

Dobrý den, paní Syptáková,

po konzultaci s naším právním oddělením Vám zasílám odpověď k uplatnění/neuplatnění smluvní pokuty za pozdní předložení bankovní záruky – viz text níže.

U každého projektu je třeba postupovat s přihlédnutím ke všem konkrétním skutkovým okolnostem daného případu a jejich vzájemným souvislostem, zejména s přihlédnutím k míře, v jaké byl v daném případě účel bankovní záruky naplněn.

V tomto případě se jednalo o situaci, kdy bankovní záruka nepokrývala celou zadavatelem požadovanou dobu zajištění, jednalo se tedy ze strany dodavatele o porušení smluvních povinností. Dále je dle našeho názoru z obsahu záruční listiny zřejmé, že z bankovní záruky nebylo možné uspokojit i nároky z plnění, jež nastaly v období, které bankovní záruka nepokrývala, přičemž tato limitace bankovní záruky **způsobila podstatné porušení smlouvy**. Náš závěr je tedy takový, že v období od 45 dnů od předání a převzetí díla, které proběhlo 13.7.2023 do 22.11.2023 nepředložil zadavatel bankovní záruku vůbec, tím došlo k **podstatnému porušení smlouvy, neboť účel bankovní záruky nebyl ani v minimální míře naplněn**.

VYMEZENÍ V ŘÍZENÍ

- **v průběhu řízení**

- snížení/ vypuštění smluvní pokuty z ustanovení smlouvy je podstatnou změnu smlouvy, resp. změnou, která by mohla mít vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení
- snížením/ upuštěním od smluvní pokuty může dojít k rozšíření okruhu dodavatelů (zmizí jim překážka a třeba se více dodavatelů rozhodne podat nabídku do předmětného řízení)

- **po skončení řízení**

- s ohledem na výše uvedené v prvním odstavci pak snížení smluvní pokuty nebo upuštění od jejího vymáhání může být podstatnou změnou závazku, ať už podle § 222/ 3 písm. a) ZZVZ (*Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů*)

nebo

podle písm. b) § 222/3 ZZVZ (*Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele*). Když upuštěním/snížením smluvní pokuty by byl vybraný dodavatel zvýhodněn oproti ostatním účastníkům.

Dle Obecných pravidel platí, že příjemce dotace má povinnost informovat CRR (o jejím uplatnění, výši, vymáhání a atd.), dále že příjemce se má snažit uplatnit pokutu v celé výši a tu také vymáhat – **V TOMTO OKAMŽIKU PRÁVĚ BY PODLE NAŠEHO NÁZORU MĚLO DOJÍT K POSOUZENÍ KAŽDÉHO PŘÍPADU ZCELA INDIVIDUÁLNĚ**, což je rozvedeno níže, neboť samotný případný soudní spor, posouzení vzniku práva na soudní pokutu a adekvátnost její výše je věc inter partes, kterou se CRR nemá zabývat.

Ve smlouvě je mj. jasně uvedeno, že:

6.11 Zhotovitel se zavazuje k předložení garance na odstraňování případných vad ve formě bankovní záruky, nebo formou vkladu na účet objednatele ve výši 300 000 Kč.

6.12 Bankovní záruka ve výši 300 000 Kč bude zhotovitelem předložena do 45 dnů od předání a převzetí díla. V případě nedodržení podmínky na předložení bankovní záruky bude vůči zhotoviteli

uplatněna smluvní pokuta ve výši 3 % z celkové ceny díla bez DPH se splatností do 15 dnů ode dne vzniku nároku na tuto smluvní pokutu s tím, že odpovědnost za vady v záruční době tímto zůstává nedotčena.

14.3 Smluvní strany shodně prohlašují, že si tuto smlouvu před jejím podepsáním přečetly, že byla uzavřena po vzájemném projednání podle jejich pravé a svobodné vůle určitě, vážně a srozumitelně, nikoliv v tísní nebo za nápadně nevýhodných podmínek a její autentičnost stvrzují svými podpisy.

V návaznosti na výše uvedené město Hranice jako objednatel vystavilo dodavateli fakturu na částku 268 650 Kč, která byla splatná ke dni 21.12.2023. Následně bylo zhotovitelem reagováno v tom smyslu, že nárok neuznávají, neboť bankovní záruka dle bodu 6.11 smlouvy o dílo představuje „garanci na odstraňování případných vad“, dále že v daném případě do doby předložení bankovní záruky objednateli nedošlo k tomu, že by zhotovitel nesplnil své povinnosti ze smlouvy o dílo, přičemž kromě jiného cituje rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, spisová značka 31 Cdo 2273/2022-162 ze dne 11.01.2023 (viz vyjádření ze dne 18.12.2023). Dle našeho názoru však cituje tu pasáž, která se mu hodí, neboť soud také mj. rozvedl, že ve druhém kroku by se měl soud zabývat konkrétními okolnostmi s přihlédnutím ke zjištěné funkci smluvní pokuty. Na základě těchto okolností by měl soud zodpovědět, zda je smluvní pokuta nepřiměřeně vysoká. Dospěje-li soud k závěru, že smluvní pokuta není nepřiměřeně vysoká, nárok věřitele nesníží. Třetí krok soud uplatní toliko v případě, že ve druhém kroku **posoudí smluvní pokutu jako nepřiměřeně vysokou. To znamená, že v rámci třetího kroku soud sníží smluvní pokutu na výši přiměřenou.**

V tomto posuzovaném případě došlo ze strany dodavatele k jasnému porušení smluvních povinností, což sám přiznává jako „administrativní pochybení“. Je ovšem pravdou, že výše pokuty je **zřejmě nepřiměřená** a neadekvátní částce, když bankovní záruka byla 300 000 Kč a smluvní pokuta pro její zřízení je ve výši 268 650 Kč (90% výše částky kterou zajišťuje).

Na sdělení zhotovitele objednatel reagoval mj. tím, že vysloveně uvedl, že: „S ohledem na to, že se jednalo o veřejnou zakázku v režimu zjednodušeného podlimitního řízení, nelze v tuto chvíli podaným námitkám zhotovitele vyhovět a **upustit od vymáhání smluvní pokuty, neboť tímto postupem by mohlo dojít k porušení rovnosti, nediskriminace a transparentnosti výběrového řízení, na základě kterého smlouva byla uzavřena.** Navíc je zde další okolnost, a to je poskytnutí financí na akci dotačním orgánem, kdy objednatel je vázán dalšími pravidly. Město se při výkonu samosprávy, do kterého spadá vyhlašování výběrových řízení a uzavírání smluv o dílo, **řídí pravidly stanovenými zákonem č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení),** ve znění pozdějších předpisů). Nedodržením smluvní povinnosti **vznikla městu nová pohledávka,** která se stala součástí majetku města a vztahují se na ni proto pravidla hospodaření obce zakotvená v tomto zákoně. Z tohoto vyplývá obecná povinnost obcí pohledávky vůči svým dlužníkům uplatňovat a vymáhat. Jelikož obecní zřízení nečiní mezi pohledávkami žádný rozdíl, vztahuje se tato povinnost i na pohledávku představující právo na zaplacení smluvní pokuty, a to bez ohledu na to, zda a kdy bylo město na nepředložení bankovní záruky upozorněno dotačním orgánem.“

Zhotovitel reagoval následně mj. v tom smyslu, že: „Vymáhání smluvní pokuty, včetně případného podání žaloby, je bez pochyby finanční operací spojenou s nemalými náklady. Před finanční operací tohoto typu, je obec povinna posoudit (zkontrolovat), zda náklady s touto operací spojené budou vynaloženy hospodárně, efektivně a účelně (viz například zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, ve znění pozdějších předpisů). Jsme přesvědčeni o tom, že v případě právního posouzení dané věci (zde odkazujeme na naše námitky vůči faktuře) byste museli dospět k závěru, že v případném soudním sporu nemůžete být úspěšní.“

Podle našeho názoru je toto tvrzení zhotovitele naprosto mimo, neboť objednatel postupoval v souladu s uzavřenou smlouvou a zcela oprávněně se domáhal smluvní pokuty (ovšem ne zřejmě v zcela adekvátní výši) a musel tak i postupovat, neboť mu to přímo ukládá zákon o obcích (viz § 38),

neboť obec má v duchu péče řádného hospodáře rovněž **povinnost chránit svůj majetek před neoprávněnými zásahy a včas uplatňovat právo na náhradu škody a právo na vydání bezdůvodného obohacení**. Jde tedy o nutnost vyvíjet odpovídající procesní aktivity, které vycházejí z aktivní správy obecního majetku. V krajním případě, kdy není možné jiné řešení, má obec v duchu této povinnosti povinnost domáhat se svých práv soudní cestou. Neurčitý termín „včas“ lze přitom vnímat jako povinnost obce uplatňovat tato práva v ideálním případě bezodkladně, nebo alespoň před uplynutím lhůt pro promlčení nároků. Obec je také povinna **trvale sledovat, zda dlužníci včas a řádně plní své závazky, a zabezpečit, aby nedošlo k promlčení nebo zániku z nich vyplývajících práv**. Obce mají na základě této povinnosti povinnost své pohledávky včas uplatňovat a případně i exekučně vymáhat. Za základní předpoklad realizace této povinnosti je možné považovat pečlivou evidenci veškerých závazků fyzických a právnických osob včetně státu vůči obci.

S ohledem na výše uvedené máme za to, že dodavatel/zhotovitel porušil smluvní povinnost, čímž došlo k podstatnému porušení smlouvy, kdy ovšem objednatel měl svůj nárok uplatnit v adekvátní výši a nyní by bylo nejlepší se dohodnout na smírném řešení, neboť nyní uplatňovaná částka je skutečně a zřejmě v nepřiměřené výši.

Z pohledu Centra by tedy bylo možné akceptovat nějaký druh dohody smluvních stran, která bude korigovat výši posuzované smluvní pokuty, nicméně Centrum není v postavení, kdy by mělo takovou výši **určovat**, tzn. pokud se smluvní strany dohodnou na smírném řešení, tak by **výsledná částka měla být obhajitelná, odůvodnitelná, proč se dohodli zrovna na této přiměřené výši smluvní pokuty**.

Odpověď za Centrum je tedy taková, že nevylučujeme akceptaci dohody smluvních stran narovnávající smluvní pokutu na přiměřenou výši (prominutí smluvní pokuty zcela však považujeme za poměrně rizikové), nicméně finální posouzení ze strany Centra je možné provést až na základě informací o konečné výši smluvní pokuty a mechanismu, který vedl smluvní strany k jejímu určení, kdy tímto postupem nesmí dojít k porušení či obcházení § 222 ZZVZ.

V případě dalších dotazů mě kontaktujte.

S pozdravem

