ZMP 13.10.2016 -TN/1

PŘÍLOHA č. 1

Magistrat mesta Plzne.
Doruceno: 17.02.2015
C.j.:
listy:5 prilohy:
mepzes15536091

MMP/033526/15

C. dop.
DOŠLO: 18 -02- 2015
Zprac.
Č.j.: Přílohy:
Ukl. zn.

Statutární město Plzeň
Magistrát města Plzně
Technický úřad, odbor investic
Ing. Evžen Kaucký
Škroupova 5
306 32 Plzeň

V Plzni dne 13. 2. 2015

Věc: ***„GREENWAYS Plzeň"***

V návaznosti na naše předchozí jednání o prominutí smluvní pokuty za pozdní předložení bankovní záruky na stavbu „GREENWAYS Plzeň" si dovolujeme jako dodavatelské sdružení tímto požádat o přezkoumání Vašeho rozhodnutí o udělení pokuty.

Dovolte, abychom shrnuli fakta o posouzení sjednání smluvní pokuty, její přiměřenost a možnosti její moderace.

Posouzení sjednání smluvní pokuty, její přiměřenosti a možnosti její moderace

Uplatnění smluvní pokuty

Dopisem ze dne 8. 8. 2014 došlo ze strany Statutárního města Plzeň, Magistrátu města Plzně, Technického úřadu, Odboru investic vůči Sdružení GREENWAYS Plzeň – FIRESTA + STAVMONTA k uplatnění smluvní pokuty ve výši 6.250.000,- Kč. Statutární město Plzeň předmětnou pokutu uplatnilo dle čl. VII. a), bod 18 obchodních podmínek jako smluvní pokutu ve výši 50.000,- Kč denně za prodlení s předložením bankovní záruky v trvání 125 dnů.

Sjednání smluvní pokuty

Zde je potřeba se zaměřit na tato rozhodující fakta. Statutární město Plzeň uzavřelo jako objednatel se Sdružením GREENWAYS Plzeň – FIRESTA+ STAVMONTA dne 20. 11. 2013 smlouvu o dílo k realizaci veřejné zakázky GREENWAYS Plzeň. Nedílnou součástí obsahu uvedené smlouvy o dílo je rovněž i kompletní zadávací dokumentace uvedené zakázky.

Dle ust. článku VII.a), bod 18. obchodních podmínek tvořících zadávací dokumentaci uvedené zakázky *„Zhotovitel v souladu s podmínkami zadávací dokumentace je povinen předat objednateli záruku za provedení díla ve výši 5 % celkové nabídkové ceny díla bez DPH s platností min. 30 dní po termínu dokončení díla. Nejpozději k termínu zahájení stavby je*

uchazeč povinen předat originál bankovní záruky zadavateli. Bankovní garance se sjednává jako bezpodmínečná a neodvolatelná za řádné, úplné a včasné provedení díla a splnění všech povinností uchazeče jako zhotovitele díla vyplývajících ze smlouvy o dílo včetně všech jejích příloh a součástí s uchazečem uzavřené. Celá částka z bankovní záruky bude vyplacena bankou na první písemnou výzvu objednatele, aniž by banka byla oprávněna uplatňovat námitky". Dle ust. článku článku VII.f), bod. 8 obchodních podmínek tvořících zadávací dokumentaci uvedené zakázky *„Smluvní pokuta za nesplnění podmínek pro dodání bankovní záruky dle podmínky z bodu VIIa) čl. 18 činí 50.000,- Kč za každý den prodlení.*"

Je třeba si uvědomit, že předmětná smlouva o dílo je uzavřena v režimu obchodního zákoníku a její režim se řídí především příslušnými ustanoveními § 536 a násl. obchodního zákoníku dopadajícími na úpravu smlouvy o dílo. Úprava smluvní pokuty je obsažena zejména v ustanoveních §§ 544 a 545 zákona č. 40/1964 Sb. občanského zákoníku ve znění pozdějších předpisů a dále v ustanoveních §§ 300 – 302 obchodního zákoníku, přičemž pro vztah úpravy dle občanského a obchodního zákoníku se uplatní pravidlo lex specialis derogat legi generali.

Nutno podotknout, že návrh smlouvy o dílo byl předložen objednatelem, jako součást zadávací dokumentace s tím, že zhotovitel nebyl oprávněn žádnou součást smlouvy, obchodních podmínek či zadávací dokumentace, vyjma cenové nabídky a návrhu harmonogramů, upravovat či měnit. Ujednání jak o zajišťované povinnosti, tak smluvní pokutě mohl toliko akceptovat.

Funkce smluvní pokuty

Dle našeho názoru je účelem smluvní pokuty v daném případě zajištění splnění povinnosti zhotovitele sjednat bankovní záruku za provedení díla. Jedná se o zajištění dílčího závazku zhotovitele a v podstatě o zajištění realizace zajišťovacího institutu.

Možné důsledky nesplnění zajišťované povinnosti

Zde se náš výklad opírá o fakt, že bankovní zárukou byla zajišťována povinnost zhotovitele dílo provést, tj. zejména bylo jejím účelem předcházet vzniku škod, které by vznikly, pokud by zhotovitel k provádění díla vůbec nepřistoupil, či provádění díla nedokončil a objednatel by byl nucen od smlouvy odstoupit a k zadání díla realizovat nové zadávací řízení.

Přiměřenost výše smluvní pokuty

Tady bychom se rádi pozastavili nad souhrnem faktů, které mají z hlediska přiměřenosti strategický význam při posouzení. Pokud jde o výši smluvní pokuty, Nejvyšší soud v rámci svého rozhodování konstantně judikuje, že smluvní pokuta musí mít *„dostatečnou, nikoliv však přemrštěnou pobídkovou funkci*".[1)] Na otázku, co lze vnímat jako přemrštěnou pobídkovou funkci zřejmě může odpovědět rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. 11. 2003, které považuje za nepřiměřenou takovou smluvní pokutu, která, i kdyby byla sjednána ve výši několikanásobně nižší, stále by zcela dostatečně plnila svoji preventivní i sankční roli.[2)] Pokud pak přihlédneme k další funkci smluvní pokuty a tuto budeme vnímat jako paušalizovanou náhradu škody, bude dalším možným hlediskem poměr všech objektivně myslitelných škod způsobených porušením zajištěné povinnosti. Vztah smluvní pokuty

k náhradě škody je zásadní a bývá zmiňován v celé řadě soudních rozhodnutí. Soudní judikatura dospěla v rámci rozhodovací praxe ke stanovisku, že je třeba *„aby pokuta zahrnovala všechny škody, které lze rozumně v daném konkrétním vztahu s porušením určité povinnosti očekávat.*[18)] Pokud se ujednání o smluvní pokutě od takového stavu výrazněji odchýlí, pak bude nutné toto posuzovat jako příčící se dobrým mravům, resp. zásadám poctivého obchodního styku a tedy absolutně neplatné, resp. v režimu řídícím se obchodním zákoníkem nevymahatelné. Zmíněný rozsudek Nejvyššího sudu z roku 2003 také uvádí, že *„převyšuje-li však výrazně výši skutečně vzniklé škody, je výše smluvní pokuty nepřiměřená a ujednání je pro rozpor s dobrými mravy neplatné.*[19)] Rozhodnutím Nejvyššího soudu ze dne 25. 11. 2009, sp. zn. 33 Cdo 1682/2007, pak došlo ke shrnutí předchozí rozhodovací praxe a stanovení postupu soudu při zkoumání přiměřenosti smluvní pokuty: *„Při zkoumání platnosti ujednání o smluvní pokutě z hlediska dobrých mravů je nutno uvážit funkce smluvní pokuty (tj. funkci preventivní, uhrazovací a sankční). V souvislosti s výší smluvní pokuty je třeba, aby pokuta zahrnovala všechny škody, které lze rozumně v daném konkrétním vztahu s porušením určité povinnosti očekávat, musí mít dostatečnou, nikoliv však přemrštěnou pobídkovou výši. Přiměřenost výše smluvní pokuty je třeba posoudit s přihlédnutím k celkovým okolnostem úkonu, jeho pohnutkám a účelu, který sledoval. V úvahu je třeba rovněž vzít výši zajištěné částky, z níž lze také usoudit na nepřiměřenost smluvní pokuty s ohledem na vzájemný poměr původní a sankční povinnosti.*" Současně došlo rozsudkem velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 14. října 2009, sp. zn. 31 Cdo 2707/2007 ke stanovení postupu při moderaci smluvní pokuty: *„Rozhodnutí soudu o použití moderačního práva ve smyslu § 301 obch. zák., zda a kdy nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu snížit, je výsledkem určitého procesu rozhodování. Soud nejprve řeší otázku, zda byla sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta. Pro toto posouzení zákon žádná kritéria nestanoví; závěr o tom, zda je sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta, je tedy věcí volného uvážení soudu. Posouzení otázky (ne)přiměřenosti smluvní pokuty závisí na okolnostech konkrétního případu, zejména na důvodech, které ke sjednání posuzované výše smluvní pokuty vedly, a na okolnostech, které je provázely. Není rovněž vyloučeno, aby soud již při posuzování této otázky přihlédl k významu a hodnotě zajišťované povinnosti, zákon mu to však neukládá. Bude-li výsledkem rozhodování soudu jeho závěr, že svého moderačního práva využije, neboť byla sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta, nastupuje etapa jeho rozhodování, kdy posuzuje, v jakém rozsahu nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu sníží. Teprve v této fázi rozhodování je soud ze zákona povinen přihlédnout k hodnotě a významu zajišťované povinnosti, přičemž možnost soudu snížit smluvní pokutu není neomezená – věřitel má vždy právo na smluvní pokutu alespoň ve výši vzniklé škody.*"

Dle našeho názoru, dalšími relevantními kritérii, byť zákonem přímo neupravenými, která budou brána soudem v úvahu při posuzování přiměřenosti smluvní pokuty, budou zejména hospodářská pozice smluvních stran, skutečnost, zda došlo ke vzniku škody či nikoliv, dodatečné splnění smluvní povinnosti, způsob zapracování smluvní pokuty do smlouvy, reciprocita smluvní pokuty.

Posouzení sjednání smluvní pokuty a možnosti její moderace

Adekvátně s váhou předchozích odstavců je nutno vzít v potaz následující. Samotné vymezení závazku ke zřízení bankovní záruky tak, jak je uvedeno v článku VII. a),

bod 18. obchodních podmínek je naprosto nepřehledné a nejasné a v důsledku těchto skutečností může být soudem shledáno jako neplatné. Předmětná ustanovení smlouvy o dílo, resp. obchodních podmínek používají pro označení institutu, jehož zřízení zřejmě objednatel požaduje po zhotoviteli, několik označení, kdy nelze jednoznačně dovodit, zda se jedná o stejný požadavek či požadavků několik. Samotné vymezení závazku je nepřehledné a ne zcela srozumitelné. Rovněž ujednání o smluvní pokutě je poměrně subtilní a nelze z tohoto jednoznačně dovodit, že by se zhotovitel zavázal k tomu, že smluvní pokutu v případě předpokládaného porušení smluvních podmínek objednateli uhradí. S ohledem na skutečnost, že předmětná ujednání předložil objednatel, bude ve smyslu ustanovení § 266 odst. 4 obchodního zákoníku nutno tyto vykládat v pochybnostech k jeho tíži.

K posouzení všech okolností uplatnění smluvní pokuty ve světle shora uvedených východisek, bude nutno vzít v úvahu zejména výši smluvní pokuty a hodnotu zajišťované povinnosti, dále funkci pokuty a skutečnosti že:

- návrh smlouvy o dílo byl předložen objednatelem, jako součást zadávací dokumentace s tím, že zhotovitel nebyl oprávněn předmětné části smlouvy měnit či o změně jednat,
- porušení podmínek smlouvy nevedlo ke vzniku žádných škod,
- dílo bylo předáno řádně a včas,
- povinnost, jejíž nesplnění bylo smluvní pokutou sankcionováno, byla byť s prodlením avšak v plném rozsahu splněna, bez toho, aby vzniklé prodlení mělo jakýchkoliv následků,
- zajišťovaná povinnost je smlouvou upravena natolik nejasně, že lze mít za to, že nebyla platně sjednána,
- způsob zajištění smluvní pokutou není sjednán zcela srozumitelně.

Jsme za to, že při zohlednění všeho uvedeného je zřejmé, že smluvní pokuta ve výši 50.000,- Kč denně je nepřiměřená zajišťované povinnosti. Přiměřenost sjednané výše smluvní pokuty nelze dovodit, pokud tuto posoudíme s přihlédnutím k celkovým okolnostem úkonu, zejména jeho pohnutkám a účelu, když tato sankce zajišťovala toliko splnění zajišťovací povinnosti. S ohledem na další smlouvou řešené sankce a zajišťovací instituty lze vnímat konstrukci uvedené smluvní pokuty jako nadbytečnou, kterou však vzhledem k hospodářskému postavení účastníků nemohl zhotovitel nikterak ovlivnit. Současně lze dovodit, že výše smluvní pokuty je pokud se jedná o naplnění její pobídkové funkce, zcela přemrštěná, pokud bychom tuto vnímali jako paušalizovanou náhradu škody je její výše v hrubém nepoměru s rozumně očekávatelnou výší reálně vzniklé škody. Lze tedy předpokládat, že pokud by ujednání o zřízení bankovní záruky či o smluvní pokutě nebyla shledána neplatnými, je zde dána velká pravděpodobnost, že by soud využil možnosti smluvní pokutu co do výše moderovat.

S ohledem na vše výše uvedené, s ohledem na zdárné dokončení stavby bez vad a nedodělků žádáme o prominutí smluvní pokuty za pozdní předložení bankovní záruky na stavbu „GREENWAYS Plzeň."

Sdružení GREENWAYS Plzeň – FIRESTA a STAVMONTA

Za vedoucího účastníka sdružení

firesta
FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s.,
MLÝNSKÁ 68 • 602 00 BRNO
IČO: 253 17 628 • DIČ: CZ25317628

.....

Ing. Pavel Borek
člen představenstva a ředitel společnosti

Za účastníka sdružení

STAVMONTA
spol. s r.o.
Hřbitovní 33, 312 00 Plzeň
tel./fax: 377 444 216
IČ: 40525007 DIČ: CZ40525007
č.ú.: 491057/0300 (2)

.....

Ing. Milan Leška
jednatel společnosti

[1] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 4. 2002, sp. zn. 33 Odo 96/2001
[2] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 11. 2003, sp. zn. 33 Odo 890/2002
[3] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 4. 2002, sp. zn. 33 Odo 96/2001