

WYROK
z dnia 10 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **VISIMIND Ltd Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Olsztynie, ul. W. Trylińskiego 10 (10-683 Olsztyn), **PRIMIS spol. s r.o.**, ul. Slavickova 827/1a (638-00 Brno), **GEOREAL spol. s r.o.**, ul. Halkova 12, 30100 Plzen, **Record-outside broadcasting s r.o.**, ul. Dukelská 1272/41, 43001 Chomutov w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa**, Al. Jana Pawła II Nr 70, 00-175 Warszawa

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **GISPRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Szczecinie, ul. Teofila Firlika 19, (71-637 Szczecin), **OPEGIEKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Elblągu, Aleja Tysiąclecia 11 (82-300 Elbląg) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – ARiMR w Warszawie na *modernizację i aktualizację baz danych Systemu LPIS – opracowanie cyfrowej ortofotomapy oraz danych przestrzennych (ORT2021)* (nr ref.: DPiZP.2610.35.2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.12.2020 r., 2020/S 248-617818 wobec czynności wykluczenia z postępowania na część 1 zamówienia, wniesione zostało w 29 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum w składzie Visimind Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Primis spol. s r.o. z siedzibą w Brnie, Georeal spol. s r.o. z siedzibą w Plźnie, Record-outside broadcasting s r.o. z siedzibą w Chomutov (sygn. akt KIO 1277/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych przez jego zastosowanie i bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania na część 1 zamówienia wobec rzekomego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale III pkt 1.2.1 siwz dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej poprzez nieprzedstawienie na wezwanie Zamawiającego:

- świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzającego zdolność Konsorcjum do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” zgodnie z ustawą o OIN dla żądanego członka Konsorcjum, a w szczególności dla firmy Primis s.r.o., który miał dostarczać w ramach realizacji zamówienia samolot oraz kamerę do realizacji przedmiotowego zamówienia,

- kopii zamówienia zarobkowego operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopii zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających uprawniającego do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodnie z ustawą z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz. U. poz. 1970 ze zm.) lub Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 965/2012 dla firmy Visimind Ltd Sp. z o.o.,

podczas gdy Konsorcjum wykazało, że jako wykonawcy ubiegających się wspólnie o zamówienie posiadają odpowiednio uprawnienia, w tym świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia do wymaganej klauzuli oraz SPO, w zakresie w jakim poszczególni partnerzy Konsorcjum będą realizowali czynności w ramach zamówienia,

do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie tego uprawnienia, tj. Visimind Ltd Sp. z o.o. – świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, a Primis spol s r.o. – SPO, tym samym, że konieczność łącznego spełnianie obu warunków przez każdego z partnerów konsorcjum nie wynika z siwz, a zatem brak było podstaw do wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez ich nieuprawnione zastosowanie i odrzucenie oferty Konsorcjum z uwagi na jej rzekomą niezgodność z zapisami siwz, w zakresie w jakim Konsorcjum nie wykazało:

- że na każdym etapie realizacji umowy niemożliwe będzie wyposażenie samolotu, którym wykonywane będą ortofotomapy terenów zamkniętych, będącego własnością podmiotu nie posiadającego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia w dodatkowe urządzenia do rejestracji obrazu,

że kamera za pomocą której wykonywane będą zdjęcia terenów zamkniętych, będąca również własnością podmiotu nie posiadającego zdolności do ochrony informacji niejawnych w zakresie posiadania legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, nie będzie wyposażona w wewnętrzną pamięć oraz, że zapisywany na niej obraz z lotów nad terenami zamkniętymi, możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego ww. zdolność do ochrony informacji niejawnych,

W sytuacji, kiedy konieczność wykazania tych warunków, a nie jedynie oświadczenia i ich dochowaniu przez Wykonawców nie została wyspecyfikowana wprost w siwz, co więcej również nie zostały one umieszczone w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 5 zawartej w piśmie z 13.01.2021 r., które zostało skierowane przez Konsorcjum. Tym samym przedmiotowy zarzut Zamawiającego co do niezgodności oferty z siwz, w omawianym zakresie nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty, w szczególności, iż Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do udokumentowania spełnienia wskazanych warunków, a wyszczególniony przez Zamawiającego materiał z Interentu dotyczący specyfikacji podanego typu kamery, nie może być wiarygodnym dowodem na brak spełnienia przez nią wymaganych warunków, tj. braku wewnętrznej pamięci pozwalającej na nagranie treści wykonywanych zdjęć poza wymiennymi macierzami dyskowymi,;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 i 4a Pzp poprzez jego nieuprawnione zastosowanie i odrzucenie oferty Konsorcjum z uwagi na jej rzekomą niezgodność z zapisami siwz w zakresie w jakim Konsorcjum nie wykazało, że kamera cyfrowa, którą będą wykonywane zdjęcia terenów zamkniętych spełnia wymagania zawarte w pkt 4

ppkt 2 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego (IBP) – **czyli stanowi element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne”**, podczas gdy z literalnego brzmienia pkt 4 ppkt 2 IBP wynika wprost, iż Wykonawca powinien posiadać system teleinformatyczny umożliwiający przetwarzanie informacji niejawnych o klauzuli „tajne” spełniający wymogi ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz odpowiedniego rozporządzenia i dysponować co najmniej jedną stacją roboczą stanowiącą element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne”, na której zainstalowano oprogramowanie umożliwiające przetwarzanie surowych zdjęć lotniczych, co najmniej jedna z kamer wykazanych w ofercie, z którego to zapisu nie wynika, iż kamera ma być elementem akredytowanego systemu teleinformatycznego, w przeciwieństwie do stacji roboczej, która to interpretacja ze strony Zamawiającego pojawiła się dopiero na etapie udzielania odpowiedzi na pytania Wykonawców (pismo z 13.01.2021 r.) będąc de facto zmianą warunków siwz przez wprowadzenie dodatkowych wymagań technicznych;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 i 4a Pzp w zw. z ppkt 1.2.2.2 lit e) siwz przez jego błędną interpretację i nieuprawnione zastosowanie, a w efekcie odrzucenie oferty Konsorcjum z uwagi na jej rzekomą niezgodność z zapisami siwz w zakresie w jakim Konsorcjum nie wykazało, iż dysponuje pilotem statku legitymującym się aktualnym poświadczeniem bezpieczeństwa upoważniającym do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” oraz posiadającym aktualne zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych i nie wykazał w załączonym wykazie wśród osób posiadających stosowane poświadczenia bezpieczeństwa i zaświadczenia o przeszkoleniu pilota samolotu, podczas gdy literalnego brzmienia zapisu pkt 1.2.2.2 ppkt e) wynika konieczność „dysponowania” przez Wykonawców co najmniej 3 osobami posiadającymi odpowiednie poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli „tajne” i zaświadczenia o przeszkoleniu z zakresu ustawy OIN, które to okoliczności Konsorcjum potwierdziło, w tym również co do dysponowania osobą pilota statku;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przez nieuzasadnione żądanie od Odwołującego przedstawienia dodatkowych dokumentów w postaci:
 - świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w rozumieniu art. 54 ustawy OIN od partnera Konsorcjum – Primis Spo s.r.o., która w ramach przypisanej do realizacji części zamówienia na żadnym z jego etapów nie miała dostępu do informacji niejawnych, a zatem nie miała obowiązku przedstawienia takiego dokumentu;

- kopii zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR przez firmę Visimind Ltd Sp. z o.o. – Lidera Konsorcjum w sytuacji, gdy nie odpowiada on zgodnie z umową konsorcjum za obsługę samolotu, z którym związane jest posiadanie tego dokumentu, mając na względzie, iż Odwołujący się generalnie posiada SPO – w posiadaniu Primus spol s.r.o. właściciela samolotu,
- włączenia kamery cyfrowej, nie mającej pamięci własnej do akredytowanego systemu informatycznego o klauzuli „tajne”, co stanowiło istotną zmianę wymagań technicznych wynikających z siwz i nie znajdowało uzasadnienia w pkt 4 ppkt 1 IBP,

co doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego się i stanowi istotne uchybienie mające wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, Odwołujący zarzuca Zamawiającego wadliwą wykładnię pkt I.3.1 w zw. z pkt 1.2.1 i 1.2.1.2 Rozdziału III (Uwaga nr 1 i 2) siwz w zakresie, w jakim:

- uznał, iż wymóg posiadania SPO dotyczy, tak jak w przypadku Podwykonawcy, również tego partnera Konsorcjum, który odpowiada jedynie za fizyczne wykonywanie zdjęć, a zatem nie ma żadnego związku z samolotem, który w tej sytuacji jest tylko urządzeniem przy pomocy, którego wykonana zostanie ta czynność mimo, iż SPO firmy Primis spol s.r.o. zostało przedstawione,
- uznał, iż „posiadanie SPO przez Wykonawcę” oznacza legitymowanie się takim dokumentem bezpośrednio przez Wykonawcę, podczas gdy słowo „posiadanie” w tym przypadku oznacza jedynie dysponowanie takim dokumentem przez Wykonawcę, z uwagi, iż dokument ten jest immanentnym elementem statku powietrznego wykorzystywanego do nalotu wraz z samolotem, co ma miejsce w niniejszej sytuacji,

- która to interpretacja doprowadziła do błędnych ustaleń, które stały się podstawą uznania, iż Konsorcjum nie spełnia wymagań wynikających z Rozdziału III pkt 1.2.1, co stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania na podstawie art.24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

- pisma Visimind Ltd Sp. z o.o. z 13.11.2020 r. do ABW wraz z odpowiedzią – w celu przedstawienia aktualnej interpretacji przepisów o dostępie do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i wyższej dla umów na wykonywanie i opracowywanie zdjęć lotniczych obejmujących tereny zamknięte,
- umowy Konsorcjum – na okoliczność szczegółowego podziału zadań pomiędzy uczestników Konsorcjum w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia
- oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – na okoliczność spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący złożył na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zarobkowej, tj. : kopii zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopii zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających uprawniającego do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodnie z ustawą z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz. U. poz. 1970 ze zm.) lub Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 965/2012 oraz świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzającego zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” zgodnie z ustawą OIN;
- zdolności zawodowej i technicznej w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wykonawca złożył w piśmie z 8.04.2021 r. r. obszerne wyjaśnienia odnosząc się do kwestii poruszonych w wezwaniu z 31.03.2021 r.

W odniesieniu do wskazania podmiotu, który będzie wykonywał zdjęcia lotniczych terenów zamkniętych Odwołujący poinformował, iż będzie nim Visimind Ltd Sp. z o.o., który posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” zgodnie z OIN. Podmiotem, który

dostarczy samolot oraz kamerę do realizacji zamówienia będzie Partner Konsorcjum Primis spol s.r.o., posiadający wymagany certyfikat SPO.

Odnosnie brakujących w wykazie osób informacji dotyczących doświadczenia i wykształcenia osób niezbędnych do wykonania zamówienia, Wykonawca przedstawił uzupełniony o brakujące informacje dokument.

Co do kamer wskazanych w wykazie sprzętu – Odwołujący wskazał zgodnie z pytaniem Zamawiającego model i numer seryjny kamery spełniającej wymagania zawarte w pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 3 do wzoru umowy, tj. Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego. Podobnie w odniesieniu do stacji roboczej Odwołujący wskazał cyfrową fotogrametryczną stację roboczą zainstalowaną w systemie teleinformatycznym podając jej model i numer fabryczny.

Pismem z 19.04.2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał pięć podstaw decyzji z pisma, w oparciu o które Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale III pkt 1.2.1 w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej. Zamawiający wskazał również na podstawy, które prowadziłyby do odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz.

Zamawiający dopuścił możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca miał wykazać się posiadaniem:

- uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, zgodnie z ustawą Prawo Lotnicze oraz aktów wykonawczych w zakresie objętym niniejszym zamówieniem, tj. do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii. Zamawiający wskazał, że: *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia uprawnienie musi mieć ten z Wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego uprawnienia,*

- uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, zgodnie z ustawą OIN umożliwiające do dostępu i przetwarzania informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „tajne”, tj. zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” w rozumieniu art. 54 ust. 6 ustawy o OIN. Zamawiający wskazał, iż: *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” musi mieć ten z Wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego świadectwa.*

W pkt 1.3 Zamawiający zastrzegł, że podwykonawca odpowiedzialny za opracowanie Produktu 1 w zakresie wykonania cyfrowych zdjęć lotniczych musi oprócz posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia do klauzuli „tajne”, posiadać kopię zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopię zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających, uprawniającą do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodna z ustawą – Prawo Lotnicze. W przypadku podwykonawcy mającego realizować zadanie w zakresie związanym z dostępem do informacji niejawnych musi on spełniać również warunki określone w art. 54 ust. 6 ustawy o OIN, tzn. posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Podmiot, który dostarczy samolot oraz kamerę do realizacji zamówienia (Primis spol s.r.o.) posiadający certyfikat SPO nie będzie wykonywał cyfrowych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych, ani na żadnym etapie nie będzie brał udziału w realizacji procesu przetwarzania informacji niejawnych, a co za tym idzie nie jest zobligowany przepisami prawa do legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Podmiotem, który będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych będzie spółka Visimind Ltd Sp. z o.o. posiadająca świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” zgodnie z ustawą o OIN. Tylko ten podmiot w ramach Konsorcjum będzie wykonywał zdjęcia dysponując w tym zakresie niezbędnym sprzętem oraz osobami legitymującymi się odpowiednimi kwalifikacjami. Nie musi jednak posiadać certyfikatu SPO ponieważ jej udział w zamówieniu dotyczy wyłącznie wykonywania zdjęć i procesu przetwarzania informacji niejawnych.

Posiadanie certyfikatu SPO nie uprawnia do wykonywania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych, a jedynie do wykorzystania statku powietrznego do wykonywania tej działalności (definicja SPO z art. 2 ust. 7 Rozporządzenia Komisji UE Nr 965/2012). Wykonywanie usług lotniczych w zakresie fotogrametrii należy zdecydowanie odróżnić od wykonywania materiałów geodezyjnych i kartograficznych (w tym również wykonywania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych). Uprawnienia do wykonywania tych dwóch czynności nie są od siebie w żaden sposób zależne ani ze sobą powiązane. Do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii jest wymagane posiadanie zgłoszenia SPO natomiast do wykonywania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych jest wymagane posiadanie odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Łączenie tych uprawnień nie znajduje podstaw w treści siwz. Również obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa nie ustanawiają jakiegokolwiek zależności w tym zakresie.

Odwołujący wskazał na zasadę kumulacji potencjałów wnoszonych przez poszczególnych członków konsorcjum, umożliwiającą łączne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m.in. dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

W zakresie podstaw odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz Odwołujący wskazał na brzmienie warunku z rozdziału III ppkt 1.2.2.3 lit. b) i d), w którym wymagane jest od wykonawcy m.in. dysponowanie co najmniej jedną stacją roboczą spełniającą wymagania zawarte w pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 3 do wzoru umowy (Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego), tzn. wykonawca zobowiązany jest posiadać akredytowany przez ABW system teleinformatyczny umożliwiający przetwarzanie informacji niejawnych do klauzuli „tajne”, w skład którego powinna wchodzić stacja robocza, na której zainstalowano oprogramowanie umożliwiające przetwarzanie surowych zdjęć lotniczych wykonanych co najmniej jedną z kamer cyfrowych wskazanych w ofercie. Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę 5 cyfrowymi wielkoformatowymi kamerami fotogrametrycznymi o określonej rozdzielczości, z których co najmniej 1 kamera spełnia wymagania zawarte w pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 3 do wzoru umowy (IBP).

Niemożliwym do spełnienia jest wymóg Zamawiającego przedstawienia wyciągu z SWB akredytowanego systemu, zawierający dane mające wpływ na bezpieczeństwo informacji niejawnych przetwarzanych przez jednostkę, której własnością jest przedmiotowy system, a ujawnienie ich zapisów osobom do tego nieuprawnionym jest naruszeniem wewnętrznej polityki przedsiębiorcy.

Zamawiający opierając się na informacji z Internetu przyjął, iż wykonawca nie wykazał, aby kamera służąca do wykonywania zobrażeń lotniczych nie była wyposażona w wewnętrzną pamięć, a zapis możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych. Nie można na podstawie niewiarygodnych danych, które nie są instrukcją urządzenia (informacje skopiowane zostały z „geoforum”) przyjąć ich za dowód w sprawie rozstrzygający spór.

W ocenie Odwołującego, kamera jaką wykonywane będą zdjęcia nie stanowi elementu akredytowanego systemu teleinformatycznego. Takim elementem są natomiast nośniki danych (macierze dyskowe) umieszczane w kamerze, na których dokonywany jest zapis zdjęć, a następnie po wyjęciu z kamery, zabezpieczeniu i dostarczeniu do kancelarii tajnej, są rejestrowane i poddane procesowi przetwarzania informacji niejawnych w akredytowanym systemie teleinformatycznym. Zamawiając w siwz wyraźnie wymagał posiadania co najmniej jednej stacji roboczej będącej elementem akredytowanego systemu teleinformatycznego, a dopiero na etapie odpowiedzi na pytania dodał, iż kamera cyfrowa również powinna stanowić element przedmiotowego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne”. Zdaniem

Odwołującego zmiana postanowień siwz powinna odbyć się w odpowiedniej procedurze (art. 38 ust. 4), a wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści siwz.

