

Warszawa, dnia 6 grudnia 2021 r

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

adres do doręczeń:

Aleje Ujazdowskie 1/3,
00-583 Warszawa
NIP 526-16-45-000

e-mail: wzp@mc.gov.pl lub wzp@kprm.gov.pl

Odwołujący:

Arteria Customer Service

Arteria Management Sp. z o.o. Sp.k.

adres do doręczeń:

ul. Stawki 2a
00-193 Warszawa
NIP: 586-20-21-267
e-mail: przetargi@arteriacs.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zamówienia o szacunkowej wartości powyżej progów unijnych na „Nabycie usług obsługi infolinii, konsultacji online w narzędziu chat i chat bota oraz dostarczenia i obsługi chatu i chat bota online jako narzędzi wsparcia w ramach Portalu RP” nr PN-62/2021

ODWOŁANIE WYKONAWCY

Arteria Customer Service Arteria Management Sp. z o.o. Sp.k. (dalej „**Odwołujący**” lub „**Arteria**”) działając na podstawie przepisów art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych z dnia publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) (dalej „Ustawa” lub „PZP”) w postępowaniu o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest: „Nabycie usług obsługi infolinii, konsultacji online w narzędziu chat



i chat bota oraz dostarczenia i obsługi chatu i chat bota online jako narzędzi wsparcia w ramach Portalu RP”

I. WNOSI NINIEJSZYM ODWOŁANIE OD:

1. czynności opisanego warunku udziału w postępowaniu w dokumentacji postępowania

II. ODWOŁUJĄCY ZARZUCA ZAMAWIAJĄCEMU:

1. Naruszenie przepisu **art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 ust. 1 oraz 4 PZP w zw. z art. 117 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** – poprzez takie ukształtowanie w pkt V.1.4 SWZ warunku udziału w postępowaniu, który jest nieproporcjonalny oraz narusza przepisy PZP dotyczące zawiązania konsorcjum wykonawców.

III. W ZWIĄZKU Z POWYŻSZYM, ODWOŁUJĄCY WNOSI O UWZGLĘDNIENIE ODWOŁANIA I NAKAZANIE ZAMAWIAJĄCEMU:

1. modyfikację SWZ w odniesieniu do pkt. V.1.4. tj. warunków udziału w postępowaniu.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów PZP i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku działania Zamawiającego (wykreowania nieproporcjonalnego, niezgodnego z PZP warunku udziału w przetargu) Odwołujący, który jest w stanie z należytą starannością wykonać zamówienie, zostanie pozbawiony możliwości złożenia oferty.

Formalne przesłanki wniesienia odwołania. Publikacja SWZ nastąpiła w dniu 24 listopada 2021 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem **10 dniowego** terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania – dowód w załączeniu.



UZASADNIENIE

1. Zamawiający tj. Kancelaria Prezesa Rady Ministrów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn „Nabycie usług obsługi infolinii, konsultacji online w narzędziu chat i chat bota oraz dostarczenia i obsługi chatu i chat bota online jako narzędzi wsparcia w ramach Portalu RP”. W dniu 24 listopada 2021 r. została opublikowana dokumentacja postępowania.

2. W pkt V.1.4 SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

V. Warunki udziału w postępowaniu

1.4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie zrealizował usługi polegające na realizacji zadań:

- co najmniej trzy usługi z obsługą infolinii, gdzie każda usługa była realizowana nie krócej niż 1 rok oraz była o wartości co najmniej 600 000 zł brutto;

oraz

- co najmniej trzy usługi konsultacji online w narzędziu chat i chatbot, gdzie każda usługa była realizowana nie krócej niż 1 rok oraz była o wartości co najmniej 275 000 zł brutto;

oraz

- co najmniej trzy usługi polegające na dostarczaniu i obsłudze chatu i chat bota online, gdzie każda usługa była realizowana nie krócej niż 1 rok oraz była o wartości co najmniej 60 000,00 zł brutto.

Przez jedną usługę Zamawiający rozumie usługę wykonaną w ramach jednej umowy. Zamawiający dopuszcza łączenie ww. usług w ramach jednej umowy. W powyższym przypadku Wykonawca musi wykazać wartość umowy z podziałem na usługi według wymienionych powyżej kryteriów.

Zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie).

Natomiast w dalszej części SWZ (odnoszącej się do konsorcjum), Zamawiający potwierdził, że:



12. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 58 ustawy PZP:

12.1. wykazanie spełnienia warunków udziału, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy PZP, **następuje łącznie, z zastrzeżeniem pkt. V.1.4 SWZ;**

3. Zdaniem Odwołującego wskazane na „pogrubioną czcionką” elementy warunku ukształtowane zostały w sposób niezgodny z przepisami PZP, przede wszystkim są nieproporcjonalne i w sposób niezasadny ograniczają krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Co więcej podważają sens i istotę zawierania na podstawie art. 58 PZP konsorcjum firm.

4. Obecnie postawiony warunek wskazuje, że całość doświadczenia musi znajdować się u jednego wykonawcy, uniemożliwiając bezzasadnie łączenie potencjału w ramach konsorcjum. W tym miejscu należy przytoczyć adekwatne przepisy prawa PZP:

Art. 58 [Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia]

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Art. 112 [Katalog warunków udziału w postępowaniu]

1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 117 [Wymogi dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia]

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W odniesieniu do art. 58 PZP wskazać należy, że Ideą tworzenia konsorcjów jest **połączenie sił i środków koniecznych do ubiegania się o zamówienie publiczne, a następnie jego wspólna realizacja**. Cel ten pozostaje aktualny na gruncie nowej ustawy PZP. Warunek postawiony przez Zamawiającego podważa wskazaną zasadę oraz powoduje, że konsorcjum w tym postępowaniu traci sens.

5. Zgodnie z Opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (która jest aktualna także na gruncie PZP



z 2019 r.) wskazać należy, że:

Zgodnie z utrwaloną wykładnią art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), **w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie.** Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. **Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu,** określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienne interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, **naruszałoby także jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców,** wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

6. Obecnie PZP zawiera art. 117 ust. 1, jednakże przedmiotowy przepis reguluje możliwość określenia przez zamawiającego **szczególnego, obiektywnie uzasadnionego** sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu (zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający może określać szczególny sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **jedynie w przypadku, gdy jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.**

7. W przedmiotowym przetargu dopisek pkt V.1.4. SWZ: „Zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie).” NIE MA ŻADNEGO UZASADNIENIA I W ŻADEN SPOSÓB NIE MOŻE BYĆ UZNANY ZA PROPORCJONALNY.

8. Odwołujący, który jest jednym z pomiotów należących do największej Grupy Kapitałowej z branży contact center, często przystępuje do przetargów z innymi podmiotami z grupy, dzieląc się zakresem obowiązków. W ramach grupy są spółki prowadzące działalność contact center sensu stricto, ale także

firmy powiązane z tą gałęzią biznesu np. spółka informatyczna, produkująca, wdrażająca i wspierająca Odwołującego w postępowaniach. Obecnie Odwołujący nie może skorzystać z referencji, którą uzyskał wykonując analogiczne zamówienia w ramach konsorcjum. Co więcej zdaniem Odwołującego tak postawiony warunek foruje jednego wykonawcę.

9. Jak zostało wskazane powyżej wskazane (warunek V.1.4.) wymaga, aby całość doświadczenia (warunki udziału) odnosiła się do JEDNEGO WYKONAWCY. Co oznacza, że jeden wykonawca musi „zgromadzić” **całość referencji i nie ma on możliwości np. skorzystania z referencji, które uzyskał w ramach konsorcjum.**

10. Na przestrzeni lat funkcjonowała linia orzecznicza, zgodnie z którą doświadczenie wykonawców było oceniane przez pryzmat samego udziału w konsorcjum. Takie podejście zostało przedstawione m.in. w wyroku KIO z 29 stycznia 2016 r. (KIO 43/16), w którym wprost stwierdzono, że samo wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia i jego realizacja uprawnia wykonawcę do legitymowania się tak nabytym doświadczeniem. Tę – jednolitą w zasadzie – linię orzeczniczą **gruntownie zmienił wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej** z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt). Obecnie niezbędne jest wykazanie którą część zamówienia wykonał dany konsorcjant.

11. Wobec powyższego w przedmiotowym przetargu Odwołujący musiałby wykazać się referencjami indywidualnymi (to znaczy wystawionymi wyłącznie na danego wykonawcę a nie konsorcjum) na każdy ze wskazanych warunków. Tak jak Odwołujący podał na wstępie warunek ten jest nieproporcjonalny. Dlaczego wykonawca, który dysponuje „samodzielnymi” referencjami na infolinię (pauza nr 1) oraz na konsultacje online (pauza nr 2) a także posiada referencje, ale wspólnie z innym podmiotem, tj. w konsorcjum na dostarczenie i obsługę (pauza nr 3) **NIE SPEŁNIA WARUNKÓW**, pomimo, że jest podmiotem w pełni zdolnym do wykonania zamówienia. Co więcej bezcelowe jest zawiązanie konsorcjum, gdyż warunek wymaga, aby jeden wykonawca posiadał „wszystkie referencje”.

WNIOSEK

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o modyfikację części warunku V.1.4. i opublikowanie brzmienia:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek może być spełniony łącznie przez wszystkich tych Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie”.

Ewentualnie

Jeżeli Zamawiający uzna, że **dopuszczalne jest legitymowanie się doświadczeniem pochodzącym z referencji wystawionej na konsorcjum, które będzie uznane za**

doświadczenie własne zgodnie z orzeczeniem - Wyrok SO w Warszawie z 15 października 2019 r. (XXIII Ga 157/19), który mówi, że:

„Zgodzić się należy z tym stanowiskiem, doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań, ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy”

12. Odwołujący stwierdza, że złożenie odwołania jest konieczne, gdyż Odwołujący skierował do Zamawiającego pytanie, które do dnia 6 grudnia 2021 r. (termin złożenia odwołania) pozostało bez odpowiedzi.

13. Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w treści odwołania.

Z poważaniem,



Załączniki:

1. KRS
2. Wpis od odwołania 15.000 zł,
3. Pełnomocnictwo wraz z dowodem wniesienia opłaty
4. Dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu (e-mail)