Sygn. akt: KIO 261/22

WYROK

z dnia 15 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawcę odwołującego: VISIMIND Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Główny Urząd Geodezji i Kartografii ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa,

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

1) GISPRO sp. z o.o., ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin,

2) MGGP AERO sp. z o.o., ul. Karola Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,

3) OPEGIEKA sp. z o. o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: VISIMIND Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: VISIMIND Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn, na rzecz zamawiającego: Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 261/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego pn. „Opracowanie cyfrowej ortofotomapy", numer referencyjny: BDG-ZP.2610.1.2022.GI. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.01.2022 r., nr 2021/S 015-034271. W tym samym dniu została opublikowana specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „swz").

W dniu 31.01.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę VISIMIND Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn, (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp", poprzez:

1. określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie potencjału kadrowego w sposób nieproporcjonalny (nadmiarowy) do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez żądanie by pilot legitymował się posiadaniem poświadczenia bezpieczeństwa umożliwiającym mu dostęp do informacji niejawnej objętej klauzulą „tajne" lub wyższą oraz odbyciem szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, pomimo że pilot nie będzie miał dostępu do informacji niejawnych, co spowodowało, że zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu,

2. w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że pilot powinien posiadać poświadczenie bezpieczeństwa oraz powinien odbyć szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych - zamawiający naruszył wyżej wskazane przepisy ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny (nadmiarowy) do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez żądanie od pilota, by ten legitymował się posiadaniem poświadczenia bezpieczeństwa umożliwiającym mu dostęp do informacji niejawnej objętej klauzulą „tajne" lub wyższą pomimo, że:

   1) zakres przedmiotu zamówienia nie obejmuje wykonania zdjęć dla obszarów, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały klauzulę tajności „tajne",

   2) wystarczającym byłoby żądanie od pilota, by ten legitymował się posiadaniem poświadczenia bezpieczeństwa umożliwiającym mu dostęp do informacji niejawnej objętej klauzulą „poufne" lub wyższą,

co spowodowało, że zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„2. Obszar opracowania ortofotomapy w ramach części 1 zamówienia:

1) obejmuje obszary jawne,

2) obejmuje obszary, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały klauzule „poufne" lub „zastrzeżone",

3) nie obejmuje obszarów, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały klauzule „tajne" lub „ściśle tajne".

3. W rozdziale VIII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu, które powinien spełnić wykonawca chcąc ubiegać się o udzielenie zamówienia, w tym dotyczące potencjału kadrowego. Wśród osób, którymi powinien dysponować wykonawca Zamawiający wymienił także pilota, który zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 4 lit. b v) SWZ powinien posiadać:

1) poświadczenie bezpieczeństwa umożliwiające mu dostęp do informacji niejawnej objętej klauzulą „tajne” lub wyższą, a także

2) zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

(...) 2) Pilot steruje samolotem, w którym jest umieszczona kamera fotogrametryczna oraz na którym to samolocie znajduje się ww. operator kamery. Pilot nie ma dostępu do materiałów utrwalanych przez kamerę, nie ma dostępu do informacji niejawnych, a jego jedynym zadaniem jest obsługa samolotu w bezpieczny sposób, umożliwiający operatorowi kamery wykonanie zdjęć. Osoba zatrudniona na stanowisku pilota nie musi posiadać ani wiedzy, ani doświadczenia, ani nawet przeszkolenia w obsłudze kamery fotogrametrycznej. Ponadto sama obecność w samolocie, sama znajomość lokalizacji terenów zamkniętych nie oznacza, że osoba ta powinna posiadać poświadczenie bezpieczeństwa. Jak wynika ze stanowiska Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (szerzej omówionego w dalszej części odwołania), lokalizacja terenów zamkniętych jest informacją jawną. (...)

II. Stanowisko ABW

1. Mając na uwadze funkcję ABW w zakresie ochrony informacji niejawnych, 30 marca 2020 r. Odwołujący zwrócił się do ABW z wnioskiem o rozstrzygnięcie, czy pilot sterujący samolotem, na którym znajduje się kamera fotogrametryczna obsługiwana przez jej operatora, musi legitymować się uprawnieniami dostępu do informacji niejawnych (które, zgodnie z przywołanym wyżej art. 21 ust. 1 pkt 1-2 Ustawy, nabywa się poprzez uzyskanie poświadczenia bezpieczeństwa oraz odbycie stosownego szkolenia).

2. Jak wynika z pisemnej, datowanej na 10 kwietnia 2020 r. odpowiedzi ABW:

1) Pilot samolotu, który nie będzie miał dostępu do zapisu zawartego na nośnikach danych (np. dyskach), nie musi posiadać uprawnień dostępu do informacji niejawnych - tj. nie musi posiadać poświadczenia bezpieczeństwa oraz nie musi być przeszkolony z ochrony informacji niejawnych,

2) Samo uczestnictwo w przelocie nad terenem zamkniętym (szczególnie na dużej wysokości) nie przesądza, że taka osoba musi posiadać poświadczenie bezpieczeństwa oraz odbyć szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych - cechy decydujące o niejawności danego obiektu znajdującego się na terenie zamkniętym nie mogą być rozpoznawalne bezpośrednio przez osoby znajdujące się samolocie, jeżeli nie korzystają one ze sprzętu zapewniającego jakość obrazu porównywalną z jakością oferowaną przez sprzęt wykorzystywany do prac kartograficznych.

3. Stanowisko to zostało podtrzymane przez ABW w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. W piśmie tym ABW m.in. wskazała, że dla ochrony informacji niejawnych znaczenie ma fakt dostępu do takich informacji, a nie okoliczność, że nalot nad terenem, którego obraz ma być utrwalony, jest nieodłącznym elementem całościowego procesu wykonywania zobrazowań lotniczych. (...)

III. Wymóg SWZ w kontekście stanowiska ABW i przepisów Ustawy

1. Mając na uwadze treść pism ABW z 10 kwietnia 2020 r. oraz 20 listopada 2020 r., a także przywołane wyżej przepisy Ustawy, warunek udziału w postępowania związany z koniecznością posiadania przez pilota poświadczenia bezpieczeństwa oraz odbycia szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych należy uznać za nieproporcjonalny, nadmiarowy, a co za tym idzie, sprzeczny z art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP oraz art. 16 pkt 3 PZP.

2. Rolą pilota jest obsługa samolotu w taki sposób, by zdjęcia lotnicze danego obszaru mogły być wykonane bez przeszkód. W zakresie obowiązków pilota nie leży np. jednoczesne sterowanie samolotem oraz operowanie kamerą. Sam Zamawiający wymaga, by wykonawca poza osobą pilota dysponował m.in. osobą operatora kamery fotogrametrycznej. Sam pilot nie będzie miał dostępu do informacji niejawnych, nie będzie miał też dostępu do dysków twardych, na których będą zapisywane dane.

IV. Wymóg SWZ w kontekście niejawności informacji o obiektach znajdujących się na obszarze do zobrazowania

1. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że pomimo przedstawionej wyżej argumentacji pilot powinien posiadać poświadczenie bezpieczeństwa oraz powinien odbyć szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych, Odwołujący wnosi o zmianę wymogów co do poświadczenia bezpieczeństwa, jakim ma się legitymować pilot.

2. Jak wyżej wskazano, wykonawca, który uzyska zamówienie, będzie zobowiązany do

opracowania ortofotomapy dla obszaru obejmującego obszary jawne oraz którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały klauzule „poufne” lub „zastrzeżone”. Do obowiązków wykonawcy nie będzie należało wykonanie zdjęć oraz opracowanie ortofotomapy dla obszarów, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały klauzul „tajne” lub „ściśle tajne”. (...)

4. Nawet jeżeli okazałoby się, że obiekty, o których informacje oznaczono klauzulą „tajne” znajdują się w stosunkowo bliskiej odległości obszaru, dla którego ma być wykonana ortofotomapa, to nie usprawiedliwia to żądania od pilota posiadania poświadczenia bezpieczeństwa dla informacji „tajnych”. W tego typu przypadkach inaczej planuje się bowiem naloty (...)

5. Odwołujący przyznaje, że w dniu 24 stycznia 2022 r. wystąpił do Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych z prośbą o udzielenie informacji, czy na terenie, który ma zostać zobrazowany w ramach wykonywania zamówienia, znajdują się obiekty o charakterze niejawnym, a także z prośbą o określenie klauzuli niejawności oraz przekazanie informacji o lokalizacji tych obiektów np. w postaci pliku wektorowego *.shp (pismo Odwołującego z 24 stycznia stanowi załącznik nr 5 do odwołania).