W wyjaśnieniach z 17.01.2021 r. Odwołujący wskazał, iż kamera nie będzie wyposażona w wewnętrzną pamięć i zapis możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych.

Zamawiający wskazał również, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, iż Konsorcjum nie dysponuje pilotem statku powietrznego legitymującym się poświadczeniem bezpieczeństwa oraz aktualnym zaświadczeniem o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych oraz, że nie wykazało jaka jest forma dysponowania tym pracownikiem, podkreślając przy tym, iż wykonawca powinien mieć świadomość, że tylko forma osobistego posiadania pracownika (bezpośredniego dysponowania) jest akceptowalną dla Zamawiającego, co jest sprzeczne ze stanem faktycznym prezentowanym w sprawie.

Zgodnie z opisem warunku (rozdział III pkt 1.2.2.2 lit. e siwz) Zamawiający wymagał dysponowania 3 (trzema) osobami posiadającymi aktualne poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli „tajne” oraz zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych. W odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający doprecyzował, że wymagania, co do ilości osób z uprawnieniami do dostępu do informacji niejawnych są określone w sposób prawidłowy, natomiast Zamawiający wskazał, że zadaniem Wykonawcy będzie taka organizacja prac w ramach zamówienia, aby czynności, co do których wykonania wymagane są odpowiednie uprawnienia, wykonywane były przez osoby je posiadające. W ostatnim zdaniu odpowiedzi Zamawiający wskazał, że pilot statku powietrznego powinien również posiadać poświadczenie bezpieczeństwa do klauzuli „tajne”. To spółka Visimind Ltd Sp. z o.o. będzie realizowała zakres prac związanych z wykonaniem cyfrowych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych samodzielnie, tj. przez osoby zatrudnione bezpośrednio przez Visimind Ltd. Sp. z o.o., w tym pilota statku powietrznego i operatora kamery, przy użyciu własnych zasobów oraz przy użyciu otrzymanego do dyspozycji na podstawie umowy cywilnoprawnej statku powietrznego Cessna 402, OK-MIS, Nr 402B-0327 oraz kamery cyfrowej.

Zamawiający w piśmie z 7 czerwca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał między innymi na pismo z 17 stycznia 2021 r. wniesione przez Odwołującego do Zamawiającego na podstawie art. 181 ust.1 Pzp, w którym informował o niezgodnej z przepisami art. 7 ust.1, art. 22 ust. 1b, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 38 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 21 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 48 ust. 5 oraz art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z

dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 742 tj.) czynności Zamawiającego polegającej na określeniu w siwz bezpodstawnego i niekonkurencyjnego wymogu posiadania przez pilota statku powietrznego poświadczenia bezpieczeństwa do klauzuli „Tajne” oraz wymogu, aby kamera cyfrowa stanowiła element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „Tajne”. Pismo to wskazywać ma na zaniechanie wniesienia odwołania wobec postanowień siwz w terminie ustawowym oraz zmianę wykładni postanowień siwz na potrzeby odwołania.

W ocenie Zamawiającego całokształt uzasadnienia zarzutów sprowadza się w zasadniczym elemencie nie tyle do kwestionowania prawidłowości czynności dokonanej przez Zamawiającego w świetle treści siwz i udzielonych do niej wyjaśnień oraz przepisów Pzp, lecz do kwestionowania znaczenia treści siwz wraz z udzielonymi wyjaśnieniami. Konstrukcja zarzutów daje jedynie pozór kwestionowania innej czynności, co prowadzi do obejścia przepisów ustanawiających terminy na wniesienie odwołania i nie zasługuje na ochronę.

Odnosząc się warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale III pkt 1.2.1 siwz dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, tj. do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii oraz umożliwiające dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „tajne”, Zamawiający wymagał przedstawienia kopii zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopii zgłoszenia świadczenia usług lotniczych w zakresie fotogrametrii oraz świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzającego zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne”.

Odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 13.01.2021 r. Zamawiający doprecyzował wymaganie wskazując, iż podmiot wykonujący cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, który występuje w roli wykonawcy lub podwykonawcy musi posiadać kopię zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO (...), a także świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Oznacza to, że nie każdy z Partnerów Konsorcjum ma łącznie spełniać warunek, lecz tylko ten, który będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia terenów zamkniętych. W taki sposób również Odwołujący rozumiał postanowienie zadając pytania nr 5, 6, 7 i 8, a odpowiedzi Zamawiającego nie nadały odmiennego znaczenia treści wymagań. Odwołujący nie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania wobec takiej treści wymagań i nie może na etapie wykluczenia go z postępowania domagać się odstępstw od ich zastosowania.

Przedmiot zamówienia, szczególnie w zakresie wykonywania zdjęć nad terenami zamkniętymi charakteryzuje się specyfiką związaną z dostępem do informacji niejawnych.

