

PRIPREMIO:
Mičo Ljubenko

Izazovi pravnog uređenja zajednice ponuditelja / izvođača (konzorcij)

Kod sklapanja ugovora o građenju, ali i njegove kasnije provedbe, gdje se na strani izvođača pojavljuje skupina više izvođača, zbog većeg broja ugovornih subjekata dolazi i do većeg broja spornih situacija u pogledu tumačenja prava i obveza

Uvod

U proteklim godinama primjetno je znatno povećanje broja ugovaranja radova s glavnim izvođačem u formi zajednice ponuditelja (konzorcija), umjesto do tada uobičajene prakse ugovaranja radova s jednim glavnim izvođačem.

Takvu promjenu u pristupu investitora treba analizirati kroz razloge koji su doveli do sve češće primjene tog modela. Pri tome relevantnim se pokazuje i procjena kada je takav oblik ugovaranja neophodan u odnosu na situacije kada je taj model izabran kao bolji od alternativnih. U tome smislu razumno je razmotriti i to koje prednosti i nedostatke donose alternativni oblici ugovaranja izvođenja radova.

Za provedbu je investicijskih projekata svakako relevantno odrediti i prema kojemu će modelu druge ugovorne strane (izvođača) pristupiti. Na to se pitanje ne može odgovoriti unaprijed bez analize jer tada se nepotrebno i moguće otežavajuće uvjetuju mnoga daljnja ugovorna, odnosno provedbena rješenja za investiciju. Uređenje odnosa u zajednici ponuditelja (među članovima konzorcija) ima dva opsega koji se moraju usklađeno preklopiti. Jedan je izravno uređenje odnosa između članova zajednice ponuditelja u formi njihova ugovora, a drugi je uređenje ugovora o građenju između investitora (naručitelja) i zajednice ponuditelja, pri čemu ugovor o građenju mora biti odgovarajuće usklađen s uređenjem ugovora između članova zajednice ponuditelja. Naime, objektivno nije moguće pravno istovjetno

shvaćati status naručitelja sa zajednicom ponuditelja (na strani izvođača) te status koji naručitelj ima s jednim izvođačem (kolokvijalno, glavni izvođač).

Pojam zajednice ponuditelja (konzorcija)

Sam pojam "zajednica ponuditelja" ponekad stvara određenu dvojbu u odnosu na pojam "konzorcij". U svrhu razumijevanja tih dvaju pojmova iz aspekta ugovora o građenju može se zaključiti to da ne postoji bitna razlika, odnosno da prilikom primjene tih dvaju pojmova cilj nije postizanje pravne razlike među njima. Zato će se u nastavku teksta koristiti oba termina, i to ovisno o kontekstu (naprimjer kod ugovora o građenju pojam "zajednica ponuditelja / izvođača"), i to ne zato da bi se isticala razlika među njima. Načelno se može reći to da je "konzorcij" širi pojam, gdje dva ili više subjekata mogu biti udruženi i za više različitih ciljeva i radi više ugovornih odnosa, dok se kod "zajednice ponuditelja" radi o konkretnoj investiciji gdje su ponuditelji udruženi upravo u cilju davanja zajedničke ponude radi ugovaranja posla, najčešće na određenome natječaju koji je raspisao određeni investitor. U slučaju konačnog ugovaranja posla jasno je to da bi se u nastavku zajednica ponuditelja trebala nazivati "zajednica izvođača" jer je njihova uloga ponude konzumirana i smisao je njihove zajednice izvođenje radova u širem smislu te riječi.

Prilikom svakog ugovaranja posla s više subjekata na jednoj ugovornoj strani koja

predstavlja suizvođače načelno je moguće isti ugovor urediti i tako da strana izvođača bude definirana i kao jedan subjekt koji će u svojim daljnjim ugovorima sam definirati svoje podizvođače. U tome smislu može se zaključiti to da je odluka investitora o modelu zajednice ponuditelja vs. glavni izvođač stvar izbora investitora uvjetovana najčešće tehnološkim, financijskim i poslovnim razlozima, a ne zakonskom obvezom.

Sam pojam "konzorcij" na latinskome jeziku može biti višeznačan, ali se u sadržajnome smislu uvijek usmjerava na zajednicu i zajedničko postupanje:

- consortium (lat.) – povezanost, partnerstvo, udruga, koalicija, grupa, sudjelovanje u
- consors (lat.) – dijeliti, imati jednak udio, sudjelovati, dionik zajedničkog dobra
- consort (lat.) - 1. dobro ugođena glazba; skupina glazbenika; 2. brat, sestra, žena sors (lat.) – mnoštvo.

Konzorcij nije neposredno i izričito pravno uređen oblik u hrvatskome pravnom sustavu tako da bi kao pravni odnos imao svoju imenovanu regulaciju ugovornog odnosa u formi nominatnog (imenovanog) ugovora, a koji se najčešće uređuju Zakonom o obveznim odnosima.

Moguće je tumačenje da ugovorom o konzorciju nastaje društvo osoba koje je po svojoj naravi ortaštvo, a posljedica toga jest to da se na njega primjenjuju odredbe propisa kojima se uređuje to društvo. U pravilu je riječ o opsežnijim ugovorima kojima se uređuju mnoga pitanja takvoga složenog odnosa više osoba pa se pravila obveznog prava o ortaštvu primjenjuju samo posredno, odnosno u mjeri u kojoj neko pitanje nije uređeno ugovorom [1].

U smislu pravnih definicija kojima bi se objasnio pojam "konzorcij" može se

izdvojiti jedna od prvih definicija koja dovoljno dobro određuje taj oblik udruživanja, iako potječe iz sustava koji nije bio tržišni i koji u praksi nije primjenjivao konzorcijsko udruživanje. Može se zaključiti to da je ekonomsko težište konzorcija uvijek profit za članove konzorcija, dok je u prethodnome sustavu kroz udruživanje rada i sredstava više poduzeća cilj bio ostvarenje projektnog zadatka bez primarnog težišta na profitu članova takve zajednice, osobito u tuzemnim radovima.

Konzorcij jest "prigodno ugovorno udruženje pojedinaca ili poduzeća ... radi zajedničkog financiranja ili izvođenja nekog posla, pri čemu ortaci (konzortii) međusobno dijele i rizik i profit ..." [2].

U skladu sa stavom Visokog upravnog suda RH Usz-3999/16, u upravnome sporu kao tužitelji moraju sudjelovati svi članovi zajednice ponuditelja jer im se samo kao zajednici priznaje pravni interes za podnošenje tužbe, i to zato jer je u predmetnome postupku javne nabave kao ponuditelj sudjelovala zajednica ponuditelja pa se stoga tužba koju je podnio samo jedan član zajednice ponuditelja mora odbaciti [3].

U svakome slučaju, nakon dugog razdoblja samo teorijskog postojanja forme konzorcija u primjeni kod ugovora o građenju, sada se može zaključiti to da je ta forma na ugovornoj strani izvođača postala redovita, pa i znatno zastupljena, osobito kod složenijih investicija, i to češće u javnome sektoru, ali nije isključen ni privatni sektor.

Naime, odredbama Zakona o javnoj nabavi, i to čl. 50., izriječno je predviđeno to da "Naručitelj ne smije zahtijevati da zajednica gospodarskih subjekata ima određeni pravni oblik u trenutku dostave ponude ili zahtjeva za sudjelovanje, ali može zahtijevati da ima određeni pravni oblik nakon sklapanja ugovora u mjeri u kojoj je to nužno za uredno izvršenje tog ugovora" te se još i odredbom čl. 3., st. 8. koji govori o osnovnim pojmovima toga zakona spominje i ova zajednica ponuditelja / izvođača. Dakle, vidljivo je to da se tom tematikom zajednice ponuditelja uglavnom bave javni naručitelji.

Ugovor o građenju vs. ugovor o konzorciju (zajednici ponuditelja / izvođača)

Pravno kvalitetan ugovor o građenju kojim se ugovara izvođenje radova sa zajednicom ponuditelja / izvođača prepoznat će se po posebnim, kvalitetnim odredbama koje definiraju pitanja koja se mogu pojaviti u primjeni i u odnosima s drugim ugovorima, odnosno ugovorom o konzorciju (zajednici ponuditelja / izvođača).

Ugovor kojim će se definirati odnosi između članova prvotno zajednice ponuditelja, a zatim zajednice izvođača može imati različite nazive, a mogući standardni naziv za takve ugovore mogao bi biti ugovor o konzorciju. U svakome slučaju i taj ugovor mora biti u skladu s ugovorom o građenju zbog kojeg se on u pravilu i sklapa. Dakle, iako će primaran cilj tog ugovora biti uređenje odnosa među samim članovima, razlog tog uređenja jest bit njihova odnosa prema osobi koja nije strana tog ugovora odnosno prema investitoru (u pravilu naručitelju, a što mu daje posebnu zahtjevnost u regulaciji).

