În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr. 2186/C1/2386
Data: 05.08.2024

Prin contestația nr. 58792/10.07.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 43615/10.07.2024, formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având cod unic de înregistrare RO ....., reprezentată legal prin administrator, și convențional prin Cabinet Individual de Avocat ..... cu sediu procesual ales la punctul de lucru al ..... SRL situat ....., jud. ..... împotriva raportului procedurii nr. 5473/05.07.2024 și a comunicării nr. 5475/05.07.2024, emise de către entitatea contractantă ..... SA, cu sediul în ....., str. Timișoara, nr. 2, județul ....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Furnizare gazanalizatoare portabile CH4 (0-5%) și CO (0÷200ppm) sau echivalent”, cod CPV 38431100-6, s-a solicitat:

1. anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 5475/05.07.2024 prin care oferta sa a fost declarată inadmisibilă în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016;
2. anularea în parte a raportului procedurii nr. 5473/05.07.2024 și a tuturor actelor subsecvente acestuia în ceea ce privește oferta sa;
3. anularea procesului-verbal nr. DC 3924/24.06.2024 în care s-a consemnat faptul că oferta sa a fost declarată inadmisibilă în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016;
4. reevaluarea ofertei sale în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și ale legii privind achizițiile publice sectoriale;
5. în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că, în cadrul procedurii, au depus ofertă ..... SRL și Asocierea .....SRL.

Urmare evaluării propunerilor tehnică și financiară și aplicării criteriului de atribuire, oferta sa s-a clasat pe prima poziție în clasament, întrunind punctajul maxim, Asocierea .....SRL clasându-se pe poziția a doua.

Prin urmare, în conformitate cu prevederile art. 205 alin (2) din Legea nr. 99/2016, prin adresa nr. DC 3741/17.06.2024, comisia de evaluare i-a solicitat să depună în SEAP documentele suport aferente DUAE.

Astfel, în susținerea cerinței din fișa de date a achiziției, a depus drept dovezi ale experienței similare următoarele contracte:

1. Contractul subsecvent nr. 848/02.05.2022 având ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed, în valoare de 119.347 lei.

2. Contractul subsecvent nr. 1758/03.08.2021 având ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed, în valoare de 86.357 lei.

3. Contractul nr. 419/2023 având ca obiect furnizarea de manometre, în valoare de 27.620 lei și este însoțit de facturi în cuantum de 15.351 lei.

4. Contractul nr. 129/2023 având ca obiect piese pentru calculatoare de debit gazcromatografe, în valoare de 82.197 lei.

5. Contractul nr. 154/2022 având ca obiect piese pentru calculatoare de debit gazcromatografe, în valoare de 18.454 lei.

6. Comanda nr. 49SEC/17.02.2022, având ca obiect componente electrotehnice pt. sisteme de monitorizare scăpări de H2, 02, în valoare de 21.400 lei

7. Contractul nr. 2799.12/20.10.2022 având ca obiect furnizare de MONITOR TERMIC EPT202, în valoare de 119.199 lei.

8. Contractul nr. 29/12.01.2024 având ca obiect înregistrator portabil, în valoare de 524.788 lei.

9. Contractul nr. 713/15.06.2021 având ca obiect calibratoare portabile de presiune, în valoare de 339.446,25 lei.

10. Contractul nr. 1799/10.08.2021 având ca obiect furnizare Modul de producere hidrogen tip Hogen și kit piese de schimb pt. mentenanță, în valoare de 1.078.686 lei.

În urma verificării acestora, consideră că, comisia de evaluare a apreciat, în mod netemeinic și nelegal, că ..... SRL nu îndeplinește cerința privind experiența similară în domeniul solicitat prin documentația de atribuire, constatând, citează, că: „ofertantul SC ..... SRL a dovedit că în ultimii 3 ani a mai furnizat produse similare cu cele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv aparate de măsurat gaze, în valoare cumulata de 205.704 lei, realizată în cadrul contractelor subsecvente nr. 1758/03.08.2021 și nr. 848/02.05.2022 ce au ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed” și consemnând aceasta în procesul-verbal nr. DC 3924/24.06.2024 și, ulterior, în

raportul procedurii nr. 5473/05.07.2024 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 5475/05.07.2024.

Ulterior, arată că procedând la solicitarea documentelor-suport DUAE Asocierii .....SRL și la verificarea acestora, comisia de evaluare a declarat-o câștigătoare.

În consecință, susține că a formulat prezenta contestație prin care, în cele ce urmează, va detalia considerentele pentru care apreciază că decizia entității contractante de a respinge oferta ..... SRL în temeiul art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, este complet netemeinică și nelegală.

Contestatorul arată că prin fișa de date a achiziției, capitolul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate se solicită următoarele:

„Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească faptul că au experiență similară.

Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar ce se va întocmi la finalizarea evoluării ofertelor. Aceste documente sunt:

- dovada că în ultimii 3 ani operatorul economic a mai furnizat produse similare cu cele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv aparate de măsurat gaze, în valoare cumulată de minim 580.800 lei, realizată în cadrul a unui/mai multor contracte.

Pentru contractele prezentate ca experiență similară ofertantul va depune orice tip de document (recomandări/certificate constatatoare, etc) emis sau contrasemnat de o autoritate/entitate sau de clientul beneficiar privat”.

Or, în ciuda celor consemnate de comisia de evaluare în documentele contestate, susține că societatea sa a îndeplinit cerința privind experiența similară astfel formulată.

În realitate, fie și numai contractul tir. 1799A 0.08.2021, având ca obiect furnizare Modul de producere hidrogen tip Hogen si kit piese de schimb pt. mentenanță, în valoare de 1.078.686 lei este în măsură să dovedească pe deplin îndeplinirea acesteia. Aceasta deoarece:

Obiectul contractului nr. 1799/10.08.2021, încheiat cu ..... l-a constituit furnizarea unui „Modul de producere hidrogen tip Hogen” (sublinierea sa pune accentul pe utilizarea acestui modul, al cărei rezultat este acela de a produce hidrogen), a cărui valoare a fost de 1.061.866 lei fără TVA din totalul valorii contractuale de 1.078.686 lei.

Modulul Hogen, cunoscut sub denumirea generică de „generator de hidrogen” sau „electrolizor” Hogen a fost produs inițial de către Proton Energy Systems, Inc. și Proton OnSite. Începând cu anul 2017, după preluarea acestor companii de către compania Nel Hydrogen US, echipamentul se comercializează sub denumirea de „H SERIES 4”. Informațiile privind preluarea se regăsesc la adresa https:/ / nelhydrogen.com/podcasts/nels-pem-built-on-20-years-of-experience/

Astfel, deși procedura de achiziție publică a fost denumită de către Complexul Energetic Oltenia - „Modul de producere hidrogen tip Hogen”, prin contractul nr. 1799A0.08.2021 a fost furnizat echipamentul produs de Nel Hydrogen US - H SERIES 4 -, cu o capacitate de producție de 6 Nm3/h.

Pentru a se înțelege cum funcționează acest echipament și care este scopul pentru care se achiziționează - respectiv pentru producerea hidrogenului, care este un gaz face următoarele precizări:

Există mai multe metode de producere a gazului de hidrogen, printre care și electroliza apei, iar modulul Hogen funcționează având la bază acest principiu.

Metodele de producere a hidrogenului din apă vizează descompunerea apei, adică scindarea moleculei de apă (H20) în componentele sale, oxigen și hidrogen.

Conform informațiilor pe care producătorul Nel Hydrogen US le pune la dispoziție pentru modulul Hogen, este lesne de înțeles că acest echipament are incluse sisteme de măsurare atât a cantității de hidrogen, cat și a purității acestuia.

Astfel, arată că acesta declară în pagina 9 a Manualului aferent produsului: „Configurat cu până la trei stive PEM, generatorul de hidrogen H Series 4 este proiectat pentru a furniza până la 6 Nm3/li (228 SCFH) de 99,9995% hidrogen pur la o presiune maximă de 15 barg (218 psig) [Pentru opțiunea 30 bar presiunea maximă este de 30 barg (435 psig)].”, ceea ce nu se poate realiza decât dacă echipamentul are incluse sisteme de măsurare atât a cantității de hidrogen generate de către electrolizor, cât și a purității acestuia.

Conform extrasului de mai jos, din Manualul producătorului (pag. 14) „Unitatea conține toți senzorii și comenzile necesare pentru a ajuta la monitorizarea siguranței, a performanței și a funcționării automate a sistemului și pentru a permite, opțional, monitorizarea și diagnosticarea de la distanță.” Cu alte cuvinte, echipamentul conține toți senzorii necesari pentru a efectua măsurători și a demonstra clientului că se livrează cantitatea de gaz hidrogen promisă la puritatea specificată în documentație, adică la 99,9995%.”

De asemenea arată că în pagina 69 a Manualului, producătorul informează despre posibilitatea de a vizualiza care au fost citirile/ măsurătorile pentru anumiți parametri. Mai jos, prezintă un extras din care se poate vedea modul în care echipamentul pune la dispoziție

informații despre rezultatul măsurătorilor executate pentru ultimele 60 de minute. Producătorul declara că: „Ecranul Tendințe afișează date despre tendințe în timp real pentru presiuni, temperaturi, stivele de celule, tensiune/curent, calitatea apei și citirile pentru gazul combustibil. Aceste diagrame se vor actualiza continuu arătând aproximativ ultimele 60 de minute de date”.

Totodată arată că în pagina 17 a Manualului, producătorul declară că: „Un senzor de gaz combustibil (P&ID Tag CG220) monitorizează procentul LFL de hidrogen în oxigen”, unde LFL semnifica Lower Flammability Limit. Această monitorizare se poate efectua doar prin măsurători succesive.

Faptul că se măsoară concentrația de hidrogen este confirmată și prin existența erorilor de avertizare „E24”, „W09” și „W22”„, erori care au următoarele semnificații:

- „concentrația de hidrogen în senzorul A200 depășește 50% din LFL”,
- „concentrația de hidrogen în senzorul A200 depășește 45% din LFL”
- „concentrația de hidrogen în senzorul A200 este mai mică de -5% LFL”.

Eroarea de avertizare „E40”, conform informațiilor furnizate de producător în pagina 76 a Manualului, este pentru situația în care calibrarea senzorului a fost efectuată cu mai mult de 104 zile în urmă, mai precis, mesajul este: „Valabilitatea calibrării senzorului CG a expirat (mai mult de 104 zile)”. Calibrarea senzorului este efectuată astfel încât toate măsurătorile pe care le efectuează senzorul respectiv să fie efectuate cu multă acuratețe, deoarece funcționarea conformă a întregului echipament depinde de măsurătorile acestui senzor. Nu trebuie omis faptul că există un risc foarte mare de explozie în cazul unei funcționări improprii a generatorului de hidrogen, motiv pentru care producătorul avertizează, prin erorile afișate de display, sau chiar oprește funcționarea generatorului dacă sunt depășite anumite limite în procesul de fabricație al hidrogenului.

Mai jos redă un nou extras din Manualul producătorului, extras în care se regăsesc informații despre necesitatea calibrării senzorului - pagina 70 din Manual.

De asemenea, în pagina 63 a Manualului se poate vedea o imagine de pe display-ul electrolizorului cu parametrii măsurați de sistem, printre care și cantitatea de hidrogen „Hydrogen Floiv”, produsă de electrolizor.

Așadar, modulul Hogen este un produs foarte complex care are inclusiv funcția de „măsurare gaze”.

Pentru a avea o imagine a complexității acestui produs, care are inclusiv funcția de „măsurare gaze” și ale cărui dimensiuni aproximative sunt: 180 cm x 81 cm x 191 cm, iar valoarea sa este mai mare decât a

celor 120 de aparate portabile care fac obiectul prezentei proceduri - atașează două fotografii relevante.

Ca o concluzie, precizează că contractul nr. 1799A0.08.2021, încheiat cu .....SA, în cadrul căruia a efectuat inclusiv instalarea produsului livrat, este pe deplin în măsură să dovedească experiența sa în furnizarea de produse similare, întrucât modulul Hogen are inclusă funcțiunea de măsurat gaze - în cazul acestuia hidrogen -, având o complexitate vădit superioară unui simplu „aparat de măsurat gaze" portabil.

Astfel, arată că, conform prevederilor art. 1 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017, operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului achiziție sectorială trebuie să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție sectorială atribui prin respectiva procedură.

Mai mult arată că, articolul 5 alin. (1) al Instrucțiunii AN AP nr. 2/2017 stipulează extrem de clar faptul că nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție sectorială care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

Contestatorul invocă inclusiv exemplul de bună practică nr. 3 din cadrul Instrucțiunii, privind formularea cerinței de calificare referitoare la experiența similară, utilizându-se caracteristici cantitative, pentru contracte de furnizare: „într-o procedură 9 având ca obiect atribuirea unui contract pentru furnizarea de microscoape pentru Spitalul „X", ofertantul trebuie să facă dovada că a mai furnizat în ultimii 3 ani echipamente de cercetare medicală sau cercetare de laborator, avându-se în vedere și situația în care se prezintă la procedura de atribuire operatori economici care au îndeplinit contracte de furnizare a unor echipamente din același domeniu/sector, fără a fi comercializat neapărat același echipament cu cel ce urmează să fie achiziționat".

Aceasta deoarece, așa cum se menționează în cuprinsul art. 2 alin. (1) al Instrucțiunii nr. 2/2017, scopul instituirii cerinței minime de calificare și selecție privind experiența similară, în corelare cu principiul proporționalității, este acela de a obține o confirmare că operatorii economici au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, a contractului de achiziție sectorială ce urmează a fi atribuit.

Or, în cazul de față este vorba despre un simplu contract de FURNIZARE GAZANALIZOARE PORTABILE CH4 (0-5%) și CO (0+200ppm) SAU ECHIVALENT", fără servicii de instalare.

În acest context, consideră că trebuie subliniat faptul că toate precizările privind obiectul contractului nr. 1799A0.08.2021 pe care le-a expus în cadrul prezentei contestații ar fi putut fi cu ușurință obținute de către comisia de evaluare dacă aceasta ar fi procedat conform dispozițiilor art. 133 alin. (1) lit. i) și art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016, respectiv i-ar fi solicitat clarificări de confirmare a susținerii sale că acesta reprezintă experiență similară.

Contestatorul invocă în susținere prevederile art. 133 și art. 140 din HG nr. 394/2016.

Or, în loc să procedeze la solicitarea de clarificări și încălcând, astfel, principiul proporționalității, comisia de evaluare a luat decizia netemeinică și nelegală de a declara oferta sa ca inadmisibilă, pentru o pretinsă neîndeplinire a cerinței privind experiența similară.

Totodată, invocă jurisprudența CJUE Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouzvwerken NV); Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37.

Așadar, în conformitate cu prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice sectoriale, consideră că comisia de evaluare avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectelor în cauză și nu să ia măsura total disproporționată a respingerii ofertei sale ca inacceptabilă.

în concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, solicită Consiliului să admită prezenta contestație și, pe cale de consecință să dispună cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În drept, își întemeiază prezenta contestație pe dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia.

În probațiune, invocă înscrisurile atașate prezentei contestații și înscrisurile din dosarul constituit la CNSC.

În susținerea cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial prezintă factura nr. 378/10.07.2024, seria ASI nr. 1, în valoare de 4.165,00 lei și ordinul de plată din 10.07.2024.

Prin adresa nr. DG 5897/15.07.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 44596/15.07.2024 entitatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În fapt entitatea contractantă precizează că a demarat, procedura de achiziție publică - online - simplificată într-o singură etapă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare Gazanalizoare portabile CH4 și CO sau echivalent”.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului cu privire la anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 5475/05.07.2024, prin care oferta acestuia a fost declarată inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art.

143, alin. (2) din HG nr. 394/2016, supune atenției Consiliului următoarele:

Prin adresa nr. 5475/05.07.2024 i s-a comunicat contestatorului faptul că oferta sa a fost respinsă, în conformitate cu prevederile art. 143 alin.(1) din HG nr. 394/2016, ca inacceptabila, potrivit prevederilor art.143 alin. (2), lit. b) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece:

În urma verificării documentelor - suport depuse în susținerea informațiilor din DUAE, a documentelor ce îl însoțesc și a documentelor suplimentare identificate, comisia de evaluare a constatat că nu sunt îndeplinite cerințele privind experiența similară în domeniul solicitat prin documentația de atribuire.

Astfel, entitatea contractantă arată că, în fișa de date, parte a documentației de atribuire, la cap III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și /sau profesională, sunt menționate următoarele:

„Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească faptul ca au experiența similară. Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar ce se va întocmi la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente sunt:

- dovada că în ultimii 3 ani operatorul economic a mai furnizat produse similare cu cele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv aparate de măsurat gaze, in valoare cumulata de minim 580.800 lei, realizata în cadrul a unui/mai multor contracte.

Pentru contractele prezentate ca experiență similară ofertantul va depune orice tip de document (recomandări/certificate constatatoare, etc) emis sau contrasemnat de o autoritate / entitate sau de clientul beneficiar privat)”.”

Comisia de evaluare a analizat toate contractele depuse de contestator pentru demonstrarea cerinței privind experiența similară și a constatat din contractele și comenzile depuse de către acesta că nu îndeplinește condițiile pentru experiența similară solicitate de către CEVJ-SA deoarece:

1. Contractul subsecvent nr. 848/02.05.2022 are ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed, în valoare de 119.347 lei. Fiind un produs similar cu cele solicitate prin caietul de sarcini (aparate de măsurat gaze) se acceptă ca experiență similară.

2. Contractul subsecvent nr. 1758/03.08.2021 are ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed, în valoare de 86.357

lei. Fiind un produs similar cu cele solicitate prin caietul de sarcini (aparate de măsurat gaze) se acceptă ca experiență similară.

3. Contractul nr. 419/2023 are ca obiect furnizarea de manometre, în valoare de 27.620 lei și este însoțit de facturi în cuantum de 15.351 lei.

Experiența similară prezentată în acest contract este pentru manometre, respectiv pentru aparate de măsurat presiunea, și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

4. Contractul nr. 129/2023 are ca obiect piese pentru calculatoare de debit gazcromatografe, în valoare de 82.197 lei.

Experiența similară prezentată în acest contract este pentru piese pentru calculatoare de debit gazcromatografe și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

5. Contractul nr. 154/2022 are ca obiect piese pentru calculatoare de debit gazcromatografe, în valoare de 18.454 lei.

Experiența similară prezentata în acest contract este pentru piese pentru calculatoare de debit gazcromatografe, și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

6. Comanda nr. 49SEC/17.02.2022, având ca obiect componente electrotehnice pentru sisteme de monitorizare scăpări de H2, O2, în valoare de 21.400 lei.

Experiența similară prezentată în acesta comandă este pentru componente electrotehnice pentru sisteme de monitorizare scăpări de H2, O2 și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

7. Contractul nr. 2799.12/20.10.2022 are ca obiect furnizare de MONITOR TERMIC EPT 202, în valoare de 119.199 lei.

Experiența similară prezentată în acest contract este pentru furnizare de MONITOR TERMIC EPT 202 și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

8. Contractul nr. 29/12.01.2024 are ca obiect înregistrator portabil, în valoare de 524.788 lei.

Experiența similară prezentată în acest contract este pentru înregistrator portabil (aparat de măsurare a puterii și frecvenței) și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

9. Contractul nr. 713/15.06.2021 are ca obiect calibratoare portabile de presiune, în valoare de 339.446,25 lei. Experiența similară prezentata în acest contract este pentru calibratoare portabile de presiune și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

10. Contractul nr. 1799/10.08.2021 are ca obiect furnizare Modul de producere hidrogen tip Hogen și kit piese de schimb pentru mentenanță, în valoare de 1.078.686 lei.

Experiența similară prezentată în acest contract este pentru furnizare Modul de producere hidrogen tip Hogen și kit piese de schimb pentru mentenanță și nu pentru aparate de măsurat gaze așa cum a fost solicitat în documentația de atribuire.

Având în vedere cele de mai sus, entitatea contractantă arată că comisia de evaluare a constatat faptul că în ultimii 3 ani contestatorul a furnizat produse similare cu cele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv aparate de măsurat gaze, în valoare cumulată de doar 205.704 lei, realizată în cadrul contractelor subsecvente nr. 1758/03.08.2021 și nr. 848/02.05.2022 ce au ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed.

În ceea ce privește afirmațiile contestatorului că pentru dovedirea îndeplinirii condițiilor pentru experiență similară ar fi fost de ajuns doar contractul nr. 1799/10.08.2021 ce are ca obiect furnizare Modul de producere hidrogen tip Hogen și kit piese de schimb pentru mentenanță, in valoare de 1.078.686 lei, din punctul său de vedere acest lucru nu corespunde adevărului deoarece conform opiniei exprimate de partea tehnică din comisia de evaluare aceștia au considerat că Modul de producere hidrogen tip Hogen și kit piese de schimb pentru mentenanță, nu se încadrează în cerințele prevăzute în caietul de sarcini pentru că modulul este un ansamblu care produce hidrogen și nu se încadrează în categoria gazanalizoarelor.

Mai mult de atât aparatele ce fac obiectul achiziției sunt utilizate în subteran, în atmosferă potențial explozivă grizutoasă. Activitatea la ..... SA, se desfășoară cu respectarea Regulamentului de sănătate si securitate în muncă, în care sunt specificate condițiile de utilizare a echipamentelor în subteran. Astfel, aparatele de măsurare a gazelor din subteranul sucursalelor miniere trebuie să fie corespunzătoare condițiilor și cerințelor din subteran, astfel încât măsurătorile să fie exacte pentru a nu pune în pericol viața lucrătorilorșsi a zăcământului, fiind necesară o analiză precisă asupra produselor pe care le prezintă ofertanții în cadrul procedurii de achiziție. Conform Regulamentului de sănătate și securitate în muncă, la depășirea concentrațiilor de gaze peste limita admisă, respectiv 2 % CH4 și 20 ppm CO, este necesară evacuarea personalului din zona afectată, astfel aparatele solicitate în documentația de achiziție, trebuie să fie independente, robuste, să funcționeze în condițiile specifice din subteran și să indice valorile măsurate, precise, fără erori.

Față de cele arătate mai sus și față de actele existente în dosarul de achiziție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 solicită Consiliului să respingă contestația formulată de ..... SRL ca nefondată.

Totodată, în situația în care Consiliul va constata caracterul nefondat al contestației solicită să respingă și capătul de cerere prin care se solicită obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

În drept își întemeiază prezentul punct de vedere pe dispozițiile legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016 cu modificările si completările ulterioare, ale HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare, Ordinul nr. 1554/2023.

Prin adresa nr. 58929/22.07.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 46267/22.07.2024, contestatorul transmite concluzii scrise față de răspunsul la punctul de vedere al entității contractante.

În fapt, contestatorul reia cerința din fișa de date a achiziției privind experiența similară și prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017), în baza cărora entitatea contractantă a definit în fișa de date a achiziției ce se înțelege prin produse similare, respectiv: furnizarea de „aparate de măsurat gaze, în valoare cumulată de minim 580.800 lei (realizată în cadrul a unui/mai multor contracte)".

Or, contrar celor susținute de entitatea contractantă în punctul său de vedere, contractul nr. 1799/10.08.2021 având ca obiect furnizare Modul de producere hidrogen tip Hogen și kit piese de schimb pt. mentenanță, în valoare de 1.078.686 lei, în opinia sa face pe deplin dovada experienței societății sale în materie de furnizare a unor „aparate de măsurat gaze".

Astfel, susține că relevanța acestui contract în dovedirea experienței similare nu trebuie analizată prin prisma cerințelor din caietul de sarcini, astfel cum în mod eronat încearcă să-și justifice entitatea contractantă decizia de respingere a ofertei sale.

Prin afirmația că produsul care a făcut obiectul acestuia „... nu se încadrează în cerințele prevăzute în caietul de sarcini pentru ca modulul este un ansamblu care produce hidrogen și nu se încadrează în categoria gazanalizoarelor" semnatarul punctului de vedere se află într-o gravă eroare: Nu produsele care au făcut obiectul contractelor aduse ca dovadă a experienței similare trebuie să „se încadreze în cerințele prevăzute în caietul de sarcini", ci doar produsul ofertat, pentru care, după cum se poate constata din raportul procedurii, societatea sa a obținut punctajul maxim de 80 de puncte, ceea ce înseamnă că respectă în totalitate cerințele documentației de atribuire.

De altfel, așa cum a menționat în contestația sa, articolul 5 alin. (1) al Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 stipulează extrem de clar faptul că nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție sectorială care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

Așadar, în conformitate cu prevederile propriei documentații de atribuire și cu dispozițiile legale incidente, consideră că comisia de evaluare ar fi trebuit să constatate faptul că produsul care a făcut obiectul contractului nr. 1799/10.08.2021 este un echipament care măsoară gazul.

În acest sens, în sinteza celor expuse în cadrul contestației sale, va relua, pe scurt, ceea ce ar fi trebuit să rețină membrii comisiei în cadrul ședinței de analiză referitor la acest contract:

Generatorul de hidrogen produce și măsoară gazul hidrogen. Echipamentul are capacitatea de a măsura atât cantitatea de gaz hidrogen produs, cât și concentrația acestuia, cu o precizie de 99.9995%. A indicat această valoare cu patru zecimale comunicată de către producător tocmai pentru a se reține precizia de măsurare a acestui echipament (chiar dacă în definirea similarității din Fișa de date nu se face nicio referire la precizia măsurării), tocmai pentru a arăta că funcția de măsurare a generatorului de hidrogen nu doar că există, ci este net superioară celei a aparatelor portabile ce fac obiectul prezentei proceduri (o precizie de 99,9995% față de 2%).

Astfel, arată că atunci când un echipament are o precizie de măsurare de doar 2% (fără zecimale), asta înseamnă că atât o valoare de 1.7% cât și o valoare de 2,4% vor fi indicate de aparat tot ca 2%, adică acesta va face aproximări grosiere ale măsurătorilor.

Se poate concluziona, astfel, că generatorul de hidrogen este un produs superior celui solicitat prin documentația de atribuire, fiind un aparat de măsurat gaz care execută măsurători cu patru ordine de mărime, așadar mai precise decât tipul de aparat care face obiectul prezentei proceduri.

De altfel, superioritatea produsului care a făcut obiectul contractului nr. 1799/10.08.2021 - care este (și) un aparat de măsurat gazul (așa cum a demonstrat în mod detaliat prin contestația sa) - rezidă din simpla comparare a dimensiunilor și prețului acestuia cu cele ale tipului de aparat ce face obiectul prezentei proceduri:

[Gazoanalizatorul solicitat are dimensiuni aproximative de 103x58x30 mm și o greutate aproximativă de 182 g, în timp ce generatorul de hidrogen care măsoară acest gaz are 1.800 x 810 x 1.910 mm și o greutate de aproximativ 1 tonă. Echipamentul portabil solicitat a fost ofertat de societatea sa la o valoare de 4.350 lei, în timp ce generatorul de hidrogen a fost achiziționat, în urmă cu aproape 3 ani, la o valoare de 1.061.886 lei, adică de 244 de ori mai mare decât produsul solicitat.]

În opinia sa toate aceste precizări sunt menite să ofere o imagine a complexității generatorului de hidrogen care, tocmai în considerarea acesteia, este dotat cu sisteme de protecție pentru reducerea la minim a pericolului de explozie.

Astfel, referitor la zona de risc în care vor fi utilizate aparatele care fac obiectul prezentei proceduri - aspect invocat de entitatea contractantă în punctul său de vedere -, contestatorul consideră că se impun a fi făcute următoarele mențiuni:

În definirea similarității produselor care pot fi prezentate ca experiență similară nu se face nicio precizare cu privire la mediul de

lucru/atmosfera potențial explozivă în care acestea ar fi trebuit să opereze, fiind solicitat exclusiv ca aparatele să facă parte din categoria aparate de măsurat gaz (entitatea contractantă este cea care a formulat cerința în funcție de nevoile sale și putea introduce orice detalii considera ca necesare).

Chiar și în aceste condiții, în care nu s-a solicitat ca experiența similară să fie în furnizarea de aparate de măsură a gazului în mediu potențial explozibil (subteran sau suprateran), subliniază următoarele:

Dacă aparatul solicitat în cadrul procedurii va fi utilizat în subteran, în atmosfera potențial explozivă grizutoasa (grizu = Amestec natural gazos, inflamabil și explozibil, în care predomină metanul și care se degajă în timpul lucrărilor miniere), se impune a fi menționat faptul că generatorul de hidrogen este utilizat în cadrul fabricii de hidrogen de la SC Complexul Energetic Oltenia - Sucursala Işalnița.

Astfel, trebuie reținut faptul că hidrogenul poate forma amestecuri explozive cu aerul și reacționează violent cu oxidanții. În cazul inhalării în cantități foarte mari, poate produce asfixierea, pierderea mobilității motrice și a cunoștinței. Scurgerea hidrogenului gazos în atmosferă poate cauza autoaprinderea sa. Avantajul său principal constă în faptul că este ecologic, din arderea sa rezultând vapori de apă. Dezavantajul, însă, îl reprezintă tocmai în pericolul mare de explozie (între 4 și 75 % hidrogen în amestec cu aerul). Pentru evitarea acestuia, generatorul de hidrogen este dotat cu sisteme de protecție pentru reducerea la minim a pericolului de explozie.

Așadar, deși cerința privind experiența similară din fișa de date a achiziției, capitolul III.1.3.a) Capacitatea tehnica și/sau profesionala - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate nu prevede nicio condiție în acest sens, se poate constata că și din punctul de vedere al mediului potențial exploziv, produsul care a făcut obiectul contractului nr. 1799/10.08.2021 este similar și superior.

În consecință, consideră că este evident că produsul „Modul de producere hidrogen tip Hogen” este un produs similar superior care efectuează „măsurarea de gaze”, așa cum a fost solicitat în documentație și trebuia să fie acceptat pentru dovedirea experienței similare.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, solicită Consiliului să admită contestația sa, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. DG 5891/15.07.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 44979/16.07.2024 autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției în copie, pe DVD.

Anexat contestației în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 43615/ 10.07.2024, ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210373342/1, tranzacția: 1474936010/

286078880 din data de 09.07.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 11.616,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Furnizare gazanalizatoare portabile CH4 (0-5%) și CO (0÷200ppm) sau echivalent”, cod CPV 38431100-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare SCN1147132/23.05.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.185.669,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Procedând la soluționarea contestației formulate de ..... SRL, Consiliul reține că acesta critică rezultatul procedurii prin prisma deciziei entității contractante de a declara oferta sa inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016, motivat de faptul că: „ofertantul SC ..... SRL nu a dovedit că în ultimii 3 ani a mai furnizat produse similare cu cele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv aparate de măsurat gaze, în valoare cumulata de 205.704 lei, realizată în cadrul contractelor subsecvente nr. 1758/03.08.2021 și nr. 848/02.05.2022 ce au ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed” și consemnând aceasta în procesul-verbal nr. DC 3924/24.06.2024 și, ulterior, în raportul procedurii nr. 5473/05.07.2024 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 5475/05.07.2024.

Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, capitolul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate entitatea contractantă a solicitat, astfel:

„Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească faptul că au experiență similară.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar ce se va întocmi la finalizarea evoluării ofertelor. Aceste documente sunt:

- dovada că în ultimii 3 ani operatorul economic a mai furnizat produse similare cu cele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv aparate de măsurat gaze, în valoare cumulată de minim 580.800 lei, realizată în cadrul a unui/mai multor contracte.

Pentru contractele prezentate ca experiență similară ofertantul va depune orice tip de document (recomandări/certificate constatatoare

etc.) emis sau contrasemnat de o autoritate/entitate sau de clientul beneficiar privat".

Având în vedere faptul că necesitatea entității contractante, astfel cum a fost precizată în caietul de sarcini, constă în furnizarea de gazanalizatoare portabile CH4 și CO, Consiliul va reține că, potrivit cerinței de calificare privind experiența similară din anunțul de participare simplificat, operatorii economici participanți aveau obligația să demonstreze că au furnizat anterior produse similare cu cele care urmează a fi furnizate prin contractul care urmează a fi atribuit în urma prezentei proceduri de atribuire, în valoare cumulată de minim 580.800 lei, prin sintagma „produse similare" înțelegându-se, în cazul acestei proceduri de atribuire, „*aparate de măsurat gaze*", conform precizării din cerință.

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în executarea unor contracte similare (și nu identice) cu cel ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură de atribuire, că au cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte, iar potențialul tehnic trebuie să reflecte posibilitatea concretă că un anumit operator economic poate duce la îndeplinire un contract.

În dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, contestatorul a depus 10 contracte, din care entitatea contractantă a reținut ca fiind similare cu cel care face obiectul prezentei proceduri contractul subsecvent nr. 848/02.05.2022, în valoare de 119.347 lei și contractul subsecvent nr. 1758/03.08.2023, în valoare de 86.357 lei, ambele având ca obiect furnizarea de analizoare și sonde de oxigen umed.

Cu privire la contractele de la pozițiile 3-9, având ca obiect furnizarea de diverse produse, cum ar fi manometre, calculatoare de debit, componente electronice, monitor termic, înregistrator portabil și calibratoare portabile de presiune, pe care entitatea contractantă nu le-a luat în considerare, pe considerentul că nu ar fi fost aparate de măsurat gaze, astfel cum s-a solicitat prin anunțul de participare simplificat, se reține că societatea contestatoare nu a formulat niciun argument concret pentru care ar fi eronat raționamentul entității contractante, ceea ce nu poate fi interpretat decât ca o recunoaștere tacită a contestatorului cu privire la lipsa de similitudine a respectivelor produse comparativ cu aparatele de măsurat gaze menționate în prezentul anunț de participare simplificat.

Având a se pronunța, potrivit principiului disponibilității statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, strict cu privire la aspectele cu care a fost învestit de către contestator, Consiliul reține că acesta susține că ar fi îndeplinit cerința privind experiența similară prin prezentarea contractului nr. 1799/10.08.2021, încheiat cu .....SA,

de furnizare a unui „Modul de producere hidrogen tip Hogen”, a cărui valoare a fost de 1.061.866 lei, fără TVA, acesta fiind suficient, în opinia sa, pentru îndeplinirea întregii cerințe.

Consiliul reține că respectivul contract are ca obiect furnizarea unui echipament „Modul de producere hidrogen tip Hogen 6 Nm3/h și kit piese de schimb pentru mentenanță anuală modul de producere hidrogen tip HOGEN 6 Nm3/h”, echipament care are în componență - potrivit anexei de la pag. 109 din fișierul [4. DOCUMENTE SUPORT DUAE .....pdf] transmis de entitatea contractantă:

Modul producere hidrogen tip HOGEN 6 Nm^3/h, cu accesorii incluse:

- Filtru extern ventilator aer;
- Drenă lichide;
- Robinet 3-căi izolare linie producție hidrogen;
- Robinet 2-căi izolare circuit apă de răcire;
- Kit protecție filtru extern ventilator de aer;
- Calibration gaz cylinder;

Kit RO/DI Water System, Chorus 2 (P/N: KT-1000-0203);

- Cartridge pre-treatment, ELGA, LC241 (Chorus);

Cartridge Ion-exchange, ELGA, LC234 (Chorus).

Kit piese de schimb pentru mentenanță anuală modul de producere hidrogen tip HOGEN 6 Nm^3/h, compus din:

- 1 buc. rezervă dezumidificator Dryer
- 2 buc. filtru 43 microni
- 1 buc. element filtrant .80 pentru fitru-Y F227
- 1 buc. element filtrant .80 pentru filtru-Y F210
- 1 buc. cartuș filtrant .20** cu rășină
- 1 buc. cartuș de schimb pentru filtru aer 12x12x1
- 1 buc. cartuș de schimb pentru filtru aer 16x20x2
- 1 buc. filtru rezervă pentru filtru aer 148.5mm SQ
- 1 buc. butelie 2% H2 în aer 1100-1300 psi
- 4 buc. pungi cu dezumidificator 5.75 x 10.25
- 4 buc. detector-indicator de umiditate.

Consiliul reține, în soluționare, că echipamentul „Modul de producere hidrogen tip Hogen”, prezentat de contestator ca și experiență similară, este un produs finit, a fost achiziționat ca atare, și este un aparat destinat producției hidrogenului prin metoda hidrolizei apei.

Prin urmare, comparând modulul de producere a hidrogenului furnizat anterior de contestator cu cerința din prezentul anunț de participare simplificat, Consiliul reține că entitatea contractantă a constatat, în mod corect, lipsa de similitudine a acestora, deoarece, respectivul contract nu are ca obiect **furnizarea unor aparate de măsurare a gazelor**, ci, a unui **aparat de producere a gazelor**.

Faptul că aparatul de producere a gazelor furnizat anterior ar avea în componență anumite componente/subansamble prin care să măsoare gazele produse (aspect invocat de către contestator), nu conduce, în

mod automat, la concluzia că întregul contract (întreaga valoare de 1.061.866 lei) ar constitui experiență similară în aparate de măsurat gazele și nu ar fi aferentă instalației de producție propriu-zisă a gazelor, nefiind depuse de contestator documente doveditoare în acest sens; Modului HOGEN fiind un produs finit, chiar și în situația în care ar avea în componență subansamble/componente care reprezintă produse similare cu cele care fac obiectul contractului în analiză, nu se poate determina îndeplinirea, de către contestator, a cerinței privind experiența similară solicitată, din punct de vedere valoric.

Mai mult, Consiliul reține că lipsa de similitudine dintre contractul anterior și cel care face obiectul prezentei rezultă și din codificarea CPV asociată de beneficiarul contractului anterior (42124340-9 - Piese pentru compresoare de gaz, conform anunțului de atribuire SCNA1056351, aferent contractului nr. 1799/CEOSE/10 aug. 2021), comparativ cu cea din prezenta procedură (38431100-6 Detectoare de gaz, conform mențiunilor de la secțiunea II.1.2 din anunțul de participare simplificat).

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini