

U s n e s e n í

Krajský soud v Ostravě rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Mgr. Dagmar Hanákové a soudců Mgr. Karly Nekolové a JUDr. Mgr. Marka Del Favero, Ph.D. ve věci žalobce **Ing. Otakara H.**, se sídlem xxx, zastoupeného JUDr. Alfrédem Šrámkem, advokátem se sídlem Ostrava, Českobratrská 2, proti žalovanému **Statutárnímu městu Ostrava, se sídlem Ostrava, Moravská Ostrava a Přívoz, IČ: 00845451, Městský obvod Slezská Ostrava, se sídlem Slezská Ostrava, Těšínská 34,** zastoupenému JUDr. Josefem Jurasem, advokátem se sídlem Ostrava-Moravská Ostrava, Jiráskovo nám. 8, **o zaplacení částky 1.738.023,30 Kč s příslušenstvím a o vzájemné žalobě**, k odvolání žalovaného proti rozsudku Okresního soudu v Ostravě ze dne 30.11.2011, č.j. 28C 76/2005-209,

t a k t o :

Rozsudek okresního soudu **se** ve výrocích I., III., V., VI., VII. **zrušuje** a věc se v tomto rozsahu vrací okresnímu soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Napadeným rozsudkem okresní soud uložil žalovanému zaplatit žalobci částku 1.658.632,-Kč s 0,05% úrokem z prodlení denně z 640.014,10 Kč od 16.4.2004, s 2% úrokem z prodlení z 1.018.617,90 Kč od 16.10.2004 vždy do zaplacení (výrok I.), žalobci uložil zaplatit žalovanému 5.593.946,50 Kč (výrok III.), co do částky 79.391,30 Kč zamítl žalobu, co do částky 166.983,64 Kč zamítl vzájemný návrh. Na náhradu nákladů řízení uložil žalobci zaplatit žalovanému 237.815,-Kč, státu 12.976,-Kč a žalovaného zavázal zaplatit státu na nákladech řízení 6.624,-Kč.

Proti tomuto rozsudku podal žalovaný včasné odvolání. Ve vztahu k výroku I. oponoval způsobu vypořádání stran ze smlouvy o dílo s argumentací, že za práce dle smlouvy o dílo zaplatil 6.105.336,20 Kč, žalobce neprovedl smlouvou sjednané práce v hodnotě 2.180.016,-Kč, znalecký posudek v řízení vyhotovený se týkal pouze prací provedených nad rámec původního rozpočtu (dále i víceprací) a pouze těchto víceprací se týká závěr o jejich částečném neprovedení, neprokazuje se jím proto, zda

byly provedeny všechny práce podle smlouvy o dílo a v tomto směru nemá žádnou důkazní hodnotu, nadto byl použit ceník odlišný od ceníku v rozpočtu. Vycházel-li soud proto z celkové ceny díla včetně víceprací, od nichž odečetl (skutečnosti neodpovídající) částku zaplacené ceny díla a hodnotu neprovedených víceprací, je jeho rozhodnutí nesprávné. Ve vztahu k výroku III., jímž bylo vyhověno vzájemnému návrhu na zaplacení smluvní pokuty, namítal, že spolu s tímto návrhem učinil kompenzační námitku, jíž pro případ, že žaloba nebude zamítnuta z jiného důvodu, započte část smluvní pokuty na pohledávku žalobce v řízení uplatněnou. Tuto námitku soud I. stupně pominul, což v důsledku znamená, že žalobce získal exekuční titul, který by jinak získat neměl, v exekučním řízení se žalovaný nemůže ubránit námitkou zániku pohledávky započtením, neboť projev započtení byl učiněn již v průběhu nalézacího řízení. Z toho důvodu je odvoláním proti výroku I. dotčen i výrok III. rozsudku.

Zástupce žalobce navrhoval potvrzení rozsudku okresního soudu v části, jíž bylo žalobě vyhověno, neboť bylo prokázáno, že předmět díla i vícepráce žalobce provedl, jeho změnu v části, jíž bylo vyhověno vzájemné žalobě na zaplacení smluvní pokuty pro její nepřiměřenost z důvodů snášených již v prvostupňovém řízení, znalecký posudek měl rovněž za nedostatečný, nekompletní, z něhož rozsah provedených prací zjistit nelze.

Krajský soud shodně se žalovaným dospěl k závěru, že odvoláním žalovaného proti výroku I. rozsudku je otevřen odvolacímu přezkumu i výrok III., neboť námitka započtení vzájemných pohledávek činí z těchto výroků výroky závislé, a že vyhovujícím výrokem III. rozsudku došlo k újmě na jeho právech. V důsledku nerespektování námitky započtení nastal stav, že nebyl určen okamžik střetu vzájemných pohledávek a tím ani okamžik, od kterého již žalovaný není v prodlení se zaplacením pohledávky uvedené ve výroku I. V případném exekučním řízení žalovaný nemůže dosáhnout zastavení řízení pro zánik žalobcovy pohledávky v důsledku započtení a byl by tak povinen zaplatit přisouzené úroky z prodlení až do dne jejího zaplacení, ačkoli k zániku došlo (mohlo dojít) již v průběhu nalézacího řízení. Námitka započtení tak činí z obou výroků výroky závislé a jejím nerespektováním došlo k újmě na právech žalovaného.