6. W odpowiedzi na pismo Odwołującego, w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r. ww. organ stwierdził, że na tym obszarze występują tereny zamknięte zawierające obiekty, o których informacje objęte są klauzulą tajności (Z - zastrzeżone, Pf - poufne, T - tajne). Do pisma została załączona mapa w formacie SHP wskazująca na zasięgi tych terenów wraz z klauzulami tajności (załącznik nr 6 do odwołania). Co ciekawe, z dołączonej mapy wynika, że na obszarze, dla którego w ramach zamówienia ma być wykonana ortofotomapa, nie ma terenów zamkniętych zawierających obiekty, o których informacje objęte są klauzul „tajne”. Takie obiekty występują poza obszarem, który ma zostać opracowany.

7. Odwołujący wystosował więc kolejne pismo do organu wskazując na rozbieżności pomiędzy treścią odpowiedzi Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (...)

8. Odpowiedź Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych zaskoczyła Odwołującego, bowiem organ ten stwierdził, że z uwagi na m.in. okoliczność, że na wlotach i wylotach z Bloku Ortofotomapy należy wykonać po dwa dodatkowe zdjęcia przed i za granicą obszaru opracowania (środek rzutu musi się znajdować za granicą Bloku Ortofotomapy), w zakresie granic opracowania zamówienia mieści się również teren znajdujący się poza zakresem, dla którego ma być opracowana ortofotomapa (pismo Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych z dnia 28 stycznia 2022 r. stanowi załącznik nr 8 do odwołania).

9. Stanowisko zaprezentowane przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych jest błędne, bowiem nie uwzględnia możliwości zaprojektowania nalotów w linii wschód-zachód przy dodatkowo obniżonym locie. Wydaje się, że urząd z góry założył, że wykonawca zaprojektuje plan nalotu w kierunku północ - południe dla całego obszaru opracowania.

10. Tymczasem możliwym jest zaprojektowanie planu nalotu oraz wykonanie zgodnie z nim nalotu fotogrametrycznego w taki sposób, aby spełnić wymogi zawarte w OPZ i nie odfotografować obiektu, któremu właściwe organy nadały status terenu zamkniętego, a informacjom o obiektach położonych na tym terenie przyznały klauzulę "tajne". By tego dokonać, należy bowiem zaprojektować naloty w linii wschód - zachód (a nie jak założył urząd, w linii północ - południe), obniżając lot.

11. Nie bez znaczenia jest również fakt, że najbliższy narożnik obiektu, o którym informacje oznaczone są klauzulą "tajne" znajduje się w odległości 45m od obszaru opracowania. Nowoczesne wielkoformatowe kamery fotogrametryczne zainstalowane na żyroskopowo stabilizowanym urządzeniu posiadają oprogramowanie pozwalające na nie wykonanie zdjęcia, jeśli samolot zboczy z wcześniej zaplanowanego kursu, tj. jeśli nie będzie leciał dokładnie po wcześniej zaprojektowanej trasie nalotu.

V. Rola pilota - dodatkowe informacje

1. Z całą stanowczością należy podkreślić, że wykonując nalot pilot nie bierze udziału w czynnościach związanych ze zobrazowaniem danych terenów zamkniętych, ani tym bardziej z ich przetwarzaniem do postaci jawnej. (...)

VI. Proporcjonalność

1. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 112 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie

warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wymogu posiadania przez pilot poświadczenia bezpieczeństwa w sposób nieproporcjonalny, nadmiarowy. (...)

VII. Naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu

1. Bezpośrednim skutkiem działań Zamawiającego jest naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, bowiem postawienie nieproporcjonalnego warunku udziału w Postępowaniu wprost przekłada się na nieuzasadnione ograniczenie liczby wykonawców zdolnych do udziału w Postępowaniu. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji swz i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1) rezygnację z wymogu posiadania przez pilota, którym wykonawca ma dysponować na etapie realizacji zamówienia, poświadczenia bezpieczeństwa oraz odbycia przez niego szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, o którym mowa w obowiązującej ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, który to wymóg został określony w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 4 lit. b v) swz, rozdziale IX pkt 9 ppkt 3 lit. e swz, w wierszu poprzedzającym wiersz oznaczony nr 4 załącznika nr 8 do swz oraz III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu;

2) zmianę załącznika nr 3 do SWZ - Instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego (dalej „Instrukcja") poprzez usunięcie postanowień wskazujących na umożliwienie pilotowi dostępu do informacji niejawnych, w szczególności poprzez modyfikację pkt 4 Instrukcji w taki sposób, by pilot nie był wymieniony jako jedna z osób biorących udział w czynnościach określonych w pkt 2.1. i 2.2. Instrukcji;

3) zmianę wymogu co do poświadczenia bezpieczeństwa posiadanego przez pilota, którym to pilotem wykonawca ma dysponować na etapie realizacji zamówienia. Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 4 lit. b v) SWZ, rozdziałem IX pkt 9 ppkt 3 lit. e swz, wierszem poprzedzającym wiersz oznaczony nr 4 załącznika nr 8 do swz oraz III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wymaga, by pilot posiadał poświadczenie bezpieczeństwa umożliwiające mu dostęp do informacji niejawnej objętej klauzulą „tajne" lub wyższą. W niniejszym punkcie odwołujący domaga się zmiany swz oraz ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób, by pilot musiał legitymować się posiadaniem poświadczenia bezpieczeństwa pozwalającym mu na dostęp do informacji niejawnej objętej klauzulą „poufne" lub wyższą;

4) zmianę Instrukcji poprzez wskazanie, że realizacja umowy wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne", a nie „tajne" (pkt 1 Instrukcji).

Pismami z dnia 04.02.2022 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

1) GISPRO sp. z o.o., ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin,

2) MGGP AERO sp. z o.o., ul. Karola Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,

3) OPEGIEKA sp. z o. o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 14.02.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismami z dnia 14.02.2022 r. przystępujący GISPRO sp. z o.o. oraz OPEGIEKA sp. z o.o. przedstawili swoją argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący GISPRO sp. z o.o. (którzy stawili się na rozprawie) podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie fotogrametrycznych zdjęć lotniczych RGB oraz opracowanie, na podstawie pozyskanych zdjęć, Ortofotomapy RGB o terenowym rozmiarze piksela 5 cm, w skali 1:5 000, w układzie PL-1992. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1, która dotyczy województwa wielkopolskiego i lubuskiego i obejmuje obszary, którym właściwe organy - na podstawie przepisów ustawy z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1990) - nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały stosowne klauzule tajności.

W rozdziale VII swz w pkt 1. 4) b) v) zamawiający w opisie warunków udziału w postępowaniu wymagał dysponowania co najmniej: jednym pilotem, jednym operatorem kamery fotogrametrycznej oraz jedną osobą posiadającą doświadczenie w przetwarzaniu cyfrowych zdjęć lotniczych. Dla części nr 1 zamówienia, osoby wymienione w zdaniu pierwszym, winny posiadać odpowiednie (tj. do klauzuli „tajne" lub wyższej) poświadczenie bezpieczeństwa, o którym mowa w obowiązującej ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, a także zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Analogiczny warunek został wskazany w pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz osób, którego wzór został wskazany w załączniku nr 8 do swz. We wzorze tym w miejscu na wpisanie danych pilota, zamawiający dodał: „wskazać imię i nazwisko osoby, nazwę i numer licencji pilota oraz dołączyć do niniejszego wykazu jej elektroniczną kopię. Dla pilota wykonującego kluczowe zadanie w ramach Części 1 zamówienia, o którym mowa w rozdziale IV ust. 3 SWZ, dodatkowo należy dołączyć elektroniczną kopię poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli „tajne" lub wyższej oraz zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 zdanie 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Z przywołanych przepisów wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy postawić pytanie, czy pilot w ramach wykonywanych przez niego obowiązków będzie miał dostęp do informacji niejawnych, co uzasadniałoby określony przez zamawiającego warunek dysponowania pilotem, który posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne" i który odbył stosowne szkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych.

Z art. 2 pkt 3 - 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742 ze zm.) wynika, że w rozumieniu tej ustawy:

3) dokumentem - jest każda utrwalona informacja niejawna;

4) materiałem - jest dokument lub przedmiot albo dowolna ich część, chronione jako informacja niejawna, a zwłaszcza urządzenie, wyposażenie lub broń wyprodukowane albo będące w trakcie produkcji, a także składnik użyty do ich wytworzenia;

5) przetwarzaniem informacji niejawnych - są wszelkie operacje wykonywane w odniesieniu do informacji niejawnych i na tych informacjach, w szczególności ich wytwarzanie, modyfikowanie, kopiowanie, klasyfikowanie, gromadzenie, przechowywanie, przekazywanie lub udostępnianie.

Ponadto zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy, tj. z Instrukcją bezpieczeństwa przemysłowego:

1. Realizacja umowy wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „tajne".

6. Materiałami podlegającymi ochronie są: informatyczne nośniki danych (macierze dyskowe) fotogrametrycznych kamer cyfrowych lub dyski zewnętrzne oraz wszelkie zobrazowania w postaci cyfrowej zawierające nieprzetworzony do postaci jawnej obraz terenów zamkniętych, o których mowa w pkt. 2.1.

15. 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.

Z powyższego wynika, że materiałami chronionymi w przypadku niniejszego zamówienia są m.in. informatyczne nośniki danych lub dyski zewnętrzne i w sytuacjach awaryjnych muszą być one chronione do czasu przybycia Pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych. Przy czym zauważyć należy, że za ochronę ww. materiałów zawierających informacje niejawne, czyli w istocie za ich przechowywanie do czasu przybycia Pełnomocnika wykonawcy, jest odpowiedzialny personel samolotu, czyli także pilot. W zależności zaś od stanu, w jakim będą znajdować się pozostali członkowie załogi, może zdarzyć się, że osobą przechowującą materiały zawierające informacje niejawne do czasu przybycia Pełnomocnika, będzie w praktyce wyłącznie pilot. Uzasadnia to, zdaniem Izby, postawienie warunku, aby wykonawca dysponował pilotem posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne", który odbył też stosowne szkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych.

Wynika to także z art. 21 ust. 1 ustawy po ochronie informacji niejawnych, zgodnie z którym dopuszczenie do pracy lub pełnienia służby na stanowiskach albo zlecenie prac związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne" lub wyższej może nastąpić, z zastrzeżeniem art. 34, po:

1) uzyskaniu poświadczenia bezpieczeństwa oraz

2) odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Realizacja niniejszego zamówienia wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „tajne", co jest faktem niespornym, wynikającym z ww. punktu 1 Instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego, niekwestionowanego przez odwołującego. Jak wskazano już wyżej, w sytuacjach awaryjnych, może zachodzić konieczność, aby to pilot przechowywał materiały zawierające informacje niejawne w celu ich ochrony do czasy przybycia Pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych. Dysponowanie pilotem posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne", który odbył stosowne szkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych, jest zatem warunkiem związanym z przedmiotem zamówienia i określonym na minimalnym poziomie zdolności potrzebnych do należytego wykonania zamówienia.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska odwołującego, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie obejmuje wykonania zdjęć dla obszarów, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały klauzulę „tajne". Rzeczywiście na obszarze, który ma być sfotografowany, nie ma obiektów zamkniętych, o których informacje byłyby objęte klauzulą „tajne", ale obiekt taki znajduje się w odległości 45 od południowej granicy tego obszaru. Odległość 45 m jest na tyle mała, że wykonanie nalotów z uwzględnieniem wszystkich wymogów wynikających ze Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i z jednoczesnym ominięciem ww. obiektu, jest w praktyce mało realne i musiałoby się odbywać w warunkach laboratoryjnych. Tymczasem nawet niewielkie odchylenie samolotu, w tym odchylenie kamery od linii pionu, wywołane turbulencjami, wiatrem, ruchami pionowymi powietrza, powoduje, że zostanie sfotografowany także teren znajdujący w strefie buforowej obszaru objętego przedmiotem zamówienia, w tym obiekt zamknięty, o którym informacje mają nadaną klauzulę „tajne". Przy czym nagłe odchylenia osi kamery od pionu (wywołane np. turbulencjami) nie spowodują natychmiastowego wyłączenia rejestracji.

Należy także zwrócić uwagę na poniższe wymogi wynikające z pkt 6.2. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia:

- Na wlotach i wylotach z Bloku Ortofotomapy należy wykonać po dwa dodatkowe zdjęcia przed i za granicą obszaru opracowania (środek rzutu musi się znajdować za granicą Bloku Ortofotomapy),

- Wymaga się 100% kompletnego pokrycia powierzchni Bloku ortofotomapy zdjęciami,

- Zdjęcia należy zaprojektować w taki sposób, aby zapewnić pokrycie stereoskopowe dla całego Bloku Ortofotomapy.

Odwołujący wskazuje, że możliwe jest wykonywanie nalotów wyłącznie na linii wschód-zachód, co pozwoli wg niego na ominięcie znajdującego się na południu ww. obiektu zamkniętego. Jak jednak słusznie wskazali obaj przystępujący w pismach procesowych z dnia 14.02.2022 r., nawet przy obniżeniu lotu do wymaganej wysokości ok. 400 m nad poziomem terenu, i tak zostanie zarejestrowany pas terenu wykraczający poza granicę zakresu ortofotomapy cyfrowej (ok. 100 m wg przystępującego GISPRO), który pod wpływem czynników oddziałujących na trajektorię lotu, jeszcze może się zwiększyć. Przy czym przystępujący OPEGIEKA przedstawił dodatkowe wyliczenia dla dwóch typów kamer (UltracamEagle Mark 3 firmy Vexcel i DMC III firmy LeicaGeosystems), z których wynika, że przy nalocie na wysokości ok. 300 m czas między kolejnymi ekspozycjami jest zbyt krótki dla poprawnej pracy kamery, a przy nalotach na wysokości od 400 m przesunięcie granicy rejestrowanego zdjęcia wyniesie od ponad 46 m (im wyższa wysokość, tym dalsze przesunięcie), co oznacza, że na pewno zostanie zarejestrowany ww. obiekt zamknięty znajdujący się w odległości zaledwie 45 m od granicy.

Powyższe okoliczności wskazują, że bliskość obiektu zamkniętego, o którym informacje są objęte klauzulą „tajne", skutkuje brakiem realnych możliwości ominięcia tego obiektu w trakcie nalotów. Powoduje to, iż warunek dysponowania pilotem przeszkolonym z zakresu ochrony informacji niejawnych i posiadającym poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne", jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jest określony na właściwym poziomie niezbędnym do zbadania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do dowodów dołączonych przez odwołującego do odwołania w postaci korespondencji z Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego, należy zauważyć, że:

- w piśmie z dnia 10.04.2020 r. ABW przedstawiła swoje stanowisko warunkowo: „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",

- w piśmie z dnia 20.11.20220 r. AVBWA podtrzymała swoje stanowisko stwierdzając, że „odpowiednich uprawnień można wymagać jedynie od osób bądź podmiotów, które mają lub będą miały dostęp do tych informacji".

W żadnym z ww. pism ABW nie dokonała oceny konkretnego stanu faktycznego i nie wyraziła opinii, że w tym konkretnym stanie faktycznym pilot nie będzie miał dostępu do informacji niejawnych. Tymczasem, jak wskazano już wyżej, np. w sytuacjach awaryjnych pilot może mieć dostęp do takich informacji, zatem ww. stanowisko ABW nie być uznane za przesądzające w niniejszej sprawie (podobnie: w wyroku o sygn. akt KIO 871/20 z dnia

08.07.2020 r.).

Odnosząc się z kolei do złożonej przez odwołującego opinii prywatnej sporządzonej przez biegłą sądową przy Sądzie Okręgowym Warszawa-Praga, odzwierciedlającej stanowisko odwołującego w tej sprawie, należy zauważyć, że pytanie nr 2 zostało biegłej zadane w sposób z góry zakładający, że zakres przedmiotu zamówienia nie obejmuje wykonania zdjęć dla obszarów, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych i przyznały informacjom o nich klauzulę „tajne", co w świetle poczynionych wyżej ustaleń czyni udzieloną odpowiedź nieprzydatną w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W zakresie natomiast pytania nr 1 biegła nie rozważyła w swojej opinii sytuacji awaryjnych i niesłusznie, zdaniem Izby, przyjęła, że loty będą odbywać się na znacznej wysokości, podczas gdy co do zasady odbywają się one na wysokości 400-500 m. Z ww. powodów Izba nie uznała stanowiska odwołującego, popartego ww. opinią, za zasadne.

Odwołujący złożył także dowód w postaci oświadczenia firmy Vexcel o treści: „Niniejszym oświadczamy, że w systemie komputerowym systemów UltraCam drugiej generacji (UCX, UCXp) nie ma możliwości wewnętrznego zapisu zdjęć. Wszystkie istotne dane zobrazowań są przechowywane tylko na jednostkach danych (data unit), które są wkładane do systemu komputerowego. Bez tych jednostek danych żadne zdjęcia nie mogą być przechowywane w samym systemie komputerowym". Należy jednak zauważyć, że zamawiający nie narzucił rodzaju kamery, jaka ma zostać użyta przez wykonawcę, zatem nie ma pewności, że każdy wykonawca realizujący niniejsze zamówienie będzie używał sprzętu o wskazanych wyżej cechach.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiska stron i przystępujących przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych oraz w oparciu o dowody złożone na posiedzeniu, w tym dowody złożone przez odwołującego ocenione przez Izbę w sposób wyżej wskazany.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....