Ograniczając do minimum zagrożenie związane z przetwarzaniem informacji niejawnych przez osoby do tego nieuprawnione Zamawiający wprowadził wymóg łącznego posiadania przez wykonawcę zaangażowanego w proces wykonywania zdjęć lotniczych nad terenami niejawnymi, tworzenia ortofotomapy tych terenów oraz maskowania obiektów o charakterze niejawnym, uprawnień do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii (pkt III.1.2.1.1. siwz) oraz zdolności do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne”. W procesie przetwarzania informacji niejawnych bierze udział zarówno operator kamery jak i pilot. Samolot jest miejscem, w którym w czasie trwania nalotu wytwarza się informacje niejawne, przechowuje się je, a następnie przekazuje do dalszego przetwarzania. Należy zatem stosować przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie nadawania, przyjmowania, wydawania i ochrony materiałów zawierających informacje niejawne (Dz. U. 2011.271.1603), gdyż transportowany będzie nośnik zawierający informacje niejawne o klauzuli „tajne”.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 dopuścił odstępstwo od łącznego posiadania uprawnień wymaganych zgodnie z zapisami punktu III.1.2.1 siwz pod warunkami, tj. jedynie w przypadku podmiotu dostarczającego samolot oraz kamerę, jedynie w takim przypadku, jeżeli na każdym etapie realizacji umowy jednoznacznie wykluczone zostanie wyposażenie samolotu w dodatkowe urządzenia do rejestracji obrazu, a kamera służąca do wykonywania zobrażeń lotniczych nie będzie wyposażona w wewnętrzną pamięć i zapis możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych. Odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że na każdym etapie realizacji umowy niemożliwe będzie wyposażenie samolotu, którym wykonywane będą loty nad terenami zamkniętymi, będącego własnością podmiotu nie posiadającego zdolności do ochrony informacji niejawnych, w dodatkowe urządzenia do rejestracji obrazu. Nie wykazał również, że kamera za pomocą, której wykonywane będą zdjęcia terenów zamkniętych, będąca również własnością podmiotu nie posiadającego zdolności do ochrony informacji niejawnych, nie będzie wyposażona w pamięć wewnętrzną oraz, że zapis na niej obrazów z lotów nad terenami zamkniętymi możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych. Stanowisko Odwołującego prezentowane w piśmie z 17.01.2021 r., w którym wyjaśnia sposób postępowania z materiałem rejestrowanym na nośniku danych (macierzy dyskowej), wniesione jeszcze przed złożeniem oferty, nie może być uwzględnione jako wyjaśnienie jej treści i nie mogło być brane pod uwagę przy badaniu oferty Odwołującego.

Przy braku informacji w tym zakresie od wykonawcy, Zamawiający posiłkował się wiedzą pozyskaną z Internetu i ustalił, iż kamera posiada pamięć wewnętrzną. Ponieważ

wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, Zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia, czy wyjaśnienia dokumentów.

Zamawiający w załączniku nr 3 do umowy – Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego (IBP) w pkt 4 wskazał wymóg dotyczący systemu teleinformatycznego, który umożliwia przetwarzanie informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. Zamawiający wskazał, iż wykonawca powinien dysponować co najmniej jedną stacją roboczą, stanowiącą element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne”, na której zainstalowano oprogramowanie umożliwiające przetwarzanie surowych zdjęć lotniczych wykonanych co najmniej jedną z kamer wykazanych w ofercie. W przypadku realizacji wcześniejszych zamówień podmioty realizujące zamówienie przysyłały do Zamawiającego wyciąg z dokumentacji zawierający: świadectwo akredytacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego, architekturę systemu, wyszczególnienie nośników danych lotniczych kamer cyfrowych oraz wykaz oprogramowania wykorzystywanego w systemie, nie kwestionując zasadności tego wymagania.

Zaoferowana kamera nie spełnia wymagania zawartego w pkt 4 ppkt 2 IBP, czyli nie stanowi elementu akredytowanego systemu teleinformatycznego klauzuli „tajne”. Konieczność spełnienia tego wymagania została potwierdzona w odpowiedzi na pytanie nr 8. Odwołujący wskazywał jedynie na kamerę będącą własnością firmy Primis s.r.o., jako spełniającej wymagania zawarte w pkt 4ppkt IBP. Nie zostało jedna wykazane, że kamera nie będzie wyposażona w pamięć wewnętrzną oraz, że zapis na niej obrazów z lotów nad terenami zamkniętymi możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych.

W odniesieniu do osób zaangażowanych w proces ochrony informacji niejawnych podczas realizacji umowy Zamawiający w odpowiedziach na pytania wskazywał, iż powinny one mieć stosowne uprawnienia do dostępu do informacji niejawnych. W odpowiedzi na pytanie nr 4 (pismo z 13.01.2021 r.) Zamawiający wskazał, że takimi osobami bez wątplenia są pilot statku powietrznego oraz operator kamery fotolotniczej. Mając na uwadze, że w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej i technicznej nie było określone wymaganie co do przedstawienia pilota statku Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o tą podstawę faktyczną. Jednak brak informacji potwierdzających spełnienie wymagań zawartych w siwz uzasadniał w ocenie Zamawiającego stwierdzenie, że oferta podlegałaby odrzuceniu.

W ocenie Zamawiającego zarzuty w zakresie w jakim odnoszą się do wymagań z siwz, w tym IBP są spóźnione.

Z załączonej do odwołania umowy konsorcjum i szczegółowego podziału zakresu prac wynika, że do zadań Partnerów należy między innymi udostępnienie Liderowi licencji do oprogramowania służącego do opracowania zdjęć lotniczych do postaci jawnej oraz dostarczenie mu niezbędnych zasobów sprzętowych potrzebnych do wykonania i opracowania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych. Może to sugerować, że Lider nie posiada własnego oprogramowania do przetwarzania zdjęć lotniczych do postaci jawnej, zatem nie będzie posiadał kompletu oprogramowania i urządzeń/sprzętu wymaganych do akredytacji Bezpieczeństwa Systemu Teleinformatycznego umożliwiającego przetwarzanie informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. Ponieważ Umowa ta została zawarta i podpisana już po zawiadomieniu Odwołującego o wykluczeniu z postępowania nie może stanowić dowodu na okoliczności będące przedmiotem oceny dokonanej przez Zamawiającego w kwestionowanej odwołaniem czynności.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie: GISPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Na posiedzeniu z udziałem stron Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Ustawy Pzp, jako wniesionego z uchybieniem terminu. Jako uzasadnienie dla tego wniosku wskazano, że wprawdzie odwołanie dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, to faktycznie ma być ono odwołaniem na warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, wykonawca nie zgadzając się z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, powinien w momencie otrzymania tego wezwania wnieść odwołanie.

Izba uznała, iż odwołanie dotyczy czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a zarzuty formułowane są w odniesieniu do uzasadnienia tej decyzji, prezentowanego w piśmie z 19.04.2021 r. Dla oceny skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej znaczenie ma ustalenie momentu, od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania, a nie analiza argumentów prezentowanych dla wykazania niezgodności czynności Zamawiającego z przepisami Ustawy Pzp. Ponieważ czynność wykluczenia z postępowania stanowi o zakończeniu procedury badania oferty i dopiero w tym momencie wykonawca może ustalić, jakie motywy przesądziły o ocenie, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia przekazania informacji wykonawcy, co w niniejszej sprawie miało miejsce w dniu 19.04.2021 r.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a żądania odwołania zmierzają do przywrócenia jego oferty do oceny, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania nie budzi wątpliwości. Odwołanie może doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co wskazuje na możliwość poniesienia szkody na skutek decyzji objętej zarzutami, w postaci braku uzyskania korzyści związanych z realizacją umowy o zamówienie publiczne.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający określił w siwz (rozdział III pkt 1.2.1) warunki udziału w postępowaniu w tym w zakresie kompetencji i uprawnień wymagał od wykonawców posiadania:

- uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, zgodnie z ustawą Prawo Lotnicze oraz aktów wykonawczych w zakresie objętym niniejszym zamówieniem, tj. do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii. W uwadze Zamawiający wskazał, że: *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia uprawnienie musi mieć ten z Wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego uprawnienia.* Na potwierdzenie jego

spełnienia Zamawiający wymagał dokumentów w postaci: *kopii zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopii zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających uprawniającego do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodnie z ustawą z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz. U. poz. 1970 ze zm.) lub Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 965/2012;*

- uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, zgodnie z ustawą OIN umożliwiające do dostępu i przetwarzania informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „tajne”, tj. zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” w rozumieniu art. 54 ust. 1 - 6 ustawy o OIN. W uwadze Zamawiający wskazał, iż: *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” musi mieć ten z Wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego świadectwa. Na potwierdzenie jego spełnienia Zamawiający wymagał dokumentu, tj. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzającego zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” zgodnie z ustawą OIN.*

W pkt I.3 Zamawiający zastrzegł, że podwykonawca odpowiedzialny za opracowanie Produktu 1 w zakresie wykonania cyfrowych zdjęć lotniczych musi oprócz posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia do klauzuli „tajne”, posiadać kopię zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopię zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających, uprawniającą do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodna z ustawą – Prawo Lotnicze. W przypadku podwykonawcy mającego realizować zadanie w zakresie związanym z dostępem do informacji niejawnych musi on spełniać również warunki określone w art. 54 ust. 6 ustawy o OIN, tzn. posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Zamawiający w dniu 13.01.2021 r. przekazał odpowiedzi na pytania zgłoszone w postępowaniu, w tym odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu i ich spełniania.

W odpowiedzi na pytanie nr 1 dotyczące podmiotu, który będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych i uprawnień, jakie powinien posiadać, Zamawiający potwierdził, że *podmiot wykonujący cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, który występuje w roli Wykonawcy lub podwykonawcy musi posiadać kopię zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopię zgłoszenia świadczenia usług*

lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających, uprawniającą do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, a także świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczone klauzulą „tajne”.

W odpowiedzi na pytanie nr 5 dot. realizacji tej części zamówienia, która wiąże się z dostępem do informacji niejawnych przez podmiot posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia do klauzuli „tajne”, przy którym wymagane będzie dysponowanie samolotem operacyjnym oraz kamerą cyfrową, przekazanych przez Partnera Konsorcjum, Zamawiający wskazał, iż *warunek udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (...) powinien spełniać ten z Wykonawców, który będzie wykonywać czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia. W Uwadze 2 (strona 7 SIWZ) Zamawiający wskazał cyt.: „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie uprawnienie, tj. zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” musi mieć ten z Wykonawców, który będzie wykonywał czynności, do których zgodnie z przepisami wymagane jest posiadanie takiego świadectwa”.* Następnie Zamawiający przywołał zapisy art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych oraz postanowienia Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, stanowiącej załącznik nr 3 do umowy, z której wynika, że czynność polegającą na wykonywaniu zdjęć lotniczych i samodzielnym wykonywaniu procesu technologicznego związanego z tworzeniem ortofotomapy oraz maskowaniem obiektów o charakterze niejawnym, zgodnie z Procedurami Bezpieczeństwa Eksploatacji dla posiadanego systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych, może wykonywać wyłącznie Wykonawca posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia. ***W przypadku podmiotu dostarczającego samolot oraz kamerę, jeżeli na każdym etapie realizacji umowy jednoznacznie wykluczone zostanie wyposażenie takiego samolotu w dodatkowe urządzenia do rejestracji obrazu, a kamera służąca do wykonywania zobrażeń lotniczych nie będzie wyposażona w wewnętrzną pamięć i zapis możliwy będzie jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych to wówczas podmiot dostarczający samolot oraz kamerę nie musi legitymować się uprawnieniami dostępu do informacji niejawnych.***

W odpowiedzi na pytanie nr 8 Zamawiający ponownie odnosił się do wykonywania zdjęć przez podmiot spełniający warunki, o których mowa w pkt 4 IBP (poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia oraz 55 ust. 1 pkt 1 ust. 2 pkt 2 ustawy) wskazując w podsumowaniu, że *kamera cyfrowa, którą Wykonawca będzie wykonywał zdjęcia terenów*

zamkniętych musi spełniać wymagania zawarte w pkt 4 ppkt 2 IBP, czyli musi stanowić element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne”.

