

Sygn. akt: KIO 784/18

Wyrok

z dnia 10 maja 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) GEOMAR S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider konsorcjum)**, ul. Aleja Piastów 30, 71-064 Szczecin, **2) Geokart- International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie**, **3) GEOREAL spol. s.r.o. z siedzibą w Pilźnie**, **4) GeoFly GmbH z siedzibą w Magdeburgu**,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Związek Powiatów Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Żninie**, ul. Potockiego 1, 88-400 Żnin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (lider konsorcjum)**, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, **2) GISPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**, **3) OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) GEOMAR S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider konsorcjum)**, **2) Geokart- International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie**, **3) GEOREAL spol. s.r.o. z siedzibą w Pilźnie**, **4) GeoFly GmbH z siedzibą w Magdeburgu**

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) GEOMAR S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider konsorcjum), 2) Geokart- International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 3) GEOREAL spol. s.r.o. z siedzibą w Pilźnie, 4) GeoFly GmbH z siedzibą w Magdeburgu**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Związek Powiatów Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Żninie [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą: *Wykonanie zdjęć lotniczych i ortofotomapy dla województwa kujawsko-pomorskiego* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 stycznia 2018 roku pod numerem 2018/S 006-009278. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2018 roku Zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: 1) GEOMAR S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider konsorcjum), 2) Geokart- International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 3) GEOREAL spol. s.r.o. z siedzibą w Pilźnie, 4) GeoFly GmbH z siedzibą w Magdeburgu informację o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W dniu 23 kwietnia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) GEOMAR S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider konsorcjum), 2) Geokart- International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 3) GEOREAL spol. s.r.o. z siedzibą w Pilźnie, 4) GeoFly GmbH z siedzibą w Magdeburgu [zwani dalej łącznie: „Odwołującym”] wnieśli odwołanie – w formie pisemnej - od czynności dokonanej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 22 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 22b w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126)

przez wymaganie w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, wykazania dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania w sytuacji, gdy dokumenty te nie mieszczą się w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o błędnie określone warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp przez przyjęcie, że Odwołujący nie posiada zdolności technicznych, sprzętowych i ludzkich do faktycznego wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych w wymaganych w SIWZ dokumentach ofertowych skutkujące uznaniem, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i jego wykluczeniem,
5. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego wobec bezpodstawnego przyjęcia, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- przyznanie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jako powód wykluczenia wskazał na brak aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego stopnia I umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych, którym nadano klauzulę "tajne". Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia podstawy prawnej i przyczyn wykluczenia

Odwołującego istotny jest przede wszystkim ust. 2a punktu VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający wskazał, że wykonawca w celu spełnienia warunków określonych w pkt 1a (czyli posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów) musi posiadać zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli "tajne", tj. posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, o którym mowa w art. 54 ust. 1-6 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych oraz aktualną akredytację systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych. Zamawiający przy tym zaznaczył, że na obszarze województwa kujawsko-pomorskiego występują tereny zamknięte, o których informacje objęte są klauzulami tajności. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek w zakresie informacji o klauzuli "tajne" musi spełnić ten z wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego świadectwa i akredytacji.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający precyzując warunki udziału w postępowaniu związany jest przepisami ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Następnie wskazał, że Zamawiający uznał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek legitymowania się przez wykonawcę świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego oraz aktualną akredytacją systemu teleinformatycznego przeznaczoną do przetwarzania informacji niejawnych jako warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zdaniem Odwołującego tak dookreślony warunek udziału w postępowaniu jest sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności z art. 22 ust. 1b pkt 1, art. 22b, art. 25 ust. 1 tej ustawy oraz Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący powołał się przy tym na treść § 2 ust. 1 ww. Rozporządzenia i stwierdził, iż w katalogu dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1 nie mieszczą się dokumenty w postaci świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i aktualnej akredytacji systemu teleinformatycznego. Odwołujący podkreślił, że pod pojęciem uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej nie mieszczą się dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy oraz powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2015 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 172/15.

Odwołujący zauważył, iż dokumenty w postaci świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i aktualnej akredytacji systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych nie są dokumentami, które mogą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. W jego ocenie warunek posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej ma charakter podmiotowy, a dokumenty w postaci świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i aktualnej akredytacji systemu teleinformatycznego, których podstawą prawną żądania przez Zamawiającego jest § 4 ww. Rozporządzenia, dotyczą aspektów przedmiotowych. Nie odnoszą się one do samej możliwości wykonywania określonej działalności zawodowej, w tym przypadku geodezyjnej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał niezgodnej z prawem czynności wykluczenia go z postępowania podczas, gdy spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nie zostało przedstawione aktualne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego stopnia I umożliwiające dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych, którym nadano klauzulę "tajne", jak też ze stwierdzeniem, że nie przedstawiono stosownych informacji o posiadanych zdolnościach technicznych, sprzętowych i ludzkich do faktycznego wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych w wymaganych dokumentach ofertowych. Wyjaśnił, że przedłożył Zamawiającemu stosowne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia o klauzuli "tajne" oraz aktualną akredytację systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych posiadane przez jednego z członków Konsorcjum - firmę Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie. Odwołujący podał również, że wyjaśnił Zamawiającemu szczegółowo sposób w jaki zamierza realizować zamówienie, podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum oraz sposób przetwarzania informacji niejawnych w związku z posiadaniem przez Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego. Odwołujący podnosił, iż szczegółowo przedstawił Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2018 roku, iż to firma Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie, wchodząca w skład Konsorcjum Odwołującego, posiadająca świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia o klauzuli "tajne" oraz aktualną akredytację systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych, będzie wykonywała zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, o których informacje objęte są klauzulami tajności, przy czym czynności związane z kierowaniem/sterowaniem statkiem powietrznym bez obsługi kamery cyfrowej, tj. urządzenia przetwarzającego dane, będą wykonywane przez innych członków konsorcjum

(GEOREAL spol. s.r.o., GeoFly GmbH), którzy nie posiadają tych dokumentów. Odwołujący wskazał, że obowiązujące przepisy prawa nie nakładają obowiązku posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia o klauzuli "tajne" oraz aktualnej akredytacji systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych przez wszystkich uczestników konsorcjum wykonujących zamówienie, w ramach którego realizowane są również prace fotolotnicze. W szczególności nie nakładają obowiązku posiadania w/w świadectwa na tych wykonawców, którzy będą wykonywać czynności związane z kierowaniem/sterowaniem statkiem powietrznym bez obsługi kamery cyfrowej, tj. urządzenia przetwarzającego dane. Stwierdził jednak, że obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia o klauzuli "tajne" jest nałożony na podmiot - wykonawcę wykonującego bezpośrednio czynności związane z procesem fotografowania, posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych - zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Zdaniem Odwołującego, wynika to również z § 4 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym w przypadku zamówień publicznych, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Następnie Odwołujący wyjaśniał, że Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie posiada również własne zaplecze techniczne w postaci m.in. nośników danych (macierz dyskowa) kamery cyfrowej, którą wykonywane będą zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, stację roboczą stanowiącą element akredytowanego systemu teleinformatycznego wraz z oprogramowaniem do zgrywania i przetwarzania surowych zdjęć lotniczych oraz operatora kamery cyfrowej posiadającego aktualne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” wraz z zaświadczeniem o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych. Podkreślił, iż zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych zostaną wykonane i przetworzone do postaci jawnej przez tego wykonawcę - członka Konsorcjum, który posiada wymagane dokumenty, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz Instrukcją Bezpieczeństwa. Odwołujący wskazywał, iż zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych zostaną wykonane przez operatora kamery cyfrowej, będącego pracownikiem Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie, a dane zostaną zapisane na wcześniej zaplombowanej macierzy dyskowej będącą własnością tego wykonawcy,

a następnie przetransportowane do kancelarii tajnej i przetworzone do postaci jawnej na sprzęcie stanowiącym część akredytowanego systemu teleinformatycznego tego wykonawcy. Całość prac będzie nadzorowana przez Pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie. Tym samym, zdaniem Odwoływającego, informacje niejawne będą należycie i zgodnie z obowiązującym prawem chronione w całym procesie ich przetwarzania począwszy od rejestracji, a skończywszy na przetworzeniu do postaci jawnej, przez wykonawcę posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych.

W dalszej kolejności Odwoływający wskazywał, iż wbrew stanowisku Zamawiającego, z obowiązujących przepisów prawa, w tym powołanych przez Zamawiającego przepisów: art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych oraz § 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 roku w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, nie wynika, że obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dotyczy także tych wykonawców - uczestników Konsorcjum - którzy będą wykonywać prace fotolotnicze, tj. GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH. Stwierdził, że prace jakie będą wykonywać GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH nie będą dotyczyły wykonywania zdjęć oraz przetwarzania i wykorzystania informacji niejawnych, albowiem wykonując czynności w postaci kierowania/sterowania statkiem powietrznym bez obsługi kamery cyfrowej, tj. urządzenia przetwarzającego dane, firmy te nie będą miały dostępu do materiałów geodezyjnych i kartograficznych utrwalonych w dowolnej postaci i formie, w tym na informatycznym nośniku danych, zawierających informacje o obiektach położonych na terenach zamkniętych, jeżeli informacjom o tych obiektach nadano klauzulę tajności. W związku z tym – w ocenie Odwoływającego - do tych wykonawców - członków Konsorcjum nie odnoszą się przepisy § 2 i 3 powołanego powyżej Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji. W związku z realizacją zamówienia członkowie Konsorcjum - GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH - nie będą miały dostępu do informacji niejawnych, o którym mowa w art. 54 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, a zatem nie aktualizuje się w stosunku do nich obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z art. 54 ust. 2 tej ustawy.

Odwoływający, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż wyjaśnienia Odwoływającego co do okoliczności, że zdjęcia zostaną wykonane przez operatora kamery, będącego pracownikiem spółki Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie, nie mają potwierdzenia w złożonych dokumentach, w tym w załączniku nr 3 - *Wykaz osób*, w którym żadnej z osób w rubryce „*przewidywana funkcja*” nie przypisano zadania – operator kamery, stwierdził, że wprawdzie w załączniku nr 3 do specyfikacji jest rubryka „*przewidywana funkcja*”,

ale takie funkcje nie zostały określone w samej SIWZ. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie może stawiać zarzutu, że nie przypisano konkretnej osobie funkcji operatora kamery, skoro sam takich funkcji nie wyodrębnił w warunkach zamówienia, przy czym jednocześnie zostało to doprecyzowane przez wykonawcę na etapie udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego.

Odnośnie stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w piśmie z dnia 11 kwietnia 2018 roku, że nie przedstawiono stosownych informacji o posiadanych zdolnościach technicznych, sprzętowych i ludzkich do faktycznego wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych w wymaganych w SIWZ dokumentach ofertowych, Odwołujący podnosił, że przekazał Zamawiającemu wszystkie wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumenty, oświadczenia i wykazy, w tym o posiadanych zdolnościach technicznych, sprzętowych i ludzkich. Natomiast sam Zamawiający nie wskazał, który z tych elementów nie został wykazany. Odwołujący podał, że Zamawiający konkretnie odniósł się do brakującego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego stopnia I, umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „tajne”, które zdaniem Odwołującego nie odnosi się do zdolności "technicznych, sprzętowych i ludzkich", przez co ten fragment uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania jest oderwany zarówno od złożonej oferty, jak i pozostałej treści pisma z dnia 11 kwietnia 2018 roku. Zamawiający nie wyjaśnił co miał na myśli stwierdzając, że nie przedstawiono stosownych informacji o posiadanych zdolnościach technicznych, sprzętowych i ludzkich do faktycznego wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych w wymaganych w SIWZ dokumentach ofertowych. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp - według Odwołującego – jest uzasadniony.

Odwołujący wskazał ponadto, że bezpodstawne wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia skutkuje naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający naruszył zasadę ogólną wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującą Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W dniu 24 kwietnia 2018 roku Zamawiający przekazał pozostałym uczestnikom postępowania informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 26 kwietnia 2018 roku – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (lider konsorcjum), 2) GISPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, 3) OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, [zwanych dalej łącznie: „Przystępującym”], przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz przedstawili dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (lider konsorcjum), 2) GISPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, 3) OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

Przystępujący w dniu 7 maja 2018 roku przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 maja 2018 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Odwołującym, w tym wyjaśnień Odwołującego z dnia

9.03.2018 r. oraz 16.03.2018 r., zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty z dnia 11.04.2018 r., pisma Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z dnia 8.03.2018 r., pisma Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego Delegatury w Gdańsku z dnia 10.04.2018 r.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie i w piśmie Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 maja 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest *Wykonanie zdjęć lotniczych i ortofotomapy dla województwa kujawsko-pomorskiego*.

W Rozdziale VIII SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu* w pkt 1 Zamawiający podał, że: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

- a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,*
- b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,*
- c) zdolności technicznej lub zawodowej.”*

Z kolei w pkt 2 lit. a) Rozdziału VIII SIWZ Zamawiający wskazał, iż: *„Wykonawca w celu spełnienia warunków określonych w pkt 1a...”* (czyli kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej), *„...musi:*

a) posiadać zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli "tajne" tj. posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, o którym mowa w art. 54 ust. 1 - 6 ustawy z dnia

5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1167 z późn. zm.) oraz aktualną akredytację systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych.

Na obszarze województwa kujawsko-pomorskiego występują tereny zamknięte, o których informacje objęte są klauzulami tajności: zastrzeżone - Z, poufne Pf, tajne - T.

(w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek w zakresie informacji o klauzuli "tajne" musi spełnić ten z Wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego świadectwa i akredytacji)."

Analogicznie warunek udziału w postępowaniu w postaci zdolności do prowadzenia działalności zawodowej został opisany w Sekcji III pkt III.1.1) Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10 stycznia 2018 r.

Z Rozdziału X pkt 3 lit. a) wynika, że: *„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy*

a) aktualnego Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych którym nadano klauzulę „Tajne”, w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą jednoosobowo i osobiście – poświadczenia bezpieczeństwa oraz akredytacji systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „tajne”.

Jednocześnie należy dodać, że Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego stanowi załącznik nr 3 do projektu umowy. Z pkt 3 ww. Instrukcji wynika, że: *„czynności, o których mowa w pkt 2.1 i 2.2...”* (tj. wykonywanie fotogrametrycznych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych oraz przetwarzanie tych zdjęć do postaci jawnej) *„...może wykonywać wyłącznie Wykonawca posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne”.* Natomiast w pkt 10 tejże Instrukcji określono, iż: *„Pełnomocnik Wykonawcy obowiązany jest do sprawdzenia przed każdym startem i po każdym lądowaniu samolotu na lotnisku, czy na pokładzie nie ma zainstalowanych innych urządzeń zdolnych do rejestracji obrazu niż przeznaczona do tego celu kamera cyfrowa”.*

W ramach przedmiotowego postępowania ofertę złożył m.in. Odwołujący. Oferta ta została najwyżej oceniona na podstawie przyjętych kryteriów, wobec czego pismem z dnia 23 lutego 2018 roku Zamawiający wezwał Odwołującego - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wymaganych dokumentów, w tym do złożenia aktualnego świadectwa

bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia oraz akredytacji systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. W dniu 5 marca 2018 roku Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył m.in. świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia oraz świadectwo akredytacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego wydane dla Geokart International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

W dniu 8 marca 2018 roku Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących podziału obowiązków w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że: *„Z treści złożonej oferty nie wynika jaką rolę będą pełnić poszczególni członkowie konsorcjum (...) Powyższe jest niezbędne w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt VIII SIWZ zwłaszcza informacji niejawnych.”*

Odpowiadając na powyższe wezwanie – pismem z dnia 9 marca 2018 roku – Odwołujący wyjaśnił m.in., że Geokart International Sp. z o.o. będzie odpowiedzialna za wszelkie sprawy związane z informacjami niejawnymi, a spółki GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH za zdjęcia lotnicze.

W związku z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego Zamawiający – pismem z dnia 13 marca 2018 roku – wezwał go – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów, w tym dokumentów w postaci aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych którym nadano klauzulę „Tajne” wskazując, iż *zgodnie z obowiązującymi przepisami obowiązek posiadania ww. świadectwa dotyczy także tych wykonawców – uczestników konsorcjum, którzy wykonują prace fotolotnicze (zdjęcia lotnicze).*

W dniu 16 marca 2018 roku Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia w tym zakresie podnosząc m.in., iż świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia posiada uczestnik Konsorcjum – firma Geokart-International Sp. z o.o. - i to on będzie wykonywał zdjęcia lotnicze dla terenów zamkniętych. Stwierdził, że obowiązujące przepisy prawa nie nakładają obowiązku posiadania ww. świadectwa przez wszystkich uczestników Konsorcjum wykonujących prace fotolotnicze, w szczególności nie nakładają obowiązku posiadania ww. świadectwa na tych wykonawców, którzy będą wykonywać czynności związane z kierowaniem/sterowaniem statkiem powietrznym bez obsługi kamery cyfrowej, tj. urządzenia przetwarzającego dane. W ocenie Odwołującego obowiązek posiadania ww. świadectwa jest nałożony na wykonawcę wykonującego bezpośrednio czynności związane z procesem fotografowania, rozumianego jako przetwarzanie informacji (art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych). Dalej Odwołujący wyjaśniał proces wykonywania

i przetwarzania do postaci jawnej zdjęć lotniczych terenów zamkniętych oraz, że odpowiedzialna za ten proces będzie wyłącznie firma Geokart-International Sp. z o.o., przy czym zdjęcia lotnicze będzie wykonywał operator kamery cyfrowej, będący pracownikiem Geokart-International Sp. z o.o. Tym samym Odwołujący uznał, że nie ma podstaw do żądania dodatkowych dokumentów w postaci aktualnego świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia dla pozostałych wykonawców – członków Konsorcjum, którzy nie będą wykonywać bezpośrednich czynności związanych z procesem fotografowania (wykonywania zdjęć).

W dniu 11 kwietnia 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznaniu za odrzuconą jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż *„powodem wykluczenia jest brak aktualnego Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych którym nadano klauzulę „Tajne”(...)”*. Zamawiający wskazał, że *„zgodnie z obowiązującymi przepisami obowiązek posiadania w/w świadectwa dotyczy także tych wykonawców – uczestników konsorcjum, którzy wykonują prace fotolotnicze tj. firmy GEOREAL spol. s.r.o., i GeoFly GmbH. Jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym w pkt 2a) części VIII SIWZ było posiadanie w/w świadectwa. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, jednak w wyznaczonym terminie nie zostały one uzupełnione (...)”*.

Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarzuty określone w pkt 2 i 3 odwołania, tj. odpowiednio zarzut naruszenia:

2) **art. 22 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 22b w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126)** przez wymaganie w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, wykazania dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania, w sytuacji, gdy dokumenty te nie mieszczą się w zakresie kompetencji tub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej

oraz

3) **art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu**

o udzielenie zamówienia przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o błędnie określone warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

- zostały podniesione z przekroczeniem ustawowego terminu, a zatem są spóźnione.

*Stosownie bowiem do art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp **Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.***

*Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp **Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.***

Ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, dlatego też odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Wbrew stanowisku Odwołującego, Izba uznała, że Odwołujący podnosząc ww. zarzuty w istocie kwestionował warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Rozdziale VIII pkt 2 lit. a) SIWZ (w tym wymóg posiadania przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz aktualnej akredytacji systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych), a nie samą czynność wykluczenia go z postępowania. Tak sformułowane zarzuty powinny zostać podniesione – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ). Niezaskarżone w terminie postanowienia SIWZ wiążą Zamawiającego i Wykonawców. Tym samym, na obecnym etapie postępowania spóźnione jest formułowanie zarzutów odnośnie błędnie opisanych warunków udziału w postępowaniu.

Kolejny zarzut to **zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp** przez przyjęcie, że Odwołujący nie posiada zdolności technicznych, sprzętowych i ludzkich do faktycznego wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych w wymaganych w SIWZ dokumentach ofertowych skutkujące uznaniem, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i jego wykluczeniem.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Z kolei przepis art. 22 ust. 1b ustawy Pzp stanowi, iż: *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.*

Niewątpliwie, jednym z warunków udziału w postępowaniu (nie zaskarżonym w ustawowym terminie) było posiadanie zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne” i legitymowanie się posiadaniem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, a także aktualnej akredytacji systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych. Zgodnie z postanowieniami SIWZ – w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia – warunek w tym zakresie powinni spełniać ci z wykonawców, którzy będą wykonywać czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego świadectwa i akredytacji.

Za Zamawiającym należy wskazać, iż bezpieczeństwo przemysłowe to wszelkie działania związane z zapewnieniem ochrony informacji niejawnych udostępnianych przedsiębiorcy w związku z umową lub zadaniem wykonywanym na podstawie przepisów prawa. Przedmiotem bezpieczeństwa przemysłowego są informacje niejawne o różnych klauzulach, łącznie z systemem organizacyjno-technicznym ich ochrony. Natomiast podmiotami są przedsiębiorcy zamierzający uzyskać dostęp do informacji niejawnych w związku z realizacją umów lub zadań wynikających z przepisów prawa oraz jednostki organizacyjne zlecające ich wykonanie (jednostki zlecające).

Zgodnie z art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych [tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 412, ze zm.]:

- 1. Warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, zwanych dalej „umowami”, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych.*
- 2. Dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zwane dalej „świadectwem”, wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.*

Z kolei z Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, stanowiącej załącznik nr 3 do projektu umowy, wynika, że czynności polegające na wykonywaniu fotogrametrycznych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych, o których mowa w § 2 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 roku w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych podlegających ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 299, poz. 1772) oraz przetwarzaniu do postaci jawnej tych zdjęć w celu wykonania cyfrowej ortofotomapy może wykonywać wyłącznie wykonawca posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Powołany w Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego § 2 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 roku w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych podlegających ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 299, poz. 1772) stanowi, iż: *Przepisy rozporządzenia stosuje się do materiałów geodezyjnych i kartograficznych utrwalonych w dowolnej postaci i formie, w tym na informatycznym nośniku danych, zawierających informacje o obiektach położonych na terenach zamkniętych, jeżeli informacjom o tych obiektach nadano klauzulę tajności.*

Nie było sporne, iż tylko jedna ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum Odwołującego, tj. spółka Geokart-International Sp. z o.o., legitymuje się wymaganymi dokumentami (w tym świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego stopnia I).

Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania wynikało, że za wykonywanie zdjęć lotniczych terenów zamkniętych i za ich przetwarzanie do postaci jawnej będzie odpowiedzialna spółka Geokart-International Sp. z o.o. Natomiast za przeprowadzenie lotów miały odpowiadać spółki GEOREAL spol. s.r.o. oraz GeoFly GmbH. Taki podział obowiązków między konsorcjantami wynika z wyjaśnień Odwołującego z dnia 16 marca 2018 roku, przy czym należy zwrócić również uwagę na sprzeczność tych wyjaśnień z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 9 marca 2018 roku, w których Odwołujący wskazał, że spółki: GEOREAL spol. s.r.o. oraz GeoFly GmbH będą odpowiedzialne za zdjęcia lotnicze.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego, iż podmiotów odpowiedzialnych za prace fotolotnicze (odpowiedzialnych za loty), tj. GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH nie obejmuje obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego zgodnie z obowiązującymi przepisami, gdyż prace jakie będą one wykonywać nie będą dotyczyły wykonywania zdjęć, przetwarzania i wykorzystywania informacji niejawnych. Odwołujący podnosił, że wykonując czynności w postaci kierowania/sterowania statkiem powietrznym bez obsługi kamery cyfrowej, tj. urządzenia przetwarzającego dane, podmioty te nie będą miały dostępu do materiałów geodezyjnych

i kartograficznych, zawierających informacje o obiektach położonych na terenach zamkniętych.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że sam Odwołujący w pierwotnych wyjaśnieniach z dnia 9 marca 2018 roku wprost wskazał, że za prace w zakresie zdjęć lotniczych odpowiedzialne będą firmy GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH. Dopiero w następnych wyjaśnieniach (z dnia 16 marca 2018 roku), złożonych już po wezwaniu go przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów o świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego stopnia I dla spółek GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH przedstawił odmienną koncepcję co do podziału zakresu prac między poszczególnych członków konsorcjum wskazując, iż zdjęcia lotnicze dla terenów zamkniętych, o których informacje są objęte klauzulami tajności będzie wykonywał jedynie wykonawca – członek Konsorcjum Geokart-International Sp. z o.o., posiadający wymagane świadectwo bezpieczeństwa, natomiast członkowie konsorcjum - GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH będą wykonywać prace fotolotnicze, polegające wyłącznie na sterowaniu samolotem bez obsługi kamery cyfrowej. Rozbieżność w wyjaśnieniach składanych przez Odwołującego na etapie postępowania budzi poważne wątpliwości.

Niezależnie od powyższego Izba uznała za zasadną argumentację Zamawiającego i Przystępującego, popartą stanowiskiem Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (wyrażonym w piśmie z dnia 8 marca 2018 roku), iż obowiązek posiadania odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dotyczy także tych wykonawców – uczestników Konsorcjum, którzy wykonują prace fotolotnicze. Oczywiście rację ma Odwołujący twierdząc, iż opinia Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii nie jest wiążąca.

Nie ulega wątpliwości, że wykonywanie zobrazowań lotniczych i ortofotomapy dla obszaru województwa kujawsko-pomorskiego jest pracą geodezyjną, która wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” i niższej. W ocenie Izby wykonawcy - GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH będą wykonywać prace fotolotnicze mające związek z dostępem do informacji niejawnych i tym samym muszą legitymować się zdolnością do ochrony tych informacji – zgodnie z wymaganiami wynikającymi z postanowień SIWZ i przepisów prawa.

Ponadto, słuszne wydaje się stanowisko wyrażone przez Przystępującego, iż wykonanie zdjęć lotniczych to praca wspólna pilota i operatora kamery. Należy też zauważyć, że zarówno pilot, jak i operator kamery, wykonując wspólnie lot będą posiadali wiedzę o położeniu terenów zamkniętych. Zauważyć również należy, co wskazywał Przystępujący, iż pkt 14 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego (stanowiącej załącznik nr 3

do projektu umowy) opisujący procedurę awaryjnego lądowania samolotu, wskazuje, że to personel samolotu (a więc i pilot) organizuje ochronę materiałów niejawnych do czasu przybycia Pełnomocnika Wykonawcy.

W konsekwencji należało uznać, iż Zamawiający zasadnie wymagał przedstawienia przez Odwołującego świadectw bezpieczeństwa przemysłowego stopnia I dla członków Konsorcjum Odwołującego - GEOREAL spol. s.r.o. i GeoFly GmbH. Odwołujący wezwany – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie nie przedłożył ich.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp była prawidłowa, w związku z czym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp okazał się bezpodstawny.

Zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** przez odrzucenie oferty Odwołującego wobec bezpodstawnego przyjęcia, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Zamawiający w tym postępowaniu uznał ofertę złożoną przez Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba uznała, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa bowiem skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego, o ile dochodzi do wykluczenia - uznaje się za odrzuconą. Naruszenie powołanego przepisu wynika jednak z innych okoliczności niż wskazywał Odwołujący, a opisanych powyżej.

Zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** przez przeprowadzenie postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił podnoszonego przez siebie zarzutu w tym zakresie, oprócz ogólnego stwierdzenia, iż przedstawione wyjaśnienia stanowią również naruszenie zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w tym konkretnym przypadku. Ponadto, nie potwierdziły się podstawowe zarzuty, a zatem „przedstawione wyjaśnienia” tym bardziej nie mogą wskazywać na naruszenie przez Zamawiającego zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut ten jest bezzasadny

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 powołanego powyżej Rozporządzenia: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:*

1) wpis, obejmujący w szczególności:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań.

W niniejszej sprawie – co wynika z sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego i orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Przewodniczący: