

Memorandum

Pojetí vyšší moci z pohledu práva

2. 5. 2022

Komu: ŠKODA TRANSPORTATION a.s.

Od: PricewaterhouseCoopers Legal s.r.o., advokátní kancelář

Porozumění a zadání:

- Společnost ŠKODA TRANSPORTATION a.s. („**Škoda**“) je česká akciová společnost.
- Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo nám. 3, 601 82 Brno („**JMK**“) je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 zákona č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek („**ZVZ**“).
- Společnost Škoda v rámci veřejné zakázky JMK uzavřela dne 20. 12. 2019 jako prodávající kupní smlouvu „*Kupní smlouva na pořízení nových železničních elektrických jednotek*“ s JMK jako kupujícím („**Smlouva**“).
- V rámci Smlouvy se společnost Škoda mimo jiné zavázala vyrobit nové železniční elektrické jednotky (25 ks jednotek EMU 310 a 6 jednotek EMU 140, s možností kupujícího uplatnit opci na dalších 6 ks jednotek EMU 310, společně jako „**jednotky**“ a každá samostatně jako „**jednotka**“) a jednotky následně dodat JMK.
- Společnost Škoda nebyla schopna plnit dodávku jednotek (vyrobit a dodat jednotky), resp. řádně pokračovat ve standardním výrobním procesu jednotek, v době, kdy vypukla pandemie covid-19.
- Škoda oznámila JMK výskyt překážky vyšší moci v podobě pandemie covid-19 poprvé při její první vlně v březnu 2020 bez předložení odhadu časového rozpětí, po které nebude možno pokračovat v plnění Smlouvy.
- Škoda oznámila JMK výskyt překážky vyšší moci v podobě válečné situace na území Ukrajiny („**Konflikt na Ukrajině**“) poprvé v březnu 2022 bez předložení odhadu časového rozpětí, po které nebude možno pokračovat v plnění Smlouvy.
- Předmětem tohoto memoranda jsou odpovědi na otázky položené PricewaterhouseCoopers Legal s.r.o., advokátní kancelář („**PwC Legal**“) ze strany společnosti Škoda.
- Otázky položené ze strany Škoda:
 1. Jaká je definice vyšší moci?
 2. Může být pandemie covid-19 považována za vyšší moc zprošťující povinnosti platit náhradu škody a smluvní pokutu?
 3. Mohou být vládní nebo obdobné restrikce vydané z důvodu pandemie covid-19 považovány za vyšší moc zprošťující povinnosti platit náhradu škody a smluvní pokutu (například pro uzavření závodu poddodavatele)?
 4. Může být Konflikt na Ukrajině považován za vyšší moc zprošťující povinnosti platit náhradu škody a smluvní pokutu?
 5. Má JMK (zadavatel veřejné zakázky) dle Smlouvy vymáhat smluvní pokutu a náhradu škody v případě, kdy Škoda v důsledku vyšší moci jednotky vyrobí a dodá později?
- Memorandum vychází ze Smlouvy, výše uvedených východisek a informací, které byly PwC Legal ze strany společnosti Škoda předány v rámci osobních jednání a e-mailové korespondence. Vychází rovněž z Posouzení vlivu vis maior na zpoždění dodávek vlaků pro Jihomoravský kraj, které je vypracováno společností PricewaterhouseCoopers Česká republika, s.r.o. a je datováno k 2. 5. 2022 („**Posouzení**“).

Stručné závěry zhodnocení:

1. Jaká je definice vyšší moci?

Vyšší moc není autoritativně ani zákonem definována. Z hlediska judikatury a právní doktríny je vyšší moc zpravidla definována jako událost, která je vnějšího původu nezávislá na vůli smluvních stran; je mimořádná, nemohla být předvídaná a ani překonána a zabraňuje plnit smluvní povinnosti úplně nebo po určitou dobu. Institut vyšší moci ovšem může být smluvně upraven jinak dle vůle smluvních stran.

V posuzovaném případě je doložka vyšší moci obsažena ve Smlouvě.

2. Může být pandemie covid-19 považována za vyšší moc zprošťující povinnosti hradit náhradu škody a smluvní pokutu?

Ano, pandemie covid-19 může být považována za vyšší moc a může odůvodnit zproštění povinnosti hradit náhradu škody a smluvní pokutu, pokud je tak sjednáno ve smlouvě. Neobsahuje-li smlouva doložku vyšší moci, může se smluvní strana v důsledku pandemie covid-19 zprostit povinnosti k náhradě škody dle zákonné úpravy a smluvní pokuty, pokud bude smluvní pokuta, případně výkon práva odporovat dobrým mravům. Mezi vyšší mocí a škodlivým následkem však musí být přítomna příčinná souvislost.

Zpravidla platí, že za problémy na straně poddodavatele odpovídá ten, kdo si jej najal. Nicméně, i pandemie covid-19 omezující poddodavatele může být kvalifikována jako zásah vyšší moci a působit jako liberační důvod. V potaz musí být vzata smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, úprava vztahu mezi dodavatelem a poddodavatelem, případně zákonná úprava.

Nepředvídatelnost, tedy jeden z definičních prvků vyšší moci, se posuzuje k době vzniku závazku. Z tohoto pohledu tak např. není rozdíl mezi první a druhou vlnou pandemie covid-19 a ve většině případů lze obě vlny v případě, že závazek vznikl před pandemií, vnímat jako jednu událost. Rozdíl nicméně může být v dalším definičním prvku vyšší moci – kritériu nepřekonatelnosti, neboť nepřekonatelnost se v čase mění, a z ekonomického hlediska je možné očekávat, že čím déle určitá událost trvá, tím racionálnější je zajistit alternativní řešení.

Skutečnost, že v posuzovaném případě byly uvedené definiční znaky naplněny, vyplývá z Posouzení. Otázka existence příčinné souvislosti je jednoznačně otázkou skutkovou, nikoli právní (viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 2. 2002, sp. zn. 21 Cdo 300/200). Posouzení konkrétně detailně dokumentuje existenci příčinné souvislosti mezi jednotlivými projevy pandemie covid-19 a zpožděním ve standardním výrobním procesu, existenci dopadů pandemie covid-19 u poddodavatelů a rovněž tak naplnění kritéria nepřekonatelnosti analýzou možných alternativních řešení.

3. Mohou být vládní nebo obdobné restrikce vydané z důvodu pandemie covid-19 považovány za vyšší moc zprošťující povinnosti platit náhradu škody a smluvní pokutu?

Ano, vládní nebo obdobné restrikce vydané z důvodu pandemie covid-19 mohou být považovány za vyšší moc a mohou odůvodnit zproštění povinnosti hradit škodu a smluvní pokutu, pokud je tak sjednáno ve smlouvě. Neobsahuje-li smlouva doložku vyšší moci, může se smluvní strana v důsledku výše uvedených restrikcí zprostit povinnosti k náhradě škody dle zákonné úpravy a smluvní pokuty, pokud bude smluvní pokuta, případně výkon práva odporovat dobrým mravům. Mezi vyšší mocí a škodlivým následkem však musí být přítomna příčinná souvislost.

Zpravidla platí, že za problémy na straně poddodavatele odpovídá ten, kdo si jej najal. Nicméně, i restrikce dopadající na závod poddodavatele mohou být klasifikovány jako zásah

vyšší moci a působit jako liberační důvod. V potaz musí být vzata smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, úprava vztahu dodavatelem a poddodavatelem, případně zákonná úprava.

Skutečnost, že v posuzovaném případě byly uvedené definiční znaky naplněny, vyplývá z Posouzení. Posouzení konkrétně detailně dokumentuje existenci příčinné souvislosti mezi dopady jednotlivých vládních opatření a restrikcí a zpožděním ve standardním výrobním procesu, resp. projev vládních nebo obdobných restrikcí vydaných z důvodu pandemie covid-19 u poddodavatelů.

4. Může být Konflikt na Ukrajině považován za vyšší moc zprošťující povinnosti platit náhradu škody a smluvní pokutu?

Ano, Konflikt na Ukrajině může být považován za vyšší moc a může odůvodnit zproštění povinnosti hradit škodu a smluvní pokutu, pokud je tak sjednáno ve smlouvě. Neobsahuje-li smlouva doložku vyšší moci, může se smluvní strana v důsledku Konflikту na Ukrajině zprostit povinnosti k náhradě škody dle zákonné úpravy a smluvní pokuty, pokud bude smluvní pokuta případně výkon práva odporovat dobrým mravům. Mezi vyšší mocí a škodlivým následkem však musí být přítomna příčinná souvislost.

Zpravidla platí, že za problémy na straně poddodavatele odpovídá ten, kdo si jej najal. Nicméně, i důsledky u poddodavatele spojené s Konfiktem na Ukrajině mohou být kvalifikovány jako zásah vyšší moci a působit jako liberační důvod. V potaz musí být vzata smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, úprava vztahu mezi dodavatelem a poddodavatelem, případně zákonná úprava.

5. Má JMK (zadavatel veřejné zakázky) podle Smlouvy vymáhat smluvní pokutu a náhradu škody v případě, kdy Škoda v důsledku vyšší moci jednotky vyrobí a dodá později?

JMK by podle našeho názoru neměl vymáhat smluvní pokutu v případě pozdní výroby a pozdního dodání jednotek z důvodu vyšší moci. Článek XI. Smlouvy popisuje doložku vyšší moci, přičemž v případě zásahu vyšší moci se doba plnění prodlužuje a prodlení nenastává (čl. XI., odst. 1. Smlouvy). Smlouva současně stanoví, že nárok na zaplacení smluvní pokuty (stejně jako na náhradu škody) nevznikne při porušení povinnosti v důsledku vyšší moci (čl. XI., odst. 12 Smlouvy).

Ani skutečnost, že Smlouva byla uzavřena v režimu ZZVZ, na uvedeném nic nemění, kdy všechny tyto argumenty platí i pro tento režim. Jak již bylo uvedeno, v případě zásahu vyšší moci nenastává dle Smlouvy prodlení s řádným dodáním předmětu Smlouvy, resp. nenastávají právní následky spojené s prodlením (zaplacení smluvní pokuty a náhrada škody), tj. jedná se o uplatnění tzv. vyhrazených změn závazku sjednaných ve Smlouvě, které se ve smyslu § 222 ZZVZ nepovažují za podstatnou změnu Smlouvy (a neuplatní se tak přísná kritéria týkající se možnosti provést podstatnou změnu závazku ze smlouvy v tomto paragrafu ZZVZ obsažená).

Detailní zdůvodnění těchto závěrů je obsaženo níže v analytické části tohoto memoranda.

ČÁST A - JAKÁ JE DEFINICE VYŠŠÍ MOCI?

1. Obecně o vyšší moci

Vyšší moc¹ je právní institut známý napříč právními jurisdikcemi² zejména ve vztahu k závazkovému právu. Využitím tohoto institutu se může osoba zprostit odpovědnosti za porušení smluvní povinnosti. Znak vyšší moci, tedy to, co musí být splněno, aby mohl být institut využit, a následky jeho užití, se mohou v právních úpravách jednotlivých států lišit. Smluvní strany si navíc obecně mohou ve svých smlouvách doložku vyšší moci definovat jakkoliv v rámci mezí zákona (viz ČÁST E). Ačkoliv vyšší moc není univerzálně autoritativně definována, mohou být určeny obecné rysy vyšší moci, které se hojně vyskytují napříč právními systémy:

- a) událost je vnějšího původu nezávislá na vůli smluvních stran;
- b) událost nemohla být předvídaná a ani ji nemohlo být zabráněno;
- c) událost zabraňuje plnit smluvní povinnosti úplně nebo po určitou dobu.³

Z výše uvedeného vyplývá, že se jedná zpravidla o mimořádnou, nepředvídatelnou a nepřekonatelnou událost, která je nezávislá na vůli smluvních stran a zabraňuje plnění smluvní povinnosti.

