

Sygn. akt: KIO 369/17

**WYROK**  
**z dnia 13 marca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 marca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GEOMAR S.A., Geokart-International sp. z o.o., PRIMIS spol. s.r.o., GEOREAL spol. s.r.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Piastów 30, 71-064 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym **Powiat Krakowski, Al. Słowackiego 20, 30-037 Kraków**

przy udziale wykonawcy **MGGP Aero Sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GEOMAR S.A., Geokart-International sp. z o.o., PRIMIS spol. s.r.o., GEOREAL spol. s.r.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Piastów 30, 71- 064 Szczecin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GEOMAR S.A., Geokart-International sp. z o.o., PRIMIS spol. s.r.o., GEOREAL spol. s.r.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Piastów 30, 71- 064 Szczecin** 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 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Powiat Krakowski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę bazy danych zobrazowań lotniczych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 grudnia 2016r. nr 364640-2016.

W dniu 27 lutego 2017r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GEOMAR S.A., Geokart-International sp. z o.o., PRIMIS spol. s.r.o., GEOREAL spol. s.r.o. – wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo, iż wykazał on spełnienie warunków udziału określonych w siwz.
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, iż oferta Odwołującego podlega wykluczeniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
3. art. 38 ust. 4 i 4 a ustawy Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia treści SIWZ dokonane w odpowiedzi na pytania wykonawców w dniu 21 grudnia 2016r. stanowiły zmianę treści SIWZ i stosowanie ich jako wiążących w postępowaniu, mimo że nie zostały ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych chociaż ewentualna zmiana prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.,
4. art. 9 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 przez uznanie, że warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu mogą wynikać jedynie pośrednio z treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty z dnia 20 lutego 2017r.
- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- ponowne przeprowadzenie czynności oceny i badania złożonych przez odwołującego dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnienie warunków udziału w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, a także podmiotów wskazanych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie i zgodnie z Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego,

- względnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

W § 6 ust. 2 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, że w zakresie „kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej” wykonawca zobowiązany jest wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania – aktualne Świadcstwo Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiające dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych którym nadano klauzulę „Tajne”, w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą jednoosobowo i osobiście – poświadczenie bezpieczeństwa. W § 8 ust. 2 pkt 1 SIWZ Zamawiający przewidział wezwanie wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia m.in. aktualnego Świadcstwa Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych którym nadano klauzulę „Tajne”, w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą jednoosobowo i osobiście – poświadczenie bezpieczeństwa.

W Załączniku 1 do siwz rozdział II pkt 8 „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający wymaga, aby wykonawca prac posiadał zdolność ochrony informacji niejawnych przy wykonywaniu cyfrowych zdjęć lotniczych obszarów, na których znajdują się niejawne tereny zamknięte oraz do przetwarzania materiałów niejawnych do postaci jawnej zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2010, nr 182, poz. 1228). W Załączniku nr 2 do SIWZ Instrukcja Bezpieczeństwa Przemysłowego w pkt 1 Zamawiający podał, że realizacja umowy wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne”. W pkt 3 tego dokumentu wskazano, że „Czynności, o których mowa w pkt 2.1 i 2.2 (wykonywanie fotogrametrycznych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych oraz przetwarzaniem do postaci jawnej zdjęć) może wykonywać wyłącznie Wykonawca posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej. W pkt 16 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego podano, że czynności, o których mowa w pkt 2.2. mogą być wykonywane jedynie przy użyciu przeznaczonego do tego celu systemu teleinformatycznego z aktualnym świadectwem akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego, o którym mowa w art. 48 ust. 5 ustawy.

Osoby wykonujące czynności muszą posiadać stosowne poświadczenie bezpieczeństwa oraz zaświadczenie o przeszkoleniu.

W § 2 ust. 3 Załącznika nr 5 Wzór umowy wskazano, że na obszarze opracowania mogą znajdować się tereny zamknięte oznaczone klauzulą tajne- zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r o ochronie informacji niejawnych. W § 6 tego dokumentu, wskazano, że w przypadku, gdy na obszarze opracowania występują tereny zamknięte oznaczone klauzulą „tajne”, wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania stosownych przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego.

Na pytanie skierowane do Zamawiającego w toku postępowania, czy w związku z postanowieniami załączonej Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego (pkt 2, 2.1., 2.2 oraz 3) uprawnienia wymienione w SIWZ § 6 pkt 2 musi posiadać wykonawca a w przypadku konsorcjum - członek konsorcjum odpowiadający i bezpośrednio realizujący część projektu związaną z przygotowaniem, wykonaniem nalotu i przetworzeniem zdjęć lotniczych do postaci jawnej a więc podmiot dysponujący wiedzą, doświadczeniem, personelem i wyposażeniem umożliwiającym zapewnienie właściwego poziomu bezpieczeństwa pozyskanych danych niejawnych, Zamawiający w odpowiedzi z dnia 21 grudnia 2016 r, wyjaśnił, że „uprawnienia wymienione w § 6 ust. 2 SIWZ dotyczą wykonawcy, a w przypadku konsorcjum – członka konsorcjum, odpowiadającego i bezpośrednio realizującego część zamówienia związaną z przygotowaniem i wykonaniem nalotu w ramach których pozyskiwane są zdjęcia lotnicze oraz przetworzeniem zdjęć lotniczych do postaci jawnej”.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z treści przywołanych wyżej postanowień SIWZ i udzielonych w toku postępowania wyjaśnień wynika, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się aktualnym Świadectwem Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych którym nadano klauzulę „Tajne”. Udzieloną w dniu 21 grudnia odpowiedzią na pytanie jednego z wykonawców, Zamawiający doprecyzował, że uprawnienia wymienione w § 6 ust. 2 SIWZ w przypadku udziału konsorcjum mają dotyczyć członka konsorcjum, odpowiadającego i bezpośrednio realizującego część zamówienia związaną z przygotowaniem i wykonaniem nalotu, w ramach których pozyskiwane są zdjęcia lotnicze oraz przetworzeniem zdjęć lotniczych do postaci jawnej. Udzielona odpowiedź nie stanowi modyfikacji siwz, o jakiej mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, ale jest wyjaśnieniem i doprecyzowaniem treści siwz, które stało się dla wykonawców biorących udział w postępowaniu wiążące. Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, że z uwagi na brak publikacji modyfikacji siwz z dnia 21 grudnia w Biuletynie Zamówień Publicznych, nie można uznać jej za wiążącą.

Postanowienia Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, na które powoływał się Odwołujący w toku rozprawy, wykazując, że wystarczające dla realizacji przedmiotu zamówienia jest posiadanie uprawnień do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne, nie stoją w sprzeczności z wymaganiami określonymi w SIWZ. W Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego wskazano jedynie w sposób ogólny, że czynności związane z wykonywaniem fotogrametrycznych zdjęć lotniczych terenów zamkniętych oraz przetwarzaniem do postaci jawnej zdjęć może wykonywać wyłącznie wykonawca posiadający Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej. Oznacza to, że Instrukcja jako dokument o charakterze ogólnym pozostawia decyzję co do doprecyzowania tego wymagania w gestii Zamawiającego. Zamawiający, mając na względzie, że istnieje prawdopodobieństwo, że na terenie Powiatu Krakowskiego na stałe lub czasowo mogą być dyslokowane obiekty, których nieuprawnione ujawnienie może spowodować poważną szkodę dla RP, miał uzasadnione i obiektywne podstawy, aby żądać od wykonawców realizujących przedmiotowe zamówienie posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne”. Wymóg ten, zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami siwz, w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum miał dotyczyć członka konsorcjum bezpośrednio wykonującego i odpowiadającego za część zamówienia związaną z przygotowaniem i wykonaniem nalotów, w ramach których pozyskiwane są zdjęcia lotnicze oraz przetworzeniem zdjęć lotniczych do postaci jawnej.

Z treści oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Geomar S.A., Geokart -International sp. z o.o. Primis Spol. S.r.o. oraz Georeal spol. S.r.o. nie wynika podział obowiązków w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Z treści złożonych przez poszczególnych członków konsorcjum oświadczeń wynika natomiast, że Geomar - Lider konsorcjum, posiadający Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiające dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „Tajne” nie dysponuje ani potencjałem kadrowym ani technicznym, niezbędnym do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Drugi z członków konsorcjum - Geokart International Sp. z o.o. nie posiadający żadnego świadectwa bezpieczeństwa, wykazał dysponowanie trzema osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych i doświadczeniu. Z kolei, członek konsorcjum - Primis spol. S.r.o. również nieposiadający świadectwa bezpieczeństwa, wykazał dysponowanie potencjałem kadrowym oraz sprzętem (samoloty, fotogrametryczne kamery cyfrowe), niezbędnym do realizacji zamówienia. Członek konsorcjum Georeal Spol. S.r.o., który legitymuje się certyfikatami nr 002084 z dnia 15.05.2015 r oraz nr 001492 z dnia 19.10.2010, wydanymi przez Krajowy Urząd Bezpieczeństwa Republiki Czeskiej i umożliwiającymi dostęp do informacji niejawnych na poziomie „poufne”, wskazał w ofercie, że dysponuje potencjałem kadrowym oraz sprzętem (samoloty, cyfrowe kamery fotogrametryczne) niezbędnym do realizacji zamówienia. Podsumowując, ze złożonych oświadczeń wynika, że dysponentem sprzętu i wyposażenia oraz potencjału kadrowego niezbędnego do wykonania zobrazowań lotniczych, w tym samolotów i kamer fotogrametrycznych są podmioty czeskie, które nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego stopnia I umożliwiającego dostęp i przetwarzanie informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „Tajne”. Niespornym między stronami jest, że Spółka Georeal posiada jedynie certyfikat umożliwiającymi dostęp do informacji niejawnych na poziomie „poufne”. Okoliczność tą potwierdza dokument z dnia 1 marca 2017 r. Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, w którym poinformowano, że spółka Georeal może ubiegać się o kontrakty związane z dostępem do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „poufne” zlecane przez kontrahentów zarejestrowanych na terenie RP. Podkreślenia wymaga, że podmioty czeskie jako dysponenti sprzętu będą również dysponentami nośników pamięci (macierzy dyskowych), na których będą rejestrowane zobrazowania mogące zawierać informacje niejawne. Na uwagę zasługuje także okoliczność, że sam Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 2 lutego 2017 r. złożonych Zamawiającemu, potwierdził podział zadań pomiędzy członków konsorcjum i podał, że Georeal spol. s.r.o. będzie odpowiadał i bezpośrednio realizował część zamówienia związaną z przygotowaniem i wykonaniem nalotów nad obszarami niejawnymi, w ramach których pozyskane zostaną zdjęcia lotnicze oraz przetworzone do postaci jawnej. Potwierdzeniem prawidłowości przyjętego stanowiska jest także złożona przez Zamawiającego w toku rozprawy opinia z dnia 19 stycznia 2017 r.

Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii Departamentu Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych, zgodnie z którą „kluczowym dla niniejszej opinii jest fakt, iż dysponentami sprzętu i wyposażenia niezbędnego do wykonania zobrazowań lotniczych, w tym w szczególności samolotów i kamer fotogrametrycznych są podmioty czeskie. Podmioty te, wykonując prace fotolotnicze będą miały bezpośredni dostęp do materiałów, o których mowa w § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych podlegających ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2011, nr 299, poz. 1772)”.

Nie ulega wątpliwości, że Georeal spol. s.r.o. dysponująca sprzętem nie posiada certyfikatu upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych na poziomie „Tajne”, który był wymagany przez Zamawiającego dla członka konsorcjum bezpośrednio realizującego i odpowiadającego za część zamówienia związaną z przygotowaniem i wykonaniem nalotów, w ramach których pozyskiwane są zdjęcia lotnicze oraz przetworzeniem zdjęć lotniczych do postaci jawnej.

Z tych względów Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa.

Izba nie dopatrzyła się także podstaw do unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jedynym argumentem Odwołującego przemawiającym, w jego ocenie, za koniecznością unieważnienia postępowania była istniejąca sprzeczność pomiędzy udzieloną w dniu 21 grudnia 2016r, odpowiedzią na pytania a Instrukcją Bezpieczeństwa Przemysłowego. Izba nie podzieliła tego stanowiska, wskazując, że odpowiedź z dnia 21 grudnia 2016r. stanowiła wyjaśnienie siwz i nie pozostaje ona w sprzeczności z wymaganiami o charakterze ogólnym sformułowanymi w treści Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego.



Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....