

Jamstvo za ozbiljnost ponude – recentna praksa Državne komisije za kontrolu postupka javne nabave

Kristina Zovko *

Ovim člankom se želi skrenuti pažnja na novija rješenja Državne komisije za kontrolu postupka javne nabave po pitanju postupanja s jamstvima za ozbiljnost ponude tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda, ali i na par starijih rješenja koja su svakako interesantan primjer postupanja koji je možda prošao nezapaženo kod naručitelja.

1. Uvod

Javni i sektorski naručitelji u Republici Hrvatskoj jako su dobro upoznati s načinom pregleda i ocjene ponuda, odnosno redoslijedom pregleda i ocjene ponuda. Tako je čl. 291. Zakona o javnoj nabavi¹ (dalje: ZJN 2016) određeno da javni naručitelj provodi pregled i ocjenu ponuda te, u pravilu, sljedećim redoslijedom provjerava: 1. je li dostavljeno jamstvo za ozbiljnost ponude, ako je traženo, te je li dostavljeno jamstvo valjano.² Unatoč činjenici da je ZJN 2016 na snazi već osam godina, a sudeći prema rješenjima Državne komisije za kontrolu postupka javne nabave (dalje: DKOM), naručitelji i dalje čine određene nepravilnosti tijekom pregleda i ocjene jamstva za ozbiljnost ponude. Ovdje se stoga daje kratki osvrt na recentnija rješenja DKOM-a po pitanju pregleda i ocjene jamstva za ozbiljnost ponude.

2. Bankarska garancija izdana od banke koja nema poslovni nastan u državi članici³

Dokumentacijom o nabavi (dalje: DON) bilo je određeno da je ponuditelj obvezan u ponudi dostaviti jamstvo za ozbiljnost ponude u obliku bankarske garancije ili novčanog pologa, odredbe o postupanju u slučaju podnošenja ponude od zajednice gospodarskih subjekata, za što će se isto naplatiti, na koji način mora biti dostavljeno i dr. Uz navedeno, u bankarskoj garanciji moralo je biti navedeno tko je korisnik garancije, rok valjanosti najmanje 15.12.2023. te da se banka obvezuje da će korisniku jamstva neopozivo, bezuvjetno, na prvi pisani poziv i bez prava prigovora isplatiti jamčeni iznos u visini od 400.000,00 EUR.

U Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda naručitelj je naveo kako bankarska garancija mora biti izdana od banke koja ima poslovni nastan u državi članici te mora biti izdana na hrvatskom jeziku i latiničnome pismu, na memorandumu banke. S obzirom na to da je žalitelj dostavio bankarsku garanciju koja nije izdana od banke koja ima poslovni nastan u državi članici te da tekst dostavljenog ovjerenog prijevoda nije vjerodostojan (u izvorniku se navodi da je rok valjanosti garancije do 31.12.2024., a u ovjerenom prijevodu kao rok valjanosti naveden je 20.02.2024.) ponuda se odbija, isključuje iz daljnjeg pregleda i ocjene te iz tog razloga nije korištena mogućnost iz čl. 293. ZJN 2016.

Bitno je za istaknuti kako je naručitelj u očitovanju na žalbu naveo kako za bankarsku garanciju izdanu u Republici Srbiji postoji značajan rizik vezan uz mogućnost naplate. Naplata bi uvjetovala prosljeđivanje zahtjeva za plaćanje po garanciji te se tada takva garancija više ne može smatrati garancijom na prvi poziv. Dakle, zahtjev banke naručitelja za naplatom garancije može biti stopiran od strane žalitelja kao nalogodavca. Posljedične tome, ista nije neopoziva jer nalogodavac (u ovom slučaju žalitelj) može u banci izdavatelju garancije zaustaviti naplatu po garanciji. Odnosno, plaćanje po garanciji moguće je jedino uz pismeni poziv (za naplatu iz garancije) korisnika banci garantu i uz ispunjenje uvjeta iz garancije. Naručitelj smatra kako je žalitelj u predmetnoj situaciji trebao tražiti izdavanje kontra garancije kod banke u Republici Hrvatskoj jer se radi o međunarodnom poslovanju, a zbog moguće neprihvatljivosti banke nalogodavca od strane naručitelja kao korisnika garancije.

Žalitelj je dostavio u ovjerenom prijevodu jamstvo za ozbiljnost ponude u obliku bankarske garancije izdane 24.10.2023. U bankarskoj garanciji je između ostalog navedeno da banka neopozivo i bezuvjetno jamči da će korisniku jamstva platiti na prvi pisani poziv bez prava prigovora iznos koji ne prelazi ukupni iznos od 400.000,00 EUR po primitku korisnikovog pisanog zahtjeva za plaćanje u papirnatom obliku, valjano potpisanog, kao i njegove izjave u kojoj se navode situacije kada će se ono naplatiti. Žalitelj je u žalbenom postupku dostavio dokaz u vidu Izjave Erste Bank a.d. Novi Sad od 20.3.2024. kojom potvrđuje

* Kristina Zovko, dipl. iur., ovlašten trener javne nabave, Zagreb

¹ NN, br. 120/16, 114/22

² Ostatak odredbe glasi: 2. odsutnost osnova za isključenje gospodarskog subjekta; 3. ispunjenje traženih kriterija za odabir gospodarskog subjekta te, ako je primjenjivo, ispunjenje kriterija za smanjenje broja sposobnih natjecatelja; 4. ispunjenje zahtjeva i uvjeta vezanih uz predmet nabave i tehničke specifikacije te ispunjenje ostalih zahtjeva, uvjeta i kriterija utvrđenih u obavijesti o nadmetanju te u dokumentaciji o nabavi, uzimajući u obzir, ako je primjenjivo, varijante ponuda, i 5. računsku ispravnost ponude.

³ Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/24-01/142 od 25. travnja 2024.

da za korisnika jamstva (naručitelja) ne postoji rizik vezan za mogućnost naplate dostavljene bankarske garancije žalitelja. Ujedno ukazuje da je Erste a.d. Novi sad dio Erste grupacije kao jedne od vodećih financijskih institucija u srednjoj i istočnoj Europi sa tradicijom dugom 200 godina.

DKOM je utvrdio kako naručitelj nije pravilno postupio prilikom pregleda i ocjene žaliteljeve ponude kada je istu odbio s obrazloženjem da žalitelj nije dostavio valjano jamstvo za ozbiljnost ponude budući da je dostavio bankarsku garanciju koja nije izdana od banke koja ima poslovni nastan u državi članici. Opisani razlog odbijanja žaliteljeve ponude nije utemeljen na odredbama DON-a i čl. 290. st. 1. ZJN 2016. Iz citirane odredbe DON-a ne proizlazi da su ponuditelji trebali dostaviti bankarsku garanciju izdanu od banke s poslovnim nastanom u državi članici EU. Odnosno, naručitelj nije odredio uvjet da banka izdavatelj bankarske garancije mora imati poslovni nastan u državi članici EU, čime je naručitelj prilikom pregleda žaliteljeve ponude unio novi uvjet koji nije propisan DON-om, a što je protivno odredbi čl. 290. st. 1. ZJN 2016. U odnosu na ne korištenje odredbe čl. 293. ZJN 2016 pozivajući se na čl. 20. st. 8. Pravilnika o dokumentaciji o nabave te ponudi u postupcima javne nabave⁴ (dalje: Pravilnik) naručitelj je pogrešno protumačio predmetnu odredbu Pravilnika. Naime, odredba govori da se jamstvo za ozbiljnost ponude ne smije zatražiti od ponuditelja tijekom pregleda i ocjene ponude, ali nigdje ne postoji odredba koja bi ograničavala mogućnost nadopune ili pojašnjenja navedenog dokumenta u smislu čl. 293. ZJN 2016 koji je od strane ponuditelja dostavljen u ponudi.

3. Uplata dijela novčanog pologa nakon otvaranja ponuda⁵

DON-om je bila određena dostava jamstva za ozbiljnost ponude unutar roka za dostavu ponuda u obliku bankarske garancije, u iznosu od 1.000.000,00 EUR ili uplata novčanog pologa. U slučaju da ponuditelj uplaćuje novčani plog, dostavlja dokaz o uplati koji se prilaže u ponudu (ne mora biti dostavljen u papirnatom obliku). Na temelju dostavljenog dokaza o plaćanju pologa, naručitelj provjerava izvršenje uplate. Plog mora biti evidentiran na računu naručitelja u trenutku isteka roka za dostavu ponuda.

Žalitelj, čija je ponuda odbijena kao nepravilna, smatrao je da je naručitelj mogao i morao primijeniti institut pojašnjenja i upotpunjavanja ponude iz čl. 293. ZJN 2016, budući da je nesporna i evidentna činjenica da je prije isteka roka za dostavu ponuda zaprimljen iznos pologa od 140.000,00 EUR te da je preostali dio u iznosu od 860.000,00 EUR⁶ zaprimljen na računu naručitelja isti dan u 15:06 sati, pri čemu je nalog za izvršenje predmetne uplate zadan prije isteka roka za dostavu ponuda. Žalitelj ističe da je prema

potvrdi i očitovanju banke razvidno da je nalog unesen u 11:48 sati te da je isti obrađen u 12:44 sati.

U Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda navedeno je kako je žalitelj do isteka roka za dostavu ponuda uplatio novčani plog u iznosu od 140.000,00 EUR, što je utvrđeno prilikom javnog otvaranja ponuda uvidom u bankovni račun naručitelja. Naručitelj je, kako bi otklonio svaku sumnju, kod banke provjerio točno vrijeme u kojem trenutku je eventualni preostali dio novčanog pologa evidentiran na njegovom računu te je banka potvrdila da je ostatak novčanog pologa evidentiran na računu naručitelja 16.10.2023. u 15:06 sati, odnosno nakon isteka roka za dostavu ponuda te je njegova ponuda odbijena.

DKOM je na temelju potvrde o izvršenoj transakciji utvrdio da je unos naloga bio u 11:48 sati, obrada naloga u 12:44 sati (nakon otvaranja ponuda), a naručitelj je u postupku provjere naloga od banke dobio podatak da je nalog bio vidljiv na njegovu računu (dakle izvršen) u 15:06 sati, što je suprotno DON-u prema kojem je novčani plog morao biti evidentiran na računu naručitelja u trenutku isteka roka za dostavu ponuda. Svrha ovakve odredbe je osiguravanje primjene načela jednakog tretmana prema svim ponuditeljima, budući da svi ponuditelji imaju obvezu dostaviti jamstvo za ozbiljnost ponude unutar roka za dostavu ponuda. Prihvaćanjem naknadno evidentiranog izvršenja plaćanja (nakon roka za dostavu ponuda) došlo bi do povrede načela jednakog tretmana u odnosu na ostale ponuditelje koji su jamstvo za ozbiljnost ponude dostavljali u obliku bankarske garancije i koja je morala biti dostavljena unutar roka za dostavu ponuda.⁷

4. Dopлата nedostatnog iznosa novčanog pologa⁸

DON-om je traženo jamstvo za ozbiljnost ponude u obliku bankarske garancije ili zadužnice ili novčanog pologa u iznosu od 1.122,00 EUR bez PDV-a.

Odabrani ponuditelj je uplatio novčani plog u iznosu od 497,00 EUR (iznos koji je propisan prije izmjene DON-a), a naručitelj je tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda, pozivajući se na čl. 293. ZJN 2016, pozvao istog da naknadno dostavi jamstvo za ozbiljnost ponude u traženom iznosu od 1.122,00 EUR. Odabrani ponuditelj dostavio je potvrdu o izvršenom nalogu od 21. rujna 2023., iz kojeg proizlazi da je odabrani ponuditelj taj dan, na ime jamstva za ozbiljnost ponude, uplatio novčani plog u iznosu od 625,00 EUR, odnosno nadoplatio jamstvo za ozbiljnost ponude do propisanog iznosa.

DKOM je utvrdio kako sukladno čl. 280. st. 4. ZJN 2016 pri izradi ponude ponuditelj se mora pridržavati zahtjeva

⁴ NN, br. 65/17, 75/20

⁵ Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/23-01/691 od 18. siječnja 2024. Na ovo rješenje DKOM-a uložena je tužba Visokom Upravnom sudu koji je svojom presudom Poslovni broj Us II-49/2024-8 od 20. ožujka 2024. potvrdio rješenje DKOM-a.

⁶ Dio pologa je uplaćen s računa iz jedne banke, a drugi dio pologa je uplaćen s računa u drugoj banci.

⁷ U rješenju DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/23-01/692 od 19. siječnja 2024. radilo se također o zakašnjoj uplati novčanog pologa kao jamstva za ozbiljnost ponude te je naručitelj odbio ponudu žalitelja iako DON-om nije bilo određeno da novčani plog mora biti evidentiran na računu naručitelja u trenutku isteka roka za dostavu ponuda. U obrazloženju rješenja DKOM je naveo kako se podrazumijeva da uplaćeni novac mora biti vidljiv (evidentiran) na računu naručitelja, najkasnije do trenutka otvaranja ponuda, odnosno do isteka roka za dostavu ponuda.

⁸ Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/23-01/627 od 19. prosinca 2023.

va i uvjeta iz DON-a, ne smije mijenjati ni nadopunjavati tekst DON-a te da sukladno čl. 290. st. 1. ZJN 2016 nakon otvaranja ponuda javni naručitelj pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz DON-a o čemu sastavlja zapisnik. Gore navedeno postupanje naručitelja i odabranog ponuditelja nije ispravno i utemeljeno na mjerodavnim odredbama ZJN 2016. Naknadnim pozivanjem odabranog ponuditelja na dostavu dokumenta kojeg nije dostavio na način kako je to bilo propisao odredbama DON-a i u propisanom roku dana je prednost odabranom ponuditelju, odnosno omogućeno je odabranom ponuditelju da tek nakon isteka roka za dostavu ponuda valjano jamči da neće nastupiti okolnosti iz čl. 214. st. 1. ZJN 2016, čime mu je dana prednost u odnosu na žalitelja, a koji je to sukladno propisanom u DON-u učinio do isteka roka za dostavu ponuda. S obzirom na navedeno naručitelj je u konkretnom slučaju institut pojašnjenja i upotpunjavanja ponude primijenio ne vodeći brigu o načelu jednakog tretmana, čime je postupio suprotno čl. 293. st. 1. ZJN 2016. Nedopuštenost postupanja naručitelja proizlazi također i iz odredbe čl. 20. st. 8. Pravilnika gdje je propisano da se ponudbeni list, troškovnik i jamstvo za ozbiljnost ponude ne smatraju dokumentima koji nedostaju u smislu članka 293. ZJN 2016 te naručitelj ne smije zatražiti ponuditelja da iste dostavi tijekom pregleda i ocjene ponuda.

5. Produljenje roka valjanosti jamstva za ozbiljnost ponude nakon naplate istog⁹

DON-om je traženo jamstvo za ozbiljnost ponude u obliku bankarske garancije ili novčanog pologa u iznosu od 1.750.000,00 HRK, uz odredbu ako tijekom postupka javne nabave istekne rok valjanosti ponude i jamstva za ozbiljnost ponude, naručitelj će prije odabira zatražiti, od ponuditelja koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu, da u roku od sedam dana dostavi produženje roka valjanosti ponude i jamstva za ozbiljnost ponude. Bitno je za spomenuti da je u predmetnom postupku javne nabave bila prvo izjavljena žalba DKOM-u, pa tužba Visokom upravnom sudu (dalje: VUS). Nakon toga još dva puta su izjavljene žalbe DKOM-u i jedna tužba VUS-u, a u konkretnom žalbenom postupku radi se o četvrtoj žalbi, odnosno četvrtom žalbenom postupku nakon naručiteljevog četvrtog puta pregleda i ocjene ponuda.

Žalitelj je isključen jer nije dostavio produženje valjanosti jamstva za ozbiljnost ponude i roka valjanosti ponude u zadanom roku. Naime, žalitelj je nakon sedam dana od dana preuzimanja zahtjeva za produženje, zatražio produženje roka za dostavu produženja valjanosti ponude i jamstva za dodatnih petnaest dana. No, naručitelj nije u mogućnosti produžiti navedeni rok jer je tako propisano DON-om, a zakonski rok, propisan čl. 293. ZJN 2016, je ispunjen jer isti propisuje da rok ne smije biti kraći od pet dana. Pritom naručitelj u zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda, kao niti u osporavanoj odluci o odabiru, ne iznosi podatak da je jamstvo čije produženje od žalitelja traži, naplatio što je činjenica koju iznosi žalitelj u žalbi te za koju

dostavlja dokaze koje naručitelj u odgovoru na žalbu ne osporava.

Dakle, nesporno je da je jamstvo za ozbiljnost ponude žalitelj dostavio u obliku bankarske garancije, a koje je naručitelj naplatio iz razloga nedostavljanja ažuriranih popratnih dokumenata sukladno čl. 263. ZJN 2016. Žalitelj je o tome u žalbenom postupku dostavio dokaz iz kojeg je razvidno da je na račun naručitelja uplaćen iznos od 1.750.000,00 HRK uz opis plaćanja: „napl. garancije 2204002681“. Također, žalitelj je dostavio odgovor na zahtjev naručitelja za dopunom ponude u kojem je naručitelja obavijestio o nemogućnosti produljenja bankarske garancije nakon što je ista konzumirana od korisnika (naručitelja) i isknjižena iz sustava banke. U prilog istinitosti navedenog žalitelj je naručitelju dostavio očitovanje Zagrebačke banke d.d. koja je izvijestila da nema mogućnosti dostaviti dopunu, odnosno produženje jamstva za ozbiljnost ponude kada je isto po navedenom postupku nabave naplaćeno od strane korisnika, stoga aneks garanciji u odnosu na garanciju koja je realizirana i isknjižena naplatom nije moguće odraditi.

DKOM je ustanovio kako naručitelj nije dokazao na temelju kojih je činjenica i okolnosti zatražio žalitelja produženje roka valjanosti jamstva za ozbiljnost ponude, kad je to isto jamstvo naplatio te su sredstva iz jamstva uplaćena na račun naručitelja. Također je razvidno da je žalitelj, odgovarajući na zahtjev naručitelja za produženjem roka valjanosti jamstva, naručitelju isticao prigovore u svezi navedenog, pri čemu je dostavio i očitovanje Zagrebačke banke d.d. o nemogućnosti produljenja konzumirane bankarske garancije, što naručitelj bez obrazloženja nije uzeo u obzir. Naprotiv, naručitelj je odbio ponudu žalitelja uz obrazloženje nepostupanja po zahtjevu naručitelja za dostavom produženja roka valjanosti jamstva u roku od sedam dana, iako je iznos iz jamstva konzumirao. Nije postojao razlog za traženje naručitelja za dostavom produženja roka valjanosti jamstva za ozbiljnost ponude žalitelja, jer je naručitelj *de facto* u posjedu novčanih sredstava uplaćenih na ime jamstva, koja sredstva je, sukladno odredbi čl. 217. ZJN 2016, u slučaju sklapanja ugovora sa žaliteljem, u obvezi vratiti žalitelju. Traženje dodatnog jamstva za ozbiljnost ponude, pored već dostavljenog u istom postupku javne nabave, predstavljalo bi povredu načela jednakog tretmana i stavljanje žalitelja u neravnopravan položaj u odnosu na druge ponuditelje.

6. Uplata novčanog pologa kao jamstva za ozbiljnost ponude od nekog drugog gospodarskog subjekta za/umjesto ponuditelja¹⁰

Dijelom DON-a koji se odnosi na novčani polog propisano je kako ponuditelj može u ponudi dostaviti potvrdu na temelju koje se može utvrditi da je polog uplaćen. Precizirane su upute za uplatu, broj računa, opis plaćanja i sl.

Zapisnikom o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je kako žalitelj nije uplatio novčani polog niti je dostavio ban-

⁹ Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/23-01/396 od 31. kolovoza 2023.

¹⁰ Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/22-01/525 od 8. rujna 2022.

karsku garanciju te da je od gospodarskog subjekta XY d.o.o. zaprimljen novčani polog u iznosu od 89.000,00 HRK, kao jamstvo za ozbiljnost ponude, ali taj gospodarski subjekt nije dostavio ponudu za predmetni postupak javne nabave.

Tijekom žalbenog postupka utvrđeno je kako je novčani polog uplatio drugi gospodarski subjekt, sukladno podacima za uplatu iz DON-a te je u opisu uplate naveo da se radi o novčanom pologu za žalitelja. Naručitelj je okolnost da je uplatu novčanog pologa izvršio drugi gospodarski subjekt, a ne žalitelj, konstatirao u zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda, no naručitelj smatra da takva uplata novčanog pologa nije valjana jer uplatu pologa nije izvršio žalitelj.

Prema obrazloženju DKOM-a, u konkretnom slučaju, posebna okolnost je da DON-om niti mjerodavnim zakonskim odredbama nije zabranjeno da novčani polog, u ime i za račun ponuditelja, uplati drugi gospodarski subjekt. Nadalje, iz uplate pologa (opisa plaćanja) bilo je jasno i nedvojbeno da se uplaćeni polog uplaćuje za ponudu žalitelja. Stoga, uzimajući u obzir činjenicu da je DON-om propisano da ponuditelj može dostaviti potvrdu o uplati pologa (nije propisano da mora dostaviti potvrdu) te uvažavajući činjenicu da je naručitelj tijekom pregleda i ocjene ponuda bio svjestan uplate novčanog pologa, što je nedvojbeno utvrdio i zapisnički konstatirao te s obzirom na to da je u konkretnom slučaju iz opisa uplate razvidno da se uplata odnosi na žalitelja, ne može se prihvatiti argument naručitelja da jamstvo za ozbiljnost ponude (u obliku novčanog pologa) nije dostavljeno/uplaćeno, pa se stoga niti ne radi o situaciji iz čl. 20. st. 8. Pravilnika.

7. Zaključak

Kod uplate novčanog pologa kao jamstva za ozbiljnost ponude, svrha odredbe prema kojoj ponuda sa svim dijelovima mora biti zaprimljena unutar roka za dostavu ponuda, nalazi se u tome da se ponuditelje onemogućuje u manipulaciji svojom ponudom (npr. zadavanje naloga, ispis potvrde o nalogu, a onda opoziv naloga prije nego bude izvršen). Ako bi se kao mjerodavan dopustio trenutak zadavanja naloga to bi u praksi značilo da bi se izgubila svrha jamstva, jer bi ponuditelj mogao zadati nalog pred istek roka tako da se nalog ne može izvršiti prije javnog otvaranja, a onda na javnom otvaranju sazna ponuditelje i cijene i tada može odlučiti hoće li opozvati/stornirati nalog. To bi značilo da ponuditelj nakon isteka roka za dostavu ponuda može odustati od ponude bez sankcije, jer je sankcija za odustajanje od ponude naplata jamstva, a naručitelj ne bi mogao zadržati polog koji nije zaprimljen jer je ponuditelj odustao od ponude i stornirao nalog za plaćanje pologa.

Iz navedenih primjera DKOM-a jasno proizlazi da su naručitelji dužni postupiti sukladno propisanome u DON-u te odredbama ZJN 2016. U protivnome izlažu se žalbenom postupku, poništenju donesenih odluka o odabiru/poništenju te novoj proceduri pregleda i ocjene ponuda, a posljedično i naknadi troškova pokretanja žalbenog postupka žalitelju.

Poštovani čitatelji!

Pregledajte našu ponudu edukacija iz područja financija, računovodstva, revizije, prava i menadžmenta u javnom i neprofitnom sektoru.

