

Autori: Mičo Ljubenko Tena Nagy , **Informator:** 6800, **Datum objave:** 08.09.2023., **Broj stranice:** 1 - 5, **Područje:** 3.04. OBVEZNI ODNOSI , **Poveznica:** <https://informator.hr/strucni-clanci/kako-primjenjivati-odredbu-zoo-a-o-nepromjenjivosti-cijena>

Stručni članak

KAKO PRIMJENJIVATI ODREDBU ZOO-A O NEPROMJENJIVOSTI CIJENA?

Od početka COVID krize mediji su javljali o poremećaju cijena energenata i građevinskih materijala. To je prouzročilo potrebu primjene odredbe članka 627. Zakona o obveznim odnosima o nepromjenjivosti cijena. Ekstremni porast cijena pojedinih građevinskih materijala koji je trajao od kraja 2020. do sredine 2022. (npr. željeza za 120 %) prouzročio je prvi put u pravnoj praksi davanje pravnih tumačenja i mišljenja o spomenutom članku Zakona o obveznim odnosima, i to pet puta od pet ministarstava i dva puta od Vlade RH u formi Zaključka. Kako je to utjecalo na cijene na tržištu i kakvu pravnu snagu imaju različita tumačenja i mišljenja, autori analiziraju u ovom članku.

1. UVOD

Prije COVID krize, primjena članka 627. ZOO-a bila je gotovo nevažna u praktičnoj primjeni u proteklih 30 godina jer nismo imali niti inflaciju niti dugoročne skokove cijena pojedinih građevinskih materijala za 100 % ili više. Zbog navedenog, posljednja iskustva u primjeni članka 627. Zakona o obveznim odnosima (Nar. nov., br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22 i 156/22 - u nastavku teksta: ZOO) vežu se uz rane devedesete godine, kad smo kroz ugovorenu kliznu skalu, nakon završetka radova, provodili kompenzaciju porasta cijena zbog inflacije u korist izvođača. Riječ je o jedinstvenoj odredbi ZOO-a koja čini zakonom uređenu iznimku od pravila pacta sunt servanda. Njome je predviđen okvir za potraživanje cijene veće od ugovorene. To pravilo vrijedi samo za izvođače, što upućuje na poseban status izvođača u odnosu na sve druge izvršitelje iz ZOO-a. Primjerice, to pravilo ne mogu koristiti prodavatelji nakon što ugovore nepromjenjivu cijenu za prodaju određene robe, čak niti u dugoročnim ugovorima. Pravo na povećanje cijene svi drugi osim izvođača mogu ostvarivati primjenom opće odredbe članka 369. ZOO-a.¹ Dobro se podsjetiti da ZOO predviđa i vrlo slično pravo za naručitelja u smjeru smanjenja cijene u članku 629. ZOO-a.²

Iako je članak 627. ZOO-a bio predmet različitih pisanih pravnih tumačenja ministarstava i Vlade RH, kao nijedan članak zakona do sada, još uvijek nisu dani odgovori na većinu pitanja koja se pojavljuju u praksi. Tako, primjerice, ostaje za diskusiju teoretsko pitanje je li uopće navedena odredba ZOO-a kogentne ili dispozitivne prirode. Osim teoretskih pitanja, javljaju se i druga praktična pitanja kako napraviti izračun kako bi se dobili postoci i iznosi na koje upućuje ta odredba.

Znakovito je da većina ugovora o građenju do 2021. nije imala ugovornu regulaciju za primjenu članka 627. ZOO-a (iako je to nužno za njegovu primjenu), osobito jer se kod izmjene cijene, tj. povećanja cijene radova, smatra da je došlo do izmjene ugovora. To se odnosi na ugovore javnih naručitelja u javnoj nabavi koji su dostupni i vidljivi. Privatni naručitelji nisu imali probleme s tumačenjem članka 627. ZOO-a, zato što oni nisu vezani Zakonom o javnoj nabavi.

Konačan epilog u eskalaciji davanja tumačenja zakona dao je Ustavni sud RH kada je pokrenuo postupak za ocjenu ustavnosti Poslovnika Hrvatskog sabora i utvrdio da niti Hrvatski sabor nije ovlašten tumačiti zakone, tj. izdavati tzv. „vjerodostojna tumačenja zakona“, već je za to ovlašten sud. Slijedeći navedenu logiku, niti ministarstva nisu ovlaštena tumačiti zakone.

2. TUMAČENJA I MIŠLJENJA

Mogućnosti promjene ugovorene cijene u ugovorima o izvođenju radova iz javne nabave, počele su se razmatrati u ožujku 2021., kad je Ministarstvo regionalnog razvoja i fondova Europske unije (u nastavku teksta: MRRF), zbog pandemije koronavirusa, izdalo Upute Upravljačkog tijela za upravljanje nepravilnostima u Operativnom programu „Konkurentnost i kohezija 2014. – 2020.“. U tim Uputama nije se razmatrala primjena odredbe članka 627. ZOO-a, već se samo načelno govorilo o nepredviđenim okolnostima i potrebi izmjene ugovora zbog njih.

Ministarstvo pravosuđa i uprave (u nastavku teksta: MPU), na upit Hrvatske gospodarske komore (u nastavku teksta: HGK) 12. kolovoza 2021. izdalo je dokument pod nazivom „Tumačenje članka 627. ZOO-a“. Tim tumačenjem MPU pokrenuo je javnu polemiku u građevinskom sektoru, kroz razna priopćenja. Postavljalo se pitanje je li osnovica od 10% iz članka 627. uvijek ukupna cijena ili jedinična cijena kako to glede cijene radova uređuje članak 625. ZOO-a.

Vezano uz mišljenje MPU-a, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja je 25. kolovoza 2021. izdalo mišljenje u odnosu na članak 627. ZOO-a i zauzelo stajalište da se povećanje cijene može odnositi samo na radove koji će se izvršavati nakon sklapanja dodatka ugovoru, a ne na izvršene, odnosno već obračunate i plaćene radove. Do takvog stajališta došlo je tumačenjem Zakona o javnoj nabavi, ali uz ogradu da nije nadležno za tumačenje ZOO-a.

Zatim je Vlada RH 30. rujna 2021. donijela Zaključak o postupanju radi ublažavanja posljedica poremećaja cijena građevinskog materijala i proizvoda (Nar. nov., br. 107/21), kojim je pozivala naručitelje na primjenu članka 627. ZOO-a. Nakon toga HGK je u veljači 2022. objavio Smjernice u cilju provedbenih pojašnjenja primjene članka 627. ZOO-a. Budući da se primjena toga članka ZOO-a odnosila u najvećoj mjeri na javne naručitelje, Vlada RH odlučila je 12. lipnja 2022. objaviti još jedan Zaključak i još jednom „pozvati“ javne naručitelje na primjenu članka 627. ZOO-a (Nar. nov., br. 71/22). U pripremi toga Zaključka radna skupina pri Ministarstvu mora, prometa i infrastrukture pripremala je tzv. „metodologiju“ za primjenu članka 627. ZOO-a, a tu metodologiju je na kraju odobrilo Ministarstvo prostornog uređenja, graditeljstva i državne imovine (u nastavku teksta: MPUGDI) i objavljena uz ovaj Zaključak Vlade RH. Metodologijom je iskazano koji su elementi cijene (materijal, radnici, strojevi, gorivo i indirektni troškovi). Međutim, nisu dana pojašnjenja glede načina izračuna udjela tih elemenata, kao ni koristi li se dokumentarna ili indeksna metoda ili obje metode kao kontrolne jedna drugoj. Također, ostalo je otvoreno pitanje radi li se obračun razlike u cijeni na mjesečnoj bazi ili na kraju ugovora, što već upućuje na pravno tumačenje članka 627. ZOO-a.

Iako se očekivalo da će drugi Zaključak Vlade RH biti rješenje za javne naručitelje, to se nije dogodilo jer nije imalo obvezujuću snagu pa su odgovorne osobe javnih naručitelja tražile dodatna mišljenja od više ministarstava. Pod pritiskom javnih naručitelja MPU je 11. travnja 2023. izdao još jedno tumačenje/mišljenje članka 627. ZOO-a, gdje je pojasnio svoje prvo tumačenje iz 2021. te istaknuo da cijena radova može biti ugovorena i kao ukupna cijena i kao jedinična cijena.

Odmah zatim MPUGDI je 3. svibnja 2023. objavio svoje mišljenje u vezi s člankom 627. ZOO-a, gdje je u bitnom naveo da se pravo na razliku u cijeni ne može ostvariti za razdoblje prije sklapanja ugovora (npr. od ponude) ako tako nije ugovoreno. Inicijativu za mišljenje MPUGDI-ju dala je Hrvatska udruga poslodavaca prilažući stručna mišljenja sa suprotnim stajalištem od navedenoga.

Nakon toga je (18. svibnja 2023.) MRRF objavio svoje mišljenje u kojem je ponovio ono što su prethodno objavili MPU i MPUGDI te dodao da javni naručitelji moraju voditi računa i o promjeni članka 629. ZOO-a, tj. na njihovo jednako pravo ako dođe do pada cijena.

3. ULOGA KONTROLNIH TIJELA

Hrvatske vode su 16. lipnja 2021. i 8. prosinca 2021. dale svoje preporuke korisnicima kako primijeniti članak 627. ZOO-a, a isto tako su i Hrvatske ceste 30. ožujka 2023. dale svoju uputu kako primijeniti članak 627. ZOO-a.

Središnja agencija za financiranje i ugovaranje programa i projekata Europske unije, kao posredničko tijelo razine 2 (u nastavku teksta: PT2) u Operativnom programu Konkurentnost i kohezija 2014. - 2020. nije objavila nikakve preporuke niti tumačenja, iako je najviše zastupljena kao posredničko tijelo i time relevantno za tumačenje za kompletnu javnu nabavu.

Uloga PT2 važna je iz razloga što se putem njega provodi kontrola možda najvećeg broja sufinanciranih ugovora. Naime, ono ima ovlast priznati ili osporiti primjenu članka 627. ZOO-a javnim naručiteljima koji ugovaraju radove kroz sufinanciranje iz EU fondova. To znači, da javni naručitelj ne zna dok ne potpiše dodatak ugovora (aneks) s izvođačem i plati povećanu cijenu izvođaču hoće li mu PT2 to plaćanje priznati i

refundirati ili će osporiti i čak penalizirati toga naručitelja kao korisnika sufinanciranja, ako je on pogrešno primijenio članak 627. ZOO-a.

Dakako, postoji i mogućnost da PT2 ne ospori primjenu članka 627. ZOO-a, ali i ne prizna ovaj dodatni trošak, iako za to prostoje raspoloživa sredstva u ugovoru o dodjeli sredstava (sufinanciranje). Pravna pravila sufinanciranja u tom dijelu nisu do kraja jasna i nije se razvila standardna praksa gdje bi javni naručitelj točno mogao znati kada griješi i riskira tzv. penalizaciju, a kada postupa pravilno i sigurno može planirati povrat sredstava kroz sufinanciranje.

4. CIJENA RADOVA PREMA ZOO-U

Odredba članka 627. ZOO-a odnosi se na situaciju kada su stranke ugovorile nepromjenjivu cijenu.

Postoji razlika kod primjene članka 627. u odnosu na članak 625. ZOO-a, gdje se definira da cijena radova može biti „ukupna“ ili „jedinična“. Članak 627. ne spominje niti „ukupnu“ niti „jediničnu“ cijena radova. Zato je MPU izdao dva tumačenja i pokušao pojasniti ono što je nejasno u zakonu. Dvojbe kod naručitelja prouzročene su nedosljednom regulacijom cijene radova u ZOO-u, ne samo u odnosu na članak 627. i članak 625., već i u odnosu na:

- članak 620. „određena cijena“ (ZOO ovdje koristi pojam koji se ne koristi u čl. 625.)
- članak 626. „cijene elemenata“ (ZOO nigdje nije odredio što su cijene elemenata)
- članak 628. „ugovorena cijena“ (ZOO složenicu ugovorena cijena spominje u članku 625. samo kod ukupno ugovorene cijene, ali ne i kod jedinične cijene)
- članak 629. „sniženje ugovorene cijene“ (ZOO ovdje također nije jasan na koju ugovorenu cijenu misli s obzirom na dvije potpuno suprotne regulacije cijene radova iz članka 625. ZOO-a)

Iz navedenoga je vidljivo da zakonska regulacija kroz šest navedenih članaka nije dosljedna u sadržaju primjene priznanja razlike u cijeni. Smatramo da se kod jedinično ugovorene cijene ne primjenjuje razlika u cijeni prema članku 627. ZOO-a, na jednak način kao kod ukupno ugovorene cijene (primjer ključ u ruke), već u odnosu na pojedine jedinične stavke.

Neovisno o tome, može se dodatno zaključiti da bi suglasno priznanje razlike u cijeni tako da se primjenjuje jedinična cijena koja se iskazuje kroz stavke troškovnika bilo pravilno postupanje temeljem ugovora ili dodatka ugovora o građenju.

5. DRUGI ZAKONI, SUDSKA PRAKSA, JAVNA NABAVA I ČLANAK 627. ZOO-A

Zakon o fiskalnoj odgovornosti u članku 5. i 34. propisuje da je „čelnik“ (dakle, ne pravna osoba – naručitelj) odgovoran osigurati i zakonito koristiti sredstva. Pri primjeni članka 627. ZOO-a potrebno je unaprijed procijeniti koja će sredstva možda biti potrebna ovisno o budućem povećanju cijena na tržištu. U tom je smislu 2022. mijenjan Zakon o javnoj nabavi (Nar. nov., br. 20/16 i 114/22 - u nastavku teksta: ZJN) te je u članku 317. dopuštena izmjena ugovora ako povećanje cijene nije veće od 50 % vrijednosti prvotnog ugovora (prije do 30 %). Ta izmjena odnosi se i na ugovore koji su u tijeku.

To znači da bi javni naručitelj mogao izabrati izvođača koji traži npr. 10 mil. eura za radove u postupku javne nabave gdje će cijena imati najveći utjecaj na bodovanje i odabir, a zatim bi mogao tom izvođaču priznati povećanje cijene do 15 mil. eura.

Prema mišljenju Ministarstva gospodarstva iz 2018., pri primjeni članka 317. ZJN-a može se neovisno i kumulativno primijeniti članak 320. ZJN-a, što bi značilo da je moguće povećanje i do 65 % ukupno.

Ovdje nije jasno može li se u ovom smislu kumulirati i neovisno povećati cijena dodatno i prema članku 316. ZJN-a za još dodatnih 30 %.

Kad su u pitanju ugovori o građenju, posljednjih oko 15 - 20 godina javne institucije preporučile su primjenu FIDIC modela ugovora (npr. Priručnik Hrvatskih voda).

U preporukama se u pravilu navodi kako opći uvjeti tih ugovora predviđaju sve detalje i kako je to znatno preciznije ugovaranje za naše javne naručitelje.

Međutim, kad je 2021. došlo do poremećaja cijena građevinskog materijala na tržištu i potrebe za primjenom članka 627. ZOO-a, u pravilu, niti jedan FIDIC ugovor nije dao regulaciju za primjenu članka 627. ZOO-a. Razlog tome je što su u posebnim uvjetima FIDIC ugovora javni naručitelji pogrešno u

natječajima nudili ugovore uz „nepromjenjive“ cijene.

Moguće je da su ugovore o građenju u javnim naručiteljima pripremali ne pravnici, nego inženjeri. Naime, primjena ZOO-a je u nadležnosti MPU-a i time se može zaključiti da inženjerska struka nije imala na umu primjenu zakona iz resora pravosuđa, što je u neku ruku i razumljivo.

Jasno je da pri ugovaranju „nepromjenjive“ cijene nije moguće doslovno shvaćanje. Upravo članak 627. ZOO-a propisuje da se i tada cijena mijenja pod određenim uvjetima.

Sudovi u svojoj objavljenoj malobrojnoj praksi u odnosu na članak 627. ZOO-a (od 1978. do 2006. – to je bio čl. 637.) do sada nisu ušli u ocjenu pitanja odnosi li se članak 627. na jediničnu ili na ukupnu cijenu radova, ovisno o tome koja je ugovorena, niti na druga pitanja koja su se otvorila u posljednje dvije godine.³ Prema stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske (u nastavku teksta - VSRH) iz rješenja br. Rev-1105/1983-2 od 10. siječnja 1984.⁴ „Porast cijena elemenata rada i materijala koji su utjecali na povišenje ugovorene cijene radova treba utvrditi njihovim zbrajanjem, dakle vodeći računa o ukupnom postotku povećanja cijene obaju elemenata.“

S inženjerskog aspekta, vidljivo je da se ugovaraju različite klizne skale za iste vrste radova pri primjeni članka 627. ZOO-a, što je samo po sebi nelogično.

Je li uopće pravilno u javnoj nabavi da ponuditelji kasnije nude svatko svoju kliznu skalu za povećanje cijene ili obratno, da zapravo naručitelj fiksira kliznu skalu kakvu želi, u cilju da svi imaju jednake uvjete natječaja. Zato što se klizna skala ne može uspoređivati u javnoj nabavi jer se ne boduje i ne čini ponudenu cijenu.

6. RAZDOBLJE ZA OBRAČUN PRAVA NA POVEĆANJE CIJENE

U smislu članka 627. ZOO-a nije jasno koje se razdoblje mora uzeti kao jedino ispravno za dokazivanje porasta cijene. Dva su moguća razdoblja, jedno je, za cijelo vrijeme trajanja ugovora, a drugo je, za svaki mjesec pojedinačno. Gramatičkim tumačenjem članka 627. možemo zaključiti da se odnosi na cijelo razdoblje ugovora. Međutim, u građevinskoj praksi, ali i ugovornoj regulaciji obračun radova provodi se mjesečno.

To znači da izvođač svaki mjesec obračunava i izdaje račun za „privremenu situaciju“. Zbog toga se može tumačiti da izvođač ima pravo za pojedini mjesec potraživati razliku u cijeni prema članku 627. ZOO-a. Međutim, na kraju nije isto hoće li naručitelj priznati izvođaču one mjesece gdje je on dokazao porast cijene preko 10 % ili će taj porast izračunati na razdoblje cijelog ugovora.

Moguće je da za razdoblje cijelog trajanja ugovora (npr. 12 mjeseci ili više) izvođač ne može dokazati da su cijene bile veće od 10 % od ugovorenih, iako su u pojedinim mjesecima cijene nedvojbeno bile veće od 10 %, bilo da se to gleda po ukupnoj bilo po jediničnoj cijeni. Za to nije potrebno da cijene padnu za više od 10 % i da dođe do primjene članka 629. ZOO-a.

Tom pitanju treba dodati i nejasnu odredbu članka 627., prema kojoj izvođač može zahtijevati samo razliku u cijeni koja prelazi 10 %, osim ako je do povećanja došlo poslije njegova kašnjenja. Ako izvođač kasni i ne izvrši radove u roku, naručitelj ima pravo na ugovornu kaznu, pa se postavlja pitanje zašto bi tada izvođač bio dvostruko penaliziran.

7. JE LI ČL. 627. ZOO-A KOGENTNA ILI DISPOZITIVNA NORMA?

Opće pravilo ZOO-a iz članka 2. upućuje na dispozitivnost toga Zakona, osim iznimno u odnosu na prisilne odredbe. Neke odredbe očito su prisilne i nema dvojbe da se ne mogu dispozitivno ugovorom drukčije urediti.⁵ Kod članka 627. nema izričite odredbe koja upućuje na kogentnost te norme. Zato se otvara pitanje može li se ugovorom promijeniti postotak rizika izvođača tako da se npr. smanji sa 10 na npr. 5 %. Ako se zauzme stajalište da je ova norma zaštita izvođača kod ugovaranja nepromjenjive cijene, u smislu da izvođač ostvaruje prava na promjenu cijene, preko određenog postotka, tada bi takva pojačana zaštita izvođača bila prihvatljiva. Na taj način ponekad ugovaraju veći sektorski naručitelji (npr. Hrvatske ceste i Hrvatske vode). Za pretpostaviti je da to ugovaraju na način koji nije ništetan, tj. koji nije protivan članku 627. jer tu normu ne smatraju prisilnom. Također, i posebne uzance u građenju upućuju na 3 % rizika izvođača umjesto zakonskih 10 % ako drukčije nije ugovoreno.

Međutim, nije samo visina postotka razlog za moguće drukčije ugovaranje iz članka 627. ZOO-a. Tako je HUP u travnju ove godine predložio MPUGDI-ju da u formi mišljenja pojasni članak 627. ZOO-a tako da u javnoj nabavi pravo na obračun promjene cijene kreće od ponude jer natječaji u prosjeku traju do šest mjeseci od ponude do sklapanja ugovora, a u tom razdoblju cijena ključnog materijala (npr. željezo) može

porasti i za 100 %. MPUGDI je dao mišljenje da se zakon ne može tako tumačiti, ali se može to tako ugovoriti. Dakle, ministarstvo odredbu članak 627. ne smatra kogentnom u FIDIC ugovorima.

Na kraju smo dobili dvije grupe izvođača u javnoj nabavi - oni koji imaju pravo na povećanje cijene od ponude i oni koji nemaju to pravo. Nije poznato zašto su neki javni naručitelji nudili pravo na povećanje cijene od ponude, a neki ne. Pokazalo se da kod ugovorne regulacije bilo kod FIDIC ugovora bilo kroz druge ugovore u javnoj nabavi nije postojala logika niti smisao glede prava na povećanje cijene zbog porasta cijena na tržištu. Tamo gdje je to pravo predviđeno, nije predviđena metodologija obračuna (npr. klizna skala). Tamo gdje je čak postojala klizna skala, nije bilo jasno definirano kad i kako se primjenjuje (mjesečno ili na kraju ugovora), primjenom indeksa Državnog zavoda za statistiku, kao dokaza porasta cijene ili vlastitim dokumentiranim dokazima svojih cijena, a niti odnosi li se na ukupnu cijenu ili na svaku pojedinačnu cijenu iz troškovnika (jedinična cijena prema čl. 627. ZOO-a).

8. KLIZNA ILI „KRIZNA“ SKALA?

U svakom slučaju uočeni su tipski, skoro standardizirani, propusti u ugovorima o građenju kod javnih naručitelja. Razlog tome bio je prepisivanje ugovora iz prijašnjih projekata bez ikakve pravne provjere uobičajenih pravnih nejasnoća prouzročenih takvim ugovorima. Budući da građevinski sporovi čine više od 60 % svih prihoda na Arbitražnom sudištu pri HGK-u, sigurno je da je tome doprinijela i nejasna ugovorna regulacija.

Izlaz iz propusta ugovornog reguliranja klizne skale radi primjene članka 627. ZOO-a mnogi su vidjeli u Zaključku Vlade RH iz lipnja 2022. Uputa Vlade bila je da po potrebi građevinski vještaci sastave klizne skale i izračunaju razliku u cijeni. Ispostavilo se da to nije bilo ujednačeno te se za istu vrstu radova primjenjivala ista klizna skala. Klizna skala trebala je imati u pravilu pet elemenata. Fiksni dio koji se odnosi na indirektno troškove izvođača i njegovu dobit i koji ne kliže, tj. ne povećava se. Ovdje se već otvorilo pitanje koji postotak unutar cijene (koliko učešće) to treba biti. U interesu izvođača je da je on što manji, kako bi imali što veći dio cijene kao osnovicu koja se može povećati. Interes naručitelja je suprotan. Vrlo brzo smo uočili kako se negdje taj fiksni dio utvrđuje sa 10 %, a negdje sa 15 ili 20 %. Nitko nije radio usporedbu zašto je to za iste radove ponekad dvostruko više. Smisao klizne skale je da bude objektivna, a ne da javni naručitelj različito priznaju povećanje cijene za iste radove u isto vrijeme za različite izvođače. Preostala četiri standardna elementa cijene radova (tj. klizne skale) su – trošak rada, trošak materijala, trošak goriva i trošak strojeva. Ovdje se otvara kreativan prostor kako podijeliti preostalih npr. 90 % cijene na ova četiri elementa. Financijski nije svejedno koji element ima koliki udio u tih 90 % cijene radova. Ako primjenjujemo indekse (npr. DZS), jasno je da izvođač ima interes prikazati veći udio onih elemenata čiji su indeksi više rasli. Na kraju nisu se standardizirale klizne skale prema vrstama radova. To su pokušale napraviti Hrvatske ceste d.o.o., koje su kao naručitelj same definirale koje se klizne skale za koje radove priznaju iako prethodno u ugovorima nisu imale ugovoreno što se smatra pravilnim pristupom za primjenu članka 627. ZOO-a. Međutim, takvo što ostalo je na razini iznimke i rezultat je bio dogovaranje kliznih skala od slučaja do slučaja ovisno o sposobnosti izvođača i naručitelja. Neke klizne skale tako su postale „krizne“ skale kojima se pokušavalo pomoći izvođačima. U drugim slučajevima naručitelji su i dalje pogrešno pravno tumačili članak 627. ZOO-a, da nisu dužni priznati ništa „jer su ugovorili nepromjenjivu cijenu“.

9. PRAVNA PODRŠKA JAVNIM NARUČITELJIMA

Javni naručitelji nemaju prema zakonu predviđenu podršku od pravnih stručnjaka. Zakon o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje (Nar. nov., br. 78/15, 118/18 i 110/19), u članku 33. predviđa da će „financijsko, pravno i tehničko savjetovanje“ pružiti tehnički stručnjaci kroz upravljanje projektom. To znači da će pravne osobe koje nisu i ne mogu biti registrirane za pravno savjetovanje pružiti pravno savjetovanje i čak izdati račun za to savjetovanje. Nejasnoća ovog zakona samo je dijelom uzrok nejasnih ugovora o građenju o javnoj nabavi jer ovaj zakon nije definirao od kada javni naručitelj mora imati tu „pravnu“ podršku.

Tako je moguće da javni naručitelj sam sastavi ugovor i objavi ga u postupku javne nabave, a nakon potpisa ugovora s izvođačem tek angažira spomenutu podršku. Tada stručnjak javnog naručitelja može upozoriti što je sve propustio pri sastavljanju ugovora, ali vrlo teško može ispraviti te pogreške jer izvođač nije dužan prihvatiti pogreške na štetu naručitelja, koje je naručitelj sam prouzročio u javnom natječaju gdje izvođač može samo prihvatiti ili ne prihvatiti ugovor koji mu se nudi. Dakako, i sve nejasnoće tumače se na teret naručitelja prema članku 320. ZOO-a, a naručitelji zbog tih propusta uzrokuju nužne sudske sporove jer su među ostalim propustili i regulirati članak 321. ZOO-a.

Mnogi javni naručitelji su tijekom 2021. zbog porasta cijena iskazali zabrinutost oko primjene članka 627. jer nisu imali predviđen novac kojim će pratiti porast cijena i izvršiti svoju obvezu iz članka 627. ZOO-a.

Čak je i ZJN 2022. promijenjen u bitnom zbog toga te se povećao limit iz članka 317. sa 30 % na 50 %. Javni naručitelji tada su zanemarili odredbe iz članka 628. ZOO-a, kojim se štiti naručitelja tako da ima pravo raskida ugovora ako bi cijene bile znatno povećane u smislu članka 627. ZOO-a. Javni naručitelji nisu pribjegavali raskidu ugovora iako im je to ovaj zakon omogućavao iz razloga što ZJN-om nije regulirano kada naručitelj sa sigurnošću smije provesti raskid ugovora i kako će nakon toga provesti novu nabavu radi završetka istog projekta. Umjesto toga javni naručitelji odbijali su zahtjeve za povećanje cijene prema članku 627. ZOO-a.

Također, ZOO u članku 629. daje u bitnom jednako pravo naručitelju kao i izvođaču u članku 627. ZOO-a. To se kolokvijalno naziva „negativna klizna skala“. Treba podsjetiti da su od sredine 2022. cijene ključnih materijala padale, a ne rastle, i to znatno (željezo je pojeftinilo 100 %, a gorivo 30 %). Upitno je hoće li javni naručitelji koji nisu ugovorili kliznu skalu tražiti svoje pravo prema članku 629., onako kako su to 2021. tražili izvođači prema članku 627. ZOO-a. Do automatskog prebijanja tih dvaju prava može doći ako se obračun klizne skale radi na kraju ugovora primjenom jedne klizne skale za cijeli ugovor. Znatno je teže provesti oba prava prema oba spomenuta članka ako se primjenjuju različite klizne skale za svaku pojedinačnu jediničnu cijenu, i to mjesečno. Kontrolna tijela u sufinanciranim projektima tek će trebati razmotriti moguće pravne opcije primjene članka 629. ZOO-a, jer je tržište pokazalo da cijene mogu rasti, ali i padati.

10. ZAKONSKA OVLAŠT MINISTARSTAVA ZA DAVANJE PRAVNIH MIŠLJENJA O ZAKONIMA

Uredba o unutarnjem ustrojstvu MPU (Nar. nov., br. 97/20), u članku 57. propisuje da MPU priprema stručna mišljenja u vezi s primjenom i provedbom propisa, dok Zakon o sustavu državne uprave (Nar. nov., br. 66/19), u članku 31. propisuje da državna uprava može davati mišljenja o primjeni zakona pa čak pružati pravnu i stručnu pomoć. Niti jedno od pet ministarstava nije se pozvalo na ovaj zakon kako bi pojasnilo temeljem koje ovlasti smatraju da mogu izdavati mišljenja radi pojašnjavanja zakonskih članaka. Nadalje, članak 32. toga zakona štoviše navodi da mišljenje o primjeni zakona treba državna uprava dati u roku 30 dana otkad zaprimi podnesak. Znači li to da sutra neki žalitelj može podneskom tražiti MPU mišljenje o nekom članku npr. ZOO-a ili ZTD-a i ako dobije za sebe pozitivno mišljenje dostaviti ga višem sudu? Smatramo da nije cilj ovog zakona da ministarstva doista daju pravna mišljenja na upit stranaka. Zakonom bi trebalo propisati da ministarstva mogu davati svoja mišljenja o provedbi zakona samo u svrhu postupaka izmjene ili dopune zakona.

Ovdje je korisno podsjetiti da je nedavno Sud Europske unije (u nastavku teksta - Sud EU) pokrenuo postupak za ocjenu ispravnosti postupanja viših sudova u RH (uključivo VSRH-a) u vezi s pravnim shvaćanjima i evidencijom. Prema stajalištu Suda EU-a, pravna shvaćanja viših sudova ograničavaju neovisnost odlučivanja suca koji sudi na slučaju, a usto onemogućavaju pristup strankama u postupku donošenja pravnog shvaćanja. O tome treba završno stajalište Sudu EU-a dati nezavisni odvjetnik. U smislu vladavine prava, onda je upitno ne samo je li državna uprava ovlaštena tumačiti zakone, nego imaju li ovlast za to i viši sudovi.

11. HOĆEMO LI I DALJE TUMAČITI ILI ĆEMO IZMIJENITI ČL. 627. ZOO-A?

Zaključno, iako je u tijeku rad radne skupine na izmjenama ZOO-a (za sada) MPU nije odlučio pristupiti analizi je li potrebno izmijeniti članak ZOO-a koji je prouzročio najveći broj službenih „tumačenja“.

Iskustvo je pokazalo da ministarstva ne vide nikakvu zapreku u tome da izdavanjem svojih pisanih (pravnih) mišljenja, koja čak ponekad nazivaju „tumačenje“, tumače zakon.

Javnim naručiteljima bilo bi korisno imati mišljenja koja obvezuju, ali se najčešće pišu mišljenja koja ne obvezuju. Doista, slučaj članka 627. ZOO-a otvara sistemsko pitanje koja je pravna svrha i korist od mišljenja ministarstava koja ne obvezuju sudove pa mogu prouzročiti zabludu kod javnih naručitelja ako se pokaže da sud ima drukčije stajalište. Postavlja se pitanje koja prava ima javni naručitelj koji je priznao ili odbio financijsko potraživanje izvođača, a kasnije se na sudu dokaže da je pogriješio iako je to učinio u skladu s pisanim mišljenjem nekog ministarstva.

* Odvjetnici iz Zagreba.

1 Člankom 369. ZOO-a propisane su pretpostavke za raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti.

2 Pravo naručitelja na sniženje ugovorene cijene u ugovorima o građenju.

3 Vidi Visoki trovački sud RH, Pž-2004/02-3 od 27. 9. 2006., VSRH, Revt-61/2008-2 od 18. 9. 2008., VSRH Rev-1491/2013-2 od 4. 7. 2017., VSRH, Rev-x 361/2014 od 2. 9. 2014., Visoki trgovački sud RH Pž-8041/2016-2 od 30. 5. 2017.

4 Sentenca odluke objavljena u PSP 25 Zagreb, 1985., kao Prilog Naše zakonitosti.

5 Ugovor o građenju iz članka 633. st. 6. ZOO-a sadržava izričitu odredbu „... ne može se ugovorom isključiti ni ograničiti“.