

Številka: 018-015/2024-6
Datum: 18. 3. 2024**SKLEP**

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011, s spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Andraža Žvana, kot predsednika senata ter Igorja Luzarja in Sama Červeka, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Ureditev odjemnih mest na H2 (Priključek Ptujška - krožišče Pesnica) med Mestno občino Maribor in DARS d. d.*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Energoinvest Gornja Radgona, d. o. o., Apaška cesta 18, Gornja Radgona, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Godec Černeka Nemec, o. p., d. o. o., Železna cesta 14, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Družba za avtoceste v Republiki Sloveniji, d. d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik), dne 18. 3. 2024

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta št. 313/2023-SPZJN-000066/2023 »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« z dne 22. 1. 2024.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 8.783,70 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o naročilu, ki ga oddaja po postopku oddaje naročila male vrednosti, na Portalu javnih naročil objavil 29. 9. 2023, pod številko objave JN006361/2023-W01.

22. 1. 2024 je naročnik na Portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, s katerim je javno naročilo oddal ponudniku Tegar storitve in trgovina, d. o. o., Velika Pirešica 5, Žalec (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ponudbo vlagatelja pa je zavrnil kot nedopustno, z obrazložitvijo, da vlagatelj ni predložil garancije za resnost ponudbe, ki bi bila v celoti skladna z vzorcem garancije iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju: odločitev o oddaji naročila). Kot je v odločitvi o oddaji naročila še obrazložil naročnik, je vlagateljevo garancijo za resnost ponudbe izdala zavarovalnica, ki je v garancijo

vpisala SWIFT naslov banke, ob tem pa ni vpisala zahtevane navedbe, da je banka prejemnica SWIFT-a pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu.

Zoper odločitev o oddaji naročila je vlagatelj 29. 1. 2024 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitev o oddaji naročila ter povrnitev stroškov postopka pravnega varstva. Vlagatelj zatrjuje, da opustitev navedbe stavka, da je banka prejemnica SWIFT-a pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu, v ničemer ne vpliva na zmožnost unovčenja garancije v obsegu, kot ga je zahteval naročnik, saj ne vpliva na kvaliteto, obseg, unovčljivost in možne oblike unovčitve garancije. Navaja, da je v ponudbi predložil garancijo za resnost ponudbe, ki jo je izdala Zavarovalnica Sava, d. d. (v nadaljevanju tudi: garant), glede oblike predložitve pa je v zavarovanju navedeno: »*OBLIKA PREDLOŽITVE: v papirni obliki s priporočeno pošto ali katerokoli obliko hitre pošte ali v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu na naslov KBMASI2X.*« Zavarovalnica nima lastnega SWIFT naslova, zato je navedla SWIFT naslov banke, ki je bila predhodno pooblaščen za sprejem avtentificiranega sporočila. Zavarovanje res ni vsebovalo navedbe, da je banka prejemnica SWIFT-a pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu, vendar opustitev te navedbe ne vpliva na zmožnost elektronske unovčitve po SWIFT sistemu. Zavarovanje v konkretnem primeru vključuje možnost unovčitve v elektronski obliki preko sistema SWIFT in je tudi vseboval SWIFT naslov, na katerega naročnik naslovi zahtevo za unovčenje, garant pa je predhodno banko pooblastil za sprejem sporočila. Naročnik niti ne trdi, da banka predhodno ne bi bila pooblaščen za sprejem sporočila, temveč trdi le, da v garanciji ni zapisan stavek, da je banka prejemnica SWIFT-a pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu. Pooblastitev ni dana z garancijo, temveč je vsebovana v predhodni pogodbi med garantom in banko. Navedba o pooblastitvi, ki jo zahteva naročnik, ne pomeni pooblastitve, ker je ta dana v predhodnem poslu, temveč pomeni le izjavo garanta, da je banka pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu, taka izjava pa je vsebovana že v navedbi garanta, da je možno garancijo unovčiti v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu na naslov KBMASI2X. Dodatni stavek je tako povsem odveč, navaja vlagatelj, in dodaja, da naročnik razpolaga z vsemi podatki za unovčenje garancije v elektronski obliki. Po mnenju vlagatelja gre za nebitveno pomanjkljivost, ki ne pomeni nedopustnosti njegove ponudbe. Vlagatelj zahtevku za revizijo prilaga izjavo zavarovalnice, da ima sklenjeno pogodbo z banko, na podlagi katere je banka pooblaščen za sprejem sporočil po SWIFT sistemu. Banka na podlagi pogodbe dovoljuje zavarovalnici, da v besedilih garancije uporabi njen SWIFT naslov kot naslov za sporočila, ki se prenašajo po SWIFT sistemu. Manjkajoči stavek zato ne predstavlja izjave banke, ampak gre za izjavo zavarovalnice, zato je dejstvo, da je banka pooblaščen za zavarovalnico sprejemati sporočila po SWIFT sistemu, že vsebovano v navedbi SWIFT kode. Tudi iz izjave banke, ki jo vlagatelj prilaga zahtevku za revizijo, izhaja, da je banka pooblaščen za sprejem SWIFT sporočil iz naslova unovčevanja garancij, ki jih izda zavarovalnica, in za posredovanje teh izjav na elektronski naslov zavarovalnice. Vlagatelj se sklicuje na prakso Državne revizijske komisije in navaja, da je o napaki mogoče govoriti, če vpliva na unovčljivost zavarovanja, v tem primeru pa je bila možnost unovčenja po SWIFT sistemu nedvomno vključena v predloženo zavarovanje. Opozarja na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-311/2013-15, v kateri je bilo zavzeto stališče, da je treba zahtevo po skladnosti zavarovanja z vzorcem iz razpisne dokumentacije razumeti na funkcionalen način oz. kot zahtevo, da ima zavarovanje takšne lastnosti, kot so določene, ne pa v smislu formalnega popolnega ujemanja besedila, če to besedilo v kontekstu, v katerem je zapisano, nima posebnega pomena. Naročnik je v konkretnem primeru spregledal, da ne gre za pomanjkljivost, ki bi vplivala na zmožnost unovčitve garancije v zahtevanem obsegu, zato dopolnjevanje garancije ni potrebno. Vlagatelj se sklicuje tudi na Enotna pravila za garancije na poziv (v nadaljevanju: EPGP), ki določajo, da je treba v garanciji določiti obliko zapisa, sistem za izročitev in elektronski naslov za tako predložitve, ter da je treba za navedbo možnosti elektronske oblike unovčitve navesti format, sistem za izročitev podatkov ter elektronski naslov za predložitve. EPGP pa ne predvidevajo kakršnekoli izjave garanta, kar dokazuje, da je vlagateljeva garancija

nemoteno unovčljiva tudi v elektronski obliki preko sistema SWIFT na navedeni SWIFT naslov, zaključuje vlagatelj.

Naročnik je 15. 2. 2024 zahtevek za revizijo zavrnil, posledično pa je zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva. V obrazložitvi odločitve naročnik navaja, da vlagatelj zahtevek za revizijo utemeljuje na trditvi, da odsotnost navedbe, da je banka pooblaščenca za sprejem sporočil po SWIFT sistemu, ne vpliva na unovčljivost zavarovanja, česar naročnik ne more niti zavrniti niti potrditi, temveč lahko le ugiba. Dejstvo je, da je vlagatelj kršil zahteve iz razpisne dokumentacije, saj je naročnik zahteval, da mora biti zavarovanje skladno z vzorcem, hkrati pa je prepovedal vsakršno spreminjanje in dopolnjevanje dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik je zahteval, da mora zavarovanje za resnost ponudbe omogočati predložitev v papirni obliki s priporočeno pošto ali s katerokoli obliko hitre pošte ali v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu na naslov garanta, pri čemer je izrecno zahteval, da v primeru, če garant nima aktivnega SWIFT naslova, navede SWIFT banke, ki jo je predhodno pooblastil za sprejem sporočila, ter ob tem doda navedbo, da je banka pooblaščenca za sprejem sporočil po SWIFT sistemu. Odsotnost zahtevanega stavka ne bi vplivala na unovčitev zavarovanja, če ga naročnik ne bi unovčeval po SWIFT sistemu. Če pa bi ga želel, bi do unovčitve le ugibal, ali bo zavarovanje lahko dejansko unovčil ali pa bo to zavrnjeno, ker pooblastilo garanta banki morda ne obstaja. Zavarovanje za resnost ponudbe predstavlja poseben del ponudbe in je namenjen resnosti izkazovanja ponudbene volje, ki mora biti predložen ob sami oddaji ponudbe, v taki vsebini, kot je zahteval naročnik, morebitnih napak pa ni dopustno naknadno odpravljati, ampak le-te predstavljajo podlago za zavrnitev ponudbe. Vlagatelj je predložil zavarovanje za resnost ponudbe, ki ni v celoti skladno z vzorcem garancije za resnost ponudbe, saj ne vsebuje navedbe spornega pristavka glede pooblastila, danega banki. Vlagatelj je, po zatrjevanju naročnika, samovoljno posegel v vzorec zavarovanja za resnost ponudbe, s tem pa je kršil jasno določbo naročnika o nedopustnem spreminjanju dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik se ne strinja z vlagateljem, da ne gre za pomanjkljivost, ki bi vplivala na unovčljivost garancije v zahtevanem obsegu, pri čemer se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-121/2018. Neskladnosti vlagateljevega zavarovanja za resnost ponudbe ni mogoče sanirati s pojasnilom Zavarovalnice Sava, d. d., z dne 25. 1. 2024, kjer ta pojasnjuje, da ima sklenjeno pogodbo z banko, kot tudi ne z izjavo banke Nova KBM, d. d., kjer ta potrjuje, da je pooblaščenca za sprejem SWIFT sporočil iz naslova unovčevanja garancij. Navedena dokumenta je vlagatelj predložil šele v postopku pravnega varstva in z njima priznava dejstvo, da garancija ni bila predložena v skladu z navodili naročnika, saj v nasprotnem primeru predložitev teh dokumentov ne bi bila potrebna, dopolnjevanje zavarovanja za resnost ponudbe pa tudi sicer ni dopustno. Naročnik se ne strinja z navedbo vlagatelja, da je izjava o pooblastitvi banke vsebovana že z navedbo SWIFT naslova, saj vlagatelj s tem v bistvu izpodbija določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kar pa v tej fazi ni dopustno. Naročnik mora lastno dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila razlagati na način, kot je bila zapisana, in je ne sme razlagati drugače, dejstvo pa je, da zavarovalnica v zavarovanju ni potrdila, da je banka pooblaščenca za sprejem sporočil po SWIFT sistemu. SWIFT naslov bank je javno objavljen, zato to ne more pomeniti, da je ta banka pooblaščenca za sprejem sporočila po SWIFT sistemu. Naročnik se strinja, da navedba o pooblastitvi banke še ne pomeni pooblastila banki za sprejem sporočila, vendar pa se ne strinja, da nima nobenega vpliva na unovčenje garancije in način njene predložitve. Za unovčitev zavarovanja je bistveno, da je banka pooblaščenca za sprejem sporočil po SWIFT sistemu, zato se vlagatelj neutemeljeno zavzema za razlago, da bi moral naročnik šteti, da pooblastilno razmerje obstaja, čeprav to ni bilo navedeno na zavarovanju. Pomanjkljivega zavarovanja po mnenju naročnika ni mogoče sanirati, saj ni mogoče objektivno preveriti, da je bila banka s strani garanta pooblaščenca za sprejem sporočil po SWIFT sistemu, tudi sicer pa je pozivanje k dopolnitvi naročnikova možnost, ne pa dolžnost. V zvezi z očitkom vlagatelja, da vzorec garancije za resnost ponudbe ni skladen s pravili EPGP, naročnik opozarja na stališče Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-121/2018 glede

upoštevanja določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in okoliščino, da bi moral vlagatelj svoj pomislek izraziti pravočasno, v zahtevku za revizijo zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Izpostavlja, da je v navedeni odločitvi Državna revizijska komisija opozorila tudi, da je v postopku pravnega varstva mogoče presoјati le, ali je vlagatelj predložil zavarovanje za resnost ponudbe v skladu z naročnikovimi zahtevami, ne pa tudi, ali so te ustrezne oz. skladne s poslovnimi praksami posameznih bank pri unovčevanju bančnih garancij. V zvezi z odločitvijo Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-311/2013, na katero se sklicuje vlagatelj, naročnik pripominja, da obravnava drugačno dejansko stanje, saj je bila takrat kljub manjkajočemu stavku vsebina garancije funkcionalno enaka, kot bi bila, če bi bil stavek zapisan. V tem primeru pa lahko naročnik zgolj ugiba, ali bo lahko garancijo unovčil po elektronski poti.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 16. 2. 2024 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 16. 2. 2024 opredelil do navedb naročnika iz odločitve o zahtevku za revizijo. Vlagatelj vztraja pri očitkih iz zahtevka za revizijo ter odgovarja na naročnikove navedbe.

Po pregledu dokumentacije o javnem naročilu ter po preučitvi navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Med vlagateljem in naročnikom je spor glede vprašanja, ali je naročnik ravnal skladno z določbami Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 in spremembe; v nadaljevanju: ZJN-3) in lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je vlagateljevo ponudbo izločil iz postopka oddaje javnega naročila, z utemeljitvijo, da v predloženi bančni garanciji za resnost ponudbe vlagatelj garancij ni zapisal pristavka, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu.

Ravnanje naročnika je treba presoјati z vidika drugega odstavka 93. člena ZJN-3, ki določa, da lahko naročnik določi pogoje in načine zavarovanja resnosti ponudbe, dobro izvedbo posla ali odpravo napak v garancijski dobi. Zahteve glede finančnih zavarovanj mora naročnik opredeliti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, ZJN-3 pa od njega zahteva, da pogoje in načine zavarovanja določi na način, ki je sorazmeren s predmetom javnega naročila. Kadar naročnik določi pogoje in zahteve za predložitev finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, mora upoštevati pravila iz Uredbe o finančnih zavarovanjih pri javnem naročanju (Uradni list RS, št. 27/2016; v nadaljevanju: Uredba), ki je bila izdana na podlagi tretjega odstavka 93. člena ZJN-3. Uredba določa, v katerih primerih so posamezne vrste finančnih zavarovanj obvezne oziroma dopustne, kateri finančni instrumenti so primerni za te vrste finančnih zavarovanj, v kakšni višini in trajanju ter druge zahteve glede zavarovanj tveganj pri javnem naročanju, ki jih morajo upoštevati naročniki.

Kot je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-149/2016, 018-196/2017, 018-087/2018, 018-121/2018 in 018-215/2019), je v skladu s tretjim odstavkom 88. člena ZJN-3 namen zavarovanja za resnost ponudbe ta, da naročnik (v primeru, kadar zahteva njegovo predložitev) unovči zavarovanje, če ponudnik umakne svojo ponudbo po preteku roka za predložitev ponudb. Iz določbe tretjega odstavka 88. člena ZJN-3 izhaja, da zavarovanje za resnost ponudbe predstavlja poseben del ponudbe, ki se ne nanaša na izkazovanje ponudnikove ustreznosti oz. usposobljenosti za izvedbo naročila in ki tudi ni povezan s tehničnimi specifikacijami ponudbe, ceno ali drugimi elementi, ki vplivajo na razvrstitev ponudb, je pa tesno povezan s samo ponudbo in je namenjen resnosti izkazovanja ponudbene volje. Naročniku prejeta zavarovanja za resnost ponudbe zagotavlja, da po razkritju ponudbenih cen in

ostalih elementov meril na javnem odpiranju ponudb ne pride do dogovarjanj med ponudniki oz. do takšnih ravnanj, ko bi najugodnejši ponudniki umaknili svoje ponudbe v korist manj ugodnemu (dražjemu) ponudniku oz. ko z naročnikom ne bi več hoteli sodelovati v postopku pregledovanja in ocenjevanja ponudb.

Kot je Državna revizijska komisija prav tako že večkrat pojasnila, je treba glede na jasen namen in vlogo zavarovanja za resnost ponudbe zavzeti stališče, da gre za tisti del ponudbe, katerega pomanjkljivosti, ki vplivajo na zmožnost unovčenja garancije v obsegu, kot ga je zahteval naročnik, praviloma ni mogoče odpravljati s spreminjanjem ali dopolnjevanjem neustreznega zavarovanja ali s predložitvijo manjkajočega zavarovanja. V nasprotnem primeru bi bili namreč naročniki izpostavljeni zlorabam, saj bi ponudniki lahko namenoma predložili neustrezno zavarovanje za resnost ponudbe ali pa ga sploh ne bi predložili, pričakujoč, da bodo napake lahko odpravljali kasneje, če jim bo to glede na podatke, pridobljene na javnem odpiranju ponudb, sploh še v interesu. Naročniki bi bili v tem primeru odvisni od volje ponudnikov, zavarovanje za resnost ponudbe pa bi v celoti izgubilo svoj namen. Zato je treba ugotoviti, da zavarovanje za resnost ponudbe predstavlja tisti element, ki mora biti v vsakem primeru predložen ob sami oddaji ponudbe in v taki vsebini, kot je zahteval naročnik v razpisni dokumentaciji, morebitnih napak pa ni dopustno odpravljati naknadno, temveč predstavljajo podlago za izločitev ponudbe. Ponudnik, ki ne predloži zahtevanega zavarovanja za resnost ponudbe ali ga predloži v neustrezni vsebini, predloži ponudbo, ki ni skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu ter v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, zaradi česar mu naročnik posledično ne sme oddati javnega naročila (prim. točko a prvega odstavka 89. člena ZJN-3).

Naročnik je v predmetnem postopku javnega naročila zahteve glede predložitve finančnega zavarovanja za resnost ponudbe določil v 16. točki Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe (Garancija za resnost ponudbe), v kateri je določil:

»16.1 Ponudnik predloži kot sestavni del ponudbe Garancijo za resnost ponudbe v znesku 9.000,00 EUR.

16.2 Garancija za resnost ponudbe mora biti izdana od:

- (a) banke v državi naročnika ali*
- (b) zavarovalnice v državi naročnika.*

Vsebina garancije mora biti skladna z vzorcem, kot je podan v poglavju 5 predmetne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

V primeru, da je garancija podpisana digitalno in ne lastnoročno, mora biti digitalni podpis varen elektronski podpis, overjen s kvalificiranim potrdilom.

Garancija za resnost ponudbe mora biti v veljavi do vključno dne 9. 5. 2024.

Za garancijo veljajo Enotna pravila za garancije na poziv (EPGP) revizija iz leta 2010, izdana pri MTZ pod št. 758.

16.3 Garancija za resnost ponudbe je unovčljiva:

- (a) če ponudnik umakne ponudbo v času njene veljavnosti, navedene v ponudbi; ali*
- (b) če ponudnik, ki ga je naročnik v času veljavnosti ponudbe obvestil o sprejetju njegove ponudbe:*
 - ne posreduje podpisane pogodbe, v roku 8 dni od prejema pogodbe ali*

- ne posreduje podatkov o lastništvu, zahtevanih v šestem odstavku 14. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (Ur. l. RS, št. 69/11 – uradno prečiščeno besedilo, 158/20, 3/22 – ZDeb in 16/23 – ZZPri), v roku 8 dni od prejema pogodbe ali
- ne predloži garancije za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti v roku, kot je določen v podčlenu 29.1 Navodil ponudniku.«

V Poglavju 5 je naročnik pripravil vzorec garancije za resnost ponudbe, v katerem je v rubriki »Oblika predložitve« določil:

»v papirni obliki s priporočeno pošto ali katerokoli obliko hitre pošte ali v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu na naslov _____ (Navede se SWIFT naslova garanta. Če garant nima aktivnega SWIFT naslova, navede SWIFT naslov banke, ki jo je predhodno pooblastil za sprejem avtentificiranega sporočila. V tem primeru za navedbo SWIFT naslova še navede: "Banka prejemnica SWIFTa je pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu.")«

Iz citiranih določil Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe je razvidno, da je naročnik od ponudnikov zahteval predložitev garancije za resnost ponudbe v višini 9.000,00 EUR, pri čemer je določil, da mora biti garancija izdana bodisi od banke bodisi od zavarovalnice. Naročnik je dalje določil, da mora biti vsebina garancije skladna z vzorcem iz Poglavja 5. Slednji kot obliko predložitve predvideva dva načina predložitve zavarovanja: v papirni obliki s priporočeno pošto ali katerokoli obliko hitre pošte ali v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu. Da bi naročnik lahko bančno garancijo unovčeval (tudi v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu, je v vzorcu garancije zahteval navedbo SWIFT naslova garanta. V primeru, če garant nima aktivnega SWIFT naslova, je naročnik zahteval, da garant predhodno pooblasti banko za sprejem avtentificiranega sporočila in da v garancijo vpiše SWIFT naslov pooblaščenice banke, ob tem pa dodatno navede še, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu.

Po vpogledu v ponudbo vlagatelja Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v ponudbi predložil zavarovanje za resnost ponudbe z dne 25. 10. 2023, ki ga je izdal garant Zavarovalnica Sava, d. d. Kot je razvidno iz predloženega zavarovanja, je garant v rubriko »Oblika predložitve« kot elektronski naslov za posredovanje avtentificiranega SWIFT sporočila vpisal SWIFT naslov banke, in sicer KBMASIX2, ni pa dodal še pristavka iz vzorca garancije, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu. Med strankama v predmetnem postopku pravnega varstva navedena dejstva niso sporna, sporno pa je vprašanje, ali odsotnost pristavka, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu, predstavlja upravičeno podlago za izločitev vlagateljeve ponudbe.

Glede na dejstvo, da je naročnik v 16. točki Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe določil, da mora biti predloženo zavarovanje enako vzorcu iz Poglavja 5, ter da je v vzorcu zavarovanja določil, da mora garant v primeru, če nima lastnega aktivnega SWIFT naslova, v zavarovanje vključiti izjavo, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu, v vlagateljevem zavarovanju za resnost ponudbe pa takega izrecnega pristavka garanta ni, je treba ugotoviti, da zavarovanje za resnost ponudbe, ki ga je predložil vlagatelj, ni v celoti identično z vzorcem zavarovanja iz razpisne dokumentacije. Vendar pa navedena ugotovitev še ne zadostuje za presojo zakonitosti izločitve vlagateljeve ponudbe - v predmetnem postopku pravnega varstva je treba še ugotoviti, ali gre za takšno odstopanje od zahtev naročnika, ki vpliva na zmožnost unovčenja garancije v obsegu in na način, kot ga je zahteval naročnik.

Kot namreč izhaja iz zgornjih pojasnil Državne revizijske komisije, vsakršno odstopanje od formalnih zahtev naročnika glede predložitve bančne garancije za resnost ponudbe še ne

predstavlja takšne napake, ki bi terjala izločitev ponudbe; odstopanje mora biti takšno, da povzroči, da naročnik predloženega zavarovanja ne more unovčiti točno v takšni višini in iz točno takšnih razlogov ter na točno takšne načine, kot je to zahteval v dokumentaciji v zvezi z oddajo naročila. To izhaja tudi iz odločitve št. 018-215/2019-17, v kateri je Državna revizijska komisija zavzela stališče, da je treba zahtevo po skladnosti predloženega zavarovanja z vzorcem iz razpisne dokumentacije razlagati na način, da mora predloženo finančno zavarovanje za resnost ponudbe obsegati takšne pogoje zavarovanja, kot jih vsebujejo posamezne postavke priloženega vzorca. To pomeni, da je treba tudi v primeru, če vsebina predloženega zavarovanja za resnost ponudbe ni dobresedni prepis iz vzorca garancije v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, preveriti, ali je predloženo zavarovanje ustrezno po vsebini. Podobno stališče izhaja tudi iz odločitve št. 018-311/2013-15, v kateri je Državna revizijska komisija zapisala, da je treba zahtevo naročnika po skladnosti z vzorcem iz razpisne dokumentacije razumeti na funkcionalen način, torej kot zahtevo, da ima predloženo zavarovanje za resnost ponudbe take lastnosti oziroma značilnosti, kot so določene oziroma se pričakujejo v njenem vzorcu, ne pa v smislu formalnega (besednega) popolnega ujemanja besedila, če to besedilo v kontekstu, v katerem je zapisano, nima posebnega pomena.

V zvezi z vprašanjem, ali odsotnost izrecnega pristavka glede pooblaščenosti banke v zavarovanju za resnost ponudbe, ki ga je v predmetnem postopku oddaje javnega naročila predložil vlagatelj, pomeni takšno neskladnost z besedilom vzorca zavarovanja, ki bi lahko pomenilo vsebinski odstop od pogojev zavarovanja, določenih v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je treba najprej ugotoviti, da je naročnik v vzorcu zavarovanja, kot je bilo zgoraj že citirano, določil, da mora garant v primeru, če nima aktivnega SWIFT naslova, navesti SWIFT naslov banke, ki jo je *predhodno* pooblastil za sprejem avtentificiranega sporočila. Iz navodil naročnika torej izhaja, da navedba drugega SWIFT naslova na zavarovanju (če garant nima lastnega) predpostavlja predhodno pooblastitev imetnika naslova za sprejem sporočila. Ponudniki so bili glede na naročnikove zahteve dolžni zagotoviti, da bo garant, ki nima lastnega SWIFT naslova, na zavarovanju za resnost ponudbe ne samo navedel SWIFT naslov pooblaščenega banke, preko katerega bo lahko naročnik unovčeval zavarovanje v elektronski obliki, temveč da bo to banko predhodno, torej že pred izdajo zavarovanja, pooblastil za sprejem avtentificiranega sporočila. To pomeni, da v tem primeru že navedba SWIFT naslova banke predpostavlja obstoj pooblastilnega razmerja. Z naročnikom se zato (upoštevajoč njegova lastna navodila) ni mogoče strinjati, da zgolj navedba SWIFT naslova še ne pomeni obstoja pooblastilnega razmerja med garantom in banko in da lahko ob odsotnosti izrecnega pristavka zgolj ugiba o tem, ali le-to res obstaja. Nasprotno, strinjati se je treba z vlagateljem, da že navedba SWIFT naslova predpostavlja obstoj pooblastilnega razmerja med garantom in banko, saj ga je bil garant glede na zahteve naročnika dolžan vzpostaviti že pred izdajo zavarovanja oz. navedbo SWIFT naslova na zavarovanju. Izrecni pristavek, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu, je torej mogoče razumeti tudi le kot dodatno izjavo, ki pa ne more vplivati na dejstvo, da mora v skladu z navodili garant pred navedbo SWIFT naslova predhodno že pooblastiti banko, saj sicer SWIFT naslova drugega subjekta sploh ne bi smel navesti.

Naročnik v odločitvi, s katero je zavrnil zahtevek za revizijo, sicer zatrjuje, da so SWIFT naslovi bank javno objavljeni in da bi zato lahko garant navedel SWIFT naslov tudi brez predhodne pooblastitve. Navedeno sicer drži, a takšno ravnanje ne bi bilo skladno z njegovimi navodili, da je treba pred vpisom SWIFT naslova pooblastiti banko za sprejem avtentificiranega sporočila. Garant bi v primeru, če bi SWIFT naslov banke zgolj prepisal iz javno objavljenih podatkov, ne da bi jo predhodno pooblastil za sprejem sporočil, kršil navodila naročnika, zato bi bil v tem primeru tudi morebiten izrecen pristavek brezpredmeten. Če bi garant s kršitvijo naročnikovih pravil vpisal SWIFT naslov banke brez predhodne pooblastitve, bi lahko na enak način podal tudi izrecni pristavek, ne da bi bilo pooblastilno razmerje predhodno že vzpostavljeno. Kot utemeljeno navaja

vlagatelj, pooblastilno razmerje ne nastane z izjavo garanta, dano v zavarovanju, temveč s pravnim poslom med garantom in banko, ki mora biti glede na navodila naročnika sklenjen pred izdajo zavarovanja. V tem primeru torej tudi izrecni pristavek glede pooblastitve naročniku ne bi dal nobene večje varnosti oz. dodatnega zagotovila, saj bi v primeru, če bi vlagatelj garant zgolj povzel SWIFT naslov banke iz javno objavljenih podatkov, lahko na zavarovanju navedel tudi pristavek o pooblastitvi banke, ne da bi predhodno pooblastilno razmerje dejansko obstajalo. Tudi v tem primeru bi lahko naročnik vse do unovčitve garancije v elektronski obliki zgolj ugibal, ali pooblastilno razmerje dejansko obstaja, saj ne bi razpolagal niti z dokazilom o izvedbi pooblastitve niti s potrdilom banke, da je dejansko pooblaščen za sprejem avtenticiranih sporočil po SWIFT sistemu na lasten SWIFT naslov.

Glede na navedeno je tako treba ugotoviti, da je navodila naročnika glede zavarovanja za resnost ponudbe mogoče razumeti tudi na način, da je naročnik pravzaprav dvakrat zahteval izkazovanje istega dejstva: prvič z navedbo SWIFT naslova, ki ga je garant lahko navedel le ob predhodni pooblastitvi imetnika naslova, drugič pa še z izrecnim pristavkom, da je banka prejemnica SWIFTa pooblaščen za sprejem sporočila po SWIFT sistemu. Če je namreč naročnik določil, da garant vpiše SWIFT naslov banke, potem ko jo je moral predhodno že pooblastiti za sprejem avtenticiranega sporočila, potem je izrecni dodatni pristavek lahko le potrditev dejstva, ki implicitno izhaja že iz same navedbe SWIFT naslova. Odsotnost pristavka zato ne more pomeniti take neskladnosti z vzorcem zavarovanja iz Poglavlja 5, ki bi predstavljala vsebinsko napako, zaradi katere zavarovanje ne bi imelo točno takih lastnosti, kot jih je zahteval naročnik. Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da zavarovanje za resnost ponudbe, ki ga je v svoji ponudbi predložil vlagatelj, nima takih pomanjkljivosti, ki bi utemeljevale izločitev njegove ponudbe iz postopka oddaje javnega naročila: vlagatelj garant, ki nima lastnega SWIFT naslova, je navedel SWIFT naslov pooblaščen banke, iz česar izhaja implicitna predhodna pooblastitev, tak način predložitve zavarovanja pa je, upoštevajoč navodila naročnika, eden izmed možnih načinov. Na podlagi navedenega niti ni mogoče govoriti o napaki oz. pomanjkljivosti v vlagateljevi ponudbi.

Sicer pa je treba v predmetnem postopku pravnega varstva ugotoviti, da naročnik niti ne zatrjuje, da vlagateljevo zavarovanje za resnost ponudbe ni unovčljivo preko SWIFT naslova, ki je naveden na zavarovanju. Naročnik se namreč sklicuje le na formalno neskladnost med vzorcem zavarovanja in predloženim zavarovanjem ter ob tem opozarja na svojo negotovost glede možnosti elektronske unovčitve zavarovanja, iz česar je mogoče sklepati, da zatrjuje zgolj hipotetično nezmožnost unovčitve zavarovanja po SWIFT sistemu. Takšno hipotetično nezmožnost unovčitve pa bi bilo mogoče zatrjevati tudi v primeru, če bi garant izrecno izjavo o pooblastitvi vključil v predloženo zavarovanje, saj bi tudi v tem primeru, kot je bilo že pojasnjeno, lahko zgolj ugibali, ali je izrecna izjava garanta verodostojna. Če namreč predpostavimo, da bi lahko garant navedel SWIFT naslov iz javno objavljenih podatkov, ne da bi pred tem banko pooblastil za sprejem sporočila, s čimer bi kršil zahteve naročnika in dejansko ne bi zagotovil možnosti unovčitve zavarovanja preko SWIFT sistema, potem lahko predpostavimo tudi, da bi lahko garant podal izrecno izjavo o pooblastilnem razmerju na zavarovanju, ne da bi to dejansko obstajalo na podlagi predhodno izvedene pooblastitve.

Da v tem konkretnem primeru do takšne hipotetične situacije ni prišlo, pa je razvidno iz izjave vlagateljevega garanta, Zavarovalnice Sava, d. d., z dne 25. 1. 2024, ki jo je vlagatelj predložil k zahtevku za revizijo. V njej garant potrjuje, da ima sklenjeno pogodbeno razmerje z banko, katere SWIFT naslov je navedel v zavarovanju, na podlagi katerega je banka pooblaščen za sprejem sporočil po SWIFT sistemu iz naslova unovčevanja garancij in posredovanje teh sporočil garantu. Na podlagi te pogodbe banka dovoljuje garantu, da v besedilih garancije kot obliko in/ali kraj predložitve uporabi SWIFT naslov banke za sporočila, ki se prenašajo po SWIFT sistemu. Enako dejstvo je razvidno tudi iz izjave banke Nova KBM, d. d., z dne 25. 1. 2024, ki jo je vlagatelj prav tako priložil zahtevku za revizijo in iz katere izhaja, da je banka na podlagi veljavnega

pogodbenega razmerja z Zavarovalnico Sava, d. d., pooblaščenca za sprejem SWIFT sporočil iz naslova unovčenja garancij, ki so izdane s strani Zavarovalnice Sava, d. d., na njen SWIFT naslov KBMASIX2, ter za posredovanje teh sporočil na elektronski naslov Zavarovalnice Sava, d. d. Navedeno pomeni, da je naročnik v trenutku prejema vlagateljeve ponudbe imel v rokah zavarovanje za resnost ponudbe, ki bi ga lahko unovčil tako v papirni obliki s priporočeno pošto ali katerokoli obliko hitre pošte kot tudi v elektronski obliki z avtentificiranim SWIFT sporočilom po SWIFT sistemu, on sam pa bi bil tisti, ki bi lahko izbral med različnimi zahtevanimi načini unovčevanja. Vlagatelj je torej zagotovil, da bi lahko naročnik zavarovanje za resnost ponudbe unovčil na kateregakoli izmed zahtevanih načinov, tudi preko SWIFT sistema, ne da bi zavarovanje potrebovalo kakršnokoli naknadno pojasnitev ali dopolnitev, zato ni jasno, do kakšnih zlorab bi lahko v tem konkretnem primeru prišlo. To je tudi bistvena razlika v primerjavi z odločitvijo Državne revizijske komisije št. 018-121/2018-4, na katero se sklicuje naročnik, saj je takratni ponudnik predložil zavarovanje, ki SWIFT naslova (kljub izrecni zahtevi takratnega naročnika) sploh ni imelo navedenega in tako upravičencu ni omogočalo, da bi ga unovčil preko SWIFT sistema.

Ker je Državna revizijska komisija ugotovila, da je vlagatelj uspel izkazati, da naročnik ni ravnal v skladu z določbami ZJN-3 in lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je njegovo ponudbo izločil iz postopka, je na podlagi 2. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN razveljavila odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« z dne 22. 1. 2024.

Z razveljavitvijo odločitve o oddaji naročila se postopek oddaje javnega naročila vrne v fazo pregleda in ocenjevanja ponudb. Na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika, z namenom pravilne izvedbe postopka v delu, ki je bil razveljavljen, napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje tega javnega naročila, sprejme eno od odločitev, ki jih omogoča ZJN-3. Če se bo naročnik odločil, da bo postopek oddaje javnega naročila nadaljeval s sprejemom odločitve o oddaji javnega naročila, mora ponovno presojo ponudb opraviti skladno z določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in ZJN-3 ter ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 1. točke izreka tega sklepa.

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v opredelitvi do navedb naročnika zahteval povrnitev stroškov pravnega varstva. Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso (relevantni del prve povedi tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN).

Ker je Državna revizijska komisija vlagateljevemu zahtevku za revizijo ugodila, je vlagatelju, skladno s 70. členom ZPVPJN ter skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem., v nadaljevanju: OT) priznala naslednje potrebne in opredeljene navedene stroške:

- strošek plačane takse za zahtevek za revizijo v višini 7.149,88 EUR,
- strošek odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo v višini 2.200 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 1.610,40 EUR in
- materialne stroške v višini 32 točk (tretji odstavek 11. člena OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 23,42 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala presežka nad priznanimi stroški za odvetniško storitev za sestavo zahtevka za revizijo ter presežka nad priznanimi materialnimi stroški (oboje z

DDV), saj glede na vrednost spora za njihovo priznanje v OT ni podlage. Državna revizijska komisija vlagatelju dalje ni priznala v zahtevku za revizijo priglašeni stroškov za pregled dokumentacije (200 točk) ter s tem povezanih materialnih stroškov in stroška DDV, saj gre za stroške za storitve, ki so že zajeti v strošku odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Prav tako mu ni priznala priglašeni stroška za sestavo opredelitve do navedb naročnika ter s tem povezanih materialnih stroškov in stroška DDV, saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe vlagatelja v tej vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 8.783,70 EUR, ki mu jih mora naročnik povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 2. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednik senata:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- vlagatelj,
- izbrani ponudnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.