

Postup proti problémovému/neaktivnímu zhotoviteli

Mgr. Lukáš Nikl, náměstek úseku právního a veřejných zakázek
Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, p.o.

Základní teorie smluvních pokut

- občanský zákoník řadí SP mezi instituty „utvrzovací“ – utvrzení povinnosti (např. něco udělat – dodat dílo ve sjednané lhůtě a ve sjednané kvalitě)
- Účel SP – sankční, kompenzační, preventivní (motivuje smluvní stranu plnit své smluvní povinnosti řádně a včas)
- akcesorický vztah smluvní pokuty a utvrzované povinnosti (je-li smluvní povinnost sjednána neplatně, je neplatné i ujednání o smluvní pokutě)
- obvykle peněžité plnění, ale nemusí to tak být (např. vykonání nějaké práce, předání věci...)
- smluvní institut – je potřeba sjednat ve smlouvě (nevznikne ze zákona)
- utvrdit lze jakoukoliv smluvní povinnost vs. výkon práva (např. odstoupení od smlouvy, výpověď...) nelze postihnout SP - NS [32 Cdo 4469/2010](#)

Smluvní pokuta v praxi

- smluvní strana může požadovat SP bez ohledu na to, jestli vznikla reálná škoda (§ 2048/1 OZ)
- zaplacení smluvní pokuty nezabavuje dlužníka povinnosti splnit dluh smluvní pokutou utvrzený (§ 2049 OZ) – utvrzený závazek nezaniká, dluh splnit povinnost stále trvá!
- **Je-li ujednána smluvní pokuta, nemá věřitel právo na náhradu škody vzniklé z porušení povinnosti, ke kterému se smluvní pokuta vztahuje (§ 2050 OZ) – dispozitivní ustanovení – lze sjednat odlišně (typická smluvní formule – „zaplacením smluvní pokuty není dotčeno právo objednatele na náhradu škody“ – lze modifikovat, např. omezit pouze na úmyslné způsobení škody apod.)**

Smluvní pokuta z hlediska změn závazků dle ZZVZ

§ 222/3 ZZVZ:

Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by

a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,

b) **měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele,**
nebo

c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

- **byla-li sjednána SP v rámci zadávacích podmínek, nelze ji následně snižovat (dodatkem, dohodou...), odpouštět, nevymáhat apod. → podstatná změna závazku, mění se ekonomická rovnováha ve prospěch dodavatele**

Smluvní pokuta z hlediska změn závazků dle ZZVZ

• změna ekonomické rovnováhy smlouvy

- rozsudek NSS ze dne 27.8.2020 sp.zn. 5 As 225/2018
 - zadavatel podstatným způsobem snížil dohodou o narovnání smluvní pokutu za prodlení s předáním díla
 - v řízení před Úřadem argumentoval tím, že původní smluvní pokuta byla nepřiměřeně vysoká, a dodavatelé proto měli počítat s tím, že by byla soudy stejně moderována
 - Úřad i správní soudy tuto argumentaci označily za lichou

→ i potenciálně „nepřiměřené“ smluvní podmínky nějak nastavily původní ekonomickou rovnováhu smlouvy a zadavatel je nemůže následně „změkčovat“ (s tímto se ztotožnil i Ústavní soud – viz usnesení ze dne 30.11.2020 I.ÚS 3066/20)

Smluvní pokuta z hlediska změn závazků dle ZZVZ

- rozsudek NSS ze dne 8.8.2019 sp.zn. 9 As 153/2019
 - Smluvní ujednání, jímž zadavatel změní smlouvu na veřejnou zakázku uzavřenou v souladu se zadávací dokumentací s vybraným uchazečem tím způsobem, že po vybraném uchazeči nebude oprávněn požadovat smluvní pokutu nikoliv zanedbatelné výše sjednanou za prodlení s dodáním, představuje podstatnou změnu práv a povinností ze smlouvy, která by mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast jiných dodavatelů ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění do 30. 9. 2016.
 - zadavatel uzavřel s dodavatelem komplexní dodatek, který měnil řadu práv a povinností; v řízení před Úřadem a správními soudy pak argumentoval, že se tyto změny vzájemně vyvažují (a nejde tak o změnu ekonomické rovnováhy ze smlouvy)
 - KS v Brně v rozsudku ze dne 18.4.2019 sp.zn. 62 Af 130/2016 uvedl, že *veškeré zásahy do již uzavřených smluv ... by měly vycházet ze zásady jejich minimalizace, přitom umožněny by měly být změny pouze nepodstatné, bagatelní*
 - NSS se rovněž ztotožnil s tím, že je zásadně nepřipustné do smluvního vztahu na VZ zasahovat změnami komplexního charakteru a následně vést složité disputace na téma, nakolik se jednotlivé změny „vykřívají“; podstatné je, že komplexně změněná smlouva se velmi vzdaluje smlouvě, která byla uzavřena v souladu se zadávacími podmínkami
- **nepřipustné jsou „komplexní“ dodatky, a to i v situaci, kdy by se z obchodního pohledu jednalo o rozumně hájitelné „narovnání“ vztahů v důsledku nemožnosti realizovat plnění (viz též rozsudek SDEU z 7.9.2016 ve věci C-549/14 Finn Frogne A/S)**

Smluvní pokuta z hlediska změn závazků dle ZZVZ

- rozsudek NSS ze dne 30.3.2023 sp.zn. 9 As 153/2019
 - Smluvní ujednání, jímž zadavatel změnil smlouvu na veřejnou zakázku uzavřenou v souladu se zadávací dokumentací s vybraným uchazečem tím způsobem, že po vybraném uchazeči nebude oprávněn požadovat smluvní pokutu nikoliv zanedbatelné výše sjednanou za prodlení s dodáním, představuje podstatnou změnu práv a povinností ze smlouvy, která by mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast jiných dodavatelů ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění do 30. 9. 2016.
 - zadavatel uzavřel s dodavatelem komplexní dodatek, který měnil řadu práv a povinností; v řízení před Úřadem a správními soudy pak argumentoval, že se tyto změny vzájemně vyvažují (a nejde tak o změnu ekonomické rovnováhy ze smlouvy)
 - KS v Brně v rozsudku ze dne 18.4.2019 sp.zn. 62 Af 130/2016 uvedl, že *veškeré zásahy do již uzavřených smluv ... by měly vycházet ze zásady jejich minimalizace, přitom umožněny by měly být změny pouze nepodstatné, bagatelní*
 - NSS se rovněž ztotožnil s tím, že je zásadně nepřípustné do smluvního vztahu na VZ zasahovat změnami komplexního charakteru a následně vést složité disputace na téma, nakoř se jednotlivé změny „vykrývají“; podstatné je, že komplexně změněná smlouva se velmi vzdaluje smlouvě, která byla uzavřena v souladu se zadávacími podmínkami
- ***nepřípustné jsou „komplexní“ dodatky, a to i v situaci, kdy by se z obchodního pohledu jednalo o rozumně hájitelné „narovnání“ vztahů v důsledku nemožnosti realizovat plnění (viz též rozsudek SDEU z 7.9.2016 ve věci C-549/14 Finn Frogne A/S)***

Smluvní pokuta z hlediska změn závazků dle ZZVZ

- **rozsudek NSS ze dne 30.3.2023 sp.zn. sp. zn. 8 Afs 157/2021**
 - ❖ **nevymáhání SP je podstatnou změnou závazku**
 - Nečinnost s uplatněním práva na smluvní pokutu má stejný důsledek, jako samotné prodloužení termínu k provedení díla. Fixně stanovený termín k dokončení díla zajištěný smluvní pokutou je přitom důležitým parametrem pro potenciální dodavatele při případném podání nabídky. Dodavatelé očekávají, že v případě prodlení po nich bude zadavatel smluvní pokutu bezprostředně požadovat, a tedy pokud dojdou k závěru, že termín k dokončení díla nejsou schopni dodržet, o zakázku se buďto neuchází vůbec, anebo tuto skutečnost zohlední ve své nabídce.
 - ❖ **otálení s vymáháním smluvní pokuty může být podstatnou změnou závazku**
 - skutečnost, že může dodavatel s penězi ve výši smluvní pokuty do jejího zadavatelem bezdůvodně odloženého uplatnění nakládat, dodavatele zvýhodňuje, neboť tuto částku může v mezích času hodnotit a jinak s ní disponovat. Navíc s ohledem na neustále snižující se hodnotu peněz způsobenou inflací je pro dodavatele výhodné, pokud zadavatel tuto částku uplatní až postupem času. NSS nastiňuje situaci, že někteří dodavatelé skrze své cash flow nabídku nepodávají vůbec, jelikož by si okamžitou platbu smluvní pokuty nemohli dovolit, ačkoliv její pozdější úhradu by již byli schopni zvládnout. Důležitým faktem rovněž je, že po výzvě k úhradě smluvní pokuty vzniká zadavateli právo rovněž na úrok z prodlení.

Smluvní pokuta z hlediska změn závazků dle ZZVZ

- rozsudek NSS ze dne 30.3.2023 sp.zn. sp. zn. 8 Afs 157/2021
 - ❖ zmírnění právního názoru ohledně časové prodlevy při vymáhání SP

NSS však zároveň připouští, že za určitých situací je možné, aby vymáhání smluvní pokuty s velkým časovým odstupem nezpůsobovalo podstatnou změnu závazku. Příkladem výslovně uvádí situace, kdy zadavatel nárok vyhodnocuje či k němu shromažďuje důkazy, a dále situace, kdy je nárok nejistý či sporný, nebo pokud o vypořádání nároku probíhá jednání s dodavatelem.

Jak to tedy je? Musí veřejný zadavatel vymáhat SP okamžitě? Odpověď je obvyklá – právní závěr nelze aplikovat obecně, vždy je potřeba individuálně zhodnotit veškeré skutkové okolnosti konkrétního případu 😊 Lze však doporučit přistoupit k vymáhání SP „bez **zbytečného** odkladu“ a pro časový odstup mít dobré zdůvodnění.

Postup proti problémovému zhotoviteli

- zhotovitel je záměrně neaktivní;
- stavební část díla dokončil s prodlením, administrativní část díla nedokončil vůbec a odmítá pro dokončení cokoliv udělat;
- zhotovitel odmítá podepsat předávací protokol (SoD spojuje s protokolárním převzetím díla jeho řádné dokončení a převzetí);
- bez předávacího protokolu stavební úřad odmítá kolaudovat;
- řádné dokončení díla je utvrzeno SP nabíhající každý den prodlení;
- zhotovitel odmítá vystavovat dílčí měsíční faktury dle SoD;
- dílo je financováno z IROP.

Postup proti problémovému zhotoviteli

Vymáhání smluvní pokuty

- kvůli neochotě zhotovitele podepsat předávací protokol stále nabíhá smluvní pokuta, která již dalece převyšuje celkovou cenu díla → vysoké nebezpečí soudní moderace zažalované SP a ztráta náhrady nákladů za soud
- povinnost vymáhat celou SP (vs.) vysoké náklady soudu v případě moderace pod půlku žalované částky (ve sporu větší neúspěch než úspěch)
- př.: SP dosáhla již částky 100 mio Kč. Náhrada nákladů soudu při 10 úkonech advokáta – cca **850 tis. Kč**, SoP - **2,6 mio Kč** = náhrada nákladů prohrané strany cca **3,5 mio**.

Ř E Š E N Í ??

- preventivní – v soutěžených SoD zastropovat výši SP a vyhnout se tak zákonné povinnosti vymáhat nesmyslně vysokou SP s vysokým rizikem moderace... Výše stropu? 50 % ceny díly? 70 %? Nelze obecně stanovit přiměřenou SP.
- Při již nastalé situaci - zkusit rozdělit žalovanou SP do více soudních řízení a vymáhat postupně (**hlídat promlčení!!!!**)
- výhody:** oťukání soudu (případný neúspěch nebude tak bolestivý), výrazně nižší riziko moderace při prvním řízení, při úspěchu v prvním sporu prakticky řetězení dalších úspěchů
- nevýhody:** je takový postup v souladu s doktrínou vymáhání celé SP, jinak podstatná změna závazku? Neprobádaná oblast - názor soudů, ÚOHS, CRR neznámý, ale legitimní zdůvodnění pro tento postup zde existuje

Postup proti problémovému zhotoviteli

Protokolární (ne)předání díla

- kvůli neochotě zhotovitele podepsat předávací protokol stále nabíhá smluvní pokuta, která již dalece převyšuje celkovou cenu díla → vysoké nebezpečí soudní moderace zažalované SP a ztráta náhrady nákladů za soud
- bizarní případ – bohatá judikatura na odmítnutí převzetí díla ze strany objednatele, nikoliv opačně
- stavební úřad odmítá stavbu kolaudovat bez př. protokolu.
- KSÚS vyřešila tak, že na schůzku k podepsání PP přizvala notáře, aby osvědčil průběh jednání (bylo velmi nepravděpodobné, že se zhotovitel dostaví)
- Notářský zápis u skutečnostech stavební úřad přijal jako podklad pro kolaudaci namísto PP, nelze však tento postup garantovat, postoj SÚ se v praxi liší úřad od úřadu
- nemožnost pročerpat dotace – nelze akci uzavřít, neboť protokolárním předáním je dle SoD teprve dílo dokončeno, →ztráta možnosti dotace a ztráta již vyplacené dotace

Ř E Š E N Í ??

- KSÚS zažalovala nepodepsání PP žalobou na náhradu projevu vůle dle § 161/3 o.s.ř. – soud zatím běží
- v případech ztráty dotace lze zkusit zažalovat náhradu vzniklé škody – úmyslné a zlomyslné jednání zhotovitele - rozpor s dobrými mravy? Zjevné zneužití práva nepožívá právní ochrany (§ 8 OZ)

Postup proti problémovému zhotoviteli

Zhotovitel záměrně nefakturuje

- zhotovitel záměrně a se zlým úmyslem nevystavuje faktury (dílčí, ani konečnou)
- zhotovitel počítá s „potrestáním“ zadavatele tím, že nevystaví faktury, zadavatel přijde o dotaci v daném dotačním období a před promlčením zhotovitel vystaví faktury
- Platbu lze dle SoD provést jen na základě vystavené faktury (hmotněprávní podmínka platby?)
- Nemožnost podat žádost o platbu u IROP a doložit platby – není co proplácet
- nemožnost pročerpat dotace

Ř E Š E N Í ??

- prakticky neexistuje – žalovat zhotovitele, aby chtěl své peníze – bizarní a pravděpodobně neúspěšné.
- v případě ztráty dotace lze zkusit zažalovat náhradu vzniklé škody – úmyslné a zlomyslné jednání zhotovitele - rozpor s dobrými mravy? Zjevné zneužití práva nepožívá právní ochrany (§ 8 OZ)

Děkuji za pozornost