

Gdańsk, dnia 03.09.2009 r.

Komenda Wojewódzka Policji
w Gdańsku
Sekcja Zamówień Publicznych
Cp – 893/09

(znak sprawy 101/09)

.....
..... wg rozdzielnika
.....

dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne na dostawę wielopanelowego urządzenia jednorazowego użytku do wstępnego wykrywania w ślinie środków działających podobnie do alkoholu (narkotesty) dla KWP w Gdańsku

BZP NR 295120-2009 Z DNIA 27.08.2009 R

ZAMAWIAJĄCY – Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku informuje, że wpłynął pisemny protest od jednego z Wykonawców wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Zamawiający, zgodnie z art. 181 uPzp, wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu.

W załączeniu – kserokopia protestu.

**STARSZY SPECJALISTA
Sekcji Zamówień Publicznych
KWP w Gdańsku**

Monika Sarach

Wykonano w 1 egz. i przesłano faksem, oraz zamieszczono na stronie internetowej www.pomorska.policja.gov.pl

Gdańsk, dnia 02.09. 2009 r.

Zamawiający: Komenda Wojewódzka
Policji 80-819 Gdańsk ul.
Okopowa 15

Adres do Korespondencji:

KWP Gdańsk
Sekcja zamówień Publicznych ul.
Biskupia 23 Gdańsk 80-875

Protestujący: ESTEDERM Sp. z o.o.
ul. Czarny Dwór 14/7
80-365 Gdańsk Fax
058 512 52 46

**Dotyczy: Sprawa nr 101/09 - PRZETARG NIEOGRANICZONY
NA DOSTAWĘ WIELOPANELOWEGO URZĄDZENIA
JEDNORAZOWEGO UŻYTKU DO WSTĘPNEGO
WYKRYWANIA WSUNIE ŚRODKÓW DZIAŁAJĄCYCH
PODOBNIENIE DO ALKOHOLU (NARKOTESTY) DLA KWP W
GDAŃSKU**

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, późn. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej Ustawą albo Prawem zamówień publicznych, wnosimy protest na czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup 200 sztuk urządzeń jednorazowego użytku do wstępnego wykrywania w ślinie osób kierujących pojazdami środkami działającymi podobnie do alkoholu” (Sprawa nr 101/09).

«»Vfttfla*ē.e.viirli*„«„l„TM/-«>»jTl*„**

ESTEDERM Sp. z o.o.
80-365 Gdańsk, ul. Czarny Dwór 14/7
80-365 Gdańsk tel. 58-512 52 46
www.estederm.pl

①

hl

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotycząca przedmiotowego postępowania zawiera w swej treści niezgodne z prawem postanowienia, naruszające nasz interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

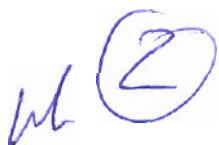
Niniejszym zarzucamy naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych przede wszystkim w art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia z rażącym naruszeniem przepisu art. 29 ust. 2 Ustawy.

W związku z przedstawionym powyżej zarzutem wnosimy o dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie z Załącznika nr 1 do SWIZ wymogu odnoszącego się do czasu przeprowadzania badania , który to wymóg obecnie brzmi: „ krótki czas oczekiwania na wynik badania ok. 5 minut".

UZASADNIENIE

Interes prawny Protestującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku poprzez uniemożliwienie złożenia ważnej oferty, nie podlegającej odrzuceniu, przez co Protestującemu przysługuje bezspeczne prawo do wniesienia protestu.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zredagowana w części obejmującej przedmiot zamówienia w sposób, który nie tyle utrudnia, lecz w zasadzie uniemożliwia uczciwą konkurencję, powodując, że jedynie urządzenia jednego producenta jest możliwy do zaoferowania - urządzenia serii Oratect® produkcji Branam Medical Corporation, którego wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest PBS Sp. z o.o.



Wykaz środków działających podobnie do alkoholu oraz warunki i sposób przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie ludzkim zawiera rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 11 czerwca 2003 roku w sprawie wykazu środków działających podobnie do alkoholu oraz warunki i sposób przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie (Dz. U. Nr 116 póź. 1104 z późn. zm.). Przywołane rozporządzenie wskazuje jednoznacznie w treści § 4 ust. 5, iż badanie na obecność środków działających podobnie do alkoholu może odbywać się jedynie przy pomocy urządzeń, które posiadają świadectwo dopuszczenia wydane przez Instytut Ekspertyz Sądowych im. prof. dr. Jana Sehna w Krakowie.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający wymaga, aby oferowane urządzenia wykrywały **wszystkie środki określone w treści § 2 przywołanego rozporządzenia**, urządzeniami spełniającymi ten wymóg, posiadającymi świadectwo dopuszczenia są:

- 1) urządzenie Oratect®I, Oratect®III i OratectPlus^{MT}_t którego producentem jest firma Branam Medical Corporation, a dystrybutorem w Polsce jest firma PBS Polska Sp. z o.o.,
- 2) urządzenie Dräger DrugTest®5000 Analizator, którego producentem jest firma Dräger Safety AG&Co. KGaA (dystrybutor w Polsce - firma Dräger Safety Polska Sp. z o.o.),
- 3) Urządzenie OralStat®, producenci AMERICAN BIO MEDICA CORPORATION i Mavand Solutions GmbH, którego dystrybutorem w Polsce był Protestujący, które to urządzenie nie jest już produkowane
- 4) urządzenie RapidStat®, którego producentem jest firma Mavand Solutions GmbH, a dystrybutorem w Polsce jest Protestujący.

Dowodem potwierdzającym powyższą konstatację jest pismo Instytutu Ekspertyz Sądowych z dnia 17 sierpnia 2009 r., w którym wskazano wszystkie urządzenia posiadające świadectwo dopuszczenia wraz z wyliczeniem rodzajów środków odurzających, do wykrywania których urządzenia mogą być stosowane. Z wymienionych urządzeń, OralStat® został już wycofany z produkcji i nie jest oferowany na rynku.

ul (3)

W literaturze dotyczącej dziedziny zamówień publicznych prezentowane jest zgodne twierdzenie, iż konieczność zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oznacza m.in. konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty. Chodzi tu zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu.¹

W omawianym przypadku mamy do czynienia z tzw. „pośrednią dyskryminacją lub uprzywilejowaniem *sensu stricto*”. Stykamy się z nią wtedy, gdy zamawiający wprawdzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zespołów Arbitrów zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowa kwestia prezentowana jest w identycznym świetle.² Brak podstaw do twierdzenia o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym nie musi on być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, wykonawca musi dostarczyć ten jeden konkretny produkt. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma zastosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Nie można więc mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich wykonawców lub zachowaniu zasady uczciwej konkurencji, jeżeli opis przedmiotu zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełniać, oferent

¹ Por. A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2006; str. 70 i nast, str. 144.

² por. m.in. wyrok KIO/UZP 984/08.



musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Podobne stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r.³, zwracając przy tym uwagę na fakt, iż art 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji, fakt eliminacji technologii stosownych przez innych producentów stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 Ustawy.⁴

Wartym przytoczenia jest także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r.⁵, w którym Sąd wyjaśnił, iż „zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Niedopuszczalnym jest, w naszej opinii, formułowanie m.in. wymogu przedstawionego w załączniku nr 1 do SWIZ a dotyczącego czasu badania

(„krótki czas oczekiwania na wynik badania ok. 5 minut”).

Urządzenia RapidStat® są wykorzystywane przez uprawnione do przeprowadzania badań służby (m.in. Żandarmeria Wojskowa oraz sama Policja) od kilku już lat. W całym okresie użytkowania oferowanych przez nas urządzeń nie mieliśmy do czynienia z jakimikolwiek uwagami dotyczącymi zbytniej długotrwałości uzyskiwania wyników badania - przeciwnie, podkreśla się sprawność urządzenia, które umożliwia wykonywanie badań podczas kontroli drogowych.

Spośród urządzeń, posiadających świadectwo dopuszczenia wydane przez Instytut Ekspertyz Sądowych, a także mogących wykrywać wszystkie substancje wymagane



¹ sygn. akt II Ca 693/5

⁴ tamże, str. 146.

przez Zamawiającego, jedynie urządzenia oferowane przez jednego producenta potencjalnie spełniają ten wymóg: urządzenia serii Oratect®.

Ocena Protestującego, iż spełnianie przedmiotowego wymogu jest jedynie potencjalne, opiera się na okoliczności, iż żadne z urządzeń, które posiadają świadectwo dopuszczenia, nie było badane na tę okoliczność - która jest bez znaczenia dla poprawności uzyskiwanych wyników i praktycznego wykorzystania urządzenia. Jedynym źródłem informacji o tym wskaźniku są deklaracje producentów urządzeń i oferujących je wykonawców.

Taka sytuacja, kiedy co prawda potencjalnie nie wskazuje się jedyne urządzenie, ale znacząco ogranicza krąg wykonawców, także stanowi naruszenie art 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Jest to tzw. „pośrednia dyskryminacja sensu /a/po”, która ma miejsce, gdy wymagania, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.⁶ Dlatego opis przedmiotu zamówienia publicznego następuje z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jeżeli zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione jego potrzebami. Jak podkreśla się w piśmiennictwie, Zamawiający musi skutecznie wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.⁷

Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że przywoływane wyżej rozporządzenie Ministra Zdrowia dotyczy kontroli wykonywanej m.in. przez Policję. Jednoznacznym jest iż w opinii prawodawcy każde urządzenie posiadające świadectwo dopuszczenia wydane przez Instytut Ekspertyz Sądowych może być z powodzeniem wykorzystywane do badań, jakie wykonuje w zakresie swoich obowiązków m.in. Policja.

⁶ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego, Wydanie III, Warszawa str. 148

¹ Analiza wyroków [...]; str. 146,

ESTEDERM SP. z o.o.
ul. Chałubińskiego 10, 01-644 Warszawa
tel. 22 646 40 00, fax 22 646 40 01
e-mail: biuro@estederm.pl

2007;

W żadnym miejscu w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znajdujemy zapisów, świadczących o tym, iż nabywane urządzenia miałyby służyć do przeprowadzania badań w „szczególnych warunkach” w porównaniu z warunkami, do których odnosi się omawiane rozporządzenie, gdzie czas badania byłby na tyle istotny, aby sankcjonować, wygórowane w opinii Protestującego, oczekiwane parametry oferowanych urządzeń. Warto w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, o ile na wykonawcy spoczywa obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, o tyle dowód, że do takiego utrudnienia nie dochodzi ciąży na Zamawiającym.⁸

Ponadto w sytuacji, gdy wszyscy potencjalni wykonawcy posiadają wiedzę o tym jakie urządzenia otrzymały Świadcstwo Dopuszczenia na wszystkie wymienione w SWIZ (zał nr 1) substancje i, że tylko urządzenia jednej firmy potencjalnie spełniają wymóg czasu oczekiwania na wynik badania ograniczony do 5 minut, to w takiej sytuacji proces przetargowy przestaje być konkurencyjny a przedstawiciel producenta jedynej firmy spełniającej w/w wymóg znajduje się w wygodnej pozycji monopolisty. Może on wówczas zaoferować wygórowaną cenę, wiedząc, że tylko urządzenia oferowane przez niego spełniają w/w kryterium wyboru.

Ponadto wskazanie „czasu uzyskania wyniku badania „, jako jednego z kryteriów oceny ofert mogłoby wskazywać, iż Zamawiający przykładą wagę do tej charakterystyki oferowanych urządzeń i godzi się zapłacić relatywnie wyższą cenę, za urządzenie, które działa szybciej. Takie działanie zasługiwałoby na uznanie wtedy, gdy zamawiający dokonywałby weryfikacji czasu uzyskania wyniku badania. Niestety, z zapisów Specyfikacji wynika, że przy ocenie w zakresie tego kryterium, Zamawiający opierać się będzie jedynie na deklaracjach wykonawców zawartych w treści złożonych ofert.

7

W ocenie Protestującego redakcja opisu przedmiotu zamówienia zawierającego się w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w jednoznaczny sposób preferuje urządzenie Oratec. Wymogi dotyczące charakterystyki oferowanego urządzenia nie pozwalają złożyć oferty ani firmie Drager Safety Polska Sp. z o.o. (dystrybutor urządzenia Drager DrugTest®5000 Analizator), ani też firmie Estederm Sp. z o.o. (dystrybutor urządzenia RapidStat®). W świetle przywołanych dowodów nie ma innych podmiotów, które mogłyby potencjalnie złożyć ofertę w postępowaniu.

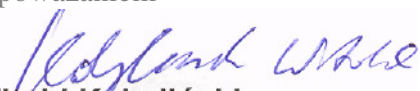
Co więcej, Protestujący uznaje za udowodnione, iż zawężone wymagania Zamawiającego są niczym nieuzasadnione, a ich celem jest jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji.

W świetle przedstawionych powyżej okoliczności żądanie protestu jest w pełni uzasadnione.

Załączniki:

- kopia pisma Instytutu Ekspertyz Sądowych,
- zdjęcia obrazujące wymienione w treści protestu urządzenia,
kopia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego.

Z poważaniem


Witold Kobyliński



Sz, Pan
Witold Piekarski
Estederm Sp. z o.o.
80-365 Gdańsk
Czarny Dwór 14/7

Witold Kobyliński
Witold Kobyliński
ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Kraków, dnia 17.08,2009 r.

W odpowiedzi na pismo nadesłane pocztą elektroniczną uprzejmie informuję, że w wyniku badań testowych urządzeń, przeprowadzonych na podstawie § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia II czerwca 2003 roku stwierdzono, że wymienione niżej urządzenia mogą być wykorzystywane do wstępnego wykazania obecności w ślinie osób kierujących pojazdami związków z grup wyszczególnionych przy poszczególnych urządzeniach:

1. Zestaw COZART RapiScan 5-Panel (THC) producent Cozart Bioscience Ltd, którego dystrybutorem w Polsce jest firma AGTES Sp, z o.o. (ul. Łowcza 22, 02-955 Warszawa) może być stosowany do wykrywania amfetamin (z wyłączeniem MDMA), opiatów i benzodiazepin.
2. Urządzenia DRUGWIPE 5 i DRUGWIPE® II, producent SECURETEC GmbH, których dystrybutorem w Polsce jest firma TRANSCOM INTERNATIONAL S.C, (ul. A. Krajowej 2, 48-370 Paczków) mogą być stosowane do wykrywania amfetamin, opiatów i kokainy (DRUGWIPE® 5) oraz benzodiazepin (DRUGWIPE® 11).
3. Urządzenie Multi-Drag One Step Multi-Line Screen Test Device (Oral Fluid), producent ACON LABORATORIES, INC, którego dystrybutorem w Polsce jest firma OMEGA REX SJ. (ul. Instalatorów 9, 02-237 Warszawa) może być stosowane do wykrywania
4. Urządzenie SmartClip Multidrug, producent ENVITEC-WISMAR GmbH, dystrybutor w Polsce TECHTRON1C Sp. z o.o. (ul. Stryjska 24, 81-506 Gdynia) może być stosowane do wykrywania **amfetamin** (w tym MDMA), opiatów i kokainy,
5. Urządzenie OralStat®, producenci AMERICAN BIO MEDICA CORPORATION i Mavand Solutions GmbH, którego dystrybutorem w Polsce jest firma, ESTEDERM Sp. z o.o. (ul. Czarnowskiego 1B/I4, 80-385 Gdańsk) może być stosowane do wykrywania amfetamin (w tym MDMA), opiatów, kokainy, kannabinoli i benzodiazepin.

6. Urządzenie Drugdetct saliva 6, którego producentem jest firma PROFOS AG (Josef-Engert-Str. 9, 93053 Regensburg, Niemcy) może być stosowane do wykrywania amfetaminy, opiatów i kokainy.
7. Urządzenie DRUGLAB® Oral fluid 6, którego producentem jest firma DIPRO med Handel GMBH Austria, a dystrybutorem w Polsce jest firma PROPLASMA Sp. z o.o. (ul. Ludwinowska 17 k, 02-856 Warszawa) może być stosowane do wykrywania amfetamin (w tym MDMA), opiatów i kokainy.
8. Urządzenie Rapid Stat, którego producentem jest firma Mavand Solutions GmbH, a dystrybutorem w Polsce jest firma ESTEDERM Sp. z o.o. (ul. Wika Czarnowskiego 13/14, 80-385 Gdańsk, tel. 0603610900, e-mail: witold@xant.biz;) może być stosowane do wykrywania amfetamin (w tym MDMA), **opiatów**, kokainy, kannabinoli i **benzodiazepin**.
9. Urządzenie Oratect®II, Oratect®III i OratectPlus^{MT}, którego producentem jest firma Branan Medical Corporation, a dystrybutorem w Polsce jest firma PBS Polska Sp. z o.o. (ul. Grochowska 278 lok. 403, 03-841 Warszawa) może być stosowane do wykrywania amfetamin (w tym MDMA), **opiatów**, **kokainy**, kannabinoli i **benzodiazepin**.
10. Urządzenie iScreen Oral Fluid **Devicc**, którego producentem jest firma Instant Technologies, Inc., a dystrybutorem w Polsce jest firma TOP-MED Sp. z o.o. (ul. Myszkowska 58 42-310 Żarki) może być stosowane do wykrywania **amfetamin** (w tym MDMA), **opiatów** i kokainy.
11. Urządzenia DRUGWIPE® 5+ firmy SECURETEC Detcktions Systeme AG (dystrybutor w Polsce - firma TRANSCOM .INTERNATIONAL sp.j (ul. A. Krajowej 2, 48-370 Paczków) mogą być stosowane do wykrywania **amfetamin**, opiatów, kannabinoli i kokainy.
12. Urządzenie Drager DrugTest 5000 Analizator, którego producentem jest firma Drager Safety AG&Co. KGaA (dystrybutor w Polsce - firma Drager Safety Polska sp. z o.o.) może być stosowane do wykrywania amfetamin (w tym MDMA), opiatów, kokainy, kannabinoli i benzodiazepin.

Należy dodać, że każdy wynik pozytywny uzyskany za pomocą narkotestów musi być potwierdzony inną, bardziej specyficzną metodą, np. metodą instrumentalną, którą stosuje się w warunkach laboratoryjnych. Wyniki dodatnie uzyskane za pomocą narkotestów są zatem wstępnie dodatnie.