

Olsztyn, dnia 31 stycznia 2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**Główny Urząd Geodezji i Kartografii**

ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa

e-mail: dyr.generalny@gugik.gov.pl;

tel. +48 22 563 13 33

**Odwołujący:**

**Visimind Ltd Sp. z o.o.**

ul. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn

e-mail: biuro@visimind.pl

tel. +48 89 541 04 52

KRS 0000143483

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie cyfrowej ortofotomapy”, numer referencyjny: BDG-ZP.2610.1.2022.GI (dalej: „**Postępowanie**”) – **dotyczy części 1 zamówienia**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 21 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 015-034271.

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej: „**PZP**”), Odwołujący niniejszym wnosi odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego Postępowanie („**Ogłoszenie o zamówieniu**”) oraz wobec treści dokumentów zamówienia.

**I. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami PZP:**

Zamawiający sformułował warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie potencjału kadrowego, dotyczącym osoby **pilota** w sposób **nieproporcjonalny, nadmiarowy**. W treści SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymaga, by pilot posiadał poświadczenie bezpieczeństwa umożliwiające mu dostęp do informacji niejawniej objętej klauzulą „tajne” lub wyższą oraz odbył szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych, pomimo że:

1. pilot nie będzie miał dostępu do informacji niejawnych,
2. 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”.

## II. Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:

**Art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 16 pkt 3 PZP** w związku z art. 16 pkt 1 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 PZP poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie potencjału kadrowego 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.

## III. Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany treści SWZ 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;

**W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że pilot powinien posiadać poświadczenie bezpieczeństwa oraz powinien odbyć szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych**, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany treści SWZ poprzez:

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 niejawniej 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 niejawniej 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).

## UZASADNIENIE

### I. Postanowienia SWZ

1. Jak wynika z rozdziału IV pkt 1-2 SWZ, 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 **2 części**, z czego **część 1** obejmuje obszary, którym właściwe organy nadały status terenów zamkniętych, a informacjom o obiektach położonych na tych terenach przyznały **stosowne klauzule tajności**. **Zarzuty postawione w niniejszym odwołaniu dotyczą warunków udziału w postępowaniu właściwych dla części 1 zamówienia.**
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 niejawniej objętej klauzulą „tajne” lub wyższą, a także
  - 2) zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.
4. Takie same wymogi co do poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych Zamawiający sformułował **wobec operatora kamery fotogrametrycznej** oraz **osoby posiadającej doświadczenie w przetwarzaniu cyfrowych zdjęć lotniczych** co, zdaniem Odwołującego, jest niezrozumiałe, bowiem podczas pracy nad zdjęciami lotniczymi:
  - 1) Operator kamery fotogrametrycznej obsługuje kamerę podczas nalotów, wykonuje odpowiednie zdjęcia. Od osoby na tym stanowisku wymagane jest posiadanie odpowiednich kompetencji i umiejętności pozwalających na utrwalenie obrazu.

Operator ponadto „opiekuje się” dyskami twardymi, na których mają być zapisane zdjęcia, przez co rozumie się ich instalację w kamerze, czuwanie, by nikt poza operatorem nie miał do nich dostępu, a także ich późniejsze wyjęcie w celu rozpoczęcia czynności związanych z przetwarzaniem cyfrowych zdjęć lotniczych.

- 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, umożliwiającą 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.
- 3) Osoba przetwarzająca zdjęcia lotnicze ma dostęp do informacji niejawnych w celu opracowania ortofotomapy. Osoba taka jest bezpośrednio zaangażowana w przetwarzanie informacji niejawnych i w związku z tym Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.2019.742 t.j. z dnia 2019.04.23, dalej „**Ustawa**”) oraz ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U.2021.1990 t.j. z dnia 2021.11.03, dalej „**Prawo geodezyjne i kartograficzne**”).

5. Jak wynika z:

- 1) art. 5 ust. 1- 4 Ustawy danej informacji niejawniej nadaje się jedną z czterech klauzul tajności: ściśle tajną, tajną, poufną lub zastrzeżoną. Spośród wymienionych na największą ochronę zasługują informacje oznaczone klauzulą „ściśle tajne”, zaś na najmniejszą te oznaczone klauzulą „zastrzeżone”.
- 2) Art. 21 ust. 1 pkt 1-2 Ustawy zlecenie prac związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej może nastąpić, z zastrzeżeniem art. 34 Ustawy, po uzyskaniu poświadczenia bezpieczeństwa oraz odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.
- 3) Art. 2 pkt 9 Prawa geodezyjnego i kartograficznego, terenami zamkniętymi są tereny o charakterze zastrzeżonym ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa, określone przez właściwych ministrów i kierowników urzędów centralnych;
- 4) art. 10 ust. 1 Ustawy w związku z art. 10 ust. 3 Ustawy w związku z art. 1 ust. 2 Ustawy Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego („**ABW**”) **nadzoruje funkcjonowanie systemu ochrony informacji niejawnych** m.in. w stosunku do przedsiębiorców zamierzających ubiegać się albo ubiegających się o zawarcie umów związanych z dostępem do informacji niejawnych lub wykonujących takie umowy albo wykonujących na podstawie przepisów prawa zadania związane z dostępem do informacji niejawnych. W ramach czynności nadzorczych ABW m.in. prowadzi kontrolę ochrony informacji niejawnych i przestrzegania przepisów obowiązujących w tym zakresie oraz prowadzi doradztwo i szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych (art. 10 ust. 1 pkt 1 i 5 Ustawy).

## 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.
4. Pismo Odwołującego z dnia 30 marca 2020 r. oraz odpowiedź ABW z 10 kwietnia 2020 r. stanowią odpowiednio załączniki nr 1 i 2 do odwołania, zaś pismo Odwołującego z 13 listopada 2020 r. i odpowiedź ABW z 20 listopada 2020 r. odpowiednio załączniki nr 3 i 4.

## 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 postępowaniu 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 klauzule „**tajne**” lub „**ściśle tajne**”.
3. Pomimo tego zgodnie z aktualnym brzmieniem SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu pilot mający być jedną z osób realizujących zamówienie powinien posiadać poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające go do dostępu do informacji niejawnej o klauzuli co najmniej „**tajne**”. Abstrahując od przedstawionej wyżej argumentacji dotyczącej bezzasadności żądania jakiegokolwiek poświadczenia bezpieczeństwa od pilota, niezrozumiałym jest żądanie od pilota poświadczenia bezpieczeństwa do informacji oznaczonych klauzulą „**tajne**”, a nie „**poufne**”. **Skoro w zakres zamówienia w ogóle nie wchodzi wykonywanie zdjęć nad obszarami zawierającymi obiekty, o których informacje oznaczono jako „tajne”, to wykonawca nie będzie wykonywał zobrazowania dla takich obiektów (a co najwyżej, dla obiektów, o których informacje oznaczono jako „poufne”)**. Wystarczającym więc powinno być posiadanie przez pilota poświadczenia bezpieczeństwa właściwego dla dostępu do informacji „**poufnych**”.
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, tj.:
  - 1) Osoba odpowiedzialna za projektowanie nalołów analizuje obszar, dla którego ma być wykonana ortofotomapa, a także obszar znajdujący się w jego bliskim sąsiedztwie i opracowuje projekt nalołu,
  - 2) Opracowanie projektu nalołu jest poprzedzone analizą m.in.:
    - a) informacji dotyczących obszaru, dla którego mają być wykonane zdjęcia – zgodnie z art. 10 ust. 3 Prawa geodezyjnego i kartograficznego na wniosek podmiotu, który ma w planach wykonanie zdjęć, Główny Geodeta Kraju udziela informacji, czy w granicach tego obszaru znajdują się tereny zamknięte, zawierające obiekty, o których informacje objęte są klauzulą tajności,
    - b) granic terenów zamkniętych – zgodnie z art. 10 ust. 4 Prawa geodezyjnego i kartograficznego podmiotowi, który posiada odpowiednią zdolność do ochrony

informacji niejawnych, Główny Geodeta Kraju udziela na jego wniosek informacji o granicach terenów zamkniętych.

- 3) Ponadto, jak przyznała ABW w piśmie z dnia 10 kwietnia 2020 r. (pierwszy akapit), **lokalizacja terenów zamkniętych (tj. terenów z obiektami, o których informacje posiadają określoną klauzulę tajności) nie jest informacją niejawną**. Stanowisko to zostało podtrzymane przez ABW w piśmie z 20 listopada 2020 r. (akapit trzeci).
  - 4) Zanim dojdzie więc do nalotu nad obszarem, który ma zostać zobrazowany, osoba uprawniona przygotowuje dokładny projekt nalotu, w którym uwzględnia wszelkie informacje dotyczące lokalizacji terenów zamkniętych o różnych klauzulach tajności.
  - 5) Jeżeli nieopodal obszaru, dla którego mają być wykonane zdjęcia, znajdują się obiekty zamknięte, o których informacje objęte są określoną klauzulą tajności, np. klauzulą „tajne”, naloty planuje się w taki sposób, by zdjęcia nie objęły tych obiektów. W szczególności zdjęcia te wykonuje się z niższej wysokości, podczas np. dodatkowego nalotu. W szczególności wykonuje się tzw. nalot celowany, tj. nalot o z góry zaprojektowanych współrzędnych środków rzutu zdjęć, co wyklucza odfotografowanie obszarów, o których informacje są oznaczone klauzulą "tajne".
  - 6) Rolą wykonawcy jest takie zaprojektowanie nalotu, aby nie zobrazować terenów zamkniętych, o których informacje są opatrzone klauzulą „tajne”. Wykonawca odpowiada za przeprowadzenie nalotu w sposób zgodny z przepisami oraz warunkami zamówienia, w tym za zobrazowanie tylko tych terenów, które wchodzą w zakres zamówienia.
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 klauzulą „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, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych, a dołączoną do tej odpowiedzi mapą z prośbą o wyjaśnienie, która z odpowiedzi dotyczących lokalizacji obiektów

oznaczonych jako T – tajne, jest zgodna ze stanem faktycznym (pismo Odwołującego z 28 stycznia 2022 r. stanowi załącznik nr 7 do odwołania).

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.
2. Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek podnoszenia przez Zamawiającego, że pilot może mieć dostęp do danych zgromadzonych na dyskach kamery w przypadku np. awaryjnego lądowania samolotu, Odwołujący zauważa, że:
  - 1) potencjalna możliwość dostępu pilota do danych zgromadzonych na dyskach kamery w przypadku np. awaryjnego lądowania samolotu stanowiłaby dywagację nie mającą nic wspólnego z realną rzeczą oceną potencjalnych zagrożeń. Uznanie, że pilot powinien posiadać odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa z uwagi na możliwość wystąpienia awarii samolotu oznaczałoby konieczność przyjęcia, że takim poświadczeniem bezpieczeństwa powinni legitymować się też np. ratownicy medyczni przybyli na miejsce zdarzenia.



- 2) Co więcej taki potencjalny dostęp do materiałów niejawnych (i w związku z tym, ewentualną konieczność posiadania poświadczenia bezpieczeństwa) należałoby również oceniać w kontekście osób trzecich - świadków zdarzenia, którzy zwykle jako pierwsi docierają na miejsce wypadku i udzielają niezbędnej pomocy do czasu przybycia służb.
- 3) Dane gromadzone na nośnikach podczas wykonywania zdjęć lotniczych zapisywane są na macierzach dyskowych kamery w postaci binarnej. Oznacza to, że **brak jest jakiegokolwiek możliwości wyświetlenia tych danych i ich odczytania bezpośrednio w samolocie**. Przetworzenie danych binarnych do postaci umożliwiającej ich odczyt to skomplikowany proces wymagający odpowiedniego specjalistycznego oprogramowania, wiedzy i czasu, których pilot nie posiada.
- 4) Nośniki danych przez cały czas są zabezpieczone przed dostępem do nich (m.in. przed dostępem przez pilota) poprzez bezpośredni nadzór ze strony operatora systemu.

## VI. Proporcjonalność

1. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 112 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wymogu posiadania przez pilota poświadczenia bezpieczeństwa w sposób nieproporcjonalny, nadmiarowy.
2. Warunki udziału muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków zamówienia, w tym w szczególności charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Co więcej, **warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie**, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania. Warunki takie nie mogą być określone na poziomie wyższym niż niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ.
3. Orzecznictwo KIO jest w tej kwestii jednolite:
  - 1) *„Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.”* (KIO 1322/21)
  - 2) *„Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w*

*szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.” (KIO 356/21)*

4. Na konieczność poszanowania zasady proporcjonalności oraz potrzebę formułowania warunków udziału w postępowaniu poprzez zastosowanie minimalnych poziomów wymagań zwrócono uwagę także w przyjętej przez Radę Ministrów **Polityce Zakupowej Państwa**, gdzie zagadnieniu proporcjonalności poświęcono cały podrozdział (rozdział VIII podrozdział 5). Zgodnie z Polityką Zakupową Państwa:

*„Regulacje unijne (art. 18 dyrektywy klasycznej) oraz krajowe (art. 112 ustawy Pzp) zobowiązują zamawiających do określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz z zastosowaniem minimalnych poziomów wymagań do oceny zdolności wykonania zamówienia.”*

## **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. Jak pokreślono w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KD 20/18, ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego.
2. Sama zasada zachowania uczciwej konkurencji na etapie przygotowania postępowania oznacza przede wszystkim zakaz ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez określanie m.in. nadmiernych warunków podmiotowych i tym samym zawężanie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, w sposób odpowiadający potrzebom zamawiającego i przepisom prawa<sup>1</sup>.
3. Oczywistym jest, że określenie warunków udziału w postępowaniu powoduje, że niektórzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, sformułowanie takich warunków zawsze powinno być poprzedzone analizą przedmiotu zamówienia, a także zawsze powinno wyrażać się w stawianiu przez zamawiającego wymagań niezbędnych do oceny koniecznego do zaangażowania potencjału wykonawcy i jego możliwości należytego wykonania zamówienia (tj. wymagań minimalnych).

---

<sup>1</sup>„Prawo zamówień publicznych. Komentarz” red. Marzena Jaworska, Dorota Grzeškowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, rok 2021, wydanie: 2

4. Pozostawienie warunku, który jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności, wywoła skutek w postaci wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do jego realizacji, co będzie stanowić o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Pismo Odwołującego do ABW z 30 marca 2020 r.,
2. Pismo ABW z dnia 10 kwietnia 2020 r.,
3. Pismo Odwołującego z dnia 13 listopada 2020 r.,
4. Pismo ABW z dnia 20 listopada 2020 r.,
5. Pismo Odwołującego z dnia 24 stycznia 2022 r.,
6. Pismo Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych z dnia 25 stycznia 2022 r.,
7. Pismo Odwołującego z dnia 27 stycznia 2022 r. wraz z Załącznikiem nr 1 do pisma odwołującego a dnia 27 stycznia 2022 r.,
8. Pismo Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Departament Spraw Obronnych oraz Ochrony Informacji Niejawnych z dnia 28 stycznia 2022 r.,
9. Odpis z KRS Odwołującego,
10. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
11. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.