Krajský soud proto přezkoumal rozsudek okresního soudu v obou vyhovujících výrociích včetně výroků závislých spolu s řízením předcházejícím dle občanského soudního řádu ve znění účinném do 31.12.2013 (článek II., bod 2 přechodných ustanovení zákona č. 293/2012 Sb.) a dospěl k závěru, že rozsudek okresního soudu obstát nemůže, aniž by byly předpoklady pro jeho změnu.

Z obsahu spisu se podává, že v řízení zahájeném 15.4.2004 žalobce vymáhal částku 640.014,10 Kč s 0,05% úrokem z prodlení denně od 18.11.2003 (dále i nárok A, první nárok) a částku 1.098.009,20 Kč s 2% úrokem z prodlení od 27.3.2004 (dále i nárok B, druhý nárok), vždy do zaplacení jako peněžité pohledávky vzniklé na základě dne 22.8.2002 účastníky uzavřené smlouvy o dílo změněné dodatky.

Ve vztahu k nároku A skutkově tvrdil, že cena díla byla zvýšena dodatkem 1 ze dne 23.8.2002 na částku 7.494.832,75 Kč, bylo dohodnuto, že fakturace do výše 90 % ceny bude prováděna zhotovitelem měsíčně na základě soupisu provedených prací a do zbývajících 10 % po zprovoznění bezvadného díla a nabytí právní moci kolaudačního rozhodnutí, v žádném měsíci nevyúčtoval více než 90 % ceny provedených prací. Cena díla po změně dodatkem 1 včetně pozastávky činila 7.494.832,75 Kč, po odpočtu pozastávky a žalovaným zaplacené částky 6.105.336,20 Kč zůstala k úhradě do 90 % ceny díla částka 640.014,10 Kč. Tento doplatek byl vyúčtován ke dni dokončení díla 18.11.2003 se splatností 17.12.2003. Žalovaný nejprve odmítl dílo převzít, k tomu došlo až 15.4.2004. Uvedl, že cena díla byla sjednána jako pevná, na tuto pevnou cenu má proto nárok, ujednání o dílčí fakturaci bylo pouze ujednáním o platebních podmínkách, v průběhu stavby se technický dozor soustavně pokoušel měnit původně dohodnutý rozsah díla jiným způsobem, než ve smlouvě dohodnutým a neuznal a neuhradil mu ze smluvní ceny díla práce ve výši 2.180.016,03 Kč bez DPH.

Ve vztahu k nároku B skutkově tvrdil, že podle požadavků objednatele zapsaných ve stavebním deníku provedl v průběhu realizace díla vícepráce, bez nichž by nebylo možné dílo dokončit. Vícepráce byly provedeny přede dnem uzavření dodatků 3, 4 ke smlouvě, má proto nárok na zaplacení skutečné ceny provedených víceprací z titulu bezdůvodného obohacení, tuto cenu vyúčtoval fakturou 02/04 z 23.2.2004 ve výši 1.098.009,20 Kč. Dále uvedl, že vícepráce byly nakonec vyčísleny na 1.090.371,34 Kč, v tom byly zahrnuty i práce týkající se čističky odpadních vod, jejímž dodavatelem byla společnost Soveko s.r.o., která odmítla do doby zaplacení dluhu vydat příslušnou dokumentaci, proto navrhl žalovanému trojstranné dohody o narovnání tak, že z hodnoty víceprací budou odpočteny části dodávky čerpací stanice a částku 252.800,-Kč uhradí žalovaný přímo společnosti Soveko, což (ne v celém rozsahu) žalovaný učinil. Součástí tohoto dopisu byl žalobcem dne 17.8.2004 podepsaný dodatek 4 na vícepráce ve výši včetně DPH 968.253,42 Kč, žalovaný jej potvrdil dne 15.10.2004. Cena víceprací 968.253,42 Kč byla vyúčtována fakturou VF 02/04 se splatností 26.3.2004. Uvedl, že dodatkem 4 byla cena víceprací dohodnuta na tuto částku, ale podle smlouvy cena mohla být upravena v důsledku případných nepředvídaných víceprací a zvýšena nebo snížena dohodou stran dodatkem ke smlouvě, skutečná cena provedených víceprací je ve výši žalobou uplatněné.

V replice k obraně žalovaného a ke vzájemnému návrhu uvedl, že dílo bylo připraveno k předání 18.11.2003, nebylo převzato z důvodu realizovaných víceprací podle opakovaných požadavků žalovaného, který tím sám zapříčinil prodloužení provádění díla a odsunutí termínu jeho předání, když rozsah změn si nezbytně vyžádal prodloužení lhůty pro provedení a předání díla, přičemž změny musely být provedeny, jinak by došlo k průtahům v provádění díla. Dodatek 4 týkající se víceprací byl uzavřen dne 15.10.2004, tím došlo nejméně konkludentně k dohodě o prodloužení termínu plnění, když změna rozsahu smlouvy není možná po dni, k němuž podle dohody stran mělo být dílo provedeno. Smluvní pokutu měl za nepřiměřeně vysokou a rozpornou se zásadami poctivého obchodního styku s tím, že její výše za 151 dnů prodlení 1,7

násobně převyšuje smlouvenou cenu díla a namítl promlčení tohoto nároku, neboť čtyřletá promlčecí lhůta počala běžet 16.11.2003 a marně uplynula 16.11.2007.

Žalovaný potvrdil uzavření smlouvy o dílo dne 22.8.2002, změnu ceny díla dodatkem na 7.494.832,75 Kč, zaplacení částky 6.105.336,20 Kč za provedené práce i neuhrazení části ceny ve výši 2.180.016,03 Kč (bez DPH) s argumentací, že práce v této ceně podle smlouvy o dílo žalobce neprovedl a cena smlouvou dohodnutá byla stanovena jako maximálně přípustná, což znamená, že mohla být nižší podle skutečně provedených prací podle rozpočtu zhotovitele a o vícepracích mělo být účtováno odděleně. V průběhu provádění díla žalobce fakturoval 100 % ceny v daném měsíci provedených prací, takže vše již dostal zaplaceno, nárok na zaplacení částky 640.014,10 Kč (podle faktury doručené 1.3.2004 a žalobci vrácené) tak nevznikl a totéž platí pro pozastávku ve výši 10 %, která ani fakturována nebyla. Uvedl, že pro neodstranění vad, a to nedodání technické dokumentace k čerpací stanici odpadních vod v přiměřené lhůtě, uplatnil nárok na slevu z ceny díla ve výši 83.300,-Kč. Ve vztahu k nároku B namítal, že dodatek 4 byl uzavřen až po ukončení a předání díla, nejedná se proto o platný právní úkon, přílohu k němu nepodepsal. Žalobce vícepráce provedl bez dříve uzavřené písemné smlouvy, což je v rozporu s ust. § 272 obch. zák., zákona č. 128/2001 Sb., obecně závaznými vyhláškami města a zákonem č. 199/1994 Sb. o veřejných zakázkách, to mělo za následek neshodu o ceně provedených víceprací, proto nebyla proplacena faktura 02/04, v době tohoto účtování žalovaný nebyl ještě ani vlastníkem díla, protože k předání došlo až 15.4.2004 a nemohl se proto ani bezdůvodně obohatit, vícepráce byly v hodnotě určené dodatkem č. 4 ke smlouvě.

Dne 7.2.2008 žalobce uplatnil vzájemný návrh na zaplacení částky 5.760.930,14 Kč. Skutkově tvrdil, že termín plnění díla byl po změně smlouvy dodatkem 3 dohodnut na 15.11.2003, současně byla sjednána smluvní pokuta 1 % denně z ceny díla pro případ prodlení s jeho provedením. Bylo ujednáno, že dokončením díla se rozumí i předání díla, podle smlouvy je dílo považováno za dokončené po ukončení všech prací, pokud jsou ukončeny řádně a pokud byly předány veškeré doklady potřebné k provozování stavby a že dnem dokončení a předání díla se rozumí den, ve kterém dojde k podpisu předávacího protokolu. V průběhu přejímacího řízení zahájeného v listopadu 2003 k výzvě žalobce, byly zjištěny vady a nedodělky, k předání díla, byť s vadami, došlo na základě zápisu ze dne 15.4.2004. Žalobce byl v prodlení se splněním svého závazku v trvání 151 dnů, dohodnutá smluvní pokuta za toto období z ceny díla ve výši 8.349.174,-Kč (včetně víceprací) činí 12.607.252.74 Kč, stala se splatnou na výzvu z 13.5.2005. V odvolacím řízení pak doplnil, že výše uplatněného nároku 5.760.930 Kč vyplývá z toho, že jen v tomto rozsahu, který vymezuje obdobím od 7.2.2004 do 15.4.2004 nedošlo k promlčení smluvní pokuty. Uvedl, že pro případ, že by žaloba nebyla zamítnuta z jiného právního důvodu, vznáší současně eventuelní kompenzační námitku proti pohledávce žalobce ve výši 1.738.023,30 Kč s příslušenstvím, na tuto pohledávku započítává část své pohledávky z titulu smluvní pokuty.

Okresní soud vyšel ze zjištění, že strany uzavřely 22.8.2002 smlouvu o dílo s dodatky 1, 2, 3, 4 z 23.8.2002, 14.4.2003, 24.10.2003 a 15.10.2004, v dodatku 3 byl ujednaný konečný termín zhotovení díla na 15.11.2003 a pro případ prodloužení smluvní pokuta 1 % denně z ceny díla. Žalobce provedl vícepráce, celková cena díla včetně víceprací činila 8.349.174,-Kč, žalovaný žalobci zaplatil 6.067.321,20 Kč a uplatnil slevu z ceny díla v souvislosti s vadami či neprovedenými pracemi, které byly žalobcem účtovány. Z posudku ustanoveného znalce soud zjistil, že žalovaný mohl požadovat pro neprovedené práce snížení ceny díla o 623.220,83 Kč. Po právní stránce okresní soud s odkazem na ust. § 536 odst. 1 obč. zákoníku dovedl platnou smlouvu o dílo i platné dodatky k této smlouvě, celkovou cenu díla včetně víceprací ve výši 8.349.174,-Kč snížil o zaplacených 6.067.321,20 Kč a slevu 623.220,83 Kč a vyhověl žalobě na zaplacení částky 1.658.632,-Kč včetně úroků z prodlení (ohledně tohoto příslušenství pak bez bližšího odůvodnění, pouze s odkazem na § 369 odst. 1 obč. zákoníku, dohodu stran a dobu uplatnění). Ve vztahu k vzájemné žalobě okresní soud při zjištění, že žalobce byl v prodlení s provedením díla od 16.11.2003 po dobu 151 dnů, měl ujednání o smluvní pokutě za platné dle § 544 obč. zákoníku, námitku promlčení shledal důvodnou pouze částečně, neboť nárok na smluvní pokutu se nepromlčuje jako celek. Při závěru, že k promlčení pokuty za 67 dnů prodlení nedošlo, vyhověl vzájemné žalobě na zaplacení pokuty ve výši 5.593.946,50 Kč, kterou měl za přiměřenou, což odůvodnil tím, že smluvní pokutou byla zajišťována stavba mající značný význam pro objednatele, a to i s přihlédnutím k celkové ceně díla, která přesahovala včetně DPH částku 8.000.000,-Kč. Úkon započtení žalovaným za řízení učiněný okresní soud zcela opomenul, důvody, které je k tomu vedly, nevyšetřil.

V odvolacím řízení účastníci shodně tvrdili, že celková cena díla podle smlouvy po změně dodatkem bez započtení víceprací činila 7.494.832,75 Kč, žalovaný na tuto cenu žalobci zaplatil 6.105.336,20 Kč, zápis o předání díla byl podepsán 15.4.2004, jeho součástí byly objednané a provedené vícepráce. Práce, za které žalovaný zaplatil 6.105.336,20 Kč a které byly vyúčtovány fakturami č. 70/02, 71/02, 73/02, 01/03, 02/03, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011 a 013, žalovaný provedl a podložil odsouhlasenými soupisy provedených prací. Text smlouvy o dílo včetně čtyř dodatků vyhotovil žalovaný, šlo o veřejnou zakázku. Ujednáním v bodu 3.4 a 4.5 smlouvy o dílo ve vztahu k vícepracím bylo míněno, že vícepráce budou oceňovány podle cenové nabídky a rozpočtu zhotovitele, který byl součástí smlouvy. Ve vztahu k nároku na cenu víceprací shodně tvrdili, že v době provádění díla před jeho předáním i poté mezi účastníky přetrvával spor, jak o rozsah provedených víceprací, tak i o jejich cenu, snažili se jej neúspěšně řešit, ujednání v dodatku 4 ke smlouvě bylo výsledkem dlouhodobých sporů a jednání stran o ceně víceprací. Krajský soud dle § 120 odst. 4 o.s.ř. vzal tato shodná skutková tvrzení účastníků za svá skutková zjištění.

Zástupce žalobce zopakoval, že zaplacení částky 640.014,10 Kč se domáhá jako doplatku do 90 % dohodnuté ceny díla bez víceprací, tj. 90 % celkové smluvní ceny stavby, netvrdí, že by fakticky provedl práce, které jsou sepsány v objednatelém nepodepsaném soupisu provedených prací za říjen a listopad 2003, šlo jen o podklad pro případnou kontrolu u žalovaného, což vyplývá i z korespondence žalobce, pozastávky ve výši 10 % se v soudním řízení nedomáhá. Pokud jde o vícepráce, byly

vyúčtovány jedinou fakturou 02/04 z 23.2.2004 ve výši 1.098.009,20 Kč, žalovaný sám v dopise z 25.5.2004 určil jejich cenu částkou 1.090.371,34 Kč a nakonec v dodatku 4 byla dohodnuta cena nižší. Návrhy na změnu díla v části požadovaných víceprací žalobce podával do uzavření dodatku 3, po dni 24.10.2003 žádný takový návrh nepodal. Smluvní pokutu měl za nepřiměřenou a rozpornou s poctivým obchodním stykem i z toho důvodu, že žalovaný opakovaně požadoval vícepráce tak, jak vyplývá z jednotlivých listin ve spise založených a tím bylo prodlužováno provádění díla vinou objednatele.

Zástupce žalovaného uvedl, že žalobce má nárok na zaplacení pouze těch prací, které provedl, námitkou, že žalobce neprovedl smlouvou dohodnuté práce za 2.180.016,03 Kč bez DPH mínil to, že se jedná o práce, které žalovaný žalobci nezaplatil, netýká se to tedy prací provedených a zaplacených a pokud jde o význam této námítky ve vztahu k žalobnímu nároku, pak asi není žádný, neboť se týká pouze případu, pokud by předmětem řízení byla celková cena díla podle smlouvy.

Okresní soud, ačkoli nepřipustil změnu žaloby, již se žalobce dále domáhal zaplacení doplatku zbývajících 10 % ceny díla (tj. tzv. pozastávky), určil výši nároku žalobce z uzavřené smlouvy po změně dodatku tím způsobem, že zohlednil celkovou dohodnutou cenu díla včetně víceprací, aniž respektoval, že předmětem řízení se nárok na zaplacení zbývajících 10 % ceny díla nestal, tím překročil žalobu, což je v rozporu s ust. § 153 odst. 2 o.s.ř., nesprávně pak určil i částku žalovaným žalobci za dílo zaplacenou, a to ačkoliv výše této částky byla stranami shodně tvrzena. Nevypořádal se ani se shodným tvrzením účastníků, že na cenu díla nebylo zaplacen 2.180.016,03 Kč, které žalovaný odůvodnil tím, že v tomto rozsahu práce provedeny nebyly. Lze přitom přisvědčit stranám, že znalecký posudek (v rozporu se zadáním) se týká výlučně víceprací, jestliže je v něm výslovně uvedeno, že „se předpokládá, že veškeré stavební práce byly provedeny podle původní projektové dokumentace a proučtovány podle rozpočtu“ a dále se zabývá již jen vícepracemi. Měl-li snad okresní soud za to, že žalovaný uplatnil nárok z vad spočívající v neprovedených (více)pracích, pak z odůvodnění rozsudku ani z provedených důkazů nelze zjistit, o jaké konkrétní vady se mělo jednat, kdy a jakým způsobem je žalovaný žalobci oznámil, vše při požadavku určitosti tohoto úkonu, tím méně pak se okresní soud zabýval pozastávkou, která i dle tvrzení žalovaného měla sloužit právě k sanaci vad. Okamžik vytčení vad jako předpokladu pro vznik práva z odpovědnosti za vady je spojen s okamžikem provedení (předání díla), jestliže vytčené vady nebyly odstraněny, výtka neprovedení konkrétních částí díla, jak jsou popsány ve znaleckém posudku, z něhož soud vycházel, po tomto dni, se z důkazů okresním soudem provedených nepodává. Důkazní hodnotu v tomto směru nemají dopisy žalovaného ze dne 10.6.2004 a 2.7.2004, neboť takových vad se netýkaly. V této souvislosti lze poznamenat, že namítá-li žalovaný, že zaplatil na základě soupisu provedených prací celých 100 % jejich ceny, nikoli tedy 90 %, pak žádný úkon, v důsledku něhož by toto tvrzení mělo být pro rozhodnutí věci významné, neučinil.

Podle ustálené soudní praxe přiměřenost výše smluvní pokuty lze hodnotit pouze ve vztahu k podmínkám, jež tu byly v době jejího ujednání, toto posouzení je závislé

na okolnostech konkrétního případu, zejména na důvodech, které ke sjednání pokuty vedly a na okolnostech, které je provázely. Úvahy o nepřiměřenosti pokuty se logicky mohou upínat toliko k těm okolnostem, které tu byly v době jejího sjednání, tuto otázku nelze posuzovat z pohledu skutečností, které nastaly až poté, co byla smluvní pokuta v určité výši sjednána, je třeba se zabývat přiměřeností pokuty ve vztahu k hodnotě a významu smluvní povinnosti, k tomu odvolací soud odkazuje na příklad na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 21.6.2011, sp. zn. 32 Cdo 944/2010, ze dne 17.5.2011, sp. zn. 23 Cdo 2192/2009, ze dne 24.7.2012, sp. zn. 32 Cdo 451/2012 a další.

Okresní soud přes zásadu předvídatelnosti naznačené závěry nerespektoval, důvody, pro které se odchýlil od této judikatury, nevyložil, lakonické konstatování, že výše v tomto řízení uplatněné smluvní pokuty odpovídá významu zajištěné povinnosti pro objednatele a výši smluvní ceny je v přímém rozporu s těmito závěry, neboť je zapotřebí posuzovat výši pokuty v okamžiku jejího sjednání (např. přepočtem na roční plnění, k tomu lze poukázat např. na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 19.4.2011 sp. zn. 32 Cdo 529/2011), aniž by bylo významné, že pod vlivem uplynutí promlčecí lhůty žalovaný vymáhá méně, neboť toto je právě okolnost následně nastalá, ke které při poměrování pokuty přihlížet nelze.

Žalobce již v prvostupňovém řízení namítal, že pokuta je nepřiměřeně vysoká a že k prodlení došlo zaviněním žalovaného s uvedením okolností nastalých po sjednání smluvní pokuty. Jednalo-li o skutečnosti nastalé následně, pak mohou (mohly by) podle své povahy vést k závěru, že uplatnění práva na smluvní pokutu je (zcela či z části) výkonem práva v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, jež podle § 265 obch. zák. nepožívá právní ochrany. Tyto námitky byly zcela opomenuty a posouzení za použití uvedeného ustanovení odůvodnění rozsudku okresního soudu postrádá.

Rozsudek okresního soudu z uvedených důvodů správný není.

Účastníci uzavřeli dne 22.8.2002 smlouvu o dílo. V této smlouvě se dohodli na konkrétním předmětu díla a na ceně díla tak, že je stanovena dohodou jako maximálně přípustná, její součástí jsou i práce, které v dokumentaci uvedeny nebyly, ale zhotovitel o nich měl vědět. Může být upravena změnou technického řešení, nepředvídatelnými pracemi a může být snížena nebo zvýšena se souhlasem obou stran dodatkem ke smlouvě. Podkladem k dohodnuté ceně je položkový rozpočet zpracovaný zhotovitelem v cenové nabídce, která je nedílnou součástí smlouvy. Pro tento účel jsou závazné jednotkové ceny tohoto rozpočtu (bod 4.5). Podle bodu 3.3 dojde-li při realizaci díla k jakýmkoli změnám, doplňkům nebo rozšíření či zkrácení rozsahu předmětu díla vyplývajících z podmínek pro provádění díla, z odborných znalostí zhotovitele, žádosti objednatele nebo z vad projektu, je zhotovitel povinen provést soupis těchto změn, doplňků nebo zkrácení, provést návrh jejich ocenění a předložit jej s vyjádřením projektanta objednateli k odsouhlasení formou dodatku ke smlouvě. Teprve po jeho uzavření má právo na realizaci těchto změn a jejich úhradu. Pokud tak zhotovitel neučiní, má se za to, že práce a dodávky jím realizované byly v předmětu díla v jeho ceně zahrnuté. V bodu 6 bylo ujednáno, že fakturace do výše

90 % ceny díla bude prováděna měsíčně vždy poslední kalendářní den, a to na základě odsouhlaseného soupisu provedených prací, konečná faktura na zbývajících 10 % ceny díla bude vystavena až po zprovoznění, pokud se nevyskytnou vady a nedodělky a po nabytí právní moci kolaudačního rozhodnutí, přičemž obě podmínky musí být splněny současně. V případě vad bude konečná faktura vystavena do 14 dnů po odstranění vad. Pro případ nedodržení sjednaného termínu dokončení díla byla sjednána smluvní pokuta, a to při zpoždění delším než 7 dnů 20.000,-Kč, 14 dnů 50.000,-Kč, 30 dnů 100.000,-Kč s tím, že je lze účtovat i kumulativně (bod 10 smlouvy).

Dodatkem 1 ze dne 23.9.2002 byla dohodnuta změna ceny díla na 7.494.832,75 Kč, dodatkem 2 z 14.4.2003 byla změněna doba plnění na 9.5.2003.

Dodatkem 3 z 24.10.2003 bylo ujednáno, že zhotovitel ukončí práce na díle a připraví dílo bez vad a nedodělků k předání objednateli nejpozději v termínu do 15.11.2003. Dále byl změněn bod 10.1. smlouvy tak, že při nedodržení termínu dokončení díla včetně předání ve sjednaném termínu je zhotovitel povinen zaplatit objednateli smluvní pokutu ve výši 1 % ze sjednané ceny díla (včetně DPH) za každý započatý den prodlení. Žalobce opakovaně žádal o prodloužení termínu ukončení vždy přede dnem 24.10.2003.

Předmětný závazkový vztah, jakož i práva a povinnosti z něj v tomto řízení uplatněná, vznikly přede dnem 31.12.2013, dle ust. § 3028 zákona č. 89/2012 Sb. se proto řídí dosavadními právními předpisy.

Krajský soud dospěl k závěru, že strany uzavřely platně v souladu s ust. § 536 obch. zák. účinného do 31.12.2013 smlouvu o dílo, když se dohodly na předmětu díla a ceně, pro případ víceprací byl dohodnut způsob určení ceny podle jednotkových cen použitého rozpočtu. Neplatným (od smlouvy oddělitelným), pro nepřípustně dohodou stran založenou nevyvratitelnou domněnku, je pouze ujednání v bodu 3.3. smlouvy, podle něhož v důsledku nevyhotovení dodatku ke smlouvě se má za to, že realizované práce a dodávky byly v předmětu díla a v jeho ceně zahrnuty. Smlouva byla platně v souladu s ust. § 516 obč. zák. změněna dodatky ze dnů 23.9.2002, 14.4.2003, 24.10.2003.

Pro rozhodnutí o nároku A je významnou otázkou, zda zhotovitel má nárok na zaplacení 90 % sjednané ceny díla bez ohledu na to, zda smlouvou sjednaný předmět díla v úplnosti provedl či nikoliv.

Podle § 548 odst. 1 obch. zák. objednatel je povinen zaplatit zhotoviteli cenu v době sjednané ve smlouvě. Pokud ze smlouvy nebo tohoto zákona nevyplývá něco jiného, vzniká nárok na cenu provedením díla.

Podle § 554 odst. 1 téhož zákona zhotovitel splní svou povinnost provést dílo jeho řádným ukončením a předáním předmětu díla objednateli v dohodnutém místě,

jinak v místě stanoveném tímto zákonem. Je-li místem předání jiné místo, než je uvedené v odstavcích 2. a 4., vyzve zhotovitel objednatele k převzetí díla.

Podle § 263 odst. 1 obch. zák. jsou obě tato ustanovení dispozitivní.

Ust. § 548 odst. 1, § 554 odst. 1 mají dispozitivní charakter, což znamená, že strany se od nich mohou ve svých smluvních ujednáních odchýlit a učiní-li tak, má taková dohoda účastníků přednost před zákonnou úpravou.

Sjednali-li si účastníci ve smlouvě o dílo, že fakturace do výše 90 % z ceny díla, bude prováděna měsíčně na základě odsouhlaseného soupisu provedených prací, odchýlili se od ust. § 548 odst. 1 obch. zák., neboť vznik práva na zaplacení ceny díla vázali na jiné skutečnosti, než jak činí toto ustanovení. K témuž závěru v obdobné věci dospěl Nejvyšší soud v rozhodnutích ze dne 5.5.2014, sp. zn. 32 Cdo 546/2013, ze dne 25.10.2011, sp. zn. 23 Cdo 2664/2010, ze dne 23.4.2008, sp. zn. 32 Odo 1477/2006.

Argumentace žalobce ohledně dohodnuté pevné ceny díla nemůže obstát již proto, že právním důvodem pro zaplacení ceny za dílo není smlouva o dílo samotná (její existence), nýbrž provedení díla, a teprve tehdy vzniká nárok na zaplacení ceny. Smlouva o dílo je sice předpokladem (nezbytnou podmínkou) pro vznik nároku na zaplacení ceny, avšak nárok na zaplacení ceny vzniká až provedením díla sjednaného jako předmět smlouvy, a to zhotovitelem, popř. jeho subdodavatelem (srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 26.10.2011, sp. zn. 23 Cdo 856/2010). To vyplývá již z toho, že neprovede-li zhotovitel dílo podle smlouvy v celém rozsahu, pak neprovedená část díla je vadou ve smyslu ust. § 560 odst. 1 obch. zák. a jedním z nároků z vad je právě právo na slevu z ceny.

Žalobce ani netvrdil, že by provedl práce v ceně 640.014,10 Kč, naopak již ve své korespondenci ze dnů 9.12.2003, 16.12.2003 žalovanému sděloval, že jde o doúčtování do 90 % ceny s tím, že soupis prací je potřebný pro případnou kontrolu a tázal se, jaké práce má do soupisu zahrnout, jím předložený soupis provedených prací odsouhlasen nebyl. Nárok na zaplacení částky 640.014,10 Kč proto důvodný není.

Smlouvou o dílo (za tam uvedených podmínek) bylo předpokládáno provádění víceprací, současně byl dohodnut v souladu s ust. § 536 odst. 3 obch. zák. způsob určení ceny víceprací, a to podle cenové nabídky a rozpočtu zhotovitele, který byl součástí smlouvy.

Po provedení požadovaných víceprací vznikl mezi stranami spor o jejich rozsah i cenu, jak bylo shodně tvrzeno a jak vyplývá i z dopisu žalobce z 29.10.2003, jímž žádal o udělení souhlasu k vícepracím podle připojeného přehledu, dopisů žalovaného, a to z 3.11.2003, v němž uvedl, že oprávněné náklady některých víceprací již byly uhrazeny a zbývající budou uhrazeny podle skutečnosti, z 7.11.2003, jímž znovu žádal o ocenění víceprací v rozdělení na práce provedené a zaplacené, uznané a nezaplacené, oceněné již v dodatku rozpočtu, vyplývající z opravy vad. Dále

z dopisu žalobce, a to z 16.12.2003, v němž uvedl, že ač objednatele informoval o vícepracích, nebyl sjednán dodatek ke smlouvě a pro pozdní odsouhlasení nebude schopen dílo předat budoucímu provozovateli, z 5.3.2004, že dodatek ohledně víceprací dosud předložen nebyl pro nejednotný výklad pojmu méněpráce.

V dodatku 4 ze dne 15.10.2004, podepsaném zhotovitelem a starostou objednavatele a obsahujícím doložku dle § 41 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., se strany dohodly, že sjednaná cena díla se zvyšuje o cenu víceprací provedených nad rámec smlouvy o dílo, jež jsou vyjmenovány a oceněny v příloze dodatku, která je jeho nedílnou součástí a jejichž výše je stanovena dohodou smluvních stran na 813.658,34 Kč bez DPH s tím, že ostatní ustanovení smlouvy a dodatků zůstávají nedotčená.

Podle ust. § 585 obč. zák. dohodou o narovnání mohou účastníci upravit práva mezi nimi sporná nebo pochybná. Dohoda, kterou mají být mezi účastníky upravena veškerá práva, netýká se práv, na něž účastník nemohl pomýšlet (odst. 1). Byl-li dosavadní závazek zřízen písemnou formou, musí být dohoda o narovnání uzavřena písemně; totéž platí, týká-li se dohoda promlčeného závazku (odst. 2). Dosavadní závazek je nahrazen závazkem, který vyplývá z narovnání (odst. 3).

Narovnání je dohoda účastníků závazkového právního vztahu, kterou odstraňují spornost nebo pochybnost vzájemných práv a povinností tím, že je ruší a nahrazují je novými. Dosavadní závazek tak zaniká a je nahrazen závazkem novým, který vyplývá z narovnání. Spornost nebo pochybnost vzájemných práv je pojmovým znakem narovnání, narovnání směřuje k odstranění této spornosti či pochybnosti. Právo je sporné, pokud je určitá otázka s tím spojená předmětem různých názorů, (neshody) účastníků, např. každý z nich má jiný názor na to, zda určité právo platně vzniklo, nebo se neshodují v tom, jaká je výše předmětu plnění. O pochybnost se jedná tehdy, je-li určitá otázka spojená s právem pro účastníky nejistá (např. si nejsou jisti, zda právo platně vzniklo či jaká je výše předmětu plnění). Spornost i pochybnost jsou z podstaty věci výhradně subjektivní kategorie, jejich existence není podmíněna vedením soudního řízení mezi účastníky. Pro závěr, že mezi stranami existuje spor či pochybnost, je rozhodující pouze to, zda daná otázka je předmětem různého názoru účastníků, nebo zda u nich účastníci nemají jistotu. Spornost či pochybnost je třeba vždy posuzovat ze subjektivního hlediska účastníků, právě tuto subjektivní spornost či pochybnost řeší uzavřením narovnání. Spornost či pochybnost se může vztahovat na kteroukoliv právně relevantní otázku spojenou s právem účastníků, předmětem sporu či pochybností může být samotná existence či platnost práva, ale i další otázky, kterými jsou zejména kauza závazků, obsah závazků a jeho další vlastnosti. Narovnání se může týkat nejenom celého závazkového právního vztahu, ale jen některých vzájemných práv a povinností, ohledně nichž účastníci nebyli ve shodě (srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 31.1.2012, sp. zn. 28 Cdo 4103/2010, ze dne 22.11.2012, sp. zn. 30 Cdo 21/2011 a další). Je přitom v souladu s judikaturou soudů závěr, že právní úkon se posuzuje vždy podle jeho obsahu bez ohledu na to, jak byl stranami nazván.

Z obsahu dodatku 4 ze dne 15.10.2004 s přihlédnutím k předchozímu sporu stran o rozsah a cenu víceprací je nepochybné, že si jím účastníci upravili tuto spornou otázku, a to jak co rozsahu víceprací (odkazem na přílohu jako jeho nedílnou součástí), tak i co do jejich ceny, a to (po připočtení DPH) ve výši 968.253,42 Kč. Účelem tohoto ujednání tedy bylo odstranit spor o výši cenového požadavku žalobce a rozsahu prací provedených nad předmět uzavřené smlouvy o dílo. Lze podotknout, že učinili-li nedílnou součástí tohoto ujednání přílohu, pak je bez významu, že případně nebyla podepsána.

Krajský soud dospěl k závěru, že účastníci platně v písemné formě v souladu s ust. § 585 obč. zák. uzavřeli dohodu o narovnání, kterou odstranili mezi nimi sporná práva a povinnosti ze smlouvy o dílo, a to pouze v rozsahu týkajícím se víceprací. Při uzavření této dohody nemohli účastníci, a to ani žalovaný jako objednatel, odhlédnout od faktického stavu provedených víceprací, který jim musel být znám, jestliže byly předány a převzaty již 15.4.2004 a za této situace ani nelze přijmout závěr, že by bylo možno akceptovat námitky ohledně vad díla, a to ani kdyby vyplývaly ze zápisu o předání díla, jakož ani případné námitky ohledně sjednané pozastávky, na kterou nepochybně žalovaný při uzavření dohody pomýšlet musel. Lze doplnit, že k úhradě nákladů spojených s odstraněním vad díla byla určena právě pozastávka, jak shora uvedeno, žádný relevantní úkon, jímž by se předmětem tohoto řízení stalo plnění žalovaného nad sjednaných 90 %, učiněn nebyl.

Z této dohody o narovnání vzniklo žalobci právo na zaplacení ceny za vícepráce ve výši 968.253,42 Kč a v tomto rozsahu je žalobní požadavek důvodný, aniž by, s ohledem na charakter dohody o narovnání bylo významné, jaký byl rozsah a skutečná hodnota dříve provedených víceprací.

Ve vztahu ke vzájemnému návrhu žalovaného je rozsudek okresního soudu pro absenci odůvodnění nepřezkoumatelný, skutková zjištění ohledně okamžiku střetu vzájemných pohledávek zcela postrádá, námitkou započtení se okresní soud nezabýval, aniž důvody jej k tomu vedoucí vyložil, krajský soud proto dle § 219a odst. 1 písm. a), b) o.s.ř. rozsudek okresního soudu v napadeném rozsahu zrušil a věc vrátil soudu I. stupně k dalšímu řízení.

V dalším řízení okresní soud vázán právními závěry soudu odvolacího se bude zabývat posouzením vzájemného návrhu jak z hlediska přiměřenosti pokuty, tak i z hledisek zakotvených v ust. § 265 obch. zák. Neopomene přitom, že dle ust. § 3030 zákona č. 89/2012 Sb. (občanského zákoníku účinného od 1.1.2014) se na danou věc použije nejen ust. § 6 odst. 2 tohoto zákona, podle něhož nikdo nesmí těžit ze svého nepoctivého nebo protiprávního činu, ale i ust. § 13 tohoto zákona, podle něhož každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích; byl-li právní případ rozhodnut jinak, má každý, kdo se domáhá právní ochrany, právo na přesvědčivé vysvětlení důvodu této odchylky. Hodlá-li se tedy okresní soud při shora uvedeném posouzení odchýlit od dosavadní judikatury Nejvyššího soudu, je povinen důvody k tomu vedoucí

podrobně vysvětlit. V naznačeném směru bude zapotřebí zabývat se i argumentací ústící v závěr o jednání v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek a lze příkladmo a předběžně poukázat, vedle již shora označených rozhodnutí, dále např. na rozhodnutí Nejvyššího soudu, ze dne 27.5.2010, sp. zn. 23 Cdo 231/2010, ze dne 31.7.2013 sp. zn. 32 Cdo 2944/2011 a ze dne 19.4.2011, sp. zn. 32 Cdo 529/2011, v němž byl mj. formulován závěr, že i když předpoklady moderačního oprávnění soudu podle § 301 OBZ musí být posuzovány individuálně na základě konkrétních okolností každého případu, není institut moderačního oprávnění soudu projevem jeho libovůle. Pro aplikaci moderačního oprávnění musí být splněny tři podmínky: nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta, omezení možnosti snížit smluvní pokutu až do výše škody vzniklé do doby soudního rozhodnutí porušením smluvní povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta, a nutnost při snížení smluvní pokuty přihlídnout k hodnotě a významu zajišťované povinnosti.

Dospěje-li okresní soud k závěru o důvodnosti vzájemného návrhu v konkrétní výši, bude se zabývat kompenzační námitkou, v tomto směru učiní rozhodná skutková zjištění ohledně okamžiku střetu vzájemných pohledávek včetně jejich výše vyplývající z úrokového příslušenství. Úspěšnost námitky započtení v konkrétní výši pak najde svůj odraz ve výroku rozsudku okresního soudu tak, jak ukládá ust. § 98 občanského soudního řádu.

Okresní soud rovněž dodrží ust. § 119a o.s.ř., které mu ukládá povinnost, aby před skončením jednání poskytl účastníkům příslušné poučení.

V novém rozhodnutí okresní soud rozhodne rovněž o náhradě nákladů odvolacího řízení.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí je přípustné dovolání, jestliže rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, při jejímž řešení se odvolací soud odchýlil od ustálené rozhodovací praxe dovolacího soudu nebo která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo je dovolacím soudem rozhodována rozdílně anebo má-li být dovolacím soudem vyřešená právní otázka posouzena jinak.

Dovolání je možno podat ve lhůtě dvou měsíců od doručení tohoto rozhodnutí k Nejvyššímu soudu České republiky v Brně, prostřednictvím Okresního soudu v Ostravě.

V Ostravě dne 9.6.2014

Za správnost vyhotovení:
Dagmar Karkošková

Mgr. Dagmar Hanáková v. r.
předsedkyně senátu