

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Barbara Bettman Dagmara Gałczewska – Romek
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sener Sp. z o.o., Sener Ingenieria y Sistemas S.A., 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Wytwarzanie S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Control Process S.A., INITEC Energia S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sener Sp. z o.o., Sener Ingenieria y Sistemas S.A., 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sener Sp. z o.o., Sener Ingenieria y Sistemas S.A., 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą „Budowa bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej brutto około 135MW w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna Oddział Elektrociepłownia Katowice w Katowicach”.

W dniu 25 lipca Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, po wyroku KIO o sygn. akt 1201/12.

Konsorcjum wykonawców SENER Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa oraz SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. Avda de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas (Vizcaya), Hiszpania, zwanych dalej „Odwołującym” lub „Sener” w wyniku dokonanej przez Zamawiającego kwalifikacji złożonych wniosków nie zostało zaproszone do etapu składania ofert. Wobec tego wykonawca ten w dniu 03 sierpnia złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz wynikającej stąd błędnej kwalifikacji wykonawców zaproszonych do złożenia oferty wstępnej.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej oraz zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: spółka Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie oraz spółka INITEC Energia S.A. (dalej zwanych „Wykonawcą”).

W związku z powyższym wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego z 24 lipca 2012 r. dotyczącej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny (przyznania liczby punktów) za spełnienie warunków zdolności technicznej;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ponownej oceny (przyznania punktów) za spełnienie warunków zdolności technicznej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, Wykonawca złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych zamówień spełniających wymagania, wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz ich prawidłowe ukończenie.

W dniu 16 kwietnia 2012 r. Wykonawca złożył Uzupełnienie do wniosku (zwane dalej „Uzupełnieniem”), w którym zawarł „właściwy wykaz robót”, mający potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 10 lipca 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie i uzupełnienie wniosku. W odpowiedzi, Wykonawca w dniu 17 lipca 2012 r. przesłał do Zamawiającego pismo zawierające wyjaśnienia i uzupełnienia Wniosku (zwane dalej „Wyjaśnieniem”).

Ze względu na fakt, że liczba wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu jest większa niż pięć, Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunku zdolności technicznej określonej w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, celem wyłonienia pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w Postępowaniu.

W dniu 25 lipca 2012 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tzw. „listę rankingową”, wraz zawiadomieniem o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, z tego powodu, że Odwołujący został sklasyfikowany na 6 miejscu uzyskując 8 punktów za spełnienie warunków zdolności technicznej, określonych w sekcji III.2.3) pkt 1a oraz 1 b ogłoszenia.

Z dokumentu wynika, że Wykonawca, który został sklasyfikowany na 5 miejscu, otrzymał 9 punktów.

Podniósł, że Wykonawca w uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego przedstawił wykaz prac wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) pkt 1b ogłoszenia o zamówieniu, polegającego na wykonaniu w formule „pod klucz”, tj. zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji turbiny gazowej o mocy elektrycznej brutto nie niższej niż 40MWe, jako część bloku gazowo-parowego. Z dokumentu „Wykaz referencji własnych - prekwalfikacja”, udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego wraz z protokołem z postępowania wynika, że Zamawiający przyznał Wykonawcy 9 punktów za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, odpowiadającym 9 wykonanym zamówieniom.

Zdaniem Odwołującego wskazane w wykazie na poz. 7-9 rzekomo zrealizowane przez Wykonawcę zamówienia tj EEHC Nubaria III, CFE San Lorenzo oraz EEHC Talkha nie spełniają jego zdaniem postawionego warunku udziału.

W zakresie zamówienia **EEHC Nubaria III** wskazał, że z dokumentów mających potwierdzać wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach tego projektu w żaden sposób nie wynika, że to Wykonawca wykonał zamówienie nim objęte. Podniósł, że z *ogólnie dostępnej wiedzy* wynika, że zamawiającym w przypadku projektu EEHC Nubaria III była spółka Delta Electricity Production Co, znana również jako MDEPC, natomiast wykonawcą było konsorcjum składające się z podmiotów: PGESCo oraz Hassan Allam Sons. W niniejszym

postępowaniu Wykonawca nie złożył oświadczenia o udzieleniu zasobów ani przez PGESCo, ani przez Hassan Allam Sons.

Treść załączonej przez Wykonawcę referencji odnosi się jedynie do MDEPC oraz do PGESCo. Nie wynika z niej potwierdzenie jakiegokolwiek udziału Wykonawcy w wykonaniu rzeczonożego zamówienia.

Nadmienił, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia, kto był realizatorem zamówienia EEHC Nubaria III. W wyjaśnieniu Wykonawca uzupełnił Wniosek o dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, które rzekomo potwierdza, że spółka INITEC Energia S.A., członek konsorcjum Wykonawcy, zrealizował zamówienie EEHC Nubaria III. Jednakże dokument załączony przez Wykonawcę w wyjaśnieniu nie jest spójny z przedłożoną we wniosku referencją. W referencji jako strony umowy o zamówienie są wskazane PGESCo oraz MDEPC, podczas gdy w załączonym w wyjaśnieniu dokumencie jako strony umowy zostały wskazane Egyptian Electricity Holding Company oraz INITEC Energia S.A. Oba dokumenty są wydane z jednakową datą, tj. 6 grudnia 2010 r. Jednocześnie załączony w wyjaśnieniu dokument nie określa z nazwiska ani z pełnionej funkcji osoby, która złożyła na nim podpis, przy czym podpis widniejący na tym dokumencie jest całkowicie odmienny od podpisów widniejących na referencji załączonej do wniosku.

Wskazane powyżej wątpliwości powodują, że projekt EEHC Nubaria III nie powinien zostać uwzględniony w ocenie spełnienia warunków zdolności technicznej, gdyż wątpliwości dotyczące tego, kto wykonał zamówienie w ramach tego projektu nie zostały prawidłowo wyjaśnione. W konsekwencji Zamawiający błędnie przyznał Wykonawcy punkt za zrealizowanie tego projektu.

W zakresie wykazanego jako zrealizowanego przez Wykonawcę zamówienia **CFE San Lorenzo**, Odwołujący zarzucił, że z dokumentów potwierdzających wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach projektu „CFE San Lorenzo” wynika, że zakres przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w sekcji III.2.3) pkt 1a oraz 1b ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z treścią przedstawionej przez Wykonawcę referencji, dotyczy ona projektu określonego jako „167 C C San Lorenzo, Konwersja z układu otwartego na cykl kombinowany”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia odnośnie zakresu pracy, które pozwoliłyby jednoznacznie stwierdzić, czy załączona referencja potwierdza spełnienie wymagania opisanego w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu.

Wykonawca złożył wyjaśnienie, w którym wskazał, że „zakres prac obejmował wymagania opisane w sekcji III.2.3) punkt 1 Ogłoszenia”, na dowód czego przedstawił oświadczenie w którym spółka Initec Energia S.A., będąca członkiem konsorcjum Wykonawcy, określa zakres prac jako „wykonanie zamówienia w formule „pod klucz”, tj. zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciami do eksploatacji turbiny

gazowej o mocy elektrycznej brutto 160 MWe, jako części bloku gazowo-parowego”.

Powyższe wyjaśnienie nie może być zakwalifikowane w ramach postępowania jako wystarczające. Po pierwsze, oświadczenie na którym opiera się wyjaśnienie Wykonawcy zostało złożone przez samego Wykonawcę. Przede wszystkim jednak ani treść wyjaśnienia, ani treść samego oświadczenia nie odnosi się w żaden sposób do załączonej do Wniosku referencji. Wykonawca nie wyjaśnia, na jakiej podstawie dokument określający zakres prac jako „konwersję z układu otwartego na cykl kombinowany” należałoby odczytywać jako „wykonanie zamówienia w formule „pod klucz”, tj. zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciami do eksploatacji turbiny gazowej o mocy elektrycznej brutto 160 MWe, jako części bloku gazowo-parowego”.

Układ otwarty cechuje się pracą turbiny gazowej wraz z urządzeniami pomocniczymi. Zamknięcie cyklu oznacza dobudowę do pierwotnego układu takich elementów jak turbinę parową, układ chłodzenia oraz układy pomocnicze. Z tego względu konwersja układu otwartego w układ zamknięty, zwany również układem kombinowanym, nie może zostać uznana jako potwierdzająca realizację turbiny gazowej w trybie „pod klucz”, gdyż to nie turbina gazowa była przedmiotem prac wykonanych w ramach tego projektu.

Tym samym, skoro turbina gazowa nie była przedmiotem zamówienia realizowanego w ramach projektu, którego dotyczy referencja, dokument ten nie może służyć jako potwierdzenie spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego w sekcji pkt III.2.3 1b ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie referencja nie dotyczy również bloku kogeneracyjnego. Powoduje to, że nie może ona być oceniona jako dokumentująca potwierdzająca wykonanie projektu spełniającego warunek określony przez Zamawiającego w sekcji III.2.3) pkt 1a ogłoszenia, tj. kompletnej dostawy kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo- parowego.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, lakoniczne stwierdzenie Wykonawcy nie może być uznane jako wyjaśniające, na jakiej Zamawiający mógłby ocenić, że referencja załączona na str. 408-409 wniosku dokumentuje spełnienie przez Wykonawcę wymagania opisanego w sekcji III.2.3) punkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. W rezultacie, Zamawiający błędnie przyznał Wykonawcy punkt za zrealizowanie tego projektu.

W zakresie wykazanego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wykonania zadania pod nazwą **EEHC Talkha**, Odwołujący podniósł, że z dokumentów potwierdzających wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach projektu „EEHC Talkha” wynika, że zakres przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w sekcji III.2.3) pkt 1a oraz 1 b ogłoszenia. Co więcej, z powodu braku podpisu Zamawiającego na załączonej referencji, nie stanowi ona potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. W wyjaśnieniu Wykonawca uzupełnił wniosek o dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, które rzekomo potwierdza, że spółka INITEC Energia S.A., członek konsorcjum

Wykonawcy, zrealizował zamówienie EEHC Talkha.

Jednakże zdaniem Odwołującego dokument załączony przez Wykonawcę w wyjaśnieniu nie jest spójny z przedłożoną we wniosku referencją. W referencji jako strony umowy o zamówienie są wskazane PGESCO oraz MDEPC, podczas gdy w załączonym w Wyjaśnieniu dokumencie jako strony umowy zostały wskazane Egyptian Electricity Holding Company oraz INITEC Energia S.A. Jednocześnie brak jest podpisu na referencji załączonej do Wniosku, co powoduje, że nie można jej traktować jako potwierdzenia odbioru prac, a więc nie można jej ocenić jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Dokument załączony do Wyjaśnienia również nie może być tak oceniony, gdyż nic nie wskazuje na to, że Egyptian Electricity Holding Company był zamawiającym w ramach projektu EEHC Talkha, a więc aby ta właśnie spółka mogła podpisać stosowne potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że odnosząc się do podniesionych zarzutów odwołania należy uznać, że nie zasługują one na uwzględnienie gdyż biorąc pod uwagę oświadczenia wykonawcy, przedłożone dokumenty i złożone wyjaśnienia to potwierdzają one w pełni spełnienie postawionych w SIWZ wymagań Zamawiającego.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, wskazując, że w sposób prawidłowy i pełny wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy oraz przedłożone w trakcie rozprawy dokumenty, ustaliła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne, twierdzenia Odwołującego, nie zostały poparte dowodami potwierdzającymi zasadność podniesionych zarzutów. Dlatego też odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może spowodować zaproszenie Odwołującego do etapu składania ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Control Process S.A., INITEC Energia S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16, który w sposób zasadny wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż nieuwzględnienie odwołania umożliwi mu uczestnictwo w etapie składania ofert.

Stan faktyczny sprawy przedstawiony przez strony i nie wymagał potrzeby dalszych ustaleń w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykazania się przez Przystępującego wykonaniem zamówienia EEHC Nubaria III, Odwołujący oprócz stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu podniósł, że odnosząc się do dokumentu zamieszczonego na stronie 406 – 407 wniosku który ma potwierdzać zasadność uznania Wykonawcy doświadczenia przy realizacji tej inwestycji, zwraca uwagę na fakt, iż wskazany jest tam tylko numer kontraktu, natomiast nie wskazano konkretnego zadania, którego by ten kontrakt dotyczył. Nie ma nazwy realizowanego zamówienia, tym samym nie wynika z niego, iż realizowany tam zakres robót obejmował zakres, którego wymagał Zamawiający dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podnosi, że wskazany tam dokument został podpisany przez MDEPC, który był zamawiającym w tym postępowaniu, natomiast w żaden sposób nie wynika kto był wykonawcą tego zamówienia, a więc nie można z tego dokumentu wywieść, iż wykonawca INITEC brał udział w realizacji tego zamówienia. Ponadto dokument nazwany certyfikatem odbioru prac, podobnie jak świadectwo odbioru posługuje się tylko numerem kontraktu, natomiast w żaden sposób nie wskazuje jakiego zadania dotyczy.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał, że na str. 406 - 407 złożonego wniosku Wykonawca zamieścił świadectwo odbioru i akceptacji dotyczące prac ujętych w umowie nr 10049-CP-106. Świadectwo to jest podpisane przez upoważnionego reprezentanta Wykonawcy oraz przez zatwierdzających - przedstawiciela PGESCo. i MDEPC. Zwrócił uwagę, że Odwołujący pominął fakt, że Świadectwo odbioru i akceptacji podpisane jest przez trzy strony, tj. Wykonawcę, PGESCo. i MDEPC. Ponadto w otrzymanym od Wykonawcy wyjaśnieniu, stanowiącym załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie złożony został dokument - certyfikat odbioru, podpisany przez przedstawiciela Egyptian Electricity Holding Company, z którego treści wynika że INITEC ENERGIA S.A. (członek Konsorcjum Control Process) wykonał prace w ramach Kontraktu numer 10049-CP- 106 dotyczącego budowy Nubaria III 750 MW.

Ponadto wskazał, że celem upewnienia się czy zarówno wyjaśnienia wykonawcy jak i złożony certyfikat są zgodne ze stanem rzeczywistym, Zamawiający dokonał analizy przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów oraz informacji na temat tej inwestycji dostępnych w Internecie, które potwierdziły rzetelność złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dokumentów. Zamawiający stwierdził, że spółka PGESCo nie była wykonawcą inwestycji, ale menadżerem (EPCM) nadzorującym w imieniu inwestora - Egyptian Electricity

Holding Company prace generalnego wykonawcy, dlatego też PGESCo jest stroną podpisującą świadectwo odbioru i akceptacji zamieszczone we wniosku.

Stwierdził, że wszelkie wątpliwości w tym zakresie usunął list referencyjny otrzymany przez Przystępującego od zamawiającego, którym jest Egipska Spółka Holdingowa. Nadto wykonawca INITEC otrzymał od tegoż inwestora również referencje, z których wynika, iż zadanie zostało wykonane prawidłowo, a tym samym spełnia warunek udziału wymagany przez zamawiającego.

Izba dokonując oceny powyższego stanu faktycznego sprawy, podnosi że wykonawca wykazując swoje doświadczenie składa w tym zakresie stosowny wykaz będący jego własnym oświadczeniem. Natomiast na potwierdzenie prawidłowego wykonania robót składa dokument nazywany referencjami,

Ponadto biorąc pod uwagę postawione w tym zakresie w SIWZ wymagania Zamawiającego oraz złożone na udokumentowanie wykonywania danego zamówienia dokumenty stwierdzić należy, że Zamawiający nie miał podstaw aby nie uwzględnić Wykonawcy tego zamówienia jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego wykazanego jako zrealizowanego przez Wykonawcę zamówienia CFE San Lorenzo Odwołujący dodatkowo na rozprawie podniósł, że niedopuszczalne jest aby Zamawiający mógł uznać za wystarczające wyjaśnienie Wykonawcy na pytania Zamawiającego, na które składało się wyłącznie jego własne oświadczenie. Złożone oświadczenie nie zostało poparte załączeniem jakiegokolwiek dokumentu, który poparłby prawdziwość złożonego oświadczenia. Tym samym, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, że Zamawiający uznał wykonawcy zrealizowanie tego zamówienia w sytuacji kiedy posiadając wątpliwości w tym zakresie nie uzyskał dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy, gdyż otrzymał wyjaśnienia tożsame z oświadczeniem złożonym wraz z wnioskiem.

Zamawiający przyznał, że miał pewne wątpliwości odnoszące się do wykazu zadań przedłożonych przez danego Wykonawcę zadań realizowanych na tej inwestycji, w szczególności jeśli chodzi o przejście z układu otwartego na kombinowany,

Wobec niejasności związanych z treścią zamieszczonego we Wniosku (str. 408-409) Końcowego Świadectwa Przyjęcia, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w tej kwestii. W wyjaśnieniu Wykonawca potwierdził, że zakres prac wykonanych w ramach niniejszego zadania obejmował wymagania opisane przez Zamawiającego w sekcji III.2.3. punkt 1 Ogłoszenia, tzn. że w zakresie zamówienia, było również "zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji turbiny gazowej".

Wykonawca potwierdził to wszystko czego Zamawiający oczekiwał dla możliwości uznania spełniania warunku udziału. Tym samym, biorąc pod uwagę treść warunku z treścią

oświadczenia wykonawcy, Zamawiający w sposób jednoznaczny mógł stwierdzić, że zadanie San Lorenzo spełniało wymagania Zamawiającego postawione w sekcji III.2.3. punkt 1 Ogłoszenia .

Izba uznaje, że Zamawiający w sposób prawidłowy i rzetelny dokonał oceny spełnienia, przez Wykonawcę w zakresie tej inwestycji, warunku udziału, dlatego też powyższy zarzut nie może zostać uwzględniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaliczenia do wykazanego doświadczenia zrealizowanego zamówienia EEHC Talkha Combined Cycle Power Plant, Odwołujący podniósł, że analizując treść złożonego wniosku stwierdzić należy, iż na stronie 410 wydanego świadectwa odbioru mowa jest o testowaniu turbiny parowej, a więc innej niż wskazana w pozycji 36 wykazu robót. Tym samym wystąpiły zasadne wątpliwości co do tego czy zamówienie to obejmowało wykonanie turbiny gazowej, jakiej wymagał Zamawiający w postawionym w SIWZ warunku. Ponadto zarzucił, że złożony przez wykonawcę certyfikat odbioru prac z 3 marca 2010r został podpisany przez osobę niemożliwą do zidentyfikowania, a tym samym nie można stwierdzić, że osoba, która je podpisała była do tego uprawniona, a ponadto kontrakt ten nie został opisany poprzez podanie jego rzeczowego zakresu.

Zamawiający odnosząc się do treści podniesionego zarzutu stwierdził, że we wniosku na stronie 410- 411 Wykonawca zamieścił świadectwo odbioru i akceptacji dotyczące prac ujętych w umowie nr 10040-CP-106. Świadectwo to jest podpisane przez upoważnionego reprezentanta Wykonawcy (nie przywołano firmy Wykonawcy) oraz wskazano na nim zatwierdzających - przedstawiciela PGESCO. i MDEPC. Ponadto w wyjaśnieniu, w Załączniku nr 4, Wykonawca przedłożył certyfikat odbioru podpisany przez przedstawiciela Egyptian Electricity Holding Company, z którego treści wynika, że INITEC ENERGIA S.A. (członek Konsorcjum Control Process) wykonał prace w ramach Kontraktu numer 10040-CP-106 dotyczącego budowy nowej elektrowni Talkha 750 MW

Ponadto wskazał, że Wykonawca nie ma wpływu na treść referencji jaką wystawi mu inwestor czy inny wykonawca. Również nie ma wpływu na to jak zamawiający nazwie daną inwestycję, czy będzie ona zawierała opis rzeczowy, czy będzie tylko oznaczona określonym numerem, jak w tym przypadku czy też w nazwie będzie wskazany skrótowy opis zakresu rzeczowego, tej inwestycji.

Izba dokonując dokładnej analizy przedłożonych i przedstawionych Izbie na rozprawie dokumentów przez strony stwierdza, że w świetle tych dokumentów oraz postawionego w sekcji III.2.3) pkt 1a oraz 1 b Ogłoszenia warunku udziału, Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał Wykonawcy za to zamówienie punkt.

Tym samym poniesiony zarzut uznaje za niezasadny.

Izba odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów oraz oświadczeń i stanowisk stron i Przystępującego zaprezentowanych na rozprawie stwierdza, że wspólną cechą treści podniesionych zarzutów jest fakt oparcia ich na domniemaniu Odwołującego, że

Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wniosek i wykazane tam zadania inwestycyjne Przystępującego.

Odwołanie opiera się na kwestionowaniu czynności Zamawiającego natomiast Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie tez stawianych w odwołaniu.

Zauważyć należy, że to Odwołujący podnosząc zarzuty oczekiwał od Zamawiającemu iż to Zamawiający udowodni zarówno Izbie jak i Odwołującemu, że podejmowane w zakresie tego postępowania czynności mają oparcie na postanowieniach SIWZ i ustawy Pzp.

W tym miejscu zauważyć należy, że uwzględniając procesową (art. 190 ust. 1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającą na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne, że - *ten przeprowadza dowód, kto twierdzi, nie ten kto przeczy..*

To odwołujący winien udowodnić fakty z których wywodzi określone skutki prawne co do wniosku Przystępującego, czego w tym postępowaniu nie wykazał. Postępowanie przed Izba ma charakter całkowicie kontrydiktoryjny. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania.

Odwołujący żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, poza podniesionymi wątpliwościami nie przedstawił.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący:
.....
.....