



HRVATSKA
GOSPODARSKA
KOMORA

SMJERNICE

za provedbu postupaka priznanja razlike u cijeni na temelju ugovora o građenju u slučajevima porasta cijena pojedinih građevinskih materijala i proizvoda, primjenom Zakona o obveznim odnosima uz primjenu Zakona o javnoj nabavi.

Zagreb, travanj 2022.

Izdavač: Hrvatska gospodarska komora

Za izdavača: dr. sc. Luka Burilović

Pripremio: Sektor za graditeljstvo i promet

Dizajn i prijelom: Intergrafika TTŽ, Zaprešić

Zagreb, travanj 2022.

UVODNO

Značajni porast cijena građevinskih materijala i proizvoda, koji je ovisno o pojedinim materijalima ili proizvodima započeo tijekom druge polovice 2020. godine, uzrokovao je očite poteškoće u provedbi ugovora o građenju.

Posebno su uočene poteškoće u pravnoj provedbi izmjena ugovora o građenju kroz pravila javne nabave zbog specifičnosti pravila kojima su uređeni ugovori o građenju.

Drukčiji pristup u javnoj nabavi kod izmjene ugovora o građenju uvjetovan je posebnim zakonskim uređenjem tog ugovora, ali i različitim vrstama tih ugovora te vremenskim aspektom sklapanja i provedbe ugovora o građenju.

Slijedom navedenoga donesen je i Zaključak Vlade RH od 30. rujna 2021. godine, kojim je dan poticaj javnim naručiteljima radi razmatranja potrebe izmjene ugovora o građenju zbog navedenih okolnosti, a provedena je i radionica HGK 11. studenoga 2021. godine, na kojoj su najavljene ove Smjernice.

Cilj ovih Smjernica jest davanje okvira i preporuka naručiteljima i izvođačima kod nastupa okolnosti mogućeg priznanja razlike u cijeni građevinskih radova na način koji će biti standardiziran u mjeri koliko je to moguće, ovisno o posebnosti svakoga pojedinog ugovora o građenju, osobito u odnosu na javne naručitelje.

U primjeni ovih Smjernica svaki naručitelj i izvođač te kontrolna tijela ili druga tijela javne vlasti samostalno primjenjuju propise na pojedine ugovorene odnose, u skladu s konkretnim uvjetima tih ugovora i konkretnim okolnostima koje se odnose na te ugovore, **pri čemu su ove smjernice neobvezujuća preporuka svim dionicima tih postupaka.**

1

Razdoblje nepredvidljivosti okolnosti porasta cijena građevinskih materijala i proizvoda

S obzirom na to da do 2020. godine nije bilo usporedivih poremećaja na tržištu građevinskih materijala, za izvođače i naručitelje nije bio predvidljiv izniman porast cijena koji je započeo u drugoj polovici 2020. godine, nego tek kad je u konkretnom ugovoru postao očigledan trajni i visoki poremećaj cijena ključnih materijala za taj ugovor.

Zbog navedenoga nije moguće jednoznačno odrediti rokove obavješćavanja ugovornih strana o mogućim zahtjevima za izmjene ugovora. Rok ovisi o nastupu događaja, a što dalje ovisi o ugovorenoj dinamici ugradnje pojedinih materijala.

2

Javna nabava – u pravilu ugovorene nepromjenjive cijene

Izvođači koji su ugovorili nepromjenjivu cijenu imaju složeni pravila za ostvarenje svog zahtjeva kod porasta cijena primjenom čl. 627. Zakona o obveznim odnosima (dalje ZOO).

Zbog toga ugovorena „nepromjenjivost cijena“ ne daje pravo naručiteljima na bezuvjetno odbijanje zahtjeva izvođača za izmjenu ugovora (cijena) od strane naručitelja.

Ovisno o tome kako je ugovorena cijena radova (po stvarnim količinama „jedinično“ ili kao ukupna cijena), ali i ovisno o mnogim drugim ugovornim uvjetima, naručitelji moraju pristupiti razmatranju takvih zahtjeva izvođača, prije odluke o osnovanosti zahtjeva izvođača.

Kod ugovora sklopljenih u javnoj nabavi, na nužnost primjene čl. 627. ZOO-a upućuje čl. 313. Zakona o javnoj nabavi (dalje ZJN), a sve radi daljnje primjene članaka 315. do 322. ZJN-a.

3

Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – prema modelu stvarno izvedenih količina (jedinične cijene) ili prema ukupnoj cijeni (npr. „ključ u ruke“)

Ugovori o građenju sklapaju se pretežno na jedan od dva načina ugovaranja cijene radova, tzv. „stvarne količine“ ili „ključ u ruke“, a što se u bitnom poklapa i s uređenjem čl. 625. ZOO-a (jedinična ili ukupna cijena radova).

Dakle, za ocjenu priznanja zahtjeva za razliku u cijeni zbog porasta cijena kod ugovora s „nepromjenjivom cijenom“ potrebno je prvo utvrditi je li ugovor sklopljen prema „stvarnim količinama“ (tzv. troškovnik) ili kao „ključ u ruke“ što je najčešći oblik ugovora s ugovorenim – ukupnom cijenom.

Ako je ugovorena cijena prema „stvarnim količinama“, izvođač mora dokazati kolika je u traženim stavkama bila nabavna cijena konkretnog materijala (ili proizvoda) za koji zahtijeva 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 nabavnu cijenu tog materijala i preostali dio ugovorene jedinične cijene.

PRIMJER 1.

*Izvedba (ugradnja) AB podne ploče debljine 15 cm
betonom C 30/37. _____ kuna*

Uključuje dobavu armaturne mreže 585 kg m³ 9,0

U gornjem se primjeru u ugovornom troškovniku iskazala samo jedinična cijena po kubnome metru ugradnje betona, a ne i cijena dobave armaturne mreže po kilogramu jer samo dobava tog materijala nije niti bila predmetom jedinične cijene niti se mogla samostalno situirati (isporučiti i naplatiti) bez ugradnje tog materijala.

Sada u svrhu dokazivanja porasta ove jedinične cijene, potrebno je, među ostalim, dokazati i koja je bila potrebna količina materijala za koji se potražuje razlika u cijeni u pojedinoj stavci gdje je ugovorena jedinična cijena s ugradnjom tog materijala.

Nakon toga se dokazuje (metodama kako je niže prikazano) prosječna tržišna cijena tog materijala u vrijeme sklapanja ugovora (ako ugovorom nije drukčije određeno, npr. FIDIC model) te razlika te cijene u odnosu na vrijeme kad je taj materijal trebao biti nabavljen.

Ako je ugovorena ukupna cijena (npr. „ključ u ruke“), izvođač ima značajno teži postupak dokazivanja kolika je bila cijena tog materijala u vrsti ugovora gdje se uopće nisu ugovarale jedinične cijene radova unutar kojih se dobavlja taj materijal.

Ovaj je zahtjev moguć i kod ugovora „ključ u ruke“ (ukupna cijena), ali tada izvođač mora dokazati koje su količine tog materijala ugovorene u analizama projektne dokumentacije (što bi načelno trebao potvrditi i projektant) te zatim na tu količinu izvođač treba gornjim načinom dokazati najprije nabavne cijene tog materijala na dan ugovaranja ili drugi datum (ovisno o ugovoru, npr. FIDIC), a zatim razliku do tržišne cijene tog materijala na dan kad ga je po ugovoru trebao nabaviti.

4

Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – u slučaju FIDIC modela ugovora

Kod FIDIC modela (verzija 1999., ne i verzija 2017.) 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 nadalje je u bitnom isti kao i kod „običnih“ ugovora prema jediničnim cijenama, a uz opće uvjete (OU) moguće je da će ovisiti i o dodatnim konkretnim uvjetima za taj ugovor iz posebnih uvjeta ugovora (PUU).

Odluku FIDIC inženjera u praksi najčešće prihvaća naručitelj, a izvođač u slučaju negativne odluke ima pravo na VRS. Zbog toga bez procedure prema FIDIC-u izvođač ne može niti pristupiti zahtjevu primjenom čl. 627. ZOO-a za razliku od „običnih“ ugovora gdje u pravilu nema u ugovoru detaljno predviđene procedure za izmjene ugovora, ni prethodne odluke „Inženjera“, ni nadalje VRS-a itd.

U Žutoj knjizi dodatno je otežano dokazivanje izvođaču nabavne cijene pojedinog materijala ako nije iskazana jer ima ugovoreno i projektiranje u ugovorenoj cijeni, a u Srebrnoj knjizi uz to i ukupnu cijenu po modelu „ključ u ruke“.

Prema OU FIDIC-a smatra se ugovorenim da je ponuda tzv. „osnovni datum“, a što može utjecati na početni datum od kojeg se računa razlika u cijeni, za razliku od datuma sklapanja ugovora prema čl. 307. ZJN-a.

Dodatno OU FIDIC upućuje u čl. 13.8. na uređenje klizne skale (indeksne formule) za obračun razlike u cijeni zbog čega je potrebno obratiti pozornost putem PUU-a je li ona promijenjena ili ne.

5

Razlike ovisno o vrsti sklopljenog ugovora o građenju – ugovor sa ili bez klauzule klizne skale (indeksne formule)

Čl. 24. ZOO-a (klizna skala) predviđa dopuštenim ugovoriti da će cijena ovisiti o cijeni materijala, rada i dr. što utječe na visinu troškova, u određeno vrijeme na određenom tržištu, ali – ni jedan zakon ne regulira koja je tzv. formula klizne skale, već se to određuje ugovorom (OU FIDIC „preporučuje“ svoju u točki 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 samo za taj materijal (nakon odbitka 10 posto prema čl. 627. ZOO-a) zbog ugovorenog postotka učešća tog materijala u kliznoj skali koji ne može biti 100 posto jer svi elementi klizne skale zajedno sudjeluju 100 posto.

Povrh toga, u većini formula klizne skale nije ugovorena ni cijena pojedinačnog materijala (npr. armatura) kao samostalan element klizne skale, već se ugovara paušalno „cijena građevinskog materijala“ prema DZS-u, koji podatke iskazuje na temelju grupa materijala/

proizvoda što je neusporedivo u podacima i time neprimjenjivo kao prikaz promjene cijene za pojedinačni materijal.

Dakle, primjenom uobičajene klizne skale (indeksne formule) izvođač u pravilu neće moći postići cjelovitu naknadu razlike u cijeni samo za pojedini materijal ili proizvod (nakon odbitka 10 posto po čl. 627. ZOO-a) kao što bi to mogao da je npr. ugovorena indeksna klauzula samo za taj ključni materijal ili proizvod.

Pravo izvođača u tom se slučaju odnosi na zahtjev za promjenu ugovorene odredbe kojom je ugovorena klizna skala, ako izvođač može dokazati da je zbog promijenjenih okolnosti postala nepromjenjiva (primjer: uređenje t. 13.8 OU FIDIC-a), a sve primjenom čl. 369. ZOO-a.

6

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

Javni naručitelji u dokumentaciji (DON-u) u pravilu do pojave poremećaja cijena na tržištu (približno do listopada 2020.) nisu utvrđivali ugovornu regulaciju promjene cijene zbog porasta cijena na tržištu jer nije bilo značajnih poremećaja cijena samo pojedinih materijala.

Zbog navedenoga tijekom 2021. nisu bili u mogućnosti primijeniti čl. 315. ZJN-a.

Iznimno, javni naručitelji su i do tada 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, što upućuje na primjenu čl. 320. ZJN-a ili podredno čl. 317. ZJN-a.

7

Razlike u odnosu na primjenu pojedinih članaka ZJN-a

Primjena ZJN-a nije moguća bez primjene i ZOO-a (čl. 313. ZJN), ali svakako je nužno ovisna o ugovorenim uvjetima.

Čl. 315. ZJN-a 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 što je već ugovorom predviđeno kako će se priznavati izmjena cijene, kao što je to, primjerice, 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-a pravo (ne obvezu) izmjenu cijene provesti u formi izmjene ugovora (Dodatak) npr. zbog tako tražene forme kod odobravanja naknade sufinanciranjem ili zbog računovodstvenih razloga.

Za primjenu čl. 317. ZJN-a moguće je priznanje povećanja cijene izmjenom ugovora do 30 posto 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, a time i obveze na raskid ugovora prema čl. 322. ZJN-a.

Ako je Javni naručitelj već izmijenio ugovor zbog primjene čl. 316. ili 317. ZJN-a u dijelu povećanja cijene (npr. za 20 posto), tada on može povećati cijenu po ovoj osnovi – razlike u cijeni samo za preostalih 10 posto tj. najviše do 30 posto.

Kod porasta cijena, a ovisno o vremenu objave DON-a, naručitelji nisu mogli do sredine 2021. predvidjeti okolnost trajnog porasta cijena građevinskih materijala, zbog čega bi za DON objavljen do tada postojala mogućnost primjene čl. 317. ZJN-a.

Kod potrebe izmjene ugovora do 15 posto povećanja vrijednosti ugovora za naručitelja je u pravilu prihvatljivija primjena čl. 320. ZJN-a (umjesto čl. 317. ZJN-a) jer do te visine izmjene nije potrebno ispuniti uvjete iz čl. 317. i 321. ZJN-a niti je potrebno objaviti izmjenu ugovora, a što znatno smanjuje rizik npr. žalbe drugog ponuditelja.

Zbog toga u pravilu nema ni rizika raskida ugovora prema čl. 322. ZJN-a.

Ako je javni naručitelj pravilno ispitao revizijski trag u zahtjevu izvođača te primijenio 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 s 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 s izvođačem, s rizikom raskida ugovora, prekida realizacije, ponavljanja nabave, gubitka prava na sufinanciranje i dr.

8

Razlike u odnosu na primjenu Zakona o obveznim odnosima

Čl. 369. ZOO-a 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-a).

Dakle, načelno svaki izvođač (podizvođač) ima pravo na zahtjev za priznanje razlike u cijeni materijala, prema pravilima ZOO-a i kad nema primjene ZJN-a, ako može dokazati promijenjene okolnosti.

Iznimka je klauzula o odricanju od prava na izmjenu ugovora na temelju promijenjenih okolnosti (čl. 372. ZOO-a), 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 posto od ugovorene cijene prema čl. 627. ZOO-a te bi odbijanje naručitelja bez ispitivanja zahtjeva izvođača moglo uzrokovati raskid ugovora krivnjom naručitelja.

9

Primjena članka 627. Zakona o obveznim odnosima – teret dokaza

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-a.

Teret dokaza opravdanosti izmjene ugovora jest na naručitelju – u dijelu koji se odnosi na javnu nabavu, i zbog zakonitosti prema ZJN-u i zbog mogućeg opravdanja postupanja kod sufinanciranja prema kontrolnim tijelima.

10

Razlike s obzirom na vrijeme kada je sklopljen ugovor za naručitelja prema ZJN-u

Uvjeti ugovora o građenju u DON-u mogli su biti određeni prije ili poslije objektivne mogućnosti saznanja o poremećaju na tržištu u odnosu na cijene građevinskih materijala i proizvoda. Poremećaj cijena na tržištu načelno je 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, a time, naravno, i čl. 320. ZJN-a.

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 ima uvjete za primjenu čl. 317. ZJN-a, a ako to ne može, ima uvjete samo za primjenu čl. 320. ZJN-a.

Pitanje vremena treba ocijeniti i u odnosu na vrijeme predaje ponude u postupku nabave jer izvođač prema ZJN-u 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 razdoblju koje nije mogao predvidjeti, spriječiti ili izbjeći (viša sila).

Ali prema čl. 627. ZOO-a razlika u cijeni priznaje se tek „nakon sklapanja...“ dakle, ne od ponude, nego od dana odabira prema čl. 307. ZJN-a; isto tako uređuje čl. 252. i čl. 262. – kad je ugovor „sklopljen“ (kod FIDIC ugovora moguće je drukčije rješenje od ponude).

Nije bilo razumno očekivati u konkretnim okolnostima „porasta cijena 2021.“ da bi izvođači odustajali od ponuda prije sklapanja ugovora, osobito ne nakon npr. odabira ponuditelja. Ali u daljnjem razdoblju (npr. 2022.) nije jednako objektivno da bi ista okolnost porasta cijena za izvođače bila jednako „nepredvidljiva“.

Preporuke za izmjene ugovora o građenju u postupku javne nabave za ugovore kod kojih je realizacija ugovora u tijeku

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

11

Važnost obavijesti izvođača

Cilj i svrha Obavijesti izvođača jest najava moguće osnove za zahtjev za izmjenu ugovora, a samo forma izmjene ugovora jest Dodatak ili aneks ugovora.

U interesu je izvođača 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 zbog porasta cijena, imao obvezu pravodobno o toj okolnosti obavijestiti naručitelja, neovisno o tome je li riječ o FIDIC modelu ugovora ili ne.

Propustom te obveze izvođač je svoje pravo na zahtjev za izmjenu cijena doveo u rizik dokazivanja, a moguće je da je uzrokovao i gubitak tog prava, ovisno u ugovornoj regulaciji (npr. FIDIC model ugovora).

12

Obavješćavanje Izvođača povodom porasta cijena radi moguće izmjene ugovora

Izvođač je u zaštiti svog interesa, kako bi ostvario svoje moguće pravo na izmjenu ugovora zbog porasta cijena, imao obvezu pravodobno o toj okolnosti obavijestiti naručitelja i ako nije 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 ovisit će o konkretnim uvjetima ugovora, materijalima i rokovima.

Nepravodobna predaja Obavijesti kod npr. FIDIC-a 1999. u roku od 28 dana „od događaja” uzrokuje gubitak prava, dok kod verzije FIDIC-a 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.

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-a).

Ali, obavijest (ili zahtjev) ne može biti nakon okončanog obračuna, ako je on ugovoren (prema ZJN-u ne podrazumijeva se 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 obaviješten o okolnostima koje mogu uzrokovati njegovu obvezu (ne pravo) na izmjenu ugovora, radi kontrole njihova financiranja, posebno još ako se radi o sufinanciranju gdje mora opravdati svoje postupanje kod izmjene ugovora pred kontrolnim tijelom.

Rizik naručitelja jest moguća korekcija kontrolnog tijela (penalizacija) npr. zbog propusta obavijesti izvođača, što kontrolno tijelo može tumačiti kao propust naručitelja zbog kojeg nije trebao prihvatiti izmjenu ugovora.

13

Podnošenje zahtjeva za izmjenu ugovora o građenju

Zahtjev za izmjenu ugovora izvođač ima pravo podnijeti kada smatra da može dokazati (revizijski trag) i kad su ostvarene potrebne okolnosti s ciljem izmjene ugovora u dijelu ugovorne cijene.

Zahtjev je izvođačevo pravo (interes), a ne obveza (dužnost). Nije niti interes niti obveza naručitelja „pozvati” izvođača na podnošenje zahtjeva za 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 (u okviru Dodatka kojim se rješava ranija razlika u cijeni) 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“.

14

Dokazivanje porasta cijena

U prvom koraku, 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 uračunanu cijenu nabave materijala.

U drugom koraku, Izvođač treba svim dostupnim metodama, a ne samo 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
- b) Indeksna metoda
- c) Burzovna metoda.

15

Načini dokazivanja porasta cijena u odnosu na ugovorene cijene – metode

Dokumentarna metoda

Izvođač je dužan u svojem zahtjevu precizno iznijeti analizu promjene cijene konkretnog materijala ili proizvoda iz ugovora izdvojenog kao cijena nabave iz stavke s dokazima kada je određen materijal nabavljen, plaćen, isporučen izvođaču i kada je došlo do promjene ugovorene cijene u odnosu na vrijeme kad je bio dužan provesti nabavu tog materijala.

To uz dokaze opravdanosti nabave u vrijeme plaćanja u odnosu na ugovoreni terminski plan ugradnje i moguće primljeni predujam (avans) za nabavu 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 materijal, ponudama i cjenicama, a što nije moguće za buduće razdoblje, 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 njegovu dobavljaču u skladu s cijenama za taj materijal ili proizvod na hrvatskom, europskom ili drugom tržištu u to vrijeme u tim količinama konkurentskih dobavljača iste robe (npr. cjenicama, drugim ponudama i sl., a što je i sam izvođač moguće koristio pri odabiru svog dobavljača).

PRIMJER 2.

Izvođač dostavlja analizu veleprodajne cijene, npr. armaturnog željeza po kilogramu, na dan sklapanja ugovora prema ponudama i cjenicama koje je dobio od svojih dobavljača, ali moguće dodatno i drugih dobavljača u RH, uz račune i dokaze plaćanja po računima za taj materijal uz opis razloga zašto je tada u toj količini za taj projekt izvršio nabavu, pozivom na ugovorenu dinamiku radova.

Indeksna metoda (kontrolna)

HGK će početkom 2022. godine omogućiti objavu indeksa prosječnih veletrgovačkih cijena za sve ključne građevinske materijale u tekućoj godini kao i podatke za 2020. i 2021., a u skladu s novim Uzancama o građenju, čime bi bilo moguće rabljenje ove metode.

DZS obrađuje podatke na razini skupine NKD-a 2007. za indekse proizvođačkih cijena industrije te indekse potrošačkih cijena električne energije, plina i ostalih goriva.

Burzovna metoda (kontrolna)

Ovom metodom također nije moguće samostalno dokazati razliku u cijeni zbog toga 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 identično vrijednostima s burze koja nije u RH, a neovisno o tome izvođač uvijek mora dokazati koliko je on stvarno platio svom dobavljaču za materijale koje potražuje, s obzirom na to da je moguće da je platio i manje nego što je na taj dan bila burzovna cijena u svijetu, npr. zbog višegodišnjeg ugovora s tim dobavljačem, rabata i dr., a što bi dovelo do pogodovanja izvođača iznad cijene koju je stvarno platio.

U svakom ugovoru (neovisno 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 da izvođač dokazuje koja je to cijena. Ponekad na taj način naručitelji s projektantima pripremaju troškovnike kako bi mogli pratiti u nabavi strukturu ponuđenih jediničnih cijena od izvođača stoga što, npr., i sami naručitelji katkad 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, na temelju čega je učešće cijene tog materijala, zbog kojeg traži povećanje cijene radova, u toj stavci upravo u tom omjeru u odnosu na ukupnu cijenu te stavke (čl. 627. ZOO-a ovo naziva „cijene elemenata”).

PRIMJER 3.

Ugradnja stupova u postojeći nosivi zid. Ova stavka uključuje svu potrebnu oplatu, materijal za podupiranje i učvršćenje oplata te svu potrebnu armaturu i čelične profile, beton s pripremom, dovozom, ugradnjom, aditiv za ekspaniranje, njegu betona nakon ugradnje, demontažu oplata.

IPE 160	kg	120,00
HEA 160	kg	138,00
čelična pločevina, materijal za ankeriranje	kg	38,00
beton s aditivom za ekspaniranje	m3	0,60
oplata	m2	15,00

jedinična cijena ove stavke

_____ kuna

Cijenu nabave i porasta cijene materijala izvođač najprije dokazuje primjenom gornjih triju metoda prvenstveno dokumentarne i indeksne (burzovna kao kontrolna), 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 pod nazivom „dobava i ugradnja armature“ u iznosu od 10 kuna, tada izvođač gornjim metodama dokazuje da je u vrijeme ponude ponudio 10 kuna jer je tada cijena nabave na tržištu bila četiri kune i da je uračunao cijenu ugradnje od šest kuna, a što ukupno iznosi ponuđenih 10 kuna – kako 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 njegove nabave porasla s četiri kune (kako je ponudio) na osam kuna te na jedinične cijene te stavke (10 kuna) prikazuje 10 posto svog rizika (dakle jednu kunu) ugovorene ove nepromjenjive jedinične cijene. Na taj način iskazuje razliku koju potražuje, kao razliku iznad 10 posto do cijene koju je dokazao kao stvarnu tržišnu cijenu u vrijeme kad je prema ugovoru trebao provesti nabavu tog materijala.

PRIMJER 4.

- predviđena cijena nabave materijala u vrijeme ugovaranja	4,- kn
- cijena ugradnje	6,- kn
Ukupna jedinična cijena	10,- kn
- dokazana cijene nabave tog materijala	8,- kn
- porast jedinične cijene	s 10,- kn na 14,- kn
- rizik izvođača 10 % jedinične cijene	1,- kn
Razlika jedinične cijene za priznanje	3,- kn

Ovaj (pojednostavnjeni primjer) obračuna potrebno je prikazati moguće i sukcesivno na više datuma tijekom realizacije, ovisno o tome kad je izvođač prema ugovoru trebao provesti nabavu tog materijala ili proizvoda i kada je proveo nabavu.

Pravo izvođača na priznanje razlike u cijeni može dospjeti i treba biti zahtijevano najkasnije na okončanom obračunu kada su poznati podaci o cijelom razdoblju nabave tog materijala. Navedeno ne isključuje pravo izvođača na sukcesivno potraživanje razlike u cijeni niti isto pravo naručitelja u skladu s čl. 629. ZOO-a.

Priznanje razlike u cijeni za nabavu materijala koja je već izvršena, može se provesti i indeksnom metodom koja će biti kontrolno potvrđena dokumentarno, kako bi se priznala stvarna razlika u jediničnoj cijeni izvođača, primjenom čl. 627. ZOO.

Moguće je iznimno primijeniti pravo na povećanje jedinične cijene i na način da se ono računa u odnosu samo na jedan element jedinične cijene npr. elementa „nabava materijala“.

Međutim, to nije moguće tumačenjem čl. 627. koji upućuje na povećanje „cijene radova“ što znači jedinične cijene (tzv. stavke), a ne samo jednog elementa (npr. materijala) unutar jedinične cijene.

To stoga što jedan element cijene nije niti bio samostalno ugovoren u konkretnom iznosu niti se taj element (npr. nabava/dobava materijala) može samostalno po ugovoru obračunavati (situirati) i plaćati.

Ako su se okolnosti promijenile u smislu da je cijena nabave i/ili dobave pojedinog materijala na tržištu iznimno porasla nakon sklapanja ugovora, što nije bilo predvidljivo kod sklapanja ugovora, a primjena čl. 627. ZOO-a ne bi bila pravična jer se tom odredbom priznaje razlika u cijeni na osnovicu jedinične cijene, a ne na osnovicu cijene nabave materijala (što je jedan od elementa te cijene), izvođač može zahtijevati izmjenu ugovora primjenom čl. 369. ZOO-a na način da mu se prizna razlika u cijeni nabave materijala. To stoga što čl. 369. ZOO-a ne uređuje ograničenja već upućuje na pravičnu izmjenu.

Izvođač jamčenjem nepromjenjivosti cijene jamči da priznaje svoj rizik do 10 posto porasta cijena na tržištu, a naručitelj time jamči da će priznati razliku iznad toga i kad to nije posebno ugovoreno – jer je riječ o zakonskom pravu koje nije nužno ugovoriti.

Zbog navedenog čl. 627. nije prinudna ili prisilna norma ZOO-a jer ona ugovorom može biti dispozitivno i drukčije ugovorena (npr. da će rizik izvođača biti tri ili pet posto), čl. 627. je stoga neposredno primjenjiv i onda kad ovo pravo izvođača nije ugovoreno.

Za primjenu čl. 369. ZOO-a na način kako je opisano, izvođač mora dokazati da bi, zbog iznimnog i nepredvidljivog porasta samo cijene nabave tog materijala u trenutku sklapanja ugovora, primjena čl. 627. ZOO-a bila nepravična i uzrokovala izvođaču pretjeranu štetu i značajne financijske gubitke u ispunjenju konkretnog ugovora o građenju.

Kod izmjene ugovora za izvršene nabave do izmjene ugovora uputno je urediti cijenu za buduću nabavu tog materijala primjenom indeksne klauzule samo za taj materijal,

Ako se porast cijene ključnog materijala dogodio u razdoblju od predaje ponude do sklapanja ugovora o građenju u postupku javne nabave, a ne primjenjuje se FIDIC model ugovora, tada je moguće priznati i to razdoblje kao ono u kojem će se analizirati porast cijene materijala primjenom čl. 280. st. 8. ZJN-a kojim se ograničava pravo izvođača na ugovaranje cijene već prije sklapanja ugovora, tj. od isteka roka za predaju ponuda u postupku javne nabave. jer izvođač zbog zakonskog uređenja, na dan isteka roka ponude mora prihvatiti cijenu radova, što znači da njegov pristana na cijenu radova nije na dan sklapanja ugovora.

U ugovorima u kojima nije ugovorena jedinična cijena radova prema stavkama troškovnika, već je ugovorena ukupna cijena radova, npr. sustav „ključ u ruke“, izvođač treba provesti istu analitiku i dokazivanje razlike u cijeni, ali uz dodatno dokazivanje količine tog materijala koja je bila potrebna jer količine nisu iskazane troškovnikom.

Kako je prethodno navedeno, ovaj dio dokazivanja vrlo je složen i zahtijeva načelno odobrenje projektanta da je izvođač ispravno dokazao količinu koja prije nije bila nikako iskazana, a sad je dokazuje na temelju projektne dokumentacije, u pravilu, na temelju glavnog i izvedbenog projekta.

Model ugovora „ključ u ruke“ u čl. 630. ZOO-a uređuje zaštitu naručitelja od rizika nepredviđenih radova i viškova radova, ali ne i od rizika porasta cijena materijala.

Iznimno, ako bi primjena ugovora „ključ u ruke“ u okolnostima priznanja razlike u cijeni mogla uzrokovati raskid ugovora i značajne štete za naručitelja i izvođača, tada primjenom čl. 369. ZOO-a izvođač može predložiti izmjenu ugovora u dijelu ugovorene ukupne cijene u odnosu na materijal čija je cijena na tržištu značajno porasla na način da se ugradnja tog materijala obračunava posebno ugovaranjem jedinične cijene za taj dio ugovorenih radova.

PRIMJER 5.

Ugovorena ukupna cijena radova u iznosu od 10.000.000 kuna.

Izvođač je uz potvrdu projektanta dokazao količinu tog materijala (npr. armatura).

Izvođač je dokazao prosječnu tržišnu cijenu tog materijala na dan sklapanja ugovora i na dan kad je izvršio nabavu tog materijala na jednaki način dokazivanja kao i kod jedinično ugovorene cijene radova.

Time je utvrdio da je ukupna predviđena vrijednost tog materijala iznosila na dan sklapanja ugovora 1.000.000 kuna i dokazao je nabavnu cijenu tog materijala na dan nabave nakon toga u iznosu od 2.100.000 kuna, čime je sada povećana ukupna ugovorena vrijednost radova na 11.100.000 kuna.

Rizik izvođača iznosi 10 posto od ukupno ugovorene cijene ili ovdje 1.000.000 kuna.

Razlika za priznanje cijene stoga iznosi 100.000 kuna.

Primjeri značajnih pravnih rizika naručitelja povodom zahtjeva izvođača postoje i kod odbijanja i kod usvajanja zahtjeva za ovu izmjenu ugovorene cijene radova.

a) Ako naručitelj **odbije moguće osnovan** zahtjev izvođača, rizici naručitelja su:

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

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 katkad radi npr. kod nepriznatog VTR-a, odbitka za sporne nedostatke, nepriznate količine i dr.

b) Ako naručitelj **usvoji moguće neosnovan** zahtjev, rizici naručitelja su:

Moguću žalba u pravilu drugog ponuditelja iz javne nabave (i poništaj dodatka ugovora), odbijanje nadoknade tih sredstava za sufinancirane projekte i/ili korekcije kontrolnog tijela ili izostavljanje ovih troškova iz nadoknade sredstava.

Nemogućnost vlastita plaćanja neplaniranih troškova na temelju zahtjeva.

Stoga, kod procjene ovih rizika naručitelju uputno je 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...“).

Iako neki naručitelji imaju dvojbe o tome u kojoj pravnoj formi trebaju provesti izmjenu ugovora za slučaj priznanja razlike u cijeni zbog porasta cijene materijala na tržištu, ovdje ne postoje razlike u formi u odnosu na izmjene ugovora zbog drugih razloga (npr. zbog VTR-a i sl.).

Dakle, ako naručitelj usvoji zahtjev izvođača, on će dostaviti izvođaču svoj prijedlog Dodatka ugovora gdje će se jasno odrediti za koji se iznos 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 procijeni da u realizaciji ugovora može biti za to još

potrebe, npr. iz terminskog plana vidi se 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 pravno je također izmjena ugovora jer je troškovnik sastavni dio ugovora kod ugovora po jediničnim cijenama i stvarnim količinama.

22

Regulacija mogućih daljnjih izmjena ugovora kod prve izmjene ugovora zbog razlike u cijeni

Moguće daljnje izmjene ugovora zbog istog razloga mogu značajno ovisiti upravo o tome kako su izvođač i naručitelj uredili prvi Dodatak ugovora po ovoj osnovi.

S tim ciljem moguće je ugovaranje kroz prvi Dodatak ugovora i npr. indeksne klauzule za taj materijal i za daljnju nabavu po tom ugovoru, ako se procjenjuje da postoji daljnja potreba nabave i rizik moguće razlike u cijeni, ali sve do dopuštenog limita iz čl. 317. ili 320. ZJN-a koji su i izvođaču bili poznati kao zakonska pravila kod ugovora u javnoj nabavi.

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

23

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 zbog značajnog rasta ili pada.

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 o tome 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.

Preporučuje se urediti DON-om koji je 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 i izvor za utvrđenje tog indeksa za ključne cijene na određeni dan (procijenjena vrijednost nabave za taj ključni materijal ili proizvod), putem HGK koji omogućava iskazivanje indeksa ključnih građevinskih materijala.

Naručitelj može iskazati indeksnu klauzulu pojedinačno za npr. tri ključna materijala i zatim omogućiti obračun razlike za svaki materijal posebno, ali može i s ista tri ključna materijala napraviti indeksnu formulu gdje se iskazuje prosjek rasta ili pada cijena tih materijala.

Ovo nije jednako što i klizna skala jer se u kliznoj skali u pravilu iskazuju svi troškovi građenja, dakle i rad, i energenti, i strojevi itd., a cilj je ove regulacije urediti samo obračun u slučaju rasta ili pada cijena građevinskih materijala te dijela energenata koji su se pokazali podložni poremećaju cijena.

Poremećaj cijena u pravilu je do sada u javnim nabavama opravdano mogao biti razlogom za izmjene ugovora jer naručitelji ovu okolnost nisu mogli predvidjeti sve do sredine 2021. godine kada je poremećaj cijena postao očit.

Upravo zbog tog razloga izmjene ugovora u odnosu na 2021. načelno su dopuštene, ali ovisno o konkretnim ugovorima, periodima, materijalima, proizvodima i dokazima izvođača bit će 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, u skladu s pravilima ugovora o građenju (npr. kao 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-a za ugovor o građenju, a koji se mora primijeniti u javnoj nabavi prema čl. 313. ZJN-a, moguće je primjenjivati izmjenu cijena u Dodatku ugovora o građenju za one radove koji su izvedeni, a nisu okončani, već su samo privremeno situirani po ugovorenim cijenama.

Na jednaki se način 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.

Radi 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-a (kad ga naručitelj smatra potrebnim).

U pravilu, u budućim nabavama javnim naručiteljima neće se biti moguće pozivati na čl. 317. ZJN-a jer ova okolnost više neće biti „nepredvidljiva“.

To stoga kako bi i kontrolnom tijelu (kad postoji), ali i u mogućem žalbenom postupku DKOM-a, bilo jasno utvrditi na temelju koje je osnove ZJN-a 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 o tome koju je zakonsku osnovu naručitelj primijenio, osobito ako se nije vrlo precizno koristio pojmovima koji se upravo u tim člancima ZJN-a definiraju, što u praksi nije rijedak slučaj.

Određenje kriterija može se u pravilu provesti kroz razradu jedne od dvije pravne klauzule prema ZOO-u za tu svrhu, i to – indeksne klauzule ili klizne skale.

Indeksnom klauzulom izdvaja se jedan određeni materijal ili proizvod i utvrđuje „indeks“ tj. osnovica cijene na određeni datum (npr. datum predaje ponude odabranog ponuditelja) prema pouzdanom izvoru kao što su burza ili DZS (ili treći izvor koji može biti pouzdan, npr. buduće objave HGK) ili prosjek cijena kod tri najveća dobavljača u RH.

Kliznom skalom u ovu se svrhu teže može adekvatno urediti odnos, ali to nije isključeno, pri čemu naručitelj mora jasno odrediti koje će točno materijale priznavati izvođaču zbog porasta cijene na tržištu nakon odbitka 10 posto prema čl. 627. i postotak koji namjerava definirati kliznom skalom za taj materijal, pri čemu treba uočiti potrebe različitih formula klizne skale za npr. 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“, kako je do sada bilo uobičajeno, već je potrebno jasno definirati konkretne materijale ili proizvode koji se procijene kao ključni za projekt tj. ugovor.

PRIMJER 6.

Indeksna klauzula

Naručitelj utvrđuje indeks prosječne veleprodajne tržišne cijene (u DON-u) za nabavu, npr. armaturne mreže promjera 12 mm u iznosu od npr. XX kn/kg na dan 1. siječnja 2022. godine (datum prije objave DON-a).

Ugovara se pravo izvođača da (mjesečno/kvartalno/godišnje ili na okončanom obračunu) provede obračun razlike nabavne cijene ovog materijala i podnese zahtjev naručitelju u roku od 30 dana od ugovorenog roka za određivanje razlike u cijeni, a protekom kojeg se roka bez zahtjeva izvođač odriče ovog prava.

Naručitelj je dužan dostaviti svoju odluku o uredno i pravodobno primljenom zahtjevu u roku od 30 dana od primitka zahtjeva.

U slučaju neodobravanja dijela ili cijelog zahtjeva izvođača, izvođač zadržava pravo kasnijeg dokazivanja osnovanosti svoga zahtjeva, uz pravo na zatezne kamate u slučaju osnovanosti koje teku od dana odluke naručitelja, a bez prava na prekid radova, zastoje radova ili usporavanje dinamike radova po ovoj osnovi.

28

Dinamika priznavanja razlike u cijeni

DON-om (ili Dodatkom ugovora kad se on sklapa tijekom realizacije ugovora) nadalje se treba utvrditi u kojoj će dinamici izvođač imati pravo na revalorizaciju ugovorenih cijena za točno određene materijale i prema kojoj klauzuli (mjesečno, kvartalno ili npr. nakon završetka svih radova).

Potrebno je predvidjeti kada je izvođač dužan (npr. svaki mjesec ili u drugoj dinamici) dostavljati zahtjev u kojem navodi je li i za koliko, prema njegovim analizama, došlo do povećanja cijena ključnih materijala, a prethodno tome je li i, ako da, kada je dužan dostaviti obavijest.

Naručitelj treba u uvjetima DON-a odrediti koju će metodu priznavati kod dokazivanja zahtjeva izvođača; preporučuje 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 će roku obraditi zahtjeve i preuzeti obvezu isplate na usvojene zahtjeve te uvjetuje li eventualno priznanje obveze plaćanja razlike u cijeni sklapanje Dodatka ili ne.

Preporučuje se javnim naručiteljima, zbog transparentnosti i jasnoće kod provedbe ugovorne klauzule kojom uređuju moguću izmjenu cijene zbog porasta cijena na tržištu, da urede pravne uvjete za priznanje razlike u cijeni radova u samom tekstu ugovora o građenju kako bi se izbjeglo tumačenje moguće općenitih i nedovoljno jasnih formulacija iz DON-a.

U provedbi treba naručitelj ugovorom definirati hoće li sam ili npr. uz 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 stoga što se u uobičajenim ugovorima za stručni nadzor ne podrazumijeva, ali ni prema Zakonu o gradnji niti Pravilniku o stručnom nadzoru – da će stručni nadzor (ili voditelj projekta) pružati uslugu analize zahtjeva izvođača radi odobrenja npr. primjene indeksnih klauzula za pojedine materijale, a u svrhu izmjene ugovora u dijelu ugovorene cijene radova.

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-a, već isključivo za primjenu čl. 315. ZJN-a, ako je određeno pravno uredio uvjete za priznanje razlika cijene kroz indeksne klauzule za pojedine materijale.

Poremećaj cijena nije do sada u sudskoj praksi priznavan kao viša sila, a zakon ne određuje što je definicija više sile. Ipak, u pravilu definicija više sile nije sporna. To je događaj koji se nije mogao predvidjeti, izbjeći ili spriječiti. Porast cijena teško je definirati kao konkretan događaj na određeni dan u jasnim okvirima

U pravilu se pravno višom silom smatraju nepredvidljivi 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-u svaka ugovorna strana snosi svoju štetu što znači da naručitelj ne bi bio dužan nadoknaditi 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 naknađuje štete kao ugovorna strana iz nekog ugovora jer tada RH nije ugovorna strana prema oštećenicima.

Događaju poremećaja cijena na tržištu nije niti moguće odrediti točno vrijeme nastanka „više sile” kao ni vrijeme prestanka „više sile” niti kriterije koliko „snažan” mora biti taj poremećaj tj. „događaj”.

Zbog navedenoga ne preporučuje se u slučaju porasta cijena pozivanje na višu silu kao temelj za daljnje uređenje izmjene cijene radova.

32

Odnos glavnih izvođača i podizvođača kod utvrđenja razlike u cijeni

Ako izvođač ima zahtjev od svog podizvođača za priznanje razlike u cijeni po čl. 627. ZOO-a, u pravilu taj izvođač neće moći na isti način ostvariti te razlike prema javnom naručitelju jer izvođač ima i ograničenja iz ZJN-a, a koja podizvođač nema.

Izvođači koji ugovaraju s javnim naručiteljima moraju znati da nemaju iste uvjete priznanja razlike cijene zbog porasta cijena kao kod naručitelja izvan ZJN-a, što je izvođačima moralo biti poznato kod davanja ponude.

Zbog toga izvođači trebaju nastojati ugovoriti s podizvođačima odnos u okviru pravila ZJN-a iako se na njih ne primjenjuje taj Zakon, ako žele izbjeći rizik da im naručitelj ne prizna onaj trošak koji su oni dužni priznati podizvođaču.

Za priznanje razlike u cijeni koja se ne temelji na ugovoru o građenju, npr. ugovor o dobavi roba, ne primjenjuje se čl. 627. ZOO-a koji se odnosi na ugovor o građenju, a što se odnosi i na javne naručitelje i na izvođače.

33

Revizijski trag

Potrebno je dokazati tzv. revizijski trag, a to je dokazni materijal na temelju kojeg se prihvatila izmjena ugovora o građenju od strane izvođača prema naručitelju, ali u bitnom, a jednako tako i od strane naručitelja prema kontrolnom tijelu 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-a i nove javne nabave.

Naručitelj treba uzeti u obzir da u pravilu propusti izvođača zbog kojih bi naručitelj mogao snositi financijsku korekciju kontrolnog tijela nije moguće teretiti tj. naplatiti od izvođača, neovisno o tome što je moguće da je riječ o njihovom propustu.

To stoga 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 bilo bi sporno čak i ako se ugovori kao rizik izvođača jer je to odnos naručitelja i kontrolnog tijela na koji izvođač ne može utjecati niti izvođač može ugovoriti kada će, za što i kako naručitelj podnositi zahtjeve za nadoknadu sredstava sufinanciranja.

34

Zaključno

Na izmjene ugovora ili ugovaranje uvjeta u vezi s porastom cijena materijala utječu:

- način ugovaranja cijene radova (jedinična ili ukupna)
- razlike u modelima ugovora (npr. FIDIC, uz dodatne uvjete iz DON-a i dr.)
- vrijeme kad je ugovor sklopljen ili kad je predana ponuda
- vrijeme trajanja ugovora
- vrijeme ugovorene i stvarne nabave materijala
- koji materijali imaju najveće financijsko učešće u nabavi u ugovoru o građenju
- kako je ugovorena (ili uopće nije) klauzula o mogućim korekcijama cijena
- primjenjuje li se na ugovor o građenju ZJN ili ne
- u kojoj je mjeri moguć već izmijenjeni ugovor u skladu sa ZJN-om
- primjenjuju li se na ugovor i pravila sufinanciranja uz kontrolna tijela
- i druge gore navedene pravno relevantne okolnosti.

Izvođači trebaju objektivno pristupiti najprije analizi svojih ugovora i postupanja prije podnošenja mogućeg zahtjeva naručiteljima po osnovi izmjene cijena, pri čemu ne postoji osnova da naručitelji prethodno sami „pozivaju“ izvođače na podnošenje takvog zahtjeva.

Naručitelji trebaju i tehnički i pravno ispitati moguće zahtjeve izvođača po ovoj osnovi upravo stoga što ovakvi zahtjevi do sada u praksi nisu bili uobičajeni jer nije niti postojala posebna okolnost poremećaja cijena kakva je zabilježena 2021. godine.

Naručitelji trebaju uzeti u obzir da ugovorena „nepromjenjivost“ cijena nije pravna osnova za odbijanje zahtjeva, već to može biti jedino neosnovan zahtjev izvođača bilo zato što analitički nisu dokazane razlike u cijeni, bilo zato što izvođač nije pravno pravilno primijenio ugovorene uvjete za ovaj zahtjev.

