroby, urlopu, innej absencji), zgodnie z §5 ust. 10 PPU przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości zmiany instruktora do 2 (dwóch) razy na semestr dla danej grupy w myśl §6 ust. 1 pkt. 2) PPU oraz przewidzeniu kary za każdy kolejny przypadek zmiany instruktora w §15 ust. 2 pkt. 3 PPU. Na dowód nastawienia zamawiającego do odwołującego jeszcze przed złożeniem ofert a także, że zaskarżone odwołaniem kryterium pozacenowe będzie stanowiło narzędzie wyboru wykonawcy do realizacji umowy nie według jego faktycznych kompetencji, a według subiektywnego wyboru zamawiającego odwołujący złożył dokument – wiadomość email Pani Dyrektor Katarzyny Kustoń do odwołującego z dnia 07 września 2026 r. godz. 13:09. W przedmiotowym mailu Pani Katarzyna Kustoń, działając

w imieniu Gminnego Ośrodka Sportu w Suchym Lesie zwróciła się do odwołującego

z kategorycznym żądaniem niezwłocznego usunięcia komentarza opublikowanego przez odwołującego w dniu 5 września 2026 r. pod postem informacyjnym z dnia 4 września 2026 r. dla Klientów Parku Wodnego Octopus.

(komentarz, sformułowany przez Państwa podmiot

w formie oświadczenia). Na rozprawie zamawiający złożył post informacyjny z dnia 4 września 2026 r. informujący o tym, że ze względów organizacyjnych nauka pływania nie rozpocznie się od dnia 7 września 2026 r. oraz komentarz odwołującego, że zrobił wszystko, co w jego mocy, aby zajęcia rozpoczęły się od 7 września 2026 r. oraz komentarz rodzica, że z uwagi na jakość zajęć pływania w poprzednim roku szkolnym, GOS nie powinien dopuścić do „tak beznadziejnej jakości zajęć jak w zeszłym sezonie”.

Odwołujący co do zasady zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że ten ostatni jako gospodarz postępowania przetargowego uprawniony jest do stosowania kryteriów jakościowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jednakże nie może dokonywać oceny tego kryterium całkowicie dowolnie, a kompetencja zamawiającego nie ma tu charakteru absolutnego. Wykonawca bowiem już na etapie składania oferty i jej kalkulowania powinien móc ocenić, na bazie właśnie wymogów przewidzianych w SWZ, ile punktów zostanie mu przyznanych za to kryterium. Oznacza to, że zamawiający musi na etapie opisywania kryterium tak dokonać tego opisu, aby każdy potencjalny wykonawca, który się zapozna

z SWZ mógł przekalkulować / przeliczyć, ile punktów mu zamawiający za spełnienie tego kryterium przyzna. W przedmiotowym postępowaniu opis kryterium pozacenowego pozostawia ocenę pracownikom zamawiającego i będzie ona miała miejsce tak naprawdę po ukształtowaniu już (wskutek kryterium ceny) rankingu ofert i nastąpi w oparciu o do samego końca nieznane podkryteria. Skoro bowiem zamawiający na etapie przygotowania dokumentów zamówienia, nie określa jakie konkretnie mają być elementy przewidziane w tym kryterium, to de facto będzie je określał dopiero wtedy kiedy przystąpi do oceny przedłożonych mu autorskich programów – czyli dopiero wówczas będzie miał możliwość porównania złożonych programów i oceny, który z nich zasługuje na ocenę: nieakceptowalne – akceptowalne – dobre – doskonale i punktów, które zamawiający przyporządkował w tej części SWZ.

Istotą kryteriów, co podkreśla się w motywie 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania zaoferowanego w każdej z ofert przedmiotu zamówienia. Mając także na względzie założenie, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie (motyw 90 preambuły dyrektywy 2014/24/UE), wszystkie zasady, które zamawiający zamierza zastosować do oceny ofert (tj. kryteria, wagi oraz sposób oceny w oparciu o kryteria), muszą zostać określone

w dokumentach zamówienia w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien zatem pozwolić wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert.