Pismem z 17.01.2021 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 Ustawy informację o niezgodnej z przepisami art. 7 ust.1, art. 22 ust. 1b, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 38 ust. 1 Ustawy Pzp czynności polegającej na określeniu w siwz bezpodstawnego i niekonkurencyjnego wymogu posiadania przez pilota statku powietrznego poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli „Tajne” oraz wymogu, aby kamera cyfrowa stanowiła element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „Tajne”.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Odwołujący przedłożył dokumenty, w tym:

- kopię zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO uprawniające do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii dla: Georeal spol s.r.o., B.Primis spol s.r.o., Record-outside broadcasting s.r.o.
- świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzające pełną zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” dla Visimind Ltd Sp. z o.o.

Odwołujący został wezwany pismami z dnia 31.03.2021 r. oraz z 02.04.2021 r., w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wskazania, który z podmiotów posiadających kopię zgłoszenia SPO będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych. Zamawiający wezwał do uzupełnienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia dla podmiotu, który będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, tj. dla Georeal spol s.r.o. i/lub B.Primis spol s.r.o. i/lub Record-outside broadcasting s.r.o. W sytuacji, gdyby żaden z tych podmiotów nie miał wykonywać zdjęć, Zamawiający wezwał alternatywnie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia kopii zgłoszenia SPO (...) dla Visimind Ltd Sp. z o.o., który posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

W wyjaśnieniach z 08.04.2021 r. Odwołujący wskazał, że podmiotem, który będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych będzie spółka Visimind Ltd Sp. z o.o. (Lider) posiadająca świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” zgodnie z ustawą o OIN. Tylko ten podmiot w ramach Konsorcjum będzie wykonywał zdjęcia dysponując w tym zakresie niezbędnym sprzętem oraz osobami legitymującymi się odpowiednimi kwalifikacjami. Podmiot ten nie posiada zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych

wysokiego ryzyka SPO HR lub kopię zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających, uprawniającą do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodna z ustawą – Prawo Lotnicze.

Podmiotem, który miałby dostarczyć samolot oraz kamerę do realizacji zamówienia posiadającym certyfikat SPO jest Partner – spółka Primis spol. s.r.o, która nie będzie wykonywała cyfrowych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych, ani na żadnym etapie nie będzie brała udziału w realizacji procesu przetwarzania informacji niejawnych, a co za tym idzie nie jest zobligowana przepisami prawa do legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia. Podmiot ten posiada certyfikat SPO (zgłoszenie zarobkowych operacji specjalistycznych SPO lub zezwolenia na wykonywanie operacji specjalistycznych wysokiego ryzyka SPO HR lub kopię zgłoszenia świadczenia usług lotniczych przy wykorzystaniu urządzeń latających, uprawniającą do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, zgodna z ustawą – Prawo Lotnicze).

Pismem z 19.04.2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. w związku z brakiem spełnienia warunku opisanego w rozdziale III pkt 1.2.1 siwz. Według Wykonawcy spełniającym przedmiotowe wymagania miała być spółka Visimind Ltd. Sp. z o.o. (Lider), jednak ocena ta, w ocenie Zamawiającego wynikała z wybiórczej analizy odpowiedzi na pytania do siwz, a tym samym wykładni wymagania podmiotowego. Wykonawca pominął przy wykładni pkt 1.2.1 odpowiedź, jaką Zamawiający udzielił na pytanie nr 1, która wskazywała na konieczność posiadania przez podmiot wykonujący cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych zarówno certyfikatu SPO, jak i świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Zamawiający dodatkowo odniósł się do podstaw niezgodności oferty Odwołującego z siwz, które prowadziłyby do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Dotyczyć miały one kamery UltraCampXp, która miała stanowić element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne” oraz pracowników z poświadczeniami bezpieczeństwa (pilot statku powietrznego).

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie należy odnieść się do zasadniczej kwestii związanej z konstrukcją zarzutów, która stanowiła odpowiedź na uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający i Przystępujący po jego stronie Wykonawca kwestionowali skuteczność zarzutów, w których Odwołujący odnosił się do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy (nr 2, 3 i 4) wskazując, iż Zamawiający nie odrzucił formalnie oferty, jak również, że argumenty Odwołującego zmierzały do podważenia

poprawności postanowień siwz w zakresie wymagań opisanych IBP – w tym wymogu, aby kamera cyfrowa stanowiła element akredytowanego systemu teleinformatycznego o klauzuli „tajne”.

Izba uznała, iż zarzuty dotyczące podstaw odrzucenia oferty podlegały oddaleniu, gdyż Zamawiający wprawdzie wskazał w piśmie z 19.04.2021 r. na okoliczności dotyczące niezgodności oferty Odwołującego z siwz, to jednak nie prowadziły one do odrzucenia oferty. Zamawiający omawiając okoliczności związane z kamerą cyfrową oraz pilotem statku powietrznego wskazał jedynie, że oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Podstawą czynności podjętych w postępowaniu były natomiast okoliczności dotyczące oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie związanym z kompetencjami i uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, opisanego w rozdziale III pkt 1.2.1 siwz. Zamawiający nie wykluczył również Odwołującego z powodu braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III pkt 1 ppkt 1.2.2.2 lit e) – dysponowania osobami posiadającymi aktualne poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. W świetle powyższego Izba pominęła w swojej ocenie te elementy uzasadnienia, które nie miały przełożenia na podstawę decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Na marginesie wymaga jednak odnotowania, iż w części uzasadnienie Zamawiającego wykraczałoby poza ramy oceny, co przyznał sam na rozprawie wskazując, że w zakresie weryfikacji osób mających poświadczenia bezpieczeństwa nie doprecyzował tego warunku w odniesieniu do pilota statku powietrznego. Ponadto, ewentualne wątpliwości dotyczące personelu prowadzić mogłyby nie do odrzucenia oferty ale wykluczenia Wykonawcy z postępowania, po wcześniejszym przeprowadzeniu procedury z art. 26 ust. 3 Ustawy.

