

Warszawa, 16 listopada 2009 r.

**Zamawiający:**

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa sp. z o.o.  
ul. Wystawowa 1,  
51-618 Wrocław  
Fax: (71) 347 52 01

**Protestujący:**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. M. Ostrowski sp. j. (lider)  
al. Armii Krajowej 5  
50-541 Wrocław  
Fax: (71) 797 46 15
  2. LTT sp. z o.o.,  
ul. Łopuszańska 20  
02-220 Warszawa
  3. Microtech International SA  
ul. Wołowska 20  
51-116 Wrocław
  4. Probus SA  
ul. Bystrzycka 69 C  
54-215 Wrocław
  5. Tommex Żebrowscy s.j.  
ul. Arkadowa 29 lok. 3  
02-776 Warszawa
- (dalej „Konsorcjum Ostrowski” lub „Protestujący”)

**Wykonawca przystępujący do postępowania:**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. ADT Fire and Security sp. z o.o. (lider)  
ul. Pallsadowa 20/22, 01-940 Warszawa
2. Konsbud Audio sp. z o.o.  
ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa
3. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Teatr” Marek Gumiński,  
ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:  
Opracowanie projektu wykonawczego w tym specyfikacji sprzętowej oraz

Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWIOR) dla systemów niskoprądowych:

- oświetlenia efektowego,
- elektroakustycznego,
- dźwiękowego systemu ostrzegawczego (DSO),
- wideo,
- transmisji danych,
- centralnego systemu sterowania (BMS techniczny),
- telewizji przemysłowej (CCTV),
- kontroli dostępu,
- sygnalizacji włamania i napadu,
- telefonii wewnętrznej

dostawa sprzętu, instalacja oraz uruchomienie w ramach projektu pn. "Utworzenie Regionalnego Centrum Turystyki Biznesowej we Wrocławiu." (dalej: „**Postępowanie**”)

Działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ADT Fire and Security sp. z o.o. (lider), Konsbud Audio sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Teatr” Marek Gumiński (dalej „**Konsorcjum ADT**”), na podstawie art. 181 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2007 roku, Nr 223 poz. 1655 ze zm. - dalej jako „**PZP**”), zgłaszam:

#### **PRZYSTĄPIENIE DO POSTĘPOWANIA WYWOŁANEGO PROTESTEM WNIESIONYM PRZEZ KONSORCJUM OSTROWSKI**

**I.** Wobec protestu z dnia 7 listopada 2009 r. (dalej „**Protest**”) wniesionego do Zamawiającego przez Konsorcjum Ostrowski, oświadczam, iż Konsorcjum ADT przystępuje niniejszym do postępowania wywołanego Protestem.

**II.** Wobec powyższego wnoszę o:

- a) oddalenie Protestu w zakresie żądań polegających na: (1) wykluczeniu Konsorcjum ADT i (2) odrzuceniu jego oferty złożonej w niniejszym Postępowaniu (sformułowanych na podstawie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 PZP) - z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Konsorcjum Ostrowski w formułowaniu wspomnianych zarzutów i żądań Protestu, jak również ze względu na sam brak zasadności merytorycznej podniesionych w Proteście zarzutów [**Żądanie nr 1**];
- b) uwzględnienie pozostałych żądań Protestu polegających na: (3) unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Elektrotim; (4) wykluczeniu Konsorcjum Elektrotim z Postępowania i odrzuceniu jego oferty; (5) dokonaniu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy; lub (6) unieważnienia Postępowania w przypadku, gdyby zawarcie ważnej

umowy w sprawie zamówienia publicznego okazało się niemożliwe (sformułowanych na podstawie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 PZP, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 91 ust. 1 PZP) – które w przekonaniu Konsorcjum ADT są zasadne merytorycznie [**Żądanie nr 2**].

**III.** W dniu 12 listopada 2009 r. Konsorcjum ADT otrzymało od Zamawiającego za pomocą faksu wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia Protestu a zatem ustawowy termin określony w art. 181 ust. 4 pkt 1 PZP do zgłoszenia swego udziału w postępowaniu został przez Konsorcjum ADT zachowany. Wniesienie niniejszego pisma za pomocą faksu, niezależnie od wymogu SIWZ dotyczącego formy pisemnej jest skuteczne – wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 719/09.

**IV.** Konsorcjum ADT wskazuje swój interes w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia Protestu, który polega na możliwości wyboru oferty Konsorcjum ADT jako najkorzystniejszej w wyniku: (1) oddalenia przez Zamawiającego Protestu w zakresie zarzutów i żądań dotyczących wykluczenia Konsorcjum ADT i odrzucenia jego oferty oraz (2) uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów i żądań protestu z dnia 6 listopada 2009 r. wniesionego przez Konsorcjum ADT równoległe do niniejszego postępowania. Interes prawny Konsorcjum ADT wyraża się także w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy.<sup>1</sup>

### UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przedmiotu zamówienia powyżej równowartości kwoty 206.000 Euro i jednocześnie poniżej równowartości kwoty 10.000.000 Euro. W dniu 29 października 2009 r. Zamawiający przekazał wykonawcom treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z przekazaną wyżej informacją ofertą, która uzyskała najwyższą ilość punktów (100 pkt) była oferta Konsorcjum Elektrotim, drugą w kolejności była oferta Konsorcjum Ostrowski z liczbą 89,74 pkt, natomiast trzecią lokatę uzyskała oferta Konsorcjum ADT – 71,35 pkt.

Protestujący wniósł do Zamawiającego Protest opatrzony datą 7 listopada 2009 r., w którym z jednej strony podnosił zarzuty dotyczące naruszenia szeregu przepisów PZP związanych z czynnością wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Elektrotim, który to wykonawca podlegał - w przekonaniu Protestującego - wykluczeniu z Postępowania a jego oferta odrzuceniu, z drugiej zaś sformułował zarzuty dotyczące

<sup>1</sup> Por. wyrok Sądu Okręgowego z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07, cytowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 czerwca 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 538/08 oraz KIO/UZP 543/08, zob także I. Skubiszak-Kalinowska, Interes prawny jako niezbędna przesłanka wnoszenia środków ochrony prawnej – ewolucja pojęcia, Temidium Nr 4 (55), s. 32-38.



zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum ADT i odrzucenia jego oferty.

O ile pierwsza grupa zarzutów godząca w legalność wyboru oferty Konsorcjum Elektrotim jest zasadna merytorycznie i została prawidłowo podniesiona i sformułowana przez Konsorcjum Ostrowski, o tyle zarzuty Protestu wymierzone w udział Konsorcjum ADT w Postępowaniu są nie tylko niezasadne merytorycznie, ale przede wszystkim Protestujący nie legitymuje się wymaganym interesem prawnym we wniesieniu Protestu we wspomnianym zakresie, bowiem oferta Konsorcjum ADT uzyskała najniższą liczbę punktów w niniejszym Postępowaniu, przez co została sklasyfikowana na trzecim miejscu tuż za ofertą Protestującego. W związku z tym Konsorcjum ADT stwierdza, co następuje:

#### Ad. Żądanie nr 1

Należy zauważyć, że brak jest po stronie Protestującego podstawowej przesłanki materialno-prawnej, od której zależy skuteczność wniesienia środków ochrony prawnej, a mianowicie Protestujący nie wykazał swojego interesu prawnego we wniesieniu Protestu w części dotyczącej żądania wykluczenia Konsorcjum ADT i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 PZP.

Ustawa PZP (art. 179 ust. 1 PZP) uzależnia możliwość skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej od jednoczesnego zaistnienia poniższych okoliczności:

- 1) naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – tj. dokonania przez zamawiającego czynności w sposób niezgodny z przepisami ustawy albo zaniechania czynności pomimo obowiązku jej dokonania wynikającego z ustawy.
- 2) powstania *uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie* - za utrwala linią orzecniczą zarówno Zespołów Arbitrów<sup>2</sup>, Krajowej Izby Orzeczniczej<sup>3</sup> oraz sądów powszechnych<sup>4</sup> należy przyjąć, że przesłanką zasadności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania konkretnego zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. Rozwiązanie przyjęte w nowej ustawie przenosi do

<sup>2</sup> Por. np. wyrok z dnia 31 maja 2004 r., UZP/ZO/0-760/04 (niepubl.): "Przyjęcie, że unieważnienie przetargu dałoby Odwołującemu szansę uczestniczenia i wygrania nowego przetargu nie można uznać jako udowodnienie interesu prawnego. Interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania przetargowego, którego dotyczą środki odwoławcze. Nie można zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes prawny".

<sup>3</sup> Por. np. wyrok KIO z dnia 13 lutego 2009 r., sygn., KIO/UZP 141/09, gdzie Izba stwierdziła, iż: „Interes prawny ma charakter obiektywny w tym sensie, że o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, w którym interes prawny ma być realizowany. Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie - chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. W orzecznictwie arbitrażowym i w orzecznictwie sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia organu odwoławczego za utrwalaony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegający na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Organ uprawniony do rozpoznania środka ochrony prawnej jest obowiązany żądać od wnoszącego określony środek ochrony prawnej wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a w przypadku niewykazania tego interesu - sprawę oddalić".

<sup>4</sup> Por. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt. V Ca 165/03 (niepubl.); por. wyrok SO w Białymstoku z 31.03.2006 r., sygn. akt: II Ca 104/06; oraz wyrok SO w Warszawie z 21.03.2006 r., sygn. akt: V Ca 2402/05).

warstwy normatywnej sposób interpretowania poprzednio obowiązującej ustawy. W wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt. V Ca 165/03 (niepubl.) Sąd Okręgowy w Warszawie jednoznacznie stwierdził, iż *"interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania"*. Interes prawny ma przy tym charakter obiektywny i nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem faktycznym. O istnieniu lub nieistnieniu interesu prawnego musi mieć podstawę w konkretnej normie prawnej i nie może być ograniczona do subiektywnych „odczuć” czy „przekonań” podmiotu, który na interes się powołuje. Stąd też jeżeli interes prawny nie wyraża się w możliwości uzyskania zamówienia to należy przyjąć że podmiot powołujący się na ten interes w rzeczywistości się nim nie legitymuje. Warto również nadmienić, że interes prawny musi być udowodniony przez podmiot, który się nań powołuje, a nie tylko uprawdopodobniony<sup>5</sup>.

- 3) zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy (lub możliwością takiego uszczerbku) a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy.

O ile Protestujący wskazał - naruszone w jego mniemaniu przez Zamawiającego - przepisy ustawy, o tyle nie wykazał on, iż wskutek zaniechania wykluczenia Konsorcjum ADT i odrzucenia jego oferty powstanie dla Konsorcjum Ostrowski *uszczerbek w jego interesie prawnym przejawiający się w braku możliwości uzyskania zamówienia niniejszym Postępowaniu*. Tym bardziej nie jest możliwy przez Protestującego do wykazania związek przyczynowy pomiędzy uszczerbkiem w jego interesie prawnym (gdyż takiego interesu prawnego w sensie normatywnym Protestujący po prostu nie posiada) a naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż oferta Konsorcjum ADT uzyskała pod względem oceny trzecią pozycję (za ofertą Protestującego, która uzyskała drugą lokatę).

W związku z tym nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zamawiający dokonał oceny oferty Konsorcjum ADT pewnych uchybień formalnych to i tak nie mają one jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania i nie prowadzą do sytuacji wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 PZP). W związku z brakiem wykazania interesu prawnego przez Protestującego w zakresie zarzutów i żądań Protestu, o których mowa powyżej Protest powinien być oddalony.

Niezależnie od braku wykazania braku interesu prawnego należy również podkreślić, że zarzuty Protestującego wymierzone w ofertę Konsorcjum ADT są merytorycznie niezasadne.

Wszystkie zarzuty dotyczące domniemanych braków w wykazaniu przez Konsorcjum ADT wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia. Protestujący zdaje się nie zauważać, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7.10.2009 r. do złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 PZP wyjaśnień dotyczących warunków udziału w postępowaniu, Konsorcjum ADT udzieliło w

<sup>5</sup> Por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., sygn., KIO/UZP 117/09, por. również wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt: II Ca 327/05.

dniu 12.10.2009 r. w wyczerpujący sposób wszelkich wyjaśnień dot. posiadanej wiedzy i doświadczenia. Wyjaśnienia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające, gdyż Konsorcjum ADT nie było ponownie wzywane do składania jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający nie kwestionował także uprawnień Konsorcjum ADT do wykonywania usług ochrony.

Bezpodstawne jest zatem żądanie wykluczenia Konsorcjum ADT z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 PZP. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się jedynie wtedy, gdy wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP). Jednak przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy Zamawiający ma obowiązek wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wspomnianych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP<sup>6</sup>. Dopiero w przypadku nie potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie wystosowane do tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP, możliwe jest jego wykluczenie z tegoż postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP.

Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym Postępowaniu, gdyż *Konsorcjum ADT zostało wezwane do złożenia wyjaśnień trybie art. 26 ust. 4 PZP a nie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP.*

Nie znajduje również jakiegokolwiek obrony zarzut dotyczący przedstawienia przez Konsorcjum ADT wykazu sprzętu, bowiem sprzęt ten spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ a Protestujący w sposób wadliwy dokonał subsumpcji próbując zastosować przytoczone przez siebie normy prawne do okoliczności faktycznych niniejszego Postępowania, które nie odpowiadają hipotezom wskazanych norm.

W związku z powyższym także żądania odrzucenia oferty Konsorcjum ADT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 PZP nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia.

Zatem reasumując Konsorcjum ADT wnosi o oddalenie przez Zamawiającego zarzutów i nieuwzględnianie żądań Protestu polegających na: (1) wykluczeniu Konsorcjum ADT i (2) odrzuceniu jego oferty złożonej w niniejszym Postępowaniu.

#### **Ad. Żądanie nr 2**

Jak już wspomniano wyżej grupa zarzutów godząca w legalność wyboru oferty Konsorcjum Elektrotim jest zasadna merytorycznie i została prawidłowo podniesiona i sformułowana przez Konsorcjum Ostrowski.

Wspomniane zarzuty wraz z ich uzasadnieniem faktycznym oraz przytoczonymi przez Protestującego podstawami prawnymi zasługują na aprobatę ze strony Konsorcjum ADT. W przekonaniu Konsorcjum ADT Protestujący zasadnie podniósł, że oferta

<sup>6</sup> Por. wyrok KIO z dnia 9 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 400/08, gdzie Izba stwierdziła, że: *„Jednolicie i bezspornie rozróżniane jest przez doktrynę i orzecznictwo pojęcie oferty złożonej w postępowaniu od warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów składanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na ich potwierdzenie. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badanie i ocena ofert są odrębnymi czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musi zostać obligatoryjnie poprzedzona wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem, w ocenie Izby, prawidłowe jest działanie Zamawiającego, który w dniu 27 marca 2008 r. zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do "E." z żądaniem uzupełnienia brakujących informacji ze wskazaniem na braki zauważone w ofercie.”*

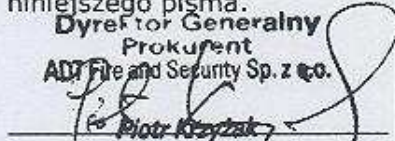
Konsorcjum Elektrotim podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 PZP oraz podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP. Protestujący również słusznie wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP oraz art. 91 ust. 1 PZP w związku z wyborem oferty Konsorcjum Elektrotim z naruszeniem ustawy.

W związku z tym Konsorcjum ADT wnosi o: (a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Elektrotim; (b) wykluczenia Konsorcjum Elektrotim z Postępowania i odrzucenie jego oferty; (c) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy; lub (d) unieważnienia Postępowania w przypadku, gdyby zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego okazało się niemożliwe.

W związku z powyższym Konsorcjum ADT wnosi jak na wstępie.

Na podstawie art. 27 ust. 2 Pzp, prosimy o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego pisma.

Dyrektor Generalny  
Prokurent  
ADT Fire and Security Sp. z o.o.

  
W imieniu Konsorcjum ADT



ADT Fire and Security Sp. z o.o.  
ul. Palisadowa 20/22  
01-940 WARSZAWA  
tel. 022 430 83 01, fax 022 430 83 02  
NIP 951-19-83-764, REGON 016380220

-3-

Załącznik:

1. Dowód przesłania faksem niniejszego przystąpienia do postępowania wysłany do lidera Konsorcjum Ostrowski pod numer faksu wskazany w Proteście.

myślano jeszcze o M. Ostrowski sp. j. (lices)  
o godzinie 17.15 dnia 16/11/2009

*Thane*



ADT Fire and Security Sp. z o.o.  
ul. Palisadowa 20/22  
01-940 WARSZAWA  
tel. 022 430 83 01, fax 022 430 83 02  
NIP 951-19-83-764, REGON 016380220