Ponadto kryteria oceny ofert powinny być weryfikowalne. Zamawiający nie przedstawił

w istocie argumentów merytorycznych uzasadniających możliwość dokonania wyceny przedmiotowego kryterium jakościowego. Oczywiście, że zamawiający nie ma obowiązku stosować wyłącznie kryterium ceny. Niemniej jednak zamawiający ma obowiązek takiego przygotowania dokumentacji przetargowej, które zapewni, że zostanie wybrana najkorzystniejsza oferta w zakresie stosunku jakości do ceny. Wiąże się to z wprowadzeniem jednoznacznych, przejrzystych, weryfikowalnych, możliwych do oszacowania kryteriów oceny oferty. Nie należy zapominać ponadto, że kształtowanie kryteriów oceny ofert musi zapewnić równe traktowanie wykonawców.

Zachowanie zasad równej i uczciwej konkurencji w ustawie Pzp nie ma zmierzać do tego, aby wszystkim wykonawcom w ten sam sposób, w tym samym stopniu – w stopniu jednakowym zagrozić usprawiedliwionym interesom, ale aby dokonać takiego opisu kryterium pozacenowego, którego ocena dokonana przez zamawiającego nie ma charakteru dowolnego czy nieweryfikowalnego. Ustawa Pzp nie nakazuje zamawiającemu sztucznego „wyrównywania szans” kosztem własnych, uzasadnionych potrzeb ani tym bardziej szkodenia wszystkim wykonawcom w równym stopniu. Kluczem jest tu obiektywizm i transparentność. Oznacza to, że zamawiający ma prawo opisać swoje wymagania w tym kryteria pozacenowe w sposób swobodny, zgodnie ze swoim uzasadnionymi i realnymi potrzebami, ale nie może to nastąpić w sposób dowolny. Granicą legalności jest arbitralność. Kryteria pozacenowe muszą być opisane w sposób jednoznaczny, mierzalny i możliwy do zweryfikowania. Wykonawca musi wiedzieć, za co dokładnie otrzyma punkty, a jego oferta nie może zależeć od subiektywnego „widzimisie” komisji przetargowej.

Brak uszczegółowienia kryterium pozacenowego niesie za sobą konsekwencję w postaci całkowitej nieprzewidywalności wyniku postępowania oraz arbitralności decyzji komisji. Zamawiający nie może oceniać ofert „według własnego uznania” w trakcie trwania przetargu. Kryteria i sposób ich punktacji muszą być znane wszystkim oferentom z góry, jeszcze przed złożeniem oferty a nie pozostawić pola do arbitralnej i nieweryfikowalnej decyzji komisji przetargowej.

Odwołujący nie zgodził się ponadto ze stanowiskiem zamawiającego, że wykonawca ma być obciążony karą umowną za

dokonanie każdej trzeciej i kolejnej zmiany instruktora, bez względu na okoliczności jakie mogą mieć miejsce w czasie realizacji umowy. Odwołujący podkreślił, że mogą wystąpić okoliczności całkowicie niezależne od wykonawcy, czy zamawiającego, od sposobu realizacji umowy, które będą wymuszały wprowadzenie zmian w trakcie realizacji umowy. Fakt, że wykonawca jest odpowiedzialny za realizację umowy oraz za osoby, którymi się przy tej realizacji posługuje nie oznacza, że ma ponosić odpowiedzialność finansową za okoliczności przez siebie w żadnym stopniu niezawinione. Zamawiający nie zauważa, że mogą wystąpić okoliczności całkowicie niezależne od stron umowy – każdy z instruktorów jest tylko człowiekiem – nie maszyną, ma prawo zachorować, ma prawo mieć wypadek, ma prawo skorzystać ze zwolnienia lekarskiego czy urlopu, ma prawo przebywać w szpitalu, ma prawo zajmować się chorym członkiem rodziny, ma prawo skrócić nogę etc. Zasady nakładania na wykonawcę kary za zmianę instruktora muszą uwzględniać czy jest to zmiana zawiniona / niezawiniona, dokonana samodzielnie przez wykonawcę, czy wymuszona okolicznościami od niego niezależnymi. Nie można zrównywać wszystkich sytuacji, jak to czyni zamawiający w SWZ. Skoro kodeksowe zasady odpowiedzialności za niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy sprowadzają w istocie taką odpowiedzialność do działania zawinionego, to brak jest podstaw by przy realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego zasady te formułować odmiennie, tak rygorystycznie jak chciałby zamawiający.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że jest samorządowym zakładem budżetowym. Podkreślił, że projekt umowy przewiduje stały kontakt pomiędzy zamawiającym a wykonawcą poprzez wyznaczonych koordynatorów. Cały cykl szkoleniowy opiera się zaś na stałym instruktorsze, tak jak w szkole. Dla dzieci, zwłaszcza małych, szczególnie istotne jest by instruktor nie ulegał zmianie. Kwestionowane przez odwołującego zapisy § 5 ust. 10, § 6 ust. 1 pkt 2 i § 15 ust. 2 pkt 3 projektu umowy odnoszą się do stałego instruktora. Stały instruktor może być zmieniony, jednak nie częściej niż 2 razy na semestr. Ponadto zamawiający nie nakłada kar automatycznie, tylko po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Wobec cofnięcia przez odwołującego zarzutów nr 2 i 3 postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu. Merytorycznemu rozpoznaniu podlegał natomiast zarzut nr 1 dotyczący sposobu ukształtowania pozacenowego kryterium oceny ofert „Program nauki pływania” oraz zarzuty nr 4 i 5 w zakresie odnoszącym się do obowiązku zapewnienia ciągłości pracy instruktorów, ograniczenia liczby zmian instruktora oraz kary umownej przewidzianej za przekroczenie dopuszczalnej liczby zmian.

Zarzut dotyczący kryterium „Program nauki pływania” Izba uznała za zasadny. Zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, zaś zgodnie z ust. 2 tego przepisu kryteria oraz sposób oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz muszą umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Wymóg ten należy odczytywać łącznie z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji określonymi w art. 16 ustawy Pzp.

W ocenie Izby sam fakt zastosowania kryterium jakościowego odnoszącego się do programu lub koncepcji realizacji usługi nie jest sprzeczny z ustawą Pzp. W przypadku usług edukacyjnych i sportowych sposób prowadzenia zajęć, metodyka, organizacja procesu nauczania, sposób monitorowania postępów czy rozwiązania służące zapewnieniu ciągłości

i jakości świadczenia mogą pozostawać w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia. Kryterium tego rodzaju musi jednak zostać opisane w taki sposób, aby wykonawca przed złożeniem oferty wiedział, jakie konkretne cechy jego świadczenia będą oceniane, jakie znaczenie zostanie przypisane poszczególnym elementom oraz jakie okoliczności uzasadnią przyznanie określonej liczby punktów.

Warunku tego nie spełnia opis przyjęty przez zamawiającego. Zamawiający wskazał jedynie przykładowy i otwarty katalog elementów programu, a następnie przewidział cztery poziomy oceny: „nieakceptowalne”, „akceptowalne”, „dobre” i „doskonałe”. Poszczególne poziomy zostały zdefiniowane przy użyciu pojęć ocennych, takich jak „dostateczne zrozumienie”, „wiele istotnych propozycji”, „wartość dodana”, „nowatorskie” czy „bardzo dobre zrozumienie”, bez określenia mierników pozwalających przyporządkować konkretną treść oferty do jednego z tych poziomów. Nie określono również punktacji poszczególnych elementów programu ani ich względnego znaczenia. W konsekwencji wykonawcy nie są w stanie w sposób dostatecznie przewidywalny ustalić, jaka treść programu prowadzi do uzyskania 15, 25 albo 40 punktów.

Nie jest przy tym konieczne, aby każde kryterium jakościowe miało charakter czysto matematyczny lub zero-jedynkowy. Dopuszczalny jest pewien element oceny eksperckiej, zwłaszcza przy usługach o charakterze intelektualnym,

edukacyjnym lub twórczym. Element ten nie może jednak zastępować uprzednio ujawnionych reguł oceny. Zamawiający powinien wyznaczyć granice oceny jakościowej przez wskazanie konkretnych aspektów podlegających ocenie, ich wag lub maksymalnej punktacji oraz cech, których wystąpienie uzasadnia określoną punktację. Dopiero w tak wyznaczonych ramach komisja może dokonywać oceny eksperckiej.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego w tej części, w której utożsamiał on sam przedmiot oceny z niedopuszczalnym badaniem właściwości wykonawcy. O tym, czy dane kryterium dotyczy właściwości wykonawcy w rozumieniu art. 241 ust. 3 ustawy Pzp, decyduje jego rzeczywista treść. Ocena zaoferowanej metodyki realizacji konkretnego zamówienia może dotyczyć jakości przyszłego świadczenia, a nie cech podmiotowych wykonawcy. W niniejszej sprawie wadliwość kryterium wynika przede wszystkim z niedostatecznego określenia sposobu jego oceny i pozostawienia zamawiającemu nadmiernej swobody wartościowania ofert, nie zaś z samego posłużenia się programem nauki pływania jako nośnikiem informacji o sposobie realizacji zamówienia.

Odnosząc się do żądania odwołującego, aby po usunięciu kryterium „Program nauki pływania” cena otrzymała wagę 100%, Izba wskazuje, że żądanie to nie może zostać uwzględnione automatycznie wyłącznie jako następstwo stwierdzenia wadliwości kryterium pozacenowego.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że działa w formie samorządowego zakładu budżetowego. Samorządowy zakład budżetowy jest jednostką sektora finansów publicznych. Tym samym zamawiający należy do kategorii zamawiających publicznych, o których mowa

w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, i znajduje do niego zastosowanie art. 246 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki co do zasady nie stosują ceny jako jedynego kryterium oceny ofert ani jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Ustęp 2 tego przepisu przewiduje jednak wyjątek: cena może być jedynym kryterium albo mieć wagę przekraczającą 60%, jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia określono wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Status zamawiającego jako samorządowego zakładu budżetowego nie wyklucza zatem zastosowania ceny jako jedynego kryterium. Przeciwnie, art. 246 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza takie rozwiązanie także dla tej kategorii zamawiających, ale wyłącznie po spełnieniu ustawowej przesłanki dotyczącej jakościowego opisu przedmiotu zamówienia. Nie jest wystarczające samo stwierdzenie, że przedmiot zamówienia został opisany szczegółowo.

Z dokumentacji musi wynikać, że zamawiający z góry określił wymagany poziom jakości co najmniej w odniesieniu do głównych elementów świadczenia, tak aby konkurencja pomiędzy ofertami mogła zasadniczo odbywać się w zakresie ceny, przy zachowaniu ustalonego przez zamawiającego poziomu jakości.

W realiach niniejszej sprawy dokumentacja wskazuje, że zamawiający sam zakładał jakościowe różnicowanie ofert w zakresie sposobu realizacji zajęć, skuteczności nauki, organizacji pracy instruktorów, kontroli jakości i efektywności, rodzaju sprzętu oraz stosowanych technik nauki pływania. Elementy te zostały pozostawione wykonawcom do rozwinięcia w autorskim programie i miały stanowić podstawę przyznania aż 40 punktów. Taki sposób ukształtowania dokumentacji nie pozwala bez dalszej analizy przyjąć, że w aktualnym opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej wszystkich głównych elementów usługi w stopniu wymaganym przez art. 246 ust. 2 ustawy Pzp. Przeciwnie, skoro zamawiający zamierzał dopiero na podstawie ofert ustalać, która metodyka, organizacja, sprzęt i techniki przedstawiają wyższą jakość, oznacza to, że co najmniej część istotnych cech jakościowych pozostawiono do konkurencji ofertowej.

W konsekwencji samo usunięcie zakwestionowanego kryterium i podwyższenie wagi ceny do 100% przy pozostawieniu opisu przedmiotu zamówienia w dotychczasowym kształcie mogłoby prowadzić do naruszenia art. 246 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może zastosować cenę jako jedyne kryterium, jeżeli uprzednio tak ukształtuje opis przedmiotu zamówienia, aby wymagania jakościowe dotyczące co najmniej głównych elementów usługi były w nim określone. Alternatywnie zamawiający może pozostawić cenę z wagą nieprzekraczającą 60% i ustanowić jedno lub więcej kryteriów pozacenowych, opisanych zgodnie z art. 240 i 241 ustawy Pzp. Wybór pomiędzy tymi zgodnymi z ustawą rozwiązaniami należy do zamawiającego jako gospodarza postępowania, a Izba nie może zastępować go w określaniu modelu oceny ofert ponad zakres konieczny do usunięcia stwierdzonego naruszenia.

Z tych względów zasadne jest nakazanie zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia przez usunięcie kryterium „Program nauki pływania” w jego dotychczasowym brzmieniu oraz ponowne ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób zgodny z art. 240, art. 241, art. 242 i art. 246 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na cenę jako jedyne kryterium, powinien jednocześnie odpowiednio uzupełnić opis przedmiotu zamówienia o wymagania jakościowe

odnoszące się do co najmniej głównych elementów usługi. Jeżeli natomiast zamawiający zachowa kryterium jakościowe dotyczące programu lub metodyki, powinien określić zamknięty katalog ocenianych elementów, przypisać im wagi lub maksymalną liczbę punktów oraz opisać mierzalne lub co najmniej dostatecznie weryfikowalne przesłanki przyznawania punktów.

W zakresie zarzutów dotyczących § 5 ust. 10, § 6 ust. 1 pkt 2 oraz § 15 ust. 2 pkt 3 PPU Izba uznała, że rację ma odwołujący jedynie co do braku dostatecznego rozróżnienia zmian instruktora zależnych od wykonawcy od zmian wymuszonych zdarzeniami, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Zamawiający wykazał, że stałość instruktora ma obiektywne znaczenie dla jakości procesu nauki pływania, zwłaszcza w grupach dziecięcych, a ograniczenie nieuzasadnionej rotacji personelu pozostaje związane z przedmiotem zamówienia. Samo ustanowienie zasady, zgodnie z którą wykonawca powinien dążyć do utrzymania stałej obsady instruktorów, nie narusza zatem ustawy Pzp.

Nie można jednak zaakceptować rozwiązania, w którym każda trzecia i kolejna zmiana instruktora w semestrze dla danej grupy może prowadzić do naliczenia kary umownej niezależnie od przyczyny zmiany. Postanowienia umowy powinny w sposób jednoznaczny wyłączać z limitu oraz z podstaw naliczenia kary przypadki, w których zmiana jest następstwem okoliczności niezależnych od wykonawcy, których przy zachowaniu należytej staranności nie mógł on przewidzieć ani im zapobiec, w szczególności długotrwałej choroby, wypadku, utraty wymaganych uprawnień z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, rozwiązania stosunku prawnego z inicjatywy instruktora w okolicznościach niezależnych od wykonawcy albo innych zdarzeń o podobnym charakterze. Sama deklaracja zamawiającego, że kara nie będzie naliczana automatycznie i że każdorazowo zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, nie zastępuje jednoznacznego postanowienia umownego. Zakres odpowiedzialności wykonawcy powinien wynikać z dokumentów zamówienia, a nie z przyszłej praktyki zamawiającego.

W pozostałym zakresie argumentacja odwołującego nie uzasadnia usunięcia obowiązku zapewnienia ciągłości pracy instruktorów ani samego ograniczenia nieuzasadnionej rotacji. Obowiązek zapewnienia zastępstwa jest naturalnie związany z profesjonalnym świadczeniem usług i służy zapewnieniu ciągłości zajęć. Zamawiający może również wymagać, aby wykonawca odpowiednio organizował personel i ograniczał zmiany osób prowadzących zajęcia, o ile sankcja umowna została powiązana z okolicznościami, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, oraz pozostaje proporcjonalna do wagi naruszenia.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 9 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: