Sygn. akt: KIO 871/20

WYROK

z dnia 8 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Klaudia J. Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: VISIMIND ltd Sp. z o.o. (lider pełnomocnik) ; PRIMIS spol. s r.o.; GEOREAL spol. s r.o., z siedzibą lidera ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OPEGIEKA Sp. z o.o., Gispro Sp. z o.o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

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

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: VISIMIND ltd Sp. z o.o.; PRIMIS spol. s r.o.; GEOREAL spol. s r.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od Konsorcjum: VISIMIND ltd Sp. z o.o.; PRIMIS spol. s r.o.; GEOREAL spol. s r.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Warszawa na rzecz Konsorcjum: OPEGIEKA Sp. z o.o., Gispro Sp. z o.o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg kwotę 3 594 zł 37 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote trzydzieści siedem groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 871/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Główny Urząd Geodezji i Kartografii ul. Wspólna 2, 00-926 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie cyfrowej ortofotomapy" nr ref. BGD-ZP.2610.3.2020.Gl. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 015-031366, wywieszone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego i umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego; .

Odwołujący (Konsorcjum): VISIMIND Ltd Sp. z o.o. ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn (pełnomocnik wykonawców), PRIMIS spol. s r.o. ul. Slavickova 827/la, 638-00 Brno oraz GEOREAL spol. s r.o. ul. Halkova 12, 30100 Plzen wniósł odwołanie od wykluczenia z postępowania.

Zamawiającemu w związku z wykluczeniem zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 10 ust. 4 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U. z 2020 r. poz. 276), dalej zwanej ustawą PGiK w zw. art. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 poz. 742 dalej ustawa o OIN) oraz § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 299. poz. 1777) dalej zwanym rozporządzeniem w zw. z art. 54 ust. 1 i 2 i art. 10 pkt 1 i 3 ustawy o OIN w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp poprzez;

- dokonanie przez Zamawiającego błędnej interpretacji pojęcia „dokumenty" i „materiały niejawne" podlegające ochronie zgodnie z przepisami ustawy o OIN na gruncie art. 10 ust. 4 ustawy PGiK oraz § 2 i 3 rozporządzenia, poprzez przyjęcie, że członek Konsorcjum firma Primis spoi. S.r.o. dostarczająca (użyczająca) statek powietrzny, specjalistyczny sprzęt w postaci kamery do zdjęć, zatrudniająca pilota w celu dokonania nalotu nad teren zamknięty, nie wykonująca zdjęć lotniczych i nie mająca do nich dostępu na żadnym etapie ich wykonania i przetwarzania, powinna legitymować się odpowiednią zdolnością do ochrony informacji niejawnych tj. świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego oraz poświadczeniem bezpieczeństwa i zaświadczeniem o odbytym szkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych, a zatem wobec braku przedstawienia, na żądanie Zamawiającego, wymienionych dokumentów przez tę firmę, członka Konsorcjum, podlega wykluczeniu, podczas gdy w świetle § 3 rozporządzenia w zw. z art. 2 pkt 2 i 3 ustawy o OIN, „materiałem niejawnym" jest obraz terenów zamkniętych lub obiektów dopiero od momentu ich utrwalenia (w dowolnej postaci), za które miała odpowiadać w ramach Konsorcjum, firma Visimind Ltd Sp. z o.o., będąca Liderem Konsorcjum, legitymująca się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia do klauzuli „TAJNE", co oznacza, że Zamawiający bezprawnie zażądał przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez firmę Primis spolk, s.r.o. oraz poświadczenia bezpieczeństwa od pilota statku powietrznego, a wobec braku ich okazania, bezpodstawnie zastosował art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, wykluczając Odwołującego się - Konsorcjum firm z postępowania,

- pominięcie przy dokonanej przez Zamawiającego interpretacji pojęcia „materiały niejawne podlegające ochronie na podstawie przepisów ustawy o OIN" na gruncie ustawy PGiK oraz

rozporządzenia, stanowiska Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego będącej służbą właściwą do nadzorowania funkcjonowania systemu ochrony informacji niejawnych w Polsce, której interpretacja winna być wiążąca dla Zamawiającego, zgodnie z którą materiałami niejawnymi, w świetle wskazanych wyżej przepisów PGiK oraz rozporządzenia podlegającymi ochronie, są obrazy niejawnych terenów zamkniętych lub niejawnych obiektów, o których mowa w § 3 rozporządzenia pod warunkiem nadania im klauzuli tajności, od momentu ich utrwalenia (niezależnie od formy) co oznacza, iż dopiero te czynności powinny być wykonywane przez podmioty posiadające odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych, a zatem podmiot odpowiedzialny za dostarczenie w ramach Konsorcjum firm, w celu realizacji zamówienia, jedynie statku powietrznego z pilotem i kamerą, nie wykonujący fizycznie zdjęć i nie mający dostępu do nośników danych zawierających utrwalone materiały niejawne, nie jest zobligowany do legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, którego brak spowodowało bezpodstawne wykluczenie Odwołującego się - Konsorcjum firm z postępowania.

2. art. 54 ust. 1 i 2 oraz art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy o OIN w zw. z § 2 i 3 rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez przyjęcie przez Zamawiającego, iż brak legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego przez członka Konsorcjum firmę Primis spoi. s.r.o. odpowiedzianą, zgodnie z Umową Konsorcjum za organizację lotu oraz poświadczeniem bezpieczeństwa przez pilota będącego pracownikiem ww. członka Konsorcjum, odpowiedzialnego za wykonanie nalotu, przekreśla zdolność Odwołującego się - Konsorcjum firm do ochrony informacji niejawnych, o których mowa w art. 10 ust. 4 ustawy PGiK, a co za tym idzie stanowi podstawę jego wykluczenia z postępowania, podczas gdy wskazane przepisy nie wymagają od firm będących członkami konsorcjum, którzy w swoim zakresie nie realizują umowy lub zadań związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne" i wyżej, posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych (świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego) oraz od pracowników tej firmy poświadczeń bezpieczeństwa, w sytuacji kiedy, w ramach wykonania umowy, nie realizują oni zadań związanych z dostępem do informacji niejawnych, co ma miejsce w rozpatrywanej sprawie.

3. art. 24 ust, 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, przez przyjęcie, iż Odwołujący - Konsorcjum firm nie spełniło warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, albowiem na dzień złożenia załącznika do oferty w postaci oświadczenia w formie JEDZ, nie dokonało zakupu informatycznych nośników danych - macierzy dyskowych, na których miały być rejestrowane (utrwalane) obrazy terenów zamkniętych, informując w przedstawionych wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2020 r., że Lider Konsorcjum dokona ich zakupu na potrzeby realizacji zadania objętego postępowaniem po podpisaniu umowy, podczas gdy, z dostarczonej przez Odwołującego dokumentacji, w tym z załącznika nr 1 do Umowy Konsorcjum „Szczegółowy podział zakresu prac w ramach realizacji zamówienia" wynika, że Odwołujący spełnia warunki techniczne określone w SIWZ, zgodnie z którym dysponuje narzędziami do realizacji zamówienia tj. statkiem powietrznym wyposażonym w odpowiednią kamerę do wykonywana zdjęć, a materiał eksploatacyjny w postaci macierzy dyskowych znajduje się w dyspozycji wchodzącej w skład Konsorcjum fumy Primis spoi. S.r.o., których formalne nabycie przez Lidera Konsorcjum po przystąpieniu do realizacji zadania, miało na celu podkreślenie przekazania nośników na rzecz fumy odpowiedzialnej w ramach Konsorcjum za wykonanie zdjęć, czyli realizację części zadania, z którą wiąże się dostęp do informacji niejawnych i posiadającej odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, tym samym uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków technicznych postawionych w SIWZ było bezpodstawne, zatem nie mogło stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 1 i 2 oraz art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy o OIN w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, poprzez nieuzasadnione żądanie od Odwołującego dodatkowych dokumentów w postaci świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w rozumieniu art. 54 ust. 1 oraz poświadczenia bezpieczeństwa w rozumieniu art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy o OIN, od członka Konsorcjum firmy Primis spoi. s.r.o. oraz od pilota będącego pracownikiem tejże firmy, która to firma w zakresie przypisanej jej do realizacji części zamówienia nie miała dostępu do informacji niejawnych, w sytuacji kiedy Zamawiający w SIWZ wymagał świadectwa bezpieczeństwa przemysł owego oraz poświadczenia bezpieczeństwa jedynie od tego członka Konsorcjum, który w ramach realizacji zamówienia będzie wykonywał zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych tj. firmy Visimind Ltd Sp, z o.o., co stanowi faktyczne rozszerzenie warunków wynikających z SIWZ, po złożeniu ofert w stosunku do Odwołującego i naruszenie zasady równego traktowania wszystkich oferentów w postępowaniu, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania, skutkując wykluczeniem Odwołującego.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

pisma firmy Visimind LTD Sp. z o.o. Lidera Konsorcjum z dnia 30 marca 2020 r. do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego - w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczącej zasadności żądania przez Zamawiającego przedstawienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez jednego z członków Konsorcjum firmę Primis odpowiedzialną, za dostarczenie, zabezpieczenie sprzętu wymaganego w SIWZ oraz zatrudnienie pilota i nie realizującej zadania wymagającego dostępu do informacji niejawnych w rozumieniu ustawy o OIN,

- pisma ABW z 10 kwietnia 2020 r. nr D-3 6440/2020 na okoliczność interpretacji pojęcia materiałów niejawnych na gruncie ustawy PGiK oraz rozporządzenia i związanych z nimi wymagań stawianych podmiotom, w tym działającym w ramach Konsorcjum, co do posiadania zdolności do ochrony informacji niejawnych - odpowiedzialnych za część realizacji zamówienia niezwiązanego z dostępem do informacji niejawnych, w tym w przypadku pilotów statków powietrznych odpowiedzialnych jedynie za dokonanie nalotu nad teren zamknięty, w kontekście konieczności legitymowania się przez nie świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego oraz poświadczeniem bezpieczeństwa,

- umowy Konsorcjum zawartej pomiędzy firmami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia pn.: „Opracowanie cyfrowej ortofotomapy" zawartej 21 lutego 2020 r. z załącznikiem nr 1 - na okoliczność podziału zadań pomiędzy uczestników w zakresie realizacji zamówienia,

- dokumentów postępowania, na okoliczność spełnienia przez Odwołującego warunków SIWZ i braku podstaw do wykluczenia z postępowania,

5) unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,

6) nakazanie ponowne zbadanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

7) unieważnienie wyboru oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Do realizacji części 5 zamówienia zgłosiły się 3 firmy, w tym Odwołujący. Z zestawienia wynika, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo.

W dniu 20 marca 2020 r. Konsorcjum otrzymało wezwanie do złożenia wyjaśnień, który z członków konsorcjum będzie wykonywał zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, a w szczególności kto jest właścicielem samolotu, kamery cyfrowej przeznaczonej do wykonywania zdjęć lotniczych oraz nośników danych, na których zapisane zostaną zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, a także, pracownikiem, którego z członków konsorcjum, ubiegających się o realizację zamówienia, jest personel pilotujący samolot oraz personel obsługujący kamerę cyfrową do wykonywania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych? Odwołujący 25.03.2020 r. przesłał wyjaśnienie uwzględniające odpowiedzi na zadane w wezwaniu pytania. Wskazano, iż w ramach realizacji zamówienia, zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych będzie wykonywał pracownik Lidera Konsorcjum Yisimind, co oznacza, że za tę część zadania, która związana jest z dostępem do informacji niejawnych, odpowiadać będzie ten właśnie członek Konsorcjum. Wskazano, że oprócz zdjęć lotniczych Lider odpowiada również za przetworzenie ich do postaci jawnej, co jednoznacznie określono w Umowie Konsorcjum, w której ustalono zakres i podział tak, aby bezpieczeństwo informacji niejawnych było zachowane i zgodne z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Odwołujący wyjaśnił, iż samolot oraz kamera cyfrowa, przeznaczona do wykonywania zdjęć lotniczych, jest własnością jednego z partnerów konsorcjum Spółki Primis, a dysponowanie tym sprzętem przez Lidera podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, na mocy umowy Konsorcjum, nie stoi w sprzeczności z obowiązującym prawem. W tej sytuacji personel, który realizuje czynność wykonania fotogrametrycznych zdjęć terenów zamkniętych oraz przetworzenia ich do postaci jawnej winien być zatrudniony przez Lidera, odpowiedzialnego za realizację przedmiotu zamówienia w części związanej z dostępem do informacji niejawnych, Konsorcjum wyjaśniło, że właścicielem nośników danych, na których zapisane zostaną zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych będzie Lider (nośniki danych zostaną zakupione na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia po podpisaniu umowy). Ponadto pilotem statku powietrznego będzie pracownik firmy Primis, a personel obsługujący kamerę cyfrową, do wykonywania zdjęć terenów zamkniętych, są pracownicy Lidera, legitymujący się poświadczeniem bezpieczeństwa i przeszkoleniem z zakresu ochrony informacji niejawnych. 31 marca 2020 r. Odwołujący otrzymał pismo wzywające, do złożenia przez Partnera firmę Primis, świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „TAJNE" (z tłumaczeniem).

Odwołujący przesłał wyjaśnienie, tłumacząc, iż błędne jest założenie Zamawiającego, że Partner Primis będzie realizował część zadania, która jest związana z dostępem do informacji niejawnych, ponieważ od samego początku wskazywano, że część, która wymaga uprawnień do dostępu do informacji niejawnych, czyli wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych oraz przetworzenia ich do postaci jawnej będzie realizowana przez Lidera legitymującego się

świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego i akredytowanym systemem bezpieczeństwa teleinformatycznego. Ponownie załączono kopię wyżej wspomnianego dokumentu.

Odwołujący zarzucił też Zamawiającemu działanie na obecnym etapie postępowania jako zmianę warunków SIWZ poprzez rozszerzenie wymagań względem Wykonawcy. Poinformował o przesłaniu zapytania do ABW, organu odpowiedzialnego za przestrzeganie zapisów ustawy o ochronie informacji niejawnych w Polsce co do interpretacji przez Zamawiającego kwestii pilotowania statkiem powietrznym i wykonywania nalotu, w ramach którego wykonywane będą zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, a w szczególności konieczności posiadania przez pilota poświadczenia bezpieczeństwa oraz właściciela statku powietrznego, świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „TAJNE".

Odwołującego 15.04. 2020 r. zawiadomiono o wyborze oferty cz. 5 zamówienia, a w nim, iż oferta Odwołującego się została wykluczona na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy Pzp,

W uzasadnieniu wskazano, iż Zamawiający nie otrzymał świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od członka Konsorcjum firmy Primis spoi. s r.o. z siedzibą w Brnie.

Dodatkowo, powołując się na stanowisko ABW z dnia 31 lipca 2018 r. nr D-75283/2018/V/7205 własną interpretację co do wykonywania zobrazowań lotniczych podczas nalotu nad terenami zamkniętymi, iż z uwagi na to, że czynność przedmiotowego nalotu związana jest z pilotowaniem samolotu, którego właścicielem jest członek konsorcjum firma Primis spoi. s r.o. w wyniku czego, zdaniem Zamawiającego, podmiot czeski będzie miał bezpośredni dostęp do zdjęć lotniczych o wysokiej rozdzielczości terenów zamkniętych, zawierających informacje niejawne o obiektach położonych na tych terenach, dlatego też powinien legitymować się odpowiednim świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego.

Poza tym podniesiono, że Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał m. in. załączenia do oferty oświadczenia JEDZ, którego zadaniem jest potwierdzenie stanu faktycznego na dzień składania ofert. Konsorcjum z liderem Visimind Ltd Sp. z o.o. wykazało spełnienie warunków, jednakże w złożonych wyjaśnieniach z dnia 25.03.2020 r. Wykonawca zawarł informację, iż Lider Konsorcjum na potrzeby realizacji przedmiotowego zadania dokona zakupu nośników danych (macierzy dyskowych), które zostaną użyte wyłącznie na potrzeby realizacji tego zamówienia po podpisaniu umowy.

Zamawiający uznał, że Lider Konsorcjum nie posiada fizycznie zakupionych macierzy dyskowych, co uniemożliwia zapis obrazu zawierającego informacje niejawne, nie biorąc pod uwagę faktu, że nośniki danych znajdują się na wyposażeniu użyczanego samolotu wraz z pozostałym wymaganym sprzętem, który jest własnością firmy Priinis spoi. s r.o.

W związku z wyżej opisanymi zarzutami, Zamawiający dokonał wykluczenia Wykonawcy powołując się przy tym na art. 24 ust. 12 Pzp.

W ocenie Odwołującego nie można podzielić rozstrzygnięcia wobec poniższej argumentacji. Ad. 1.

Kluczowym elementem rozważań jest ustalenie relacji pomiędzy ustawą z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne oraz ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, a także aktem wykonawczym do PGiK, czyli rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, w zakresie ustalenia jednolitej definicji pojęcia „materiały niejawne".

Podkreślenia wymaga fakt, iż ustawa OIN jest aktem lex specialis na gruncie innych przepisów posiłkujących się zasadami określonymi w ustawie OIN w tym między innymi pojęciem „materiał niejawny".

Nadzór nad funkcjonowaniem systemu ochrony informacji sprawuje ABW - organ pełniący funkcję Krajowej Władzy Bezpieczeństwa w stosunkach RP w innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi.

W przypadku rozbieżności interpretacyjnych w rozumieniu pojęć, czy zasad, które wyznacza ustawa o OIN w stosunku do organów, czy podmiotów realizujących zadania związane z dostępem do informacji niejawnych, znaczenie ma stanowisko właśnie ABW we wszystkich obszarach, które posługują się nazewnictwem i pojęciami wskazanymi w rzeczonej ustawie. Istotą ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych było unormowanie systemu ochrony informacji niejawnych, aby były one efektywne w sferze krajowej, jak i zagranicznej przy jednoczesnej prostocie i elastyczności funkcjonowania, ale bez uszczerbku dla bezpieczeństwa informacji niejawnych. Ustawa o OIN definiuje podstawowe pojęcia oraz wskazuje na najważniejsze zasady regulujące udostępnianie informacji niejawnych.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy należy wskazać, iż Zamawiający w uzasadnieniu o wykluczeniu Odwołującego powołał się na pismo z dnia 31.07.2018 r. ABW do Głównego Geodety Kraju, w którym organ przedstawił analizę opartą na zasadach opisanych w Ustawie o OIN, co do interpretacji zagadnień, które porusza Ustawa PGiK oraz § 2 i 3 rozporządzenia, oraz pozostałych aspektów, związanych z wykonywaniem zobrazowań lotniczych niejawnych terenów zamkniętych, która wypracowała stanowisko, które zdaniem ABW jest optymalne dla bezpieczeństwa przetwarzanych informacji niejawnych.

W ocenie Odwołującego interpretacja Zamawiającego daleko odbiega od tej, która przekazana jest w przez ABW Głównemu Geodecie Kraju, w piśmie z dnia 31.07.2018 r., zważywszy na to, że zgodnie z wykładnią organu „materiałem niejawnym" w aspekcie związanym z wykonywaniem zobrazowań lotniczych niejawnych terenów zamkniętych jest dopiero obraz od momentu jego utrwalenia (w dowolnej postaci i formie), czyli pomimo tego, że immanentnym elementem wykonania tych zdjęć jest nalot nad właściwy teren, dopiero czynność zachowania w pamięci obrazu za pomocą informatycznego nośnika danych stanowi informację, która wiąże się z ochroną zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

Z definicji zawartej w art. 2 pkt 3 i 4 ustawy o OIN wprost wynika, że w celu zdefiniowania pojęcia „dokumentu" przyjęto bardzo ogólną i pojemną formułę, iż jest to utrwalona informacja niejawna, ponieważ wg ustawodawcy nie ma znaczenia forma utrwalenia informacji niejawnej, ale sam fakt jej utrwalenia natomiast „materiałem niejawnym" jest zarówno dokument, jak i przedmiot, albo dowolna ich część a o uznaniu je za materiał niejawny decyduje treść przekazu, gdy chodzi o dokumenty, albo spełnienie kryteriów uznania za informacje niejawne. Dlatego też nie można zgodzić się z interpretacją Zamawiającego, która daleka jest od przekazu, który niesie ustawa o OIN, twierdzącego, że czynność użyczenia statku powietrznego i specjalistycznej kamery cyfrowej przeznaczonej do wykonania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych, a także nalot nad teren zamknięty, dokonany przez pilota, spełnia zapisy definicji pojęć „dokumenty" i „materiały niejawne" podlegające ochronie zgodnie z przepisami ustawy o OIN wobec czego członek Konsorcjum firma Primis spoi. S r.o. winna legitymować się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, a pilot poświadczeniem bezpieczeństwa. ABW na wniosek Lidera Konsorcjum przesł0ała, za pismem Nr D-36440/2020 z dnia 10.04.2020 r., swoją interpretację dotyczącą zagadnienia konieczności legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego przez firmę, która dostarcza statek powietrzny oraz kamerę firmie, która będzie realizować zadania związane z dostępem do informacji niejawnych. Analogicznie przedstawia się sytuacja w przypadku pilota, który dokonuje nalotu nad teren zamknięty i w trakcie tej czynności nie korzysta ze sprzętu umożliwiającego dostęp do materiałów kartograficznych a także do zapisu zawartego na wymiennych nośnikach danych, ponieważ nie ma takiego wymogu, aby osoba ta legitymowała się poświadczeniem bezpieczeństwa.

W oparciu o stanowisko należy stwierdzić, że podmiot dostarczający jedynie samolot z pilotem oraz kamerę, nie wykonujący zdjęć i nie mający dostępu do nośników danych zawierających utrwalone informacje niejawne, nie musi legitymować się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, a zatem mając na względzie, iż Odwołujący się - Konsorcjum firm został wykluczony z postępowania na tej podstawie, naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania,

Ad. 2.

Zgodnie z art. 54 ust, 1 i 2 ustawy o OIN 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. Dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne" lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, (...) wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.

Z kolej § 2 i 3 rozporządzenia stanowi, że 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.

Rodzajami materiałów, o których mowa w § 1, są:

1/ zobrazowania o geometrycznej zdolności rozdzielczej (terenowej odległości próbkowania) 0,5 m lub wyższej, wykonane w dowolnym zakresie promieniowania elektromagnetycznego;

2) materiały powstałe w wyniku skaningu laserowego, jeżeli gęstość punktów zarejestrowanych przez urządzenie skanujące ma wartość 8 punktów na metr kwadratowy lub większą, badaną w obszarze próbkowania 10mx 10 m;

3) materiały zawierające rysunek, obraz lub rezultaty pomiarów pozwalające na

określenie współrzędnych z dokładnością właściwą dla map w skali 1:5000 lub większą;

4) materiały oraz bazy danych, zawierające informację opisową lub w postaci znaku graficznego o przeznaczeniu obiektów położonych na terenach zamkniętych, jeżeli informacjom o tych obiektach nadano klauzulę tajności.

Zamawiający w SIWZ pn: „Opracowanie cyfrowej ortofotomapy" nr referencyjny BGD-ZP.2610.32020.GI, dopuścił możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku Wykonawców wspólnie, w oparciu o art. 23 Pzp wskazując, iż w takim przypadku, warunek określony w ust. 2 pkt 1 ppkt. i - części 5 SIWZ tj.: posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, w rozumieniu ustawy o OIN potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli POUFNE/TAJNE winien spełniać samodzielnie każdy z Wykonawców, który w ramach realizacji zamówienia, będzie wykonywał zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych.

Z kolei z Umowy Konsorcjum zawartej przez wszystkich jego członków w dniu 21 lutego 2020 r. i załącznika nr l, jak również z treści złożonych Zamawiającemu na etapie składania oferty, dokumentów w postaci JEDZ, przez każdą z firm, jednoznacznie wynika, że wykonanie zdjęć lotniczych terenów zamkniętych oraz przetwarzanie ich do postaci jawnej stanowi wyłącznie zadanie Lidera Konsorcjum firmy Visimind Ltd Sp. z o.o., który legitymuje się wymaganym, zgodnie z SIWZ, świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia do klauzuli „TAJNE". Dowód: Umowa Konsorcjum z 21.02.2020 r., dokumenty JEDZ członków Konsorcjum, SIWZ. Precyzyjny podział zadań pomiędzy poszczególne firmy wchodzące w skład Konsorcjum był wyraźny od momentu zawarcia Umowy Konsorcjum oraz złożenia Zamawiającemu oferty w dniu 24 lutego 2020 r., w przeciwieństwie do przywołanego przez Zamawiającego, w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze oferty dla części 5 z dnia 15 kwietnia 2020 r., stanu faktycznego opisanego w wyroku z 10 maja 2018 r. akt KIO 784/18.

Dodatkowo Odwołujący udzielając wyjaśnień, co do wskazania, który z członków konsorcjum w ramach realizacji zamówienia będzie wykonywał zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, w piśmie z 25 marca 2020 r. jednoznacznie wskazał na Lidera Konsorcjum firmę Visimind Ltd Sp. z o,o., odnosząc się do przy wołanych powyżej dokumentów.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 25 marca 2020 r.

Z przedstawionych dowodów, iż jedynym podmiotem, w ramach Konsorcjum, wykonującym zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, o których mowa w § 2 rozporządzenia, jest firma Yisimind Ltd Sp z o.o., legitymująca się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, a tym samym posiadająca zdolność do ochrony informacji niejawnych. Pozostali członkowie Konsorcjum, w tym firma Primis spoi. s.r.o., odpowiedzialna za udostępnienie sprzętu w postaci statku powietrznego oraz specjalistycznej kamery z miejscem na wymienne dyski do utrwalenia obrazu, które zostaną w niej umieszczone w momencie rozpoczęcia czynności realizacji umowy, a także zatrudniająca pilota, nie wykonująca zdjęć, a jedynie nalot z dużej wysokości na tereny zamknięte i nieprzetwarzająca informacji niejawnych, nie byli zobowiązani, w świetle SIWZ do legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego. Tym samym, żądanie okazania przedmiotowego dokumentu przez tę firmę narusza wskazane w pkt. 2 petitum odwołania przepisy, a także pozostaje w sprzeczności z warunkami SIWZ, a mając na względzie, iż Odwołujący został wykluczony tej podstawie, naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Ad. 3

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 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, w świetle art. 22 ust. 1 b pkt 3 Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Przepis art. 22 ust. 1b Pzp określa tylko ogólne ramy merytoryczne warunków udziału w postępowaniu, natomiast ich konkretne sformułowanie następuje przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do udziału w postępowaniu. Z przepisu wynika jednoznacznie, iż jednym z obszarów, w ramach którego może poruszać się zamawiający formułując konkretne pozytywne warunki udziału w postępowaniu oprócz kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jest zdolność techniczna lub zawodowa.

Zamawiający nie musi formułować konkretnych warunków we wszystkich dziedzinach wymienionych w art. 22 ust. 1b, a co za tym idzie - nie ma podstaw do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w tych dziedzinach, w których nie sformułował konkretnych warunków (Komentarz do ustaw Pzp J. Piróg 2019 Wydanie 15.

Zgodnie z r. VI SIWZ, w części stanowiącej o potencjale technicznym, Zamawiający zastrzegł, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek określony w ust. 2 pkt 3 ppkt iu-vii SIWZ zostanie spełniony, jeśli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie będą je spełniać łącznie. Zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 pkt 3 ppkt vi i vii SIWZ do wymaganego potencjału technicznego Wykonawców zaliczono dysponowanie przez nich wspólnie 1 (jednym) samolotem przeznaczonym do wykonania zdjęć fotometrycznych, posiadającym możliwość zamontowania kamery pomiarowej oraz 1 (jedną) wieloformatową, pomiarową kamerą cyfrową na stabilizowanym zawieszeniu, wyposażoną w elektroniczny system kompensacji rozmazania obrazu, umożliwiającą wykonanie zdjęć barwnych RGB.

Nadto, z zapisów, iż wskazanym potencjałem technicznym Wykonawcy powinni dysponować dopiero na etapie realizacji umowy, a zatem po podpisaniu umowy.

Analiza SIWZ wskazuje, iż w ramach wymagań technicznych nie wymieniono nośników danych - macierzy dyskowych, jako narzędzi będących w rzeczywistości jedynie materiałem eksploatacyjnym (np, kasety, płyty CD, wymienne dyski), a oświadczenie, że zostaną one zakupione po zawarciu umowy nie pozostaje w sprzeczności z zapisami SIWZ, które wymagają, aby były one dostępne po podpisaniu umowy, która w momencie złożenia tych wyjaśnień nie została podpisana.

Dla zrozumienia, koniecznym jest wyjaśnienie, co zostało przedstawione przez Odwołującego w piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 r., iż w związku z tym, że zdjęcia terenów zamkniętych nie są utrwalane i rejestrowane na kamerze lecz na informatycznych nośnikach danych (macierzach dyskowych), które uprzednio, przed ich wykorzystaniem, podlegają zarejestrowaniu w kancelarii tajnej, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o OIN i aktów wykonawczych, a następnie zostają pobrane z kancelarii, przez uprawnioną osobę, celem wykonania zlecenia. Wobec złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający błędnie uznał, że Lider Konsorcjum nie posiada fizycznie zakupionych macierzy dyskowych, co uniemożliwia zapis obrazu zawierającego informacje niejawne, nie biorąc pod uwagę faktu, że nośniki danych znajdują się na wyposażeniu użyczanego samolotu wraz z pozostałym wymaganym sprzętem, który jest własnością firmy Primis - członka Konsorcjum i zostaną przekazane, zgodnie z umową Konsorcjum, do dyspozycji Lidera Konsorcjum, po zawarciu umowy z Zamawiającym. W przeciwieństwie do stanu faktycznego wynikającego z wyroku KIO 784/18, w którego treści Zamawiający upatruje argumentów, w niniejszej sprawie nie ma żadnych wątpliwości, co do podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków Konsorcjum firm, albowiem już na etapie zawarcia umowy Konsorcjum, a następnie składaniu oferty - ustalono podział zadań pomiędzy poszczególne firmy wchodzące w skład Konsorcjum, w zakresie realizacji zamówienia, z uwzględnieniem zadań do wykonania, których niezbędny był dostęp do informacji niejawnych. Odnosząc się z wyroku w zakresie w jakim uznaje on, że wykonując wspólnie lot zarówno pilot jak i operator kamery będą mieli dostęp do zdjęć terenów zamkniętych, należy wskazać, iż niewątpliwie zarówno pilot jak i operator taką wiedze posiądą, niemniej jednak położenie terenu zamkniętego samo w sobie nie stanowi informacji niejawnej, co potwierdziła jednoznacznie również ABW w piśmie z 10 kwietnia 2020 r. Materiałem niejawnym jest dopiero zobrazowanie terenów i obiektów, co może nastąpić przy użyciu specjalistycznej kamery, za obsługę której odpowiada operator kamery, w niniejszej sprawie zatrudniony przez firmę posiadającą wymagane świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

Przyjęcie stanowiska, iż w takim samym zakresie pilot jak i operator kamery bierze udział w wykonaniu zobrazowań i ich ochronie, jest błędne, choćby brak faktycznych możliwości obsługi kamery cyfrowej podczas lotu, które to urządzenia pozwala na zbliżenie terenu lub obiektu, których ze znacznej wysokości, na której obywa się lot, nie można dostrzec gołym okiem.

Pilot kierujący statkiem powietrznym, nie ma możliwości zapoznania się z utrwalonymi materiałami niejawnymi w postaci zobrazowań, zapisanych na dyskach wymiennych, umieszczonych w kamerze, w sytuacji, kiedy sama kamera nie jest wyposażona w dysk stacjonarny, na którym dodatkowo następowałaby rejestracja materiału.

Powyższe wskazuje, iż pilot obiektywnie nie ma dostępu do informacji niejawnych w związku z czym nie ma obowiązku legitymowania się poświadczeniem bezpieczeństwa.

A zatem nie można przyjąć, że Odwołujący się - Konsorcjum firm nie spełnił warunków określonych w SIWZ związanych z dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, czyli, że zachodziła podstawa do jego wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie w ocenie strony odwołującej się miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Ad. 4

Zgodnie z zasadą zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie

wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z zasady wynika, że od wszystkich wykonawców należy egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w fen sam sposób. Zasada nie pozwala faworyzować ani dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu, poza rygorami przewidzianymi dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający jest związany wymaganiami postawionymi wykonawcom i przy ocenie musi stosować te same kryteria wobec nich.

Warunkiem należytego wykonania zadania przez Wykonawcę, było legitymowanie się przez firmę odpowiedzialną, w ramach konsorcjum za realizację umowy w zakresie dostępu do informacji niejawnych, czyli w tym przypadku do wykonania zdjęć terenów zamkniętych i obiektów na nich się znajdujących, w rozumieniu § 2 rozporządzenia, świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, o którym mowa w art. 54 ust. 2 ustawy o OIN.

Firmą odpowiedzialną za tę część realizacji zamówienia w ramach Odwołującego się - Konsorcjum firm, co wynika z dokumentów załączonych do oferty przesianej Zamawiającemu, w tym JEDZ, jak również Umowy Konsorcjum, była firma Visimind Ltd Sp. z o.o. legitymująca się odpowiednim świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, czego nie kwestionował Zamawiający. Na tle przedstawionych w toku postępowania, dokumentów, w tym wyjaśnień wynika, iż członek Konsorcjum, firma Primis spoi. s.r.o. w ramach realizacji zamówienia była odpowiedzialna za zabezpieczenie zaplecza technicznego w postaci statku powietrznego, specjalistycznej kamery z wymiennymi dyskami umożliwiającej wykonanie zdjęć terenów i obiektów zamkniętych, a także za zatrudnienie licencjonowanego pilota - odpowiedzialnego jedynie za dokonanie nalotu nad wskazane tereny, który to nie miał bezpośredniego dostępu do kamery cyfrowej i zamontowanych w niej nośników danych cyfrowych, którą miał obsługiwać operator będący pracownikiem firmy Yisimind Ltd Sp. z o.o.

Lokalizacja terenów zamkniętych, z którą musiałby zapoznać się pilot, zgodnie ze stanowiskiem ABW, nie stanowi informacji niejawnej w rozumieniu ustawy o OIN. Z kolei pilot kierujący jedynie statkiem powietrznym (szczególnie na dużej wysokości), bez korzystania ze specjalistycznego sprzętu zapewniającego jakość obrazu porównywalną z jakością oferowaną przez sprzęt wykorzystywany do prac kartograficznych, nie ma, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, możliwości zapoznania się z obiektami niejawnymi znajdującymi się na terenie zamkniętym.

Dowód: pismo ABW z 10.04.2020 r.D-36440/2020, pismo Odwołującego z 25 marca 2020 r.
Dokonując oceny czynności wykonywanych w ramach realizacji samego nalotu, w kontekście konieczności legitymowania się przez podmiot realizujący ten zakres zamówienia, świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, warto dokonać również analizy pkt. 14 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego (IBP) stanowiącej załącznik do umowy, przewidującego sytuację awaryjnego lądowania statku powietrznego w miejscu nieprzewidzianym w planie nalotu w aspekcie osób odpowiedzialnych za zapewnienie ochrony materiałów niejawnych do czasu przybycia Pełnomocnika Ochrony Informacji Niejawnych Lidera Konsorcjum - firmy Visimind Ltd Sp. z o,o. W świetle zapisu IBP personel samolotu odpowiada za zabezpieczenie materiałów niejawnych. Na wstępie należy wskazać, iż opisana sytuacja ma charakter wyjątkowy i szczegółu)'. Użyte w pkt. 14 IBP sformułowanie „personel samolotu", ma charakter uniwersalny. Każdy z członków personelu w samolocie odpowiada za realizacje przydzielonego mu zakresu zadań. W rozpatrywanym przypadku za zabezpieczenie informacji niejawnych znajdujących się na dyskach wymiennych w kamerze cyfrowej, w sytuacji nadzwyczajnej, opisanej w pkt. 14 IBP odpowiadałby operator kamery — pracownik firmy Visimind LTD Sp. z o,o. legitymujący się odpowiednim poświadczeniem bezpieczeństwa. Należy dodatkowo podkreślić, iż w pkt. 14 IBP użyto sformułowania „organizuje ochronę materiałów niejawnych", co wskazuje jedynie na aspekt organizacyjny, a nie związany z zapewnieniem ochrony materiałów niejawnych w rozumieniu ustawy o OIN i sprowadzający się generalnie do zabezpieczenia statku, w którym zamontowana jest kamera cyfrowa np.: przed pożarem czy zalaniem.

Tym samym, również w takim przypadku, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż w ramach spełnienia wymagań stawianych Wykonawcy w SIWZ i IBP, koniecznym jest legitymowanie się przez firmę Primis spoi. s r.o. świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego.

Odnosząc się w dalszej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 i 4a Pzp poprzez rozszerzenia przez niego SIWZ, już po złożeniu ofert, poprzez żądanie złożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez członka Konsorcjum - firmę Primis spoi. s r.o., mimo, iż w ramach realizacji zamówienia nie miała odpowiadać za jego część związaną z dostępem do informacji niejawnych, a z zapisu SIWZ jednoznacznie wynikało, iż w przypadku Konsorcjum, tylko podmiot wykonujący zdjęcia terenów zamkniętych winien legitymować się odpowiednim świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, należy wskazać, iż z materiałów postępowania nie wynika, aby Zamawiający dokonał wyjaśnienia, czy doprecyzowania SIWZ w toku postępowania, tak jak ma to miejsce w stanie faktycznym

opisanym w wyroku KIO 369/17, który Zamawiający powołuje w piśmie o wyborze oferty.

Co więcej, w niniejszej sprawie, z zapisów SIWZ jednoznacznie wynika, iż tylko ten członek Konsorcjum ma posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, który wykonuje zdjęcia terenów zamkniętych, a nie jak miało to miejsce w przywołanym wyroku KIO - odpowiedzialny za przygotowanie i wykonanie nalotów, w ramach których pozyskiwane są zdjęcia lotnicze oraz za przetworzenie zdjęć lotniczych do postaci jawnej.

Na marginesie, warto również zaznaczyć, iż inaczej niż to wynikało ze stanu faktycznego w przywołanej powyżej sprawie, w przypadku Odwołującego się - Konsorcjum firm, od momentu zawarcia umowy konsorcjum i złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym dokumentów JEDZ, jednoznacznie zostały określone zakresy zadań realizowanych przez poszczególnych członków Konsorcjum i związanego z tym dostępu do informacji niejawnych, który to podział zadań, na żadnym etapie postępowania nie uległ jakiejkolwiek modyfikacji, czego nie kwestionował Zamawiający.

Przedstawiony powyżej stan faktyczny wprost wskazuje, iż powołanie się przez Zamawiającego na wyrok KIO we wskazanej wyżej sprawie, powierzchownie tożsamej, nie jest trafne, albowiem jak powyżej przedstawiono, stan. faktyczny obu spraw wyraźnie od siebie odbiega w jego kluczowych aspektach, a mianowicie kwestii wymagań SIWZ w zakresie zakresu zamówienia wymagającego legitymowania się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, jednoznacznego określenia podziału zadań między poszczególnych członków konsorcjum oraz sytuacji doprecyzowania przez Zamawiającego warunków SIWZ po złożeniu ofert. Tym samym, przywołane orzeczenie, nie może stanowić argumentów potwierdzających zasadność podjętej przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego się - Konsorcjum firm z postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższe oznacza, iż postępowanie Zamawiającego, polegające na żądaniu, mimo braku ku temu podstaw prawnych, świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od członka konsorcjum firmy Primis spoi. s r.o.m jest de facto nielegalnym rozszerzeniem warunków określonych w SIWZ, mając na względzie, iż nastąpiło po złożeniu ofert i bez zachowania wymogów formalnych, a w konsekwencji naruszeniem fundamentalnej zasady ustawy Pzp uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o OIN, a także art. 38 ust. 4 i 4a Pzp), które to naruszenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego wnosi jak na wstępie.

Załączono: Umowa konsorcjum z 21.02.2020 r.,, Pismo firmy VISIMIND Ltd Sp. z o.o. skierowane do ABW oraz odpowiedź z dnia 10 kwietnia 2020 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wskazani w sentencji niniejszego orzeczenia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, jak niżej.

- „Na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, Zamawiający, ze względów ekonomicznych uwzględnia Odwołanie w całości.

- Jednocześnie wyrażając merytoryczne stanowisko w sprawie, Zamawiający wnosi o oddalenie Odwołania w całości - co do zasady.”

Uzasadniając stanowisko, zamawiający wskazał, co następuje.

Na wstępie Zamawiający wskazał, że oświadczenie o uwzględnieniu Odwołania, złożone przez niego na początku odpowiedzi na odwołanie, stanowi jedynie wyraz dbałości o interesy Zamawiającego, który jako rozsądny dysponent środków publicznych, nie chce narażać się na ryzyko poniesienia ewentualnych kosztów związanych z przeprowadzeniem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Powyższe, jak stwierdzono, nie pozbawia możliwości zajęcia stanowiska meriti, co prezentuje, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przedmiotowe postępowanie, nie jest pierwszym postępowaniem tego typu ogłaszanym i przeprowadzanym przez Zamawiającego. Dotychczasowe prowadzone były na tych samych warunkach, które obecnie kwestionowane są przez Odwołującego. Warunki te nie budziły wątpliwości wśród podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w poprzednich postępowaniach.

Na dowód wskazano na dokumentacje z poprzednich kilku postępowań z analogicznymi warunkami podmiotowymi, w tym warunkiem posiadania świadectwa bezpieczeństwa

przemysłowego I stopnia w rozumieniu ustawy potwierdzające pełną zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów zamawiający wskazał, że Regulacje przepisu art. 10 ust. 4 PGiK, w szczególności 2—4, dotyczą zagadnienia związanego z wykonywaniem materiałów geodezyjnych lub kartograficznych, o których mowa w treści rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z 22 grudnia 2011 r. w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych. W treści art. 10 ust. 2 PGiK uregulowano zastrzeżenie, że materiały takie mogą wykonywać wyłącznie podmioty posiadające odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych w rozumieniu przepisów wspomnianej Uoin Przepisy art. 10 ust. 3 i 4 PGiK zobowiązują natomiast Głównego Geodetę Kraju do przekazania podmiotowi planującemu wykonywanie dla jasno sprecyzowanego obszaru (w terminie 7 dni roboczych) informacji, czy w granicach tego obszaru znajdują się tereny zamknięte, zawierające obiekty, o których informacje są objęte klauzulą tajności.

W zakresie obowiązków określonych wymienionymi przepisami, Główny Geodeta Kraju udziela podmiotowi posiadającemu odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych informacji o granicach terenów zamkniętych, jak również przekazuje mu wytyczne określające zasady przetwarzania zobrazowań lotniczych zawierających informacje niejawne do postaci jawnej. Wszystkie te informacje Główny Geodeta Kraju przekazuje na wniosek zainteresowanego podmiotu (tak: J. Lang J. Maćkowiak, T. Myśliński, E. Stefańska, Prawo geodezyjne i kartograficzne, 2018, LEX/el.).

Wydaje się, że udzielenie takich informacji na wniosek podmiotu wykonującego odpowiednie zobrazowania lotnicze terenów zamkniętych, nie dotyczy przypadków, gdy czynności te będą wykonywane w rzeczywistości na zlecenie Głównego Geodety Kraju, w związku z realizacją umowy zawartą w wyniku przeprowadzonego przez ten podmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z którego treści dokumentacji postępowania (m.in. z treści SIWZ) wynika, że wykonanie przedmiotu umowy będzie wiązało się z koniecznością udzielenia Wykonawcy informacji o granicach terenów zamkniętych. Jednakże, wymaganie określone w treści przepisu art. 10 ust. 4 PGiK, dotyczące podmiotu planującego wykonać zobrazowania lotnicze, polegające na legitymowaniu się przez ten podmiot odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez niego zdolności do ochrony informacji niejawnych, zrównuje de facto informację o granicach terenów zamkniętych z informacjami o charakterze niejawnym. Z uwagi na racjonalność ustawodawcy, że zastrzeżenie dotyczące posiadania i wykazania przez wskazany w treści przepisu art. 10 ust. 3 PGIK podmiot, zdolności do ochrony informacji niejawnych, było zabiegiem celowym i miało na celu także roztoczenie ochrony nad informacjami dotyczącymi granic terenów zamkniętych, przy jednoczesnym podwyższeniu stopnia tej ochrony. Nie ulega wątpliwości, że pilot kierujący statkiem powietrznym, na skutek przeprowadzenia lotu nad określonym terytorium zamkniętym, byłby w stanie, w późniejszym okresie, dokonać np. jego lokalizacji.

Nawiązując do opinii ABW — Departamentu Ochrony Informacji Niejawnych podkreślić należy, że opinia nie stanowi „audytu" prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w zakresie zgodności z regulacjami określonymi przepisami i ochrony informacji niejawnych. Odnosząc się do zakresu obowiązków pilota, jakie zostały nałożone na niego przepisami prawa w związku z wykonywaniem czynności związanych z nalotem nad terenem, którego obraz ma być utrwalany, wskazać należy, że wbrew stanowisku Odwołującego, niektóre z obowiązków nałożonych na osobę pilota, generują po jego stronie bezpośrednią styczność z już utrwalonymi informacjami o charakterze niejawnym.

Pilot w czasie nalotu, w sytuacji awaryjnej, jak również w sytuacji wystąpienia innego rodzaju «zagrożenia, jest zobowiązany do podjęcia takich czynności, których celem jest zabezpieczenie sprzętu i zrealizowanej na nim usługi wykorzystywanego do utrwalania w formie zdjęciowej elementów środowiska, w tym również do obsługi takiego sprzętu, a w konsekwencji do ochrony danych zapisanych na umieszczonych tam nośnikach,

Zgodnie z treścią pkt 14 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, stanowiącej załącznik nr 3 do umowy, w przypadku awaryjnego lądowania samolotu w miejscu nieprzewidzianym w planie nalotu, personel samolotu organizuje ochronę materiałów niejawnych do czasu przybycia Pełnomocnika Wykonawcy. Nośniki danych (macierze dyskowe) kamery cyfrowej nie mogą pozostawać bez ochrony w samolocie, na lotnisku, ani w żadnym innym miejscu i czasie — tym samym fragmentaryczne pojmowanie roli i obowiązków wynikających z umowy dla poszczególnych ról osób uczestniczących w prawidłowej realizacji przedmiotu umowy należy uznać za niewłaściwe — a sam sposób doboru argumentacji za fragmentaryczny i obliczony w całości na efekt procesowy, a nie kompleksowe ujęcie obowiązków umownych — co stawia dodatkowo pod znakiem zapytania zgodność treści oferty z treścią siwz — w zakresie nie ujętym w ofercie do realizacji mimo wyrażonego obowiązku w ww. punkcie.

Odwołujący podnosi, że z uwagi na podział zadań (związanych z przeprowadzeniem nalotu, a

w przedmiotowym stanie faktycznym wynikający także z umowy Konsorcjum), dokonany pomiędzy członkami personelu samolotu, zabezpieczenie informacji niejawnych znajdujących się na dyskach wymiennych w kamerze cyfrowej, w przypadku wystąpienia sytuacji nadzwyczajnej, byłoby obowiązkiem operatora kamery, legitymującym się odpowiednim poświadczeniem bezpieczeństwa. Pozostaje jednak odpowiedź na pytanie, kto odpowiadałby za zabezpieczenie tych materiałów, w sytuacji, gdyby operator kamery, z jakichkolwiek przyczyn, znajdowałby się w takim stanie fizycznym lub psychicznym (np. na skutek awarii samolotu, której skutkiem byłoby poniesienie przez niego ciężkich obrażeń ciała), który uniemożliwiałby mu realizację przez niego tego obowiązku. Wówczas, obowiązek ten uaktywniłby się również po stronie pilota, który doraźnie powinien podjąć się zabezpieczenia danych. Argument Odwołującego, wskazujący, że opisane powyżej przypadki mają charakter wyjątkowy, jest bez znaczenia, gdyż zawsze istnieje prawdopodobieństwo ich wystąpienia, a Wykonawca, nawet w tak rzadkich przypadkach, powinien dawać rękojmię należytego wykonania umowy, w szczególności zakresie ochrony informacji niejawnych, które w sposób bezpowrotny utraciłyby swoje walory.

Tok rozumowania Odwołującego jest nie do przyjęcia a opierający się wyłącznie o stopień prawdopodobieństwa — co do zasady również kary umowne są (przynajmniej przez Zamawiającego) - traktowane jako ewentualność i najbardziej pożądanym modelu, która się nie ziści — co nie wyłącza ich ujęcia w warunkach realizacyjnych postępowania.

Mając na względzie, że zgodnie z treścią pkt 14) Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego, w opisanych tam sytuacjach, pilot niewątpliwie miałby styczność z materiałami o charakterze niejawnym znajdującymi się na kamerze cyfrowej i jej dyskach wymiennych, bardziej szczegółowe odniesienie się do sformułowanego w treści Odwołania zarzutu nr 1 w zakresie błędnego rozumienia przez Zamawiającego pojęcia „informacji niejawnych", jest bezcelowe. Pilot, w opisanych powyżej sytuacjach, niewątpliwie miałby bezpośredni dostęp do zdjęć różnych obszarów haju, a w przypadku, gdy zdjęcia te zawierałyby utrwalenie terenów zamkniętych - także do informacji niejawnych, wobec czego, należy dojść do konkluzji, że wymaganie dotyczące obowiązku przedstawienia przez Primis społ. z r.o. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, jak również obowiązku przedstawienia poświadczenia bezpieczeństwa przez pilota statku powietrznego, kłów kierowałby nim podczas nalotu i uczestniczył w ewentualnych czynnościach dalszych - należy uznać za całkowicie uzasadnione,

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu także przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady określonej w treści przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji. Przywołany powyżej przepis Pzp wskazuje, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W przedmiotowym stanie faktycznym, na żadnym etapie postępowania, nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, zaś wszyscy wykonawcy, traktowani byli na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Wymagania, w zakresie kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności, zostały uregulowane w rozdziale VI ust. 2 pkt 1 treści SIWZ, gdzie wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1 b Pzp, spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie wskazywanych wcześniej kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności. Rzeczone warunki, określone zostały jako wymóg posiadania świadectwa przemysłowego I stopnia w rozumieniu U.o.i.n., potwierdzające pełną zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne/tajne", przy czym klauzula „tajne" lub wyższa dotyczyła wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w części 5 oraz 6, natomiast klauzula „poufne", odnosiła się do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w części 1 i 4.

Wymagania dotyczące legitymowaniem się odpowiednim świadectwem przemysłowym dotyczyły na równych zasadach wszystkich Wykonawców, także wszystkich członków wchodzących w skład Konsorcjum. Takie zastrzeżenie zostało wyraźnie określone w treści rozdziału VI SIWZ, gdzie w pkt 2) fragmentu tego dokumentu odnoszącego się do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (str. 6 SIWZ), powołując się na treść przepisu art. 23 Pzp, Zamawiający wskazał, że warunek określony w ust. 2 pkt 1 ppkt i(części 5 oraz 6) oraz ppkt ii- (części 1 oraz 4) niniejszego rozdziału winien spełniać samodzielnie każdy z Wykonawców, który w ramach realizacji zamówienia będzie wykonywał zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych, przy czym przez słowo „każdy", należy rozumieć również Odwołującego w odniesieniu do osoby pilota.

Nie ulega wątpliwości, że określając warunki udziału w postępowaniu w określony powyżej sposób, Zamawiający skorzystał ze swojego uprawnienia określonego w treści przepisu art. 23 ust. 5 Pzp, który wskazuje, że: Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1 (tj. ubiegających

się o zamówienie w formie Konsorcjum — przypis autora), warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. Ib, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Powyższe uprawnienie Zamawiającego zostało potwierdzone także w orzecznictwie KIO, która m. in w wyroku KIO 269/19, wskazała, że: W tych przypadkach, gdy jest to uzasadnione charakterem zamówienia, zamawiający uprawniony jest do zastosowania regulacji art. 23 ust. 5 pzp., tj. może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Korzystając z ww. uprawnienia zamawiający obowiązany jest do przestrzegania zasady proporcjonalności.

Szczególny charakter podmiotu, jakim jest Zamawiający, uprawnia go do takiego ukształtowania nie tylko przedmiotu zamówienia, ale również warunków udziału w postępowaniu, które odpowiadają jego potrzebom, na co wskazała KIO w wyroku KIO 2351/19, w którym stanęła na stanowisku, że: warunek udziału w postępowaniu winien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. To zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, formułuje warunki udziału w postępowaniu, celem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania. umowy.. Podobnie Izba wypowiedziała się także w wyroku z dnia 1 sierpnia 2018 r.: To zamawiający. będąc gospodarzem postępowania, formułuje warunki udziału w postępowaniu, celem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy (tak: KIO 1413/18).

Warunki udziału w postępowaniu, w treści rozdziału VI SIWZ, uregulowane w taki sposób, aby w wyniku wykonania przedmiotu umowy, jego interesy zostały należycie zabezpieczone. Wobec niespełnienia przez Odwołującego warunków, czynności na wykluczenia Konsorcjum z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty, były uzasadnione i zgodne z przepisami Pzp. Odwołujący nie tylko nie kwestionował warunku udziału w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej i nie kierował pytań, na które odpowiedzi — wobec tak zasadniczo odmiennego odczytywania treści warunku (co zamawiający odczytuje jako wyłącznie na potrzeby toczonego sporu) — staranne działanie profesjonalisty winno - wobec zarówno obecnego brzmienia jak i w branży doskonale znanych dotychczasowych zamówień publicznych na tożsamy przedmiot były jednoznacznie odczytywane — skłaniać do skierowania pytań do Zamawiającego w tym przedmiocie, a takiej staranności Odwołujący nie dochował.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych w treści zarzutów, nie miało miejsca wobec czego wniosek Zamawiającego o oddalenie Odwołania jest całkowicie uzasadniony. Załączniki: dokumentacja poprzednich postępowań prowadzonych przez zamawiającego.

Przystępujący działający przez pełnomocnika - OPEGIEKA sp. z o.o. w Elblągu uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania wskazał na rozdział VI siwz - warunki udziału w postępowaniu, gdzie użyto określenia, że „warunek określony w ust. 2 pkt 1 ppkt i-(część 5 oraz 6) oraz ppkt ii (części 1 oraz 4) niniejszego rozdziału winien spełniać samodzielnie każdy z wykonawców, który w ramach realizacji zamówienia będzie wykonywał zdjęcia lotnicze terenów zamkniętych. Ponadto w Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego (zał 3 do umowy) napisano:

W pkt „15. Wykonawca realizuje cały proces technologiczny związany z przetwarzaniem do postaci jawnej zdjęć lotniczych oraz z tworzeniem cyfrowej ortofotomapy wykorzystując własny system teleinformatyczny.

Pkt 16 Czynności, o których mowa w pkt 2.2 mogą być wykonywane jednie 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 te czynności muszą posiadać stosowne poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych.”

Zarzuty opierające się postanowieniach siwz przystępujący ocenia jako spóźnione. Wskazuje na konkretne opisanie sposobu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zgodnie z r. VIII ust. 4 tj. złożenie w trybie art. 26 ust. 1:

1/ świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych potwierdzające pełna zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne/tajne” a) o klauzuli „tajne” lub wyższej w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w części 5, 6;

b) o klauzuli „poufne” lub wyższej w przypadku.. zamówienia w części 1,4.”

Zamawiający dnia 20.03.2020 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień powołując postanowienia siwz i Instrukcję Bezpieczeństwa przypominając wymogi w zakresie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i wskazanie, kto jest właścicielem samolotu,

kamery oraz nośników danych przeznaczonych do wykonywania zdjęć lotniczych terenów zamkniętych i zapisania zdjęć z terenów zamkniętych.

Z przedstawionych dokumentów wynikało, że firma Visimind jako jedyna w konsorcjum posiadająca wymagane świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, nie posiada akredytowanego systemu teleinformatycznego z oprogramowaniem umożliwiającym przetworzenie zdjęć do postaci jawnej w celu wykonania cyfrowej ortofotomapy. Lider konsorcjum chcąc wykorzystać oprogramowanie, którym dysponują jego partnerzy nie posiadający świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, musiałby zmodyfikować akredytowany system informatyczny, zaktualizować dokumentację i uzyskać akceptację ABW zgodnie z par. 18 ust. 5 pkt 4 rozporządzenia PRM z dnia 20 lipca 2011 r w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego. Dopiero po akceptacji ABW konsorcjum spełniałoby warunki udziału w postępowaniu.

Lider konsorcjum zwrócił się do ABW (załączniki do odwołania) i uzyskał odpowiedź z akceptowalną dla niego informacją w wyniku przedstawionych własnych wybiórczych okoliczności. Przystępujący przedstawił zasady przetwarzania informacji niejawnych uzyskanych z użyciem kamery ultracam planowanej przez odwołującego uwzględniając specyfikację i proces obsługi kamery w zakresie ochrony danych niejawnych i certyfikacji systemu teleinformatycznego w obrębie bezpiecznego systemu zgodnie z akredytacją Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

1. Elementy hardware niezbędne do pracy na zdjęciach wykonanych kamerą Vecxel UltraCam Mark 3 zawierających informacje niejawne w kancelarii tajnej:

a. Jednostka desktop akredytowana przez ABW zgodna z zaleceniami producenta kamery odnośnie komputera wykorzystywanego do przetwarzania zdjęć pochodzących z kamer producenta Vexcel Imaging GmbH w oprogramowaniu UltraMap

b. Zainstalowany oraz skonfigurowany desktop kontroler w postaci karty LSI, SAS2 2116 Meteor ROD(E) niezbędnej do zgrywania danych z macierzy dyskowej - File Data Unit (FDU),

c. File Data Unit Station (FDU Station)— stacja dokująca, z komputerem za pośrednictwem kontrolera 1-SI, producenta kamery firmę Vexcel jedyna rekomendowana do zastosowania,

d. FDU -macierz dyskowa zawierająca nieprzetworzone zdjęcia z informacjami niejawnymi, dostarczona przez producenta kamery firmę Vexcel jedyna rekomendowana do zastosowania

e. Klucz sprzętowy do oprogramowania UltraMap producenta Vexcel Imaging GmbH niezbędny do wykonania processingu zdjęć.

f. Szafa ekranująca z klawiaturą, monitorem i myszą Środek Ochrony Elektromagnetycznej posiada Certyfikat Ochrony Elektromagnetycznej

2. Zgrywanie danych zawierających informacje niejawne /.../

3. Przetwarzanie danych niejawnych /.../

4. Eksport oraz kompresja/.../

Oprogramowanie musi być elementem BST. W dokumencie Szczególnych Wymagań Bezpieczeństwa (SWB) musi być zamieszczona informacja o jego instalacji w systemie, wykazana jego legalność (nr licencji). Podmiot, który posiada ŚBP st. I i akredytację BST musi być właścicielem takiego oprogramowania i na dzień złożenia oświadczenia o spełnieniu wymagań w tym postępowaniu musi mieć gotowy do realizacji zadań związanych z przetwarzaniem zdjęć lotniczych obiektów niejawnych Bezpieczny System Teleinformatyczny, w szczególności wpisane do SWB niezbędne oprogramowanie oraz jednoznacznie identyfikowalną oryginalną macierz dyskową FDU oraz File Data Unit Station, stanowiący jego własność.

Z powyższego opisu przystępujący wywodzi wniosek, że środowisko BST jest o wiele bardziej złożone niż opisuje to firma Visimind i powinno być w całości certyfikowane przed złożeniem oferty. Firma Visimind deklaruje jedynie zakup nowych nośników na potrzeby realizacji. Nie będzie posiadała więc kompletu oprogramowania i urządzeń wymaganych do ochrony informacji niejawnych, co potwierdza w swoich wyjaśnieniach z 25.03.2020:

„Lider Konsorcjum na potrzeby realizacji przedmiotowego zadania dokona zakupu nośników danych (macierze dyskowe), które zostaną użyte wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotowego zadania.

Zachodzi wiec uzasadnione podejrzenie, że może nie uzyskać akredytacji ABW i nie będzie zdolna do wykonania zamówienia.

Dodatkowo zarzut Odwołującego wskazujący wadliwą interpretację pojęć „dokumenty" i „materiały niejawne" użyte w ustawie PGiK oraz ww. rozporządzeniu oraz zarzut, iż członek Konsorcjum Primis spol s.r.o nie musi posiadać wymaganego świadectwa bezpieczeństwa, gdyż nie będzie wykonywał zdjęć, jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa.

Podmiot, który posiada pilota, statek powietrzny, oprogramowanie służące opracowaniu zdjęć do postaci jawnej z postaci niejawnej, specjalistyczny sprzęt w postaci kamery musi zostać uznany za Wykonawcę zobligowanego do posiadania ww. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz zdolność do ochrony informacji niejawnych, jako podmiot wykonujący czynności polegające na nalocie nad terenem zamkniętym, który ma zostać utrwalony, zobrazowany, statkiem powietrznym z zainstalowanym urządzeniem przeznaczonym do pozyskania informacji obrazowej. Dla bezpieczeństwa przetwarzania informacji niejawnych i zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, obraz niejawnych terenów zamkniętych i niejawnych obiektów, o których mowa w ww. rozporządzeniu z 22 grudnia 2011 roku , jest materiałem niejawnym, co oznacza , że podlega ochronie zgodnie z ww. przepisami. Wykonywanie więc umowy, która wiąże się z dostępem do informacji niejawnych oraz dostęp do tych informacji może być realizowana wyłącznie przez Wykonawcę mającego odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, a dostęp do tych materiałów mogą mieć wyłącznie osoby uprawnione tj. legitymujące się odpowiednio do klauzuli, upoważnieniem wydanym w trybie art. 21 ust. 4 ustawy OIN lub odpowiednim poświadczeniem bezpieczeństwa oraz zaświadczeniem potwierdzającym odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

W ramach zawartego konsorcjum Odwołującego, dostęp do informacji niejawnych w skutek wykonywania Umowy miałby także bezspornie także Członek Konsorcjum Primis spol s.r.o. Zgodnie z art. 2 pkt. 1 lit. B ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne do prac geodezyjnych zalicza się projektowanie i wykonywanie zobrazowań lotniczych. Elementem wykonywania zobrazowań lotniczych jest jak wskazano powyżej nalot, który dokonywany będzie przez pilota, statek powietrzny oraz sprzęt w postaci kamery, należących do członka konsorcjum Primis spol s.r.o, a ponadto ten właśnie członek Konsorcjum opracowuje plan nalotów oraz zapewnia oprogramowanie do przetworzenia informacji niejawnych do postaci jawnej. Wszystko to wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego jest w pełni prawidłowe i zgodne ze stanowiskiem ABW wyrażonym w piśmie do Głównego Geodety Kraju z dnia 31.07.2018 roku.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Przystępujący konsorcjum oświadczył, że wobec oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania, wnosi sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania.

Odwołujący w związku ze stanowiskami pisemnymi Zamawiającego i Przystępującego złożył dokumenty potwierdzające fakt, iż lider konsorcjum Visimind dysponuje akredytowanym systemem teleinformatycznym niezbędnym do przetwarzania informacji niejawnych, oprócz sytemu dysponuje również programem dopuszczonym przez ABW do przetwarzania informacji niejawnych na jawne. Firma dysponuje oprzyrządowania systemowym, programowym do przetwarzania informacji, przewidziany w ramach realizacji zamówienia publicznego. . Przypomniał, że w specyfikacji na str. 5 określono wymogi co do potencjału technicznego ze wskazaniem potrzeby dysponowania nim na etapie realizacji umowy. Wskazał na relacje ustawy OIN i PGIK. Przypomniał pojęcie informacji niejawnych, co do których nie stosuje się informacji o lokalizacjach terenów zamkniętych. Z treści specyfikacji nie wynika obowiązek legitymowania się przez wszystkich konsorcjantów świadectwem bezpieczeństwa. Wskazał na procedurę użycia macierzy w toku realizacji umowy po uprzedniej ich rejestracji, a następnie w czasie nalotu i sporządzania zdjęć (nagrań) i ich opracowania. Podkreślił brak udziału pilota w dostępie do informacji niejawnych także w sytuacjach szczególnych np. awarii. Przypomniał stanowisko ABW w piśmie z 10.04.2020 przedstawione w odniesieniu do konkretnej, tu rozpatrywanej sprawy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z argumentacją zawartą w odpowiedzi.

Przypomniał art. 10 ust 4 PGiK o udzielaniu informacji wyłącznie podmiotom posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa. Uznał, że pilot uczestniczący w nalocie nad obiektami zamkniętymi bierze udział w uzyskiwaniu zdjęć. Bez takiego poświadczenia nie uzyskałby informacji i zgody dot. terenów zamkniętych. Wskazał na pkt 14 instrukcji bezpieczeństwa zał. do umowy o obowiązkach personelu w razie awarii i lądowania w miejscu nieprzewidzianym w zakresie ochrony. Wskazał na art. 114 ust. 3 prawa lotniczego opisujący obowiązki personelu lotniczego transportu oraz art. 115 dot. praw i obowiązków dowódcy i załogi.

Przypomniał, że Odwołujący w ramach wyjaśnień do oferty informował, że nie posiada macierzy, co oznacza w ocenie Zamawiającego, że potwierdził, iż nie spełnia warunku technicznego. Także w odwołaniu wskazał, iż własność należy do konsorcjanta, nieposiadającego poświadczenia, a jest to miejsce przewidziane do zapisu zdjęć. Przypomniał, że przedmiotem sporu jest brak określonych uprawnień przez konsorcjanta, a nie procedura sporządzania zdjęć i wewnętrzny podział kompetencji wykonawców.

Podkreślił wymóg szczególnej staranności przy wykonywaniu prac dot. obiektów chronionych, zamkniętych, obejmującym dane wrażliwe. Stwierdził, że wykonywanie zdjęć lotniczych to nie jest wyłącznie obsługa kamery cyfrowej. Wykonywanie prac wymaga znajomości terenów, w tym tych, co do których należy mieć legalny dostęp. Stwierdził, że niezbędne zasoby techniczne i osoby będą należały do partnera czeskiego. Podał w wątpliwość możliwość obsługiwania urządzeń przez lidera, który dysponuje świadectwem bezpieczeństwa i nie wykazał dysponowania osobami mogącymi obsłużyć takie urządzenia. Przypomniał art. 4 prawa geodezyjnego i przebieg procedury sporządzenia ortofotomapy, która się nie ogranicza do wykonania zdjęć, a wymagania czynności uprzednich i następczych.

Wskazał na art. 10 ust 4 prawa geodezyjnego jako lex specialis, z czego wywodzi, iż pomimo powszechności informacji o rynek zamknięty, informacje o granicach tych terenów udzielane są wyłącznie podmiotowi legitymującemu się świadectwem bezpieczeństwa. Stwierdził, że pismo ABW z 10.04 stanowi odpowiedź na stan faktyczny subiektywnie przedstawiony przez Odwołującego. Wskazał na wymogi sprzętowe i specyfikację.

Ocenił, że zdjęcia w zakresie wchodzącym w realizację zamówienia będą wykonywać osoby zarówno wykonujące nalot, jak i bezpośrednio obsługujące kamerę, w tym pilot. Wskazał na ryzyko udziału w wykonaniu zadania podmiotu niepoddanego weryfikacji przez właściwy organ państwa.

Przystępujący zakwestionował wnioski dowodowe odwołującego ze złożonych dokumentów. Wskazał na własny dowód, którym zawarte jest pismo ABW z dn. 01.06.2020r. opisane w przedłożonym piśmie. Powołał się na istotne znaczenie stanowisk ABW, na jakie wskazuje również Odwołujący. Stwierdził, że pismo ABW z 10.04 ma charakter warunkowy, a procedura uruchomienia systemu teleinformatycznego może być złożona.

Wskazał na treść pisma ABW z 1 czerwca 2020 r., gdzie stwierdzono:

Ustawa o PGiK w art. 2 pkt 1 lit. b zalicza do prac geodezyjnych projektowanie i wykonywanie zobrazowań lotniczych, ale nie precyzuje pojęć „projektowanie" i „ wykonywanie", Oczywiste jest jednak, że immanentnym elementem wykonywania zobrazowań lotniczych jest nalot nad teren, który ma zostać zobrazowany, statkiem powietrznym z zainstalowanymi urządzeniami przeznaczonymi do pozyskiwania informacji obrazowej. W związku z tym przedsiębiorca dokonujący takiego nalotu, nawet jeśli nie obsługuje urządzenia do pozyskiwania obrazu, bierze udział w wykonaniu zobrazowania lotniczego, a więc jeśli zobrazowanie to dotyczy terenów zamkniętych, musi posiadać zdolność do ochrony informacji niejawnych, a tym samym odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

W związku z powyższym przedsiębiorca wykonujący zobrazowania lotnicze terenów zamkniętych musi pamiętać, iż jego kontrahent dokonujący nalotu swoim statkiem powietrznym również powinien posiadać odpowiednie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego. Zrealizowanie umowy bez dotrzymania tego warunku może być przyczynkiem do dokonania przez ABW oceny dalszej zdolności tego przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych.”

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji przez odwołującego, a tym

samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega ono uwzględnieniu.

Spełnianie warunków udziału określono w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia niespornie.

W zawiadomieniu o wyborze oferty w przedmiotowym postępowaniu i wykluczeniu z postępowania odwołującego zamawiający wskazał na okoliczności wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp. Uzasadniając stanowisko wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z art. 26.ust. 3 Pzp nie otrzymał świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego od członka Konsorcjum firmy: Primis społ. S r.o. co miało na celu ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Zamawiający powołał się w swojej decyzji ma stanowisko Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia 3 1.07.2018 r.

nr D-75283/2018/V/7205 cyt:"... immanentnym elementem wykonania zobrazowań lotniczych jest nalot nad teren, który ma zostać utrwalony (zobrazowany), dokonany statkiem powietrznym z zainstalowanymi urządzeniami przeznaczonymi do pozyskania informacji obrazowej.. ". Czynność nalotu związana jest z pilotowaniem samolotu, którego właścicielem jest Primis społ. S r.o i wykonywanym przez personel pilotujący, zatrudniony przez tego Wykonawcę. Do niego należy też kamera cyfrowa wykazana w przedłożonym przez Wykonawcę wykazie narzędzi. Podmiot czeski wykonując nalot będzie miał bezpośredni dostęp do materiałów, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz. U Nr 299, poz. 1772) tj. zdjęć lotniczych o wysokiej rozdzielczości terenów zamkniętych, zawierających informacje niejawne o obiektach położonych na tych terenach. W myśl stanowiska ABW dostęp do tych materiałów mogą mieć wyłącznie przez podmioty posiadające odpowiednia zdolność do ochrony informacji niejawnej. Ponadto zamawiający wskazał na Wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.05.2018 r. sygn. akt: K10784/18 i 13.03.2017 r. sygn. akt: KIO/369/17 gdzie orzeczono, że wykonawcy którzy będą wykonywać prace fotolotnicze - odpowiedzialni za loty mające związek z dostępem do informacji niejawnych muszą się legitymować zdolnością do ochrony tych informacji. KIO uznała, że wykonanie zdjęć lotniczych to praca zarówno pilota, jak i operatora kamery. Wyrok z 2018 r. odniósł się również do procedury awaryjnego lądowania samolotu i obowiązkach personelu w takiej sytuacji polegających na zapewnieniu ochrony informacji niejawnych. Dalej wskazano, że w ocenie ABW informacja o lokalizacji terenów zamkniętych nie jest informacją niejawną, ale zgodnie z art. 10 ust.4 ustawy-Prawo geodezyjne i kartograficzne może być udostępnione podmiotowi, który posiada odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych. Brak świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego członka Konsorcjum firmy: Primis społ. S r.o. odpowiedzialnego za organizację i wykonanie lotu tą zdolność przekreśla. Ust. 7 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego - załącznika nr 3 do umowy określa: „Informację o położeniu terenów zamkniętych, o których mowa w pkt. 2.1 oraz o sposobie przetworzenia zdjęć lotniczych do postaci jawnej Wykonawca wymieniony w pkt. 3 uzyskuje na wniosek z Departamentu Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, po przedstawieniu uwierzytelnionej kopii świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ". Ponadto, zgodnie z treścią ust. 19 Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego wykonawca jest zobowiązany do spełnienia wymagań określonych w tej instrukcji, a brak świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez Primis S r.o. to uniemożliwia. Podsumowując, zamawiając stwierdził, że „stawiając warunek w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp liczy na wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Stawianie warunków w postępowaniu ma pozwolić Zamawiającemu na ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał m.in załączenia do oferty oświadczenia w formie JEDZ, które ma potwierdzać stan faktyczny na dzień składania ofert. W tym dokumencie jak i później w uzupełnionym wykazie narzędzi, Konsorcjum firm z liderem Visimind Ltd Sp. z o.o. wykazywało spełnienie warunków, jednakże w wyjaśnieniach z 25.03.2020 r. Wykonawca stwierdza cyt.: „Lider Konsorcjum na potrzeby realizacji przedmiotowego zadania dokona zakupu nośników danych (macierze dyskowe), które zostaną użyte wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotowego zadania ". Brak macierzy dyskowych przeznaczonych do rejestrowania danych niejawnych uniemożliwia zapis obrazu zawierającego takie dane, a zatem Wykonawca nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego w SI WZ. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie może uzależniać zakupu urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia od pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego. Już w chwili składania oferty powinien spełniać wymagania Zamawiającego. Konieczność wykluczenia wykonawcy wynika z braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 12 Pzp.

Skład orzekający zasadniczo podziela stanowisko przedstawione przez zamawiającego, w tym powołaną argumentację autorstwa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i ujętą w cytowanych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Zauważając jednak, że są to stanowiska oparte na różnych od rozpatrywanego obecnie stanu faktycznego, a zatem nie mogą być wprost adekwatne do przedmiotowej sprawy, Izba wskazuje nadto i w szczególności na pogląd wyrażony w piśmie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego nr D-36440/2020 z dnia 10 kwietnia 2020 r. otrzymanym przez odwołującego na jego wniosek, w którym przedstawiono zasadniczo stan faktyczny mający miejsce w niniejszej sprawie.

W piśmie tym stwierdzono m. in.: /.../ "Lokalizacja terenów zamkniętych nie jest informacją niejawną. Wykazy działek składających się na te tereny publikowane są w powszechnie dostępnych aktach prawnych wydawanych przez ministrów właściwych dla danego działu administracji (np. ministra obrony narodowej). Ochronie przewidzianej dla materiałów podlegają jedynie materiały geodezyjne lub kartograficzne zawierające informacje dotyczące obiektów znajdujących się na terenach zamkniętych, jeżeli informacjom tym nadano klauzule tajności. Stanowi o rozporządzeniem (? - KIO) Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 299 poz. 1772). Opierając się na cytowanym wyżej rozporządzeniu trzeba przyjąć, że cechy decydujące o niejawności obiektu zlokalizowanego na terenie zamkniętym mogą być uwidocznione w materiałach kartograficznych, co przesądza o objęciu takich materiałów klauzulą tajności. Materiały takie powstają przy użyciu specjalistycznego sprzętu. Należy z tego wnosić, że ustawodawca założył, że cechy, które decydują o niejawności danego obiektu znajdują się na terenie zamkniętym nie mogą być rozpoznawalne bezpośrednio przez osoby uczestniczące w przelocie nad takim terenem (szczególnie na dużej wysokości), jeżeli nie korzystają one ze sprzętu zapewniającego jakość obrazu porównywalną z jakością oferowaną przez sprzęt wykorzystywany do prac kartograficznych. Zatem należy przyjąć, że pilot statku powietrznego, który nie będzie miał dostępu do zapisu zawartego na nośnikach danych, nie musi legitymować się uprawnieniami dostępu do informacji niejawnych. Podobnie w sytuacji podmiotu dostarczającego statek powietrzny oraz kamerę. Podmiot taki nie musi legitymować się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, jeżeli jednoznacznie wykluczymy wyposażenie takiego statku powietrznego w dodatkowe urządzenia do rejestracji obrazu, a kamera służąca do wykonywania zobrazowań lotniczych nie będzie wyposażona w wewnętrzną pamięć zapis możliwy jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych."

Jak wynika z treści cytowanej możliwa jest sytuacja, że pilot statku powietrznego, który nie będzie miał dostępu do zapisu zawartego na nośnikach danych, nie musi legitymować się uprawnieniami dostępu do informacji niejawnych, co dotyczy także sytuacji (podobnie) podmiotu dostarczającego statek powietrzny oraz kamerę. Podmiot taki nie musi legitymować się świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego." Skład orzekający Izby zauważa w tym miejscu, że organ bezpieczeństwa wyrażając cytowany pogląd wskazał na hipotetyczną możliwość uwarunkowaną okolicznościami wyrażonymi w dalszej części zdania tj. „jeżeli jednoznacznie wykluczymy wyposażenie takiego statku powietrznego w dodatkowe urządzenia do rejestracji obrazu, a kamera służąca do wykonywania zobrazowań lotniczych nie będzie wyposażona w wewnętrzną pamięć zapis możliwy jedynie na wymiennych nośnikach danych stanowiących własność podmiotu posiadającego zdolność do ochrony informacji niejawnych."

W ocenie Izby brak jest jakiegokolwiek dowodu, czy nawet uprawdopodobnienia, poza jedynie twierdzeniem odwołującego, jakie można wywnioskować z jego stanowiska, iż możliwe jest jednoznaczne wykluczenie sytuacji wskazanej w ostatnim cytacie powyżej, a wyłącznie tego następstwem byłaby możliwość uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowiącego podstawę sporu w sprawie, przez odwołujące się konsorcjum.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i art. 186 ust. 6 pkt 3a ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 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.).