Należy również zauważyć, iż odwołanie w zakresie, w jakim Odwołujący próbował kwestionować poprawność postanowień siwz nie mogło na obecnym etapie postępowania odnieść skutku. Izba uznała, iż dla oceny czynności Zamawiającego należało przyjąć zapisy siwz wraz z wyjaśnieniami, jakie Zamawiający udzielił w odpowiedziach na pytania z 13.01.2021 r.

Decydującym dla wyniku oceny kompetencji Konsorcjum stało się ustalenie, czy podmiot, który ma wykonywać cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych posiada kopię zgłoszenia SPO (...) – uprawniające do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii, jak również świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne”. Izba przyjęła, iż wykładnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III ppkt 1.2.1 siwz nie mogła być dokonana z pominięciem odpowiedzi, jakich udzielał Zamawiający w piśmie z 13.01.2021 r., w szczególności na pytanie nr 1 i pytanie nr 5. W sposób jednoznaczny Zamawiający

wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 1, iż *podmiot wykonujący cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, który występuje w roli Wykonawcy lub podwykonawcy musi posiadać kopię zgłoszenia zarobkowych operacji specjalistycznych SPO (...), a także świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych oznaczone klauzulą „tajne”*. Odpowiedzi tej nie modyfikuje odpowiedź na pytanie nr 5, w której Zamawiający odnosił się do podmiotu dostarczającego samolot i przypadku, w którym ten podmiot nie musi legitymować się uprawnieniami dostępu do informacji niejawnych. Zamawiający odpowiedzią tą nie zmodyfikował w żaden sposób stanowiska prezentowanego w sposób konsekwentny również w odpowiedzi na pytanie nr 8, iż podmiot wykonujący zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych musi spełniać warunki opisane w IBP. W sytuacji gdy takim podmiotem w ramach konsorcjum nie jest podmiot dostarczający samolot wraz z kamerą na potrzeby wykonania tej części świadczenia (a taka sytuacja dotyczy Odwołującego) Zamawiający nie wymagał, aby podmiot ten posiadał poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia. Odpowiedź na pytanie nr 1 nie wprowadzała żadnego wyjątku dla oceny zdolności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w szczególności przez użycie w odpowiedzi określenia „Wykonawca i podwykonawca”. Zamawiający użył tych dwóch określeń dla wskazania roli związanej z realizacją zamówienia, przez uwidocznienie konieczności badania spełnienia wymagania nie tylko wobec wykonawcy, ale również podwykonawcy, któremu miałyby zostać zlecone wykonanie cyfrowych zdjęć zamkniętych terenów lotniczych. Niewątpliwie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie są „Wykonawcami” realizującymi prace zlecone przez zamawiającego.

W sprawie nie budziło wątpliwości, w świetle jednoznacznych wyjaśnień Odwołującego, iż podmiotem mającym wykonać cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych z ramienia Konsorcjum miała być spółka Visimind Ltd Sp. z o.o., która posiada poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia. Nie budziło również sporu, iż nie posiada ona dokumentu uprawniającego do wykonywania usług lotniczych w zakresie fotogrametrii.

W świetle postanowień siwz, których brzmienie nie zostało skutecznie zaskarżone Zamawiający nie mógł odstąpić od badania spełnienia warunku i żądać wykazania, że podmiot ten posiada certyfikat SPO. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazał na konieczność przedstawienia dla tej spółki certyfikatu SPO, co nie spotkało się z odpowiednią reakcją ze strony Wykonawcy. Na obecnym etapie postępowania, poza kognicją Izby pozostawała ocena zasadności tak postawionego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby podmiot realizujący tą część zamówienia spełniał samodzielnie warunek udziału w postępowaniu, co było podyktowane brakiem możliwości rozdzielenia tego świadczenia na dwa niezależne od siebie, a dotyczące wykonania operacji

lotniczej wymagającej zgłoszenia SPO i wykonania zdjęć w czasie nalotu. Nie można odmówić Zamawiającemu prawa do weryfikacji przygotowania zawodowego podmiotu do wykonania świadczenie wymagającego posiadanie odpowiednich uprawnień, w szczególności przez powoływanie się na formułę łączenia zasobów w ramach konsorcjum. Stanowiąca konsekwencję łączenia zasobów zasada nie mogła dla tego zamówienia prowadzić do zmiany oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przypadku konsorcjum, tak jak przy podmiocie samodzielnie ubiegającym się o zamówienie, wymagane było, aby podmiot wykonujący cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych posiadał kopię zgłoszenia SPO, jak i świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia.

Zgłoszenie zastrzeżeń do brzmienia zapisów w świetle udzielonej odpowiedzi nie mogło prowadzić do zmiany stosowania nadanych tą odpowiedzią wytycznych dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba nie przyjęła jako merytorycznie ważkiego argumentu, iż użyte określenie „Wykonawca” w odpowiedzi na pytanie nr 1 należy odnosić wyłącznie do wykonawcy samodzielnie składającego ofertę, a zatem nie do konsorcjum. Sprzeciwia się temu przede wszystkim sposób formułowania warunków udziału w postępowaniu, w którym Zamawiający opisując warunki odnosił je do wykonawcy, którym w świetle przepisów Ustawy są również wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Dodatkowy opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszczony w uwadze nr 1 i 2 dedykowany dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie zmieniał podstawowego wymagania, jakie wiąże wszystkich chcących realizować zamówienie. Odpowiedź na pytanie nr 1 miała właśnie taki wydźwięk i stanowiła bezwzględny, niezależnie od formuły ubiegania się o zamówienie, wymóg wobec podmiotu, który będzie wykonywał cyfrowe zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: