2. 6. 2010

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Smlouvy na realizaci projektů veřejně-soukromých partnerství (PPP)

PPP je v poslední době v důsledku hospodářské krize opět velmi často diskutovaným pojmem. Ne vždy jsou však správně chápány výhody a nevýhody tohoto způsobu zajišťování veřejných potřeb. PPP bývá často mylně chápáno jako řešení problémů v případě, kdy veřejné rozpočty nedisponují dostatkem finančních prostředků. V tom případě sice může PPP částečně pomoci, nicméně hlavní výhoda PPP spočívá v možnosti přenést na soukromého partnera rizika, která on dokáže řídit lépe než veřejný sektor. Soukromý sektor obecně disponuje lepší schopností řízení a má rovněž know-how, jak zajistit poskytování veřejných služeb ve vyšší kvalitě za nižší náklady. Pokud by jediným důvodem pro použití PPP byl nedostatek finančních prostředků, je třeba zvážit, zda vhodnějším a levnějším řešením není standardní úvěr.

Rizika a jejich přenos

Významným předpokladem úspěšného PPP projektu je mimo jiné správný přenos a řízení rizik. Evropská unie za PPP považuje takové projekty, u kterých dochází k přenosu minimálně dvou z následujících tří rizik:

- rizika dodávky (výstavby) – jedná se o riziko spojené s výstavbou a náklady, které se k ní váží. Dodavatel tedy musí postavit stavbu za předem stanovenou cenu.
- rizika dostupnosti – tj. soukromý partner bude službu, která je předmětem PPP projektu, poskytovat ve stanovené době a ve stanovené kvalitě a v případě nesplnění bude sankcionován.
- rizika poptávky – odměna soukromého partnera je bezprostředně závislá na využívání služby třetími osobami (např. vodné a stočné či úhrada vstupného).

Která rizika je vhodné přenést na soukromý subjekt, je třeba posoudit pro konkrétní případ. Platí, že rizika musí nést strana, která je dokáže lépe řídit. Toto posouzení je jedním z úkolů koncesního projektu či obdobné studie. Podle kombinace přenosu rizik lze také rozlišovat jednotlivé druhy PPP – pro koncese dle koncesního zákona je typický přenos rizika poptávky, zatímco pro kvazikoncese naopak přenos rizika dostupnosti. Výhodou také je, že projekty, které odpovídají definici Evropské unie, se podle Eurostatu také nepočítají do veřejného dluhu.

Správné rozložení těchto rizik je citlivou otázkou a její podcenění nebo nezvládnutí vede zákonitě k neúspěchu projektu. Pokud je přenos rizik na soukromého partnera nedostatečný, hrozí státu riziko předražení projektu. Může jít například o situaci, kdy případné vícepráce ve značném rozsahu bude nucen platit veřejný sektor. Na druhou stranu přenos rizik v příliš velkém či pro daný projekt nevhodném rozsahu může vést k předražení projektu ze strany soukromého subjektu a soukromý partner promítne příliš velké riziko do poplatků placených uživateli služby či poplatků placených mu státem. Nebo vede k malému či žádnému zájmu o daný projekt. Soukromý partner například nemá možnost příliš ovlivnit, kolik automobilů projede po jím vybudované a spravované dálnici, a nebylo by proto příliš vhodné, aby výše jeho odměny byla odvislá pouze od tohoto počtu.

Smlouva a její obsah

Významným nástrojem pro dosažení zamýšlených výsledků PPP projektů a naopak pro zamezení negativních dopadů je kvalitně zpracovaná a vyvážená smlouva. Vedle správně nastaveného finančního mechanismu musí smlouva upravovat řadu práv a povinností smluvních stran vztahujících se např. k údržbě a opravám majetku, jeho pojištění, řešení nestandardních situací vzniklých v důsledku vyšší moci, požadavky na výkony soukromého partnera a jejich kontrolu apod. Zároveň však nelze předpokládat, že se veřejný sektor může zcela zbavit veškerých starostí s projektem spojených. Aby byl projekt úspěšný, musí veřejný sektor důsledně uplatňovat a vymáhat veškeré povinnosti ze smlouvy plynoucí. Bohužel poměrně často je možné se setkat s přístupem, kdy zástupci veřejného sektoru neprovádějí kontrolu soukromého subjektu dostatečně a důsledně.

Klíčová ustanovení smluv

Výstavba a rizika s ní spojená

V případě, že součástí PPP projektu je zhotovení stavby, jejíž provozování je cílem projektu, je vhodné na soukromého partnera přenést i riziko výstavby. A to včetně zhotovení projektové dokumentace stavby se soupisem prací a výkazem výměr. Dodavatel pak nese odpovědnost za její nedostatky, jejichž důsledkem mohou být vícepráce či mohou mít dopad na kvalitu stavby. Zadavatel v takovém případě definuje přesné požadavky, které má stavba plnit, avšak dosažení těchto výkonů je již na zhotoviteli. Forma zapojení do projektové činnosti pak může mít nejrůznější podobu, od varianty, kdy podkladem pro zadání je pouze dokumentace pro územní rozhodnutí, až po variantu, kdy je zhotovitel povinen zpracovat pouze realizační dokumentaci. Výhodou pro soukromého partnera je možnost v rámci stanovených limitů aktivně ovlivnit použité materiály a technologie. Ty pak budou mít vliv na provozování, údržbu a opravy stavby, ke které bude povinen. Tento postup však neznamená, že zadavatel rezignuje na stanovení přesných požadavků a zhotovitel staví jakousi neurčitou stavbu. Naopak, i v tomto případě je zadavatel oprávněn a povinen vymezit své požadavky dostatečně přesně, a je také třeba, aby pečlivě kontroloval jejich splnění.

Úroveň poskytování služeb a její kontrola

Pokud soukromý partner nese riziko dostupnosti, tj. odpovídá za to, že služba bude poskytována v určité kvalitě a ve stanovenou dobu, je klíčovou součástí smlouvy stanovení standardů, které umožňují objektivně posoudit, zda tato povinnost byla splněna či nikoliv.

Pro tyto smluvně dohodnuté úrovně se velmi často používá termín SLA (z anglického service level agreement, dohoda o úrovni služby), který je převzat ze smluv na outsourcing v oblasti informačních technologií. V oblasti vodárenství byl zaveden pojem „výkonové ukazatele“. Jejich podstatou je sledování určitého ukazatele či hodnoty, která reprezentuje danou službu či některou z jejích částí,

resp. je ukazatelem řádného poskytování. V případě, že soukromý partner tyto úrovně nedodrží, vzniká veřejnému subjektu nárok na zaplacení smluvní pokuty, která musí být předem stanovena v dostatečné výši, aby měla dostatečný preventivně-motivační účinek (s výjimkou případu, kdy k neplnění úrovně výkonů dojde v důsledku tzv. událostí vyšší moci). V případě uložení pokuty je její funkce zcela sankční, tj. je možné vedle ní uplatňovat i nárok na náhradu škody.

Smlouva musí zároveň obsahovat mechanismy monitoringu těchto ukazatelů. Velmi často je monitoring prováděn soukromým partnerem a ten je povinen předkládat veřejnému partnerovi zprávy se stanoveným obsahem. Veřejný subjekt musí být oprávněn provádět kontroly plnění i sám. Pokud by bylo prokázáno, že se soukromý partner dopustil záměrného zkreslení údajů, musí mu hrozit vysoká smluvní pokuta a tato událost většinou může vést i k předčasnému ukončení smlouvy. Takto je sledována zejména dostupnost poskytovaných služeb.

Údržba, opravy, investice

Velmi důležité je také přesně a vhodně nastavit, která ze smluvních stran má povinnost provádět opravy a údržbu, a upravit případnou možnost investic do majetku ze strany soukromého partnera. S tím souvisí i přesné vymezení stavu majetku při ukončení smlouvy, včetně případných testů při předání, kterými bude stav majetku zjištěn. Toto je důležité jednak proto, aby byl majetek po celou dobu udržován v řádném a provozuschopném stavu, a také z hlediska rozložení finančních nákladů a s nimi spojených rizik. Obvykle je vhodné, aby soukromý partner, který má povinnost se o majetek starat, také nesl náklady na jeho údržbu a opravy. Naopak je logické, aby investice do obnovy majetku hradil veřejný partner jako jeho vlastník. Na konci trvání smlouvy tedy majetek nesmí být „vybydlen“, ale vrácen veřejnému partnerovi v řádném stavu odpovídajícím pouze obvyklému opotřebení.

Pojištění

Významným doplněním výše uvedených povinností je také nutnost pojistit majetek, který je využíván k plnění předmětu smlouvy (dle okolností veřejný či soukromý subjekt), a sjednat pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetím osobám (obvykle soukromý parter). Úprava pojistného a nároků z něho musí být vhodně provázána s ustanoveními týkajícími se hrazení oprav (tj. veřejný parter jako pojišťovatel majetku bude např. povinen uhradit soukromému partnerovi náklady na provedení havarijní opravy, pokud tato havárie je pojistnou událostí).

Záruky

Smlouva by měla obsahovat také určité záruky pro případ, že soukromý partner neplní některé ze svých povinností a v důsledku toho vznikne veřejnému subjektu škoda. Veřejný subjekt se dostává do výhodnější situace, protože má k dispozici finanční prostředky, které může využít k odstranění nežádoucích důsledků, aniž by je musel složitě vymáhat. V případě projektů PPP, ve kterých soukromý partner získává úhrady od třetích osob (uživatelů), bývá často používána např. bankovní záruka. Pokud veřejný subjekt poskytuje soukromému partnerovi plnění (poplatek za dostupnost), bývá jeho část v období např. dvou let před ukončením smlouvy zadržována jako rezerva na tyto účely.

Příklad – Ozdravné centrum Ještěrka v Ostravě

Těžiště uplatnění PPP v ČR v současné době je podle našeho názoru jednoznačně na municipální úrovni. Příkladem takového projektu, na jehož realizaci se podílela advokátní kancelář MT Legal s.r.o., může být provozování Ozdravného centra Ještěrka v Ostravě. Původně provoz Centra

zajišťovala municipální společnost na základě obyčejné nájemní smlouvy staršího data, která pro město nezaručovala dostatečnou míru kontroly a záruky poskytování požadovaných služeb. Město se proto rozhodlo vyhlásit na výběr provozovatele nové koncesní řízení. Ačkoliv nakonec koncesi získal původní provozovatel, což by mohlo být považováno za neúspěch, je třeba si uvědomit, že nová smlouva dává provozovateli celou řadu nových povinností, které posilují postavení města jako vlastníka a dávají větší záruky poskytování služeb veřejnosti ve vysoké kvalitě.

Na příkladě této koncesní smlouvy, kterou naše advokátní kancelář pro Statutární město Ostrava připravila, můžeme dokumentovat výše uvedené principy. V daném případě se jedná o koncesi na služby, tj. součástí není výstavba centra, nýbrž pouze jeho provoz a s tím související povinnosti. Z hlediska zadavatele je nejvýznamnější součástí Centra krytý plavecký bazén. Centrum dále obsahuje tělocvičnu, prostory pro rehabilitace, hřiště pro volejbal a plážový volejbal, ruské kuželky, dráhu pro in-line bruslení a cvičnou lezeckou stěnu.

Již v koncesním projektu, a poté při přípravě smlouvy, bylo třeba definovat služby, které mají být zajištěny a byly stanoveny úrovně požadovaných služeb (SLA). Bylo rozhodnuto, že město má primárně zájem na dostupnosti bazénu pro veřejnost nejméně po stanovenou minimální týdenní dobu, a to v určených hodinách. Ostatní služby jsou ponechány na komerční využití provozovatelem, nicméně město má možnost si vyhradit případně i další služby.

Pokud by bazén nebyl pro veřejnost k dispozici ve stanovené době, bude provozovatel povinen za každou hodinu zaplatit stanovenou smluvní pokutu (výše koeficientu – pokutového bodu pro výpočet smluvní pokuty – byla jedním z hodnotících kritérií). Další sledovanou veličinou v rámci SLA je využívání bazénu, tj. sledování počtu zákazníků, který ji v daném kalendářním roce využije. Tímto způsobem je provozovatel motivován k tomu, aby jednak udržoval vstupné na přijatelné úrovni a jednak aby prostory Centra byly udržovány ve stavu atraktivním pro návštěvníky. Vedle toho může být provozovatel pokutován i za to, že neodstraní ve stanoveném časovém limitu havárie, neprovádí stanovenou údržbu a opravy či nevyřizuje ve stanoveném časovém limitu stížnosti zákazníků. Dlouhodobé a opakované neplnění SLA může být rovněž důvodem k odstoupení od smlouvy.

Provozovatel má právo na platby od návštěvníků Centra a pronájem nebytových prostor v něm umístěných. Za využívání Centra platí provozovatel městu nájemné v obvyklé výši. Jelikož předpokládaný výnos ze vstupného není dostačující (při zachování sociálně únosných cen), platí město provozovateli roční poplatek za dostupnost, jehož výše byla rovněž hodnotícím kritériem v rámci koncesního řízení.

Provozovatel je povinen provádět opravy a údržbu, pokud v jednotlivém případě nepřesáhne stanovenou částku, investice provádí město. Město je rovněž povinno sjednat majetkové pojištění, zatímco pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetím osobám sjednává provozovatel. Smlouva je uzavřena na dobu 10 let a na jejím konci je provozovatel povinen předat Centrum zadavateli v řádném stavu s přihlédnutím k běžnému opotřebení. Na zajištění této povinnosti je město oprávněno zadržet poslední platbu za dostupnost.

Mgr. David Dvořák,

partner advokátní kanceláře MT Legal

MT Legal s.r.o., advokátní kancelář

Karoliny Světlé 25,
110 00 Praha 1

tel.: +420 222 866 555
fax.: +420 222 866 546
e-mail: info@mt-legal.com

Jakubská 121/1
602 00 Brno 2

Tel.: + 420 542 210 351
Fax: + 420 542 212 518
e-mail: info@mt-legal.com

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- Diskriminace není legrace aneb nerovné zacházení s akcionáři při výplatě zálohy na podíl na zisku
- Licence LUC v podnikatelské strategii provozovatelů dronů
- Neplatnost usnesení valné hromady akciové společnosti v rozhodovací praxi soudů
- Aktuální novelizace potravinových vyhlášek
- Zaměstnanecké akcie (ESOP) v roce 2026: co přináší novela a jak se na ni připravit
- Zelené standardy pro výstavbu a renovace: jaké povinnosti přinese nová evropská úprava?
- Byznys a paragrafy, díl 25.: Započtení
- Využívání holdingových struktur a na co si dát pozor
- Pluralita vedoucích odštěpného závodu
- „Těžko na cvičišti, lehko na bojišti“, aneb proč je kvalitní prodejní dokumentace klíčová (nejen) v automotive segmentu
- Územní plán jako klíčový faktor při oceňování pozemků