

Комора здравствених установа Србије

**ПРАКСА РЕПУБЛИЧКЕ КОМИСИЈЕ
ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА**

Јасмина Миленковић
Члан Републичке комисије за заштиту права

Златибор, јуни 2016. године.

Негативне референце

Последње измене и допуне Закона о јавним набавкама из августа 2015. године донеле су са собом неколико измена када је реч о негативним референцама:

- Негативна референца као **могућност** не и обавеза за наручиоце
- **Невезивање** других, таксативно законом ненаведених доказа негативне референце за **одређеност** у конкурсној документацији
- Прецизирање претходног периода који је обухваћен негативном референцом
- **Укидање списка** негативних референци

Негативне референце

- опште начело права Европске уније и судске праксе Суда правде ЕУ указују на то да употреба негативних референци, или званично **аутоматско искључење**, генерално **нису дозвољени** према европском праву
- **Суд правде ЕУ** разматрајући питање да ли се може допустити националном законодавству да захтева од наручиоца да аутоматски искључи привредне субјекте из учешћа на основу неиспуњавања обавеза из претходног уговора, (полазећи од Директиве и релевантне ЕУ Повеље, као и општих законских начела), заузео став да наручилац мора да процени **природу и озбиљност непрофесионалног понашања од случаја до случаја**

Негативне референце

- У пракси у Републици Србији умео је да настане проблем када институт негативне референце треба применити у специфичним ситуацијама, када је предмет јавне набавке такав да понуду може поднети ограничен број понуђача, а нарочито у ситуацијама када исту подноси само један понуђач
- Питање озбиљности кршења претходних уговорних одредби без озбиљног или било каквог утицаја како на извршење претходног уговора, тако и на потенцијални будући уговор

(Нпр. лице је закаснило у реализацији својих уговорних обавеза, али је исте извршило, при чему му је наручилац наплатио уговорну казну. Како је исправа о наплаћеној уговорној казни доказ негативне референце, наручилац би могао да „казни“ понуђача, којег је можда већ довољно казнио наплатом уговорне казне (или рецимо реализацијом средства обезбеђења за добро извршење посла);

Негативна референца у поступку јавне набавке

- 1. поступање **супротно забрани из члана 23. ЗЈН (повреда интегритета поступка) и чл. 25. ЗЈН**
- лице које је учествовало у планирању јавне набавке, припреми конкурсне документације или појединих њених делова, и са њим повезано лице не може **наступати као понуђач** или као подизвођач понуђача, нити може **сарађивати** са понуђачима или подизвођачима приликом припремања понуде. Уколико се то догоди, наручилац има обавезу да одбије такву понуду и да без одлагања о томе обавести надлежне државне органе.
- забрану за представнике наручиоца и са њима повезаних лица да у периоду до 2 године након престанка радног односа код наручиоца ступе у пословне односе са одређеним понуђачима, добију неку корист од тих понуђача или стекну акције тих понуђача и лица која су са њима повезана, кршење ових одредаба повлаче како прекршајну одговорност понуђача који остварује такав однос са тим лицима, тако и негативну референцу

Негативна референца у поступку јавне набавке

Повреда конкуренције

- Наручилац уколико има основану сумњу у истинитост изјаве о независној понуди, дужан је да одмах о томе обавести Комисију за заштиту конкуренције, која је сходно ЗЈН, а у вези са одредбама Закона о заштити конкуренције
- Комисија за заштиту конкуренције је након једног од спроведених поступака донела решење којим утврђује да су три привредна друштва закључила рестриктивни споразум којим су унапред договорили појединачно учешће у поступку јавне набавке (утврдила цене и друге комерцијалне услове које је садржала свака појединачна понуда, чиме су значајно ограничила и нарушила конкуренцију и учинила повреду конкуренције), одређена је мера заштите конкуренције у облику **плаћања одређеног новчаног износа и изречена мера забране учешћа у поступку јавне набавке у својству понуђача у периоду од 18 месеци од правноснажности решења**

Негативна референца у поступку јавне набавке

- **неистинити подаци у понуди**
- Неистинит податак може бити лажан (фалсификован) документ или његов део, или може навођење податак у понуди, односно давање изјаве која не одговара чињеничном стању.
- Уколико је рецимо податак у изјави коју попуњава неистинит, нпр. понуђач изјави да располаже одређеним захтеваним магацинским простором, а утврди се супротно, понуђач ће, осим што ће евентуално кривично одговарати, бити и прекршајно одговоран, али и "стећи" негативну референцу.

Негативна референца у поступку јавне набавке

- **неоправдано одбијање закључења уговора о јавној набавци**, (након што је уговор додељен понуђачу) наручилац може да закључи уговор са првим следећим најповољнијим понуђачем, понуђача који је одбио закључење уговора може да „казни“ негативном референцом.
- одбијање закључења уговора мора бити без оправданог разлога, у супротном нема места примени овог института. Нпр. у случају настанка више силе пре закључења уговора, због које је изабрани понуђач онемогућен да реализује уговор (нпр. уколико изгори гаража у којој су се налазиле грађевинске машине којима је понуђач требало да изведе уговорене радове) изабрани понуђач свакако не може сносити консеквенце због одбијања закључења уговора
- **недостављање доказа/средства обезбеђења на које се понуђач у понуди обавезао**

Негативна референца у реализацији уговора о јавној набавци

- правоснажна **судска одлука** или коначна одлука другог надлежног органа;
- исправа о **реализованом средству обезбеђења** испуњења уговорних обавеза;
- исправа о **наплаћеној уговорној казни**;
- **рекламације потрошача**, односно корисника, ако **нису отклоњене у уговореном року**;

Закон о заштити потрошача уколико дође до рекламације потрошача, наручилац ће **позвати добављача да у уговореном року отклони недостатке** на које је указано у рекламацији, а у супротном ће сачинити **службену забелешку** која ће представљати исправу која ће заједно са рекламацијом/ама имати доказну снагу негативне референце.

Негативна референца у реализацији уговора о јавној набавци

- **извештај надзорног органа** о изведеним радовима који нису у складу са пројектом, односно уговором;
- **изјава о раскиду уговора** због неиспуњења битних елемената уговора дата на начин и под условима предвиђеним законом којим се уређују облигациони односи;
- **доказ о ангажовању** на извршењу уговора о јавној набавци **лица која нису означена у понуди као подизвођачи, односно чланови групе понуђача;**
- **други одговарајући доказ примерен предмету јавне набавке,** који се односи на испуњење обавеза по раније закљученим уговорима о јавним набавкама.

Негативна референца у реализацији уговора о јавној набавци

- Наручилац **поседује доказ** о томе да понуђач није испуњавао своје обавезе по раније закљученим уговорима о јавним набавкама;
- Те уговорне обавезе настале су **из уговора о јавним набавкама**;
- Ти уговори су се односили на **исти предмет јавне набавке**, за који наручилац сада спроводи поступак јавне набавке;
- Понуђач није испуњавао своје обавезе по раније закљученим уговорима о јавним набавкама за период од **претходне три године**

Негативне референце – неправилна примена

- 2114/2015, Општина Сурчин није имала основ за негативну референцу (услуге чишћења посл просторија), биле су две рекламације наручиоца:
- - прва да постоји проблем са потрошним материјалом, подносилац захтева је реаговао (указује да је наручилац захтевао 300 до 500% веће количине од хигијенских стандарда), притом се наручилац не изјашњава у којој количини је достављао потрошни материјал, (просечна месечна потрошња је предвиђена техничком спецификацијом), и које су конкретне одредбе уговора прекршене, затим наручилац се није изјаснио да су обе рекламације притисак да ангажује раднице које су раније биле ангазоване код наручиоца, којима треба исплатити отпремнину
- 1325/16, нема Dobergard ЈКП Паркинг Сервис, нема основа за нег реф јер се не види неиспуњење конкретних обавеза по раније закљученим уговорима (повреда радне дисциплине, Извештај о ванредном догађају, извештаји тужилаштва и МУП, приговори на рад запослених)

Негативне референце – правилна примена

- 314/2017 потврђена одлука Дом ученика средњих школа Београд којим је утврдила постојање негативне референце Паланке Промет јер је кршио уговорне одредбе по оквирном споразуму и уговору, тј постоје докази о:
 - **кашњењу у испоруци** меса (предвиђене сукцесивне испоруке према наруџбеници купца, три пута месечно – јасна одредба уговора да се морају поштовати рокове и динамика извршења уговора)
 - **мењан произвођач меса** без поштовање процедуре и основа из уговора и оквирног споразума (исту могућност везивао за објективне разлоге – престанак произвођача, наступање више силе, уз одобрење купца, док Паланка Промет исто образлаже несташицом и растом цена пилећег меса)
 - 1246/2016 КЦ Ниш јн организованог превоза радника, имао основа да „Јеремић превозу“ из Ништа изрекне негативну референцу јер је Комисија за заштиту конкуренције утврдила да су „D&D Travel“, „ДЈД превоз“ и „Јеремић превоз“ закључила рестриктивни споразум којим су договорили учешће у поступку истог предмета истог наручиоца, исто неуспешно оспорено наводима је понуда поднета као заједничка понуда, те да и изабрани понуђач кажњен Решењем исте Комисије, но није у поступку јн

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- ЗЦ Врање – одржавање и сервисирање опреме за анестезију (решење 1221/2016)
- Подносилац захтева успешно оспорио **доказ** тражен на име **континуираног снабдевања оригиналним резервним деловима** у виду уговора, изјава, потврде произвођача Drager, наводећи да произвођач медицинске опреме нема право да ограничава било које привредно друштво одређујући коме хоће а коме неће да прода резервне делове, предложено да се омогући документ добављача уз фактуру између произвођача и добављача (да се виде каталошки бројеви резервних делова)
- Наручилац исто правда посебним ризиком за који је везан предмет јн, не види сметњу да добављач добије потврду произвођача

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- ЗЦ Врање – одржавање и сервисирање опреме за анестезију (решење 1221/2016)
- Успешно оспорен захтев КК – два радно ангажована сервисера са сертификатима за сваки модел апарата, указујући да је минимум један прихватљив, има га само овлашћени представник произвођача
- Наручилац овакав захтев образлаже економичношћу тј да жели да зависне трошкове путарине, дневнице преноћишта сведе на најмању цену, да би се једним доласком могло сервисирати више апарата, нема могућности замене апарата у случају застоја
- Став РК: ово није образложење које оправдава да минимум један радно ангажовани сервисер би значио неефикасну и неекономичну реализацију ових услуга

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- ВМА – поправка и одржавање медицинске и прецизне опреме, тражен доказ – потврда или изјава произвођача опреме или овлашћеног дистрибутера да понуђач обезбеђује и уграђује искључиво оригиналне резервне делове и потрошни материјал (нове или репарирани/регенерисани) (решење 62/2017)
- Спорно је да ли су ReitzMedical из Немачке и DRE из САД за који М Плус тврди да продају оригиналне резервне делове и потрошни материјал произвођача Драгер са којим има уговор о дугорочној пословно техничкој сарадњи и овлашћени дистрибутери произвођача (прилажу се фактуре са печатом царине из којих се види да се увозе оригинални резервни делови произвођача Драгер)

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- ЗЦ Зајечар – сервисирање и одржавање мед и прецизне опреме са заменом резервних делова (решење 267/2016)
- Драгер техника указује да су сертификати Драговић Милутина о обуци иако оверени од стране Drager Medical 2003. год. застарели, сам произвођач потврђује да је уверење о обуци за Fabius застарело, не обухвата нове моделе (F GS Premium, F Plus, F Tiro, F Plus XL), пошто је било више измена на софтверу и харверу, те да се квалификовани сервисери поново обучавају на сваких 5 година, као и да обука за уређај Oxilog и Oxilog 2000 не обухвата знање за сервисирање Oxilog 1000
- Произвођач се изјашњава да Милутин Драговић никад није успео да сервисира апарате Oxilog 1000 и Fabiur Tiro, поднете су кривичне пријаве,
- Медитеран плус не поступа по захтеву да се произвођач изјасни о обучености за спорне апарате

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- ЗЦ Врање – одржавање медицинске опреме (решење 3065/2015)
- Захтев да понуђач **располаже еталонираном мерном опремом** за одржавање и мерење адекватних величина не може се одбити понуђач јер је доставио уговор о пословно техничкој сарадњи са Reitz Medical GmH, доказ: изјава и сертификат о еталонирању са стандардом ИСО 17025, без обзира што сертификат усклађености са стандардом не гласи на понуђача
- Клиника за стоматологију Ниш, поправка и одржавање медицинске опреме (858/16), иако је конкурсном док тражено да се дозвола достави за оба учесника конзорцијума, а има је само Profesional Medic /за кога се конз уговором наводи да је одговоран за извршење дела јн за који је неопходно Решење М здравља/, а не и за Медитеран плус иста је околност без утицаја на неприхватљивост јер сам ЗЈН чланом 81.став 3. ЗЈН предвиђа да овај услов испуњава понуђач из групе којем је **поверено извршење дела набавке** за који се дозвола тражи

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- ВМА – поправка и одржавање медицинске и прецизне опреме (решење 1576/2016) унапред се дефинише максимална висина цене радног сата за општу медицинску опрему и функционалну лабораторијску опрему, али није прецизирано која опрема Драгера спада у ове категорије
- ОБ Вршац (Решење 123/15) доказ обучености сервисера: изјава произвођача или произвођачевог тренажног центра о обучености сервисера који садржи тачан назив апарата који је предмет сервисирања – не види се обученост за Babytherm 800 8010 и Фитотерапија 4000 – дат налог да се изјасни произвођач
- ОБ Крушевац (решење 1049/16) спорна важност калибрационих сертификата, но конк док није поставила праг техн капацитета, тј мерне опреме

Сервисирање медицинске опреме „Drager Tehnika“ и „Медитеран плус“

- УДК – текуће поправке и техничко одржавање медицинске опреме (решење 172/2016) Медитеран плус основано указује да предмет сервисирања треба разбити на партије јер сертификат за обученост Fabius MRI има само Драгер техника,
- Такође успешно оспорен захтев за ауторизацијом произвођача пошто је тражено и да понуђач располаже са минимум два сервисера који поседују сертификат произвођача; оцењено да друге компаније из региона које су овлашћене за сервисирање ове опреме не значи и постојање конкуренције на територији Србије, а поставља се питање економске оправданости да овде пружају сервисне услуге
- ОБ Сремска Митровица оцењено да наручилац има основа да одбије понуду Медитерана плус због утврђене неубичајено ниске цене услуга сервисирања од 0,01 динар који исту образлаже потребом да се друштвено одговорно понаша, остваривањем боље вишегодишње сарадње (решење 1419/2016)

Услови за учешће – проблеми везани за дозволу важећег органа

Промет медицинским средствима (сходна примена и за лекове, одредба чл. 198. ЗЛМС) може понуђач који поседује:

- 1. дозволу за промет медицинским средствима на велико од Министарства здравља
- 2. **Решење АЛИМС-а** о упису у Регистар медицинских средстава
- 3. **закључен уговор о промету** медицинских средстава на велико **са носиоцем уписа** тог медицинског средства у Регистар медицинских средстава (ако лице које врши промет није истовремено и носилац уписа МС у Регистар МС),
- - одредбом члана 132. став 4. ЗЛМС носилац дозволе за лек дужан је да свим правним лицима која врше промет лекова на велико тог носиоца дозволе закључи уговор о промету лекова на велико

Услови за учешће – проблеми везани за дозволу важећег органа

Мишљење АЛИМС-а да неко добро није медицинско средство **код увоза** (уз напомену ако се промени статус мења се обавеза регистрације) не ослобађа обавезе понуђача да достави решење АЛИМСа, то јест мишљење да ли је **за промет** истим у конкретне сврхе потребно упис у Регистар АПР-а (35/2017, Синофарм)

Додатни услови за учешће – кадровски капацитет

- **Уговор о уступању кадрова** неприхватљив јер га не предвиђа Закон о раду, **Уговор о ангажовању кадрова** дат налог да се провери код Министарства рада, запошљавања која је његова правна природа те да ли је у складу са Законом о раду (Решење 1014/2016)
- Неприхватљив је **уговор о пословно техничкој сарадњи** са правним лицима која нису укључена у понуду као основ ангажовања кадр капацитета (ЈКП Суботичка топлана, 872/16)
- Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања 011-00-758/2015-02:
- На постављено питање да ли се уговор о обављању привремених и повремених послова (трају до 120 дана у календарској години) може закључити с тим да се дејство уговора (ступање лица на рад) веже за почетак обављања тих послова (уговор ступа на снагу даном потписивања уговора за извођење радова) – нема законских сметњи

Пословни капацитет - ауторизације

- У јавној набавци – набавка и уградња опреме за ТС Радљево, наручилац РБ Колубара од стране ГАТ-а успешно оспорен захтев за ауторизацијом произвођача/овлашћеног дистрибутера **за нуђење добра** (решење РК 1498/16),
- Наводи зп:кршење конкуренције, поступак се ставља у руке одређеног произвођача, постоје и други докази за квалитет добра
- Одговор наручиоца: хтео сам да обезбедим да добра буду нова, а не половна, набављена на црном тржишту, гаранција оригиналности и квалитета опреме, избегава се трајна неисправност или штета која прелази вредност финансијске гаранције
- Став РК: не одражава оно што наручилац тврди да жели да постигне, није у логичкој вези са предметом
- (мишљење УЈН: 011-00-250/16 од 18.11.2016.)

Стручна оцена понуда

- Нове одлуке упућују да се издаваоци спорних доказа изјасне (нпр сертификационо тело Р Кине каже да је важност достављеног атеста истекла, и да под тим бројем нема важећег атеста (решење РК 1789/16) да достављен атест из Турске у оригиналу нема захтевани стандард (1494/16)
- Околност што су приложени каталози, техничке спецификације у којима маркером није обележена тражена карактеристика, те што су достављени на енглеском језику (иако јасно тражено конкурсном документацијом) не треба да резултира неприхватљивошћу понуде, већ треба позвати понуђаче да исто ураде сходно одредби чл. 93. став 1. ЗЈН (решење РК 2939/2015)
- Наручиоци могу да промене стручну оцену понуда (било самоиницијативно, било по приговору) – Општа болница Врбас прво доноси одлуку о додели, па одлуку о обустави, став РК: целисходно је да се пропуст исправи самоиницијативно (решење 1823/2015, Неомедика)
- Иако није испоштован рок из члана 108. став 2. ЗЈН, односно донета одлука о додели након више од 25 дана од дана отварања понуда, иста околност не производи последицу поништаја поступка (решење 1823/2015)

Електронска комуникација

- Републичка комисија обавештава сва лица која јесу или би могла да буду странке у поступцима заштите права, као и у другим поступцима из њене надлежности да једини релевантан начин за обраћање овом органу представља слање поднесака у виду поштанских пошиљки упућених на званичну пријемну адресу која гласи ул. Немањина бр. 22-26, Београд или њихова предаја на званичну пријемну писарницу овог органа која се налази на поменутој адреси.
- Из наведеног разлога, поднесци примљени путем електронске поште нису релевантни за поступање у поступцима заштите права, као и у другим поступцима из надлежности Републичке комисије.
- У вези са тим, Републичка комисија посебно указује и појашњава да се одредбе члана 20. ЗЈН (које највероватније представљају разлог због којег се појавила пракса одређеног броја странака да се овом органу обраћају тако што своје поднеске упућују путем електронске поште), не односе на поступке заштите права када се исти воде пред Републичком комисијом.

Специфичне ситуације

- Набавка ангио сале КЦС – Сименс у току трајања поступка јн извршио статусну промену (издвајање уз припајање), треба ценити испуњеност услова од правног следбеника
- 278/16 дошло је до статусне промене код изабраног понуђача, утврдити како се признаје финансијски капацитет (приходи) остварен пре статусне промене

Јавне набавке хемодијализе

- Често оспоравана компатибилност понуђеног материјала за хемодијализу са апаратима које има наручилац
- 188/2016 наручилац КЦ Звездара, **доказ компатибилности**: изјава произвођача апарата, његовог овлашћеног представника, стручно мишљење АЛИМС-а, декларација о усаглашености произвођача реагенаса, декларација на паковању (да је употребљиво на конкретном апарату),
- **Спорне техничке карактеристике**: да поседују заштиту од продора крви у хемодијализни апарат, да имају дилуционе наставке (101/2016 и 102/2016), да ли захтевана 2 стандарда ЕН 1283 и ИСО 8637 имају све перформансе дијализатора (249/2016, ЗЦ Зајечар)

Јавне набавке хемодијализе

- Као неосновани оцењени наводи везано за **преференцијал Фрезенијуса** (произвођач Немачка, производно место Вршац Србија), као и да је наручилац дужан да им да преференцијал и кад немају у понуди Потврду Привредне коморе о домаћем пореклу (324/2016)
- Поништена јн у целини КЦС – тражено да добра морају бити **компатибилна моделу апарата из спецификације** за који се набавља сав потрошни материјал (Гамбро), да би у стручној оцени понуда наручилац указивао да произвођач апарата указује да **дужина пумпног сегмента крвне линије** која се користи на апарату мора бити 247 мм, да је више од тога неадекватно (тешкоће при монтирању, неадекватан продор крви), таквог захтева у конк док за компатибилношћу из овог разлога није било (1102/2016, R&B Medical Company)



ХВАЛА НА ПАЖЊИ