Následkem vyšší moci pak může být to, že smluvní strana, která je postižena vyšší mocí, má jisté úlevy, například nemusí po dobu působení vyšší moci plnit své smluvní povinnosti, není odpovědná za škodu způsobenou druhé straně nebo nemůže být postižena sankčními instituty (s ohledem na sjednané podmínky, nebo na ustanovení zákona).

Vyšší moci se ale nelze dovolat pokaždé, když taková právní skutečnost nastane. K užití tohoto institutu je zpravidla zapotřebí, aby vznikla nějaká újma, případně jiný smluvně zamýšlený následek (prodlení s platbou, odevzdáním produktu atd.), a aby byla dána příčinná souvislost mezi vyšší mocí a nastalým následkem (porušením smluvní povinnosti).⁴

Předpokladem pro využití vyšší moci je naplnění těchto prvků:

- a) událost kvalifikovatelná jako vyšší moc;
- b) právem/smlouvou předpokládaný následek;
- c) příčinná souvislost mezi vyšší mocí a následkem (kauzální nexus).⁵

2. Vyšší moc z pohledu českého soukromého práva

Obecné pojetí vyšší moci

Pojem „vyšší moc“ nebyl českým zákonodárcem v soukromoprávních předpisech přesně definován, ačkoliv s tímto pojmem nebo jeho podstatou české zákony pracují. S ohledem na obsah uzavřené smlouvy se rozlišují 2 situace:

- a) uzavřená smlouva obsahuje doložku vyšší moci, případně jinak upravuje obdobné události;

¹ Vyšší moc se často označuje jako force majeure nebo vis maior. V anglosaském prostředí se používá též Act of God a v německy mluvících zemích höhere Gewalt.

² Viz Allen & Overy. Covid-19 coronavirus: multi-jurisdictional survey on force majeure and equivalent doctrines. 1. 6. 2020. Dostupné z: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus-multi-jurisdictional-survey-on-force-majeure-and-equivalent-doctrines>.

³ Chengwei, L. a Newman, M., S. Remedies in International Sales: Perspectives from CISG, Unidroit Principles and PECL. Huntington, N.Y.: Juris Net, 2007, str. 256-257

⁴ Vyžaduje se příčinná souvislost (kauzální nexus) mezi původcem škody nebo zamýšleného následku (vyšší mocí) a samotnou škodou nebo samotným zamýšleným následkem. Příčinná souvislost se vyžaduje proto, aby nedocházelo k zneužití institutu pokaždé, co se objeví vyšší moc a následek. Pokud by například z důvodu karantény byla dodavateli uzavřena 1 provozovna z 5, která ale nemá žádnou vazbu na dodávku věcí, nemůže se dodavatel dovolat institutu vyšší moci, jelikož taková situace není způsobitelná znemožnit dodávku daných věcí, které jsou vyráběny v jiné provozovně. Stejně tak se nemůže dodavatel dovolat vyšší moci v případě, ve kterém sice vypukla koronavirová pandemie a dodavatel se dostal do prodlení s dodávkou věcí (je zde tedy jak prvek vyšší moci, tak škodlivý následek), ale vyšší moc nezapříčinila vznik škodlivého následku, jelikož dodavatel se do prodlení dostal vlastní vinou. V takovém případě nebude možné institut vyšší moci využít, jelikož chybí příčinná souvislost.

⁵ Srov. čl. 79 odst. 1 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (Sdělení č. 160/1991 Sb.).

- b) uzavřená smlouva neobsahuje doložku vyšší moci, ani neupravuje obdobné události.

Pro smluvní strany je tedy rozhodné, jak se uzavřená smlouva vyjadřuje k vyšší moci nebo nějaké obdobné události, která smluvní stranu zprošťuje za předem daných okolností povinnosti plnit smlouvu (nebo její část), aniž by vznikl odpovědnostní vztah (resp. odpovědnostní vztah v původním rozsahu). S ohledem na smluvní volnost⁶ však obecně může být tato doložka vyšší moci formulována jakkoliv. Nemusí jít tedy nutně o nepředvídatelnou událost, pokud si to smluvní strany v doložce definovaly jinak, a nemusí za předem stanovených okolností vznikat povinnost platit smluvní pokutu, pokud to je ujednáno ve smlouvě.

Za situace a), kdy „uzavřená smlouva obsahuje doložku vyšší moci, případně jinak upravuje obdobné události“, je nutné interpretovat nastalou situaci v souladu s tím, co je ujednáno ve smlouvě. Vyšší moc může být definována široce, aby pod ni spadalo co nejvíce nepředvídatelných situací, nebo úzce, aby pod ní spadaly například jen živelní pohromy. Stejně tak si smluvní strany mohou jinak dohodnout situace, za kterých neodpovídají za vzniklou újmu, prodlení, nebo kdy nemusí platit smluvní pokutu.

Za situace b), kdy „uzavřená smlouva neobsahuje doložku vyšší moci, ani neupravuje obdobné události“, se strany řídí pouze účinnou právní úpravou.

Vyšší moc z hlediska soukromého práva / zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku („OZ“)

S institutem vyšší moci pracuje zejména OZ.⁷ Ten ale vyšší moc přímo nedefinuje. Zásadním je § 2913 odst. 2 OZ. Paragraf 2913 se týká porušení smluvní povinnosti, kde odstavec 1 uvádí, že strana, která porušila smlouvu, musí nahradit škodu⁸ vzniklou druhé straně, případně další zainteresované osobě. Odstavec 2 pak uvádí liberační důvod, který, pokud je naplněn, zprošťuje danou stranu povinnosti hradit škodu vzniklou druhé straně: *„Povinnosti k náhradě se škůdce zproští, prokáže-li, že mu ve splnění povinnosti ze smlouvy **dočasně nebo trvale zabránila mimořádná nepředvídatelná a nepřekonatelná překážka vzniklá nezávisle na jeho vůli**.“* V § 2913 se sice nikde nehovoří o vyšší moci, ale znaky zde uvedené charakteristiku vyšší moci, jak je obecně chápána, naplňují. Důvodová zpráva OZ k danému ustanovení uvádí:

*„Kdo poruší povinnost ze smlouvy, nemá možnost vyvinut se (exkulpovat se) dokazováním, že škodu nezavinil, protože se při porušení takové povinnosti zavinění nezkoumá. Na škůdce dopadá tvrdší pravidlo o možnosti zprostit se (liberovat se) důkazem, že mu ve splnění povinnosti ze smlouvy **dočasně nebo trvale zabránila mimořádná nepředvídatelná a nepřekonatelná překážka vzniklá nezávisle na jeho vůli** (v teorii zpravidla charakterizovaná jako **vyšší moc**).“*

Je otázkou, proč zákonodárce přímo v zákoně nespojil znaky uvedené v § 2913 odst. 2 OZ s pojmem vyšší moc. Možná se chtěl vyhnout problémům, které se týkají definování vyšší moci, jelikož někteří za vyšší moc považují pouze přírodní okolnosti, zatímco jiní do tohoto pojmu zahrnují i okolnosti, které jsou způsobeny vůlí třetích osob. Ať jsou důvody jakékoliv, je z důvodové zprávy zjevné, že zákonodárce ve znacích uvedených v § 2913 odst. 2 OZ vyšší moc spatřuje.

Ke znakům vyšší moci uvedeným v § 2913 odst. 2 OZ:

⁶ Možnost upravovat si v soukromém právu pravidla mezi stranami vychází ze zásady legální licence, která je stanovena v čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, který zní: *„Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“* Výše uvedený ústavní princip je dále rozveden v § 1 odst. 2 OZ, ze kterého se dovozuje autonomie vůle, která je pro soukromé právo zásadním prvkem: *„Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona (...)“*. V souladu s autonomií vůle je v § 1725 věta druhé OZ vyjádřena zásada smluvní volnosti *„(...) V mezích právního řádu je stranám ponecháno na vůli svobodně si smlouvu ujednat a určit její obsah“*. Výše uvedené umožňuje smluvním stranám v rámci zákonných mezí upravovat si pravidla dle své vůle, ačkoliv takovou úpravu zákon výslovně neumožňuje.

⁷ § 651, 1417, 1928, 2074, 2626 a 2925 OZ

⁸ Škoda je újma na jmění dle § 2894 odst. 1 OZ, tedy majetková újma, která je vyjádřitelná v penězích.

Mimořádnost překážky je znak, jehož význam není jednoznačně určen. Některé odborné publikace tento znak blíže nerozebírají⁹, jinde se uvádí, že jde o doplnění podmínky nepředvídatelnosti, čímž se zdůrazňuje objektivnost nepředvídatelnosti překážky¹⁰. Vyskytují se události, které jsou sice nepředvídatelné, ale již nejsou mimořádné. Jako příklad lze uvést autonehody, u kterých lze těžko předpovědět, kdy a kde se nastanou, statisticky je ale zřejmé, že nastanou, a ne mimořádně.¹¹ Problém u mimořádnosti nastává při jejím posuzování. Každý může mimořádnost vnímat rozdílně. Vystává otázka, zdali se jedná o samostatné kritérium, nebo jde o rozvinutí kritéria předvídatelnosti, které může soudu při váhání pomoci, zdali četnost nějaké události nasvědčuje pro mimořádnost, či nikoliv. Argumentem *ad absurdum* bychom se totiž mohli dostat k tomu, že nic není mimořádné, proto by se na mimořádnost mělo pohlížet přiměřenou optikou. Ať už se jedná o samostatné kritérium nebo jde o rozvinutí kritéria nepředvídatelnosti¹², bude mimořádnost fungovat jakožto korektiv toho, aby nebylo institutu vyšší moci zneužito v případech, ve kterých mohla osoba ovlivnit například výběr regionu nebo dodavatele, kteří jsou ovlivněni nepředvídatelnými a častými událostmi¹³.

Dalším znakem je nepředvídatelnost překážky. Nepředvídatelná překážka je taková překážka, kterou škůdce nemohl objektivně při vynaložení řádné péče předvídat.¹⁴ Nepředvídatelnost je posuzována z objektivního hlediska¹⁵: „Při zkoumání vědomosti o daných skutečnostech je důležitý § 4 odst. 2 – má se na mysli vědomost, jakou si důvodně osvojí osoba případu znalá při zvážení okolností, které ji musely být v jejím postavení zřejmé.“¹⁶ Řádná péče se může posuzovat v konkrétní situaci jinak, pokud se bude jednat o průměrného člověka bez odborných zkušeností (režim dle § 4 odst. 2 OZ), nebo pokud se bude jednat o profesionála¹⁷ (režim dle § 5 odst. 1 OZ¹⁸). Nepředvídatelnost tak bude zpravidla splněna, pokud ani jedna ze stran nemohla počítat s tím, že daná překážka nastane, i když vynaložily

⁹ Například ŠILHÁN, J. Právní následky porušení smlouvy v novém občanském zákoníku. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 193–194, nebo BEZOUŠKA, P. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014), 1. vydání, 2014, s. 1565 – 1577

¹⁰ BAJURA, J., ČÁP, Z., ČERNÁ, S., DOLANSKÁ BÁNYAIOVÁ, L., DVOŘÁK, J., DVOŘÁK, T., ELIÁŠ, J., ELISCHER, D., FIALA, J., FIALA, V., FRINTA, O., HAAS, K., HAJN, P., HOLČÁPEK, T. a kol. Občanský zákoník: Komentář, Svazek VI, (§ 2913). [Systém ASPI]. Wolters Kluwer

¹¹ Viz statistika nehodovosti Policie České republiky k srpnu roku 2021 (INFORMACE o nehodovosti na pozemních komunikacích v České republice za období leden - srpen 2021), kdy od ledna 2021 do srpna 2021 bylo policií šetřeno 63 109 nehod. Což činí 260 nehod za den (dnů od začátku ledna do konce srpna je 242). Dostupné z: <https://www.policie.cz/clanek/statistika-nehodovosti-900835.aspx?q=Y2hudW09MQ%3d%3d>

¹² BEZOUŠKOVÁ, M. K některým aspektům smluvní náhrady škody. Právní rozhledy. 2016, č. 19. Poznámka č. 43: „Mimořádnost zde není samostatnou podmínkou, jedná se pouze o kvalitativní vyjádření (postupně rozvíjející přívlastek) nepředvídatelnosti a nepřekonatelnosti překážky.“

¹³ Může se jednat o situaci, kde si osoba vybere dodavatele, který se nachází v regionu zmínaném častými partyzánskými útoky nebo v regionu s četnými záplavami.

¹⁴ HRÁDEK, J. § 2913 [Porušení smluvní povinnosti]. V: ŠVESTKA, J. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014, s. 965

¹⁵ Přestože se posuzuje z objektivního hlediska, nelze opomenout též subjektivní prvek. Viz ONDREJOVÁ, D. K okolnostem vylučujícím odpovědnost za škodu podle obchodního zákoníku a Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Právní fórum, 2006, č. 9, s. 324: „Ačkoli je nepředvídatelnost překážky chápána objektivně, je zde patrný i subjektivní prvek (měřítko rozumnosti), který spočívá především v míře informací, jimiž disponuje dlužník. Pokud věřitel poskytl v průběhu uzavírání smlouvy dlužníkovi určité informace, nemůže se dlužník domáhat liberace v případě, že tyto informace mohl využít k odvrácení rizika vzniku škody. Toto riziko by bylo pro dlužníka předvídatelným a překonatelným. Má-li oprávněná strana povědomí o možnosti vzniku překážky, je vhodné na ni povinnou stranu při kontraktaci upozornit a sjednat možné způsoby jejího vyvarování se, popř. následky při jejím vzniku.“

¹⁶ BEZOUŠKA, P. § 2913 [Porušení smluvní povinnosti]. V: HULMÁK, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1574

¹⁷ Viz usnesení NS 23 Cdo 3066/2010 ze dne 25. 1. 2012, kde se osoba podnikající v zemědělství pokoušela domoci vyšší moci jakožto liberačního důvodu v době neúrody: „Oba soudy správně vyšly ze skutečnosti, že v zemědělské výrobě lze rozumně předpokládat, že může dojít k neúrodě plodin, proto namítaná skutečnost neúrody jako liberačního důvodu ve smyslu § 374 odst. 1 obch. zák. nemůže uspět, neboť žalovaná jako podnikatelka v oblasti zemědělství byla povinna se skutečností neúrody počítat již při uzavírání smlouvy a mohla předvídat případnou neúrodu.“

¹⁸ § 5 odst. 1 OZ: „Kdo se veřejně nebo ve styku s jinou osobou přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, dává tím najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena. Jedná-li bez této odborné péče, jde to k jeho tíži.“

řádnou péči, která se u nich předpokládá¹⁹. Smluvní strana by měla všechna předvídatelná rizika nějakým způsobem promítnout do smlouvy. Riziko se tedy může promítnout např. do výše ceny za plnění, zbavení odpovědnosti za nesplnění smlouvy nebo zmírnění sankčních následků, pokud nastane daná událost. Jestliže smluvní strana rizika nepromítá do smlouvy, bere za ně na sebe zpravidla odpovědnost a nese vzniklé náklady, pokud nebude možné využít zákonných institutů (např. § 2913 odst. 2 OZ).

Nepřekonatelnost znamená, že z objektivního hlediska není možné překážku odstranit i přes vynaložení veškerého rozumného úsilí k odstranění překážky.²⁰ Tím se rozumí vynaložení takových prostředků, které lze na smluvní straně požadovat a jejichž vynaložení není ve zřejmém nepoměru k chráněnému zájmu.²¹ Nepřekonatelností se nemyslí absolutní (faktická) nepřekonatelnost, ale ekonomicky racionální nepřekonatelnost. Posuzuje se tedy to, zda by prostředky vynaložené k odstranění překážky byly přiměřené k přínosu, který by odstranění překážky způsobilo. Získaný prospěch by pak z hlediska přínosu pro obě strany smlouvy neměl být jednoznačně nižší.²² Výše řečené ale nelze vykládat tak, že jakýkoliv sebemenší nepoměr opravňuje užít institut vyšší moci: „*Ize-li smluvní povinnost i přes nastalou překážku splnit, byť za ztížených podmínek, s většími náklady, s pomocí jiné osoby a až po určené době, nejedná se o nepřekonatelnou překážku, která by škůdce liberovala*“²³. Bude-li se posuzovat to, jestli mohl škůdce překážku překonat, nezaměřuje se na okamžité a zvláštní poměry škůdce (jaké měl nachystané finanční prostředky pro obdobné situace, případně jaké má zásoby či zajištěná ochranná opatření), ale na to, zda bylo možné překonat překážku při vynaložení péče, kterou lze obecně očekávat od osoby v postavení smluvní strany.

Nezávislost překážky na vůli dlužníka je třeba vykládat restriktivně. Z logiky věci obecně nelze připustit, aby byla dána možnost liberovat se v případě, kdy si někdo vybere vyložení nevhodného poddodavatele. Ačkoliv by následně vzniklé problémy na straně poddodavatele nebyly ovlivněny vůlí osoby, která je odpovědná za práci, je zřejmé, že se problému odpovědná osoba mohla vyvarovat. Proto by se mělo spíše hovořit o „sféře vlivu/kontroly“ dané odpovědné osoby.²⁴ Důvodová zpráva k § 2914 OZ navíc uvádí následující: „(...) *tím je vyjádřeno, že se dlužník může ve svůj prospěch dovolat i těch okolností, které by zprostily pomocníka povinnosti k náhradě škody, kdyby za splnění odpovídal přímo. U poddodavatelů, kteří se podílejí na plnění třetí osoby samostatně, se povinnost dlužníka zužuje na případy nepečlivého výběru (culpa in eligendo) nebo nedostatečného dohledu, pokud k nim byl dlužník povinen.*“

§ 2913 odst. 2 OZ ještě obsahuje omezení liberace tím, že se nelze zprostit povinnosti platit náhradu škody pokud:

- a) překážka vznikla z osobních poměrů škůdce;
- b) překážka vznikla až v době, kdy byl škůdce s plněním smlouvené povinnosti v prodlení; nebo
- c) byl škůdce povinen dle smlouvy překážku překonat.

U vztahu zákonné úpravy „vyšší moci“ vůči odpovědnosti za škodu dle § 2913 OZ lze vyvodit, že při splnění zákonem stanovených podmínek se může „škůdce“ zbavit povinnosti platit náhradu vzniklé škody druhé straně (pokud není toto dispozitivní zákonné ustanovení ve smlouvě upraveno jinak). Ve

¹⁹ Předvídatelnost tedy lze posuzovat z objektivního a subjektivního hlediska. U objektivního hlediska se sleduje to, zdali běžná osoba (případně profesionál) měla danou událost předvídat s ohledem na její vědomost, jakou si důvodně osvojí osoba případu znalá při zvážení okolností, které jí musely být v jejím postavení zřejmé. Subjektivní hledisko pak hraje roli například v tom případě, kdy se osoba během uzavírání smlouvy dozvěděla o možných (nepředvídatelných) okolnostech, které by mohly nastat. Potom je hledisko nepředvídatelnosti vyloučeno, ačkoliv z objektivního hlediska by daná osoba nemohla danou událost předvídat.

²⁰ Viz rozsudek NS 32 Cdo 2019/2013 ze dne 30. 6. 2015: „*Neodvratitelnou událostí jsou jen jednání a jejich následky, jež ani při největší pečlivosti nelze odvrátit opatřeními a prostředky, které jsou k výsledku v rozumném poměru. Jsou-li však takové prostředky k dispozici, je událost neodvratitelnou, jen když se nedala předvídat a tím zabránila včasněmu opatření k svému odvrácení.*“

²¹ HRÁDEK, J. § 2913 [Porušení smluvní povinnosti]. V: ŠVESTKA, J. et al. Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014, s. 966

²² ŠILHÁN, J. Právní následky porušení smlouvy v novém občanském zákoníku. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 194

²³ BEZOUŠKA, P. § 2913 [Porušení smluvní povinnosti]. V: HULMÁK, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1574

²⁴ BEZOUŠKA, P. § 2913 [Porušení smluvní povinnosti]. V: HULMÁK, M. a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1573

vztahu ke smluvní pokutě lze pak shrnout, že smluvní pokuta je institut, který smluvní straně nenáleží ze zákona, musí být smluvně sjednán. Povinnost platit smluvní pokutu vzniká bez ohledu na zavinění osoby a nelze tedy užít liberaci. Možnost zproštění odpovědnosti lze ve vztahu ke smluvní pokutě založit pouze specifickým ujednáním ve smlouvě.

Smluvní pokuta je pojímána v OZ jakožto utvzovací institut a plní několik funkcí, například funkci zajišťovací, sankční a kompenzační^{25, 26} dále funkci preventivní, nápravnou, limitace náhrady škody, důkazní funkci a další. Při posuzování ujednání o smluvní pokutě ve vztahu k dobrým mravům se Nejvyšší soud často odvolává na její funkce, které mají být ujednáním zajištěny.²⁷ Judikatura Nejvyššího soudu rozlišuje 3 základní funkce: funkce preventivní, kompenzační a sankční.²⁸ Preventivní funkce motivuje závaznou stranu po celou dobu trvání závazku k tomu, aby splnila utvzovanou povinnost řádně a včas, jinak by musela platit smluvní pokutu. Nejvyšší soud k preventivní funkci řekl, že „účelem smluvní pokuty je donutit dlužníka pohrůzkou majetkové sankce k řádnému splnění závazku“. Kompenzační funkce představuje jistou formu náhrady škody, jelikož vznikne-li škoda, představuje smluvní pokuta paušalizovanou náhradu škody neohledně na skutečnou výši vzniklé škody (která může být i nenulová). Sankční funkce se projevuje tím, že povinnost zaplatit smluvní pokutu vznikne i v případě, že žádná reálná škoda nevznikla, v takovém případě je kompenzační funkce potlačena ve prospěch funkce sankční.

Aby vznikl nárok na zaplacení smluvní pokuty, je podstatnou podmínkou porušení utvzované smluvní povinnosti. Kritéria, dle kterých se porušení povinnosti posuzuje, bývají sjednána ve smlouvě a je tedy podstatné, jak jsou povinnosti definovány. Pokud povinnost zní tak, že má být dodáno 10 bezvadných výrobků, potom nemůže vzniknout nárok na smluvní pokutu, jestliže kupující strana přijala 10 bezvadných výrobků po sjednaném termínu a naopak, pokud povinnost zněla na dodání 10 výrobků do 27. 12. 2021, potom nevznikne nárok na smluvní pokutu, jestliže kupující strana přijala ve sjednané lhůtě 10 vadných výrobků. Nesmí se též opomenout, že utvzovaná smluvní povinnost musí být ve smlouvě dostatečně určitě popsána (požadavek § 553 OZ).²⁹

V případě povinnosti platit smluvní pokutu může zasáhnout soud, který má moderační právo dle § 2051 OZ.³⁰ Právní úprava moderační smluvní pokuty v bývalém obchodním zákoníku byla judikaturou potvrzena jako kogentní ustanovení, které smluvní strany nemohou vyloučit.³¹ Na moderační smluvní pokutu dle § 2051 OZ by se tak s nejvyšší pravděpodobností mělo též pohlížet jako na kogentní ustanovení. Posuzovat nepřiměřenost smluvní pokuty lze v případě, kdy pohledávka na zaplacení určité smluvní pokuty v okamžiku rozhodování soudu existuje.³² Snížení nepřiměřeně vysoké pokuty je výsledkem procesu posouzení soudu, který má 3 fáze:

- a) zhodnocení, zdali je smluvní pokuta nepřiměřeně vysoká (zákon nestanoví kritéria, zhodnocení závisí na volném uvážení soudu)³³;
- b) posouzení, zdali se moderační právo použije (opět nejsou stanovena kritéria, jedná se o právo, nikoliv povinnost, smluvní pokuta nemusí být snížena);

²⁵ Synonymum pro kompenzační funkci je též funkce odškodňovací, nahrazovací, uhrazovací nebo reparační. Viz TINTĚRA, T. Smluvní Pokuta V ČR a Evropě, str. 34. Vydání první. Praha: Leges, 2015.

²⁶ Rozsudek NS 23 Cdo 3682/2008 ze dne 27. 1. 2011

²⁷ TINTĚRA, T. Smluvní Pokuta V ČR a Evropě, str. 33. Vydání první. Praha: Leges, 2015

²⁸ Rozsudek NS 33 Odo 438/2007 ze dne 30. 5. 2007

²⁹ Tamtéž str. 119

³⁰ § 2051 OZ: „*Nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu může soud na návrh dlužníka snížit s přihlédnutím k hodnotě a významu zajišťované povinnosti až do výše škody vzniklé do doby rozhodnutí porušením té povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta. K náhradě škody, vznikne-li na ni později právo, je poškozený oprávněn do výše smluvní pokuty.*“

³¹ Rozsudek NS 31 Cdo 927/2016-210 ze dne 11. 4. 2018, bod 20

³² Moderaci lze provést i u zaniklé pohledávky (například započtením dluhu). Rozsudek NS 32 Cdo 4577/2018 ze dne 17. 5. 2011.

³³ Rozhodnutí NS 33 Odo 438/2005 ze dne 30. 5. 2007: „*Smluvní pokuta sjednaná ve výši zhruba 0,5 % denně z dlužné částky je posuzována jako platné ujednání, které je v souladu s dobrými mravy (tuto hranici však nelze posuzovat bez ohledu na ostatní smluvní ustanovení a okolnosti vzniku závazku), ujednání o smluvní pokutě ve výši 1 % denně je považováno za neplatný právní úkon, který se přičítá dobrým mravům.*“

- c) posouzení v jakém rozsahu nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu sníží.

Soud je v rámci moderace výše smluvní pokuty omezen tím, že musí přihlídnout k významu a hodnotě zajišťované povinnosti a že věřitel má právo na smluvní pokutu alespoň ve výši vzniklé škody.³⁴ Ačkoliv ustanovení připouští pouze moderaci smluvní pokuty, nelze vyloučit, aby byla smluvní pokuta posouzena soudem jako rozporná s dobrými mravy.³⁵ Pro použití korektivu dobrých mravů zákon nestanoví, z jakých hledisek má soud vycházet, zároveň musí být zváženy všechny rozhodné okolnosti případu, tedy jak okolnosti, které uplatňuje ten, kdo se uvedeného ustanovení dožaduje, tak všechny okolnosti na straně toho, kdo se výkonu práva domáhá. Odpovídající úsudek soudu musí být podložen konkrétními skutkovými zjištěními a musí současně přesvědčivě dokládat, že tato zjištění dovolují přijmout závěr, že výkon práva je či není v rozporu s dobrými mravy.³⁶ Korektiv dobrých mravů nepřichází v úvahu pouze v případě, kdy je výkon práva šikanózní, ale též v případě, že výkon práva vede k nepřijatelným důsledkům projevujícím se jak mezi účastníky, tak na postavení některého z nich navenek.³⁷ Výkon práva, který je v rozporu s dobrými mravy, je posuzován objektivně. Nezáleží tedy na tom, zdali byl rozpor s dobrými mravy způsoben zaviněně, případně zdali si strana byla vědoma takového rozporu.³⁸ U rozporu dobrých mravů s uplatněním práva na zaplacení smluvní pokuty (dříve posuzováno zásadou poctivého obchodního styku) posuzuje soud soulad výkonu práva s funkcemi smluvní pokuty: *“Odepřít ochranu by bylo možno pouze takovému požadavku, který by opomíjel zajišťovací, sankční a kompenzační charakter institutu smluvní pokuty, nevycházel by z jeho smyslu, popř. by jej dokonce zneužíval k poškození dlužníka.”*³⁹

Vyšší moc a judikatura

Komplexněji je vyšší moc definována např. již v rozsudku NS 25 Cdo 2911/2006 ze dne 31. 1. 2007, kde se řešil vznik odpovědnostního vztahu za škodu ve vztahu ke škodě způsobené vyšší mocí (odpovědnostní vztah v takovém případě nevzniká). Vyšší moc tímto rozsudkem byla označena jako *„taková kvalifikovaná náhoda, kterou není možné za daných podmínek ani při vynaložení veškerého úsilí nikým odvrátit vzhledem k její mimořádnosti a nepředvídatelnosti.“* Jsou zde tedy shodné prvky jako v úpravě OZ § 2913 odst. 2, tedy mimořádnost, nepředvídatelnost, nepřekonatelnost/neodvratitelnost. Judikatura se oproti OZ nezmiňuje o „nezávislosti na škůdci“. To může být vysvětleno tím, že je tato nezávislost implikována v prvku nepředvídatelnosti, jelikož lze jen stěží identifikovat případ, ve kterém by nastalá událost byla pro škůdce nepředvídatelná, ale závislá na jeho vůli (byla by ve sféře vlivu/kontroly škůdce). Podobně se k vyšší moci vyjadřovala již judikatura Nejvyššího soudu Československé republiky, která vyšší moc definovala jako nadobyčejnou náhodu, která se často nevyskytuje, nejde předvídat a nelze ji odvrátit ani největší péčí.⁴⁰

³⁴ Usnesení NS 33 Cdo 5377/2017-87 ze dne 21. 3. 2019

³⁵ Usnesení NS 26 Cdo 3039/2020-315 ze dne 15.12.2020: *„Odvolací soud svůj závěr o tom, že pokutu nelze pro rozpor s dobrými mravy žalobci (který se sám vůči žalovanému chová nepoctivě) přiznat, podložil důkladnými skutkovými zjištěními a přesvědčivě odůvodnil, že zákonem stanovené výjimky z povinnosti platit pokutu z prodlení byly naplněny.“*

³⁶ Rozsudek NS 33 Cdo 4358/2015 ze dne 29. 3. 2016

³⁷ Nález ÚS IV. ÚS 3542/20 ze dne 11. 5. 2021, bod 47

³⁸ Rozsudek NS 25 Cdo 4209/2011 ze dne 27. 11. 2013

³⁹ Rozsudek NS 23 Cdo 1749/2015 ze dne 04.04.2016

⁴⁰ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky, Rv I 1003/43 ze dne 24. 1. 1944.

3. Vyšší moc z pohledu práva EU

Právní úprava EU pracuje s pojmem vyšší moci⁴¹, ačkoliv stejně jako v českém právním prostředí není právními předpisy tento pojem přesně definován. Podstatná je zde judikatura Soudního dvora Evropské unie („SDEU“)⁴², která dle ustálené judikatury chápe pojem vyšší moci následovně:

- a) jedná se o okolnosti nezávislé na tom, kdo se vyšší moci dovolává,
- b) okolnosti jsou neobvyklé a nepředvídatelné,
- c) důsledkům nemohlo být i přes veškerou vynaloženou péči zabráněno.⁴³

V rozhodnutích SDEU lze pozorovat 2 formulace vyšší moci: užší a širší. Dle užší formulace se vyšší mocí rozumí absolutní nemožnost plnění, která je způsobena neobvyklou okolností mimo kontrolu, jehož následky nemohly být zabráněny bez nepřiměřených obětí, ačkoliv byla dána všechna potřebná péče. Širší pojetí pak nepočítá s absolutní nemožností plnění, ale s praktickou nemožností.⁴⁴

V roce 1988 vydala Evropská komise („EK“) sdělení C(88) 1696 vztahující se k vyšší moci v Evropském zemědělském právu. Toto sdělení se ovšem neomezuje pouze na oblast zemědělského práva, ale vykládá pojem vyšší moci celkově v právu EU. Podstata vymezení pojmu vyšší moci, jak bylo provedeno SDEU, byla EK potvrzena. Dle ustálené soudní judikatury se koncept vyšší moci skládá z objektivního⁴⁵ a subjektivního⁴⁶ elementu. Neobvyklá okolnost má být nepředvídatelná nebo přinejmenším natolik nepravděpodobná, že podnikatel vynakládající všechnu potřebnou péči bude považovat risk za zanedbatelný. Okolnost nezávislá na podnikateli je taková, která je mimo sféru jeho kontroly. Nakonec subjektivní prvek spočívá v závazku provést všechna potřebná opatření proti neobvyklé okolnosti (s výjimkou těch, která zahrnují nepřiměřené oběti). EK navíc zmiňuje, že vyšší moc není obecným principem práva EU, a vzhledem k tomu, že úprava EU neobsahuje dostatečná ustanovení, která lze považovat za vyšší moc, SDEU požadavky na uplatnění vyšší moci povětšinou zamítá, pokud není vyšší moc smluvně upravena.

Z výše uvedeného je patrné, že je výklad vyšší moci dle českého práva v souladu s výkladem dle práva EU.

⁴¹ Viz čl. 124 odst. 1. písm. g) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 952/2013, čl. 2 odst. 2. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1306/2013 nebo čl. 21 odst. 2. písm. d) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/1139.

⁴² Viz rozsudek NSS 6 Afs 48/2015-45 ze dne 3. 6. 2015, bod 40 k výkladu vyšší moci v rámci práva EU: „*Jak správně uvedl městský soud, výklad pojmu „nepředvídatelná událost nebo vyšší moc“ obsaženého v čl. 14 odst. 1 směrnice podal Evropský soudní dvůr v rozsudku ze dne 18. 12. 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, C-314/06, Sb. rozh., s. I-12273. Daný pojem představuje autonomní pojem komunitárního, respektive unijního práva (stanovisko generální advokátky Kokott ve věci Société Pipeline Méditerranée et Rhône, Sb. rozh., s. I-12273, bod 14) a je třeba jej vykládat v souladu s předchozí judikaturou Evropského soudního dvora, podle níž „pojem vyšší moci obsahuje objektivní složku, která spočívá v neobvyklých událostech nezávislých na vůli hospodářského subjektu, a subjektivní složku, která spočívá v povinnosti dotčeného subjektu zabezpečit se proti následkům neobvyklé události tím, že učiní vhodná opatření, aniž by však podstoupil nepřiměřené oběti“ (citovaný rozsudek Société Pipeline Méditerranée et Rhône, bod 24 a tam uvedená judikatura).“*

⁴³ Rozsudek SDEU ve věci C-377/03 ze dne 5. 10. 2006, bod 95: „*Podle ustálené judikatury musí být pojem „vyšší moc“ chápán ve smyslu okolností nezávislých na tom, kdo se jí dovolává, neobvyklých a nepředvídatelných, jejichž důsledkům nemohlo být i přes veškerou vynaloženou péči zabráněno (viz zejména rozsudek ze dne 5. února 1987, Denkavit, 145/85, Recueil, s. 565, bod 11).“*

Podobně se k pojmu vyšší moci vyjádřil SDEU ve svém rozsudku ze dne 17. prosince 1970 (bod 23) týkající se případu Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, kde bylo vyjádřeno, že vyšší moc se neomezuje pouze na absolutní nemožnost, ale též na okolnosti neobvyklé, mimo kontrolu smluvních stran, v jejichž důsledku ani při vynaložení potřebného úsilí nemohlo dojít k zabránění škodlivých důsledků (s výjimkou vynaložení nákladů, které jsou nepřiměřené).

⁴⁴ ROBERT L. Force Majeure in European Union Law. International Trade and Business Law Annual 3 (1997), s. 90

⁴⁵ Objektivním prvkem se myslí neobvyklá okolnost, která je mimo kontrolu smluvní strany.

⁴⁶ Subjektivním prvkem se myslí následky, kterým nemohlo být zabráněno ani při vynaložení veškeré potřebné péče.

4. Vyšší moc z hlediska veřejných zakázek a změna smlouvy na plnění veřejných zakázek

V případě smluv uzavřených mezi veřejným zadavatelem a dodavatelem bude opět rozhodné to, co je v nich uvedeno o doložce vyšší moci. Pokud smlouva na plnění veřejné zakázky neobsahuje nic ohledně vyšší moci, lze též využít institutů, které poskytuje soukromé právo (zejména OZ) jako v § 1765 OZ⁴⁷ nebo § 2913 odst. 2 OZ.⁴⁸ Institutů soukromého práva ale nelze vždy využít bez dalších korektivů. S ohledem na to, že se operuje s veřejnými prostředky, je nutné zohlednit mimo jiné pravidla ukládaná ZVVZ.⁴⁹

Pravidla pro úpravy smluv na plnění veřejných zakázek jsou založena zejména na judikatuře Soudního dvora Evropské unie („SDEU“), která jsou obsažena zejména v § 222 ZZVZ. ZZVZ stanovuje 2 kategorie změn závazků, přičemž změny mohou být provedeny na základě zákona⁵⁰ nebo na základě výhrady v zadávací dokumentaci⁵¹. Relevantní je § 222 odst. 3 a § 222 odst. 6 ZZVZ.

ZZVZ v § 222 odst. 3 upravuje tzv. generální klauzuli týkající se změn obsahu závazků, která se aplikuje za situace, že daná změna nespadá pod některý ze speciálních případů. Konkrétně definuje, které změny jsou považovány za podstatnou změnu smlouvy (a jsou tedy obecně zakázané). Podmínky, které zakládají podstatnou změnu smlouvy, jsou vyjádřeny takto (stačí, aby byla naplněna jedna z podmínek):

- a) změna by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení;
- b) změna by narušila ekonomickou rovnováhu zakázky ve prospěch vybraného dodavatele;
- c) změna by vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.⁵²

Podmínka a) by byla naplněna zejména pokud by se změna týkala stanovení kvalifikačních požadavků, kritérií hodnocení nebo požadavků na předmět plnění, jejichž změna by umožnila účast jiných dodavatelů. Podmínka může být splněna i tehdy, pokud by došlo ke změně lhůt nebo snížení smluvní pokuty, jejíž původní výše byla schopna odradit potenciální dodavatele. Podstatná změna se neomezuje pouze na změny údajů vztahujících se k zadávacím podmínkám, ale též na změny v rámci obchodních podmínek. Podmínka b) by pak mohla být naplněna např. v případě, kde by zadavatel nevyžadoval část plnění, přičemž cena za zakázku by se nezměnila; taková situace hospodářsky zvýhodňuje dodavatele. Navíc, kdyby se nevyžádaná část plnění vynechala během zadávacího řízení, mohlo by to ovlivnit účast dodavatele nebo jeho výběr. Podmínka c) je naplněna v případech, kde by značnou měrou rozšířila veřejnou zakázku o plnění dodavatele.

⁴⁷ Ustanovení se týká práv jedné strany na obnovení jednání o smlouvě, pokud dojde k podstatné změně okolností po uzavření smlouvy.

⁴⁸ Viz rozsudek NSS 8 As 320/2019 – 37 ze dne 14. 05. 2020: „Poukázat lze v této souvislosti především na rozsudek Nejvyššího správního soudu („NSS“) ze dne 29. 3. 2016, čj. 5 As 74/2015-56, v němž tento soud jednoznačně uzavřel, že zadávání veřejných zakázek není výkonem veřejné moci. I s odkazem na předchozí judikaturu dodal, že se jedná se o civilní kontraktační proces, který je, s ohledem na nakládání s veřejnými prostředky, modifikován předpisy závaznými pro veřejné zadavatele a další subjekty.“

⁴⁹ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže poukazuje ve svém stanovisku ze dne 8. 4. 2020 k „možným změnám závazků smluv v době koronavirové nákazy“ na to, že při využití § 1765 se musí aplikovat limity dané § 222 ZZVZ.

⁵⁰ Patří sem například změny závazků posuzované dle principů rozsudků SDEU u konkrétní věci dle § 222 odst. 3 ZZVZ nebo změny de minimis dle § 222 odst. 4. Dále sem patří změny dle § 222 odst. 5, 6, a § 64 písm. b).

⁵¹ Vyhrazené změny zadavatele dle § 100 odst. 1 ZZVZ a opční právo zadavatele dle § 100 odst. 3 ZZVZ ve spojení s § 66 ZZVZ.

⁵² Tyto podmínky vychází z rozsudku SDEU C-454/06 (presetext Nachrichtenagentur),

bod 35: „Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.“

bod 36: „Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Posledně uvedený výklad je potvrzen v čl. 11 odst. 3 písm. e) a f) směrnice 92/50, který ukládá pro veřejné zakázky na služby, jejichž předmětem jsou výlučně nebo převážně služby uvedené v příloze I A této směrnice, omezení týkající se míry, v níž mohou zadavatelé využít vyjednávacího řízení pro zadání služeb, které jsou doplňkové ve vztahu ke službám, jež byly předmětem původní veřejné zakázky.“

bod 37: „Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“

Ačkoliv není vyšší moc v ZZVZ přímo zmíněna, obsahuje § 222 odst. 6, pod který lze vliv vyšší moci podřadit. Ustanovení je speciální vůči § 222 odst. 3 a použije se na případy, kdy změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepředstavuje podstatnou změnu smlouvy, pokud došlo k nepředvídané události za splnění dalších podmínek (podmínky musí být splněny kumulativně):

- a) potřeba změny vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s **náležitou péčí nemohl předvídat**⁵³ (pod tuto okolnost lze podřadit vyšší moc),
- b) změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky, a
- c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

Změna závazku ze smlouvy nemusí nutně vést ke změně v ceně plnění, jak by se mohlo jevit z podmínky c). Úřad pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“) ve svém rozhodnutí zmínil, že je možné, že provedená změna nepovede ke změně v ceně plnění, případně že změna ceny plnění nebude vyčíslitelná.⁵⁴ I v takové situaci bude podmínka c) splněna. Pokud se použije toto ustanovení, musí zadavatel do 30 dnů od změny závazku odeslat oznámení o změně závazku k uveřejnění způsobem podle § 212 ZZVZ⁵⁵ (v případě užití generální klauzule se oznámení nepodává).

K veřejným zakázkám v souvislosti s pandemií covid-19 (nouzovým stavem) vydalo Ministerstvo pro místní rozvoj ČR doporučení k možnosti prodloužit změnu závazku ve stavu nouze: „*V případě již ukončených zadávacích řízení a uzavřených smluv, pokud by vyhlášení nouzového stavu přímo ovlivnilo průběh realizace veřejné zakázky, může zadavatel prodloužit dobu realizace podle § 222 odst. 6. Vyhlášení nouzového stavu však není obecně automatickým naplněním podmínek § 222 k možnému provedení změny závazku.*“⁵⁶ Změna závazku by pak dle ministerstva měla odpovídat konkrétním okolnostem (změna musí být vynucena nouzovým stavem a musí být nezbytná k provedení závazku s ohledem na nové, nepředvídatelné okolnosti). Pokud tedy nelze závazek v důsledku nouzového stavu splnit, lze prodloužit dobu plnění o dobu, po kterou bude nouzový stav trvat. Změny nelze provést nad rámec skutečností, které vyplývají z nových okolností.⁵⁷

ÚOHS vydal dne 8. 4. 2020 stanovisko k možným změnám závazků ze smluv na veřejnou zakázku v době koronavirové nákazy⁵⁸. Ve stanovisku poukazuje na možnosti, které zadavatelům dává § 222 ZZVZ. Pokud by došlo k využití § 222 odst. 6 ZZVZ, musel by zadavatel prokázat naplnění podmínek pro jeho aplikaci a předložit v této souvislosti relevantní tvrzení a skutečnosti. ÚOHS ve stanovisku upozorňuje na soukromoprávní charakter, čili že lze využít určitá ustanovení OZ, pokud nejsou smluvně vyloučena.⁵⁹ Ve všech případech je třeba sledovat to, zdali nemožnost plnění/ztížení možnost vznikla v příčinné souvislosti s výskytem covid-19 nebo vládním opatřením – a nebylo ji možné předvídat, odvrátit, či překonat (na jistou míru rizika se vztahuje podnikatelské riziko). Ohledně modifikace smlouvy ve vztahu ke smluvní pokutě se ÚOHS vyjádřil tak, že pokud by došlo úpravou smlouvy ke zproštění dodavatele od placení sjednané smluvní pokuty, jednalo by se o podstatnou změnu smlouvy, což je potvrzeno též judikaturou⁶⁰.

⁵³ Podmínka uvedená v písmenu a) je širěji pojatá než vyšší moc, takže ne všechno, co splní tuto podmínku, lze označit za vyšší moc.

⁵⁴ Viz bod 26. rozhodnutí ÚOHS č.j. R0187/2019/VZ-00493/2020/321/VJU ze dne 7. 1. 2020.

⁵⁵ Podle § 222 odst. 8 ZZVZ

⁵⁶ Dostupné z: <http://portal-vz.cz/info-forum-vzdelavani/aktuality/doporučení-k-možnosti-prodloužení-lhůt-pro-podání-nabídek-a-možnosti-prodloužit-změnu-závazku-ve-stavu-nouze/>

⁵⁷ Příklad: Nouzový stav je vyhlášen na 15 dní a neumožňuje provést závazek ze smlouvy, jelikož se nuceně uzavřely provozovny. Prodloužení doby realizace tak může být nanejvýš o 15 dní. Pokud by došlo k prodloužení o měsíc, jednalo by se o změnu, která jde již nad rámec daných skutečností.

⁵⁸ Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/verejne-zakazky/2762-stanovisko-uohs-k-možným-změnám-závazku-smluv-v-době-koronavirové-nákazy.html>

⁵⁹ Lze poukázat zejména na § 2913 odst. 2 OZ ohledně liberačních důvodů vůči placení náhrady škody, § 2006 OZ týkající se následné nemožnosti plnění nebo § 1765 OZ a násl. vztahující se ke změnám okolností a narovnání.

⁶⁰ Rozsudek NSS 9 As 153/2019 ze dne 8. 8. 2019, právní věta: „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.“

Vyjádření ÚOHS ohledně smluvní pokuty je diskutabilní, jelikož ÚOHS vyjadřuje pouze obecný úsudek ohledně smluvní pokuty, aniž by použil jakoukoliv argumentaci. Zároveň není jisté, ze kterých soudních a správních rozhodnutí se ve vztahu ke smluvním pokutám vychází a za jakých podmínek se smluvní pokuta posuzuje. Kdyby se ve správním nebo soudním řízení odkazovalo pouze na předmětné stanovisko, nemělo by pravděpodobně vysokou vypovídací hodnotu a hrozila by i nepřezkoumatelnost tohoto rozhodnutí, jelikož ve stanovisku není použita argumentace, a zároveň se jen obecně odkazuje na judikaturu bez bližší konkretizace rozhodnutí, ze kterých ÚOHS vychází. Rozsudek NSS 9 As 153/2019-73 ze dne 8. 8. 2019 přitom připustil možnost aplikace § 222 odst. 6 ZZVZ vztahující se k odpuštění smluvní pokuty za prodlení. V rozhodovaném případě pouze nebyly naplněny podmínky aplikace tohoto ustanovení.⁶¹ V jiném rozsudku NSS 5 As 225/2018 - 34 se připustilo, že smluvní pokuta se nemusí uplatnit v případě, pokud jsou splněny podmínky stanovené v doložce o vyšší moci⁶². Modifikace smluvní pokuty ve vztahu k vyšší moci by tak mohla být i v případě smluv na veřejnou zakázku umožněna jak dle smluvních podmínek, tak i zákonných.

Se smluvní pokoutou se pojí již výše uvedený institut moderace smluvní pokuty soudem dle § 2051 OZ; na návrh dlužníka může soud nepřiměřeně vysokou částku smluvní pokuty moderovat⁶³.

ČÁST B - MŮŽE BÝT PANDEMIE COVID-19 POVAŽOVÁNA ZA VYŠŠÍ MOC ZPROŠŤUJÍCÍ POVINNOSTI PLATIT NÁHRADU ŠKODY A SMLUVNÍ POKUTU?

V návaznosti na výše uvedené v části A lze konstatovat, že covid-19 a s ním spojené následky mohou být chápány jako vyšší moc;⁶⁴ je ale třeba splnit všechny definiční prvky vyšší moci⁶⁵ a následně prokázat příčinný vztah mezi danou situací a škodlivým následkem.

U definičních prvků vyšší moci se musí zohlednit vůle smluvních stran, tedy jak si vyšší moc definovaly,⁶⁶ a porovnat takto definovanou vyšší moc s okolnostmi spojenými se situací okolo covid-19.

Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/judikat/nsscr/9-as-153-2019-73>

⁶¹ Bod 51: „Potřeba změny zároveň nebyla v daném případě vyvolána okolnostmi, které by **nemohla stěžovatelka (zadavatelka) předvídat**. Pojem nepředvídané okolnosti se týká okolností, jež nemohl zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání zakázky a její odhadovanou hodnotou (srov. čl. 109, resp. čl. 115 zadávacích směrnic). Zpravidla se bude jednat o okolnosti objektivního charakteru (nepředvídané technologické, **legislativní, přírodní** či společenské změny), nelze však vyloučit, že k nepředvídaným okolnostem může dojít též na straně zadavatele či vybraného uchazeče.“

⁶² Bod 26: „NSS rovněž nepřehlédli, že smlouva o dílo obsahuje ujednání, podle něhož např. „Smluvní strany se osvobozují od plnění těch závazků, které nejsou splnitelné vlivem působení tzv. vyšší moci. Za vyšší moc se pokládají okolnosti vzniklé po neodvratitelných událostech mimořádné povahy, které mají vliv na plnění podle této smlouvy, např. živelné pohromy, válečné události, atp. V těchto případech se prodlužují rovněž lhůty plnění o dobu trvání takové události, pokud byly jednoznačně a prokazatelně dotčeny působením vyšší moci. Za vyšší moc se nepovažují vlivy počasí.“, anebo „Jestliže se (...) v průběhu provádění díla ukáže, že podklady specifikující předmět díla jsou nedostatečné nebo nevhodné, zavazuje se zhotovitel na takové vady podkladů specifikujících předmět díla upozornit bezodkladně objednatel a vyčkat jeho písemného pokynu. V případě, že objednatel nedá zhotoviteli písemný pokyn do 5 pracovních dnů, sjednaná doba pro provedení díla se prodlužuje o počet dní prodlení objednatel s udělením pokynu.“ Byl-li by tedy některým z důvodů, které údajně vedly k prodlení zhotovitele, důvod uvedený v právě citovaných smluvních ujednáních, nešlo by dle znění samotné smlouvy o prodlení zhotovitele, za něž by mohla být požadována smluvní pokuta, a nebyl by ani důvod k uzavření smlouvy o narovnání. Jak ovšem bylo již výše uvedeno, z tvrzení stěžovatele (ani z jiných podkladů) není ani zřejmé, z jakých konkrétních důvodů k prodlení zhotovitele vlastně došlo.“

⁶³ Moderovat lze pouze výslednou částku, nikoliv vlastní způsob jejího určení. Viz Usnesení NS 29 Cdo 1734/2012 ze dne 26. 6. 2012.

⁶⁴ Některé členské státy EU virus covid-19, případně následky opatření podporujících společenský odstup označují za vyšší moc (Francie v případě covid-19 nebo Belgie v případě opatření podporujících společenský odstup). Viz Evropská komise - Generální ředitelství pro hospodářské a finanční záležitosti. Policy measures taken against the spread and impact of the coronavirus – 12 February 2021.

Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/coronavirus_policy_measures_12_february_2021.pdf

⁶⁵ Bude se jednat buďto o zákonné, nebo smluvní definiční prvky podle toho, zdali se odvolává na zákonné instituty vyšší moci nebo smluvní doložku o vyšší moci.

⁶⁶ V doložce vyšší moci mohou být překážky představující vyšší moc variabilně ujednány. Pokud bude vyšší moc definována stroze jako „nepředvídatelná událost“, potom lze covid-19 bez obtíží označit jako vyšší moc zejména pokud byla smlouva uzavřena před vypuknutím pandemie.

Situace covid-19 působila problémy v podobě viru, který byl sám schopen vyřazovat mnohé podniky z provozu, jelikož působil absencí/indispozicí pracovníků, kteří pak chyběli ve výrobě, nebo v podobě autoritativních, restriktivních opatření oprávněných orgánů, které na pandemickou situaci reagovaly vydáváním správních aktů, které omezovaly, zcela nebo částečně, provoz podniků.⁶⁷ Stejně tak mohli zaměstnavatelé omezovat provozy proto, aby zajistili bezpečné pracovní prostředí a dostali tak svým zákonným povinnostem a zároveň i zajistili kontinuitu provozu z dlouhodobého hlediska. Co se zákonných definičních prvků týče, může být covid-19 považován za vyšší moc jak podle OZ, tak ZZVZ, případně jiných předpisů. To připouští samotné příslušné orgány, viz stanovisko ÚOHS ze dne 8. 4. 2020 k „možným změnám závazků smluv v době koronavirové nákazy“.

Covid-19 může odůvodnit zproštění povinnosti hradit škodu a smluvní pokutu, pokud je tak sjednáno ve smlouvě. Neobsahuje-li smlouva doložku vyšší moci, může se smluvní strana v důsledku pandemie covid-19 zprostit náhrady škody dle zákonné úpravy (§ 2913 odst. 2 OZ) a smluvní pokuty, pokud bude smluvní pokuta případně výkon práva odporovat dobrým mravům. Mezi vyšší mocí a škodlivým následkem však musí být příčinná souvislost.

V souvislosti s pandemií covid-19 vydala vláda Závazný pokyn k řešení následků pandemie onemocnění COVID-19, ve kterém zmiňuje možnost zhotovitelů stavebních zakázek podat za uvedených podmínek žádost na prodloužení doby pro dokončení, pro uvedení do provozu apod. Dále pokyn uvádí, že *„Pandemie onemocnění COVID-19 a její následky jsou okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Jednotlivá řešení následků pandemie onemocnění COVID-19 musí být administrována vždy v souladu se ZZVZ.“*

Prezident Svazu průmyslu a dopravy České republiky, Jaroslav Hanák, zaslal ministryni financí Aleně Schillerové dne 19. 4. 2021 zprávu ohledně řešení koronavirové situace v rámci režimu veřejných zakázek,⁶⁸ že hrozí ze strany zadavatelů uplatnění smluvních pokut vůči dodavatelům, kteří se v důsledku mimořádných situací (pandemie covid-19 nebo s ní souvisejících opatření orgánů veřejné moci) mnohdy dostanou do prodlení. Jeho snahou je nalezení legislativního nebo jiného řešení, kterým by se zmírnila rizika sankcí potenciálně uložených na základě smluv uzavřených v souvislosti s veřejnými zakázkami. Dle zprávy je tehdejší mimořádná situace vzniklá z důvodu pandemie zcela mimořádná a představuje objektivní důvod (vyšší moc), který znemožnil řádně plnit smlouvy. Dále se uvádí, že *„Podle převažujícího názoru právníké veřejnosti nárok na smluvní pokuty za prodlení vzniklé v důsledku vyšší moci nelze uplatnit pro rozpor s dobrými mravy, s principem poctivosti či zákazem zneužití práva, popřípadě s odkazem na analogické použití právní úpravy vylučující odpovědnost za škodu v případě vyšší moci. V jiných významných právních řádech (např. Anglie a Německo) je právní názor, že v případě prodlení v důsledku zásahu vyšší moci nejsou smluvní pokuty uplatnitelné, zcela nesporný.“*⁶⁹

Nepředvídatelnost se dle doktríny posuzuje k době vzniku závazku.⁷⁰ V případě, že smlouva byla uzavřena před tím, než bylo známo, že existuje virus covid-19, nebo že se tento virus může šířit např. v Evropě a mít závažné dopady na lidské draví a životy, je zřejmé, že byl z pohledu smlouvy nepředvídatelný (neboť neznámost dané skutečnosti obecně automaticky implikuje i její nepředvídatelnost). O to více nepředvídatelné pak mohou být jednotlivé varianty tohoto viru, ale i dosud nepoužívaná reaktivní opatření omezující pohyb lidí, jejich podnikání apod. (ať již autoritativně nařízená, nebo vyžádaná nebezpečností dané situace). Z výše uvedeného tak nutně vyplývá, že z pohledu nepředvídatelnosti není rozdíl mezi první a druhou vlnou pandemie covid-19 a v případě vzniku závazku

⁶⁷ Problémy spojené s covid-19 nemusí být nutně omezené na samotný vir, pandemii, epidemii nebo akty správních/státních orgánů, jedná se ale o nejčastější formy vyšší moci, které okolnosti okolo covid-19 představují.

⁶⁸ Číslo jednací: GR/080/2021

⁶⁹ Zadavatelé se mohou obávat toho, že by se neuplatněním smluvní pokuty mohli dostat do rozporu s povinností péče řádného hospodáře, tomu by ale mohla pomoci jednotná metodika upravující zásah vyšší moci, prodlení dodavatele a možnost neuplatnění smluvních pokut. Ve zprávě jsou porovnány problémy, které by vznikly neuplatněním smluvních pokut na straně zadavatelů a problémy, které vznikly a vzniknout mohou dodavatelům v případě, že budou pokuty vymáhány (likvidační dopad pro podnikatelský sektor, který se již nachází v těžké situaci, vznik soudních sporů, zdražení zakázek atd.).

⁷⁰ MAKOVEC, V. Aktuálně ke koronaviru: Vyšší moc a její vliv na závazky smluvních stran v době pandemie onemocnění COVID-19. 2020. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/aktualne-ke-koronaviru-vyssi-moc-a-její-vliv-na-zavazky-smluvnich-stran-v-dobe-pandemie-onemocneni-covid-19>

před první vlnou lze obě vlny vnímat jako jednu událost. Rozdíl nicméně může být v kritériu nepřekonatelnosti, neboť nepřekonatelnost se v čase mění, a z ekonomického hlediska je možné očekávat, že čím déle určitá událost trvá, tím racionálnější je zajistit alternativní řešení.

Jiná pak pochopitelně bude situace, kdy je smlouva uzavřena (závazek vzniká) až po vypuknutí pandemie. Navíc, v případě vzniku závazku v období první vlny je otázné, zda mohly být předvídaný i další vlny. Pokud závazek nicméně vznikl v období druhé vlny (nebo později), je pravděpodobné, že i další vlny mohou být označeny za předvídatelné. Tím spíše pak platí, že z hlediska nepřekonatelnosti budou na dotčené osoby kladeny vyšší nároky, neboť překonání těchto situací se postupem času může stávat *de facto* rutinní záležitostí.

ČÁST C - MOHOU BÝT VLÁDNÍ NEBO OBDOBNÉ RESTRIKCE VYDANÉ Z DŮVODU PANDEMIE COVID-19 POVAŽOVÁNY ZA VYŠŠÍ MOC ZPROŠŤUJÍCÍ POVINNOSTI PLATIT NÁHRADU ŠKODY A SMLUVNÍ POKUTU?

Jak vyplývá z části A, vládní nebo obdobné restrikce vydané z důvodu pandemie covid-19 mohou být považovány za vyšší moc a mohou odůvodnit zproštění povinnosti hradit škodu a smluvní pokutu, pokud je tak sjednáno ve smlouvě. Neobsahuje-li smlouva doložku vyšší moci, může se smluvní strana v důsledku výše uvedených restrikcí zprostit náhrady škody dle zákonné úpravy a smluvní pokuty, pokud bude smluvní pokuta případně výkon práva odporovat dobrým mravům. Mezi vyšší mocí a škodlivým následkem však musí být příčinná souvislost.

I restrikce dopadající na závod poddodavatele mohou být klasifikovány jako zásah vyšší moci a působit jako liberační důvod. V potaz musí být vzata smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, úprava vztahu mezi dodavatelem a poddodavatelem, případně zákonná úprava. Zpravidla platí, že za problémy na straně poddodavatele odpovídá ten, kdo si jej najal. Má-li být určitá událost vzniklá u poddodavatele kvalifikována jako vyšší moc ve sféře dodavatele (ve vztahu zadavatele a dodavatele), je třeba, aby byla jako vyšší moc kvalifikována i ve sféře poddodavatele (ve vztahu dodavatele a poddodavatele) - tzn. řetězec skutečností, dle kterých se určitá událost kvalifikuje jako vyšší moc, nesmí být, obecně, přerušen.

V dalším lze odkázat na odůvodnění a závěry obsažené výše v části B, které jsou plně aplikovatelné i na tuto část.

ČÁST D - MŮŽE BÝT KONFLIKT NA UKRAJINĚ POVAŽOVÁN ZA VYŠŠÍ MOC ZPROŠŤUJÍCÍ POVINNOSTI PLATIT NÁHRADU ŠKODY A SMLUVNÍ POKUTU?

Jak vyplývá z části A, Konflikt na Ukrajině může naplnit kvalifikační znaky vyšší moci a obecně tak může odůvodnit zproštění povinnosti hradit náhradu škody a smluvní pokutu, pokud je tak sjednáno ve smlouvě. Neobsahuje-li smlouva doložku vyšší moci, může se smluvní strana v důsledku Konfliktního na Ukrajině zprostit náhrady škody dle zákonné úpravy a smluvní pokuty, pokud bude smluvní pokuta, případně výkon práva odporovat dobrým mravům. Mezi vyšší mocí a škodlivým následkem však musí být přítomna příčinná souvislost.

I dopady Konfliktního na Ukrajině na poddodavatele mohou být kvalifikovány jako zásah vyšší moci a působit jako liberační důvod. V potaz musí být vzata smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, úprava vztahu mezi dodavatelem a poddodavatelem, případně zákonná úprava a pečlivost výběru poddodavatele. Jak již bylo uvedeno výše v části C, zpravidla platí, že za problémy na straně poddodavatele odpovídá ten, kdo si jej najal. Má-li být určitá událost vzniklá u poddodavatele kvalifikována jako vyšší moc ve sféře dodavatele (ve vztahu zadavatele a dodavatele), je třeba, aby byla jako vyšší moc kvalifikována i ve sféře poddodavatele (ve vztahu dodavatele a poddodavatele) - tzn. řetězec skutečností, dle kterých se určitá událost kvalifikuje jako vyšší moc, nesmí být, obecně, přerušen.

V souvislosti s Konfliktem na Ukrajině lze zmínit i právní a ekonomické dopady restrikcí a sankcí týkající se Ruské federace, které mohou také znamenat naplnění znaků vyšší moci.

ČÁST E – MÁ JMK (ZADAVATEL VEŘEJNÉ ZAKÁZKY) DLE SMLOUVY VYMÁHAT SMLUVNÍ POKUTU A NÁHRADU ŠKODY V PŘÍPADĚ, KDY ŠKODA V DŮSLEDKU VYŠŠÍ MOCI JEDNOTKY VYROBÍ A DODÁ POZDĚJI?

Smluvní úprava vyšší moci mezi Škodou a JMK

Smlouva vyšší moc upravuje. Doložka vyšší moci a související ustanovení se nachází v článku XI. *Porušení smluvní povinnosti (sankce)* Smlouvy, ve kterém jsou sjednány podmínky pro posouzení okolností vylučujících odpovědnost („OVO“) a jejich účinky. Z tohoto vyplývá, jak je rozebráno výše, že se úprava ve Smlouvě použije přednostně oproti úpravě v OZ. Úprava ZZVZ nicméně i nadále stanoví rámec, ze kterého se není možné odchýlit.

OVO jsou definovány demonstrativním výčtem i obecnou klauzulí. Ustanovení zároveň obsahuje negativní výčet toho, co se za OVO nepovažuje. Za OVO se považují: „*mimořádné živelné události (zejména zemětřesení, povodně nebo vichřice), války, ozbrojené konflikty, mobilizace a rekvizice, terorismus, revoluce a obdobné násilné události a další překážky, které (i) nastaly nezávisle na vůli povinné strany, (ii) strana je nemohla předvídat a (iii) nelze rozumně předpokládat, že by strana tyto překážky překonala nebo jejich následky odvrátila.*“

Znaky obecné klauzule OVO:

- a) překážka nezávislá na vůli povinné strany;
- b) strana překážku nemohla předvídat;
- c) nelze rozumně předpokládat překonání/odvrácení překážky.

Demonstrativní výčet toho, co se považuje za OVO:

- a) mimořádné živelní události (zejména zemětřesení, povodně nebo vichřice);
- b) války, ozbrojené konflikty, mobilizace a rekvizice;
- c) terorismus;
- d) revoluce; a
- e) obdobné události.

Demonstrativní výčet toho, co se nepovažuje za OVO:

- a) případy, kdy příslušný schvalovací orgán (např. drážní úřad) odmítne nebo odloží udělení jakékoliv potřebného povolení, ověření nebo souhlasu;
- b) jakékoliv pochybení poddodavatele;
- c) předvídatelné klimatické a povětrnostní podmínky; nebo
- d) jakékoliv stávky nebo výluky u příslušné strany nebo jejích poddodavatelů.

Z výše uvedeného vyplývá, že Smlouva je postavena na širokém vymezení, a tedy i uplatnění, vyšší moci. Kromě demonstrativního výčtu „standardních případů vyšší moci“ chápe při hodnocení mimořádných situací vyšší moc jako jakoukoli jinou překážku splňující tři základní kritéria (viz *Znaky obecné klauzule OVO a) – c) výše*), pokud v důsledku uvedeného nelze Smlouvu plnit.

Jak lze dovodit z Posouzení, v době plnění Smlouvy postihly společnost Škoda tyto události: pandemie covid-19, vládní nebo obdobné restrikce vydané z důvodu pandemie covid-19, a tyto události pak rovněž postihly některé z, pro plnění Smlouvy klíčových, dodavatelů / poddodavatelů společnosti Škoda. Z Posouzení lze dovodit, že výše uvedené události naplňují jak v tomto memorandu popsané znaky institutu vyšší moci, jak je chápán v právním řádu České republiky, tak znaky OVO. Uvedené dopadá i na implikace Konfliktu na Ukrajině. Konkrétní popis těchto událostí (včetně vyhodnocení jejich ne/překonatelności) a jejich rozsahu, respektive popis dopadu do procesu plnění Smlouvy, je patrný z Posouzení.

Institut vyšší moci a související následky při plnění Smlouvy

Smlouva upravuje dopad vzniku a existence OVO na závazek sjednaný Smlouvou a plnění smluvních stran. Pokud konkrétní událost / překážka splňuje definiční znaky OVO a v důsledku toho nelze dosáhnout včasné dodávky jednotek:

- a) nenastává prodloužení s řádným dodáním předmětu Smlouvy,
- b) nenastávají právní následky spojené s prodloužením, přičemž
- c) OVO a z nich plynoucí prodloužení doby plnění se posuzují a posouvají vždy ve vztahu ke každé konkrétní jednotce individuálně⁷¹.

Smlouva neupravuje a ani nepožaduje přesný postup smluvních stran při vzniku OVO a nestanoví konkrétní formální požadavky. Smluvní strany dále výslovně sjednaly, že nárok na zaplacení smluvní pokuty ani nárok na náhradu škody nevznikne, pokud k porušení povinnosti dojde v důsledku OVO definovaných Smlouvou⁷².

Z výše uvedeného vyplývá, že Smlouva předpokládá prodloužení doby plnění v důsledku OVO automaticky a že v případě příčinné souvislosti mezi OVO a porušením povinnosti nemůže vzniknout nárok na zaplacení náhrady škody ani smluvní pokuty.

Návazná práva, ale i povinnosti smluvních stran, spojená s postupem obou smluvních stran v souvislosti s OVO a jejich komunikací, bude nutné posuzovat zejména s ohledem na obecné požadavky běžné či řádné péče, poctivého jednání a vzájemné součinnosti. Uvedené má význam pro povědomí obou smluvních stran o rozhodných skutečnostech ohledně realizace Smlouvy a jejich legitimní očekávání.

V souvislosti s výrobou a dodáním jednotek je třeba zdůraznit, že OVO mohou způsobit dílčí zastavení výroby, ve většině případů však nezpůsobí zastavení výroby jako celku, a proto se může dodání opozdit (z tohoto důvodu pak, byť je možné pracovat na vybraných částech dané jednotky, není možné řádně plnit povinnost Škody, neboť ta – byť je schopná vyrábět jednotku – není schopna tuto jednotku dodat včas a řádně tak plnit své povinnosti). Z materiálního hlediska je tedy zřejmé, že Škoda v důsledku OVO může naplnit podmínky Článku XI. odst. 1 a související ustanovení Smlouvy i v případě, že výroba jednotek jako celek není zastavena, avšak v důsledku OVO se opozdí dodávka jednotky.

Mezi Škodou a JMK probíhala komunikace ohledně zásahů a důsledků OVO. Jak již bylo uvedeno, Smlouva neukládá ani jedné smluvní straně konkrétní povinnosti týkající se náležitostí a formy související komunikace.

V rámci první vlny pandemie covid-19 Škoda zaslala JMK písemnost „*Věc: Předběžné oznámení o dopadech vyšší moci a překážkách v plnění: dopady epidemie, karantény a dalších krizových opatření*“ ze dne 20. 3. 2020. Oznámením Škoda formálně seznámila JMK se skutečností, že v souvislosti s pandemií covid-19, karanténou a dalšími krizovými opatřeními v řadě států, včetně České republiky, může být závažně dotčeno i plnění Škoda vyplývající ze Smlouvy. Škoda současně vymezila, že dotčené okolnosti představují mimořádné, nepředvídatelné a nepřekonatelné překážky vzniklé nezávisle na vůli Škoda, tzn. vyšší moc (force majeure). Škoda transparentně seznámila JMK s tím, že v době tohoto oznámení nebylo možné určit, jak dlouho uvedená situace potrvá, ani vývoj souvisejících opatření na území České republiky a jejich dopad např. na výrobní závody či přerušení výroby. Škoda rovněž uvedla, že související dopady nelze předvídat ani ohledně dopadů do dodavatelského řetězce Škoda zahrnujícího mnoho států. JMK obdržel ze strany Škoda informace o možném dočasném znemožnění plnění ze Smlouvy.

Škoda následně zaslala JMK písemnost „*Věc: Předběžné oznámení o dopadech 2. vlny pandemie COVID-19 na smluvní povinnosti ŠKODA TRANSPORTATION a.s., jakožto zásahu vyšší moci a překážek v plnění*“ ze dne 16.10.2020. Škoda uvedla, že v souvislosti s druhou vlnou pandemie covid-19 a v návaznosti na první vlnu může v nejbližší době dojít k opětovnému, resp. pokračujícímu závažnému ovlivnění plnění smluvních povinností Škoda vyplývajících ze Smlouvy, zejména plnění dodacích termínů jednotek. Škoda odkázala zejména na omezení pohybu osob přes státní hranice a zvýšenou absenci klíčových zaměstnanců (zejména z výroby a engineeringu). Škoda upřesnila, že uvedené se týkalo nejen zaměstnanců nakažených virem covid-19, ale i zaměstnanců v karanténě, ošetřujících

⁷¹ Článek XI. odst. 1. Smlouvy

⁷² Článek XI. odst. 12. Smlouvy

nemocného člena rodiny, zaměstnance pracující mimo pracoviště zaměstnavatele (tzv. „home office“). Škoda seznámila JMK s tím, že uvedené dopadá i na dodavatelský řetězec Škoda a že tyto okolnosti mají objektivně nepříznivý vliv zejména na včasné plnění povinností Škoda a představují tzv. vyšší moc. Škoda JMK upozornila, že nelze odhadnout dobu trvání překážek s ohledem na opatření přijímaná orgány veřejné moci v ČR i zahraničí s možností celostátní karantény včetně zákazu volného pohybu osob (tzv. „lockdown“).

Škoda dále informovala JMK, že s ohledem na aktuálně obdržené podklady od dodavatelů/poddodavatelů (doručená oznámení o prodlení s jejich plněním ve vztahu ke společnosti Škoda z důvodu dopadů pandemie covid-19 do jejich výroby) lze již blíže konkretizovat odhad dopadů na plnění Smlouvy z důvodů na straně těchto dodavatelů/poddodavatelů (v souvislosti s omezením či úplným přerušením provozu a obchodní činnosti těchto subjektů) i ze strany Škoda, a to ve vztahu ke společnosti Škoda a společnostem s ní spojených. Celkový dopad OVO na plnění Smlouvy Škoda odhadla v rozsahu 5 až 6 měsíců u všech jednotek. Škoda rovněž odkázala na Konflikt na Ukrajině, který může jako OVO způsobit další dopady vedoucí k nemožnosti plnění Smlouvy podle původních podmínek. Škoda současně informovala JMK, že specifické vymezení dopadu OVO v návaznosti na obdržená první konkrétní oznámení o prodlení dodavatelů/poddodavatelů s jejich plněním vyžaduje posouzení odborných poradců a že přesnou kvantifikaci dopadů OVO na plnění Smlouvy je připravena poskytnout nejpozději k 2. květnu 2022 po dokončení takového expertního posouzení.

Mimo uvedená oznámení učiněná přímo v souvislosti s OVO Škoda průběžně informovala JMK o souvisejících skutečnostech i v rámci monitorovacích zpráv (Zprávy o aktuálním stavu realizace projektu). V rámci monitorovacích zpráv Škoda oznamovala JMK možný dopad pandemie covid-19 na plnění Smlouvy a v některých případech odkazovala na konkrétní důvody zakládající OVO a současně specifikovala jednotlivé poddodavatele, na které OVO rovněž dopadalo, včetně odhadu zpoždění jejich dodávek). Pro ilustraci této komunikace lze odkázat např. monitorovací zprávy za měsíce říjen, listopad, prosinec 2020, únor, březen, duben, červen, srpen, září, říjen, listopad, prosinec 2021, leden a únor 2022.

Předávání informací a dokumentů v souvislosti s OVO odpovídá požadavku na poskytnutí součinnosti směřující k naplnění účelu Smlouvy. Ze Smlouvy nevyplývají konkrétní povinnosti, které by byla Škoda povinna učinit v souvislosti s OVO. Současně lze osvědčit postup, v jehož rámci jsou poskytovány konkrétní informace o dopadech OVO na plnění Smlouvy v okamžiku, ve kterém je možné takové závěry odborně podložit. Opačný požadavek by naopak mohl vést k nepřesnému a nesprávnému očekávání na straně JMK, jelikož by se mohlo jednat o nepodložené informace z důvodu nepredikovatelného vývoje a trvání OVO. Jiná situace nastane v případě „standardní OVO“ jako je tornádo (např. událost v roce 2021 na jižní Moravě, která trvá několik minut a jejíž následky je možné kvalifikovaně odhadnout v řádu dnů či týdnů) a jiná situace nastane v případě dosud „nepoznané a neznámé OVO“ jako je pandemie covid-19 s celou škálou dopadů na straně smluvní strany i jejích dodavatelů (např. nemocnost, izolace, karanténa, péče o člena rodiny ve vztahu ke konkrétním osobám z personálu, nucené omezení nebo zavření provozu v důsledku rozhodnutí orgánů veřejné moci, omezení pohybu a přepravy, a to v každém dotčeném státě, kde jsou provozovány závody s podílem na zakázce). Je zřejmé, že obecnou informaci týkající se OVO bude možné dodat dříve než konkrétní podložené závěry o přesných důvodech, rozsahu a odhadu časových dopadů. Podstata poskytování informací a dokumentů spočívá také ve vytvoření odpovídající platformy JMK, aby měl z pozice kupujícího povědomí o změně harmonogramu plnění Smlouvy, podklady pro interní zhodnocení provozní a ekonomické situace a přijetí případných opatření.

Bližší informace o OVO a dopadech na projekt jsou předkládány v rámci Posouzení, které obsahuje podrobný detailní popis dopadu jednotlivých událostí považovaných za vyšší moc na výrobní proces.

JMK by nemělo vzniknout právo na úhradu smluvní pokuty a náhradu škody vztahující se k pozdějšímu termínu výroby a dodání jednotek (řádného plnění povinností dle Smlouvy) ze strany Škody vzhledem k výše uvedenému odůvodnění. Škoda se ve smyslu článku XI. odst. 1. Smlouvy nemůže ocitnout v prodlení s výrobou a dodáním jednotek v rozsahu OVO, jelikož tato doba se o dobu trvání OVO prodlužuje: *„Prodlení s řádným dodáním předmětu smlouvy a s tím spojené právní následky nenastávají tehdy, jestliže nelze dosáhnout včasné dodávky konkrétních jednotek z důvodů okolností vylučujících odpovědnost ve smyslu odst. 2 tohoto článku... V takových případech se lhůty pro dodávku dotčených*

Jednotek prodlužují o dobu trvání Okolností vylučujících odpovědnost...“. Navíc, požadavek na úhradu smluvní pokuty by byl v přímém rozporu s ustanovením článku XI. odst. 12 Smlouvy: „Nárok na zaplacení smluvní pokuty, úroku z prodlení ani nárok na náhradu škody ve prospěch jedné smluvní strany nevznikne tehdy, jestliže k porušení povinnosti druhé smluvní strany dojde v důsledku Okolností vylučujících odpovědnost tak, jak jsou definovány touto Smlouvou.“

Použití dokumentu

Tento dokument vypracovalo PwC Legal pro společnost Škoda za účelem zodpovězení otázek, které nám Škoda položila. Závěry zde prezentované byly učiněny v kontextu informací, které nám byly poskytnuty a které jsou relevantní pro konkrétní skutečnosti a okolnosti. Pokud se tyto skutečnosti a okolnosti změní, popis těchto skutečností a okolností je neúplný nebo se uvedené rady použijí na jiný soubor skutečností a okolností, rada již nemusí být použitelná. Informace, které PwC Legal od Škody obdrželo při poskytování jiných služeb nebyly využity. PwC Legal není oprávněno zjišťovat spolehlivost zdrojů poskytnutých od Škody ani prověřovat takto poskytnuté informace. PwC Legal proto nedává žádné osobě (s výjimkou Škody) žádné záruky jakéhokoli druhu, pokud jde o přesnost nebo úplnost této zprávy. Odpovědi na otázky a nastolená řešení nemusí být zcela vyčerpávající, jelikož, jak je uvedeno výše, se pracovalo s omezenými informacemi. Naše rady, které zde poskytujeme, jsou Škodě poskytovány za výše popsaným účelem a výhradně pro interní účely společnosti. Dokument může být Škodou předložen nebo jinak sdělen či zpřístupněn JMK a Ministerstvu dopravy. Jiným osobám lze dokument předložit či jinak sdělit pouze s předem uděleným písemným souhlasem od PwC Legal. PwC Legal ani jeho partneři, zaměstnanci, spolupracující advokáti a zástupci nenesou vůči jakékoli třetí osobě žádnou povinnost ani odpovědnost za jakoukoliv újmu nebo výdaje jakékoli povahy způsobené spoléháním na tento dokument či názory v něm uvedené. Popis právních situací a rady jsou založeny na aktuálně závazných standardech a interpretacích, jakož i na praxi a autoritativních pokynech k říjnu 2021, které se mohou v budoucnu změnit. Právní a regulační pravidla, stejně jako judikатурní výklad institutů, mohou být ovlivněna činností zákonodárnou, výkonnou nebo soudní. Nejsme zodpovědní za aktualizaci našeho názoru na události, nové interpretace nebo standardy následující po datu vypracování tohoto dokumentu. Upozorňujeme, že soud nebo správní orgán může právní závěry uvedené v tomto dokumentu interpretovat jinak než my.