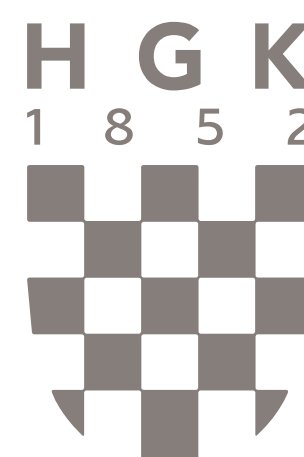


RADIONICA



HRVATSKA
GOSPODARSKA
KOMORA



Ljubenko & partneri | ODVJETNIČKO DRUŠTVO

ZAKLJUČAK VLADE RH od 30. rujna 2021.

***REGULACIJA UGOVORA O GRAĐENJU POVODOM
POREMEĆAJA CIJENA GRAĐEVINSKOG MATERIJALA I PROIZVODA***

Mirjana Čagalj

- BUMES d.o.o. Split; tehnički direktor
- METROHOLDING d.d. Zagreb; izvršni direktor
- Hrvatska gospodarska komora; potpredsjednica za graditeljstvo, promet i veze
- Članica više radnih skupina tijela vlasti RH od kojih i članica Saborskog odbora za prostorno planiranje i graditeljstvo i članica Savjeta Vlade RH za obnovu zgrada oštećenih u potresu i izradu zakonskog okvira
- Provodila projekte i vršila nadzor za brojne stambene, sakralne, industrijske i prometne objekte u Hrvatskoj, Zračne luke, obrazovne ustanove i akademije te zdravstvene ustanove
- kao glavna inženjerka radila na rekonstrukcijama, adaptacijama i izgradnji novih objekata u cijeloj RH
- Voditelj projekata IPMA-A (International Project Management Association)
- Dobitnica nagrade KOLOS 2015. godine za dostignuća u graditeljstvu

Miće Ljubenko

- član Hrvatske odvjetničke Komore od 1993. godine.
- član radne skupine za nove Posebne uzance o građenju u ime HUP-a od 2016. godine pri Ministarstvu prostornog uređenja, graditeljstva i državne imovine
- izlagač na Forumima graditeljstva i seminarima u organizaciji HSGI od 2012. do 2019. godine
- predavač na poslijediplomskom specijalističkom studiju MBA Građevinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu od 2016. godine
- vanjski predavač Građevinskog fakulteta u Osijeku
- pravni savjetnik Središnje agencije za financiranje usluga
- arbitar na listi Stalnog arbitražnog sudišta pri HGK
- autor više objavljenih stručnih radova na temu FIDIC ugovora, ugovorne kazne u ugovorima o građenju i Posebnih uzanci o građenju

Pregled radionice

1. Porast cijena građevinskih materijala i proizvoda kao razlog za moguće izmjene ugovora o građenju
2. Mogućnosti izmjena ugovora o građenju obzirom na vrste ugovora i vremenski aspekt prema čl. 315. - 321. ZJN i čl. 625. - 627. ZOO
3. Prijedlozi rješenja kod izmjena ugovora o građenju sklopljenog u postupku javne nabave gdje je realizacija u tijeku
4. Prijedlozi reguliranja rizika porasta cijena u postupcima javne nabave kod budućih ugovora o građenju

1. Porast cijena građevinskih materijala i proizvoda kao razlog mogućih izmjena ugovora o građenju



1. Porast cijena građevinskih materijala i proizvoda kao razlog mogućih izmjena ugovora o građenju

- 1.1. Postupanje izvođača i naručitelja tijekom porasta cijena građevinskih materijala i proizvoda
- 1.2. Obavijesti i zahtjevi izvođača (podizvođača/dobavljača) za izmjenu ugovorenih cijena
- 1.3. Posljedice - zastoji radova, troškovi, izmjena ugovora i rizika raskida ugovora
- 1.4. Priopćenja HGK, HUP, mišljenja MINGO te drugih institucija i nadležnih tijela
- 1.5. Javna nabava - u pravilu ugovorene nepromjenjive jedinične cijene po stvarnim količinama ili ukupna cijena po sistemu „ključ u ruke“
- 1.6. Mišljenje Ministarstva pravosuđa i uprave od 12.8.2021. godine
- 1.7. Zaključak Vlade RH od 30.9.2021. godine – podržane izmjene ugovora - poziv na dogovor oko uvjeta
- 1.8. Kako provesti Zaključak Vlade u odnosu na razlike kod pojedinih ugovora?

1.1. Postupanje izvođača i naručitelja tijekom porasta cijena građevinskih materijala i proizvoda

- COVID pandemija je u RH započela u ožujku 2020. godine
- Ali, u građevinskom sektoru do listopada 2020. godine COVID pandemija nije uzrokovala poremećaj cijena materijala i proizvoda
- Rizici COVID pandemije za ovaj sektor u periodu od 03/2020 do 10/2020 su bili –ograničenje prekograničnog prijevoza materijala, moguće zabrane javnog prijevoza radnika, dopuštenje rada gradilišta, mjere Stožera, produljenje rokova i dr.
- Zaključno, do listopada 2020. godine, nije ni počeo poremećaj cijena na tržištu građevinskih materijala, radi čega izvođači i naručitelji nisu mogli uočiti daljnji rizik

1.1. Postupanje izvođača i naručitelja tijekom porasta cijena građevinskih materijala i proizvoda

- Odmah nakon listopada 2020. nije bilo opravdano očekivati da će izvođači zbog prvih podataka o rastu cijena dati obavijesti ili postaviti zahtjeve naručiteljima
- Razumno je bilo očekivati da je riječ o privremenom porastu, koji nastaje periodično i očekivana je stabilizacija cijena u narednom kraćem periodu
- Obzirom da nije bio predvidiv izniman porast cijena – nema propusta izvođača odmah nakon 10/2020, nego tek kad je u konkretnom ugovoru postao očigledan trajni i visok poremećaj cijena ključnih materijala za taj ugovor
- Gore navedeno ovisi o ugovorenoj dinamici ugradnje, a time i dobave ključnih materijala i proizvoda u pojedinom ugovoru

1.1. Postupanje izvođača i naručitelja tijekom porasta cijena građevinskih materijala i proizvoda

- Stoga, ovisno u vrsti ugovora i ovisno o vrsti ključnog materijala izvođači su sukcesivno stjecali moguću osnovu na potraživanje iz ovog razloga od listopada 2020. nadalje
- Ali time i moguću obvezu za obavijest prema naručiteljima (npr. kod FIDIC modela), pod rizikom propusta prava na kasnije priznanje razlike u cijeni
- Stjecanje samo osnove za potraživanje izvođača zbog porasta cijena nije dostatno za priznanje zahtjeva izvođača, bez detaljne analize izvođača
- Izvođač za ostvarenje ovog svog prava mora naručitelju dokazati i pravilan obračun visine zahtjeva za izmjenu cijene obzirom na ZOO i ZJN, u odnosu na vrstu i način ugovorene cijene sa naručiteljem u konkretnom ugovoru.

1.2. Važnost obavijesti izvođača

- Cilj i svrha Obavijesti izvođača je najava moguće osnove za zahtjev za izmjenu ugovora, a samo forma izmjene ugovora je Dodatak ili Aneks ugovora
- U interesu izvođača je pravodobno predati naručitelju obavijest/i o budućem zahtjevu, jer može ugovorno izgubiti pravo na potraživanje (ako je FIDIC model ugovora) ili dovesti u rizik svoje dokazivanje
- Izvođač je stoga u zaštiti svog interesa, kako bi ostvario svoje moguće pravo na izmjenu ugovora radi porasta cijena imao - obvezu pravodobno o toj okolnosti obavijestiti naručitelja, neovisno je li riječ i FIDIC modelu ugovora ili ne
- Propustom te obveze izvođač je svoje pravo na zahtjev za izmjenu cijena doveo u rizik dokazivanja, a moguće je uzrokovao i gubitak tog prava, ovisno u ugovornoj regulaciji

1.3. Moguće aktualne posljedice porasta cijena na ugovore o građenju - izmjene ugovora, ali i zastoji radova, troškovi i rizici raskida ugovora

- Tijekom porasta cijena i moguće potrebe za izmjenom ugovorne cijene, moglo je doći do poteškoća u nabavi materijala kod izvođača i uzrokovati usporavanje ili **zastoje** u radovima
- Zbog istog razloga su u pravilu već nastupili povećani troškovi kod izvođača, a tijekom realizacije nije moguće procijeniti tko će konačno snositi **troškove** uzrokovane – porastom cijena materijala, jer to ovisi o postupanju izvođača i naručitelja, te objektivnim mogućnostima dokazivanja
- U novim okolnostima dio izvođača moguće nije pravilno zahtjeva izmjene ugovora ili naručitelj nije pravilno pristupio tim zahtjevima, što iznimno može dovesti i do **rizika raskida** ugovora.

1.4. Priopćenja HGK, HUP, mišljenja MINGO te drugih institucija i nadležnih tijela

- Tijekom 2021. godine, kako je rastao i porast cijene materijala na tržištu, uzrokovana su mišljenja i priopćenja nadležnih institucija (MINGO, HGK, HUP, MPU i dr.)
- Mišljenja su izdavana prije svega na pojedinačne upite naručitelja i izvođača, ali i neovisno od toga postoje i načelna mišljenja kao npr. od Ministarstva pravosuđa i uprave (MPU)
- Kroz navedene akte (mišljenja) nadležnih tijela moguće su bile i nejasnoće u odnosu na pojedine vrste ugovora i različita pitanja ovisno u konkretnim ugovorima
- Mišljenja nadležnih tijela treba primjenjivati razumno, jer formalno to nisu tumačenja zakona i ne obvezuju sudove, a ovlast na tumačenje zakona ima jedino zakonodavac (Sabor RH)

1.5. Javna nabava - u pravilu ugovorene nepromjenjive jedinične cijene po stvarnim količinama ili ukupna cijena npr. „ključ u ruke”

- To što je ugovorena „nepromjenjivost cijena“ ne daje pravo na bezuvjetno odbijanje zahtjeva izvođača za izmjenom ugovora (cijena) od strane naručitelja
- Pravo na izmjenu ugovora u dijelu cijene zbog porasta cijena na tržištu, logično imaju i izvođači koji su ugovorili „promjenjivu“ cijenu (čl. 626. ZOO sada - iznimno u praksi), ali i izvođači koji su ugovorili „nepromjenjivu“ cijenu (čl. 627. ZOO)
- Izvođači koji su ugovorili nepromjenjivu cijenu imaju drugačija (složenija) pravila za ostvarenje svog zahtjeva po toj osnovi, zbog primjene čl. 627. ZOO
- Prije svega, ovisno kako je ugovorena cijena radova (po stvarnim količinama „jedinično” ili kao ukupna cijena), ali i ovisno o mnogima uvjetima koji će se dalje prikazati
- Kod ugovora sklopljenih u javnoj nabavi, na nužnost primjene čl. 627. ZOO upućuje čl. 313. ZJN, a sve radi daljnje primjene članaka 315. do 322. ZJN

1.6. Mišljenje Ministarstva pravosuđa i uprave od 12.8.2021. godine

- Na zahtjev HGK, MPU je 12. kolovoza 2021. godine izdalo mišljenje da se za izračun razlike u cijeni prema čl. 627. ZOO treba najprije uzeti u obzir jedinične cijene, ali konačno kroz - „ukupno ugovorenu cijenu”
- Mišljenje MPU nije dovoljno jasno naznačilo na koju „ugovorenu cijenu” prema čl. 625. ZOO se ono mišljenje za čl. 627. ZOO odnosi (jediničnu ili ukupnu)
- MPU nije u okviru ovog mišljenja dalo pojašnjenje na koju od dvije vrste cijene radova se mišljenje odnosi, u skladu sa čl. 625. ZOO - (jedinična cijena radova ili ukupna cijena radova)
- Čl. 625. ZOO regulira samo dvije vrste cijene radova koje ne mogu biti istovremeno ugovorene, jer ih zakon regulira sa „**ILI**”
- Čl. 627. ZOO se zatim poziva na „cijenu radova”, a koja može biti jedna od dvije iz čl. 625. ZOO

1.6. Mišljenje Ministarstva pravosuđa i uprave od 12.8.2021. godine

- To znači da se uvijek kod primjene čl. 627, ZOO prethodno treba utvrditi prema čl.625. je li ugovorena npr. jedinična cijena, te ako da - tada se primjena čl. 627. odnosi na jediničnu cijenu
- Čl. 627. ne sadrži „ukupna cijena”, već koristi pojam „cijena radova” – jedna od dvije iz čl. 625.
- Sudovi u svojoj objavljenoj malobrojnoj praksi u odnosu na čl. 627. ZOO (prije 2006. godine je to bio – čl. 637.ZOO) do sada nisu imali kao sporno pitanje jel se čl. 627. odnosi na jediničnu ili na ukupnu cijenu radova, (primjeri su javno dostupni npr.: PŽ-2004/02, Revt-61/2008, Rev-1491/2013, Rev-361/2014, PŽ-8041/2016)
- Sporna pitanja su npr. bila jel ostvarena razlika iznad 10% kod nesporno ugovorene ukupne cijene radova, a nije dostupna praksa da bi npr. bila odbijena tužba za jediničnu cijenu radova
- Na ovo pitanje će se u radionici dati dalje još pojašnjenja

1.7. Zaključak Vlade RH od 30. rujna 2021. godine – podržane izmjene ugovora uz poziv na dogovor oko uvjeta

- Zaključak Vlade RH bio je posljednji relevantan akt u odnosu na pitanje utjecaja porasta cijena materijala na ugovore o građenju
- Njime se konstatirala okolnost porasta cijena materijala i proizvoda kao razlog da naručitelji „...pristupe analizi ugovorenih jediničnih cijena... kako bi utvrdili one stavke na koje je promjena cijena utjecala više od 10 %.“
- Vlada RH je stoga uputila na pristupanje analizi pojedinih ugovora u postupcima javne nabave ovisno ugovorenoj cijeni radova i time pozvala naručitelje pristupiti mogućim izmjenama ugovora uz primjenu Zakona o javnoj nabavi

1.8. Kako provesti Zaključak Vlade RH od 30. rujna 2021. godine?

- Cilj i svrha Zaključka Vlade RH nije bio dati pravne smjernice ili upute kako bi trebalo provesti konkretne izmjene ugovora o građenju zbog porasta cijena na tržištu, nego poticaj javnim naručiteljima na razmatranje moguće potrebe izmjene ugovora u odnosu na ugovorene cijene
- Takve smjernice može biti ovlašteno dati npr. Gospodarska komora ili drugo stručno tijelo pri čemu one nemaju obvezujući značaj za sudove, već svrhu preporuke sudionicima radi zakonite provedbe izmjena ugovora o građenju kod porasta cijena na tržištu, a što je i cilj ove radionice
- U tom cilju, korisno će biti uskladiti postupanje javnih naručitelja, izvođača, kontrolnih tijela, DKOM, a o čemu još ne postoji usklađena praksa, a radi izbjegavanja zastoja radova, sporova između izvođača i naručitelja, ali i rizika raskida ugovora u javnoj nabavi
- Zbog složenosti izmjena ugovora o građenju biti će potrebna stručna znanja i građevinske struke (u dijelu analize razlike cijene radova) i pravne struke (u dijelu propisa koji uređuju ugovore o građenju i postupke javne nabave, te pravilnog pripremanja izmjena ugovora)

2. Mogućnosti izmjena ugovora o građenju obzirom na vrste ugovora i vremenski aspekt prema čl. 315. - 321. ZJN i čl. 625. - 627. ZOO



2. Mogućnosti izmjena ugovora o građenju s obzirom na vrste ugovora i vremenski aspekt, a prema čl. 315. - 321. ZJN i čl. 625. - 627. ZOO

2.1. Razlike ovisno o vrsti sklopljenih ugovora o građenju

- po modelu stvarno izvedene količine ili „ključ u ruke“,
- u slučaju FIDIC modela ugovora (razlike Crvena ili Žuta knjiga),
- ugovor s ili bez uključene klizne skale,
- javna nabava s ili bez predviđene regulacije promjene cijene

2.2. Razlike u odnosu na primjenu pojedinih članaka Zakona o javnoj nabavi (ZJN)

2.3. Razlike u odnosu na primjenu Zakona o obveznim odnosima (ZOO)

2.4. Razlike u odnosu na vrijeme kada je sklopljen ugovor o građenju

2.1. Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – po modelu stvarno izvedene količine ili „ključ u ruke”

- U praksi su pretežito zastupljeni jedan od dva načina ugovaranja cijene radova tzv. „stvarne količine” ili „ključ u ruke”, a što se u bitnom poklapa i sa uređenjem čl. 625. ZOO (jedinične i ukupne cijene)
- Kod modela po stvarno izvedenim količinama ugovaraju se jedinične cijene za pojedine radove prema troškovniku, te se u konačnici obračunava količina stvarno izvedenih radova
- Kod modela „ključ u ruke” - izvođač se obvezuje izvesti ugovorene radove za ukupnu cijenu, te se isključuje utjecaj viškova i manjkova radova, te troškova nepredviđenih radova na ugovorenu cijenu
- Dakle, za ocjenu priznanja zahtijeva za razliku u cijeni zbog porasta cijena kod ugovora sa „nepromjenjivom cijenom” potrebno je prvo utvrditi je li ugovor sklopljen prema „stvarnim količinama” (tzv. troškovnik) ili „ključ u ruke” kao najčešći oblik ugovora sa ugovorenom - ukupnom cijenom

2.1. Razlike kod utvrđenja nabavne cijene materijala prema vrsti ugovora – stvarno izvedene količine ili „ključ u ruke”

- Ako je ugovorena cijena prema „stvarnim količinama”, izvođač mora prikazati kolika je u traženim stavkama nabavna cijena samo materijala (ili proizvoda) za koji - zahtjeva priznanje razlike u cijeni
- To znači, ako nije troškovnikom već u stavci podijeljena nabavna cijena tog materijala u odnosu na cijenu ugradnje (možda i dopreme) izvođač mora najprije analitikom nabavnih cijena tog materijala - u vrijeme ugovaranja dokazati podjelu jedinične cijene na nabavna cijenu tog materijala i preostali dio ugovorene jedinične cijene
- Ako je ugovorena ukupna cijena (npr. „ključ u ruke”) izvođač ima značajno teži postupak dokazivanja kolika je bila jedinična cijena tog materijala u vrsti ugovora gdje se - uopće nisu ugovarale jedinične cijene kroz troškovnik
- Ovaj zahtjev je moguć i kod ugovora „ključ u ruke” (ukupna cijena), ali tada izvođač mora dokazati koje su količine tog materijala ugovorene kroz analize projektne dokumentacije (što bi načelno i projektant trebao potvrditi), te zatim na tu količinu izvođač treba gornjim načinom dokazat najprije nabavne cijene tog materijala na dan ugovaranja (predaja ponude), a zatim razliku do tržišne cijene tog materijala na dan kad ga je po ugovoru trebao nabaviti

2.1. Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – u slučaju FIDIC modela ugovora (razlike Crvena ili Žuta knjiga)

- Kod FIDIC modela, izvođač za izmjene ugovora prije svega mora dokazati da je u roku dao Obavijest, a tek zatim ima pravo na Zahtjev koji predaje na odluku FIDIC inženjeru, a ne naručitelju
- Način dokazivanja kod Crvene knjige je nadalje u bitnom kao i kod ugovora po „količinama”, a osim OU ovisiti će moguće i o dodatnim konkretnim uvjetima za taj ugovor iz PUU
- Odluku FIDIC inženjera u praksi najčešće prihvaća naručitelj, a izvođač u slučaju negativne odluke ima pravo na VRS, Radi toga bez procedure prema FIDIC-u izvođač ne može ni pristupiti samo zahtjevu primjenom čl. 627. ZOO, a za razliku od „običnih ugovora” gdje u pravilu nema u ugovoru procedure za izmjene ugovora, ni prethodne odluke „Inženjera”, ni nadalje VRS itd.
- U Žutoj knjizi je dodatno otežano dokazivanje izvođaču nabavne cijene pojedinog materijala ako nije iskazna, jer ima ugovoreno i projektiranje u ugovorenoj cijeni (u Srebrna knjizi uz „ključ u ruke”)

2.1. Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – ugovor s uključenom kliznom skalom

- čl. 24. ZOO (klizna skala) – dopušteno je ugovoriti da će cijena ovisiti o cijeni materijala, rada i dr. što utječe na visinu troškova, u određeno vrijeme na određenom tržištu, ali - niti jedan zakon ne regulira koja je tzv. formula klizne skale, već se to određuje ugovorom (OU FIDIC „preporučuje” svoju t. 13.8.)
- Za svrhu priznanja razlike u cijeni zbog porasta cijene pojedinog materijala (npr. armatura) klizna skala u pravilu neće omogućiti priznanje cjelokupne razlike u cijeni za taj materijal (nakon odbitka 10% prema čl. 627. ZOO) zbog ugovorenog postotka učešća tog materijala u kliznoj skali koji ne može biti 100%, jer svi elementi klizne skale zajedno čine 100%
- Povrh toga, u većini formula klizne skale nije ugovorena niti cijena pojedinačnog materijala (npr. armatura) kao samostalan element klizne skale, već se ugovara „cijena građevinskog materijala” prema DSZ, koji podatke iskazuje na temelju grupa materijala/proizvoda, a što je neprimjenjivo za jedan materijal
- Dakle, primjenom uobičajane klizne skale (indeksne formule) izvođač u pravilu neće moći postići cjelovitu naknadu razlike u cijeni samo za pojedini materijal ili proizvod (nakon odbitka 10% po čl. 627. ZOO) kao što bi to mogao da je npr. ugovorena – indeksna klauzula samo za taj ključni materijal ili proizvod

2.1. Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – javna nabava sa ili bez predviđene regulacije promjene cijene

- Javni naručitelj u dokumentaciji (DON-u) u pravilu do pojave poremećaja cijena na tržištu (približno do 10/2020) nisu utvrđivali ugovornu regulaciju promjene cijene zbog porasta cijena na tržištu, jer nije bilo značajnih poremećaja
- Iznimno o toga, javni naručitelji su tek u nekim ugovorima predviđali izmjene ugovorene cijene u pravilu samo kroz primjenu klizne skale, koja se pokazala nedostatnim rješenjem kod značajnog porasta cijene samo pojedinih materijala ili proizvoda
- To iz razloga jer uobičajene formule klizne skale nisu niti imale za cilj rješenje pitanja značajnog porasta cijena samo pojedinih materijala, nego uskladu svih cijena (energenata, rada, strojeva, materijala i dr.), a ne samo pojedinog materijala isključenog iz učešća u formuli klizne skale, a koja se neformalno naziva još i „indeksna formula”, a što nije jednako – indeksnoj klauzuli, prema čl. 23. ZOO
- Stoga, neovisno o tome je li javni naručitelj na način kao do sada, predvidio regulaciju izmjena cijena - kod porasta cijena na tržištu kakav je zabilježen tijekom cijele 2021. godine regulacije javnih naručitelja su se pokazale nedostatnima čime su uzrokovale potrebu pristupanja mogućim izmjenama ugovora

2.2. Razlike u odnosu na primjenu pojedinih članaka ZJN

- Primjena ZJN nije moguća bez primjene i ZOO (čl. 313. ZJN), ali svakako je ovisna i o ugovorenim uvjetima
- Čl. 315. ZJN omogućava izmjene ugovora bez ograničenja i za npr. porast cijena na tržištu kod pojedinih materijala ili proizvoda, ali samo ako je upravo tako naručitelj predvidio u DON-u, s time da kad je precizno predviđen kriterij izmjena cijene u DON-u nije nužna izmjena ugovora, zato jer je već ugovorom predviđeno kako će se priznavati izmjena cijene. Kao npr. što je to uobičajeno kod predviđenih izmjena količina („više radnje”) zbog čega se u pravilu ne pristupa Dodatku ugovora tj. izmjeni ugovora
- Ipak, naručitelj i izvođač imaju prema čl. 315. ZJN pravo (ne obvezu) izmjenu cijene provesti u formi izmjene ugovora (Dodatak) npr. zbog tako tražene forme kod odobravanja naknade kroz sufinanciranje ili zbog računovodstvenih razloga
- Za primjenu čl. 317. ZJN moguće je priznanje povećanja cijene izmjenom ugovora do 30% vrijednosti ugovora, ali ako naručitelj „nije mogao predvidjeti okolnost” u DON-u. Ovdje je odlučno za naručitelja ispitati sve uvjete konkretnog ugovora kako bi se izbjegao rizik „značajne izmjene prema čl. 321. ZJN, a time i obveze na - raskid ugovora prema čl. 322. ZJN.
- Kod porasta cijena, a ovisno o vremenu objave DON-a, naručitelji nisu mogli do sredine 2021. predvidjeti okolnost trajnog porasta cijena građevinskih materijala, radi čega bi za DON objavljen do tada postojala mogućnost primjene čl. 317. ZJN.

2.2. Razlike u odnosu na primjenu pojedinih članaka Zakona o javnoj nabavi

- Kod potrebe izmjene ugovora do 15% povećanja vrijednosti ugovora za naručitelja je u pravilu prihvatljivija primjena čl. 320. ZJN (nego npr. 317. ZJN), jer do te visine izmjene nije potrebno ispuniti uvjete iz čl. 317. i 321. ZJN, niti je potrebno objaviti izmjenu ugovora, a što znatno smanjuje rizik npr. žalbe
- Zbog toga u pravilu nema niti rizika raskida ugovora prema čl. 322. ZJN
- Ako je javni naručitelj pravilno ispitao revizijski trag u zahtjevu izvođača, te primjenio ugovor i zakon kod izmjene ugovora, rizik osnovanosti žalbe neće biti značajan
- Javni naručitelj svakako treba kod ocjene zahtjeva uzeti u obzir i usporednu procjenu rizika i isplativosti eventualne ponovne javne nabave npr. za slučaj sporazumnog raskida ugovora sa izvođačem zbog odbijanja prihvaćanja zahtjeva izvođača za izmjenu ugovora (Dodatak ugovoru)
- U svakom slučaju, naručitelj sklapanjem Dodatka ugovora (izmjena ugovora) izbjegava i za sebe i za izvođača najznačajniji rizik – rizik spora sa izvođačem, sa rizikom raskida ugovora, prekida realizacije, ponavljanja nabave, gubitka prava na sufinanciranje i dr.

2.3. Razlike u odnosu na primjenu Zakona o obveznim odnosima

- Čl. 369. ZOO uvijek - daje pravo ugovornoj strani koja može dokazati nastup promijenjene okolnosti (ovdje zbog porasta cijena), a koja bitno utječe na ispunjenje ugovora, ishoditi svojim dokazivanjem - izmjenu bilo kojeg ugovora (ovdje ugovor o građenju, gdje se primjenjuju i čl. 625. do 629. ZOO)
- Dakle, načelno svaki izvođač (podizvođač) ima pravo na zahtjev za priznanje razlike u cijeni materijala, prema pravilima ZOO i kad nema primjene ZJN, ako može dokazati promijenjene okolnosti
- Iznimka je klauzula o odricanju od prava na izmjenu ugovora temeljem promijenjenih okolnosti (čl.372. ZOO), što je rijetkost kod ugovora o građenju, a ona prema zakonu mora biti savjesno ugovorena
- Stoga, bez obzira na ugovorenu „nepromjenjivu cijenu” izvođač koji smatra da ima uvjete ima pravo zahtijevati priznanje razlike cijene iznad 10% od ugovorene cijene prema čl. 627. ZOO, te bi odbijanje naručitelja bez ispitivanja zahtjeva izvođača, moglo uzrokovati raskid ugovora krivnjom naručitelja

2.3. Razlike u odnosu na primjenu Zakona o obveznim odnosima

- Čl. 627. ZOO nije jasno regulirao primjenjuje li se pravo na razliku iznad 10% u odnosu na jediničnu ili u odnosu na ukupnu cijenu radova, jer čl. 627. nema riječ „ukupna” niti „jedinična” cijena, a koje su jasno propisane u čl. 625. ZOO. kao jedine dvije moguće „cijene radova”
- Umjesto toga čl. 627. koristi pojam - „cijena radova” koji označuje obje ove cijene iz čl. 625., a uz to se u čl. 627. navodi pojam „cijene elementa”, koji pojam ne postoji u čl. 625. gdje je uređeno - koje su jedine dvije cijena radova
- U odnosu na svaki konkretan ugovor naručitelj i izvođač trebaju zato ispitati način kako je ugovorena cijena radova kako bi mogli pristupiti izmjeni ugovora, prema čl. 627. ZOO, a moguće je da ugovorna regulacija cijene radova - nije u potpunosti jasna – **dok je u ZOO „jedinična cijena” samo gramatičkim tumačenjem tzv. „cijena stavke”**
- Teret dokaza je na izvođaču za dokazivanje nastupa porasta cijena na tržištu u odnosu na ugovorenu cijenu radova za postizanje izmjene ugovora o građenju, prema čl. 627. ZOO
- Teret dokaza opravdanosti izmjene ugovora je na naručitelju - u dijelu koji se odnosi na javnu nabavu kako zbog zakonitosti prema ZJN, tako i zbog mogućeg opravdanja postupanja kod sufinanciranja prema kontrolnim tijelima

2.4. Razlike obzirom na vrijeme kada je sklopljen ugovor – za naručitelja

- Uvjeti ugovora o građenju u DON-u su mogli biti određeni prije ili poslije objektivne mogućnosti saznanja o poremećaju na tržištu u odnosu na cijena građevinskih materijala i proizvoda
- Poremećaj cijena na tržištu je načelno započeo u listopadu 2020. godine, a što ovisi o pojedinoj vrsti materijala ili proizvoda
- Ako je javni naručitelj objavio uvjete ugovora načelno prije listopada 2020. godine i tada nije predvidio nikakvu regulaciju izmjene cijena u ugovoru, tada on svakako ima uvjete za primjenu čl. 317. ZJN, a time naravno i čl. 320. ZJN
- Ako je javni naručitelj objavio uvjete ugovora načelno nakon listopada 2020. godine i nije predvidio nikakvu regulaciju izmjene cijena u ugovoru, tada on mora posebno dokazati da ipak uvjete za primjenu čl. 317. ZJN, a ako to ne može ima uvjete samo za primjenu čl. 320. ZJN

2.4. Razlike u odnosu na vrijeme kada je sklopljen ugovor - za izvođača

- Pitanje vremena treba ocijeniti i u odnosu na vrijeme predaje ponude u postupku nabave, jer izvođač prema ZJN ne može izmijeniti uvjete ponude (cijenu) između predaje ponude i sklapanja ugovora
- Teoretski izvođač može odustati od ponude zbog porasta cijena prije sklapanja ugovora bez rizika osnovane naplate garancije za ozbiljnost ponude, samo ako može dokazati da je došlo do promijenjenih okolnosti u tom periodu koje nije mogao predvidjeti, spriječiti ili izbjeći (viša sila)
- Ali prema čl. 627. ZOO „nakon sklapanja...” dakle, ne od ponude - nego od odabira čl. 307. ZJN, isto tako uređuje čl. 252. i čl. 262. – kad je ugovor „sklopljen”
- Nije bilo razumno očekivati u konkretnim okolnostima „porast cijena 2021.” da bi izvođači odustajali od ponuda prije sklapanja ugovora, osobito ne nakon npr. odabira ponuditelja. Ali u daljnjem periodu (npr. 2022.) nije jednako objektivno da bi ista okolnost porasta cijena za izvođače bila jednako „nepredvidiva”

Odgovori na prvi set pitanja
11.30 – 11.45

Pauza
11.45 – 12.00

3. Prijedlozi rješenja za izmjene ugovora o građenju u postupku javne nabave za ugovore kod koji je realizacija ugovora u tijeku



3. Prijedlozi rješenja izmjene ugovora o građenju sklopljenog u postupku javne nabave gdje je realizaija ugovora u tijeku

- 3.1. Obavješćavanje Izvođača povodom porasta cijena radi moguće izmjene ugovora
- 3.2. Podnošenje zahtjeva za izmjenu ugovora o građenju
- 3.3. Načini dokazivanja porasta ugovorenih cijena i načini obračuna porasta cijena
- 3.4. Načini utvrđivanja cijene materijala ili proizvoda u različitim ugovorima o građenju
- 3.5. Primjeri forme izmjene ugovora radi porasta cijena građevinskih materijala
- 3.6. Regulacija mogućih daljnjih izmjena ugovora iz istog razloga

3.1. Obavješćavanje Izvođača povodom porasta cijena radi moguće izmjene ugovora

- Izvođač je u zaštiti svog interesa kako bi ostvario svoje moguće pravo na izmjenu ugovora radi porasta cijena imao - obvezu pravodobno o toj okolnosti obavijestiti naručitelja i ako nije li riječ o FIDIC modelu
- Neovisno o modelu ugovora, u slučaju obavijesti gdje je „događaj” uzrokovan - porastom cijena materijala, u pravilu nije moguće precizno utvrditi koji je točno dan (datum) nastupio „događaj” - porast cijena materijala jer je ovdje u pitanju razdoblje, a ne konkretan događaj na dan
- Pravodobnost izvođačeve obavijesti će ovisiti - o konkretnim uvjetima ugovora, materijalima, rokovima
- Nepravodobna predaja Obavijesti kod npr. – FIDIC 1999. u roku od 28 dana „od događaja” uzrokuje gubitak prava, dok verzija FIDIC 2017. - inženjer diskreciono ocjenjuje je li izvođač opravdano zakasnio predati Obavijest u roku od 28 dana, prije zahtjeva za npr. izmjenu ugovora
- Navedeno za razliku - kad je npr. „događaj/okolnost” klasičan VTR - kroz upis u npr. građevinski dnevnik, a koji „događaj” je u pravilu utvrdiv na točno vrijeme, nerijetko čak i dan

3.1. Obavješćavanje Izvođača povodom porasta cijena radi moguće izmjene ugovora

- Za ugovore koji nisu prema FIDIC modelu, ZOO nije propisao rok za obavijest već se tada dokazuje koji je rok razumno bio opravdan u pojedinom slučaju, a propust tog roka ne uzrokuje gubitak prava na naknadu, nego može samo uzrokovati štetu naručitelju (čl. 370. ZOO)
- Ali, obavijest (ili zahtjev) ne može biti nakon okončanog obračuna, ako je on ugovoren (pazi, prema ZJN se ne podrazumijeva okončani obračun, ako nije ugovoren)
- Za svrhu Obavijesti nije bilo potrebno dati sve podatke za budući Zahtjev, nego opisati okolnost koja može biti temelj za Zahtjev,
- Javni naručitelj osobito ima opravdan interes pravodobno biti obavješćen o okolnostima koje mogu uzrokovati njegovu obvezu (ne pravo) na izmjenu ugovora, zbog kontrole njihovog financiranja, posebno još ako se radi o sufinanciranju, gdje mora opravdati svoje postupanje kod izmjene ugovora pred kontrolnim tijelom
- Rizik naručitelja je moguća korekcija kontrolnog tijela (penalizacija) npr. zbog propusta obavijesti izvođača, što kontrolno tijelo može tumačiti kao propust naručitelja radi kojeg nije trebao prihvatiti izmjenu ugovora.

3.2. Podnošenje zahtjeva za izmjenu ugovora o građenju

- Zahtjev za izmjenu ugovora izvođač ima pravo podnijeti tada kad smatra da može dokazati (revizijski trag) i kad su ostvarene potrebne okolnosti u cilju izmjene ugovora u dijelu ugovorne cijene
- Zahtjev je izvođačevo pravo (interes), a ne obveza (dužnost). Nije niti interes niti obaveza naručitelja „pozvati” izvođača na podnošenje zahtjeva izmjenu ugovora zbog promjene cijena (forma Dodatak). Nego, je obveza naručitelja sklopiti Dodatak ugovoru, ako je priznao zahtjev izvođača za izmjenu ugovora zbog toga
- Izvođač zahtjev može podnijeti tijekom ugovora, može na okončanom obračunu, ali ne može nakon okončanog obračuna (ako je ugovoren) i okončane situacije
- Izvođač može podnositi zahtjeve sukcesivno (mjesečno, kvartalno i sl.), a korisno je kod prve izmjene ugovora urediti i ugovorno pravilo za daljnje moguće izmjene po istoj osnovi (ali ne i nužno)
- Propust daljnjeg uređenja načina priznanja razlike u cijeni sam po sebi, ne znači odricanje od tog prava, ali za razliku od istog propusta kod ugovaranja, sada se ne može smatrati da izvođač i naručitelj nisu mogli predvidjeti okolnost koja je - „već nastupila“

3.3. Načini dokazivanja porasta cijena u odnosu na ugovorene cijene i način obračuna porasta cijena

- Prvi korak, Izvođač treba u analizi najprije naručitelju dokazati koju je točno cijenu konkretnog materijala (ili proizvoda) ugovorio, što u pravilu nije odmah vidljivo iz troškovnika (kada je on ugovoren), već je potrebna tzv. „dioba stavke” da bi dobio samo uračunatu cijenu nabave materijala
- Drugi korak, Izvođač treba sa svim dostupnim metodama, a ne samo sa jednom metodom dokazati razliku između cijene koju je on uračunao u svojoj ponudi putem npr. troškovnika u odnosu na cijenu za koju on tvrdi da je u relevantnom razdoblju bila „tržišna” za taj materijal
- Potrebne metode za dokazivanje razlike u cijeni su:
 - A) „Dokumentarna” metoda - (uz usporednu dokumentarnu ako nisu moguće pod B i C)
 - B) „Indeksna” metoda (kontrolna)
 - C) „Burzovna” metoda (kontrolna)

3.3. Načini dokazivanja porasta cijena u odnosu na ugovorene cijene i način obračuna porasta cijena

A) Dokumentarna metoda

- Izvođač je dužan u svojem zahtjevu precizno iznijeti analizu promjene cijene konkretnog materijala ili proizvoda iz ugovora (ne na datum ponude, nego odabira) izdvojenog kao cijena nabave iz stavke sa dokazima kada je određeni materijal nabavljen, plaćen, isporučen izvođaču i kada je došlo do promjene ugovorene cijene u odnosu na vrijeme kad bio dužan provesti nabavu tog materijala.
- To uz dokaze opravdanosti nabavke u vrijeme plaćanja u odnosu na ugovoreni terminski plan ugradnje i moguće primljeni predujam (avans) za nabavku materijala
- Ako izvođač u odnosu na terminski plan još nije niti trebao nabaviti materijal, tada treba dokazati opravdanost razlike u cijeni u odnosu na cijene u vrijeme svoje ponude i cijene u vrijeme kad prema terminskom planu opravdano treba nabaviti materijala, ponudama i cjenicima, a što nije moguće za budući period nego jedino do vremena kad podnosi zahtjev.
- Ako taj materijal (ili proizvod) nema indeksnu ili burzovnu cijenu, tada izvođač treba „usporednom dokumentarnom metodom” opravdati da su plaćene cijene njegovom dobavljaču sukladne cijenama za taj materijal ili proizvod na HR, EU ili drugom tržištu u to vrijeme u tim količinama cijenama konkurentskih dobavljača iste robe (npr. cjenicima, drugim ponudama i sl., a što je i sam izvođač moguće koristio pri odabiru svog dobavljača)

3.3. Načini dokazivanja porasta cijena u odnosu na ugovorene cijene i način obračuna porasta cijena

B) Indeksna metoda (kontrolna)

Ovom metodom nije moguće samostalno dokazati razliku u cijeni iz razloga što DZS ne objavljuje indeksne cijene za pojedine materijale, a osobito ne za pojedine proizvode, već zbirno (a ne kao pojedine armature, okovi za stolariju, gips-kartonske ploče i dr.), a radi čega ova metoda može biti sam kontrolna - dokumentarnoj.

Radi točnog razlikovanja zbog toga ni indeksna klauzula nije isto što i klizna skala (niti prema čl. 23. i 24. ZOO, ali niti sadržajno) te stoga indeksna metoda nije primjena klizne skale nego primjena indeksa koji se javno objavljuju (DSZ), ali mogu biti i ugovorom ugovoreni kao indeksna cijena za pojedini materijal, radi daljnje korekcije cijene

C) Burzovna metoda (kontrolna)

Ovom metodom također nije moguće samostalno dokazati razliku u cijeni iz razloga što ona ne mora nužno odražavati tržišnu cijenu tog materijala u RH u to vrijeme u toj količini, jer kretanje MPC tržišne cijene u RH ne mora biti identičano vrijednostima sa burze koja nije u RH, a neovisno o tome izvođač uvijek mora dokazati koliko je on stvarno platio svom dobavljaču za materijala koji potražuje, jer je moguće da je platio i manje nego što je na taj dan bila burzovna cijena u svijetu, npr., zbog višegodišnjeg ugovora sa tim dobavljačem, rabata i dr., a što bi dovelo do pogodovanja izvođača iznad cijene koju je stvarno platio.

3.4. Načini utvrđivanja cijene materijala ili proizvoda u različitim vrstama ugovora o građenju – utvrđenje ugovorene cijene materijala

- U svakom ugovoru (neovisno o je li ugovorena jedinična ili ukupna cijena, koji je model ugovora npr. FIDIC, ima li kliznu skalu i dr.) izvođač najprije treba utvrditi kako je ugovorio strukturu nabavne cijene materijala ili proizvoda za koji namjerava (nakon obavijesti) podnijeti zahtjev za priznanje razlike u cijeni
- Ako je troškovnikom već iskazana nabavna (dobavna) cijena tog materijala, tada nije potrebno dokazivanje od strane izvođača koja je to cijena. Ponekad na taj način naručitelji sa projektantima pripremaju troškovnike kako bi mogli pratiti u nabavi strukturu ponuđenih jediničnih cijena od izvođača iz razloga jer npr. i sami naručitelji nekad na sebe preuzimaju obvezu nabave (dobave) tog materijala ili proizvoda
- Ako troškovnikom (kad imamo ugovorenu jediničnu cijenu) nabavna cijena tog materijala nije već određena (češći slučaj), tada izvođač ima teret dokazivanja temeljem čega je učešće cijene tog materijala, radi kojeg traži povećanje cijene radova, u toj stavci upravo u tom omjeru u odnosu na ukupnu cijenu te stavke (čl. 627. ZOO ovo naziva „cijene elemenata”)

3.4. Načini utvrđivanja cijene materijala ili proizvoda

- dokazivanje strukture cijene u ugovorenoj jediničnoj cijeni (troškovnik)

- Cijenu nabave i porasta cijene materijala izvođač najprije dokazuje primjenom gornje tri metode (svakako prvo dokumentarna, a zatim dvije kontrolne), ali uz pojašnjenje (ne nužno dokazivanje) strukture preostalog ugovorenog dijela jedinične cijene te stavke. Dakle, ne samo dokazivanjem nabavne cijene materijala, bez pojašnjenja razlike do ukupne cijene te stavke (jedinične cijene)
- Npr. ako je ugovorena cijena stavke npr. pod nazivom „dobava i ugradnja armature” u iznosu 10,- kn, tada izvođač gornjim metodama dokazuje da je u vrijeme ponude ponudio 10,- kn jer je tada cijena nabave na tržištu bila 4,- kn, da je predvidio oscilaciju nabavne cijene do npr. 5,- kn, da je izračunao cijenu transporta do gradilišta 1,- kn i da je uračunao cijenu ugradnje 4,- kn, a što je ukupno ponuđenih 10,- kn - kako i je ugovorena cijena te stavke
- Na to izvođač primjenjuje gornje tri metode i dokazuje da je u vrijeme kad je prema ugovoru trebao poduzeti nabavu tog materijala cijena nabave tog materijala porasla sa 4,- kn (kako je ponudio) na 8,- kn, da od toga odbija 10% svog rizika ugovorene nepromjenjive cijene i iskazuje razliku koju potražuje, kao razliku iznad 10% do cijene koju je dokazao kao stvarnu tržišnu cijenu u vrijeme kad je - po ugovoru trebao provesti nabavu tog materijala
- Ovaj (pojednostavljeni primjer) obračuna je potrebno prikazati sukcesivno na više datuma ili mjesečno tijekom realizacije, ovisno kad je izvođač prema ugovoru trebao provesti nabavu tog materijala ili proizvoda

3.4. Načini utvrđivanja cijene materijala ili proizvoda

- dokazivanje strukture cijene kad nema ugovorene jedinične cijene

- u ugovorima gdje nije ugovorena jedinična stavka (već je ugovorena npr. ukupna cijena kroz sistem „ključ u ruke”), izvođač treba provesti istu analitiku i dokazivanje razlike u cijeni, ali uz dodatno dokazivanje koja je bila potrebna količina tog materijala, jer količine nisu troškovnikom iskazane
- kako je prethodno navedeno, ovaj dio dokazivanja je vrlo složen i zahtjeva načelno odobrenje projektanta da je izvođač ispravno dokazao količinu koja nije bila prije nikako iskazana, a sad je dokazuje temeljem projektne dokumentacije, u pravilu, temeljem glavnog i izvedbenog projekta
- **Uspjeh dokazivanja izvođača ovisiti će o:**
 - objektivnim mogućnostima izvođača - npr. složenost načina kako je ugovorio cijenu u dijelu materijala za koji želi dokazati porast cijene, ali broj stavki (materijala) koje želi dokazati
 - subjektivnim sposobnostima izvođača – npr. ima li izvođač osposobljene inženjere koji znaju provesti analitiku i dokazivanje razlike u cijeni i pravnu službu/odvjetnike koji znaju sukladno zakonima i ugovoru dokazati pravo na izmjenu ugovora
- To znači, da će samo posljedično ovisiti o sposobnosti naručitelja kod npr. ispitivanja osnovannog zahtjeva izvođača, jer tada naručitelj ima svoj rizik odbijanja osnovanog zahtjeva izvođača

3.4. Procjena rizika naručitelja nakon ispitivanja zahtjeva izvođača prije odluke o zahtjevu izvođača za izmjenu ugovora

Primjeri značajnih pravnih rizika naručitelja povodom ovog zahtjeva izvođača su:

- Ako naručitelj **bez ispitivanja odbije** zahtjev mogući rizici su mu:
eventualni prekid/zastoj radova od strane izvođača uz rizik raskida ugovora krivnjom naručitelja
ili
- rizik eventualne tužbe izvođača, u pravilu nakon dovršene realizacije, gdje će izvođač ponoviti svoj zahtjev na okončanom obračunu kad npr. ne raskine ugovor,
- Ako naručitelj **usvoji zahtjev** mogući rizici su mu: - eventualna žalba drugog ponuditelja iz javne nabave i/ili odbijanje nadoknade tih sredstava za sufinancirane projekte i/ili korekcije kontrolnog tijela ili nemogućnost vlastitog plaćanja neplaniranih troškova

3.4. Procjena rizika naručitelja nakon ispitivanja zahtjeva izvođača prije odluke o zahtjevu izvođača za izmjenу ugovora

Primjeri značajnih pravnih rizika naručitelja povodom zahtjeva izvođača i kod odbijanja i kod usvajanja zahtjeva za ovu izmjenу ugovorene cijene radova:

Ali, ako naručitelj **odbije moguće osnovan** zahtjev izvođača, rizici naručitelja su:

a) rizik prekida/zastoja radova od strane izvođača uz rizik produljenja rokakrivnjom naručitelja (trošak produljene gradnje), te daljnji mogući rizik raskida ugovora krivnjom naručitelja, gubitak sufinanciranja, naknade štete i dr.

i/ili

b) rizik moguće tužbe izvođača, u pravilu nakon dovršene realizacije, gdje će izvođač ponoviti svoj zahtjev na okončanom obračunu (kad npr. ne raskine ugovor) već odluči dovršiti objekt i zatim sudski potraživati razlike. Kako se to ponekad radi npr. kod nepriznatog VTR-a, odbitka za sporne nedostatke, nepriznate količine i dr.

3.4. Procjena rizika naručitelja nakon ispitivanja zahtjeva izvođača prije odluke o zahtjevu izvođača za izmjenu ugovora

Ako naručitelj usvoji moguće neosnovan zahtjev, rizici naručitelja su:

- a) moguću žalbu u pravilu drugog ponuditelja iz javne nabave (i poništaj Dodatka)
i/ili
 - b) odbijanje nadoknade tih sredstava za sufinancirane projekte i/ili korekcije kontrolnog tijela ili izostavljanje ovih troškova iz nadoknade sredstava
i/ili
 - c) nemogućnost vlastitog plaćanja neplaniranih troškova temeljem zahtjeva
- Stoga, kod procjene ovih rizika naručitelju je uputno iskoristiti svoju ili vanjsku stručnu pravnu (po potrebi i tehničku) pomoć u ocjeni mogućih pravnih rizika za konkretan ugovor (vidi ZTD čl. 252. st.1. – uprava donosi odluke „... na temelju primjerenih informacija...”)

3.5. Primjeri forme izmjene ugovora radi porasta cijena građevinskih materijala i proizvoda

- Iako neki naručitelji imaju dvojbe u kojoj pravnoj formi trebaju provesti izmjenu ugovora za slučaj - priznanje razlike u cijeni zbog porasta cijene materijala na tržištu, ovdje ne postoje razlike u formi u odnosu izmjene ugovora iz drugih razloga (npr. zbog VTR i sl.)
- Dakle, ako naručitelj usvoji zahtjev izvođača on će dostaviti izvođaču svoj prijedlog Dodatka ugovora gdje će se jasno odrediti za koji iznos se povećava ugovorena cijena radova, a „revizijski trag” (zahtjev izvođača i prilozi zahtjeva) može biti prilog i sastavni dio tog Dodatka
- Ovisno o ugovoru, potrebno (korisno) je tim Dodatkom ujedno pravno urediti i daljnje izmjene ugovora po toj osnovi, ako se procjeni da u realizaciji ugovora može biti za to još potrebe, npr. iz terminskog plana se vidi da će i u 2022. godini biti potrebna nabava tog materijala, a cijene na tržištu sada ne mogu biti poznate
- Tzv. „dougovaranje stavke” u troškovniku je pravno također izmjena ugovora jer je troškovnik sastavni dio ugovora kod ugovora po jediničnim cijenama i stvarnim količinama

3.6. Regulacija mogućih daljnjih izmjena ugovora iz istog razloga

- Moguće daljnje izmjene ugovora iz istog razloga, mogu značajno ovisiti upravo o tome kako su izvođač i naručitelj uredili prvi Dodatak ugovora po ovoj osnovi
- To iz razloga što izvođač može imati osnovano pravo prvi puta dokazati da npr. 2020. (ili 2019.) godine nije mogao predvidjeti porast cijena, ali samo iznimno će moći dokazati da i npr. krajem 2021. godine nije mogao predvidjeti rizik mogućeg porasta cijena na tržištu - kad je bilo očito da je nastupio poremećaj
- Zbog toga propust izvođača da u prvom Dodatku ugovori budući način za ponovno priznanje razlike u cijeni iz ovog osnova, može biti temelj naručitelju da tada - ne prizna novi zahtjev izvođača. To zato, jer je naručitelj imao osnove prihvatiti zahtjev izvođača po ovoj osnovi prvi puta kao konačan, jer su sada ove okolnosti predvidive.
- To ne znači predvidive, u smislu točne buduće cijene, nego je predvidiv rizik mogućeg daljnjeg poremećaja cijena tj. rasta cijena
- U tom cilju, izvođač može zahtijevati ugovaranje kroz prvi Dodatak ugovora i npr. indeksne klauzule za taj materijal, ako procjenjuje da ima daljnje potrebe nabave i rizik moguće razlike u cijeni, ali sve do okvira koliko dopušta čl. 317. ili 320. ZJN koji su i izvođaču bili poznati kao zakonska pravila kod npr. ugovora po ZJN

4. Prijedlozi reguliranja rizika porasta cijena kod budućih ugovora o građenju u okviru postupaka javne nabave



4.1. Primjeri i preporuke za uvjete naručitelja u DON-u radi reguliranja rizika porasta cijena kod ugovora o građenju

- Naručitelji putem svojih stručnih službi (npr. projektanti i savjetnici koji pripremaju DON) trebaju utvrditi za koje materijale i proizvode već sada (ili u vrijeme pripreme DON-a) postoji rizik nastavka poremećaja cijena bilo kroz značajan rast ili pad
- Nadalje, naručitelj uz svoje savjetnike treba utvrditi koji su ključni materijali u konkretnom projektu koji će imati najveće učešće prema kriteriju financijskog troška nabave, neovisno što se nabava odnosi na ugovor o građenju, a ne nabavu tih materijala
- Nakon gornje analize, naručitelj treba jasno u DON-u označiti one materijale za koje je već predvidio ovaj rizik i odrediti pravne kriterije za izmjenu ugovorene cijene radova posebno u slučaju ugovorene jedinične cijene, a posebno za slučaj ugovorene ukupne cijene radova

4.2. Reguliranje odredbi ugovora o građenju - tijekom postupka nabave po osnovi izmjene cijena

- Materijali za koje ne postoji burzovna cijena ili podatak DSZ za taj materijal, (npr. inox, i dr.) preporuča se urediti DON-om koji je to izvor podataka o cijeni (indeks) za materijal koji je naručitelj utvrdio ključnim za rizik izmjene cijena i za koji ugovara primjenu indeksne klauzule ili klizne skale
- Naručitelj tada treba sam odrediti i objaviti u DON-u indeks ključne cijene na određeni dan – (procijenjena vrijednost nabave za taj ključni materijal ili proizvod), a kad je cijena odabranog ključnog materijala utvrdiva konkretnom burzom ili DSZ-om, tada se preporučuje podatak te burze ili DSZ
- Izvođač kao ponuditelj u postupku nabave ima pravo prema ZJN tražiti pojašnjenje ili žalbu na DON moguće postići izmjenu ovog uvjeta DON-a kojim je određena kako će se mijenjati cijena, ako smatra da uvjet (klauzula) za izmjenu cijene nije jasno ili pravilno predviđen
- U javnim nabavama načelno od drugog dijela ove godine (kad su sve okolnosti očite), u DON-u gdje neće biti uređeni ovi uvjeti u pravilu neće biti moguće za javnog naručitelja primjena čl. 317. ZJN koji omogućuje izmjenu do 30%, ali će biti moguće primijeniti čl. 320. ZJN

Poremećaj cijena kao razlog za buduće izmjene ugovora

- Poremećaj cijena je opravdano u pravilu mogao biti do sada u javnim nabavama razlog za izmjene ugovora jer naručitelji ovu okolnost nisu mogli predvidjeti sve do sredine 2021. godine kada je poremećaj cijena postao očit
- Upravo iz tog razloga su izmjene ugovora u odnosu na 2021. načelno dopuštene, ali ovisno o konkretnim ugovorima, periodima, materijalima, proizvodima i dokazima izvođača će biti i usvojene od strane naručitelja
- U slučaju izmjene ugovora o građenju dopuštena je izmjena cijena u odnosu na privremene situacije za koje nije izdana okončana situacija (ili proveden okončani obračun) sukladno pravilima ugovora o građenju (npr. kao kod primjene klizne skale ili kod primjene bilo kojih drugih potraživanja izvođača na okončanom obračunu), a nije dopuštena nakon izdavanja okončane situacije izvođača
- U tom smislu, kod primjene čl. 627. ZOO za ugovor o građenju, a koji se mora primijeniti u javnoj nabavi prema čl. 313. ZJN, moguće je primjenjivati izmjenu cijena u Dodatku ugovora o građenju za one radove koji su izvedeni, a nisu okončani, već su smo privremeno situirani po ugovorenim cijenama.
- Na jednaki način se u javnoj nabavi Dodacima ugovoru o građenju uređuju cijene za npr. već izvedene radove VTR-a ili za svrhu primjene klizne skale za već izvedene radove ili po drugim osnovama, ako izvođač nije ispostavio okončanu situaciju ili proveo okončani obračun

Pozivanje na ZJN u Dodatku ili DON-u

- U svrhu pripreme uvjeta u DON-u za buduće ugovore u odnosu na izmjene cijene nabave (ugovora) korisno je regulirati da se u budućim izmjenama ugovora uvijek (kao i u izmjenama sada) jasno naznači radi li se izmjena primjenom čl. 317. (316.) ili 320. ili eventualno 315. ZJN (kad ga naručitelj smatra potrebnim)
- U pravilu u budućim nabavama neće biti moguće javnim naručiteljima pozivati se na čl. 317. ZJN jer ova okolnost više neće biti „nepredvidiva”
- To iz razloga kako bi i kontrolnom tijelo (kad postoji), ali i u mogućem žalbenom postupku DKOM , bilo jasno za utvrditi temeljem koje osnove ZJN je naručitelj sklopio Dodatak tj. prihvatio izmjenu ugovora
- U suprotnom, sam Dodatak ugovoru neće biti pravno neosnovan, ali se zbog nejasnih formulacija u Dodatku može dogoditi različito tumačenje koju zakonsku osnovu je naručitelj primijenio, osobito ako nije vrlo precizno koristio pojmove koji se upravo u tim člancima ZJN definiraju, što u praksi nije rijedak slučaj

Dvije moguće klauzule

- Određenje kriterija se može u pravilu provesti kroz razradu jedne od dvije pravne klauzule za tu svrhu i to - indeksna klauzula ili klizna skala
- Indeksnom klauzulom se izdvaja točno jedan materijal ili proizvod i utvrđuje „indeks” tj. osnovica cijene na određeni datum (npr. datum predaje ponude odabranog ponuditelja) prema pouzdanom izvoru (burza ili DSZ ili treći izvor koji može biti pouzdan, npr. prosjek cijena kod tri najveća dobavljača i dr.)
- Kliznom skalom se u ovu svrhu teže može adekvatno urediti odnos, ali to nije isključeno, pri čemu naručitelj mora jasno odrediti koje točno materijale će priznavati izvođaču zbog porasta cijene na tržištu nakon odbitka 10% prema čl. 627. i postotak koji namjerava definirati kliznom skalom za taj materijal (pri čemu nije npr. primjereno jednaku formulu klizne skale ugovoriti npr. i za visokogradnju i niskogradnju itd.)
- Svakako, nije primjenjivo u ovu svrhu pravno pripremiti klizne skale gdje će elementi klizne skale biti paušalno određeni pojmovima npr. „materijali”, a kako je do sada bilo uobičajeno, već je potrebno jasno definirati konkretne materijale ili proizvode, koji se procijene kao ključni za projekt tj. ugovor

Dinamika priznavanja razlike u cijeni

- DON-om se nadalje treba utvrditi u kojoj dinamici će izvođač imati pravo na revalorizaciju ugovorenih cijena za točno određene materijale i prema kojoj klauzuli
- Potrebno je predvidjeti kada je izvođač dužan (npr. svaki mjesec) dostavljati zahtjev u kojem navodi je li i za koliko po njegovim analizama došlo do povećanja cijena ključnih materijala, a prethodno tome je li i ako da, kada dužan dostaviti obavijest
- Naručitelj treba u uvjetima DON-a odrediti koju metodu će priznavati kod dokazivanja zahtjeva izvođača, preporuča se razraditi dokumentarnu metodu, ali uz primjenu kontrole indeksnom i burzovnom metodom
- U odnosu na unaprijed jasno utvrđenu dinamiku prava na priznanje razlike u cijeni za izvođača naručitelj treba jasno odrediti i u kojem roku će obraditi zahtjeve te preuzeti obvezu isplate na usvojene zahtjeve, te je li eventualno uvjetuje za priznanje obveze plaćanja razlike u cijeni sklapanja Dodatka ili ne

4.3. Provedba ugovora o građenju s regulacijom izmjena cijena zbog porasta cijena materijala i proizvoda

- Preporuča se javnim naručiteljima zbog transparentnosti i jasnoće kod provedbe ugovorne klauzule kojima uređuju moguću izmjenu cijene zbog porasta cijena na tržištu urediti uvjete u samom tekstu ugovora o građenju kako bi se izbjeglo tumačenje moguće općenitih i nedovoljno jasnih formulacija iz DON-a
- U provedbi treba naručitelj definirati hoće li sam ili uz npr. podršku savjetnika ili stručnog nadzora obavljati kontrolu i analizu obavijesti i zahtjeva izvođača po ovoj osnovi, a sve prema uvjetima kako je ugovorio s izvođačem
- To iz razloga jer se u uobičajenim ugovorima za stručni nadzor (ali i prema Zakonu o gradnji) ne podrazumijeva da će stručni nadzor pružati uslugu analize zahtjeva izvođača radi odobrenja npr. primjene indeksnih klauzula za pojedine materijale, a u svrhu izmjene ugovora u dijelu ugovorene cijene radova

4.3. Provedba ugovora o građenju s regulacijom izmjena cijena zbog porasta cijena materijala i proizvoda

- U budućim nabavama kod primitka zahtjeva izvođača po ovoj osnovi (nakon prethodne uredne obavijesti ako je ugovorena) naručitelj u pravilu neće imati osnovu za primjenu čl. 317. ili čl. 320. ZJN, već isključivo za primjenu čl. 315. ZJN, ako je određeno uredio uvjete za priznanje razlika cijene
- Ovo pravilo je dobro poznato bilo do sada, kod ugovora o građenju za slučajeve povećanja količina ili izmjene cijena zbog VTR (kad nije ugovoren „ključ u ruke”)
- Međutim, sada se pojavila objektivna potreba ugovornog reguliranja potpuno nove osnove za izmjenu cijena, a o čemu ne postoji iskustvo na strani javnih naručitelja, ali niti izvođača iz razloga što su posljednji ekstremni poremećaji cijena za veći broj materijala ili proizvoda bili prije 1993. godine, dok poremećaj cijena 2009. godine nije usporediv s poremećajem 2021. godine
- Dakle, primjena klizne skale prije 1993. godine, a ta se klauzula nastavila dalje ovisno o ugovorima primjenjivati – bilo je rješenje za pitanje inflacije kada su sve robe i usluge jednako rasle, dok sada kad imamo poremećaj izražen kod građevinskih materijala, a ne u svemu – to nije inflacija

Poremećaj cijena kao viša sila

- Poremećaj cijena nije do sada u sudskoj praksi priznavan kao viša sila, a zakon ne određuje što je definicija više sile. Ipak, u pravu definicija više sile nije sporna. To je događaj koji se nije mogao predvidjeti, izbjeći ili spriječiti. Porast cijena je teško definirati kao konkretan događaj na određeni u jasnim okvirima
- U pravilu se pravno pod višom silom smatraju nepredvidivi prirodni događaji (npr. poplave, požari, potresi, olujna nevremena), štrajkovi, ratovi i dr. dok se kretanje cijena na tržištu do sada nije smatralo višom silom
- Uz to, u slučaju primjene više sile, prema ZOO svaka ugovorna strana snosi svoju štetu što znači da naručitelj ne bi bio dužan naknaditi izvođaču razliku u cijeni
- U RH se viša sila načelno proglašava jedino zbog prirodnih događaja i to na razini onog područja gdje se događaj dogodio (u pravilu po županijama). Tada RH ne naknađuju štete kao ugovorna strana iz nekog ugovora, jer tada RH nije ugovorna strana prema oštećenicima
- „Događaju” poremećaj cijena na tržištu - nije niti moguće odrediti točno vrijeme nastanka „više sile” kao niti vrijeme prestanka „više sile” niti kriterije koliko „snažan” mora biti taj poremećaj tj, „događaj”

Rizik glavnih izvođača prema podizvođačima

- Izvođači koji ugovaraju sa javnim naručiteljima moraju znati da nemaju iste uvjete priznanja razlike cijene zbog porasta cijena kao kod naručitelja izvan ZJN, što je izvođačima moralo biti poznato kod davanja ponude
- U tom smislu ako izvođač ima zahtjev od svog podizvođača za priznanje razlike u cijeni po čl. 627. ZOO, u pravilu taj izvođač neće moći na isti način ostvariti te razlike prema javnom naručitelju, jer on ima i ograničenja iz ZJN
- Izvođači trebaju nastojati ugovoriti sa podizvođačima odnos u okviru pravila ZJN iako se na njih ne primjenjuje taj zakon, ako žele izbjeći rizik da im naručitelj neće priznati onaj trošak koji su oni dužni priznati podizvođaču
- Za priznanje razlike u cijeni koja se ne temelje na ugovoru o građenju npr. ugovor o dobavi roba, ne primjenjuje se čl. 627. ZOO koji se odnosi na ugovor o građenju, a što se odnosi i na javne naručitelje i na izvođače

4.4. Ocjena prava i obveza izmjena za naručitelje kod sufinanciranja

- Potrebno je dokazati tzv. revizijski trag, a to je dokazni materijal temeljem kojeg se prihvatila izmjena ugovora o građenju od strane izvođača prema naručitelju, ali u bitnom jednako tako i od strane naručitelja prema kontrolnom tijelu
- Naručitelj također treba dokazati ako je ugovorio avans, je li on služio za nabavu materijala i ako da, kojom dinamikom, te jesu li u cijelosti poštovani uvjeti ugovora kojima su pravno regulirane osnove za izmjenu cijene radova (sufinanciranje za ugovore sklopljene do sada), odnosno, dokazati (od sada) zašto naručitelj nije mogao predvidjeti i ugovoriti ovu osnovu - već je time uzrokovao izmjenu ugovora
-
- Potrebno je obrazložiti da je izmjena ugovora za naručitelja bila očito povoljnija od raskida ugovora koju može ostvariti prema čl. 628. ZOO i nove javne nabave
- Naručitelj treba uzeti u obzir da u pravilu propusti izvođača zbog kojih bi moguće naručitelj snosio financijsku korekciju kontrolnog tijela nije moguće teretiti tj. naplatiti od izvođača, neovisno što je moguće njihov propust u pitanju
- To iz razloga, što izvođač ugovorom o građenju u pravilu nije na sebe preuzeo financijske rizike troškova (korekcije) koje bi naručitelj mogao imati od kontrolnog tijela, takvo što bi bilo sporno čak i ako se ugovori kao rizik izvođača

Izmjene ugovora (ili sami ugovori) ne mogu biti u formi obrasca

- Ne postoji obrazac za projektiranje i građenje različitih objekata, tako ne postoji ni pravni obrazac niti za ugovaranje
- Na izmjene ugovora ili ugovaranje u slučaju porasta cijena utječu:
 - način ugovaranja cijene radova (jedinična ili ukupna)
 - razlike u modelima ugovora (FIDIC, uz uvjete iz DON-a, „ključ u ruke” i dr.)
 - vrijeme kad je ugovor sklopljen ili kad je predana ponuda
 - vrijeme trajanja ugovora
 - koji materijali imaju najveće financijsko učešće u nabavi u ugovoru o građenju
 - kako je ugovorena (ili uopće nije) klauzula o mogućim korekcijama cijena
 - je li se na ugovor o građenju primjenjuje ZJN ili ne
 - je li se na ugovor o građenju primjenjuju i pravila sufinanciranja kroz kontrolna tijela
 - i drugi uvjeti koji mogu značajno utjecati na način kako će se provesti izmjena ugovora ili ugovaranje

Zaključno

- Izvođači bi trebali temeljem navedenog objektivno pristupiti najprije analizi svojih ugovora i postupanja prije podnošenja mogućeg zahtjeva naručiteljima po osnovi izmjene cijena zbog poremećaja nastalog 2021. godine pri čemu ne postoji osnova da naručitelji prethodno sami „pozivaju” izvođače na podnošenje takvog zahtjeva
- Naručitelji bi trebali osobito stručno i temeljito ispitati mogući zahtjev izvođača po ovoj osnovi upravo iz razloga što ovakvi zahtjevi do sada u praksi nisu bili uobičajeni jer nije niti postojala posebna okolnost „poremećaj cijena iz 2021. godine”
- Naručitelji stoga trebaju uzeti u obzir da ugovorena „nepromjenjivost” cijena nije pravna osnova za odbijanje zahtjeva već to može biti jedino neosnovan zahtjev podnesen od izvođača bilo zato što analitički nisu dokazane razlike u cijeni, bilo zato što izvođač nije pravilno primijenio ugovorne uvjete za ovaj zahtjev

Hvala na sudjelovanju!

Odgovori na drugi set pitanja 13.00 – 13.30

Pitanja nakon radionice putem HGK e-maila

Svrha ove prezentacije je pojašnjenje propisa i načina postupanja na temelju propisa, u okolnostima globalnog poremećaja na tržištima građevinskih materijala i proizvoda te utjecaja takvih okolnosti na radove u tijeku i one radove koji se planiraju. S tim u vezi bit će izrađene smjernice informativnog karaktera te će njihova primjena ovisiti o konkretnim slučajevima i konkretnim odnosima



HRVATSKA
GOSPODARSKA
KOMORA



Ljubenko & partneri | ODVJETNIČKO DRUŠTVO