Prilikom korištenja pojma "ugovor o građenju" za svrhu ovog rada razumljivo jest to da on obuhvaća i širi smisao tog ugovora koji nije neophodno samo izvođenje radova, već može biti i projektiranje, ishođenje dozvola, nabava opreme, održavanje objekata pa i upravljanje objektima ili investicijom, a što samo po sebi može (ali i ne mora) biti razlog za formiranje konzorcija. Neovisno o tomu, još uvijek je nerijetko primjetna pogrešna praksa investitora kojom se pristupa ugovaranju odnosa između investitora i glavnog izvođača na jednak način i kada je u pitanju jedan glavni izvođač kao i kada je riječ o zajednici ponuditelja / izvođača. Prema logici odnosa, investitor jedini ima ovlast definirati koji će model izabrati za svoj ugovorni odnos u cilju realizacije investicije te su zato i sve zasluge ili kritike u odabiru i definiranju ugovornog modela na strani investitora. Pogrešan pristup investitora u slučajevima kada se ne uočava i ne definira pravna specifičnost zajednice ponuditelja / izvođača uvjetovan je dvama različitim "motivima". Prvi

je "motiv" neprepoznavanje znatne pravne razlike kod druge ugovorne strane u vidu glavni izvođač vs. zajednica ponuditelja. Tada dolazi do inercije u pristupu investitora koji definira ugovorne odnose kao da na strani izvođača nema nikakve specifičnosti.

Drugi je "motiv" suprotan prvome, a odnosi se na prepoznavanje novog rizika za investitora, ali u kojemu ne postoji iskustvo u pravnome definiranju rizika koje generira zajednica ponuditelja sama po sebi. Pri tomu ne postoje standardizirane preporuke, uobičajene ugovorne klauzule ni sudska praksa u ocjeni dvojbi kod tumačenja takvih klauzula. Zato je moguće prihvatiti to da tada razlog nedefiniranja na poseban i drugačiji način odnosa između investitora i zajednice ponuditelja / izvođača kao posebnog ugovornog oblika glavnog izvođača leži u činjenici da se radi o vrlo ambicioznim rješenjima, zbog čega je to ujedno prirodan motiv da se zapravo izbjegne upuštanje u područje u kojemu postoje visoki zahtjevi, a ne postoji dostatno iskustvo. Međutim, postavlja se pitanje je li taj drugi motiv, dakle kada su prepoznati i rizik i potreba, opravdanje za izbjegavanje tog uređenja ili samo obrazloženje tog izbjegavanja. Jasno je da to nije opravdanje, već upravo suprotno. Neregulirani ugovorni odnosi koji su potencijalno rizični uvijek imaju tendenciju potencirati ostvarenje tih rizika, i to upravo zato jer nisu regulirani. Odluči li se naručitelj za sklapanje jednog ugovora prema kojemu se preuzima obveza ostvarenja cjelovitog pothvata, on to čini tako da sklapa ugovor s jednim nositeljem posla ili pak s više sudionika u pothvatu koji zajedno čine jednu ugovornu stranu. Time isključuje potrebu sklapanja onoliko odvojenih ugovora koliko sudionika djeluje u provedbi pothvata. Samim time rizik usklađenosti među sudionicima u pothvatu prebačen je na njih [4].

Neovisno o tomu, moguće je da se bilo ugovorom o građenju, bilo ugovorom o konzorciju definiraju pojedinačni odnosi u cilju usklađenosti među sudionicima. Ako su ti odnosi definirani ugovorom o građenju tako da se pojedinačno obvezuju prema naručitelju, a pri tome is-

ključuju solidarnu odgovornost, moguće je prihvatiti to da je rizik usklađenosti u odgovarajućoj mjeri ostao na naručitelju. Na to se pitanje nadovezuje pitanje uređenja odgovornosti izvođača tako da ona može, ali i ne mora biti solidarna. Mogući su i slučajevi da se ugovorom ciljano ili propustom uopće ne definira pitanje solidarnosti odgovornosti i tada treba pristupiti složenome pravnom tumačenju radi utvrđivanja toga postoji li solidarnost među njima, primjerice kroz ocjenu postoji li solidarnost i u ostvarenju prava te drugim vidovima uređenja odnosa prema naručitelju.

Također, moguća su i rješenja kojima se odnos naručitelja prema konzorciju u ugovoru o građenju definira u cijelosti jedinstveno prema svim članovima konzorcija, i to u cilju da oni svoje odnose, naprimjer, prava na naplatu, ostvaruju na temelju ugovora o konzorciju, pri čemu se načelno može zaključiti to da trebaju biti solidarno odgovorni, ako nije definirano drugačije.

Vrste konzorcija kod ugovora o građenju

Zajednice ponuditelja / izvođača, odnosno konzorcij, moguće je dijeliti prema različitim kriterijima te će radi razumijevanja vrlo raznorodnih opcija konzorcija biti navedene samo neke važnije podjele u odnosu na ugovor o građenju.

Model A

Neinstitucionalni/ugovorni konzorcij nije pravni subjekt (formalno pravna osoba). Članice zadržavaju svoju pravnu osobnost, formalnu, ali ne i ugovornu samostalnost, a što predstavlja češći, ali i složeniji oblik uređivanja konzorcija kod ugovora o građenju na strani izvođača.

Institucionalni/registirani konzorcij postaje pravni subjekt (pravna osoba). Članice se odriču dijela samostalnosti ili ukupne samostalnosti u korist zajedničkog nastupa kroz zajedničko društvo te osnivaju novu pravu osobu radi provedbe projekta i definiranja odnosa prema investitoru. Takva uređenja najčešće se definiraju kroz klasična trgovačka druš-

tva (društva ograničene odgovornosti i druga), gdje faktično konzorcijski odnos postaje formalno odnos članova u zajedničkom društvu, moguće i nakon faze ponude i natječaja, posebno u slučajevima kada se ugovara i dugoročno održavanje ili upravljanje objektima.

Model B

Kod stalnog konzorcija članovi definiraju svoje odnose za unaprijed nepoznate poslove i nepoznate investitore, načelno radi pripreme za nastupe na natječajima, odnosno radi preventivnog uređenja odnosa u slučaju ugovaranja poslova s investitorima. Takvo je udruživanje rjeđe u hrvatskoj pravnoj praksi, iako je poželjno radi pravodobne pripremljenosti za nastupe na mogućim predviđivim natječajima ili poslovima. Za takav oblik udruživanja potrebno je uređenje koje nije u suprotnosti s pravilima zabranjenog udruživanja prema Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja.

U skladu s mišljenjem AZTN-a, zajednica ponuditelja osnovana u cilju dostavljanja zajedničke ponude u postupcima javne nabave sama po sebi nije suprotna propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, no zabranjen je svaki sporazum unutar zajednice ponuditelja čiji cilj ili posljedica može biti narušavanje tržišnog natjecanja. Drugim riječima, zajednica ponuditelja ne smije se, u smislu prava tržišnog natjecanja, zasnivati na zabranjenome sporazumu [5].

Pitanja koja se odnose na zabranjene sporazume na temelju Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja predstavljaju složenu materiju koju nije uvijek moguće jednostavno razdijeliti od dopuštenog udruživanja sa svrhom zajedničkog nastupa na natječaju. Pri tome je najzahtjevniji dio prethodno reguliranje odnosa između članova koji planiraju zajednički nastupiti na natječaju, pri čemu nije moguće objektivno i definitivno urediti njihove buduće odnose koji ovise o rezultatima i uvjetima natječaja. U tim situacijama posebno je pravno osjetljivo ugovaranje "preventivnog konzorcija", odnosno konzorcija koji je osnovan za buduće neodređene natječaje.

Projektni konzorcij jest konzorcij čiji članovi definiraju svoje odnose povodom konkretnog natječaja i za konkretan investitora i za konkretan projekt. To je precizniji način definiranja odnosa u odnosu na navedeno. Taj odnos može biti samostalan, ali i uređen detaljnije aneksom. Nedostatak samostalnog uređivanja tog odnosa sa svrhom zajedničkog pojavljivanja na natječaju može biti nedostatak vremena za kvalitetno definiranje odnosa među članovima, koji se ponekad uređuju čak i nakon formalno zajednički dostavljene ponude, pa čak i nakon dovršenog izbora ponuđača.

Model C

Kada su članovi konzorcija jednakih ovlasti upravljanja, predstavljanja, zastupanja i/ili odlučivanja nisu ugovorom delegirane na jednog člana i svi članovi imaju jednaka prava koja nadalje mogu usklađivati glasovanjem i/ili podjelom poslova i ovlasti, što pretpostavlja, ali ne uvjetuje, i solidarnost u ovlastima članova konzorcija.

Kada postoji vodeći član konzorcija, ovlasti upravljanja, predstavljanja, zastupanja i/ili odlučivanja ugovorom su delegirane u određenoj mjeri ili u cijelosti na jednog člana konzorcija, bilo sve ovlasti, bilo pojedine ovlasti. To je poželjniji model iz aspekta investitora koji ima interes svoja prava ostvarivati putem jednog subjekta, što ne isključuje i moguću solidarnost u obvezama svih subjekata.

Iako bi bile moguće i daljnje podjele konzorcija koje su u primjeni na strani izvođača kod ugovora o građenju, moguće je zaključiti to da se u Hrvatskoj uglavnom primjenjuje model koji obuhvaća ugovorni projektni konzorcij s vodećim članom konzorcija. Za to postoje dva razloga. Prvi je taj što hrvatsko tržište u dijelu izvođača radova nije još u dostatnoj mjeri stabiliziralo stalne ravnopravne partnerske odnose između pojedinih izvođača, već su za sada vidljivi jedino stalni odnosi na razini izvođača i podizvođača. Drugi je taj što investitori imaju pretežit utjecaj na samu člansku strukturu konzorcija, pri čemu oni logično odabiru model.

Pozitivne i negativne pojave modela investitor vs. zajednica ponuditelja / izvođača (konzorcij)

Ugovori o građenju su u svojoj biti ugovori koji u najvećoj mjeri među svim ugovorima moraju urediti i predvidjeti duge vremenske periode, neizvjesne događaje, odnose s trećim subjektima koji nisu ugovorne strane te buduće aktivnosti, i to uz visoke financijske rizike. To nisu ugovori u kojima će dvije strane jednokratno izvršiti svoje obveze (npr. prodaja) ili uzastopno na jednak način izvršavati obveze (npr. zakup) kao što je to obilježje većine ugovora.

Kada se takvoj prirodi ugovora o građenju doda činjenica da se na drugoj ugovornoj strani nalazi subjekt koji je to samo nominalno (izvođač), a zapravo je riječ o složenoj strukturi odnosa (konzorcij) koji samostalno podižu rizik i zahtjevnost provedbe ugovora o građenju, jasno je to da ugovor o građenju sa zajednicom ponuditelja / izvođača (konzorcij) nosi i posebne nove rizike i mogućnosti. **Pozitivne strane** tog modela ugovaranja jesu:

1. transparentna mogućnost ugovaranja svih ključnih izvođača kao ravnopravnih ugovornih partnera investitora na projektu kroz jedan ugovor, čak i kada (ovisno o modelu konzorcija) jedan od njih preuzima ulogu tzv. vodećeg partnera,
2. bolja kontrola i koordinacija za samog investitora, ali i za ugovorne suizvođače međusobno jer se svi odnosi uređuju centralizirano, kroz jedan ugovor sa svim ključnim izvođačima,
3. načelno jednako obvezujući odnos za sve ključne suizvođače u provedbi načelno jednog ugovora, kako u odnosu na projektnu dokumentaciju, tako i u odnosu na nadzor radova, osiguranje, predaju radova i jamstveni rok,
4. poželjan oblik ugovaranja i za financijera investicije koji kroz odnos investitora kontrolira novčani tijek sa svim bitnim dionicima izvođenja, čime bi se trebali izbjeći ključni rizici kao što su neplaćanje na relaciji glavni izvođač – podizvođač ili kašnjenje jednog izvođača,

5. olakšano ugovaranje u projektima koji zahtijevaju izbor izvođača na natječaju, jer se svi ključni izvođači uvode u jedan natječaj s istim pravilima i ugovaraju se istodobno, a samim time i međuovisno.

Negativne strane tog modela ugovaranja jesu:

1. složena i rizična rješenja ako jedan član konzorcija objektivno nije u mogućnosti izvršiti svoje ugovorne obveze kroz daljnju ovisnost konzorcija, ali i posredan rizik za sam ugovor o građenju,
2. zahtjevno rješavanje zamjene jednog člana konzorcija zahtijeva u pravilu suradnju investitora, a u koordinaciji i s ostalim članovima jer se time mijenja ugovor s investitorom, a što nije potrebno u modelima B i C (vidi sliku 1.)
3. otežano uređenje pojedinačnih odgovornosti pojedinih izvođača jer ta ugovorna strana nije jedna osoba, a radi čega se pribjegava izjednačavanju odgovornosti po principu solidarnog jamstva, što može dovesti do oštećivanja onih suizvođača koji su uredno izvršili svoje obveze, razumijevanje i mogućnosti postupanja banaka (jamaca) prema konzorciju koji ne može nastupati kao jedna pravna osoba,
4. otvorena pitanja i rizici ako investitor kasni u izvršenju svojih obveza prema jednome od suizvođača (npr. nedostaci investitorova projekta u tome dijelu radova), čime se narušava odnos i s ostalim suizvođačima iako izvođač uredno ispunjava obveze,
5. pitanja naplate radova među suizvođačima prema ugovorenim uvjetima kada se zastoji ili dodatni troškovi tijekom izvođenja radova pojavljuju nerazmjerno samo kod jednog ili samo kod nekih od suizvođača.

Dvije osnovne alternative modelu investitor vs. zajednica ponuditelja / izvođača (konzorcij)

Alternative modelu investitor vs. zajednica ponuditelja / izvođača (konzorcij) jesu:

- a) ugovor s jednim glavnim izvođačem, pri čemu je ostale ključne izvođače odnosno nominirane podizvođače u pravilu odabrao sam investitor
- b) ugovaranje više pojedinačnih ugovora s više ključnih izvođača, pri čemu je potrebna koordinacija u provedbi tih ugovora, koji su nerijetko i vremenski i tehnološki međuovisni.

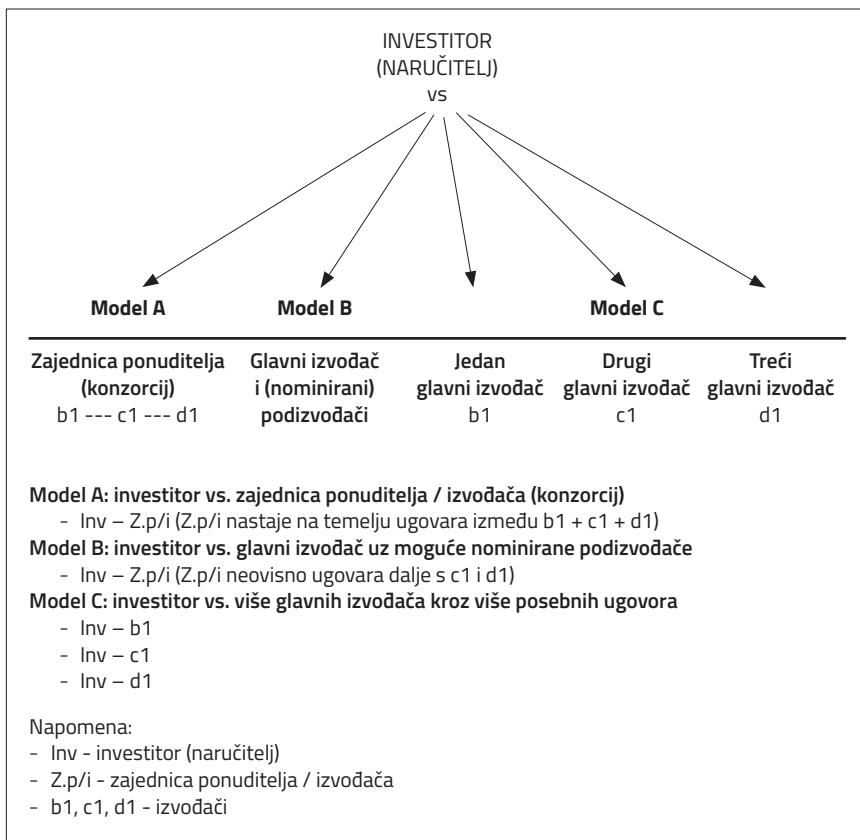
Grafički je ta tri osnovna modela moguće prikazati kao na slici 1.

U praksi je moguće primijetiti to da privatni investitori pribjegavaju modelima B i C jer imaju dovoljno resursa i logističku spremnost da prema potrebi vode odnose s više izvođača. Za takav je pristup odlučan i neproračunski način financiranja, koji omogućuje kontinuiranu neovisnost o planiranim sredstvima, primjenjujući pritom kriterij svrhovitosti za samog investitora.

Naprimjer, u skupim i složenim, a vremenski kratkim te stoga intenzivnim investicijama u turističkome sektoru, koje u pravilu traju najdulje šest mjeseci, investitori zadržavaju svoju fleksibilnost nad provedbom investicije tako da samostalno vode realizaciju s više paralelnih izvođača (Model C) ili uvjetuju svojeg dobavljača opreme (Model B).

S druge strane, kod infrastrukturnih projekata koji zahtijevaju velik opseg samo nekoliko ključnih vrsta radova i čiji su rokovi dulji, naprimjer jedna ili više godina, javni naručitelj pribjegava modelima A i B jer nema mogućnost ponavljati ili sukcesivno provoditi natječaje tijekom provedbe i zato primarno treba urediti odnose tako da se između suizvođača postigne visok stupanj solidarne odgovornosti radi koje će načelno sva usklađivanja biti uređena među njima, bez intervencije investitora.

O pitanju solidarne odgovornosti ponuditelja iz zajednice ponuditelja u pogledu naplate bankarskog jamstva koje je dostavio jedan član zajednice ponuditelja jer je drugi član zajednice ponuditelja dostavio neistinite podatke svoje je mišljenje dalo i Ministarstvo gospodarstva, poduzetništva i obrta. Naime, Zakon o javnoj nabavi u članku 14., stavku 2. propisuje to da je odgovornost ponuditelja



Slika 1. Osnovni modeli ugovaranja

iz zajednice ponuditelja solidarna, no izričito ne propisuje kako zajednica ponuditelja dostavlja jamstvo za ozbiljnost ponude.

U skladu s mišljenjem Ministarstva, ako je dokumentacijom za nadmetanje određeno to da ponuditelji moraju dostaviti jamstvo za ozbiljnost ponude koje se, među ostalim, naplaćuje i u slučaju dostavljanja neistinitih podataka u smislu članka 67., stavka 1., točke 3. Zakona, a vodeći računa o tome da se radi o zajedničkoj ponudi i da je odgovornost svih članova zajednice ponuditelja solidarna, u slučaju dostavljanja neistinitih podataka jamstvo za ozbiljnost ponude može se naplatiti neovisno o tome koji je član zajednice ponuditelja dao predmetno jamstvo te koji je član zajednice dostavio neistinite podatke u ponudi [6].

Gore navedeno mišljenje jest i stav Upravnog suda u Zagrebu, koji u svojoj nepravomoćnoj odluci Usl-1396/16 ne smatra nepravilnim dano jamstvo za ozbiljnost ponude jer je samo jedan član iz zajednice ponuditelja dao jamstvo [7].

Međutim, korisno je ukazati na to kako sada važeći Zakon o javnoj nabavi na poseban način definira pitanje solidarnosti, i to tako da se javnome naručitelju ostavlja mogućnost da prema svojoj procjeni u propisanoj situaciji zahtijeva solidarnu odgovornost, a iz čega bi se trebalo zaključiti to da ako on to nije zahtijevao uvjetima natječaja te dalje uvjetima ugovora, tada nije neophodno došlo do solidarne odgovornosti.

Članak 276. i članak 390., stavak 4. Zakona o javnoj nabavi propisuje sljedeće: "Ako se gospodarski subjekt oslanja na sposobnost drugih subjekata radi dokazivanja ispunjavanja kriterija ekonomske i financijske sposobnosti, javni naručitelj može zahtijevati njihovu solidarnu odgovornost za izvršenje ugovora".

Vrhovni sud RH je u svojim odlukama Revt-237/10 i Revt-122/14, a postupajući u istome predmetu, zaključio to da je ugovor o izvođenju radova s više kooperanata, odnosno izvođača, ugovor o komisijonu te da takav ugovor nema elemente ugovora o ortaštvu.

Zaključak

Iako postoje načela prema kojima se treba voditi u izboru jednog od triju (ili više podvrsta) modela ugovora o građenju iz aspekta strukture na strani izvođača, primarni cilj treba biti procjena svrhovitosti pojedinog modela u konkretnome projektu. Korištenje određenog modela bez takve procjene i komparativne analize prihvatljivo je isključivo u slučaju radova koji se na jednak način provode ciklično, i to pod uvjetom da se jedan model dokazao kao učinkovit i nerizičan (naprimjer, godišnje održavanje cesta, šuma ili voda), a što u bitnome nema značajke investicijske kroz izgradnju novih objekata ili velike rekonstrukcije.

Provedba većih investicijskih projekata kroz izgradnju novih objekata ili velike rekonstrukcije bilo u privatnome bilo u javnome sektoru samo po sebi jest unikatan posao kojemu nije moguće pristupiti univerzalno. Iskustva sa sličnog projekta u pravilu su u bitnim elementima ipak različita. To se ponajprije odnosi na tehnološko i financijsko stanje samih izvođača, lokaciju izgradnje, vremenske uvjete izgradnje ili tehničke razlike projekta.

Zato u slučaju konačnog odabira modela ugovora o građenju u kojemu će se nakon analize odabrati model koji podrazumijeva zajednicu ponuditelja / izvođača (konzorcij) potrebno je na odgovarajući način regulirati procedure zamjene članova konzorcija, rješavanje spornih pitanja između članova konzorcija, rješavanje spornih pitanja između jednog od članova konzorcija i investitora te vrste i opsege odgovornosti članova konzorcija za radove koje oni nisu izveli ili nisu za njih uzročno odgovorni, a trebaju biti ugovorno odgovorni.

Pristupanje po tim pitanjima prilikom ugovaranja ili pripremanja natječaja nije "otvaranje" problema koji ne postoje, nego uređivanje procedura za probleme koje ne želimo i koje dočekujemo koliko je god to moguće predvidivo.

Kvaliteta ugovora o građenju sa zajednicom ponuditelja / izvođača (konzorcij) u bitnome ovisi o samome ugovoru jer Zakon o obveznim odnosima na taj pravni odnos primjenjuje odredbe ugo-

vora o ortaštvu koji za jedini cilj nema uređenje odnosa između izvođača kod ugovora o građenju. Radi toga je upravo tim ugovorom određene odnose potrebno urediti drugačije nego što to dispozitivno (dobrovoljno) omogućuje taj zakon, a jednako tako urediti i odnose između izvođača međusobno kao i odnose prema investitoru koje zakon ne uređuje.

Uvijek smatramo korisnim podsjetiti na to da uloga zakona nije, niti će biti, uređivanje slobodnih poslovnih odnosa između poduzetnika kao u slučaju ugovora o gradnji između investitora i izvođača, već zakon u tome dijelu daje samo smjernice i okvire i vrlo rijetko ograničenja (prisilni dio zakona) koja se ne mogu izmijeniti ugovorom. Zakon uređivanje tih odnosa očekuje od samih ugovornih strana u formi ugovora i time

primjereno njima i ostavlja autonomno pravo na uređenje vlastitih rizika.

Slijedom gore otvorenih pitanja i opcija koje neophodno otvara model zajednica ponuditelja / izvođača (konzorcij) razumno bi bilo zaključiti to kako je odgovarajući pristup tim pitanjima onaj na koji na početku izričito upućuje svaka knjiga Općih uvjeta FIDIC u svrhu samog ugovora o građenju: "*stručan pravni savjet trebao bi se osigurati kada god je to prikladno, a posebno prije sklapanja ili raskidanja ugovora*".

Pitanje konzorcija kod ugovora o građenju otvoreno je na strani izvođača u tome ugovoru, dok je primjetna sve češća praksa da se to isto pitanje može jednako tako, ali na puno drugačiji način, otvoriti i na strani naručitelja, i to u više oblika koji sadržajno čine konzorcij.

Izvori

- [1] Barbić, J.: Ugovor o konzorciju za izvođenje radova, Zagreb, PUG 5 (2016), pp. 985.
- [2] EKONOMSKI leksikon – Zagreb, Leksikografski zavod "Miroslav Krleža", 1955.
- [3] Rješenje Visokog upravnog suda RH, Usz-3999/16 od 30.3.2017.
- [4] Barbić, J.: op.cit. (bilj. 1), pp. 991.
- [5] Mrežne stranice Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja na dan 4. prosinca 2018. godine, <http://www.aztn.hr/zajednice-ponuditelja-pod-lupom-pravila-trzisnog-natjecanja/>
- [6] Mrežne stranice Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta na dan 4. prosinca 2018. godine, <http://www.javnabava.hr/default.aspx?id=4076>
- [7] Presuda Upravnog suda u Zagrebu, Us1-1396/16 od 17.10.2018.