



Warszawa, dnia 27 lipca 2026 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

Odwołujący:

SWIM ACADEMY KAWICKI SPÓŁKA JAWNA

ul. Turkusowa 25 lok. 4, 62-002 Złotniki

Nr KRS: 0000686170

REGON: 367766137, NIP: 9721276487

reprezentowana przez:

r. pr. Dariusza Ziemińskiego, r. pr. Agatę Firlit,

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

e-mail: afirlit@kzp.net.pl; tel. 664 118 806

Zamawiający:

Gminny Ośrodek Sportu w Suchym Lesie

ul. Szkolna 20, 62-002 Suchy Las

NIP: 777-314-53-71

tel. 61 89 26 535

faks 61 89 26 548

e-mail: gos@gos.suchylas.pl; k.kuston@gos.suchylas.pl;

adres strony internetowej prowadzonego postępowania oraz adres strony, na której udostępniane będą zmiany, wyjaśnienia i inne dokumenty:

<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-69758b10-3327-42cb-a78e-f67dd658d765>

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Prowadzenie zajęć z nauki i doskonalenia pływania w parku wodnym Octopus w Suchym Lesie, prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji,
znak sprawy: ZP.02.2026 (dalej: „Postępowanie”).

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), w imieniu wykonawcy SWIM ACADEMY KAWICKI SPÓŁKA JAWNA (dalej: „Odwołujący”), ubiegającego się o udzielenie ww. zamówienia, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte i zaniechane w toku Postępowania, odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), w tym na pozacenowe kryterium oceny ofert, opis przedmiotu zamówienia i projektowane postanowienia umowy.
- II. Przedmiotem zamówienia pn. „Prowadzenie zajęć z nauki i doskonalenia pływania w parku wodnym Octopus w Suchym Lesie” jest świadczenie usługi dotyczącej prowadzenia zajęć z nauki i doskonalenia pływania w Parku Wodnym Octopus w Suchym Lesie, ul. Szkolna 18.
2. Przewidywana (szacunkowa) ilość godzin realizacji zamówienia przez okres umowny wynosi łącznie: 12 928 godzin. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajdują się w Projektowanych Postanowieniach Umowy, stanowiących Załącznik nr 7 do SWZ.
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2026 r., ogłoszenie nr 2026/BZP 00355122. W tym samym dniu Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia wraz z załącznikami. Termin składania ofert został pierwotnie wyznaczony na 30 lipca 2026, godz. 9:00, a następnie zmieniony na 31 lipca 2026 r. godz. 9:00.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia niższej niż progi unijne, określone w art. 3 ustawy Pzp.
- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość **w dniu 22 lipca 2026 r.**, tj. w dniu, w którym Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania treść SWZ. Niniejsze odwołanie jest wnoszone 27 lipca 2026 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

- VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na wadliwym określeniu i opisanu pozacenowego kryterium oceny ofert, opisie przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowieniach umowy.
- VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
1. **naruszenie 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 SWZ 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 SWZ 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 SWZ 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. **naruszenie 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. **naruszenie 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. **naruszenie 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 dokładanych 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 jakiejkolwiek 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 należna 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;

VIII. W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów, Odwołujący wnosi 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 przedłuży 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.**

- IX. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, 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.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że 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 wskazuje 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.

W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody przy kwestionowaniu postanowień SWZ. W przypadku odwołania wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu, dla uznania istnienia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego, wystarczająca jest jego deklaracja o zainteresowaniu udziałem w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, zaś szkoda, na którą jest narażony, wynika z niedozwolonych postanowień SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 12 sierpnia 2022 r., KIO 1972/22, w którym Izba przyjęła, iż: *„Biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie zapoznawania się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i specyfikacją warunków zamówienia, zatem przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu określonych postanowień specyfikacji warunków zamówienia”*.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 27 lipca 2026 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Jak to już wskazano powyżej, 22 lipca 2026 r. Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia wraz z załącznikami. Termin składania ofert został wyznaczony na 30 lipca 2026, godz. 9:00, a następnie zmienił na 31 lipca 2026 r. godz. 9:00. Opublikowane w dniu 27 lipca 2026 r. wyjaśnienia / odpowiedzi na pytania Wykonawców nie zmieniły stanu faktycznego Postępowania i skarżonych czynności / zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w rozdziale XIX 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:

<i>Oferowane podejście</i>	<i>Jak dobrze Wykonawca rozumie cele i założenia</i>	<i>Ocena</i>
-----------------------------------	---	---------------------

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

Podnoszę, że 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.

Zdaniem Odwołującego ww. 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 wyrażnej 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 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,

a zgodnie z art. 241 ust. 1 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.

W ślad za wyrokiem KIO 1128/22 z dnia 16 maja 2022 r. przyjąć należy, że: ***Kryteria pozacenowe to określone parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzenia takich kryteriów co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę, czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert.***

Należy bowiem rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców i etap oceny złożonych przez nich ofert. Podczas pierwszego etapu ocenie podlega spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnego zakresu wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zero-jedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). **Podczas etapu oceny ofert ocenie nie podlegają już właściwości wykonawców, lecz złożone przez nich oferty.** Inaczej niż przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, **ofertom przyznawana jest różna liczba punktów zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego skalą punktacji.** Kryteria oceny ofert służą m.in. zagwarantowaniu lepszej jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, co wiąże się z możliwością punktowania przez instytucje zamawiające na tym etapie spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż minimalne. Zasadnicza różnica między kryteriami oceny ofert a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert - przedmiotu zamówienia (np. wyrok KIO 1669/21).

Jak wskazuje wyrok KIO 2304/22: *W odniesieniu do art. 239 Prawa zamówień publicznych stwierdzić należy, że Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o*

kryteria oceny ofert opisane przez niego w dokumentach zamówienia i adekwatnie do wagi przypisanej poszczególnym kryteriom. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to do niego należy dobór kryteriów oceny ofert, jak i przypisanie wagi ustalonych kryteriów. Aby to jednak było możliwe Zamawiający musi jasno i precyzyjnie określić w SIWZ na czym będzie polegała ocena spełniania kryterium i co będzie brał pod uwagę, przyznając punkty w danym kryterium. Kryteria oceny ofert muszą więc zostać opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, obiektywny i czytelny, zgodny z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym m.in. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co więcej nie powinien w sposób nieuzasadniony faworyzować jakiegokolwiek wykonawcy. Tak więc Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności w ich ustaleniu. Istotne jest, aby ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe były uzasadnione jego potrzebami, waga kryterium nie była nadmierna, opis kryterium był jednoznaczny i precyzyjny a jego wprowadzenie nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Jak stanowi zaś art. 242 ust. 1 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, 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.

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 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 spodobały 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 konkurencji 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 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 ocenia także jako **nieproporcjonalne** do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosi, w ślad za orzecznictwem KIO i obowiązującymi przepisami Pzp, że kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia. Ustalane przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że wybrany w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert wykonawca, oferuje dla zamawiającego lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od innych wykonawców. Ponadto wybór kryteriów oceny ofert podlega pewnym ograniczeniom, tj. po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia, **celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza**, po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na **obiektywnych przesłankach i niedozwolone byłoby takie kryterium, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę (arbitralnego) wyboru**. Kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący, muszą być uzasadnione względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. Zamawiający ustanawiając w specyfikacji warunków zamówienia określone kryteria oceny ofert winien uczynić to w sposób jednoznaczny, zrozumiały

dla wykonawców, jak również powinien unikać konstrukcji stwarzających wykonawcom pole do nadużyć, w tym do manipulacji kryteriami oceny ofert (np. wyrok KIO 2827/21). Brak przewidzenia przez Zamawiającego punktu odniesienia do oceny autorskiego programu w postaci np. jednoznacznie określonych elementów jakie będą podlegać punktowaniu (i sposobu liczenia tych punktów), powoduje, że ww. kryterium ma charakter pozorny i uznaniowy – zależy od nieweryfikowalnej i niemierzalnej decyzji samego Zamawiającego, a oferty złożone w takim postępowaniu będą nieporównywalne. Ta sama bowiem oferta w ocenie jednego Zamawiającego może przybrać charakter podejścia nieakceptowalny, a w ocenie innego np. „dobry” czy „doskonały”. W braku prawidłowego i jednoznacznego zdefiniowania tych podejść, nie jest możliwe dokonanie obiektywnej oceny złożonych ofert. Sposób sformułowania powyższego kryterium i jego oceny powoduje także, że ocenie podlega sam Wykonawca, jego właściwości oraz zdolność jego rozumienia celów przedmiotu zamówienia lub jego specyfiki, co jest sprzeczne z art. 241 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Odwołujący wnosi 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 skutek 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 wnosi 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.**

Wskazać należy, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp umowa o zamówienie publiczne podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w

Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Niewątpliwie treść SWZ w zakresie sformułowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert naruszających przepisy ustawy Pzp w sposób istotny wpływa na sposób wyłonienia najkorzystniejszej oferty i udzielenie zamówienia. Stąd też brak żądanej zmiany treści SWZ oraz dokonanie otwarcia ofert przez Zamawiającego przed merytorycznym rozstrzygnięciem o wniesionym odwołaniu powoduje sytuację, że przedmiotowe Postępowanie obarczone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Skoro bowiem wykonawcy wskutek rażącego i istotnego naruszenia przez Zamawiającego ustawy zostali pozbawieni prawa sporządzenia i złożenia rzetelnej, należytej skalkulowanej i porównywalnej oferty, a Zamawiający poprzez takie a nie inne sformułowanie kryteriów oceny ofert pozbawił się możliwości obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych ofert, to jednocześnie zaistniała sytuacja, w której wybór którejkolwiek z tak złożonych ofert i zawarcie umowy stanowić będzie wadę Postępowania opisaną w art. 255 pkt. 6) ustawy Pzp.

Odwołujący oczywiście zdaje sobie sprawę z faktu, że samo złożenie niniejszego odwołania nie powoduje z mocy prawa, że Zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, który w niniejszym Postępowaniu wyznaczony jest na dzień 30 lipca br. i że czynność ta zależy w istocie od Zamawiającego. Tym niemniej Odwołujący zwraca uwagę, że ocena czy dane zaniechanie stanowi wadę postępowania w rozumieniu art. 255 ust. 6) ustawy Pzp zależy od oceny czy:

- a) jest to wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz
- b) czy jest to wada rzutująca bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zawarciu ważnej umowy na przeszkodzie stoją nieusuwalne wady proceduralne, w tym brak obiektywnych i weryfikowalnych kryteriów umożliwiających prawidłową i należytą ocenę złożonych ofert, w tym ich porównywalność, niezależne od subiektywnego widzimisień Zamawiającego / komisji przetargowej.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 8 kwietnia 2025 r., w sprawie KIO 1050/25:

*Rację ma Zamawiający twierdząc, że przysługuje mu uprawnienie do ustalenia pozacenowych kryteriów oceny ofert zależnie od swoich potrzeb. Należy jednak zauważyć, że **swoboda ta nie jest nieograniczona. Zamawiający ustalając kryteria nie może pomijać podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.***

Obowiązujące przepisy PZP wymagają aby zapisy SWZ były jasne i jednoznaczne. Ma to istotne znaczenie w szczególności w odniesieniu do zapisów SWZ odnoszących się do oceny złożonych ofert. Tymi bowiem zapisami Zamawiający musi posługiwać się dokonując badania i oceny złożonych ofert. Jak natomiast ma to uczynić Zamawiający, który nie dosyć, że nie formułuje w sposób jednoznaczny i kategoriyczny (wyczerpujący) elementów jakie ma zawierać przedłożony program autorski, to przyznaje punkty za ocenę określaną jako: „nieakceptowaną”, „akceptowalną”, „dobrą”, czy „doskonałą”, przy jednoczesnym braku ich zdefiniowania.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 kwietnia 2022 r., KIO 878/22:

*Zamawiający obowiązany jest formułować swoje intencje w postępowaniu **w sposób, który nie pozwala na dowolną interpretację.** W każdej sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów SWZ, zachodzi niejednoznaczność SWZ. Z kolei niejednoznaczność postanowień SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. **To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.** To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 KC). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych*

konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji.

Skoro zatem 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, stanowi 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 stanowi podstawę unieważnienia całego Postępowania. Zarzut ten Odwołujący formułuje na wypadek i w sytuacji, gdy Zamawiający pomimo wniesienia niniejszego odwołania, nie przedłuży terminu składania ofert co najmniej na czas trwania postępowania odwoławczego.

Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 22 listopada 2022 r., KIO/KD 32/22:

Przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych, która daje możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone jest taką wadą, która na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a stwierdzona wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Skoro, pomimo wniesionego odwołania, Zamawiający dopuścił do upływu terminu składania i otwarcia ofert, to znaczy że doprowadził 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 bowiem 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.

W zakresie zarzutów do treści PPU – Załącznika nr 7 do SWZ, podaję jak niżej.

Odwołujący podnosi 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, 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). Odwołujący podnosi, 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. Odwołujący zwraca uwagę Wysokiej Izby na następujące zapisy PPU, do których odnosi się szczegółowo:

1. Kwestia obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy

W §20 PPU zatytułowanej „Klauzule waloryzacyjne” 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.”*

Pozornie więc, Zamawiający spełnił obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp. Jednakże zauważyć należy, że kwestia uregulowania w PPU 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. Zastrzec przy tym należy, że sam upływ czasu nie stanowi przesłanki waloryzacji — konieczne jest wystąpienie rzeczywistego wzrostu cen lub kosztów. Zamawiający stosując nazewnictwo „klauzule waloryzacyjne”, w §20 PPU uregulował jedynie kwestię dostosowania zmian przepisów do wysokości wynagrodzenia. Nijak ma się to do uregulowania z art. 439 Pzp, a zatem przyjąć należy, że Zamawiający pomimo istnienia obowiązku ustawowego nie przewidział w PPU waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1192/22: **„Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.”** Analogiczne stanowisko Izba wyraziła m.in. w wyroku z dnia 21 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2927/21.

Z kolei w wyroku z dnia 02 marca 2022 r., sygn. akt KIO 440/22, podkreślono, że: *„instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego*

podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających."

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował PPU poprzez wprowadzenie następującego zapisu:

- „1. Wynagrodzenie, o którym mowa w §8 Umowy może podlegać waloryzacji w oparciu o miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (GUS).*
- 2. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.*
- 3. Strona uprawniona do żądania waloryzacji może złożyć pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia w terminie do 30 dni od dnia ogłoszenia przez Prezesa GUS wskaźnika za dany okres rozliczeniowy. Waloryzacja następuje w przypadku, gdy zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych narastająco przekroczy progowy poziom 3% w stosunku do miesiąca z dnia zawarcia umowy.*
- 4. Wysokość wynagrodzenia po waloryzacji zostanie obliczona według następującego wzoru:*

P

$$W_1 = W_0 \times (1 + \frac{P}{100})$$

100

gdzie:

W₀ - wynagrodzenie przed zmianą,

P - zmiana wskaźnika GUS pomniejszona o uzgodniony próg tolerancji

W₁ – wynagrodzenie po zmianie

5. Zmiana wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji wymaga zachowania formy pisemnej i zawarcia aneksu do umowy.”

6. Zapisy PPU odnoszące się do odpowiedzialności wykonawcy i kar umownych

Odwołujący podnosi, że w PPU 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 PPU). Ponadto Zamawiający przyznał sobie prawo nieograniczonego uprawnienia do zmiany zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (§8 ust. 2 lit a PPU) co w sposób oczywisty jest sprzeczne z art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp.

Ponadto część zapisów zawartych w PPU jest niejednoznacznych, niekompletnych i niejasnych, ze sobą sprzecznych, nie zapewniających 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 PPU), 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) PPU. 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.

Dlatego Odwołujący wnosi o uporządkowanie zapisów PPU w następujący sposób.

Odwołujący podnosi następujące zapisy PPU:

a) §2 pkt. 6 – 9:

„6. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia na własny koszt i odpowiedzialność niezbędnego sprzętu do prawidłowej realizacji zajęć, w szczególności:

a) Nauki pływania (zajęcia szkolne i komercyjne),

- b) Zajęć aqua aerobiku,
- c) Zajęć typu „bobas + rodzic”,
- d) Zajęć triathlonu.

7. Sprzęt, o którym mowa w ust. 6 powinien być sprawny technicznie, bezpieczny w użytkowaniu oraz dostosowany do wieku i umiejętności uczestników zajęć. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za stan techniczny sprzętu oraz jego zgodność z obowiązującymi przepisami i normami bezpieczeństwa.

8. Strony ustalają, że sprzęt wykorzystywany do prowadzenia zajęć powinien być przechowywany na terenie obiektu Zamawiającego. Sprzęt ten przeznaczony jest wyłącznie do użytku podczas zajęć prowadzonych na rzecz Zamawiającego i nie może być wykorzystywany poza tymi zajęciami ani wynoszony poza teren obiektu bez uprzedniej zgody Zamawiającego.

9. Wykonawca zobowiązuje się do utrzymywania sprzętu w nienagannym stanie technicznym i wizualnym, zapewniając jego pełną sprawność oraz estetykę. Wszelkie uszkodzenia sprzętu powinny być niezwłocznie usuwane poprzez jego naprawę lub wymianę na nowy, a ewentualne braki w wyposażeniu niezwłocznie uzupełniane.”

Zamawiający 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. **Odwołujący wnosi aby Zamawiający albo w ust. 6 doprecyzował o jaki konkretnie sprzęt chodzi, albo usunął ust. 7-9. W przeciwnym wypadku ww. zapisy mają charakter nieprecyzyjny i blankietowy.**

b) §4 ust. 6, ust. 8 PPU oraz §8 ust. 2 lit. a PPU

„§4 (...)

6. Zamawiający zastrzega, a Wykonawca przyjmuje, że podane ilości godzin stanowią orientacyjną liczbę godzin i mogą ulec zmianie, tj. zwiększeniu lub zmniejszeniu.”

„8. 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. W przypadku odwołania jakichkolwiek zajęć Wykonawca nie ujmie ich w protokole przeprowadzanych zajęć sporządzanym na koniec danego miesiąca- zaplanowanych na ten dzień lub w danych godzinach zajęć, a Zamawiający nie będzie zobligowany do zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia z tego tytułu.”

„§8

2.(...)

a. W trakcie obowiązywania umowy Zamawiający szacuje około 12 928 roboczogodzin pracy wszystkich instruktorów. Liczba roboczogodzin w trakcie obowiązywania umowy może ulec zmianie, co nie będzie rodziło żadnych roszczeń finansowych ani prawnych Wykonawcy wobec Zamawiającego.”

Odwołujący wskazuje, że zapis §4 ust. 6 oraz §8 ust. 2 lit. a PPU 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.

Odwołujący wnosi, aby Zamawiający dokonał ich zmiany ten sposób, że:

„§4 (...)

6. Zamawiający zastrzega, a Wykonawca przyjmuje, że podane ilości godzin stanowią orientacyjną liczbę godzin i mogą ulec zmianie, tj. zwiększeniu lub zmniejszeniu, z zastrzeżeniem §8 ust. 2 lit. c.”

„8. Zamawiający ma prawo zmienić termin lub odwołać zajęcie, 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.”

„§8

2.(...)

a. W trakcie obowiązywania umowy Zamawiający szacuje około 12 928 roboczogodzin pracy wszystkich instruktorów. Liczba roboczogodzin w trakcie obowiązywania umowy może ulec zmianie z zastrzeżeniem §8 ust. 2 lit. c.”

„c. Strony zastrzegają, że 10 000 roboczogodzin pracy wszystkich instruktorów stanowi minimalną gwarantowaną wartość świadczenia, do której wykonania i zapłaty zobowiązuje się Zamawiający, według następującego podziału:

- a. Nauka i doskonalenie pływania w grupach – min. 8000 godzin
- b. Indywidualna nauka pływania – min. 200 godzin

- c. Zajęcia dla dzieci do 4 lat (z asystą; dodatkowy instruktor) – min. 100 godzin
- d. Aqua Aerobik – min. 50 godzin
- e. Szkółka wakacyjna – min. 100 godzin
- f. TRIATHLON – min. 50 godzin
- g. Zajęcia szkolne i przedszkolne – min. 1500 godzin”

oraz dodanie ust. 2¹ o treści:

„2¹ Zgodnie z treścią §8 ust. 2 lit. c, minimalna gwarantowana wartość wynagrodzenia należnego Wykonawcy za wykonanie umowy, do której wykonania i zapłaty zobowiązuje się Zamawiający strony ustalają na kwotę zł brutto (słownie złotych:) obliczonego jako iloczyn ilości minimalnych gwarantowanych roboczogodzin do wykonania wskazanych w §8 ust. 2 lit. c tj. łącznie 10 000 godzin, według wskazanego tam podziału godzin oraz stawki za 1 roboczogodzinę wynikającej z oferty Wykonawcy według następującego podziału:

- a. Zajęcia szkolne/przedszkolne: 1500 godzin X zł netto / zł brutto
- b. zajęcia grupowe/komercyjne/triathlon: 8050 godzin X zł netto / zł brutto
- c. zajęcia bobas– rodzic (z asystą): 100 godzin X zł netto / zł brutto
- d. zajęcia Aqua Aerobic: 50 godzin X zł netto / zł brutto
- e. Zajęcia indywidualne: 200 godzin X zł netto / zł brutto
- f. Zapewnienie kadry opiekunów dla półkolonii: 100 godzin X zł netto /zł brutto”

c) §6 ust. 1 pkt. 2) PPU

Dotychczasowe brzmienie zapisu:

„§6

1 (...)

- 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.”

Przyjęty przez Zamawiającego zapis nie reguluje 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. Wszak kary mogą być

stosowane jedynie w sytuacjach zawnionego nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego też Odwołujący proponuje zmienić ww. zapis w następujący sposób:

„§6

1 (...)

2) *na wniosek Wykonawcy uzasadniony obiektywnymi okolicznościami, ale nie częściej niż 2 razy na semestr dla danej grupy, z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to sytuacji nagłych, nieprzewidzianych (np. choroby instruktora, wypadku, nagłego zdarzenia losowego, siły wyższej lub innych wyjątkowych okoliczności, których nie można było przewidzieć ani zapobiec).*”

d) §7 PPU

Obecna treść:

„§ 7 Odpowiedzialność Wykonawcy

1. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za pracę Instruktorów, którym powierzy wykonanie usług i zobowiązuje się na pierwsze wezwanie Zamawiającego do pokrycia wszelkich szkód w tym zakresie oraz zwolnienia Zamawiającego z odpowiedzialności.
2. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za szkody i następstwa nieszczęśliwych wypadków dotyczące Instruktorów świadczących Usługi: wypadki, kontuzje (itp. zdarzenia), nie wynikające z winy Zamawiającego.
3. Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontrolowania należytego wykonania usługi przez Wykonawcę. Kontrole będą odnotowane w kartach pracy Instruktorów/ dziennikach pracy. Ewentualnie stwierdzone uchybienia muszą być usuwane w trybie natychmiastowym.”

Również i w tym zapisie Zamawiający w sposób nieuprawniony chce rozszerzyć odpowiedzialność Wykonawcy za wszystkie sytuacje, z jakimi może wiązać się nienależyte czy nieterminowe wykonanie zobowiązania. Zamawiający w PPU wprowadził reguły odpowiedzialności (także w zakresie kar przewidzianych w §15), które sugerują, że jest to odpowiedzialność także niezależną 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 Pzp, Określone przez Zamawiającego zapisy umowne w zakresie odpowiedzialności wykonawcy (i kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w §15 PPU) 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 Pzp). Stanowi to także nadużycie prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego.

Proponowana treść:

„§ 7 Odpowiedzialność Wykonawcy

- 1. Wykonawca odpowiada za zawinione działania i zaniechania Instruktorów, którym powierzy wykonanie usług na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.*
- 2. Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontrolowania należytego wykonania usługi przez Wykonawcę. Kontrole oraz ewentualne uchybienia wymagają wpisu do kart pracy Instruktorów/dzienników pracy i niezwłocznego poinformowania o nich Wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia potwierdzonych uchybień w wyznaczonym przez Zamawiającego, realnym terminie, nie krótszym jednak niż 2 dni robocze od momentu ich zgłoszenia.”*

e) §15 PPU

Podnoszę, że zgodnie z art. 433 pkt. 1 – 2 ustawy Pzp PPU 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 – PPU musi zawierać postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Takiego postanowienia brak w przedłożonym PPU.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w §15 PPU użył określenia „opóźnienie” oraz „każdorazowe 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 przestanki 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.

Odwołujący 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.

Powyższy problem został zauważony przez Urząd Zamówień Publicznych, który w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.), stwierdził m.in., że *„efektem określania przez zamawiających restrykcyjnych i często nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych, jest mała liczba ofert składanych w postępowaniu oraz wliczanie przez wykonawców wysokości kar umownych w cenę oferty. Podobnie jest w przypadku postanowień umownych, które przerzucają odpowiedzialność na wykonawców za większość ryzyk. Postanowienia umowne tego typu w praktyce prowadzą do podniesienia ceny realizowanego zamówienia, ponieważ racjonalni wykonawcy uwzględniają ryzyko zapłaty kary umownej oraz inne ryzyka w oferowanej cenie”*. W konkluzji przywołanego wyżej raportu wskazano, że **„kary umowne**

powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna”.

Odwołujący zwraca uwagę, iż nawet skalkulowanie w cenie oferty wystąpienia pewnych zdarzeń, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności na zasadach ogólnych, nie jest skutecznym narzędziem przywrócenia równowagi kontraktowej w sytuacji przerzucenia na wykonawcę ogółu niesprecyzowanych ryzyk kontraktowych, albowiem – jak zostało to już wspomniane – wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności i zdarzeń, które mogą w sposób negatywny wpłynąć na realizację kontraktu, a tym bardziej nie może ocenić pełnego zakresu tego oddziaływania i ego rzetelnego skalkulowania w cenie oferty za wykonanie zamówienia.

Jak wynika z wniosków zawartych w raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, kształtowanie zapisów o karach umownych w sposób naruszający równowagę kontraktową (która i tak na gruncie zamówień publicznych doznaje ograniczenia) i przenoszenie w ten sposób na wykonawcę zamówienia ogółu ryzyk kontraktowych, stanowi zjawisko negatywnie wpływające na rynek zamówień publicznych i nie przyczynia się do umacniania zasad uczciwej konkurencji oraz efektywności zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje także na jednolicie przyjmowaną w judykaturze regułę, zgodnie z którą kara umowna opiera się na ogólnej zasadzie kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. na zasadzie winy. W wyroku z dnia 16.01.2013 r. w sprawie II CSK 331/12, Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że **„obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, zatem nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.”** Podobne wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.06.2016 r. w sprawie IV CSK 674/15 wyjaśniając, że **„Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia w**

oznaczonym terminie, mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Na ogół zatem również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, nie były znane i nie są objęte ryzykiem wykonawcy". W konkluzji należy stwierdzić, iż kara umowna, stanowiąc surogat odszkodowania, nie jest oderwana od ogólnych reguł odpowiedzialności kontraktowej (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 05.10.2018 r. w sprawie o sygn. akt I AGa 214/18, wyrok z dnia 06.07.2018 r. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w sprawie o sygn. akt I AGa 108/18).

Problem nadużywania przez zamawiających uprawnień do kształtowania treści umów w sprawie zamówień publicznych, w tym formułowania postanowień umownych w sposób dowolny i rażąco naruszający zasadę równowagi kontraktowej, dostrzegł również ustawodawca, który w przepisach nowej ustawy Pzp przewidział mechanizm ograniczający swobodę zamawiających poprzez wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych, a więc takich klauzul kontraktowych, których stosowanie przez zamawiających jest zakazane z mocy ustawy. Zgodnie z dyspozycją art. 433 Pzp, projektowane postanowienia umowy 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,
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający,
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej pozwala dostrzec, że organ ten uwzględniał treść katalogu klauzul abuzywnych przewidzianych w nowej ustawie Pzp, jeszcze przed wejściem w życie przepisów tej ustawy (tak w wyroku z dnia 27.08.2019 r. w sprawie KIO 1585/19).

Zamawiający wprowadził w § 15 PPU szereg kar umownych, co do których obowiązek zapłaty obciążałby wykonawcę w razie ziszczenia się wskazanych tam przesłanek. W ocenie

Odwołującego, projektowane postanowienia umowy, zgodnie z zestawieniem wskazanym poniżej, w sposób rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, nadto niektóre z niżej wskazanych klauzul zrehabilitowane zostały z naruszeniem zakazu wynikającego z literalnego brzmienia przepisu art. 433 Pzp (klauzule abuzywne). Odwołujący podnosi, 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.

Odwołujący zwraca 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 wnosi aby treść §15 ust. 2 uległa zmianie z dotychczasowego:

Ust. 2:

„2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- 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;*
- 2) za każdorazowe stwierdzenie nienależytego wykonania usługi bez względu na zakres w wysokości 5% wartości faktury za dany okres rozliczeniowy (miesiąc kalendarzowy);*
- 3) za zmianę instruktora powyżej ilości określonej w § 6 ust. 1 pkt. 2 w wysokości 2 000,00 zł za każdy przypadek przekroczenia;;*
- 4) za każdą nieobecność Instruktora na zajęciach w wysokości 1000,00 zł potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);*
- 5) za każdy przypadek prowadzenia zajęć przez Instruktora, którego uprawnienia nie zostały dostarczone Zamawiającemu przez Wykonawcę wraz ze zgłoszeniem w wysokości 1 500,00 zł. potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);*
- 6) za korzystanie przez Instruktorów z telefonów komórkowych i innych urządzeń elektronicznych na hali basenowej w wysokości 1000,00 zł. potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);*

- 7) za nieprzeprowadzenie zajęć z winy Wykonawcy – w wysokości 2000,00 zł , za każdy stwierdzony przypadek potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);*
- 8) za rozpoczęcie zajęć z opóźnieniem do 10 min. zawinionym przez Instruktora., lub przedwczesnego zakończenia zajęć o mniej niż 10 minut – w wysokości 1000,00 zł, za każdy stwierdzony przypadek potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);*
- 9) za każdy przypadek pozostawienia dzieci bez opieki podczas trwania zajęć w wysokości 500,00 zł. potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);*
- 7) za każdy przypadek nie odprowadzenia dzieci po zajęciach do strefy odbioru/ odprowadzania dzieci wyznaczonej przez Zamawiającego w wysokości 500,00 zł. potrącane w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy);.*
- 8) za odstąpienie od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto niezrealizowanego zakresu umowy (określonego w § 8 ust.2);*
- 9) za opóźnienie w przekazaniu pisemnego wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (określonego w § 5 umowy): 100 zł za każdy dzień, nie więcej jednak niż 3 dni kalendarzowych.*
- 10) za brak przekazania pisemnego wykazu osób zatrudnionych, określonego w §5 umowy (tj. gdy zwłoka przekroczy 14 dni roboczych): 2000 zł.*
- 11) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 500 złotych za każdy dzień zwłoki (jeśli ma zastosowanie);*
- 12) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 1 000 złotych (jeśli ma zastosowanie);*
- 13) za nieprzestrzeganie przepisów BHP przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, w wysokości 500 zł za każde stwierdzone uchybienie;*
- 14) za przebywanie w pokoju ratowników: 1000zł za każdy stwierdzony przypadek;*
- 15) za brak prowadzenia lub nienależyte prowadzenie dziennika pracy w wysokości 500 zł za każde stwierdzone uchybienie*
- 16) za każdy stwierdzony przypadek prowadzenia zajęć w sposób niezgodny z przyjętym programem nauki pływania w wysokości 1 500 zł za każdy stwierdzony przypadek.*

Na następujące:

§15 ust. 2 i dodać ust. 3:

„2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- 1) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 5% wartości minimalnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy (określonego w §8 ust. 2¹ Umowy);*
 - 2) za zawinioną nieobecność Instruktora na zajęciach w wysokości 500,00 zł, za każdy stwierdzony przypadek;*
 - 3) za zawinione nieprzeprowadzenie zajęć w wysokości 500,00 zł, za każdy stwierdzony przypadek;*
 - 4) za zawinione pozostawienia dzieci bez opieki podczas trwania zajęć w wysokości 500,00 zł, za każdy stwierdzony przypadek;*
 - 5) za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 500,00 zł za każdy stwierdzony przypadek;*
 - 6) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 300,00 zł za każdy stwierdzony przypadek;*
 - 7) za nieprzestrzeganie przepisów BHP przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, w wysokości 200,00 zł za każde stwierdzone uchybienie;*
- 3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony nie może przekroczyć 5% wartości minimalnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy określonego w §8 ust. 2¹ Umowy.”*

§16 ust. 1, 3 i 5 PPU

Obecne brzmienie:

„§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).”

Proponowane brzmienie:

„§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).”
- 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) 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;”

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;
- 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.”

Aby zapewnić równowagę kontraktową stron, skoro Zamawiający przyznaje sobie prawo do odstąpienia od umowy (nie zakreślając jednocześnie jego terminu), to po pierwsze aby było ono skutecznie zastrzeżone – należy wskazać termin w jakim może być ono wykonywane (Odwołujący proponuje 30 dni), a ponadto analogiczne prawo należy przewidzieć wykonawcy. Stąd zaproponowane zmiana §16 PPU.

Odwołujący 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 należna od wykonawcy kilkukrotnie przewyższała karę należną za to samo od Zamawiającego. Brak jest uzasadnienia aby w sposób przyjęty przez Zamawiającego w §15 PPU w tak drastyczny sposób karać wykonawcę za drobne, nieistotne, niezawinione uchybienia, za brak przedłożenia kopii dokumentów etc. Odwołujący wnosi o zmianę ww. zapisów jako nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższych faktów należy przyjąć za pewnik, że bez żądanej przez Odwołującego zmiany zaskarżonych postanowień umownych wykonawcy w niniejszym Postępowaniu zmuszeni będą do skalkulowania w cenie ofertowej ryzyka zapłaty kar umownych w

niespotykanej na rynku wysokości. Nie ma wątpliwości, że doprowadzi to albo do składania przez wykonawców ofert znacznie przekraczających ceny rynkowe (gdyż wykonawcy będą musieli w nich uwzględnić ryzyko zapłaty wygórowanych kar umownych), albo do rezygnacji przez wykonawców ze składania ofert. Tym samym kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia dotyczące kar umownych prowadzą do odstraszenia rzetelnych wykonawców i ograniczenia konkurencji, godząc w zasadę zachowania uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się do poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że: *„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.”*

Reasumując, jest poza sporem, że kary umowne nie powinny prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się Zamawiającego. Podstawowymi funkcjami kar umownych są funkcje odszkodowawcza i dyscyplinująca, motywujące wykonawcę do prawidłowego wykonania

przedmiotu umowy, wobec czego powinny być one proporcjonalne do celów, którym mają służyć.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował zapisy PPU w podanym wyżej zakresie.

Odnosnie wszystkich omówionych powyżej zarzutów, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy, Odwołujący wskazuje, co następuje.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Trzeba przy tym pamiętać, że jakkolwiek przygotowanie projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, leży w zakresie uprawnień (i zarazem obowiązków) Zamawiającego, to zgodnie z art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Nadto, także z art. 58 § 1 i 2 kc wynika, że czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ naruszają zarówno przepisy ustawy Pzp jak i kc.

Zamawiający w szeregu postanowień umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy lub też niedookreślony, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami umowy nie powinno mieć miejsca. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16 i art. 431 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i

obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu ustawy Pzp wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców. *„Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624)”. Zdaniem tych samych autorów „nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że współdziałanie stron w trakcie umowy będzie lepsze, gdy postanowienia umowy będą je umożliwiać”.*

Przepis ten (art. 431 ustawy Pzp) jawi się jako przepis powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 ustawy Pzp jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego, że art. 431 ustawy Pzp ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.

W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób kwestionowany w niniejszym odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 ustawy Pzp, jak i art. 431 ustawy Pzp. Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp).

Należy także zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 3531 Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Poza tym niedopuszczalne w świetle art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp (stanowiącego odpowiednik poprzednio obowiązującego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z 2004 r.) jest przenoszenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO, m.in. wyroki:

- 1) KIO 1555/19: *„Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.”*
- 2) KIO 1265/17: *„Zamawiający musi tak określić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie warunków realizacji umowy, by wykonawca, już na etapie składania oferty, mógł prawidłowo ustalić zakres swojego zobowiązania przez cały czas trwania umowy, swoje ryzyko biznesowe, oraz - przede wszystkim - nakłady i koszty, które będzie musiał ponieść na jego realizację, oraz potencjalny zysk, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych części usługi oraz cenę oferty.”*

Zamawiający nie powinien konstruować projektowanych postanowień umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na liczbę złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cen ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiązać się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

Tytułem przykładu powołać można w tym zakresie wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia

8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Niewątpliwie, naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy takich zamówieniach, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zamówienie. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku z 14 września 2016.r (sygn. akt: KIO 1607/16): *„opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy; niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować, nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert”*.

W związku z powyższym zasadne jest żądanie Odwołującego, by Zamawiający dokonał zmian kwestionowanych postanowień SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Z uwagi na fakt, że kwestionowane pozacenowe kryterium oceny ofert, opis przedmiotu zamówienia oraz projektowane postanowienia umowy są niezgodne z przepisami ustawy Pzp i kc, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji wskazanych postanowień SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele tygodni, zatem powinien zrozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań Zamawiającego. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania, które powinny być użyte przy realizacji zamówienia, ustalić i wyliczyć wszystkie koszty realizacji zamówienia oraz ustalić warunki handlowe z kontrahentami itp.

W związku z wszystkimi okolicznościami wskazanymi powyżej, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ, a także o przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie uznać należy za w pełni uzasadnione.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodami uiszczenia opłaty skarbowej
2. wydruk z KRS dla Odwołującego
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania
4. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu