



Manuál PPP

Datum vydání: duben 2006
Datum aktualizace: květen 2011

OBSAH

ČÁST A: OBECNÝ ÚVOD DO PROBLEMATIKY PPP A KONCESNÍCH SMLUV	1
1. ÚVOD.....	1
1.1 ÚČEL TOHOTO MANUÁLU	1
1.2 ZÁVAZNOST TOHOTO MANUÁLU.....	1
1.3 REALIZACE KONKRÉTNÍCH PROJEKTŮ	1
1.4 POJEM „PPP“	2
1.5 VZOROVÁ KONCESNÍ SMLOUVA	2
1.6 NEJLEPŠÍ PRAXE A HODNOTA ZA PENÍZE	3
2. PRÁVNÍ ZÁKLAD SMLUVNÍHO VZTAHU	4
2.1 PRÁVOMOC ZADAVATELŮ K UZAVÍRÁNÍ SMLUV	4
2.2 ROZDÍL MEZI PPP A TRADIČNÍM ZPŮSOBEM POŘÍZOVÁNÍ INFRASTRUKTURY A SLUŽEB	5
3. SCHVALOVÁNÍ KONCESNÍCH SMLUV A KLASIFIKACE ZÁVAZKŮ Z NICH.....	6
3.1 SCHVALOVÁNÍ KONCESNÍCH SMLUV	6
3.2 ROZPOČTOVÝ DOZOR MINISTERSTVA FINANČÍ NAD ÚZEMNÍMI SAMOSPRÁVNÝMI CELKY	6
3.3 KLASIFIKACE ZÁVAZKŮ Z KONCESNÍCH SMLUV (VEŘEJNÝ DLUH)	7
4. POUŽÍVANÉ TRANSAKČNÍ STRUKUTRY	11
4.1 OBVYKLÁ STRUKTURA PRÁVNÍCH VZTAHŮ A DOKUMENTŮ MEZI ÚČASTNÍKY PPP TRANSAKCE	11
4.2 OBVYKLÉ PENĚŽNÍ TOKY V PPP TRANSAKCÍCH	12
4.3 OBVYKLÝ HARMONOGRAM REALIZACE.....	13
4.4 VLASTNICTVÍ VĚCÍ A JEJICH UŽÍVÁNÍ	14
4.5 PRÁVNÍ VÝKLAD K OTÁZCE ODPOVĚDNOSTI.....	17
4.6 FINANCOVÁNÍ PPP PROJEKTŮ	17
4.7 PODÍL ZADAVATELE V KONCESIONÁŘSKÉ FIRMĚ (JOINT VENTURE)	18
5. ÚHRADA ZA UŽITÍ VEŘEJNÝCH SLUŽEB.....	20
6. DODATEČNÉ VÝNOSY KONCESIONÁŘE	21
7. ZADÁVACÍ / KONCESNÍ ŘÍZENÍ	22
ČÁST B: KOMENTÁŘ K NĚKTERÝM USTANOVENÍM VZOROVÉ KONCESNÍ SMLOUVY.....	23
8. STRUKTURA VZOROVÉ KONCESNÍ SMLOUVY.....	23
8.1 PREAMBULE	28
8.2 POUŽITÍ VZOROVÉ KONCESNÍ SMLOUVY	28
9. ZAHÁJENÍ SLUŽEB A DÉLKA KONCESNÍ DOBY	29
9.1 VÝSTAVBA A OTEVŘENÍ	29
9.2 DÉLKA KONCESNÍ DOBY	29
10. GARANCE POSKYTOVANÝCH INFORMACÍ.....	30
10.1 ODPOVĚDNOST ZA INFORMACE A ALOKACE RIZIK	30
10.2 UJIŠTĚNÍ ZADAVATELEM A KONCESIONÁŘEM.....	30
11. PŘÍMÉ NÁROKY VŮČI SUBDODAVATELŮM.....	31
11.1 ÚVOD / PRINCIP „NEZASAHOVÁNÍ“	31
11.2 POTŘEBA PŘÍMÝCH NÁROKŮ VŮČI SUBDODAVATELŮM	31
11.3 EXISTENCE ZÁRUK AKCIONÁŘŮ A/NEBO SUBDODAVATELŮ	31
12. PROJEKTOVÁ DOKUMENTACE	32
12.1 PŘENOS RIZIKA NA KONCESIONÁŘE	32
12.2 PROJEKTY S ROZPRACOVANOU DOKUMENTACÍ	32
12.3 EVOLUCE TECHNICKÉHO ŘEŠENÍ	33

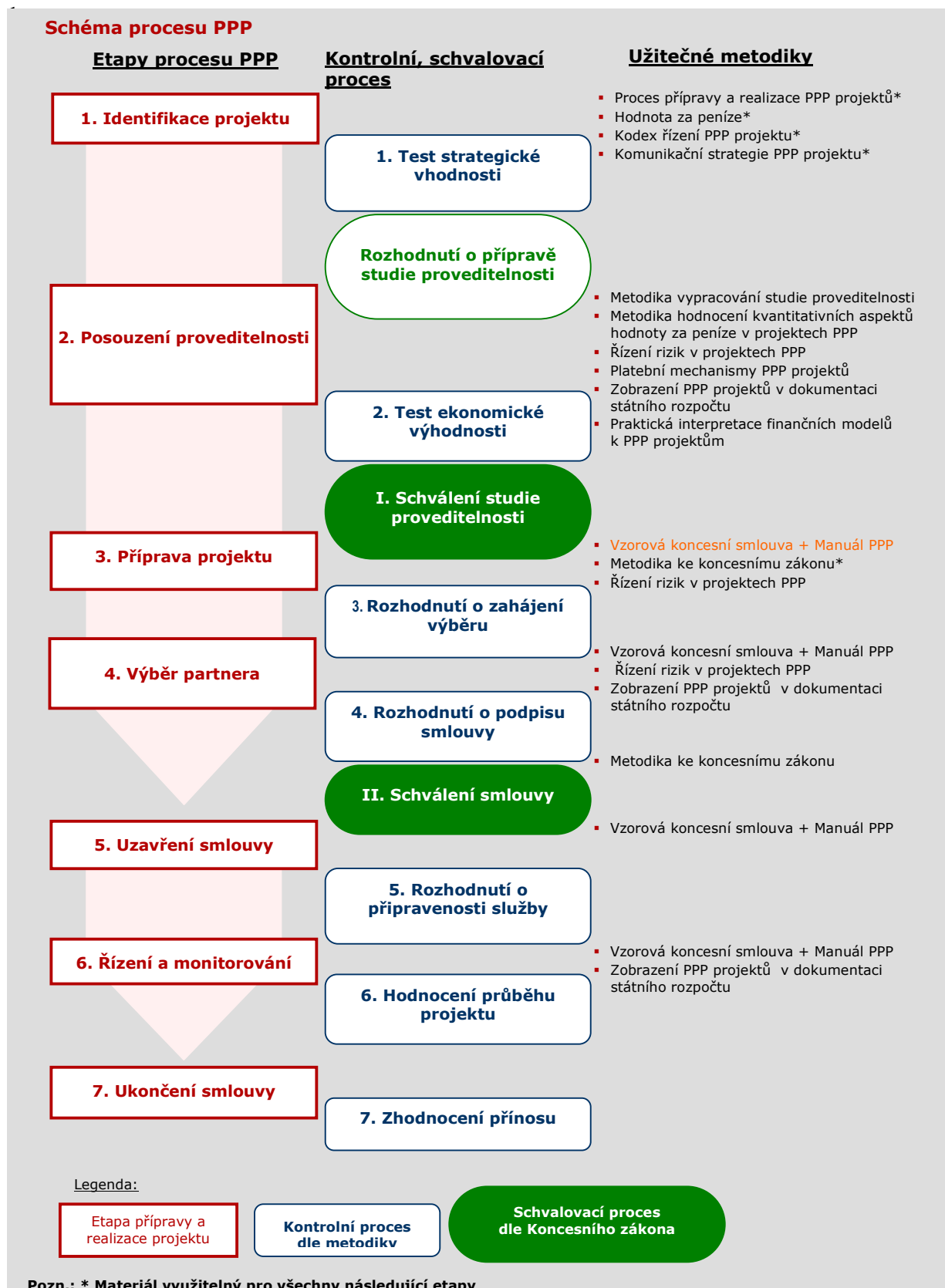
13. ROZSAH SLUŽEB.....	34
14. PLACENÍ ZA SLUŽBY ZADAVATELEM.....	35
14.1 ÚVOD	35
14.2 PENALIZACE KONCESIONÁŘE	35
14.3 MONITOROVÁNÍ	37
14.4 PŘENOS RIZIKA VYUŽITÍ NA KONCESIONÁŘE	37
15. REFINANCOVÁNÍ.....	38
15.1 ÚVOD DO PROBLEMATIKY REFINANCOVÁNÍ	38
15.2 AUDIT A SCHVALOVÁNÍ ZADAVATELEM	38
15.3 VÝNOS Z REFINANCOVÁNÍ A JEHO SDÍLENÍ.....	39
15.4 PLATBY PODÍLU NA VÝNOSU	39
15.5 VÝJIMKY	39
16. ÚPRAVY CEN	41
16.1 OBECNĚ O ÚPRAVÁCH CEN	41
16.2 ZMĚNY CEN A VÝBĚROVÉ ŘÍZENÍ.....	42
16.3 POROVNÁVÁNÍ CEN NEBO TESTOVÁNÍ TRHU.....	42
17. VNĚJŠÍ UDÁLOSTI	43
17.1 OBECNĚ O VNĚJŠÍCH UDÁLOSTECH	43
17.2 ZÁVAZEK K MINIMALIZACI DOPADŮ VNĚJŠÍCH UDÁLOSTÍ	44
17.3 VNĚJŠÍ UDÁLOSTI A POJIŠTĚNÍ	44
17.4 KOMPENZOVANÉ UDÁLOSTI	44
17.5 LIBERAČNÍ UDÁLOSTI.....	45
17.6 UDÁLOSTI VYŠŠÍ MOCI	46
17.7 ZMĚNY V PŘEDPÍSECH	46
18. ZMĚNY V PROJEKTU	50
18.1 ZMĚNY VYŽÁDANÉ ZADAVATELEM	50
18.2 ZMĚNY VYŽÁDANÉ KONCESIONÁŘEM	50
18.3 DROBNÉ ZMĚNY	50
18.4 FINANCOVÁNÍ ZMĚN.....	51
18.5 NÁKLADY ZMĚN	51
18.6 ÚSPORY DOSAŽENÉ ZMĚNAMI	51
18.7 PROCES PROJEDNÁVÁNÍ ZMĚN	52
19. ODPOVĚDNOST KONCESIONÁŘE, SLIBY ODŠKODNĚNÍ A NÁROKY STRAN	53
19.1 OBECNĚ O ODPOVĚDNOSTI STRAN	53
19.2 PRÁVNÍ VÝKLAD K OTÁZCE OMEZENÍ ODPOVĚDNOSTI	53
19.3 SLIBY ODŠKODNĚNÍ.....	53
19.4 NÁROKY STRAN.....	54
20. POJIŠTĚNÍ	55
20.1 POŽADAVEK NA POJIŠTĚNÍ KONCESIONÁŘE	55
20.2 RIZIKA, KTERÁ SE STANOU NEPOJIŠTITELNÝMI.....	55
20.3 POSTUP PO POJISTNÉ UDÁLOSTI	56
20.4 ZJIŠŤOVÁNÍ HOSPODÁRNOSTI OBNOVENÍ A ROLE FINANCUJÍCÍCH INSTITUCÍ	56
21. PŘEVODY ZAMĚSTNANCŮ.....	57
22. PŘEDČASNÉ UKONČENÍ.....	58
22.1 ÚVOD DO PROBLEMATIKY PŘEDČASNÉHO UKONČENÍ	58
22.2 PRÁVNÍ KVALIFIKACE PŘEDČASNÉHO UKONČENÍ	58
22.3 DŮSLEDKY PŘEDČASNÉHO UKONČENÍ	58
22.4 MIMOŘÁDNÉ NÁKLADY NA STRANĚ KONCESIONÁŘE A SUBDODAVATELŮ	59
22.5 PRÁVNÍ VÝKLAD KE KOMPENZACI KONCESIONÁŘE	59
22.6 PŘEDČASNÉ UKONČENÍ PRO SELHÁNÍ ZADAVATELE	59

22.7	PŘEDČASNÉ UKONČENÍ PRO SELHÁNÍ KONCESIONÁŘE	60
22.8	PŘEDČASNÉ UKONČENÍ PRO KORUPCI A NEPOCTIVOST	62
22.9	PŘEDČASNÉ UKONČENÍ PRO UDÁLOST VYŠŠÍ MOCI	64
22.10	DOBROVOLNÉ PŘEDČASNÉ UKONČENÍ ZADAVATELEM	64
22.11	PŘEDČASNÉ UKONČENÍ PRO NEPOCTIVOST	65
23.	ZÁSAH ZADAVATELE	66
23.1	OBEZNĚ O ZÁSAHU ZADAVATELE	66
24.	ZVEŘEJNĚNÍ KONCESNÍ SMLOUVY A OCHRANA OBCHODNÍHO TAJEMSTVÍ.....	67
25.	ZMĚNY KONTROLY (VLASTNICTVÍ) KONCESIONÁŘE	68
25.1	OBEZNĚ O PŘEVODECH PODÍLŮ V KONCESIONÁŘI	68
25.2	PŘÍPADY OMEZENÍ PŘEVODŮ	68
26.	ESKALACE A ŘEŠENÍ SPORŮ	69
26.1	ÚVOD	69
26.2	SOD ČI ROZHODČÍ ŘÍZENÍ?.....	69
26.3	ZPOŽDĚNÍ V DŮSLEDKU SPORU JAKO LIBERAČNÍ UDÁLOST?.....	70
26.4	SPECIFICKÉ ODKAZY NA ŘEŠENÍ SPORŮ NA RŮZNÝCH MÍSTECH VE VZOROVÉ SMLOUVĚ.....	70
27.	KONTAKTNÍ ÚDAJE	71

PŘÍLOHY:

Typické služby v ubytovacích projektech
Obvyklý harmonogram PPP projektu

Schéma procesu PPP s využitelnými metodikami



ČÁST A: OBECNÝ ÚVOD DO PROBLEMATIKY PPP A KONCESNÍCH SMLUV

2. ÚVOD

2.1 Účel tohoto manuálu

Tento manuál je určen všem veřejným zadavatelům (dále jen „zadavatel/é“) PPP projektů v České republice, ať na úrovni centrální (státu) či na úrovni územních samosprávných celků (kraje, města a obce).

Součástí tohoto manuálu je vzorová standardní smlouva na realizaci PPP projektů („vzorová koncesní smlouva“).

Tento manuál obsahuje zobecněné poznatky a doporučení, která lze v České republice učinit zadavatelům PPP projektů. Tato doporučení vycházejí z dosavadních zahraničních i domácích zkušeností z obdobných projektů a byla zpracována společně s týmem externích poradců, kteří mají praktické zkušenosti v zahraničí i v České republice.

Materiál je rozdělen na dvě hlavní části: Část A, která se zabývá popisem problematiky PPP a Část B, která je zaměřena na popis některých konkrétních ustanovení Vzorové koncesní smlouvy.

Tento materiál byl zpracován v roce 2006 společnostmi Johnson&Kramařík, CMS Cameron McKenna a PPP Centrum. V roce 2011 byla společností PPP Centrum provedena aktualizace tohoto materiálu, která odráží zkušenosti z oblasti PPP, které získalo PPP Centrum v průběhu své existence. Aktualizovaný materiál tak neodráží postoj všech společností, které původní materiál zpracovaly. Pro porovnání obsahu obou verzí je na webu Ministerstva financí (www.mfcr.cz) zveřejněna jak původní, tak aktualizovaná verze tohoto materiálu.

Metodika je aktuální k datu vydání (tj. květen 2011) a reflektuje tak legislativu platnou k tomuto datu. Konkrétní postupy uvedené v metodice je tak nutné ověřit v platné legislativě.

2.2 Závaznost tohoto manuálu

Dle Usnesení vlády č. 7 ze dne 7. ledna 2004 (dále také „Usnesení vlády č. 7“) je jedním z předpokladů použití PPP dosažení hodnoty za peníze. Každý zadavatel je sám odpovědný za to, že jím zadaný PPP projekt bude respektovat nejlepší praxi v oboru a zajišťovat pro veřejný sektor tzv. „hodnotu za peníze“. Nechť tento manuál slouží zadavatelům jako vodítko a uchopitelný zdroj poznání problematiky realizace PPP projektů a dosahování hodnoty za peníze. V konkrétním a zdůvodněném případě může být vhodné odchytil se od doporučení učiněných v tomto manuálu. Protože tato doporučení směřují k zajištění nejlepší hodnoty za peníze pro veřejný sektor, měli by se od nich zadavatelé odchylovat pouze ve zdůvodněných případech, kdy budou takové odchylky ve prospěch veřejného sektoru. Výše uvedené Usnesení vlády č. 7 také obsahuje požadavek zvažování využití PPP jako jedné z alternativ realizace projektů při posuzování investičních záměrů. Tímto způsobem by mělo být zajištěno dosahování hodnoty za peníze při realizaci těchto projektů.

2.3 Realizace konkrétních projektů

Tento manuál je pouze obecným materiálem a nenahrazuje odbornou péči, kterou musí zadavatelé a jejich poradci vynaložit při realizaci konkrétních PPP projektů. Kvalitní zadání PPP projektu je velmi složitý úkol, který vyžaduje zkušenosti, kterými obvykle nejsou sami zadavatelé dostatečně vybaveni – proto, byť mají k dispozici tento manuál a vzorovou smlouvu,

očekává se, že při realizaci konkrétních projektů využijí služeb zkušených poradců, kteří jim poskytnou oporu při nalézání optimálního řešení pro zajištění „hodnoty za peníze“ a efektivní nakládání s veřejnými prostředky.

2.4 Pojem „PPP“

Praxe ani předpisy žádné země, ve které je rozvinutý trh PPP projektů, pojem „PPP“ ani žádný obdobný pojem přesně nedefinují. Obvykle se však v praxi pod pojmem PPP míní projekty, které mají následující charakteristiky (či alespoň některé z nich):

- Zadavatel přenáší na soukromého partnera (dále také „**koncesionář**“) odpovědnost a rizika, která by v tradiční formě zajištění infrastruktury či služeb nesl sám (např. riziko vyšších nákladů či zpoždění výstavby či riziko malé poptávky po příslušných službách).
- Je budována infrastruktura, obvykle hmotná, avšak jsou známy i projekty, které spočívají v zajištění služeb, jejichž těžiště je například v zajištění dodávek tepla, vody, školního stravování, provozu sportovních areálů apod.
- Náklady projektu spočívají nejen v nákladech výstavby (a poskytování služeb), ale i v postupné výměně a údržbě jednotlivých částí infrastruktury během „života“ projektu a zajištění provozu této infrastruktury (tzv. celoživotní náklady).
- Koncesionář vybudování infrastruktury sám financuje (obvykle z větší části úvěrem) a náklady na vybudování infrastruktury jsou nepřímo „spláceny“ během trvání smlouvy v platbách placených veřejným sektorem a/nebo uživatelem služeb v delším období (v tomto manuálu a ve vzorové smlouvě jsou tyto platby označovány jako „**služebné**“); jsou však známy i projekty, ve kterých většinu nákladů na vybudování infrastruktury financuje veřejný sektor přímo již po vybudování infrastruktury. Stejně tak je možné využít kombinaci financování veřejného a soukromého sektoru, popř. využití různých typů dotací při zachování podmínek pro poskytování těchto dotací (např. strukturální fondy EU)
- Financování soukromého koncesionáře, kterým je obvykle společnost účelově založená pouze pro konkrétní projekt (tzv. SPV – Special Purpose Vehicle neboli zvláštní účelová společnost) má formu tzv. projektového financování, založeného pouze na peněžních tocích koncesionáře plynoucích z koncesní smlouvy, bez rekursu (nároku) vůči koncesionářovým akcionářům. Institut SPV je využíván zejména u velkých (investičně náročných) PPP projektů.

Byť v praxi existuje mnoho různých struktur PPP projektů, obvykle označovaných jako BOT („Build Operate Transfer“ tedy „Postav Provozuj Převed“), DBFO („Design Build Finance Operate“ tedy „Navrhni Postav Financuj Provozuj“), koncese apod., tento manuál použití žádné z těchto konkrétních struktur nevyklučuje a současně ani neupřednostňuje. Volba vhodné struktury PPP projektu je vždy věcí odborného doporučení v konkrétním případě.

Tento manuál není určen pouze pro PPP projekty, které budou zadávány podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a o koncesním řízení (koncesní zákon) ve znění pozdějších předpisů (dále též „**KZ**“), nýbrž i pro PPP projekty, které budou zadávány podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů (dále též „**ZVZ**“) a lze jej použít u všech PPP projektů, které mají shora uvedené znaky či některé z nich.

2.5 Vzorová koncesní smlouva

Součástí tohoto manuálu je koncept vzorové koncesní smlouvy. Stejně jako manuál, i koncept vzorové koncesní smlouvy má podpořit chápání obvyklých rizik PPP projektů, pomoci zadavatelům a jejich poradcům, jakož i koncesionářům a jejich poradcům při realizaci PPP projektů, omezit časovou náročnost přípravy projektů, snižovat náklady na jejich přípravu a

umožnit porovnání mezi různými projekty. Proto Ministerstvo financí doporučuje, aby, pokud je to praktické, zadavatelé a jejich poradci využívali vzorovou smlouvu jako základ pro koncipování koncesních smluv pro konkrétní projekty. Vzorová koncesní smlouva je koncipována na projekty, které splňují určité charakteristiky a nelze ji použít tedy u všech projektů PPP. Použití vzorové koncesní smlouvy je možné jak u projektů na státní, tak i na municipální úrovni.

Pojem „koncesní smlouva“

Pojem „koncesní smlouva“ je ze strany odborníků i laiků v České republice i v zahraničí užíván velmi nekonzistentně. Někteří chápou pod pojmem koncesní smlouva jakoukoliv smlouvu, na jejímž základě má koncesionář právo vybírat platby od uživatelů jím poskytovaných veřejných služeb, jiní pod tímto pojmem chápou jakoukoliv dlouhodobou smlouvu na realizaci projektu, jehož předmětem je poskytování veřejných služeb. Žádný z těchto výkladů není nesprávný a praxe i její terminologie se stále vyvíjejí.

KZ zavedl pojem „koncesní smlouva“ formálně i do českého právního řádu. KZ stanoví, co musí „koncesní smlouva“ obsahovat¹. Tyto „náležitosti“ je však pro praxi důležité rozdělit na tzv. typové znaky, tj. (1) závazek koncesionáře poskytovat služby nebo i provést dílo; a (2) závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užítky z poskytování služeb nebo užívání díla, přičemž část zadavatelova plnění může být v penězích; a dále na tzv. podstatné náležitosti (*essentialia negotii*), tj. (3) požadavek, aby „podstatnou část rizik spojených s braním užitků“ nesl koncesionář; (4) stanovení důvodů, pro které může dojít k předčasnému ukončení smlouvy; (5) vymezení právních vztahů stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy; a (6) stanovení pravidel vypořádání vztahů k majetku. Pokud nejsou u konkrétní smlouvy splněny typové znaky koncesní smlouvy podle KZ, není smlouva neplatná, nýbrž pouze není „koncesní smlouvou“ podle §16. Naproti tomu, pokud typové znaky splněny jsou, avšak nebyly by splněny podstatné náležitosti, byla by smlouva absolutně neplatná.

Pro účely tohoto manuálu i práce se vzorovou koncesní smlouvou budou u projektů PPP pro zjednodušení nazývány „koncesními smlouvami“ jak smlouvy uzavřené dle KZ, tak smlouvy uzavřené dle ZVZ.

Vzorová koncesní smlouva pro ubytovací kapacity hrazené na základě „dostupnosti“

Vzorová koncesní smlouva byla připravena především s ohledem na projekty tzv. ubytovacích kapacit, ve kterých nejsou vybírány poplatky od uživatelů, platby služebného jsou koncesionáři prováděny na základě tzv. „dostupnosti“ zařízení a zařízení je po celou dobu trvání koncesní smlouvy i po jejím skončení vlastněno zadavatelem. Pro použití vzorové koncesní smlouvy na jinou strukturu PPP projektů je nutné provést odborné úpravy.

2.6 Nejlepší praxe a hodnota za peníze

Tento manuál pracuje s některými pojmy, které nebyly v dosavadní úřední praxi zcela běžné a je třeba je blíže vysvětlit.

Nejlepší praxí je míněn obecně souhrn poznatků a postupů používaných úspěšnými zadavateli při realizaci úspěšných projektů, které dosahují hodnoty za peníze (viz níže). Nejde o žádný uzavřený ani závazný seznam pravidel, nýbrž o jakýsi ekvivalent pojmu „odborná péče“ či postup „lege artis“, který čerpá z předchozích zkušeností zadavatelových předchůdců v České republice i v zahraničí.

Hodnota za peníze je nejdůležitějším pojmem PPP projektů. Znamená, že veřejný sektor

¹ viz §16 KZ

získává nejvyšší možnou a současně využitelnou hodnotu za utrácené veřejné prostředky. Pokud PPP projektem zadavatel nerealizuje „hodnotu za peníze“ ve srovnání s tradičním způsobem zadání projektu, neměl by být projekt realizován formou PPP², nýbrž tzv. tradičním způsobem. Můžeme se však setkat i s případy, kdy PPP projekt bude realizován i přes dosažení záporné hodnoty za peníze. Jedná se např. o vodohospodářské projekty, kdy je požadavek ze strany Evropské komise k vysoutěžení provozovatelů vodovodní infrastruktury dle koncesního zákona v případě, že budou na modernizaci či výstavbu vodovodní infrastruktury použity prostředky z fondů EU.

Hodnotou za peníze je míněno dosažení stavu, kdy zadavatel za veřejné prostředky získává nejvyšší protihodnotu, kterou reálně získat může a kterou dosahuje přínosu pro veřejný sektor. Byť by zadavatel prokazatelně nakupoval službu za nejvýhodnějších podmínek, pokud nakupuje službu, která není potřeba či v kvalitě, která není potřeba, nerealizuje hodnotu za peníze. V kontextu PPP projektů to např. znamená, že i když jsou uchazeči ve výběrovém řízení ochotni se zavázat k určitým hodnotným závazkům (např. extrémně krátká doba zásahu při poruše zařízení či vybavení, která nepřináší zadavateli dodatečný užitek), jsou takové závazky vykupovány vyšší cenou. Zadavatel nerealizuje hodnotu za peníze, pokud je přidaná hodnota takového závazku nižší, než jakou činí odpovídající zvýšení ceny. Vedle toho zadavatel hodnotu za peníze obtížně dosáhne i prokáže, pokud nebude zadání projektu provedeno otevřeným a transparentním výběrovým řízením, či pokud v takovém výběrovém řízení nebude dostatečně intenzivní reálná konkurence (což je např. problém, který musí zadavatelé řešit v souvislosti se změnami projektu, jež v budoucnu mohou být často prakticky realizovány pouze koncesionářem, který příslušné zařízení vybudoval a dlouhodobě je provozuje).

Více o problematice hodnoty za peníze viz metodika „Hodnota za peníze“ nebo „Metodika hodnocení kvantitativních aspektů hodnoty za peníze v projektech PPP“ – www.mfcr.cz.

3. PRÁVNÍ ZÁKLAD SMLUVNÍHO VZTAHU

3.1 Pravomoc zadavatelů k uzavírání smluv

Stát (a ministerstva jako jeho organizační složky), státní podniky, územní samosprávné celky a příspěvkové organizace na všech úrovních mohou být zadavateli PPP projektů.

Každý z uvedených zadavatelů je subjektem práva (právníckou osobou) a je způsobilý být stranou soukromoprávních práv a závazků. Přitom však nemůže na koncesionáře převést více práv, než sám má (např. koncesní smlouvou nemůže být koncesionáři dáno právo vybírat poplatky od uživatelů, které by jinak neměl sám zadavatel).

Třebaže se v souvislosti s PPP projekty hovoří o právu koncesionáře „využívat“ infrastrukturu po určitou dobu, tímto výrazem není míněno žádné zvláštní právo využívání, nýbrž pouhý dlouhodobý vztah mezi zadavatelem a koncesionářem, který spočívá v tom, že zadavatel (či uživatelé) platí koncesionáři za to, že veřejnou infrastrukturu vybudoval a provozuje.

Z pohledu pravomoci k podpisu smlouvy, pokud spadá odpovědnost za budování a provoz určité infrastruktury do kompetence příslušného zadavatele, má rovněž pravomoc podepsat příslušnou koncesní smlouvu.

V PPP projektu nevystupuje žádný zadavatel v tzv. „vrchnostenské roli“, nýbrž v roli rovnocenného partnera (proto „public private partnership“), který za veřejné peníze nakupuje veřejné služby. Pokud v souvislosti s konkrétním projektem může zadavatel vykonávat určitou „vrchnostenskou pravomoc“ (např. jako regulátor příslušného odvětví), lze očekávat, že

² Pokud není hodnota za peníze realizovaná ani tradičním způsobem zadání projektu (ve srovnání se stavem, kdy by projekt nebyl realizován (infrastruktura není efektivní), pak by projekt neměl být realizován vůbec.

koncesionář nebude ochoten nést rizika týkající se výkonu takové vrchnostenské pravomoci. Přestože se příslušný orgán nemůže platně vzdát svého práva regulovat, může se zavázat vyplatit určité kompenzace koncesionáři, pokud využije regulačního práva způsobem, který koncesionáře poškozuje. Jakékoliv závazky v tomto směru by však měly být omezeny pouze na nejnutnější míru. Zadavatelé, od kterých jsou takové závazky požadovány, by měli danou situaci konzultovat s PPP Centrem.

3.2 Rozdíl mezi PPP a tradičním způsobem pořizování infrastruktury a služeb

PPP je obecným odborným, nikoliv zákonným, pojmem pro určitý okruh projektů s určitými vlastnostmi (viz výše).

Ministerstvo financí nepovažuje pro aplikaci principů uvedených v tomto manuálu a pro aplikaci rozpočtového dozoru podle KZ za rozhodné, zda je projekt označován jako PPP či nikoliv, nýbrž jeho finanční význam. Pokud projekt představuje významný dlouhodobý závazek zadavatele, doporučuje Ministerstvo financí, aby zadavatel respektoval doporučení uvedená v tomto manuálu a ve vzorové koncesní smlouvě.

Současně, pokud projekt realizovaný územním samosprávným celkem splňuje parametry §30 KZ, bude předmětem rozpočtového dozoru Ministerstva financí, bez ohledu na to, zda je za PPP označován či nikoliv.

Stávající novela ZVZ ukládá zadavatelům povinnosti vyžádat si stanovisko MF také k projektům, jejichž délka překračuje 5 let a hodnota veřejné zakázky je vyšší než 500 mil. Kč.

4. SCHVALOVÁNÍ KONCESNÍCH SMLUV A KLASIFIKACE ZÁVAZKŮ Z NICH

4.1 Schvalování koncesních smluv

Problematika PPP je upravena jak v KZ tak v ZVZ a schvalování koncesních smluv se tak řídí těmito předpisy. Současná právní úprava je následující:

Tzv. „významné koncesní smlouvy“ na úrovni státu

Koncesní smlouvy uzavírané státem (jednotlivými organizačními složkami státu, státními příspěvkovými organizacemi a dalšími osobami podle §2, odst. 1) písm. d) KZ), u nichž předpokládáný příjem koncesionáře činí 500 miliónů Kč a více, schvaluje podle KZ vláda, a to ve dvou stupních – nejprve ve stádiu zpracování tzv. „koncesního projektu“, který je v těchto případech povinný, a dále před uzavřením koncesní smlouvy. Schválení koncesní smlouvy vládou je podmínkou její platnosti. Jakékoliv změny koncesní smlouvy, které způsobí změnu předpokládaného příjmu koncesionáře převyšující 20 %³, rovněž podléhají schválení vládou.

Smlouvy na úrovni územních samosprávných celků

Konečným orgánem, který schvaluje koncesní smlouvy uzavírané příslušným územním samosprávným celkem (či příspěvkovou organizací, u níž plní funkci zřizovatele, nebo jinou právnickou osobou podle §2, odst. 1, písm. d) KZ), je u „významných koncesních smluv“ zastupitelstvo. Na úrovni územních samosprávných celků je koncesní smlouva považována za „významnou“, pokud předpokládáný příjem koncesionáře dosáhne: (1) na úrovni krajů a hlavního města Prahy 250 miliónů Kč; (2) na úrovni obcí nad 100.000 obyvatel 200 miliónů Kč; (3) na úrovni obcí nad 25.000 a do 100.000 obyvatel 100 miliónů Kč; a (4) na úrovni obcí do 25.000 obyvatel 50 miliónů Kč.

Pro menší smlouvy, které nesplňují kvalifikační znaky „významnosti“ podle KZ, sice KZ nestanoví požadavek vypracování „koncesního projektu“ a dvoufázového schválení zastupitelstvem (tj. po zpracování „koncesního projektu“ a před uzavřením koncesní smlouvy), nicméně vzhledem k objemu finančních závazků vyplývajících z koncesních smluv a jejich možným dopadům na hospodaření a zájmy územních samosprávných celků, Ministerstvo financí doporučuje zadavatelům na úrovni územních samosprávných celků, aby i takové koncesní smlouvy, které se nekvalifikují jako „významné“ podle KZ, předkládali ke schválení zastupitelstvům. Obdobně Ministerstvo financí doporučuje veřejným zadavatelům, aby i u projektů, které se nebudou řídit KZ, ale ZVZ a budou mít znaky PPP projektu, byly dodrženy postupy upravené v KZ. Zejména se jedná o zpracování studie proveditelnosti v rozsahu koncesního projektu a příslušné schvalovací postupy.

4.2 Rozpočtový dozor Ministerstva financí nad územními samosprávnými celky

Podle §30 KZ podléhají všechny koncesní smlouvy (včetně smluv podle §1, odst. 2 KZ) tzv. rozpočtovému doзору Ministerstvem financí. Rozpočtový dozor má formu povinného, avšak nezávazného, předchozího stanoviska Ministerstva financí k návrhu koncesní smlouvy podle §30 KZ. Pokud územní samosprávný celek uzavře koncesní smlouvu v rozporu se stanoviskem Ministerstva financí, nemá to na její platnost vliv. Pokud si však stanovisko vůbec nevyžádá, bude koncesní smlouva neplatná.

Územní samosprávné celky mají ústavou zaručenou samostatnost. Stát může do jejich

³ Schvalování podléhají pouze takové změny v příjmu koncesionáře, které jsou způsobené změnou smlouvy, nikoliv např. indexováním a dalšími postupy pro změnu ceny, které nespočívají ve změně smlouvy, nýbrž nastávají automaticky, jako např. zvýšení ceny v případě kompenzované události (obdobně i u smluv uzavíraných územními samosprávnými celky).

samostatnosti zasahovat pouze tehdy, vyžaduje-li to ochrana zákona a způsobem, který stanoví zákon⁴. Ministerstvo financí proto nebude při posuzování koncesních smluv uzavíraných územními samosprávnými celky podle §30 KZ nijak zkoumat účelnost vynakládaných prostředků⁵ ani žádné jiné parametry navržené smlouvy, s výjimkou dopadu, jaký může mít její uzavření na schopnost územního samosprávného celku plnit jeho budoucí závazky, a dopadu na výši celkového veřejného dluhu České republiky v okamžiku schvalování smlouvy a trendu růstu tohoto dluhu. Sledování těchto parametrů je odůvodněno tím, že:

- celkové závazky zadavatelů z koncesních smluv mohou být v případě nedostatečného přenosu rizik na koncesionáře započítány do celkového veřejného dluhu České republiky;
- kontrola výše veřejného dluhu České republiky je důležitá z důvodu plnění maastrichtských kritérií konvergence, zejména kritéria, že veřejný dluh nesmí přesáhnout 60 % HDP; a
- byť Česká republika nepřijímá žádnou výslovnou ani faktickou záruku za hospodaření územních samosprávných celků, Ministerstvo financí si uvědomuje, že v případě insolvence územního samosprávného celku neexistuje žádný zákonný způsob, jakým vypořádat jeho závazky, které není schopen plnit, a hrozí omezení základních funkcí územního samosprávného celku v důsledku exekuce jeho klíčového majetku; třebaže je i v takovém případě hospodaření příslušného územního samosprávného celku primárně jeho záležitostí, jeho insolvence může mít negativní dopad na ostatní územní samosprávné celky a na Českou republiku jako celek.

4.3 Klasifikace závazků z koncesních smluv (veřejný dluh)

Veřejný dluh, maastrichtská kritéria

Česká republika je zavázána k plnění maastrichtských konvergenčních kritérií. To znamená, mimo jiné, že celková výše veřejného dluhu nesmí překročit 60 % HDP a celková výše deficitu veřejných rozpočtů v jednotlivých letech nesmí překročit 3 % HDP. Veřejný dluh i deficit veřejných rozpočtů jsou přitom měřeny společně pro stát i územní samosprávné celky.

Závazky zadavatelů z koncesních smluv se mohou promítnout do veřejného dluhu i do deficitu veřejných rozpočtů dvěma způsoby:

- bez ohledu na to, zda se celkové závazky z koncesní smlouvy kvalifikují jako veřejný dluh či nikoliv (viz níže), budou platby služebního zadavatelem v jednotlivých letech výdajem příslušného rozpočtu, a mohou tak zvyšovat případný deficit takového rozpočtu;
- přestože je pořízení infrastruktury v PPP transakcích financováno vlastním kapitálem koncesionáře a úvěrem čerpaným koncesionářem (tj. zadavatel není formálně dlužníkem z úvěru na financování infrastruktury), je struktura zadavatelových závazků z koncesní smlouvy velmi podobná situaci, ve které by zadavatel byl, kdyby na pořízení infrastruktury sám čerpal úvěr; proto, pokud přenos rizik na koncesionáře realizovaný koncesní smlouvou neodůvodňuje

⁴ Viz Čl. 100 a násl. Ústavy ČR

⁵ Tato účelnost však může být předmětem zkoumání např. podle zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, zákona č. 420/2004 Sb. o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků, zákona č. 166/1993 Sb. o Nejvyšším kontrolním úřadu.

odlišnou kvalifikaci zadavatelových závazků (viz níže), je třeba na budoucí zadavatelovy závazky z koncesní smlouvy hledět jako na splátky dluhu a jejich celková výše⁶ vstupuje již na začátku koncesní smlouvy do veřejného dluhu České republiky.

Pravidla EUROSTATu⁷ pro kvalifikaci závazků z koncesních smluv

To, zda budou zadavatelovy závazky z koncesní smlouvy chápány jako veřejný dluh (a budou se započítávat v celé výši budoucích splátek do veřejného dluhu České republiky) či nikoliv (a budou vstupovat pouze do výdajové stránky rozpočtu příslušného zadavatele v konkrétních letech, kdy jsou příslušné částky skutečně vypláceny), závisí⁸ na způsobu, jakým jsou na koncesionáře přenášena rizika související s budováním a provozem infrastruktury pořizované na základě koncesní smlouvy. Budoucí závazky z koncesní smlouvy se nebudou kvalifikovat jako veřejný dluh, pokud:

- koncesionář nese riziko výstavby; a současně
- koncesionář nese alespoň jedno z rizik (i) poptávky; nebo (ii) dostupnosti.

Pro posuzování toho, zda koncesionář nese riziko výstavby, poptávky či dostupnosti neexistuje jednoznačná vyčerpávající metodika ani na úrovni EUROSTATu ani na úrovni Ministerstva financí či Českého statistického úřadu. Každý PPP projekt proto musí být zatím posuzován individuálně. Lze očekávat, že zobecněním získávaných zkušeností bude časem možné vytvořit podrobnější metodiku.

Jako obecná vodítka pro posuzování, zda jsou rizika přenášena na koncesionáře či nikoliv, mohou posloužit následující poznámky:

Riziko výstavby je obvykle považováno za přenesené, pokud koncesionář nese např. riziko zvýšených nákladů, nedostatků v technickém řešení, riziko opoždění výstavby apod. Pokud je zadavatel povinen platit koncesionáři ještě před dokončením stavby, hrozí, že riziko výstavby nebude považováno za přenesené.

Riziko poptávky je obvykle považováno za přenesené, pokud koncesionářovy příjmy nezáleží jen na tom, že je infrastruktura funkční a dostupná, nýbrž na vnějších faktorech, které jsou mimo koncesionářovu kontrolu (zastarání infrastruktury, změny v preferencích uživatelů, hospodářské cykly apod.) – výjimkou mohou být pouze takové změny poptávky, za které je odpovědný zadavatel či veřejný sektor obecně (např. specifické změny v legislativě či vybudování přímo konkurenční infrastruktury).

Riziko dostupnosti je obvykle považováno za přenesené, pokud vztah mezi zadavatelem a koncesionářem odpovídá vztahu, jaký by mezi sebou měly strany v běžné obchodní smlouvě uzavírané v soukromém sektoru – taková smlouva by obvykle striktně podmiňovala placení kvalitou a včasností poskytované služby. Riziko dostupnosti je obvykle považováno za přenesené, pokud zadavatel může snížit či zcela zastavit platby služebného, pokud nejsou

⁶ Do veřejného dluhu vstoupí budoucí závazky zadavatele, avšak tyto závazky bude ve většině případů potřeba rozlišit na závazky související se „splácením“ vybudované infrastruktury, které do veřejného dluhu vstoupí a dále závazky v souvislosti s poskytováním služeb v jednotlivých letech, které by do veřejného dluhu vstupovat neměly. Zjednodušeně řečeno, zadavatelé mohou počítat, že do veřejného dluhu vstoupí taková část jejich budoucích závazků, která odpovídá nákladům na vybudování infrastruktury, které vynaložil dodavatel a které by jinak musely být hrazeny zadavatelem.

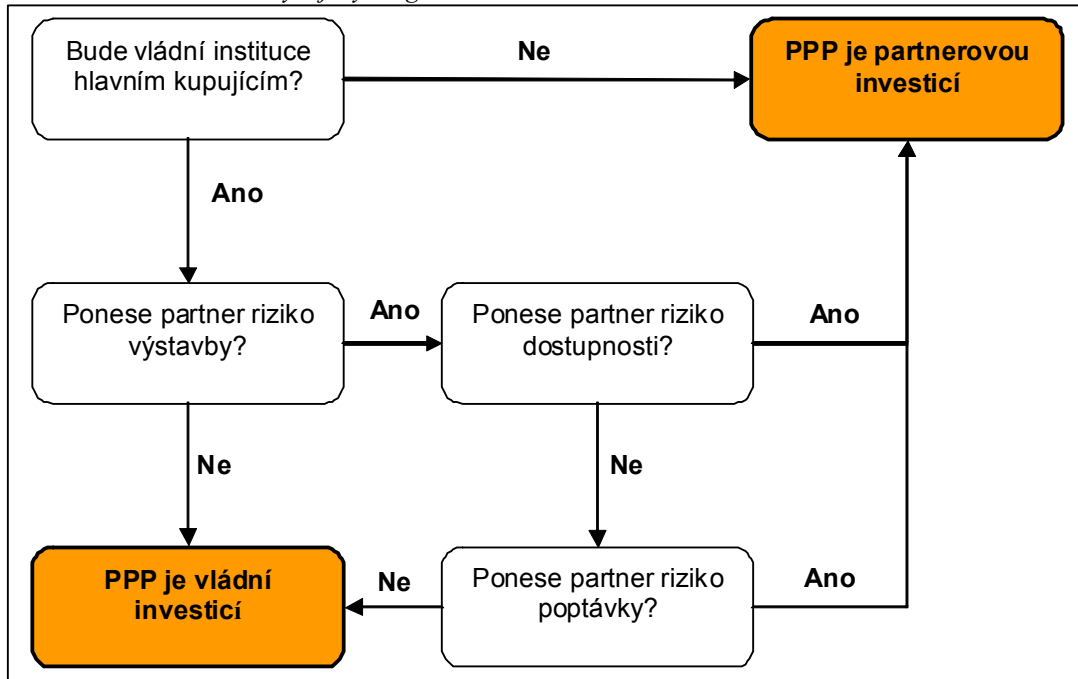
⁷ Eurostat je statistickým úřadem Evropské unie, který je přímo podřízený Evropské komisi.

⁸ Toto pravidlo vyplývá z rozhodnutí EUROSTATu, č. 18/2004

služby řádně poskytovány, a to bez ohledu na příčinu takového výpadku.

Následující obrázek graficky znázorňuje pravidla Eurostatu a proces rozhodování o zařídění PPP do národních účtů.

Obrázek 1: Rozhodovací vývojový diagram



Nejdůležitější podmínky koncesní smlouvy, na nichž záleží, zda budou závazky započteny do veřejného dluhu či nikoliv, jsou obsaženy v ustanoveních o (1) tzv. vnějších událostech (viz čl. 18); (2) kompenzaci při předčasném ukončení (viz čl. 23); a (3) platbách služebného a platebním mechanismu (viz čl. 15).

Vzorová smlouva je koncipována tak, že na koncesionáře přenáší riziko výstavby a riziko dostupnosti takovým způsobem, aby bylo podle rozhodnutí EUROSTATU považováno za přenesené. Pokud se zadavatelé od konceptu vzorové smlouvy odchýlí, musí vždy přezkoumat, jaký má taková odchylka dopad na klasifikaci závazků ze smlouvy.

Politika Ministerstva financí ohledně struktury koncesních smluv

Současný postoj Ministerstva financí ke kvalifikaci závazků z koncesních smluv podle kritérií EUROSTATU je takový, že zadavatelé by se neměli pro určitý projekt či pro určitou strukturu rozhodovat podle toho, zda se závazky z koncesní smlouvy budou započítávat do veřejného dluhu či nikoliv, nýbrž výhradně podle toho, zda konkrétní strukturou dosahují nejlepší **hodnotu za peníze** a jaká je potřeba a přínos daného projektu.

V souvislosti s rozvojem PPP a výší veřejného dluhu se v současnosti nepřipravuje žádná regulace nad rámec již existujících pravidel. Nicméně v zájmu rovného přístupu k různým zadavatelům nelze vyloučit, že bude v budoucnosti potřeba stanovit individuální celkové limity zadlužení zadavatelů, do jejichž čerpání se mohou započítávat i závazky ze smluv uzavřených před zavedením takového opatření.

Postup při posuzování koncesních smluv podle pravidel EUROSTATU

Samostatné hodnocení. Před uzavřením koncesní smlouvy by měl každý zadavatel posoudit,

zda se budou závazky koncesní smlouvy, kterou uzavřel, kvalifikovat – a případně v jaké výši – pro započítání do veřejného dluhu, a jakým způsobem o nich bude účtovat⁹.

Dohled Ministerstva financí. Ministerstvo financí bude (prostřednictvím finančních úřadů) provádět náhodnou kontrolu způsobu, jakým byly kvalifikovány a zaúčtovány závazky zadavatelů vyplývající z koncesních smluv. Pokud zjistí nesprávnou kvalifikaci závazků, může tyto závazky překvalifikovat, a to i zpětně.

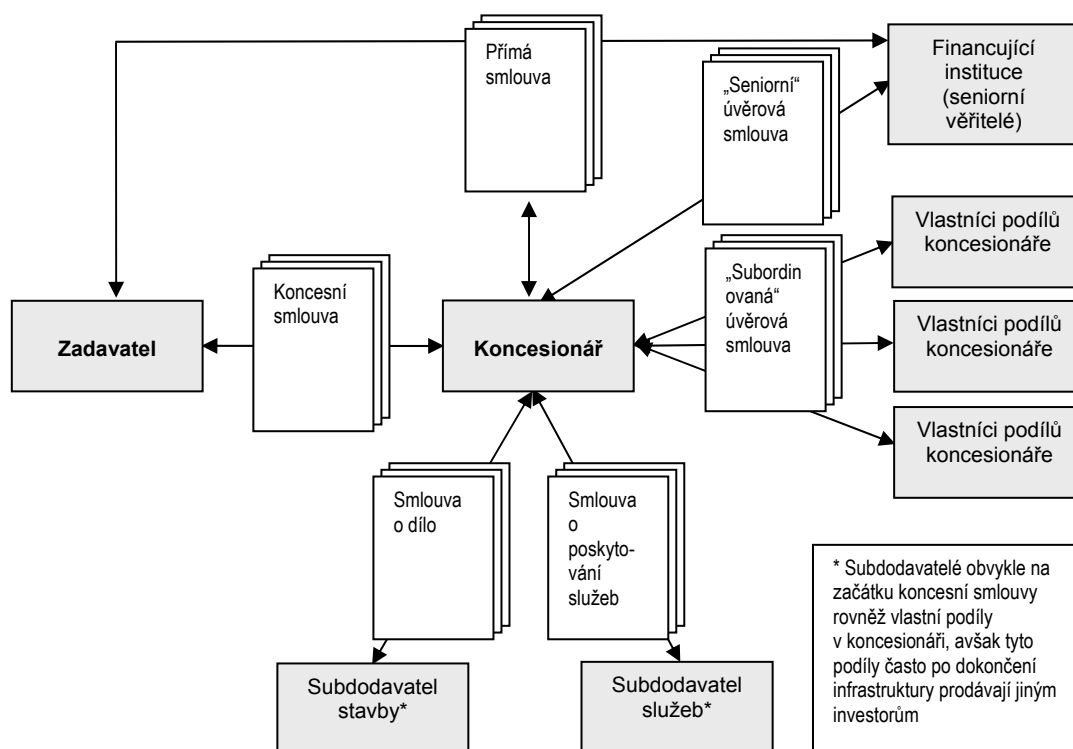
Podpora Českého statistického úřadu. Český statistický úřad (dále též „ČSÚ“) odpovídá za správné zařazení projektů PPP dle pravidel EUROSTATu o zachycení PPP v národních účtech dle aktualizované metodiky. Dle Usnesení vlády č. 536/2007 bylo ČSÚ uloženo aktivně spolupracovat se zadavateli projektů PPP v průběhu jejich přípravy na klasifikaci parametrů projektů PPP z hlediska jejich zachycení v systému národních účtů.

Role EUROSTATu. Vedle změny kvalifikace z podnětu Ministerstva financí mohou být závazky překvalifikovány rovněž v důsledku revizní činnosti EUROSTATu.

⁹ Podrobný rozbor způsobu účtování o závazcích z koncesních smluv na straně zadavatelů je mimo rámec tohoto dokumentu.

5. POUŽÍVANÉ TRANSAKČNÍ STRUKTURY

5.1 Obvyklá struktura právních vztahů a dokumentů mezi účastníky PPP transakce



Shora uvedené schéma popisuje nejobvyklejší strukturu zúčastněných osob a vztahů mezi nimi.

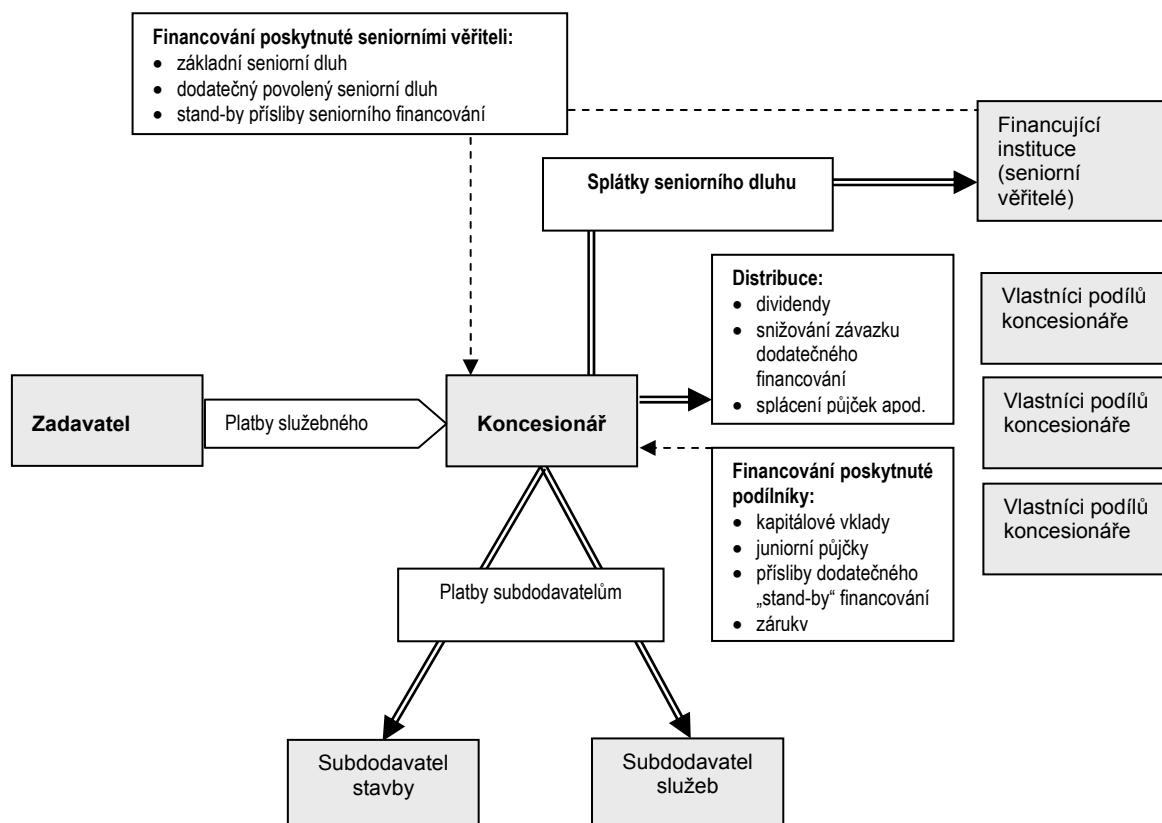
Tato struktura není podmínkou a v praxi se může objevit celá řada variant, např. struktury, ve kterých:

- koncesionář není zvláštní účelovou společností a zadavatel uzavírá koncesní smlouvu přímo s hlavním koncesionářem (např. projekt bez nebo pouze s malým rozsahem kapitálových investic, jako je provoz stávajícího zařízení); nebo
- koncesionář nevyužívá žádné úvěrové financování od seniorních věřitelů¹⁰ a všechny prostředky na kapitálové investice získává od svých podílníků (či z vlastních prostředků v případě uvedeném v předchozím odstavci);
- financování je zajištěno z veřejných zdrojů, popř. s využitím dotací;
- koncesionář nevyužívá subdodavatele;
- zadavatel vydává garance směrem ke koncesionáři, popř. finančním institucím.

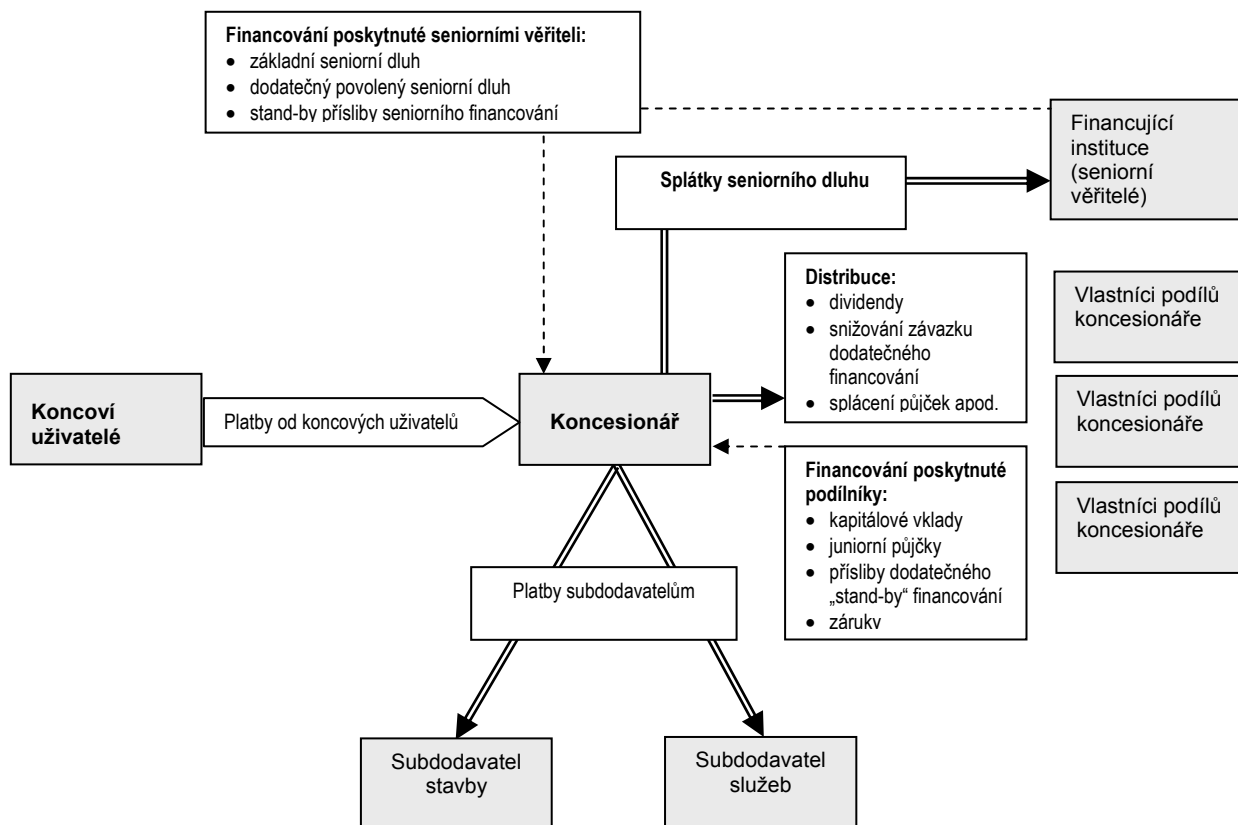
¹⁰ „Seniorní věřitelé“ jsou takoví věřitelé, jejichž pohledávky se (v důsledku cíleně strukturovaných právních vztahů s dlužníkem) uspokojují v případě úpadku přednostně před pohledávkami tzv. „juniorních věřitelů“.

5.2 Obvyklé peněžní toky v PPP transakcích

Níže uvedené schéma znázorňuje obvyklou strukturu peněžních toků u transakcí, ve kterých je koncesionář placen zadavatelem (obvykle v závislosti na dostupnosti) a financován běžným způsobem.



Shora popsaná struktura je v projektech PPP v České republice nejrozšířenější. Může však existovat i celá řada variant této struktury – nejčastější variantou je, že koncesionář není placen zadavatelem, nýbrž vybírá od uživatelů infrastruktury platby na vlastní účet. Tato struktura transakce je uvedena na následujícím schématu.



5.3 Obvyklý harmonogram realizace

V příloze B) je schématicky znázorněn obvyklý harmonogram realizace PPP projektů. Zadavatelé musí při zadávání PPP transakcí počítat s tím, že koncesionáři musí vedle koncesní smlouvy uzavřít i smlouvy o financování s bankami a smlouvy o subdodávkách. Tyto smlouvy nemusí být podepsány před podpisem koncesní smlouvy (byť koncesionáři mají v této fázi obvykle základní podmínky těchto smluv již dohodnuty) – musí však být podepsány před tzv. finančním vypořádáním (okamžikem, kdy jsou splněny odkládací podmínky a koncesní smlouva se stává nepodmíněnou).

5.4 Vlastnictví věcí a jejich užívání

Má vlastnit koncesionář či zadavatel?

Komu má v PPP transakcích náležet vlastnické právo k vybudovanému zařízení (infrastruktura, včetně pozemků a vybavení) záleží především na (1) tom, komu má vlastnictví připadnout po skončení smlouvy; (2) daňových důsledcích vyplývajících z toho, zda infrastrukturu vlastní koncesionář či zadavatel, a ze souvisejících převodů a (3) důležitosti budovaného aktiva a s tím související míře rizika, které je ochoten nést zadavatel v případě, že o toto aktivum přijde (nebo nebude po nějakou dobu dostupné) v případě upadnutí koncesionáře do konkursu.

V principu lze očekávat, že v České republice budou v PPP transakcích upřednostňovány struktury, ve kterých vlastní zařízení po celou koncesní dobu zadavatel, oproti strukturám, ve kterých jej vlastní koncesionář. Důvodem je to, že tímto přístupem se značně omezují zadavatelova rizika pro případ koncesionářovy insolvence a následného konkursu.

V určitých případech zde hraje roli také legislativní hledisko, kdy není možné, aby byla infrastruktura ve vlastnictví soukromého partnera (např. v případě dálnic a silnic může být vlastníkem pouze stát). V takovémto případě není možné, aby infrastrukturu vlastnil někdo jiný než samotný zadavatel projektu.

Vlastnictví po skončení smlouvy

Pokud má majetek, který je předmětem PPP transakce, alternativní využití mimo veřejný sektor, může být pro zadavatele výhodné převést takový majetek po skončení smlouvy do vlastnictví koncesionáře. V takovém případě odpadá zadavateli starost o to, v jakém stavu bude majetek po skončení koncesní smlouvy a jakou bude mít reálnou tzv. zůstatkovou hodnotu. Zadavatel v takovém případě nemusí provádět inspekce před skončením smlouvy, ani požadovat od koncesionáře, aby vytvářel rezervy na údržbu a opravy. Naproti tomu však bude muset zadavatel po skončení koncesní smlouvy zajistit veřejnou službu jiným způsobem. Na druhou stranu takto strukturovaného projektu vyvstává otázka (a zadavatel bude muset řádně zdůvodnit), proč zrovna po dobu platnosti koncesní smlouvy majetek zadavatel potřebuje k zajištění veřejné služby a proč po uplynutí platnosti koncesní smlouvy je výhodnější jiné řešení.

Pokud se po skončení koncesní smlouvy vlastnictví zařízení převádí koncesionáři, nese koncesionář riziko jeho tzv. „zůstatkové hodnoty“. Ve finančním modelu činí koncesionář určitý předpoklad zůstatkové hodnoty, avšak je jeho rizikem, zda takové zůstatkové hodnoty skutečně dosáhne. Pokud nese koncesionář riziko nižší zůstatkové hodnoty, měl by současně nést i výhodu případně vyšší zůstatkové hodnoty. Zadavatelé by si však i v takovém případě měli vymínit právo odkoupit zařízení od Koncesionáře po skončení koncesní smlouvy za skutečnou tržní hodnotu, jakou bude v té době mít.

Práva užívání

Po dobu provozování zařízení podle koncesní smlouvy musí mít do zařízení přístup různé strany. Následující tabulka shrnuje typy práv, na jejichž základě mohou příslušné strany zařízení užívat (tabulka platí pouze pro tzv. „ubytovací projekty“).

Strana / rozsah práv	Zařízení vlastní zadavatel	Zařízení vlastní koncesionář
Zadavatelova práva <ul style="list-style-type: none"> • kontrola plnění • zásah zadavatele • přístup pro zajištění veřejných služeb (bez ohledu na to, zda během 	Zadavateli jako vlastníkoví zůstává právo přístupu do zařízení a jeho využívání, avšak je smluvně omezeno podmínkami koncesní smlouvy.	Zadavateli musí být právo přístupu do zařízení a jeho užívání uděleno v koncesní smlouvě, a to jako nájem či nepojmenované smluvní právo.

Strana / rozsah práv	Zařízení vlastní zadavatel	Zařízení vlastní koncesionář
provozní doby či mimo ni)		
Koncesionářova práva <ul style="list-style-type: none"> vstup za účelem výstavby, provozu a údržby zařízení a poskytování služeb právo komerčního využití zařízení v době, kdy není využíváno zadavatelem 	Zadavatel uděluje koncesionáři právo užívání, které jej opravňuje k přístupu k zařízení a jeho užívání v rozsahu stanoveném v koncesní smlouvě.	Koncesionáři jako vlastníkovvi zůstává právo přístupu do zařízení a jeho využívání, které je však omezeno podmínkami koncesní smlouvy.
Práva uživatelů <ul style="list-style-type: none"> vstup do zařízení či jeho jiné využití v souladu s jeho účelem (pobyt ve škole, vězení, vstup do veřejné budovy, využití parkovací kapacity apod.) 	Zadavatel umožňuje uživatelům užívání zařízení na základě doktríny využití veřejných služeb (bez smlouvy).	Koncesionář umožňuje uživatelům užívání zařízení na základě koncesní smlouvy (nemá přímou smlouvu s uživateli).
Způsob výkonu práv a povinností¹¹ <ul style="list-style-type: none"> uplatňování nároků proti škůdcům a jiných nároků v souvislosti se zasahováním do práv k zařízení odpovědnost za stav zařízení vůči uživatelům i úřadům 	Tato práva vykonává koncesionář jménem zadavatele na základě zmocnění a uděleného práva „užívání“ zařízení. Pokud je to možné, měla by být koncesní smlouva koncipována tak, aby byl koncesionář přímo odpovědný za stav zařízení (a škody způsobené třetím osobám – např. pokud nebude odklizený sníh z chodníků). Pokud odpovědnost zůstane ze zákona na zadavateli, musí mu koncesionář poskytnout slib odškodnění, protože riziko je přenášeno na koncesionáře.	Koncesionář je nositelem práv a povinností vlastníka. Avšak i v takovém případě je podle KZ za škody způsobené uživatelům odpovědný zadavatel, a proto by měl zadavatel vždy vyžadovat slib odškodnění pro takový případ.

Právní výklad k „právům užívání“

Vzorová koncesní smlouva pracuje s variantou, která bude ve většině PPP projektů převažovat a ve které náleží vlastnictví zařízení po celou dobu smlouvy i po jejím skončení zadavateli. Pro udělení práva užívání zařízení koncesionáři nevyužívá vzorová koncesní smlouva ani strukturu nájmu (protože koncesionář neplatí za samotné užívání zařízení) ani strukturu výpůjčky (protože žádná ze stran smlouvou nezískává úplnou držbu zařízení), nýbrž zvláštní, zákonem nepojmenované a výhradně smlouvou upravené, „právo užívání“, které uděluje vlastník zařízení ostatním dotčeným stranám a jehož podmínky jsou vymezeny v koncesní smlouvě. Protože na základě tohoto práva (narozdíl od nájmu či výpůjčky) nezískává oprávněná strana úplnou držbu zařízení, nemůže ani uplatňovat svá práva vůči třetím osobám (např. na zdržení se určitého jednání), pokud není vlastníkem zařízení. Proto musí smlouva upravit způsob, jakým bude vlastník poskytovat ostatním beneficiům „práv užívání“ podporu při ochraně jejich práv.

Důsledky insolvence a konkursu koncesionáře

Pokud dojde k úpadku a následnému prohlášení konkursu na koncesionáře, nastanou – mimo jiné – následující důsledky:

¹¹ Jde o výkon tzv. práv (a povinností) „erga omnes“, která má obvykle vlastník či nájemce, na jejichž základě se může domoci ochrany před zásahy třetích osob do svých práv užití věci (zařízení), a dále o veřejnoprávní povinnosti ohledně stavu a bezpečnosti zařízení.

- insolvenční správce může smlouvu splnit místo dlužníka a žádat splnění od druhého účastníka smlouvy nebo může odstoupit od smlouvy, která ještě nebyla zcela splněna ani jednou ze stran;¹²
- nelze provést započtení na pohledávky koncesionáře; a
- všechny nesplacené koncesionářovy pohledávky se stávají splatnými.¹³

Prohlášení konkursu tak může mít následující dopady na postavení zadavatele ve vztazích vyplývajících z koncesní smlouvy:

- pokud v okamžiku prohlášení konkursu nebyla koncesní smlouva ještě předčasně ukončena, zůstává sice zadavateli právo předčasného ukončení pro selhání koncesionáře, avšak současně existuje riziko, že od koncesní smlouvy odstoupí správce koncesionářovy majetkové podstaty¹⁴; takové odstoupení by mělo za následek to, že namísto předvídatelné kompenzace koncesionáře při ukončení nastoupí nároky stran vyplývající z odstoupení od smlouvy (tj. povinnost vrátit si, co bylo plněno, což pro zadavatele znamená, že musí nahradit tzv. bezdůvodné obohacení, které získal ve vybudované infrastruktuře¹⁵); protože stejnému riziku nepředvídatelnosti by byl vystaven i insolvenční správce (protože výše bezdůvodného obohacení může být nižší, než by byla výše kompenzace podle koncesní smlouvy), je však pravděpodobné, že by namísto odstoupení spíše umožnil zadavateli předčasné ukončení smlouvy pro selhání koncesionáře a následnou kompenzaci podle koncesní smlouvy; zadavatelé by však na takový přístup insolvenční správce neměli spoléhat a bezprostředně poté, kdy zjistí, že koncesionář je v úpadku, by měli koncesní smlouvu předčasně ukončit tak, aby předešli odstoupení podle insolvenčního zákona;
- pokud sice zadavatel koncesní smlouvu předčasně ukončí, avšak zvolí takový způsob kompenzace (např. vzhledem k nedostatku likvidních prostředků ve svém rozpočtu), který předpokládá, že bude kompenzovaná částka vyplácena koncesionáři (s úrokem) ve splátkách, budou na základě insolvenčního zákona tyto splátky okamžitě splatnými; aby byla zadavateli zajištěna výhoda splátek, je ve vzorové koncesní smlouvě pro takový případ koncesionář znevýhodněn snížením částky kompenzace, a tím je insolvenční správce motivován, aby namísto uplatnění nároku na zaplacení proti zadavateli pohledávku za ním prodal (s tím, že nabyvatel pohledávky uzavře se zadavatelem narovnání, kterým potvrdí, že pohledávka bude splácena ve splátkách), a zachoval tak zadavateli výhodu splátek.

Pokud zařízení v okamžiku konkursu vlastní koncesionář, stává se zařízení součástí majetkové podstaty, a to bez ohledu na to, že by měl koncesionář jinak povinnost po skončení koncesní smlouvy převést vlastnictví na zadavatele. **Proto je v zájmu ochrany veřejného zájmu obecně doporučováno, aby si zadavatelé ponechávali vlastnictví existujícího i nově budovaného**

¹² § 253 odst. 1) zákona č.182/2006 Sb., o úpadku způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) ve znění pozdějších předpisů (dále též „insolvenční zákon“)

¹³ § 250 insolvenčního zákona

¹⁴ Na přípustnost užití ustanovení o odstoupení na koncesní smlouvy existují rozdílné názory. Dokud nebude autoritativním výkladem či převažující praxí soudů potvrzen opak, měli by však zadavatelé předpokládat, že insolvenční správce odstoupit může.

¹⁵ Taková kompenzace by se neprováděla ve výši nákladů zadavatele, nýbrž ve výši, v jaké se podle názoru soudu zadavatel obohatil. Pro výpočet může být použito různých metod, ve kterých se může počítat i s hodnotou rizik, která měla být přenesena na koncesionáře a v důsledku odstoupení od smlouvy přechází zpět na zadavatele.

zařízení. Výjimky jsou přípustné v případech, kdy by zadavatelé v případě konkursu koncesionáře neztráceli žádnou hodnotu (např. tehdy, když má mít infrastruktura po skončení koncesní smlouvy značnou zůstatkovou hodnotu, má zůstat ve vlastnictví koncesionáře a zadavatel pouze platí za její průběžné užívání a v žádném okamžiku „nepředplácí“ peníze, o které by mohl v důsledku konkursu přijít).

5.5 Právní výklad k otázce odpovědnosti

Obecná provozní odpovědnost ze zákona

Každý odpovídá za škodu, kterou způsobil jinému provozní činností¹⁶. Provozovatelem zařízení (rozumí se tím, kdo odpovídá za „provozní činnost“) je koncesionář, a proto by měl odpovídat vůči poškozeným (např. uživatelům, osobám, které se zranily, protože nebyl v zimě ošetřen chodník či komunikace, vlastníkům sousedních pozemků apod.). Nicméně podle § 19, odst. 3) KZ odpovídá za škodu způsobenou koncesionářem „...v přímé souvislosti s poskytováním služby uživatelům...“ zadavatel. Tím se značná část koncesionářovy odpovědnosti (a rizika) přenáší na zadavatele, což je v rozporu s principy přenosu rizika v PPP projektech. Ustanovení KZ však směřuje pouze k ochraně uživatelů a nezakazuje zadavateli a koncesionáři, aby v koncesní smlouvě upravili koncesionářův slib odškodnění pro takový případ, čímž zůstane zachována ochrana uživatelů podle KZ a současně dojde k potřebnému přenosu rizika na koncesionáře. Zadavatelé by měli zásadně ve všech koncesních smlouvách riziko nároků uživatelů na koncesionáře přenášet. V zájmu dosažení hodnoty za peníze však může být u některých projektů nutné současně koncesionářovu povinnost na základě slibu odškodnění (či přímou odpovědnost vůči uživatelům či jiným třetím osobám) omezit limitem.

Odpovědnost podle zvláštních předpisů

Odpovědnost v souvislosti s provozem infrastruktury podle koncesní smlouvy mohou rovněž upravovat zvláštní předpisy¹⁷. Vztah mezi KZ a těmito předpisy je takový, že KZ je předpisem obecným, a proto má v případě rozporu přednost úprava předpisu speciálního.

Bez ohledu na zákonný režim odpovědnosti by měli zadavatelé dbát, aby koncesní smlouvy důsledně přenášely rizika vyplývající z provozu infrastruktury na zadavatele – a pokud to nelze kvůli zákonné úpravě, měli by přenosu rizika dosáhnout slibem odškodnění či jiným obdobným ujednáním.

5.6 Financování PPP projektů

Financování projektů koncesionářem

Jedním z typických znaků PPP projektů je to, že koncesionář zpravidla sám financuje kapitálové investice potřebné pro výstavbu příslušné infrastruktury. Toto financování je obvykle realizované z větší části formou úvěru a z menší části formou kapitálové investice koncesionářových podílníků.

Někteří zadavatelé považují právě to, že jsou PPP projekty financovány koncesionáři za výhodné (obvykle v situacích, kdy běžné rozpočty příslušných zadavatelů neumožňují financování výstavby příslušné infrastruktury). Tento názor je mylný, protože obdobného efektu by mohli zadavatelé dosáhnout, pokud by si půjčili (jsou-li oprávněni se zadlužovat, popř. je-li pro ně další zadlužení možné či výhodné). PPP projekty jsou ve srovnání s tradičním způsobem

¹⁶ §420a, odst. 1) zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále též „ObčZ“)

¹⁷ Např. podle §18f, odst. (2) zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích ve znění pozdějších předpisů koncesionář „...odpovídá za výstavbu, provozování a údržbu dálnice a za dodržení stavebního a dopravně technického stavu dálnice stanoveného tímto zákonem...“

výstavby a provozování infrastruktury složitější a pokud nejsou profesionálně zvládnuté, nepředstavují hodnotu za peníze. To, že PPP projekty umožňují zadavatelům realizovat veřejné investice, na které by jinak nebyl dostatek prostředků, je pouze vedlejším důsledkem a nemělo by to být hlavním důvodem pro jejich realizaci. Hlavním motivem každého zadavatele pro realizaci PPP projektů by měla být dosahovaná efektivnost v hospodaření s veřejnými prostředky a zajištění veřejných služeb a veřejné infrastruktury. V případě, že realizace projektu formou PPP nedosahuje hodnoty za peníze, měl by zadavatel zvážit, zda projekt touto formou realizovat. Stejně tak by měl zadavatel zvážit i své rozpočtové možnosti s ohledem na zvažovaný rozsah projektu.

Nicméně významným pozitivním efektem financování projektů ze strany koncesionářů je dohled financujících institucí a maximální motivace koncesionářů na kvalitním řízení projektů a zajištění veřejných služeb přesně podle dohodnuté koncesní smlouvy – motivace, které je u tradičního způsobu zadávání zakázek obtížné dosáhnout. Vzhledem k tomu, že se jedná o dlouhodobé projekty, je koncesionář nucen dobře plánovat finanční stránku projektu po celou dobu jeho trvání a zadavatel tak zná finanční toky projektu na celou plánovanou dobu jeho trvání.

Projekty financované bez účasti bank

Vedle tradičních projektů financovaných z větší části bankami, které vystupují jako koncesionářovi věřitelé, existují i projekty, které jsou financovány dluhopisy nebo ve kterých je koncesionář připraven financovat veškeré kapitálové investice z vlastních prostředků. Dokumentaci i zadávací/koncesní řízení takových projektů je nutné proti vzorové koncesní smlouvě zásadně upravit.

5.7 Podíl zadavatele v koncesionářské firmě (joint venture)

Někteří zadavatelé v souvislosti s pojmem „PPP“ očekávají obchodní podíl (kapitálovou účast) zadavatele na koncesionářské společnosti (pokud je to zvláštní účelová společnost). Požadavek zadavatele (či nabídku koncesionáře) na takový podíl je třeba hodnotit ve světle důvodů pro kapitálovou účast veřejného sektoru v koncesionářské společnosti. Jak ukazuje následující tabulka, v naprosté většině případů je existence obchodního podílu zadavatele v koncesionářské společnosti neodůvodněná, kontraproduktivní a vytváří klamně zdání hodnoty pro veřejný sektor tam, kde taková hodnota není:

Zdůvodnění existence obchodního podílu zadavatele v SPV	Komentář
Podíl zadavatele na výnosech dosahovaných koncesionářem.	<ul style="list-style-type: none"> • Výnosy koncesionáře budou tvořeny poplatky inkasovanými od zadavatele a/nebo od uživatelů infrastruktury. • Proto nemá smysl, aby se zadavatel podílel na výnosech, které sám platí, nebo tím, že formou podílu na zisku inkasuje podíl na poplatcích od uživatelů nepřímo zvyšoval výši těchto poplatků.
Zadavatel hradí část investičních nákladů infrastruktury předem, nikoliv v platbách za využití infrastruktury.	<ul style="list-style-type: none"> • Zadavatel nemusí příslušné částky poskytovat jako kapitálový vklad a může je poskytnout jinak (např. mimořádná platba služebného), zvlášť v situaci, kdy infrastrukturu od počátku sám vlastní. • V důsledku toho, že koncesionář uhradí část investičních nákladů „předem“ dochází obvykle ke snížení služebného a není důvod, aby zadavatel navíc ještě požadoval podíl na koncesionáři.
Zadavatel vykonává svým obchodním podílem a zastoupením v orgánech kontrolu nad poskytováním veřejné služby.	<ul style="list-style-type: none"> • Výkon kontroly nad podnikáním koncesionářské společnosti je v rozporu s principy PPP, podle kterých zadavatel definuje pouze požadavky na službu (tzv. výstupy), nikoliv na to, jakým způsobem má být zajištěna (tzv. vstupy). • Pro koncesionáře bude obvykle nepřijatelné, aby měl zadavatel kontrolní podíl a existence podílu, který

nezaručuje kontrolu, neposlouží zadavateli k účinné kontrole poskytování veřejných služeb.

- Vzorová koncesní smlouva obsahuje dostatečné a mnohem účinnější nástroje zjišťování kvality a motivace koncesionáře k její nápravě v případě zjištění nedostatků; obchodní podíl v koncesionářské společnosti proto vytváří jen zdání kontroly, nikoliv kontrolu skutečnou, není „nejlepší praxí“ a nepředstavuje „hodnotu za peníze“.
-

Tento manuál, ani vzorová koncesní smlouva, nepracují s variantou existence kapitálového podílu zadavatele v koncesionářské společnosti a struktury, které takovou variantu budou obsahovat, je nutné pečlivě zkoumat z pohledu možných rizik a dalších praktických souvislostí.¹⁸

V některých případech mají zadavatelé dostatek prostředků pro financování části kapitálových investic PPP projektu. Pokud dospějí k závěru, že koncesionář bude dostatečně motivován, pokud nebude v projektu existovat kontrolní role financujících bank, a že poskytnutím vlastního financování dosáhne zadavatel lepší hodnoty za peníze, mohou sami uhradit kapitálové investice nebo jejich část, či dokonce poskytnout koncesionáři úvěr namísto bank (resp. sami financují vybudování příslušné infrastruktury a koncesionáře pověří pouze jejím provozem). Ani taková struktura však sama o sobě neznamená, že by zadavatelé měli získávat podíl v koncesionářské společnosti.

¹⁸ Např. riziko sporů při výkonu podílnických práv, nedohody ohledně řešení potřeb financování apod.

6. ÚHRADA ZA UŽITÍ VEŘEJNÝCH SLUŽEB

Pokud budou zadavatelé PPP projektů připravovat projekt, jehož součástí by měla být úhrada za využití služeb od jejich uživatelů, měli by společně s poradcí zvážit několik základních otázek diskutovaných v následujících odstavcích.

Přípustnost výběru úhrad?

Daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona¹⁹. I výběr úhrad od uživatelů v souvislosti s některými veřejnými službami poskytovanými na základě PPP projektů může být chápán jako výběr „poplatků“ ve smyslu Listiny základních práv a svobod a takové projekty budou realizovatelné pouze na základě zvláštního zákona. Pro realizaci ostatních projektů bude pro zadavatele i koncesionáře velmi důležitá právní jistota ohledně kvalifikace úhrad uživatelů ve světle Listiny základních práv a svobod.

Stanovení výše úhrad

Pokud nejde o „poplatek“ (do jehož výše nemůže ani zadavatel ani koncesionář zasahovat, protože je stanoven zákonem), musí koncesní smlouva řešit způsob stanovení výše úhrady.

Zadavatel, byť sám úhrady za užití infrastruktury neplatí, má zájem na kontrole výše úhrad a musí se ujistit, že ať je stanoven jakýkoliv systém pro stanovení výše úhrad, bude znamenat hodnotu za peníze pro veřejný sektor (včetně uživatelů) a že bude veřejný zájem dostatečně ochráněn.

Na čí účet jsou úhrady vybírány a kdo nese riziko „poptávky“?

Byť jsou úhrady fyzicky vybírány koncesionářem, koncesní smlouva může stanovit, na čí účet jsou vybírány. Pokud jsou vybírány na účet zadavatele, vystupuje při jejich výběru koncesionář jako zadavatelův zástupce. Pokud jsou vybírány na vlastní účet koncesionáře, jedná vlastním jménem.

S tím, na čí účet jsou vybírány úhrady, obvykle souvisí i otázka, kdo nese riziko poptávky po službách, tj. kdo ztrácí, když je poptávka nižší, a naopak získává, když je poptávka vyšší. Pokud zadavatelé na koncesionáře nepřenesou riziko poptávky, je pro ně praktičtější, aby byly úhrady vybírány na jejich účet s tím, že zadavatel platí koncesionáři služební za dostupnost infrastruktury. V případech, kdy koncesionář získává platby od konečných uživatelů, ne od zadavatele projektu, bývá ve většině případů přeneseno riziko poptávky na koncesionáře.

Více o platebních mechanismech PPP projektu viz metodika Ministerstva financí „Platební mechanismy projektů PPP“ – www.mfcr.cz.

¹⁹ Čl. 11, odst. 5 Listiny základních práv a svobod (č. 2/1993 Sb.)

7. DODATEČNÉ VÝNOSY KONCESIONÁŘE

Dodatečné výnosy jako vedlejší faktor

Zadavatelé někdy od PPP projektů očekávají přínos v podobě tzv. dodatečných výnosů realizovaných koncesionářem z využití budované infrastruktury (např. pronájem volných prostor v kancelářské budově, výnosy z provozování čerpacích stanic apod.), které by jinak sám zadavatel nedokázal či nemohl realizovat. Přestože PPP projekty takové dodatečné výnosy umožňují a některé s dodatečnými výnosy skutečně pracují, v naprosté většině projektů jsou dodatečné výnosy spíše okrajové a hlavním zdrojem koncesionářových výnosů jsou platby služebného ze strany zadavatele či platby za využití infrastruktury od uživatelů.

Dodatečné výnosy by měla koncesní smlouva upravit tak, aby byl koncesionář dostatečně motivován k realizaci dodatečných výnosů a aby zadavatel získával spravedlivý podíl na dodatečně realizovaných výnosech. Hlavním cílem každého PPP projektu by mělo být především efektivní zajištění kvalitních veřejných služeb, nikoliv realizace dodatečných výnosů.

Pokud s určitými výnosy získávanými v souvislosti s infrastrukturou již koncesionář počítá ve svém finančním modelu (a nese riziko toho, že je nezíská), nemusí být tyto výnosy až do určité výše „dodatečnými“ a zadavatel na nich nemusí žádat podíl.

Pokud se s dodatečnými výnosy ve finančním modelu nepočítá, měl by mít zadavatel právo na spravedlivý podíl na dosažených výnosech (po odečtení nákladů na jejich dosažení a „motivující“ zaručené sumy pro koncesionáře). Podíl by obecně měl činit 50 %, avšak může se upravovat v závislosti na tom, kolik rizika nesou jednotlivé strany v souvislosti s dosahováním příslušného dodatečného výnosu a kdo financuje náklady s tím spojené.

8. ZADÁVACÍ / KONCESNÍ ŘÍZENÍ

Tento manuál není manuálem pro zadávací či koncesní řízení a poznámky uvedené dále v této kapitole slouží pouze pro znázornění souvislostí mezi zadávacím či koncesním řízením a koncesní smlouvou.

Návrh koncesní smlouvy před konečnými nabídkami

Kalkulace nabídek jednotlivých uchazečů v zadávacím či koncesním řízení („výběrové řízení“) vychází v podstatné míře z podmínek obsažených v koncesní smlouvě. Proto by v ideálním případě měl zadavatel před vyhlášením posledního kola výběrového řízení (pro předložení tzv. „konečných a nejlepších nabídek“) předložit uchazečům konečný návrh koncesní smlouvy, která bude uzavřena s vítězem výběrového řízení.

Předložení kompletního konečného návrhu koncesní smlouvy uchazečům před předkládáním nabídek není vždy proveditelné, a proto je obecně přijatelné, aby zadavatel s vítězným koncesionářem některé detaily koncesní smlouvy dojednal i po předložení nabídek – avšak pouze za předpokladu, že jde o takové detaily, které by nemohly ovlivnit nabídkové ceny ostatních uchazečů a že zadavatelův postup je transparentní a nediskriminační. Koncesní smlouva, která je součástí zadávací dokumentace by měla tedy obsahovat všechna důležitá ustanovení tak, aby byly ošetřeny možné situace, které mohou nastat během trvání projektu. Vzhledem k tomu, že se jedná o velmi důležitou část projektu, je nutné, aby koncesní smlouva byla zpracována kvalitně, a proto nejčastěji smlouvy připravují právní poradci zadavatelů, kteří mají s tvorbou koncesních smluv zkušenosti.

V zájmu maximalizace hodnoty za peníze by měl zadavatel (a jeho poradci) návrh koncesní smlouvy koncipovat tak, aby reflektoval převažující názory a hodnocení rizik na straně uchazečů. Pokud zadavatelův poradce a/nebo uchazeči indikují, že určitému riziku přisuzují vyšší hodnotu, než jakou je koncesionář za přenos takového rizika ochoten zaplatit, bude pro zadavatele výhodnější takové riziko na koncesionáře nepřenášet. Toho může zadavatel dosáhnout jednak angažováním zkušených poradců a jednak zvolením takového postupu pro výběrové řízení, který zadavateli umožní získat názor uchazečů na prvotní návrh koncesní smlouvy, tento názor analyzovat a závěry promítnout do úpravy návrhu. Již před zahájením výběrového řízení je tak vhodné provést průzkum trhu, který zadavateli ukáže, zda je navržená struktura projektu pro potenciální uchazeče přijatelná nebo o takové zadání a podmínky projektu není na trhu zájem.

Komunikace s uchazeči

Všichni uchazeči se obvykle neshodnou na jednotném názoru na jednotlivá ustanovení návrhu koncesní smlouvy, a proto musí zadavatel (a jeho poradci) volit takové řešení, které zajistí nejvyšší konkurenci mezi uchazeči a současně nejlepší hodnotu za peníze. Přitom musí postupovat transparentně a nesmí diskriminovat žádné uchazeče.

Zadavatel a jeho poradci se musí ujistit, že všechny parametry nabídky vítězného uchazeče jsou řádně promítnuty do podmínek uzavřené koncesní smlouvy.

ČÁST B: KOMENTÁŘ K NĚKTERÝM USTANOVENÍM VZOROVÉ KONCESNÍ SMLOUVY

9. STRUKTURA VZOROVÉ KONCESNÍ SMLOUVY

Při tvorbě vzorové smlouvy vycházeli autoři ze vzorů používaných pro realizaci PPP projektů v zahraničí, zejména ve Velké Británii. Tyto vzory však byly upraveny tak, aby výsledná vzorová smlouva odpovídala specifikům českého práva i praxe.

Vzorová smlouva je strukturovaná co nejvíce modulárně, aby bylo možné s ucelenými tematickými bloky (články) pracovat samostatně – nicméně jakýkoliv, byť i drobný, zásah do struktury smlouvy, musí být odborně posouzen ohledně možných dopadů změny na jiné články smlouvy.

V následující tabulce je zachyceno srovnání koncesních smluv dvou vybraných připravovaných projektů (Projekt A a Projekt B) se vzorovou koncesní smlouvou. V projektech byla využita základní struktura vzorové koncesní smlouvy a jednotlivé články byly upraveny dle specifik jednotlivých projektů.

Vzorová koncesní smlouva může být využita pouze na projekty, jež splňují určité charakteristiky. Popis vybraných projektů, při jejichž přípravě byla využita vzorová koncesní smlouva, je uveden níže:

- Projekt A – jedná se o projekt návrhu, výstavby a provozu infrastruktury ubytovacího charakteru spolu s dalšími objekty – bazénem a parkovištěm v nemocničním areálu. Vybudovaná infrastruktura je rozdělena na část veřejnou a na část komerční. Koncesionář infrastrukturu navrhne, financuje, postaví a bude nadále provozovat po dobu 25 let. Projekt svým rozsahem patří mezi velké projekty, investiční náklady projektu jsou odhadovány na cca 1 mld. Kč. Platební mechanismus je postaven na platbě za dostupnost, s tím že v komerčních částech projektu může koncesionář zpoplatňovat konečné uživatele.
- Projekt B – jedná se o projekt návrhu, vybudování a následného provozu areálu nemocnice. Pro výstavbu této infrastruktury má být využit a zregenerován nevyužívaný areál a další objekty, které budou v rámci projektu přestavěny a zmodernizovány. Koncesionář stejně jako u Projektu A se bude podílet na návrhu infrastruktury, jejím financování, výstavbě a následném provozu po dobu 30 let. Investiční náklady projektu se odhadují na cca 2 mld. Kč. Platební mechanismus je postaven na platbě za dostupnost.

Tabulka 1: Srovnání obsahu koncesních smluv projektů se vzorovou koncesní smlouvou

Vzorová koncesní smlouva	Projekt A	Projekt B
Obecná ustanovení	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Chybí část o indexaci	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Rozšíření kapitoly Změna kontroly a postoupení, Ujištění a závazky koncesionáře, Ujištění a informace poskytnuté zadavateli, Dokumentace a součinnost, Zástupci stran
Vlastnická a další práva	Smlouva projektu A obsahuje	Smlouva projektu B obsahuje

	tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami	tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněna kapitola Vlastnictví věcí a jejich užívání
Výstavba	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Chybí informace o rizicích ➤ Detailnější specifikace použitých materiálů ➤ Detailnější specifikace časových limitů a lhůt ➤ Jiné nastavení penalizací	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněna kapitola Staveniště a podloží, Evoluce projektové dokumentace, Inspekce a dohled, Realizace Výstavby a Uvedení zařízení do Stavů Způsobilého k užívání ➤ Vypuštěn odstavec Nábytek a vybavení ➤ Přidána kapitola Záruka za plnění
Poskytování služeb	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněny informace o Výměně Vybavení Koncesionáře ➤ Vypuštěny informace o Využití pro Veřejné účely a Ad hoc využití Zadavatelem ➤ Jinak upravena část Podíl na zisku	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Kapitola rozdělena na dvě části: i) Údržba a využití zařízení a ii) Poskytování služeb, které jsou upraveny dle specifik projektu
Platby	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněny informace o Placení nájemného ➤ Detailněji upravena problematika refinancování ➤ Navíc odstavec o Vynuceném refinancování	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Detailněji rozepsaná kapitola Platby, Úschova a úpravy finančního modelu
Porovnání cen a testování trhu	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Vypuštěno testování trhem	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami
Vnější události	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami
Změny	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími

	změnami: ➤ Doplněn odstavec o Úhradě Drobných změn	změnami: ➤ Detailněji specifikované Drobné změny
Odpovědnost, odškodnění a pojištění	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněny další závazky Zadavatele ➤ Vypuštěna některá ustanovení o pojištění ➤ Doplněn odstavec o Společném pojistném účtu	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami
Personální otázky	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Vypuštěny některé odstavce o zpětném přechodu zaměstnanců a nahrazeny jiným ustanovením	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami
Skončení smlouvy a předání zařízení zpět	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu pouze s drobnými úpravami
Předčasné ukončení a kompenzace	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Upravena část Nové zadávací a část Stanovení kompenzace výpočtem ➤ Doplněny odstavce v částech Licence pro Zadavatele	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněna kapitola Kompenzace při předčasném ukončení
Závěrečná ustanovení	Smlouva projektu A obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněny odstavce v částech Licence pro Zadavatele, Slib odškodnění Zadavateli ➤ Jinak upravena část Rozhodné právo a obchodní zákoník, Eskalace a řešení sporů ➤ Doplněn odstavec Bankovní záruky	Smlouva projektu B obsahuje tuto kapitolu s následujícími změnami: ➤ Doplněna kapitola Smluvní pokuty a nárok na náhradu škody ➤ Přidána kapitola Sazba seniorního dluhu
Přílohy:		
➤ Definice	✓	✓

➤ Odkládací podmínky	✓	✓
➤ Zadavatelem garantované informace	✓	✗
➤ Informace o koncesionáři	✓	✓
➤ Smlouvy o financování	✗	✓
➤ Projektové dokumenty	✓	✓
➤ Předměty duševního vlastnictví	✓	✗
➤ Požadavky zadavatele	✓	✓
➤ Návrh koncesionáře	✓	✓
➤ Zakázané materiály	✗	✗
➤ Schvalovací procedura	✗	✓
➤ Spolupráce a komunikace	✓	✓
➤ Protokol o instalaci	✗	✗
➤ Platební mechanismus	✓	✓
➤ Plán spotřeby	✓	✓
➤ První seznam zaměstnanců	✗	✓
➤ Pojištění	✓	✓
➤ Plán využití	✓	✗
➤ Přímé smlouvy	✓	✓
➤ Smlouva o úschově	✗	✗
➤ Směrnice zadavatele	✗	✗
➤ Důvěrné informace	✓	✗
➤ Testy při předání zařízení zpět	✓	✓
➤ Areál	✓	✓
➤ Ceny drobných změn	✓	✗
➤ Harmonogram	✓	✓
➤ Původní nábytek	✗	✓
➤ Původní vybavení	✗	✓
➤ Vybavení zadavatele	✗	✗
➤ Výjimky ze zakázaného jednání	✗	✗
	<p>Ve smlouvě projektu A byly doplněny následující přílohy:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Závazné přísliby financování ➤ Vzor Přímé dohody 	<p>Ve smlouvě projektu B byly doplněny následující přílohy:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Nemovitosti ➤ Nájemní smlouva ➤ Nájemní smlouvy výpis

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Finanční model ➤ Vzor smlouvy o podpoře majetku ➤ Vzor Smlouvy o kontrolní činnosti a smírčích službách ➤ Vzor smlouvy o uložení a správě finančního modelu ➤ Vzor Nájemní smlouvy 	<ul style="list-style-type: none"> z katastru nemovitostí ➤ Kategorizovaný seznam odběrných bodů dodávek
--	--	--

Jak z výše uvedené tabulky vyplývá, smlouvy projektu A i projektu B ponechaly základní strukturu využití vzorové koncesní smlouvy prakticky beze změn. Změny v těchto smlouvách se týkaly především detailnější specifikace nebo naopak vypuštění jednotlivých odstavců smlouvy dle charakteru projektů. Další změny ve smlouvách se týkaly Příloh. Většina z navrhovaných příloh ve vzorové koncesní smlouvě byla obsažena také ve smlouvách obou projektů, nicméně některé další byly vypuštěny a do smlouvy byly přidány jiné přílohy podle potřeb jednotlivých projektů.

V těchto případech byla ustanovení vzorové koncesní smlouvy využita v široké míře a koncesní smlouvy tak obsahovaly všechny důležité informace na celou dobu trvání projektu. Vzhledem k tomu, že tyto projekty v době aktualizace metodiky (květen 2011) nebyly ve fázi realizace, nelze přesně zhodnotit, zda nastavení koncesních smluv bylo správné.

9.1 Preambule

Preambule smlouvy neobsahuje žádná tzv. funkční ustanovení, tj. ustanovení, která by obsahovala konkrétní práva či závazky stran. Nicméně i tato část smlouvy má svůj smysl, který spočívá ve (1) zjednodušení orientace pro nezavěšeného čtenáře smlouvy, který potřebuje na začátku dokumentu získat povšechný obraz o jejím obsahu a účelu; a (2) interpretačním významu preambule – pokud se některé ustanovení smlouvy ukáže být nejasným či víceznačným, bude se smlouva vykládat podle úmyslu stran a ten by měl být – alespoň v hlavních rysech – zřejmý právě z preambule.

9.2 Použití vzorové koncesní smlouvy

Ačkoliv je vzorová koncesní smlouva koncipovaná jako ucelený a funkční dokument, jejím cílem je poskytnout spíše ucelený soubor bloků textu, které mohou zadavatelé a jejich poradci využít při koncipování konkrétních koncesních smluv. Použití vzorové koncesní smlouvy pro konkrétní transakci vyžaduje její uzpůsobení a dopracování pro potřeby konkrétního případu. K takovým úpravám jsou potřeba zkušenosti a odborná péče, a proto se zadavatelům nedoporučuje, aby vzorovou koncesní smlouvu upravovali samostatně, bez využití poradců. Zaměstnanci zadavatele nemají většinou příliš zkušeností s přípravou koncesních smluv a z tohoto důvodu je tedy lepší přenechat jejich vytvoření právnímu poradci.

Vzorová koncesní smlouva byla do současné doby využita při přípravě koncesní smlouvy např. u projektů „Ubytovna personálu Ústřední vojenské nemocnice, ubytovna hotelového typu a parkoviště“ (dále též „projekt ÚVN“) a projektu „Komplexní modernizace Krajské nemocnice Pardubice“. Koncesní smlouvy byly u obou projektů přizpůsobeny charakteru projektů a jednotlivá ustanovení byla přeformulována dle této specifikace.

Na municipální úrovni byla vzorová koncesní smlouva využita také, nicméně ne v takovém rozsahu. Jednalo o projekty menšího rozsahu a takto detailně specifikovaná smlouva tak nebyla potřeba. V těchto případech byla využita základní struktura smlouvy, tak jak je uvedena v tabulce výše, ale jednotlivé části smlouvy nebyly tak detailně rozepsány vzhledem k menší složitosti projektu.

Nejčastěji byla vzorová koncesní smlouva na municipální úrovni využita u projektů zahrnujících provozování a údržbu sportovních areálů. V těchto případech byla ustanovení vzorové koncesní smlouvy využita ve velké míře, nicméně nebyla tak detailně rozepsaná. Vzhledem k tomu, že se jednalo o projekty, které nezahrnovaly výstavbu, smlouva ustanovení týkající se této problematiky neobsahovala.

Vzorová koncesní smlouva byla využita také v případě projektu provozování školního stravování. I v tomto případě platí, že byla použita většina částí vzorové koncesní smlouvy a přizpůsobena charakteru projektu.

V případě vodohospodářských projektů, na jejichž realizaci je institut PPP často využíván, není možné, vzhledem k jejich nastavení, využít vzorovou koncesní smlouvu. Vzhledem k tomu, že koncesní smlouvy těchto projektů jsou nastaveny velice podobně, bylo by, dle názoru PPP Centra, vhodné vytvořit vzorovou koncesní smlouvu speciálně pro tento typ projektů.

Využití vzorové koncesní smlouvy v celém jejím rozsahu je tedy vhodné spíše pro projekty většího rozsahu. Projekty menšího rozsahu využijí pouze některých jejích částí a bude nutné vzorovou koncesní smlouvu více upravit, aby odpovídala charakteru daného projektu.

10. ZAHÁJENÍ SLUŽEB A DÉLKA KONCESNÍ DOBY

10.1 Výstavba a otevření

Okamžik, kdy je zařízení formálně „otevřeno“, je pro vztah mezi zadavatelem a koncesionářem velmi důležitý, protože tímto okamžikem začíná vznikat nárok na placení služebného. Zahájení poskytování služeb a „převzetí zařízení“ jsou, pro účely PPP projektů, v podstatně identické. Proto je pro zadavatele důležité, aby technický poradce angažovaný společně zadavatelem i koncesionářem potvrdil, že výstavba je dokončená v souladu s požadavky stanovenými v koncesní smlouvě. Avšak, přestože zařízení bude „otevřeno“, zadavatel nezačne platit služebné dříve, než bude zařízení dostupné a služby budou řádně poskytovány. Koncesionář bude mít před i po otevření zařízení závazky ohledně instalace nábytku a vybavení zařízení.

Zadavatelé by obecně neměli formálně kontrolovat a „přebírat“ budovanou infrastrukturu v průběhu její výstavby a před formálním otevřením. S těmito fázemi totiž v PPP projektech obvykle nesouvisí žádné zadavatelovy závazky ani zájmy (kromě běžného stavebního dozoru) – a přebíráním iniciativy ze strany zadavatele se jednak zvyšují jeho náklady a jednak narušuje princip přenosu rizika na koncesionáře. Výjimky představuje:

- provedení takových kontrol v průběhu výstavby, které nemohou být provedeny později (např. proto, že se určitá konstrukce uzavře) – avšak pouze v případech, kdy má zadavatel na kontrole příslušných částí stavby zájem, tj. pokud nese riziko zůstatkové hodnoty budovaného aktiva po skončení koncesní smlouvy;
- provedení kontrol v případech, kdy navzdory tomu, že nebylo zatím formálně zahájeno poskytování služeb, mají být koncesionáři již placeny určité částky, tj. např. u projektů, které jsou zprovoznovány po částech, u projektů u kterých zadavatel souhlasil s částečným placením již před zahájením poskytování služeb, či u projektů, které ještě vykazují některé nedodělky, avšak tyto nedodělky podstatným způsobem neovlivňují koncesionářovu schopnost zahájit poskytování služeb a zadavatel je připraven s takovým zahájením služeb souhlasit.

10.2 Délka koncesní doby

Při stanovení doby, na kterou má být koncesní smlouva uzavřena, by měli zadavatelé pro získání největší možné hodnoty za peníze zohlednit mj. následující faktory:

- zadavatelova schopnost platit služebné v příslušné výši v jednotlivých letech (čím kratší doba, tím vyšší služebné);
- předpokládaná struktura financování a náklady na financování a „hedging“²⁰ úrokových nákladů placených koncesionářem;
- výše zadavatelových (i koncesionářových) transakčních nákladů na realizaci PPP projektu (každé následující zadání projektu je spojené s náklady /např. na poradce/ na obou stranách);
- životnost budované infrastruktury;
- požadavky na údržbu v průběhu provozu infrastruktury a případnou potřebu rekonstrukcí;

²⁰ Tj. zajišťovací operace na ochranu proti nepříznivému vývoji úrokových sazeb.

- očekávaný vývoj potřeby či poptávky po příslušné veřejné službě na straně jejich uživatelů;
- očekávaný technologický vývoj v dané oblasti;
- způsob, jak bude s infrastrukturou naloženo po skončení koncesní smlouvy (bude-li převedena na koncesionáře, není nutné, aby za koncesní dobu zadavatel „splatil“ celé náklady na její vybudování, jako v případě, kdy zůstává zadavateli); a
- výše nákladů na převod projektu novému koncesionáři.

Třebaže jsou zadavatelovy finanční možnosti (schopnost platit služebné v jednotlivých letech) jedním z faktorů, který musí zadavatel při stanovení délky koncesní doby zvažovat, neměl by to být faktor rozhodující. Rozhodujícím faktorem pro stanovení délky koncesní doby (jakož i rozhodnutí, zda projekt vůbec realizovat formou PPP) by měla být především hodnota za peníze vyplývající z ostatních posuzovaných faktorů. Zadavatelé by však neměli realizovat takové PPP projekty, u nichž si nejsou jisti tím, že budou schopni v jednotlivých budoucích letech hradit své závazky z nich vyplývající.

11. GARANCE POSKYTOVANÝCH INFORMACÍ

11.1 Odpovědnost za informace a alokace rizik

Zadavatel poskytuje koncesionáři pro realizaci PPP projektu celou řadu informací (např. dříve provedené průzkumy a studie, demografické údaje apod.). Z pohledu alokace rizik v PPP projektu je velmi důležitou otázkou, zda zadavatel odpovídá za správnost takto poskytovaných informací. Obecný princip by měl být takový, že pokud není správnost poskytovaných informací zadavatelem v koncesní smlouvě výslovně garantovaná, zadavatel za takto poskytnuté informace neodpovídá a koncesionář se musí sám ujistit o jejich správnosti. Zadavatelům však lze doporučit, aby zvážili, zda by získali větší hodnotu za peníze v případě, že by garantovali určitou informaci, a tím omezili potřebu zájemců provádět právní a technický audit a tím i jejich náklady a ceny nabízené ve výběrových řízeních.

Podklady zajišťované zadavatelem pro koncesionáře

V zájmu úspor na straně uchazečů a maximalizace konkurence ve výběrovém řízení může být pro zadavatele výhodné zadat zpracování některých průzkumů a studií pro všechny uchazeče společně. Nicméně i v takových případech lze zadavatelům doporučit, aby vylučovali odpovědnost za takto obstarané podklady a požadovali od zpracovatelů studií, aby byli zavázáni přímo vůči vítěznému uchazeči.

11.2 Ujištění zadavatelem a koncesionářem

Obecným právním důsledkem nepravdivosti ujištění může být neplatnost smlouvy. Takový důsledek je však pro strany nepřijatelný. Proto smlouva výslovně stanoví, co bude důsledkem toho, že se některé ujištění ukáže být nepravdivým. Nepravdivé ujištění ze strany zadavatele bude považováno za kompenzovanou událost (viz níže), ze strany koncesionáře pak za selhání koncesionáře (viz níže).

12. PŘÍMÉ NÁROKY VŮČI SUBDODAVATELŮM

12.1 Úvod / princip „nezasahování“

Základním principem PPP projektů je, že zadavatel nijak nedefinuje „vstupy“ projektu (např. podrobné technické řešení budovy) nýbrž pouze jeho výstupy (např. počet a kvalita kanceláří pro úředníky). Jedním z projevů tohoto pravidla je i to, že zadavatel by neměl bezdůvodně zasahovat do vztahů mezi koncesionářem a jeho subdodavatelem a měl by se zaměřovat výhradně na kontrolu kvality služeb poskytovaných koncesionářem a řízení vztahu s ním. Jakýkoliv neodůvodněný zásah do koncesionářových vstupů (např. ovlivňování podrobného technického řešení či ovlivňování vztahů se subdodavatelem) je pro zadavatele riskantní, protože obvykle znamená převzetí některých rizik zpět zadavatelem – jestliže zadavatel zasahuje do vztahu se subdodavatelem, je odpovědný za důsledky takového zásahu. Vzorová koncesní smlouva nedává zadavateli možnost požadovat, aby koncesionář ukončil dílčí smlouvy se subdodavatelem v případě, že neplní svoje závazky v souladu s těmito dílčími smlouvami. Nicméně, jak je uvedeno dále, zadavatel může v některých případech vyžadovat nárok přímo proti subdodavateli.

12.2 Potřeba přímých nároků vůči subdodavatelům

Za předpokladu standardního průběhu plnění koncesní smlouvy nepotřebuje zadavatel žádná práva vůči subdodavatelům – a vzhledem k principu nezasahování by taková práva byla i kontraproduktivní.

Pokud však koncesní smlouva není koncesionářem řádně plněna a dojde k předčasnému ukončení pro koncesionářovo selhání, bude zadavatel v situaci, kdy (1) potřebuje zajistit kontinuitu poskytování příslušné veřejné služby, kterou koncesionář zajišťoval prostřednictvím subdodavatelů; až do angažování nového koncesionáře bývá jediným praktickým řešením dočasné využívání služeb dosavadních subdodavatelů; a (2) zadavatel má proti koncesionáři určité nároky související se selháním, které však způsobili koncesionářovi subdodavatelé, avšak nemůže se těchto nároků (kvůli koncesionářově insolvenční situaci) domoci. Proto je důležité, aby si zadavatelé vymíňovali pro případ koncesionářova selhání nároky přímo proti koncesionářovým subdodavatelům.

Proto se zadavatelům doporučuje, aby vedle koncesních smluv uzavírali tzv. přímé smlouvy se subdodavatelem. Tyto přímé smlouvy dávají zadavateli právo „zásahu“ zadavatele, který (sám nebo prostřednictvím poradců) převezme roli koncesionáře a bude řídit provoz zařízení a poskytování služeb v něm a bude mít přímý vztah s příslušným subdodavatelem, kterému bude rovněž platit za poskytování příslušných služeb. Přímé smlouvy dávají rovněž zadavateli právo uplatňovat proti subdodavateli nároky vyplývající z jeho porušení subkontraktů. Vzor přímé smlouvy se subdodavatelem není v této verzi manuálu ani vzorové smlouvy zatím k dispozici.

12.3 Existence záruk akcionářů a/nebo subdodavatelů

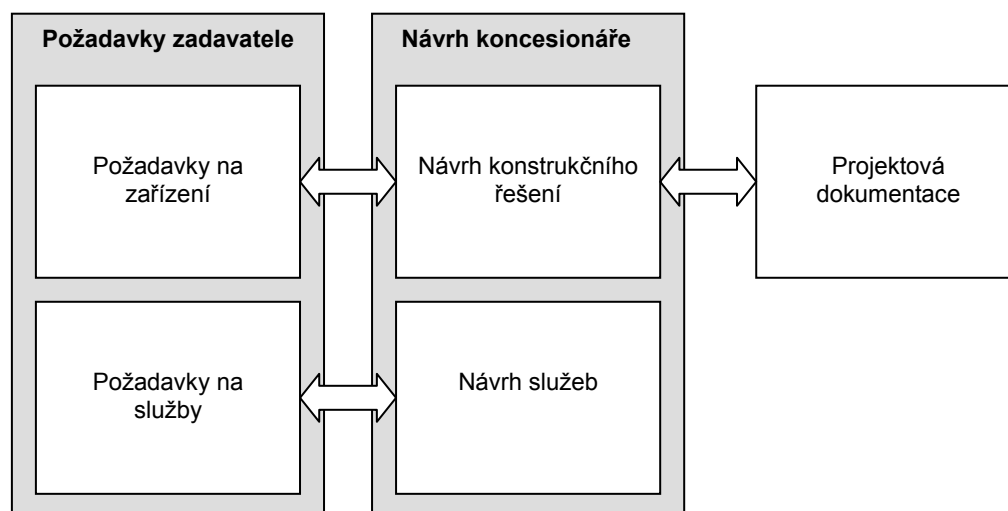
Protože koncesionáři u většiny PPP projektů jsou zvláštní účelové společnosti, které samy o sobě nemají žádné zkušenosti a jejich jediným aktivem je pouze konkrétní projekt, a zkušené a finančně stabilní firmy jsou pouze jejich subdodavatelem a podílíky (tzv. struktury „bez rekursu“), musí zadavatelé řešit otázku zajištění svých případných nároků a kvality a kontinuity poskytovaných veřejných služeb. Z řady důvodů, které převážně souvisí s otázkou hodnoty za peníze, by zadavatelé u většiny PPP projektů neměli požadovat, aby struktura jejich projektu buď zcela vyloučila zvláštní účelové společnosti, nebo aby závazky těchto společností byly zcela zaručeny jejich akcionáři a/nebo subdodavatelem. Výjimkou jsou přímé nároky proti subdodavatelům vyplývající z přímých smluv se subdodavatelem a dále záruky podílíků, které jsou vyžadovány ve zvláštních případech, kdy není zadavatel přesvědčen o dostatečné motivaci či finanční stabilitě koncesionáře.

13. PROJEKTOVÁ DOKUMENTACE

13.1 Přenos rizika na koncesionáře

Hlavní výhodou PPP projektů je přenos rizik ze zadavatele na koncesionáře. Tento přenos rizik je realizován na více úrovních, avšak jedním z hlavních bodů přenosu rizika je právě riziko chyb ve stanovení technických parametrů a v projektové dokumentaci.

Níže uvedené schéma znázorňuje způsob, jakým se přenáší riziko na koncesionáře:



Vzorová koncesní smlouva obsahuje požadavky zadavatele (cíle, kterých chce zadavatel projektem dosáhnout) týkající se poskytování služeb a vybudování zařízení a návrh koncesionáře (způsob, jakým bude cílů stanovených zadavatelem dosaženo). Požadavky zadavatele se dělí na (i) požadavky na zařízení (jeho projektování a vybudování); a (ii) požadavky na služby (jejich poskytování). Návrh koncesionáře se pak odpovídajícím způsobem dělí na návrh konstrukčního řešení (projektování a vybudování zařízení) a návrh služeb (jejich poskytování).

Koncesionář má podle vzorové koncesní smlouvy závazek na základě požadavků na zařízení a návrhu konstrukčního řešení vytvořit projektovou dokumentaci.

Přenos rizik výstavby a poskytování služeb na dodavatele spočívá v tom, že předmětem závazku koncesionáře je splnění požadavků zadavatele, nikoliv pouze návrhu koncesionáře.

Tím, že zadavatel stanoví pouze výstupy a odpovědnost za další fáze přenechá koncesionáře, získává hodnotu v tom, že případné následně zjištěné chyby jdou finančně na koncesionářův vrub. Zadavatel za žádnou chybu, kterou nezpůsobil, nezaplatí ani o korunu více.

13.2 Projekty s rozpracovanou dokumentací

V praxi se v České republice již nyní objevuje řada projektů, jejichž přípravu již zadavatelé zahájili a mají již k dispozici projektovou dokumentaci v různých stádiích rozpracovanosti. Na přípravu takové projektové dokumentace museli navíc vynaložit personální a finanční zdroje. V takových případech musí zadavatel společně s poradci posoudit, zda pro něj bude představovat lepší hodnotu za peníze pracovat s takto připravenou projektovou dokumentací, či zda bude výhodnější se skutečně omezit pouze na definování výstupů a ponechat všechny přípravné fáze na koncesionáři. Jedním z možných řešení je, že se zájemcům ve výběrovém

řízení poskytne dosud připravená projektová dokumentace s tím, že ji mohou pro účely svých nabídek využít²¹, avšak pod podmínkou, že ponесou všechna rizika s ní spojená. Zájemci by pak měli mít možnost existující dokumentaci dostatečně přezkoumat a ve svých nabídkách (či během koncesního/soutěžního dialogu) navrhnout změny.²²

13.3 Evoluce technického řešení

V okamžiku, kdy je podepisována koncesní smlouva, nemají zadavatel ani koncesionář k dispozici úplnou stavební dokumentaci – mají pouze požadavky zadavatele a návrh koncesionáře. Zbývající projektová dokumentace se vytváří mezi finančním vypořádáním a zahájením výstavby a zadavatel by měl mít v tomto procesu právo na informace a na schvalování stanovených částí dokumentace.

²¹ Takový postup musí být ovšem umožněn v příslušných smlouvách s projektanty.

²² Navržené změny by byly pouze na koncepční úrovni (návrh technického řešení), dokumentaci by přepracovával pouze vítěz výběrového řízení.

14. ROZSAH SLUŽEB

Rozsah poskytovaných služeb budou zadavatelé definovat podle svých potřeb. Z tohoto důvodu je velice důležité, aby zadavatel správně určil své potřeby a na jejich základě definoval výstupy projektu tak, aby byl koncesionář schopen vytvořit návrh projektu, který bude tyto potřeby naplňovat. Tabulka uvedená v příloze tohoto manuálu obsahuje úplný seznam služeb typických při projektech ubytovacího typu. Tyto služby jsou v praxi rozděleny na tzv. „tvrdé“ a „měkké“ služby. Součástí „měkkých“ služeb jsou dále tzv. „měřené“ služby.

Hlavním rysem „měkkých“ služeb je, že tyto služby jsou předmětem porovnávání cen a testování trhu (viz čl. 17). Důvodem je to, že koncesionáři nemohou nést riziko pevně stanovené ceny „měkkých služeb“ po celou dobu trvání koncesní smlouvy, a to zejména proto, že náklady „měkkých“ služeb spočívají spíše v personálních než materiálních nákladech a koncesionáři je nemohou spolehlivě předpovídat.

„Měřené“ služby se liší od jiných služeb tím, že dojde-li ke zvýšení či snížení jejich využití, snižuje nebo zvyšuje se rovněž výše služebného placeného koncesionáři. Např. pokud jde o službu čistírny a prádelny, je stanovena cena za jedno vyprání a předpoklad, kolik vyprání bude provedeno v každém měsíci. Služebné v každém měsíci se vypočítá z platby za předpokládaný počet vyprání zvýšené nebo snížené o rozdíl mezi předpokládaným a skutečným počtem vyprání. Koncesionáři a jejich věřitelé však obvykle požadují, aby byl stanoven dolní limit služebného za „měřené“ služby, a to proto, aby koncesionářův příjem neklesl nepřijatelně nízkou.

Pro každou poskytovanou službu je stanovena perioda monitorování kvality, což je doba, ve které bude testováno, zda příslušná služba splňuje požadavky zadavatele. Koncesionář obdrží služebné za jednotlivé služby pouze v případě, že splňují stanovené požadavky kvality. Pokud příslušná služba tyto požadavky nesplňuje, má zadavatel právo snížit měsíční platbu služebného o tzv. penalizaci za nekvalitní služby ve výši odpovídající platbě za tuto službu. Perioda monitorování kvality může být u různých služeb odlišná, např. hodina (např. pokud jde o čistotu toalet) nebo týden (např. pokud jde o čistotu kanceláří).

15. PLACENÍ ZA SLUŽBY ZADAVATELEM

15.1 Úvod

Cena, kterou platí zadavatel koncesionáři za poskytované služby (v tomto manuálu a ve vzorové smlouvě je nazývána „**služebným**“), a podmínky, za jakých se platí, jsou klíčovými podmínkami každé koncesní smlouvy a současně jsou finančním vyjádřením přenosu rizik v každém projektu.

Ustanovení o ceně a platebním mechanismu

Obecně by měl platební mechanismus v koncesních smlouvách splňovat tyto podmínky:

- platby služebného by neměly začít dříve, než bude formálně zařízení otevřeno;
- platby služebného by měly tvořit jednotnou komplexní částku²³, která by se neměla skládat z jednotlivých složek (na něž by vznikal nárok zvlášť), kromě případů, kdy lze provozované zařízení rozdělit na provozní části, které mohou být provozovány a zpřístupněny samostatně (např. bloky nemocnice), aniž by byla negativně ovlivněna kvalita služeb v nich poskytovaných;²⁴
- služebné by mělo být koncesionáři placeno pouze v případě, že je zařízení dostupné a jsou poskytovány příslušné služby v něm; v opačném případě by podle platebního mechanismu nemělo koncesionáři náležet žádné služebné;
- nedostatky v poskytované službě by se měly projevit ve snížení služebného, aby byl koncesionář finančně motivován k poskytování služby v dohodnuté kvalitě; závažnosti závad by proto měla odpovídat výše postihu.

Další prvky služebného

Jak je uvedeno shora, platby za „měřené“ služby jsou variabilní a záleží na výši skutečného využití těchto služeb v určitém měsíci.

Platby za dodávky (energií, jiných médií a služeb) jsou vypočítávány na základě jejich předpokládaného a skutečného využití v příslušném kalendářním roce. Koncesionář obvykle nenese riziko ceny energií, protože tímto způsobem by nebyla dosažena hodnota za peníze. Je však správné na koncesionáře přenést riziko výše spotřeby energií, protože jejich spotřeba ve značné míře závisí na způsobu, jakým zařízení vybuduje i provozuje. Tím je motivován ke snižování spotřeby.

15.2 Penalizace koncesionáře

Penalizace za „nedostupnost“

Základem pro přenos rizika „dostupnosti“ na koncesionáře je právo zadavatele snížit služebné, pokud se určitá sekce zařízení stane nedostupnou. Sekci je třeba považovat za nedostupnou,

²³ Tj. částku, u které se blíže nezkoumá, která její část je placena za služby a která za vybudování a provozování zařízení – zadavatel požaduje poskytnutí komplexní služby „zajištění veřejné infrastruktury“, za kterou platí komplexním „služebným“.

²⁴ Zadavatelé by sice měli podrobně zkoumat dodavatelův finanční model a porozumět způsobu, jakým bylo služebné vypočteno, to proto, aby dokázali zhodnotit a maximalizovat dosahovanou hodnotu za peníze, nicméně to, že se s výpočtem seznamují, by nemělo mít žádný vliv na to, že by zadavatelé neměli akceptovat žádné riziko správnosti výpočtu či jakýchkoliv faktorů ovlivňujících jeho praktické naplňování – zadavatele zajímají jen výstupy (poskytovaná veřejná služba), nikoliv vstupy.

pokud nejsou splněny stanovené podmínky nezbytné pro její bezvadné využití. V případě nedostupnosti sekce se měsíční služebné sníží o tzv. penalizaci nedostupnosti ve výši odpovídající služebnému, které zadavatel platí koncesionáři za (1) dostupnost příslušné sekce; a (2) za služby v ní poskytované.

Tato penalizace se uplatní i v případě tzv. následné nedostupnosti, tj. stavu, kdy nedostupnost jedné sekce zařízení omezuje zadavatele ve využití jiné sekce.

Penalizace za „nekvalitní služby“

Jak je uvedeno shora, může zadavatel v případě, že služby poskytované koncesionářem jsou nekvalitní, snížit služebné o tzv. penalizaci nekvality.

Obecně o penalizaci

Penále odečítané od služebného má vedle funkce kompenzační vůči nákladům zadavatele i funkci motivační a penalizační.

Penále může být vyšší, než jsou odhadované náklady zadavatele, pokud je to nutné z důvodů motivačních. Zadavatelé by však neměli penále zvyšovat bezdůvodně a oportunisticky, protože příliš vysoké částky penále by znamenaly, že (1) jeho účtováním se koncesionář může stát insolventním a v důsledku toho bude buď muset restrukturalizovat nebo nastane selhání koncesionáře, v jehož důsledku bude koncesní smlouva předčasně ukončena, což je nežádoucí i pro zadavatele; a (2) zadavatel může být při skutečném účtování penále více zdrženlivý při zvážení důsledků, které může účtování nadsazeného penále mít. Pro zadavatele je důležité, aby systém účtování penále v praxi skutečně fungoval a toho může dosáhnout stanovením rozumné výše penále. To však v některých případech může znamenat i to, že se koncesionáři vyplatí poskytovat služby v horší kvalitě, protože zvýšení kvality by bylo nákladnější, než je výše účtovaného penále. Toto riziko mohou zadavatelé řešit systémem zvyšujícím se penále v případě, že se porušení určitého závazku pravidelně opakuje.

Penalizační funkce penále by měla být uplatněna jen ve výjimečných případech, např. pokud koncesionář úmyslně zastírá před zadavatelem nedostupnost či zajištění nekvalitních služeb (viz níže).

Přestože se hovoří o „penalizaci“, ve skutečnosti není penalizace podle vzorové smlouvy konstruována jako penále, kterým by vznikala zadavateli proti koncesionáři nárok na zaplacení určité částky; penále je pouze jednou z proměnných, ze kterých se vypočítává měsíční služebné. Teprve kdyby mělo v důsledku penalizace být služebné záporné, vzniká zadavateli nárok na zaplacení výsledné částky proti koncesionáři.

Žádný dvojitý nárok ze stejného důvodu

Protože nedostupnost sekce může současně způsobit i nekvalitu poskytovaných služeb, je obvyklé vyloučit dvojitou penalizaci ze stejného důvodu, a tato úprava je rovněž obsažena ve vzorové koncesní smlouvě.

Úlevy při angažování nového subdodavatele

V případě angažování nového subdodavatele (ať v důsledku testování trhu nebo z jiného důvodu) bude po určitou dobu stanovenou v koncesní smlouvě snížena penalizace nedostupnosti i penalizace nekvality, a to proto, že při poskytování služeb novým subdodavatelem se zvyšuje riziko nedostupnosti, resp. nekvalitního poskytování služeb. Protože zadavatel může mít zájem na výměně subdodavatele, je vhodné, aby se po určitou dobu od angažování takového subdodavatele aplikoval mírnější režim penalizace.

Náprava

Jestliže principem pro stanovení penále je shora uvedená zásada, že funkce penalizace má být spíše kompenzační nebo motivační a jen výjimečně penalizační, neměli by zadavatelé za běžných okolností penalizovat koncesionáře v případě, že koncesionář nedostupnost či nekvalitu včas napraví. V případě včasné nápravy nedostupnosti je přijatelné, aby byl koncesionář penalizace nedostupnosti zcela zproštěn. U nápravy nekvalitních služeb to však není obvyklé a je-li nekvalita napravena (např. proveden úklid toalet po zjištění závady či poskytnuto teplé jídlo poté, co bylo nejprve poskytnuto jídlo studené), snižuje se penalizace nekvality na 50 procent.

15.3 Monitorování

Principem PPP je, že koncesionář sám monitoruje poskytování služeb. Zadavatel má však také právo poskytování služeb monitorovat, a to na vlastní náklady. Vzhledem k možnosti zneužití monitorování zadavatelem obsahuje vzorová koncesní smlouva ustanovení, podle něhož je koncesionář, který úmyslně zamlčí nedostatky zjištěné monitorováním, zvláště penalizován a zvyšují se požadavky na monitorování na náklady koncesionáře.

15.4 Přenos rizika využití na koncesionáře

Pokud je na koncesionáře přeneseno riziko využití infrastruktury (např. má být placen formou plateb od uživatelů či tzv. stínovými platbami, kdy namísto uživatelů platí zadavatel, avšak úměrně rozsahu využití infrastruktury ze strany uživatelů), může se zjednodušit systém koncesionářovy penalizace za nekvalitní služby v případech, kdy je poptávka po příslušné službě závislá na její kvalitě. Pokud poptávka závislá není (není tzv. elastická), musí i v takovém případě koncesní smlouva obsahovat pravidla, která budou koncesionáře motivovat k zajištění kvality.

16. REFINANCOVÁNÍ

16.1 Úvod do problematiky refinancování

Jak bylo popsáno shora, většina PPP projektů je financována tím způsobem, že koncesionářské konsorcium financuje vlastním kapitálem pouze menší část kapitálových investic – větší část je financována úvěrem poskytnutým bankami. Splácení tohoto úvěru a úroků z něj představuje významnou položku v koncesionářových peněžních tocích.

Protože největší rizika většiny PPP projektů leží v jejich první – stavební – fázi, jsou i marže bank, které financují PPP projekty na jejich počátku, vyšší. Jakmile je zařízení otevřeno a PPP projekt přejde do stabilizované provozní fáze, jsou již rizika podstatně nižší a banky jsou ochotny koncesionáře financovat levněji. Proto je běžnou praxí, že jakmile koncesionáři uvedou budované zařízení do provozu, hledají možnosti refinancování svých úvěrových závazků, tj. konverzi svých úvěrů do úvěrů s nižší úrokovou sazbou či jinak výhodnějšími podmínkami (viz níže).

Obecně, jakákoliv úspora, které koncesionář dosáhne díky vlastní efektivitě, by měla náležet koncesionáři a zvyšovat jeho zisk – až na výjimky, které představují případná ustanovení koncesní smlouvy ohledně úprav cen, výslovných ustanovení o sdílení úspor apod. Úspory dosažené refinancováním však mají odlišný charakter – koncesionář jich nedosahuje díky vlastní efektivitě, nýbrž díky hodnotě, která spočívá v uzavřené koncesní smlouvě a v peněžních tocích, jež na jejím základě koncesionář získává. Proto je správné, aby byly úspory dosažené refinancováním sdíleny i zadavatelem. Pokud není odlišný postup zadavatele řádně zdůvodněn (např. tím, že s úsporou dosaženou refinancováním se počítá v základním finančním modelu a koncesionář nese riziko toho, že úspory nedosáhne), mělo by být pro zadavatele nepřijatelné, aby jim koncesní smlouva nedávala právo na podíl na úspoře z refinancování.

V PPP projektech lze za refinancování, které zakládá právo požadovat podíl na úspoře koncesionáře, považovat mimo jiné zejména:

- úspory dosažené snížením úrokové marže;
- zmenšení požadavků na udržování rezerv;
- umožnění předčasného splacení subordinovaných půjček či vrácení kapitálu nebo uvolnění závazku podmíněného dodatečného financování ze strany koncesionářových podílníků;
- prodloužení splatnosti úvěru;
- poskytnutí dodatečného úvěru či zvýšení úvěrové angažovanosti; a
- transakce obdobné refinancování, které se realizují na úrovni koncesionářových podílníků, které jsou realizovány na základě koncesionářových peněžních toků, aktiv či smluv.

16.2 Audit a schvalování zadavatelem

Každá změna ve finančních dokumentech mezi koncesionářem a financujícími institucemi či jeho akcionáři by měla podléhat schválení zadavatelem bez ohledu na to, zda je v jejím důsledku realizovaná úspora či nikoliv.

Aby měl zadavatel možnost monitorovat, zda dochází k refinancování a za jakých podmínek,

musí si v koncesní smlouvě vymínit zvláštní práva přístupu k informacím koncesionáře.

Zadavatelé by měli návrhy na refinancování obecně akceptovat, avšak současně by se měli ujistit, že jednak nedochází ke zhoršení jejich pozice (včetně toho, že by kompenzace koncesionáře v případě předčasného ukončení koncesní smlouvy byla vyšší, než kdyby k refinancování nedošlo, nebo že koncesionář ztratí motivaci dále řádně plnit své závazky z koncesní smlouvy) a jednak získávají podíl z úspor, který jim náleží.

16.3 Výnos z refinancování a jeho sdílení

Přínos (úspora), který je realizován díky refinancování, se vypočítává na základě porovnání zisku, jež by byl hypoteticky distribuován podílníkům koncesionáře, pokud by k refinancování nedošlo, a zisku, který může být distribuován po realizaci refinancování. Tyto změny musí být diskontovány na svou čistou současnou hodnotu v době výpočtu. Výsledkem takové kalkulace je tzv. výnos refinancování vyjádřený v penězích. Náklady zadavatele a jeho poradců ohledně refinancování jsou odečtené z tohoto výnosu.

Výnos refinancování by měl být v zásadě sdílen mezi zadavatelem a koncesionářem v poměru 50:50 a jen výjimečně v jiném poměru, pokud takový poměr podle názoru stran při vyjednávání koncesní smlouvy vyjádří spravedlivý podíl každé ze stran na získaném výnosu refinancování.

16.4 Platby podílu na výnosu

Výnos refinancování může být koncesionářem realizován v okamžiku refinancování, ale také v průběhu delší doby podle toho, o jaký druh refinancování jde. Zadavatelův podíl na výnosu refinancování by v zásadě měl být placen v okamžiku, kdy jej koncesionář získává – a proto je třeba výplatu podílu strukturovat podle typu refinancování buď jako (1) jednorázovou platbu zadavateli v okamžiku refinancování; nebo (2) jako dlouhodobé snížení služebného. V některých případech je rovněž nutné použít kombinaci těchto dvou způsobů výplaty podílu na výnosu refinancování.

16.5 Výjimky

Výjimky z pravidla, že každé refinancování by mělo být podmíněno schválením a podílem zadavatele na výnosu, jsou přípustné v dále uvedených případech:

- některé změny ve struktuře kapitálu poskytovaného koncesionářovými akcionáři, ať má formu ekvity či dluhu;
- refinancování, se kterým již koncesionář **počítal v základním finančním modelu** (a úspora jím dosažitelná byla zakalkulována pro účely výpočtu služebného);²⁵ a
- jakékoliv finanční transakce u těch PPP projektů, které jsou **financovány výhradně koncesionářovým kapitálem**, bez účasti bank; detailní posouzení konkrétní struktury musí být provedeno odborníky, kteří stanoví, zda se skutečně jedná o dodavatelsky financovaný projekt – obvyklé znaky takových projektů jsou:
 - koncesionář není zvláštní účelovou společností, nýbrž zavedenou firmou se silným finančním zázemím či zárukou od takového člena jeho skupiny;
 - není žádná přímá smlouva mezi zadavatelem a osobami financujícími koncesionáře;

²⁵ Takové případy však lze očekávat teprve až bude v České republice rozvinutý trh pro PPP projekty a koncesionáři budou mít zkušenosti s úsporami, kterých mohou díky refinancování dosáhnout.

- zadavatel v koncesní smlouvě ani jinde nepřijímá žádné závazky související s koncesionářovými věřiteli, ať v souvislosti s jeho financováním, zajišťovacími operacemi (hedging) apod.;
 - neprobíhá žádný audit koncesní smlouvy ani souvisejících vztahů ze strany koncesionářových věřitelů; a
 - ve výběrovém řízení není žádná potřeba komunikovat s financujícími institucemi.
- úspory (zisky) získané koncesionářem v důsledku zajišťovacích operací v souvislosti s úrokem placeným z úvěrů či jejich dodatečné změny – pokud koncesionář získá výhodu v důsledku takového vývoje úrokových sazeb, který pro zadavatele vzhledem k jím provedeným zajišťovacím operacím (hedging) znamená zisk, avšak pouze pokud jsou současně splněny tři podmínky:
 - zadavatel nenese riziko vývoje úrokových sazeb;
 - zadavatel neponese při předčasném ukončení koncesní smlouvy riziko zvýšení kompenzace v důsledku vyšších nákladů na předčasné ukončení zajišťovacích operací; a
 - nedochází k takové změně zajišťovací struktury oproti struktuře původní, která by vystavovala koncesionáře vyššímu riziku.

17. ÚPRAVY CEN

17.1 Obecně o úpravách cen

Koncesní smlouva v zásadě stanoví závazek koncesionáře poskytovat zadavateli dané služby po celou dobu smlouvy za dohodnutou cenu. Doba koncesní smlouvy však obvykle dalece přesahuje období, pro něž je koncesionář schopen předvídat všechny vlivy, které musí do kalkulace ceny započíst. Vyžadování neměnné pevné ceny pro celou dobu koncesní smlouvy by znamenalo, že by koncesionáři do svých kalkulací započítávali příliš velké rezervy, což by pro zadavatele ve většině případů nepředstavovalo hodnotu za peníze. Proto je vhodné do koncesní smlouvy zakomponovat ustanovení, podle kterého se může cena některých poskytovaných služeb za určitých podmínek měnit. Toto ustanovení však musí být dostatečně určité, aby poskytovalo oběma stranám jistotu ohledně budoucích (závazných) změn v cenách. V žádném případě není přijatelné, aby zadavatelé připustili formulace typu „...strany se dohodnou na změnách...“. Ustanovení o změně cen musí fungovat automaticky a nezávisle na vůli stran dosáhnout dohody.

V praxi se vyvinuly tři způsoby, které lze pro úpravu cen použít:

Indexování. Při indexování se základ (např. příslušná cena materiálu apod.) upravuje v čase podle skutečného vývoje indexů (např. index spotřebitelských cen, index výrobních cen apod., avšak nikdy nesmí jít o specifický index který by silný koncesionář sám mohl vlastním působením ovlivnit). Je správné umožnit koncesionáři indexování jednotlivých podmnožin, ze kterých se skládá celkové služebné (či určité části služebného jako celku (např. 40% služebného), avšak nikoliv indexování celého služebného, které v sobě zahrnuje počáteční náklady na výstavbu, které není nutné indexovat.

Benchmarking (Porovnávání cen). Tento způsob úpravy cen spočívá v tom, že se ceny každé poskytované služby porovnávají s cenami ostatních koncesionářů na trhu. Pokud se ukáže, že cena na trhu je nižší než cena subdodavatelů (s určitou tolerancí např. je ve výši 95 % ceny subdodavatele a nižší), přenáší se rozdíl (snížení ceny) přesahující stanovenou toleranci na koncesionáře. Pokud se ukáže, že cena na trhu je vyšší než cena subdodavatelů (s určitou tolerancí např. je ve výši 105 % ceny subdodavatele a vyšší), přenáší se rozdíl (zvýšení ceny) přesahující stanovenou toleranci na zadavatele.

Testování trhu. Při testování trhu koncesionář dohodnutým procesem opětovně poptává poskytnutí služeb, které poskytují subdodavatelé. Uspořádá se výběrové řízení, jehož se mohou všichni současní subdodavatelé zúčastnit. Pokud se ve výběrovém řízení ukáže, že jiná osoba je připravena poskytnout některou službu nebo některé služby levněji než nějaký současný subdodavatel, měl by koncesionář změnit tohoto subdodavatele za levnějšího. Pokud se však ukáže, že současný subdodavatel nabídne služby levněji než ostatní potenciální subdodavatelé, pokračuje poskytování jeho služeb za takto stanovenou nižší cenu, než byla cena původní. Díky testování trhu se může v průběhu času stát, že koncesionář bude disponovat skupinou subdodavatelů, kteří budou poskytovat služby mnohem efektivněji než původní subdodavatelé. Tato výhoda se přenesou na koncesionáře a výsledky dosažitelné testováním trhu mohou být lepší než výsledky dosažitelné porovnáváním cen. Ovšem testování trhu je rovněž nesrovnatelně nákladnější a může narušit průběh poskytování služeb, a proto je v praxi obecně preferováno porovnávání cen a indexování – ovšem zadavatel by měl vždy mít možnost vyžádat si testování trhu.

Tyto tři způsoby nejsou rovnocenné ani zástupné a zadavatelé ve spolupráci s poradci musí pro každou koncesní smlouvu vybrat vhodný způsob či kombinaci způsobů úpravy změny cen.

Pro porovnávání cen a testování trhu jsou vhodné pouze tzv. „soft služby“, tj. služby, jejichž ceny nemohou být pevné na celou koncesní dobu (protože příslušné náklady nejsou kryté indexováním části služebního) nebo jejichž poskytování není vázáno na značné kapitálové investice a ceny poskytovaných služeb jsou reálně porovnatelné s cenami jiných poskytovatelů (např. služby úklidu, ostrahy či správy nemovitostí). Pro realizovatelnost testování trhu musí být prakticky i právně možné vyměnit příslušného subdodavatele konkrétních služeb. Pokud je určitá dílčí dodávka součástí komplexnější služby, nelze takovou dílčí dodávku podrobit porovnávání cen ani testování trhu.

Neexistuje univerzální struktura či kombinace mechanismů pro úpravy cen, kterou lze zadavatelům doporučit. Zadavatelé a jejich poradci musí nastavit takový mechanismus úpravy cen, který se nejlépe hodí pro konkrétní projekt, a úpravy cen je nutné strukturovat zejména v kontextu s ustanoveními o změnách v zákonech (viz čl. 18.7) a obecně s maticí (přenosem) rizik konkrétního projektu.

17.2 Změny cen a výběrové řízení

Způsob, jakým budou v koncesní smlouvě upraveny změny služebního, by měl být dostatečně znám již v okamžiku, kdy jsou uchazeči ve výběrovém řízení vyzváni k předložení konečné nabídky. Způsob změn v platbách by měl být dohodnut v první fázi koncesního/soutěžního dialogu a měl by být jednotný pro všechny uchazeče. Rozdílné návrhy úpravy cen nemohou být předmětem objektivního hodnocení zadavatelem, protože nejsou rozumně porovnatelné. Výjimkou je případ, kdy zadavatel stanoví určitý vzorec např. pro výpočet indexování ceny a koncesionáři mohou nabídnout, jaké váhy přisoudí pouze určitému faktoru, který je součástí pevně stanoveného vzorce (a tyto váhy jsou pak objektivně hodnoceny při srovnávání jejich nabídek).

Ustanovení o úpravách cen musí rovněž vyhovět pravidlům zadávání veřejných zakázek. Tato pravidla sice nevyžadují, aby zadavatel udržoval po celou dobu koncesní smlouvy pevné ceny, avšak nevhodné koncipování ustanovení o úpravách cen (např. možnost změny cen bez dostatečného zdůvodnění) v kombinaci s nevhodným procesem zadání (např. zavedení či upřesnění možnosti úpravy cen teprve poté, kdy uchazeči předložili své konečné nabídky) může způsobit konflikt mezi uzavřenou koncesní smlouvou a pravidly pro zadávání veřejných zakázek. Za předpokladu, že je ustanovení o změně vyvážené, objektivní, transparentní a nediskriminační a že s jeho strukturou byli uchazeči v procesu zadání koncesní smlouvy seznámeni dostatečně detailně a včas, aby jej mohli reflektovat ve svých nabídkách, je pravděpodobné, že ustanovení o úpravách cen pravidlům zadávání veřejných zakázek vyhoví.

17.3 Porovnávání cen nebo testování trhu

První okamžik, kdy může k porovnávání cen dojít, by neměl nastat příliš brzy, aby uchazeči ve výběrovém řízení uměle nesnižovali ceny ve svých nabídkách v očekávání toho, že budou mít po uzavření koncesní smlouvy příležitost ceny zvýšit. Současně by okamžik prvního porovnávání neměl nastat příliš pozdě, protože pak by byly nabídky uchazečů kalkulovány se zbytečně vysokými rezervami pro případ změn, což by snižovalo hodnotu za peníze.

Pokud se zadavatel s koncesionářem na úpravě vplynuvší z porovnávání cen neshodnou, nemusí být výsledkem formální spor – pokud je proveditelné testování trhem, mohou se strany ve smlouvě dohodnout, že v takovém případě bude cena upravena na základě testování trhem.

18. VNĚJŠÍ UDÁLOSTI

18.1 Obecně o vnějších událostech

Koncesionář se v koncesní smlouvě zavazuje vybudovat zařízení a k určitému datu je otevřít a zahájit prostřednictvím tohoto zařízení poskytování služeb. Za „dostupnost“ zařízení a poskytování služeb je mu placeno služebné, avšak pouze pod podmínkou, že jsou splněny podmínky koncesní smlouvy.

Pozdní zahájení poskytování služeb je obvykle penalizováno tím, že koncesionář získá platbu služebného (která je stanovená v pevné měsíční výši) za kratší období a tudíž v nižší celkové výši. Výjimečně, v případě, že pozdní zahájení služeb způsobí škody na straně zadavatele (např. u školy, když na začátku školního roku není škola dostavěná a zadavatel musí poskytnout alternativní komerční „ubytování“) je koncesionáři účtováno penále. Po zahájení služeb jsou nedostupnost zařízení či nedostatečná kvalita služeb penalizovány snížením služebného.

Koncesionářovy závazky jsou tzv. objektivní, tj. nezjišťuje se, zda zavinil jejich porušení či nikoliv. V praxi se však mohou vyskytnout okolnosti, které koncesionáři zabrání ve včasném otevření zařízení či v jeho řádném provozování a poskytování služeb, které nemohou být koncesionářem nijak ovlivněny. Přenášet riziko takových okolností na koncesionáře by pro zadavatele nebylo výhodné, protože koncesionáři by buď (i) do svých finančních modelů (a tudíž i nabídek) započítávali zbytečně vysoké rezervy pro případ vzniku příslušné události; nebo (ii) by většina koncesionářů neměla o projekt vůbec zájem, a tím by se snížila konkurence a zvýšily ceny, a proto by takové projekty pro zadavatele nepředstavovaly hodnotu za peníze.

Proto je vhodné poskytnout koncesionáři určité úlevy z jeho závazků pro určité typy tzv. **vnějších událostí**. Podle důsledků, které tyto výjimky mají, mohou být rozděleny do tří kategorií:

- **Kompenzované události** – tj. události, jejichž riziko nese zcela zadavatel a koncesionáře kompenzuje za důsledky takových událostí (poskytuje mu více času na dokončení výstavby, kompenzuje zvýšené náklady, výpadek příjmů apod. a poskytuje zproštění z původních závazků a toho, že by jinak nastalo selhání koncesionáře).
- **Liberační události** – tj. události, jejichž vznik samotný sice nemůže být koncesionářem ovlivněn, avšak míra rizika a důsledky ano – jejich finanční riziko (zvýšených nákladů či výpadku příjmů) je proto neseno koncesionářem a zadavatel pouze koncesionáře zprošťuje některých důsledků neplnění původního závazku – obvykle především v souvislosti s termínem zahájení služeb, který se v důsledku liberační události prodlužuje. A vedle toho představují liberační události výjimku z práva na ukončení pro selhání koncesionáře, které by jinak zadavatel měl.
- **Události vyšší moci** – tj. události, jejichž vznik ani důsledky nemohou být ovlivněny žádnou ze stran. Důsledkem události vyšší moci tedy je, že finanční riziko je neseno koncesionářem a zadavatel jej pouze zprošťuje závazků, které by jinak musel plnit, a nemůže předčasně ukončit smlouvu pro selhání koncesionáře. Pokud událost vyšší moci trvá déle než stanovenou dobu, může kterákoliv strana koncesní smlouvu předčasně ukončit pro událost vyšší moci.

Vnější události nejsou úplným katalogem rizik, která mohou ovlivnit příslušný projekt, nýbrž pouze výčtem těch rizik, která nenese sám koncesionář a jsou buď zcela ponechána na zadavateli (kompenzované události), nebo jsou mezi zadavatelem a koncesionářem sdílena

(liberační události a události vyšší moci). Ostatní rizika jsou zcela přenášena na koncesionáře.

Rozšiřování rozsahu vnějších událostí o další události vedle událostí uvedených ve vzorové koncesní smlouvě znamená omezování přenosu rizika a zadavatelé se v takovém případě musí ujistit, že jejich výpočet odpovídá stanovené struktuře přenosu rizik. Struktura přenosu rizik se však může před podáním konečných nabídek v koncesním/soutěžním dialogu změnit v případě, že to bude znamenat větší hodnotu za peníze.

Některé typy rizik může zadavatel sice částečně přenést na koncesionáře (např. zvýšené náklady v souvislosti se zdržením způsobeným archeologickým průzkumem), avšak současně tento přenos rizika omezit (např. maximální částkou zvýšených nákladů, od které nese riziko zadavatel). Takové sdílení rizika však musí být odůvodněné – v případě zvýšených nákladů v souvislosti s archeologickým průzkumem je důvodem např. veřejný zájem na důkladném provedení archeologického průzkumu.

18.2 Závazek k minimalizaci dopadů vnějších událostí

Koncesionář by měl být jednak zavázán vnějším událostem předcházet a jednak minimalizovat jejich důsledky. V případě liberačních událostí a událostí vyšší moci je tento princip doveden až tak daleko, že koncesionář nese jejich finanční důsledky (a tím je motivován k předcházení a minimalizaci následků). U kompenzovaných událostí má stejnou povinnost, avšak finanční důsledky nenese, pokud zadavatel neprokáže, že koncesionář zanedbal svou povinnost minimalizace dopadů.

18.3 Vnější události a pojištění

Koncesionáři obvykle celou řadu rizik, která spadají do kategorie vnějších událostí, pojišťují – buď dobrovolně nebo proto, že mají takový závazek z koncesní smlouvy nebo ze smluv se seniorními věřiteli.

Pojištění a pojistitelnost rizik nijak nesouvisí s tím, zda je určité riziko zahrnuto do kategorie vnějších událostí a zda je kompenzovanou či liberační událostí nebo událostí vyšší moci. Ustanovení o vnějších událostech je jedním z hlavních nástrojů pro řízení rozdělení rizik mezi zadavatele a koncesionáře a zadavatelé by neměli připustit, aby otázka pojištění či pojistitelnosti rizik jakkoliv ovlivnila rozsah definic jednotlivých typů vnějších událostí.

18.4 Kompenzované události

Rozsah definice

Jedinou kompenzovanou událostí podle vzorové koncesní smlouvy je případ porušení zadavatelových závazků (ať zaviněný či nikoliv). Na základě podrobné analýzy a zvážení hodnoty rizika mohou zadavatelé v konkrétních projektech do definice kompenzované události zahrnout i další situace.

Důsledky vzniku kompenzované události

Vznik kompenzované události má dva důsledky: (1) pokud kompenzovaná událost brání koncesionáři ve výstavbě či poskytování služeb, je v příslušném rozsahu zproštěn svého závazku a buď se prodlužuje termín zahájení služeb, nebo je po příslušnou dobu placeno služebně v plné výši, přestože by na něj jinak koncesionář neměl právo; (2) pokud koncesionáři vznikly v důsledku kompenzované události dodatečné náklady či výpadek příjmů, jsou mu tyto náklady či výpadky kompenzovány.

18.5 Liberační události

Obecně o liberačních událostech

I když by měl finanční riziko důsledku liberačních událostí nést koncesionář, riziko vzniku liberačních událostí (např. požár či vytopení) může být zadavatelem značně ovlivněno, stejně jako rozsah jejich dopadů. Riziko však může řídit koncesionář lépe než zadavatel, byť např. s využitím pojištění, a proto by je měl nést koncesionář a nikoliv zadavatel.

Ačkoliv liberační události nestojí zadavatele přímo peníze, tak jako události kompenzované, zadavatelé by k nim neměli přistupovat lehkovážně a rozšiřovat jejich okruh. Tím, že je koncesionář zprošťován důležitých závazků z koncesní smlouvy, ztrácí zadavatel hodnotu, kterou měl získat – tj. včasné otevření zařízení či právo smlouvu předčasně ukončit v režimu ukončení pro selhání koncesionáře, tj. s nižší kompenzací než např. v režimu dobrovolného předčasného ukončení zadavatelem.

Pokud určitá událost není událostí vyšší moci, jejíž dlouhodobé trvání či důsledky mají za následek právo kterékoliv ze stran koncesní smlouvu předčasně ukončit, neměl by zadavatel připustit, aby byť i dlouhodobé trvání či důsledky liberační události dávaly koncesionáři právo předčasného ukončení. Takový přístup by koncesionáře dostatečně nemotivoval k odstranění následků liberační události. Ze stejného důvodu by neměla být koncesní doba prodlužována o dobu, kterou trvala liberační událost. Koncesionář by tím totiž získal služebné, které by jinak v případě vzniku liberační události nezískal, a byl by méně motivován liberačním událostem předcházet a jejich důsledky efektivně odstraňovat.

Rozsah definice

Pro období výstavby zahrnuje definice liberační události typicky působení živlů (pokud není „událostí vyšší moci“) a výpadky ve veřejných službách a může obsahovat i zpoždění způsobené neočekávanými geologickými podmínkami na staveništi. Pro období poskytování služeb po dokončení výstavby zahrnuje definice typicky stávky a obdobné situace.

Důsledky liberačních událostí

Jak již bylo zdůrazněno, finanční důsledky liberačních událostí nese výhradně koncesionář, a proto by se zadavatel neměl zavazovat k žádné kompenzaci a dokonce ani k hrazení služebného (jako v případě kompenzovaných událostí) v plné výši v případech, kdy není služba řádně poskytována.

Výjimkou z tohoto pravidla mohou představovat případy, kdy dojde v důsledku liberační události k prodloužení termínu otevření zařízení, avšak nedošlo by k prodloužení koncesní doby. Tím by se snížily koncesionářovy příjmy o služebné, které nemůže inkasovat za období odpovídající příslušnému zpoždění, a proto může zadavatel pro případ určitých typů liberačních událostí souhlasit s prodloužením koncesní doby až o určitou limitní dodatečnou dobu (případně o poměrnou část zpoždění, aby část rizika zpoždění v zájmu dostatečné motivace stále nesl koncesionář). Umožnění takového prodloužení v koncesní smlouvě by však mělo být výjimkou a zadavatelé se v takových případech musí ujistit, že koncesionář bude navzdory prodloužení koncesní doby, které je de-facto kompenzací, dostatečně motivován k předcházení liberačním událostem a odstraňování jejich následků.

Zpoždění otevření zařízení obecně způsobuje koncesionářovu povinnost k placení smluvních pokut. Protože zpoždění otevření zařízení znamená pro zadavatele (veřejný sektor) ztrátu bez ohledu na jeho příčinu, neměli by zadavatelé s liberačními událostmi automaticky spojovat vyloučení povinnosti k placení smluvní pokuty. Pokud však budou přesvědčeni, že takovým vyloučením pro případ určitých konkrétních liberačních událostí získají lepší hodnotu za peníze,

je takové omezení přijatelné.

18.6 Události vyšší moci

Obecně o událostech vyšší moci

Cílem událostí vyšší moci je poskytnout dotčené straně zproštění z jinak objektivních závazků v koncesní smlouvě, a pokud událost vyšší moci přetrvává déle než stanovenou dobu, umožnit předčasné ukončení.

Rozsah definice

Narozdíl od definice liberačních událostí by definice událostí vyšší moci měla zahrnovat pouze takové události, které mohou mít skutečně katastrofální dopad na schopnost stran (obvykle koncesionáře) plnit koncesní smlouvu a které jsou vysoce nepravděpodobné. Protože žádná ze stran není pro řízení rizik a důsledků souvisejících s událostmi vyšší moci v lepší pozici než druhá strana a koncesionář nemusí být zvláště motivován k urychlenému obnovení služeb, mají tyto události odlišný režim od liberačních událostí, který směřuje k „přečkání“ příslušné události vyšší moci. Koncesionář de facto nese finanční důsledky události vyšší moci bez kompenzace od zadavatele v případě, že není služba řádně poskytována. Každá ze stran má závazek vynaložit úsilí ke zmírnění důsledků události vyšší moci.

Právní výklad k událostem vyšší moci

Pojem událost vyšší moci je pro účely koncesní smlouvy pojmem smluvním a nemá nic společného s pojmem „okolností vylučujících odpovědnost“ podle §374 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů (déle též „ObchZ“). Strany by měly smluvně účinek §374 ObchZ (jako i řady dalších dispozitivních ustanovení ObchZ) vyloučit (viz vzorová koncesní smlouva) a problematiku tzv. „vyšší moci“ upravit zvláště a specificky pro konkrétní projekt. Narozdíl od okolností vylučujících odpovědnost²⁶ jsou události vyšší moci specifické a předem stanovené.

18.7 Změny v předpisech

Finanční důsledky změn v předpisech

Koncesní smlouvy jsou uzavírány na velmi dlouhou dobu, která může přesáhnout i 30 let. Během tak dlouhé doby je pravděpodobné, že dojde ke změně právních předpisů, které se vztahují na podnikání koncesionáře či na činnost zadavatele. Pokud takové změny mají dopad na projekt – zejména na jeho náklady – představují riziko, které musí být v koncesní smlouvě buď alokováno jedné ze stran nebo mezi nimi srozumitelně sdíleno.

Koncesionář musí vždy podnikat v souladu s příslušnými předpisy. Jejich porušením se vystavuje riziku ukončení smlouvy ze strany zadavatele v důsledku selhání koncesionáře. Do té míry, do jaké může koncesionář změnu předpisů předvídat, ji započte do své nabídkové ceny. Všechny změny však předvídat nelze a strany koncesní smlouvy musí mít jistotu ohledně toho, kdo ponese náklady na implementaci příslušné změny v předpisech.

Pro účely vzorové koncesní smlouvy a tohoto manuálu se pracuje se třemi kategoriemi rizika změn v předpisech (pro detaily viz níže):

²⁶ Za okolnost vylučující odpovědnost se podle §374 ObchZ považuje překážka, (1) jež nastala nezávisle na vůli povinné strany, (2) brání jí ve splnění její povinnosti; (3) jestliže nelze rozumně předpokládat, že by povinná osoba událost či následky odvrátila či překonala; a (4) nelze rozumně předpokládat, že by v době vzniku závazku překážku předvíдалa.

- **Diskriminační změny**, které se aplikují výhradně na koncesionáře či jeho specifický sektor – riziko těchto změn nese zadavatel.
- **Změny v DPH** – třebaže nejde o diskriminační změnu v předpisech a změna (zvýšení či snížení DPH) může mít finanční dopad na koncesionáře, jde o riziko, které nejsou koncesionáři připraveni nést, a musí je nést zadavatelé, bez ohledu na to, zda jde o zadavatele na státní či regionální úrovni.
- **Obecné změny v předpisech**, tj. všechny ostatní změny, kromě diskriminačních a změn v DPH. Riziko těchto změn by měl nést převážně koncesionář, avšak v zájmu realizace hodnoty za peníze musí v praxi zadavatelé u řady projektů toto riziko s koncesionářem sdílet (viz níže).

Proč by měl riziko nést či sdílet zadavatel?

Koncesionáři jsou zavázáni poskytovat služby za pevné ceny a v případě zvýšení nákladů kvůli změně v předpisech nemají možnost vyplývající cenový rozdíl přenést na zadavatele, jak by jinak učinili u krátkodobých smluv. Protože zadavatelé chtějí dosáhnout maximální hodnotu za peníze, obvykle souhlasí v koncesních smlouvách se sdílením dodatečných nákladů vyplývajících ze změn v předpisech jako jsou kapitálové investice, aby koncesionáři (uchazeči) nezapočítávali do svých kalkulací příliš velké rezervy. Někteří koncesionáři argumentují, že změny předpisů jsou obecně pod kontrolou zadavatelovou, resp. veřejného sektoru. Jakkoliv toto pravidlo může platit tam, kde je zadavatelem Česká republika (přestože ne vždy, jelikož řada změn je vynucená mezinárodními závazky (EU)), neplatí tam, kde je zadavatelem územní samosprávný celek.

Sdílení rizika mezi koncesionářem a zadavatelem

Způsob, jakým je finanční riziko změn v předpisech sdíleno mezi koncesionářem a zadavatelem, by měl být stranami diskutován v kontextu pravidel o změnách cen, protože tyto dvě kategorie úzce souvisí. I když zadavatel vyjedná značnou míru sdílení rizika změny v předpisech, pokud současně umožní koncesionáři neomezené a časté změny cen (ať formou porovnávání cen či formou testování trhem), ponese riziko změn v předpisech v podstatě zadavatel, protože se na něj přenesení tím, že změny v předpisech ovlivňují cenové hladiny na trhu a projeví se při aplikaci ustanovení o změnách cen.

Obecně by zadavatelé neměli koncesionářům umožňovat automatické zvyšování cen v případě jakýchkoliv změn v předpisech. Koncesionáři musí být dostatečně motivováni k minimalizaci jejich účinků – např. tím, že část nákladů změn v předpisech hradí sami.

V některých projektech je možné dosáhnout úplného přenosu rizika změn v předpisech na koncesionáře. Ve většině projektů je to však nereálné a zadavatel musí riziko změny v předpisech s koncesionářem sdílet – obvykle ve struktuře, která je znázorněna ve vzorové koncesní smlouvě, podle které sdílí zadavatel koncesionářovy náklady vyplývající ze změn v předpisech, a to progresivním způsobem. I když tento přístup znamená, že značná část finančního rizika změn v předpisech zůstává zadavateli, praxe ukázala, že takovým způsobem je koncesionář dostatečně motivován k minimalizaci nákladů obecných změn v předpisech, a současně tato struktura stále zajišťuje hodnotu za peníze.

Diskriminační změny v předpisech

„Diskriminační změnou“ je taková změna, která směřuje cíleně a výhradně buď pouze na konkrétní projekt, či konkrétního koncesionáře, či na sektor koncesionářů projektů typu PPP, či příslušného oboru podnikání a nikoliv na jiné obory podnikání.

Ostatní (obecné) změny v předpisech

Jestliže implementace obecné změny v předpisech vyžaduje kapitálové investice, je obvyklé, že zadavatel sdílí s koncesionářem riziko vynaložení těchto kapitálových investic kromě případů, kdy konkrétní obecná změna v předpisech:

- nastane během výstavby;²⁷ nebo
- byla rozumně předvídatelná v okamžiku podpisu koncesní smlouvy.

²⁷ V těchto případech se předpokládá, že koncesionář musel předvídat změny v předpisech, ke kterým má dojít v průběhu výstavby, a proto nelze toto pravidlo použít u těch (výjimečných) projektů, které mají nestandardně dlouhé období výstavby a u nichž nelze od koncesionáře rozumně žádat, aby nesl riziko změn v předpisech během této doby.

Takové důsledky změn v předpisech by měly být nesený výhradně koncesionářem.

Pokud implementace obecné změny nevyžaduje kapitálové investice, nýbrž pouze změnu ve výši provozních nákladů, neměli by zadavatelé obecně akceptovat sdílení takových nákladů, protože zvýšení provozních nákladů je koncesionáři kompenzováno procesem porovnávání cen.

Protože koncesionářovy kapitálové rezervy umožňují hrazení kapitálových nákladů pouze v omezené výši, je obvyklé, že celková výše, do jaké nese koncesionář riziko kapitálových nákladů v souvislosti s obecnými změnami v předpisech, je koncesní smlouvou omezená. Současně je vhodné, aby se koncesionář až do tohoto celkového omezení podílel na všech kapitálových výdajích v souvislosti s obecnými změnami v předpisech, čímž je zajištěná jeho motivace k minimalizaci nákladů na tyto změny. Omezení koncesionářova rizika celkovou částkou by nemělo být nižší než 2 % až 5% z celkových kapitálových nákladů projektu.

Změny v DPH

Výše DPH, kterou platí koncesionář z plateb fakturovaných zadavateli či uživatelům, by měla být rizikem zadavatele, resp. uživatelů, protože není reálné, aby koncesionář toto riziko řídil lépe než zadavatel. Finanční vyjádření tohoto rizika by se projevilo ve zvýšení nabídek koncesionářů a snížilo by hodnotu za peníze. Řada renomovaných koncesionářů by navíc vůbec nebyla připravena nabídku předložit. Proto jakékoliv změny v předpisech ovlivňující výši DPH jsou výhradně rizikem zadavatele, a to bez ohledu na to, o jakého jde zadavatele, i na skutečnost, že zadavatel nemůže požádat o vrácení DPH na vstupu.

Pokud dojde ke změně koncesionářovy schopnosti vrácení DPH na vstupu, neměl by se tento důsledek přenášet na zadavatele (riziko nese pouze koncesionář), kromě případů, kdy je koncesionářova způsobilost uplatňovat DPH na vstupu omezena výhradně tím, že se služby poskytované zadavateli stanou osvobozenými od DPH.

19. ZMĚNY V PROJEKTU

19.1 Změny vyžádané zadavatelem

Rozsah služeb definovaný v koncesní smlouvě vychází ze zadavatelových požadavků a potřeb v době, kdy je podepisována koncesní smlouva. Třebaže by měl zadavatel již v tomto okamžiku přihlížet k potřebám očekávaným v budoucnu, nemůže reálně předvídat vývoj potřeb veřejného sektoru po celou dobu koncesní smlouvy, která může být velmi dlouhá. Během této doby mohou různé okolnosti způsobit potřebu zadavatele vyžádat změnu v projektu (např. změnu vybavení zařízení, změnu technických parametrů, zvýšení kapacity zařízení apod.). Koncesní smlouva musí obsahovat mechanismus, podle kterého může zadavatel takové změny prosadit, aniž by musel smlouvu předčasně ukončovat a vyhlášovat nové výběrové řízení.

19.2 Změny vyžádané koncesionářem

V praxi je převažujícím iniciátorem změn zadavatel. Koncesionář nemá důvod, proč navrhopvat změny v rozsahu služeb, a měl by mít volnost ve volbě způsobu, jakým služby zajistí (viz princip specifikace vstupů). Koncesionář však může během trvání koncesní smlouvy považovat za vhodné změnit způsob, jakým služby poskytuje. I přesto, že by změny ve způsobu zajištění služeb (v tzv. „vstupech“) neměly ovlivňovat služby samotné a jejich kvalitu (tzv. „výstupy“), může mít v některých případech zadavatel zájem na zhodnocení dopadů, které by mohla taková změna ve vstupech mít na zájmy zadavatele. V těchto případech by měl požadovat, aby byla taková změna se zadavatelem konzultována či schválena před jejím zavedením.

Právní výklad k povinnosti koncesionáře k provedení změny

Vzorová koncesní smlouva obsahuje přesný popis kroků procesu, ve kterém by měl zadavatel s koncesionářem návrh změn a jejich financování projednávat. Pokud však nedosáhnou dohody, je zásadní otázkou, zda by měl zadavatel mít právo od koncesionáře provedení změn přesto závazně požadovat a co by mělo být výrokem soudu či rozhodce v případném sporu. Zadavatelé a jejich poradci by měli k tomuto problému přistupovat velmi obezřetně. Vzorová koncesní smlouva je formulována tak, že pokud se strany nedohodnou na podmínkách provedení změny, rozhodne se o těchto podmínkách (obvykle především o ceně) postupem pro řešení sporů.

Zadavatelé si však musí být vědomi, že jejich právo na prosazení budoucích změn (bez ohledu na cenu, za jakou budou provedeny) je v praxi omezeno (i) výčtem zakázaných změn, které nemůže zadavatel podle koncesní smlouvy požadovat; a (ii) požadavkem „určitosti právních úkonů“. Aby byl smluvní závazek platný, musí být určitý. Zadavatel se sice může platně zavázat provést budoucí změny v neurčitém rozsahu za neurčitou cenu, která bude stanovena určitým způsobem, avšak praktický dosah právní vynutitelnosti tohoto závazku bude omezen právním názorem osoby, která bude rozhodovat případný spor, na to, jak daleko může sahat neurčitost rozsahu takového závazku. Změna vnitřní dispozice zařízení (která ostatně hraničí s pojmem „drobné změny“) jistě nebude „neurčitým závazkem“, podstatné přebudování zařízení (např. rozšíření kapacity na dvojnásobek) však již může být považováno za změnu, kterou nelze podle práva vynutit a zadavatel může jejího provedení dosáhnout pouze dohodou s koncesionářem.

Pokud je důvodem, proč nemůže koncesionář provést změny to, že pro jejich provedení nemůže získat financování, neměla by být koncesionářova pozice v zásadě žádným způsobem zhoršena a pokud se zadavatel rozhodne ukončit smlouvu, mělo by se postupovat (a koncesionář by měl být kompenzován) způsobem, jako při dobrovolném ukončení zadavatelem.

19.3 Drobné změny

Vedle zásadnějších změn, které vyžadují proces jednání mezi zadavatelem, koncesionářem a (v případě potřeby financování) bankami, může zadavatel rovněž požadovat běžné, tzv. „drobné

změny“ (např. změnu označení budovy, vymalování jinou barvou, změnu státního znaku apod.), jejichž provádění není součástí služeb poskytovaných koncesionářem. Provedení takových drobných změn nevyžaduje financování ani žádné jednání a koncesionář má povinnost tyto drobné změny provést za stanovené jednotkové ceny (tyto jednotkové ceny jsou obvykle domlouvány mezi zadavatelem a koncesionářem na rok dopředu).

19.4 Financování změn

Pokud je navržená změna rozsáhlá, může znamenat podstatnou změnu ve stavební části projektu a/nebo v části zajištění služeb a zvýšení nákladů. Pokud změna vyžaduje vynaložení kapitálových výdajů, musí být ve smlouvě řešeno, jakým způsobem budou takové náklady financovány. Pokud by měly být kapitálové výdaje na počátku financovány koncesionářem, bude koncesionář pravděpodobně potřebovat dodatečné financování od svých akcionářů a/nebo bank. Kapitálové rezervy samotných koncesionářů bývají vzhledem k finančním strukturám projektů pro provádění změn nedostatečné a zadavatelé by neměli od koncesionářů vyžadovat, aby po celou dobu projektu udržovali rezervy či úvěrové zdroje, které by mohli čerpat, protože udržování takových zdrojů je nákladné a neznamenalo by pro zadavatele hodnotu za peníze.

Pokud koncesionář financuje kapitálové výdaje na změnu a / nebo nese v důsledku změny zvýšené náklady, zvyšuje se současně částka služebného.

Pokud musí koncesionář získávat dodatečné financování, znamená to nejen zvýšení služebného, ale také související výdaje na poradce a poplatky bankám, které musí uhradit zadavatel. Proto by měli zadavatelé ke změnám přistupovat obezřetně a zvážit i možnost, že kapitálové náklady na provedení změn uhradí sami.

19.5 Náklady změn

Zadavatel obvykle nemůže provedení změn zadat jakékoliv třetí osobě, protože koncesionář je odpovědný za provoz zařízení a nemusí pro něj být přijatelné, aby jiné osoby prováděly změny na zařízení či ve službách, které zajišťuje. Tohoto argumentu by však koncesionáři neměli zneužívat ke získání monopolního postavení vůči zadavateli v souvislosti s prováděním změn a zadavatelé a jejich poradci by měli posoudit každý případ a pokud je to možné, dát zadavateli možnost poplat provedení změn konkurenčním způsobem.

Pokud již na začátku PPP projektu zadavatel předvídá, že se jeho požadavky budou v budoucnu měnit (např. bude nutné průběžně zvyšovat kapacitu čističky), měl by v koncesní smlouvě vyžadovat závazek od koncesionáře ohledně provádění těchto změn a fixních cen za jejich provádění.

19.6 Úspory dosažené změnami

Změny nemusí znamenat pouze náklady, ale mohou znamenat i úspory. Obecně platí, že pokud je úspora důsledkem změny navržené koncesionářem, měla by být úspora dělená mezi koncesionáře a zadavatele podle klíče stanoveného v koncesní smlouvě. Pokud je úspora důsledkem změny navržené zadavatelem, měla by se celá přenášet na zadavatele, avšak koncesionář by měl zůstat v pozici, která není „ani horší ani lepší“, než by byla, kdyby ke změně nedošlo. Proto, pokud v důsledku změny navržené zadavatelem dojde např. ke zúžení rozsahu poskytovaných služeb, nebude celková cena snížena poměrným způsobem, nýbrž na základě zanesení změn do finančního modelu tak, aby pozice koncesionáře zůstala stejná. Koncesionář rovněž může požadovat, aby provádění změn (zejména zužování poskytovaných služeb) bylo omezeno. Pokud bude zadavatel požadovat změnu za stanovenou hranici a nedosáhne dohody s koncesionářem, může její realizace dosáhnout pouze tím způsobem, že dobrovolně ukončí koncesní smlouvu, zaplatí koncesionáři kompenzaci a vyhlásí nové výběrové řízení.

Zadávání změn (zadávací řízení)

Zadání každého²⁸ PPP projektu musí být provedeno podle pravidel pro zadávání veřejných zakázek, resp. koncesí. Ani po dohodě s koncesionářem nemůže zadavatel smlouvu uzavřenou podle těchto pravidel bez omezení měnit – a provádění změn může takovou změnu představovat, i když není smlouva formálně měněna.

Obecně platí, že jakékoliv „drobné změny“ mohou být prováděny bez omezení, za předpokladu, že dohoda o jejich provádění je obsažena již v koncesní smlouvě. Koncesní smlouva se pro tyto účely kvalifikuje jako „rámcová smlouva“.

Při provádění jiných než drobných změn musí být respektována pravidla pro udělování veřejné podpory, zadávání veřejných zakázek, resp. koncesí a zásada, že provádění změn nesmí být diskriminační ve světle původního zadávacího/koncesního řízení. V každém případě nemůže celkový rozsah změn vyjádřený v jejich finanční hodnotě přesáhnout 20 % výchozí hodnoty koncesní smlouvy.

Právo zadavatele realizovat změny bez výběrového řízení a pouze na základě tzv. „jednacího řízení“ podle ZVZ není neomezené; i v jednacím řízení má zadavatel povinnost postupovat podle pravidel ZVZ a realizovat hodnotu za peníze.

19.7 Proces projednávání změn

Vzorová smlouva popisuje závazné kroky procesu, který by měl vést k dohodě ohledně provedení změn. Základem tohoto procesu je odhad nákladů na provedení změny, který předkládá koncesionář zadavateli a jednání o tomto odhadu. Pro koncesionáře bude příprava takového odhadu představovat náklady a mohou požadovat, aby tyto náklady byly – zejména v případě, že změna nebude implementována – uhrazeny zadavatelem, který si odhad vyžádal. Zadavatelé by však takové požadavky neměli plošně akceptovat, protože příprava odhadu je obvykle prováděna se zdroji, které jsou započteny již v základních nákladech projektu. Přijatelná může být úhrada případných dodatečných nákladů, zadavatelé musí však mít nad jejich výší přiměřenou kontrolu (viz vzorová koncesní smlouva).

²⁸ V tomto manuálu se nepracuje s možností využití výjimek z pravidel zadávání veřejných zakázek a koncesí, protože postup mimo veřejné výběrové řízení obvykle nezajišťuje hodnotu za peníze.

20. ODPOVĚDNOST KONCESIONÁŘE, SLIBY ODŠKODNĚNÍ A NÁROKY STRAN

20.1 Obecně o odpovědnosti stran

Koncesní smlouva není, kromě několika typových znaků a podstatných náležitostí uvedených v §16 KZ, blíže zákonem upravena, a proto mají strany volnost a mohou si obecně dohodnout jakýkoliv obsah smlouvy, který je dostatečně určitý a neodporuje zákonu. Současně však nemohou spoléhat na žádná zákonná ustanovení, pokud některou otázku ve smlouvě neupraví. Pokud by strany v koncesní smlouvě nestanovily důsledky porušení závazků (např. neposkytnutí součinnosti zadavatelem, neplnění kvalitativních ukazatelů koncesionářem apod.) ze smlouvy, bude mít porušení závazků pouze obecné důsledky stanovené zákonem (nárok na náhradu škody, právo na odstoupení od smlouvy apod.). Takové důsledky porušení závazků však jsou pro zadavatele i koncesionáře nepřijatelné a nepraktické. Zadavatel i koncesionář totiž potřebují jasně předvídat důsledky, které bude jakékoliv porušení koncesní smlouvy mít, a proto nemohou spoléhat na zákonný režim. Koncesní smlouva musí zároveň mít podrobnou úpravu důsledků porušení povinností stran (např. snížení částky služebného při neplnění kvalitativních ukazatelů, úrok z prodlení při pozdním placení, předčasné ukončení při vážném porušení závazků, které se kvalifikuje jako „selhání“). Koncesní smlouvy by proto měly být chápány jako smlouvy vyčerpávající, které obsahují kompletní úpravu práv a povinností stran pro všechny představitelné scénáře vývoje vztahu mezi stranami.

Vzhledem k vyčerpávajícímu charakteru koncesní smlouvy a vzhledem k tomu, že porušení smlouvy je již dostatečně sankcionováno (např. snížením částek služebného při neplnění kvalitativních ukazatelů), je přípustné, aby strany vyloučily jinak aplikovatelná dispozitivní ustanovení zákonů a navzájem smluvně omezily svou odpovědnost za škodu či své právo odstoupit od smlouvy.

20.2 Právní výklad k otázce omezení odpovědnosti

Otázka omezení odpovědnosti bývá někdy zaměňována s problematikou tzv. vzdání se práva, které vznikne v budoucnu. Podle §574 ObčZ je „*dohoda, kterou se někdo vzdává práva, jež mohou v budoucnu teprve vzniknout...*“ neplatná. Podle názoru některých právníků může být dohoda o omezení odpovědnosti za škodu považovaná za neplatné vzdání se budoucího práva. Přestože dosud nebyl formulován jednoznačný autoritativní názor na platnost takového ustanovení, za více než 15 let komerční praxe, ve které k omezování odpovědnosti běžně dochází, není známo žádné rozhodnutí soudu, které by je považovalo za neplatné. Je pravděpodobné, že v případě sporu o platnost smluvního omezení odpovědnosti by takové ustanovení bylo shledáno platným a závazným, zejména proto, že (1) neplatnost podle §574 směřuje k ochraně dobré víry smluvních stran tím, že brání budoucímu věřiteli, aby se vzdal práva, jehož obsah (ani to že vznikne) mu není v okamžiku vzdání se práva dostatečně znám – naproti tomu smluvní omezení konkrétní potenciální odpovědnosti z konkrétní smlouvy je pro strany dostatečně srozumitelné a věřitel budoucího práva na náhradu škody činí své rozhodnutí na základě dostatečných informací; (2) budoucí věřitel se svého práva „nevzdává“, nýbrž je pouze omezuje – koncesní smlouva obsahuje dostatečnou úpravu důsledků porušení povinností jednou ze stran; a (3) omezení odpovědnosti neodporuje ani dobrým mravům ani principům, na kterých je založen občanský či obchodní zákoník a pokud by smluvní strany nemohly svou odpovědnost za škodu omezovat, v řadě případů by smlouvy vůbec neuzavíraly.

20.3 Sliby odškodnění

Vedle odpovědnosti mezi stranami, která je vyčerpávajícím způsobem řešena koncesní smlouvou, vzniká z provozování veřejné infrastruktury složitý systém různých typů odpovědnosti, jako např. odpovědnost za škody vůči třetím osobám (škody na zdraví, na majetku či obecné nároky třetích osob) a odpovědnost za porušení zákona (sankce). Riziko této odpovědnosti musí být v koncesní smlouvě alokováno tak, aby je nesla ta strana, která je nejlépe

vybavena k jeho „řízení“. V některých případech, třebaže primární odpovědnost vůči dotčené třetí osobě např. nese zadavatel, může koncesionář její vznik významným způsobem ovlivnit a je správné, aby také nesl finanční důsledky této odpovědnosti – a naopak.

Obecně, pokud by měl vůči třetím osobám či státním orgánům jakkoliv odpovídat zadavatel, měl by od koncesionáře, který infrastrukturu provozuje, požadovat slib odškodnění pro tyto případy. I když má zadavatel zájem na tom, aby takový slib odškodnění byl bez jakéhokoliv omezení, koncesionáři budou takové potenciální nároky ze slibu odškodnění zohledňovat ve svých nabídkách a v některých případech by neomezený slib odškodnění (či obecná přímá odpovědnost) podstatně omezoval hodnotu za peníze realizovanou zadavatelem. Proto je přijatelné, aby zadavatel souhlasil s přiměřeným omezením slibu odškodnění či odpovědnosti koncesionáře, aby dosáhl hodnoty za peníze, avšak takové omezení by v žádném případě nemělo být paušální a mělo by se vztahovat pouze na konkrétní rizika. Tím, že v důsledku omezení odpovědnosti koncesionáře ponese část rizika sám zadavatel, musí být toto riziko zohledněno ve výpočtu, kterým se zjišťuje hodnota za peníze.

Slib odškodnění koncesionářem by neměl být zadavatelem využíván jako druhá úroveň nároku, vedle hlavního nároku v souvislosti s nedostatečnou kvalitou poskytovaných veřejných služeb, kterým je snížení platby za služby. Obecně, pokud je snížení částky služebného dostatečným vyjádřením ztrát, které zadavatel (resp. veřejný sektor) utrpěl, neměl by zadavatel ještě vedle toho uplatňovat nároky na základě slibu odškodnění.

V některých případech vyžadují koncesionáři slib odškodnění od zadavatele. Protože zadavatel nevykonává kontrolu nad provozovanou infrastrukturou, není poskytnutí takového slibu odškodnění – až na zvlášť odůvodněné výjimky – pro zadavatele přijatelné.

20.4 Nároky stran

Platební mechanismus a penalizace koncesionáře již v sobě obsahují prvek kompenzace ze strany koncesionáře vůči zadavateli. Zadavatel by se měl zvlášť ujistit, že ve snížení částky služebného jsou reflektovány všechny jeho náklady vzniklé tím, že zařízení není dostupné či není poskytována určitá služba, a proto by neměl vznášet nároky na úhradu těchto nákladů do té míry, do jaké jsou kryty penalizací.

21. POJIŠTĚNÍ

21.1 Požadavek na pojištění koncesionáře

Ačkoliv je především věcí koncesionáře, jaká rizika a jakým způsobem si pojistí, zadavatel a financující instituce mají zájem na tom, aby v zájmu úspory pojistného koncesionář neriskoval to, že určitá rizika nebudou pojištěna. Zadavatelé by proto měli vždy ve spolupráci s poradci zhodnotit rozsah pojištění, které budou od koncesionáře požadovat, a neměli by přitom spoléhat na to, že financující instituce si vyžádají pojištění v dostatečné míře. Při posuzování toho, jaké pojištění bude požadovat, musí zadavatel vždy brát ohled na otázku hodnoty za peníze. Protože náklady na pojištění budou promítnuty do ceny poskytované služby, nemusí požadavek na rozsáhlé (a nákladné) pojištění vždy představovat hodnotu za peníze pro zadavatele.

Zda bude zadavatel od koncesionáře požadovat pojištění, by se v zásadě nemělo řídit tím, zda by v obdobné situaci byl sám zadavatel (pokud by zařízení provozoval) pojištěn, či nikoliv. Důvodem je to, že koncesionář, narozdíl od zadavatele, nemusí mít dostatečné finanční rezervy pro případ, že by nastala pojistná událost a příslušné riziko (např. zničení zařízení) by nebylo pojištěno (resp. by bylo tzv. samopojištěno²⁹) a vznik škody, jejíž riziko by nesl koncesionář, by tak mohl ohrozit jeho finanční stabilitu a tím i celý projekt.

Zda zařízení vlastní koncesionář či zadavatel, není pro otázku pojištění a výplaty pojistného plnění rozhodující. I když zařízení vlastní zadavatel, může koncesionář inkasovat pojistné plnění – a mělo by tomu tak být, protože byť koncesionář zařízení nevlastní, jsou jeho funkčnost podmíněny jeho dlouhodobé výnosy, a proto má zájem na jeho obnově.

Jestliže zadavatel vyžaduje od koncesionáře pojištění po celou dobu koncesní smlouvy, musí koncesní smlouva současně stanovit, jakým způsobem se budou v čase měnit pojistné částky (výše, na jakou jsou zařízení či odpovědnost pojištěny).

Vedle toho, jaké pojištění zadavatel od koncesionáře požaduje, musí koncesní smlouva řešit, (1) co se stane, když se určité riziko stane nepojistitelným; a (2) jakým způsobem by měl koncesionář naložit s pojistným plněním, které bude v souvislosti s pojistnou událostí inkasovat.

21.2 Rizika, která se stanou nepojistitelnými

Pokud zadavatel vyžaduje od koncesionáře, aby po dobu trvání koncesní smlouvy udržoval určité pojištění, musí smlouva řešit důsledky toho, co se stane, když se příslušné riziko stane nepojistitelným.

Zadavatelé by v zásadě neměli akceptovat obdobné důsledky, jako má nepojistitelnost rizika, pro případ, že riziko sice pojistitelné je, avšak za změněných podmínek (vyšší pojistné, vyšší spoluúčast apod.). Riziko takových změn by měl obecně nést koncesionář. Protože změny cen pojištění však mohou být velmi významné a pro zadavatele by neznamenal hodnotu za peníze, pokud by uchazeči ve výběrovém řízení zakládali své nabídky na předpokladu „nejhoršího scénáře“, je přijatelné, aby zadavatelé zvýšení nákladů na pojištění nad stanovenou hranici považovali za nepojistitelnost rizika a situaci řešili podle pravidel nepojistitelnosti. Je však zásadně nepřijatelné, aby zvyšování nákladů bylo přímo přenášeno na zadavatele, obdobně jako je tomu v případě změn v cenách (porovnávání cen či srovnávání trhu). Pokud se tak stane, musí mít zadavatel možnost rozhodnout se, zda příslušný náklad ponese, či zda příslušné riziko „pojistí sám“.

²⁹ Samopojištění je situace, kdy se osoba vystavená riziku na základě odborné analýzy cíleně rozhodne nekoupit komerční pojištění od pojišťovny a riziko škody tak půjde na její vlastní účet. V některých případech si současně vytváří rezervní fond pro krytí takových škod.

Důsledky nepojistitelnosti rizika se liší podle příčiny. Pokud je nepojistitelnost zaviněná koncesionářem, je důsledkem nepojistitelnosti právo ukončit smlouvu zadavatelem pro selhání koncesionáře.

V zásadě má pro případ nepojistitelnosti rizika, která nejde na koncesionářův vrub, zadavatel dvě možnosti: (1) převzít riziko na sebe („samopojistit“) s tím, že v případě vzniku pojistné události uhradí částky, které by jinak byly hrazeny pojišťovnou; nebo (2) ukončit koncesní smlouvu podle pravidel ukončení pro událost vyšší moci. U specifických rizik, u kterých lze předvídat zvýšení nákladů či úplnou nepojistitelnost, by měli zadavatelé ve spolupráci s poradci hledat cesty, jak riziko nepojistitelnosti či zvýšení nákladů s koncesionářem efektivním způsobem sdílet. Když se zadavatel rozhodne samopojistit, služebně je sníženo o náklady koncesionáře dříve hrazené za pojištění rizika, které se stalo nepojistitelným.

21.3 Postup po pojistné události

Základním pravidlem je, že koncesionář by měl mít závazek obnovit po pojistné události provoz zařízení a poskytování služeb v něm a pro tento účel také získává pojistné plnění, které použije na takovou obnovu. Při obnově má zadavatel příležitost vznést požadavky na změnu služeb a implementace takové změny může být efektivnější než v případech, kdy by byly změny implementovány za normálního provozu zařízení. Pokud si zadavatel z jakéhokoliv důvodu obnovu vůbec nepřeje, může se rozhodnout, že ukončí koncesní smlouvu s kompenzací ze strany zadavatele, od které se ovšem odečítá získané pojistné plnění, pokud si jej ponechal koncesionář.

21.4 Zjišťování hospodárnosti obnovení a role financujících institucí

U běžných úvěrových transakcí je obvyklé, že pojistné plnění získané v souvislosti s poškozením financovaného aktiva inkasuje financující instituce, která rozhoduje, zda bude použito na obnovení financovaného projektu či na splacení pohledávek vůči financující instituci. Toto rozhodnutí obvykle činí na základě ekonomické analýzy projektu po obnovení financované infrastruktury.

Financující instituce v některých PPP projektech požadují, aby měly obdobné právo, tj. možnost rozhodnout, zda infrastrukturu z pojištění obnovit či nikoliv, a to na základě tzv. „testu ekonomičnosti“. Protože takové právo odebrá zadavatelům důležitý prostor pro rozhodování o veřejné infrastruktuře, neměli by zadavatelé takové právo financujících institucí obecně akceptovat, ledaže existují zvláštní okolnosti konkrétního případu, které činí akceptaci takového práva nezbytným. Financující instituce by se měly soustředit na zajištění toho, aby požadovaný rozsah pojištění a rezerv ve financování koncesionáře byl dostatečný pro obnovu zařízení do takového stavu, aby mohl projekt pokračovat, aniž by byly negativně ovlivněny dlouhodobé příjmy koncesionáře.

Obecně by neměl být test ekonomičnosti nutný u projektů, které jsou úplným zničením ohroženy pouze minimálně (např. silniční či železniční infrastruktura či projekty, které čítají více zařízení umístěných v různých areálech). Pokud u ostatních projektů zadavatel akceptuje testování ekonomičnosti ze strany financujících institucí, měl by vycházet ze základní míry krytí úvěru po dobu jeho životnosti, tj. test by byl splněn, pokud se ukáže, že koncesionář bude mít dostatek prostředků na splacení půjček (byť bez rezervy). Financující instituce by neměly mít právo „zastavit projekt“, pokud bude splněn test ekonomičnosti.

22. PŘEVODY ZAMĚSTNANCŮ

Pro provoz zařízení pořizovaného či modernizovaného v rámci PPP projektu jsou potřeba pracovníci celé řady profesí. Zadavatel a koncesionář musí v koncesní smlouvě vyřešit otázku, kdo je odpovědný za plnění role zaměstnavatele těchto zaměstnanců v kontextu zahájení a ukončení PPP projektu.

Pokud již před zahájením projektu zadavatel zaměstnával zaměstnance, kteří by se stali implementací koncesní smlouvy nadbytečnými, musí zadavatel s koncesionářem v praxi i v koncesní smlouvě řešit přechod těchto zaměstnanců. Obdobný přechod musí řešit v souvislosti s koncesionářovými zaměstnanci, kteří by se stali nadbytečnými po skončení koncesní smlouvy a návratu správy infrastruktury zpět zadavateli či jejímu převodu jinému koncesionáři.

Zaměstnanci nemohou být k žádnému přechodu nuceni, avšak zaměstnanci se podle § 249 zákoníku práce mohou přechodu domáhat, pokud dojde k přechodu „části zaměstnavatele nebo jeho úkolů či činnosti na jiného zaměstnavatele“. Podle ustálené praxe zahraničních soudů na základě implementace směrnice, ze které vychází i §249 zákoníku práce jsou restrukturalizace v důsledku outsourcingových a obdobných (koncesních) smluv považovány za „přechod části zaměstnavatele nebo jeho úkolů“.

Přechod se obecně (ze zákona) děje nejméně za stejných podmínek, jaké měl zaměstnanec u původního zaměstnavatele. Proto musí koncesní smlouva obsahovat ustanovení, která dávají stranám určitou jistotu ohledně jejich budoucích povinností v souvislosti s nově přejetými zaměstnanci a vzájemné sliby odškodnění v souvislosti s nároky, které vyplývají zaměstnancům z pracovního poměru u předchozího zaměstnavatele. Z praktických důvodů bývá rovněž třeba vyrovnat některé podmínky zaměstnanců, protože starý a nový zaměstnavatel nemusí mít zcela srovnatelné podmínky (např. jeden poskytuje výhody, které druhý poskytnout nemůže).

Přechod zaměstnanců nijak neomezuje žádnou ze stran ve zvyšování efektivity a v případném propouštění. Nový zaměstnavatel však musí při propouštění postupovat podle zákoníku práce a případných kolektivních smluv a ve svém finančním modelu musí počítat s náklady v souvislosti s propouštěním.

23. PŘEDČASNÉ UKONČENÍ

23.1 Úvod do problematiky předčasného ukončení

Koncesní smlouvu uzavíranou na desítky let může být z různých důvodů nutné předčasné ukončit. Třebaže by s předčasným ukončením neměli zadavatelé v žádném případě „počítat“, musí při přípravě a vyjednávání koncesních smluv právě ustanovením o předčasném ukončení a kompenzaci hrazené v takových případech věnovat zvláštní pozornost, protože tato ustanovení obsahují značnou část přenosu rizik a mohou zásadním způsobem ovlivňovat koncesionářovu motivaci a kvalitu poskytovaných služeb. Typické situace, ve kterých je relevantní předčasné ukončení koncesní smlouvy, jsou:

- dobrovolné ukončení (bez důvodu) zadavatelem;
- ukončení koncesionářem pro selhání zadavatele;
- ukončení zadavatelem pro selhání koncesionáře;
- ukončení zadavatelem pro korupci a nepoctivost; a
- ukončení kteroukoliv ze stran z důvodu události vyšší moci.

Obecně je nepřipustné, aby vedle zadavatele měl i koncesionář právo smlouvu dobrovolně předčasné ukončit a zadavatelé a jejich poradci musí dbát na to, aby koncesní smlouvy nedávaly koncesionářům jednoduchou možnost zneužít ustanovení o předčasném ukončení koncesní smlouvy pro selhání zadavatele v případech, kdy samo selhání není skutečnou příčinou pro koncesionářovu snahu koncesní smlouvu předčasné ukončit. Zadavatelé ovšem nemohou koncesionáře vystavovat rizikům tím, že neponesou důsledky neplnění svých závazků, měli by se však ujistit, že (1) všechny závazky, které v koncesní smlouvě přijímají, jsou reálně splnitelné; a (2) koncesní smlouva jim pro případ selhání dává rozumnou možnost toto selhání na základě písemné výzvy napravit ještě před tím, než vznikne koncesionáři právo koncesní smlouvu předčasné ukončit pro selhání zadavatele.

23.2 Právní kvalifikace předčasného ukončení

Vzorová koncesní smlouva nekoncepuje předčasné ukončení ani jako výpověď ani jako odstoupení, nýbrž jako zvláštní smluvní úpravu zkrácení původní koncesní doby (a související konzumace závazků), která nastává při splnění určitých podmínek podle koncesní smlouvy. I když primární závazky (zajišťovat veřejnou službu na straně koncesionáře a hradit platby za veřejnou službu na straně zadavatele) se v důsledku konzumace předčasným skončením koncesní doby vyčerpají, přetrvávají další závazky z koncesní smlouvy, zejména závazky vyplacení kompenzace na straně zadavatele a závazky předání zařízení na straně koncesionáře. Teprve splněním těchto a dalších závazků bude koncesní smlouva zcela konzumována (splněna). V souvislosti s předčasným ukončením koncesní smlouvy je proto nesprávné a zavádějící hovořit v pojmech „výpovědi“ či „odstoupení“ a v tomto manuálu i ve vzorové smlouvě se pracuje s pojmem „předčasného ukončení“ (v souvislosti s aktem jedné ze stran směřujícím k předčasnému skončení) a „skončení“ v souvislosti s okamžikem, kterým skutečně skončí koncesní doba.

23.3 Důsledky předčasného ukončení

Vedle praktických důsledků předčasného ukončení, které nastávají i při běžném ukončení uplynutím koncesní doby, se musí strany při koncipování koncesní smlouvy zabývat dalšími důsledky, které kvůli předčasnému ukončení nastávají, jako např. předčasné ukončení pracovně právních vztahů u koncesionáře a subdodavatelů, náklady na předčasné ukončení subkontraktů

apod.

23.4 Mimořádné náklady na straně koncesionáře a subdodavatelů

S předčasným ukončením mohou koncesionáři a jeho subdodavatelům vzniknout mimořádné výdaje, např. v souvislosti s neočekávaným skončením pracovního poměru dotčených zaměstnanců, výpovědí dlouhodobých smluv apod. Ačkoliv je přirozené, že by selhavší zadavatel měl takové výdaje hradit, zadavatelé by neměli akceptovat neomezený a předem nespécifikovaný závazek k náhradě. Protože koncesionář může v okamžiku podpisu koncesní smlouvy stanovit (a ovlivnit), jaké budou náklady předčasného ukončení, mělo by být ve většině případů možné stanovit konkrétní oblasti kompenzovaných nákladů a případně i jejich maximální výši. Zadavatelé by v každém případě měli provést podrobný audit smluv a nákladů, k jejichž případné kompenzaci budou v případě předčasného ukončení pro selhání zadavatele (či v případě dobrovolného předčasného ukončení zadavatelem) povinni.

23.5 Právní výklad ke kompenzaci koncesionáře

Obecně, pokud je plněno z právního důvodu, který odpadl (např. při odstoupení od smlouvy), mají strany povinnost si vrátit, co bylo plněno (či příslušnou kompenzaci) na základě pravidel tzv. *bezdůvodného obohacení*. Pro případ bezdůvodného obohacení však nemohou strany prakticky dohodnout pravidla, podle kterých se bude kompenzace vypočítávat a tento režim je pro zadavatele (i koncesionáře) nepředvídatelný a zásadně nepřijatelný. Proto vzorová koncesní smlouva koncipuje kompenzaci při předčasném ukončení (které není odstoupením a neznamenaá odpadnutí právního důvodu) jako pozitivní závazek k určité platbě, která se nazývá kompenzací.

23.6 Předčasné ukončení pro selhání zadavatele

Zadavatel má podle koncesní smlouvy prakticky pouze závazek platit služebné a závazek poskytovat koncesionáři stanovenou součinnost. Byť je porušení závazků zadavatelem málo pravděpodobné a v praxi ojedinělé, koncesionáři a jejich věřitelé vyžadují, aby byli chráněni před zadavatelovým selháním. Takovou ochranu (vedle úroku z prodlení účtovaného při prodlení plateb) představuje koncesionářovo právo koncesní smlouvu předčasně ukončit pro selhání zadavatele. Obecně by se však koncesionářovo právo předčasného ukončení pro selhání zadavatele mělo omezovat pouze na takové důvody, které buď činí pokračování vztahu mezi zadavatelem a koncesionářem neudržitelným, či které koncesionáři zcela znemožňují plnění jeho závazků z koncesní smlouvy.

Strany musí při jednání o koncesní smlouvě vést v patrnosti, že ne každé porušení závazků ze smlouvy zadavatelem musí nezbytně být „selháním“ a že většinu situací (např. prodlení v zadavatelově součinnosti) lze řešit podle ustanovení o vnějších událostech, které dostatečně ochraňuje koncesionářovy zájmy.

Kompenzace při předčasném ukončení pro selhání zadavatele

Účelem kompenzace při předčasném ukončení pro selhání zadavatele je postavit koncesionáře, jeho podílníky a seniorní věřitele do takové pozice, v jaké by byli, kdyby k selhání nedošlo, tj. aby jejich situace nebyla koncesionářovým selháním negativně ovlivněna. Kompenzace musí proto v principu obsahovat následující složky: (1) částky nutné na splacení pohledávek seniorních věřitelů; (2) náklady koncesionáře související s předčasným ukončením; a (3) kompenzaci koncesionářova ušlého zisku vlastního kapitálu. Stanovení složek (1) a (2) nečiní problém. Stanovení složky (3) je komplikovanější, protože koncesionářův ušlý zisk lze stanovit více způsoby, z nichž mohou strany v koncesní smlouvě použít pouze jeden:

- jako předpokládaný výnos stanovený v základním finančním modelu pro celý projekt od začátku do konce, bez ohledu na skutečný vývoj projektu (od kterého se odečítají již realizované podíly na zisku) – v takovém případě nenese koncesionář

riziko, že by se výše kompenzace snižovala v důsledku nižší kvality dodávaných služeb či vyšších provozních nákladů, avšak nemá ani výhodu zvýšení kompenzace v případě vyšší kvality dodávaných služeb či nižších provozních nákladů (a to ani v souvislosti s obdobím, které předcházelo předčasnému ukončení pro zadavatelovo selhání);

- jako předpokládaný výnos stanovený v základním finančním modelu za dosud neuplynulou koncesní dobu. Koncesionář v takovém případě nese riziko i výhody v souvislosti s obdobím (a platbami) až do okamžiku předčasného ukončení. Budoucí výnosy však jsou kompenzovány obdobným způsobem jako v případě (a); nebo
- jako odhad tržní hodnoty projektu (kapitálových investic koncesionářových akcionářů, ať mají podobu vkladů či půjček) v okamžiku předčasného ukončení. V takovém případě nese koncesionář riziko i výhody související s projektem a výši zisku od začátku projektu, včetně odhadu vývoje, který by následoval, pokud by smlouva nebyla předčasně ukončena.

23.7 Předčasné ukončení pro selhání koncesionáře

Pokud koncesionář podstatně poruší či pravidelně porušuje své závazky ze smlouvy a pro zadavatele není dostatečnou nápravou takové situace pouhé snížení služebného, musí mít zadavatel právo smlouvu předčasně ukončit. Stejně jako má zadavatel zájem na tom, aby nemohl koncesionář zneužít ustanovení o předčasném ukončení pro selhání zadavatele, má v této situaci koncesionář zájem obdobný. Zadavatelé by se neměli bezdůvodně bránit běžným nástrojům, jak takovému riziku zneužití ustanovení o předčasném ukončení zabránit, jako je např. objektivní výčet důvodů pro předčasné ukončení a podmínění předčasného ukončení doručením písemného upozornění a marným uplynutím lhůty pro nápravu.

Jedním z důvodů pro předčasné ukončení pro selhání koncesionáře je i pravidelné méně závažné porušování závazků z koncesní smlouvy. Pokud dochází pravidelně k méně závažnému porušování závazků, může to být pro zadavatele obdobně obtěžující jako porušení závažné. Byť je drobné porušování závazků z koncesní smlouvy koncesionáři obvykle kompenzováno penalizací, taková kompenzace nemusí být dostatečná a v některých případech se dokonce může koncesionáři dlouhodobě vyplatit strpět nižší příjmy v důsledku penalizace za drobné selhávání, protože bezvadné plnění by pro něj znamenalo vynaložení nákladů, které mohou penalizaci převýšit. Běžná praxe však je, že koncesionáři požadují, aby předčasné ukončení nemohlo nastat v případě, že je v souvislosti s porušováním závazků prováděna penalizace (snižování služebného). Zadavatelům lze takový přístup doporučit, protože koncesionáři obvykle do finančních modelů a do svých nabídek započítávají rezervy pro případ předčasného ukončení, a to snižuje hodnotu za peníze. Dostatečná ochrana zájmů zadavatele vyžaduje však takový přístup, aby platební mechanismus v konkrétním projektu penalizoval porušování závazků v dostatečné míře a aby byl koncesionář motivován k řádnému plnění (např. postupně se zvyšující jednotková částka penalizace).

Přímé smlouvy a zásah bank

Protože důsledky předčasného ukončení pro selhání koncesionáře jsou pro koncesionáře a jeho banky velmi významné, vyžadují banky v tzv. přímých smlouvách, aby zadavatel před ukončením pro selhání koncesionáře dal bankám možnost převzít řízení projektu a fakticky tak nahradit koncesionáře jiným koncesionářem (aby byl takový postup v souladu se ZVZ / KZ, musí k takové změně dojít na úrovni koncesionářových podílníků).

Kompenzace koncesionáře

Přestože dochází k ukončení smlouvy pro selhání koncesionáře, zadavateli obvykle po ukončení smlouvy zůstane koncesionářem vybudované zařízení a bylo by nespravedlivé (a pro koncesionáře a jeho věřitele nepřijatelné), aby nebyl koncesionář při předčasném ukončení vůbec kompenzován. Pro zadavatele je však nepřijatelné, aby byl koncesionář kompenzován zcela, jako je tomu v případě dobrovolného ukončení zadavatelem či ukončení pro selhání zadavatele a aby výše kompenzace neodrážela fakt, že k ukončení dochází z důvodů na straně koncesionáře. Obecně by kompenzace koncesionáře v tomto případě měla vycházet z principu, že zadavatel nesmí být koncesionářovým selháním a předčasným ukončením nijak poškozen a současně by neměl v důsledku takového selhání získat neodůvodněný prospěch.

V praxi je způsob kompenzace koncesionáře při předčasném ukončení pro jeho selhání značně ovlivňován postojem koncesionářových věřitelů. Na zahraničních trzích v některých případech zpočátku vývoj způsobu kompenzace koncesionáře zaručoval koncesionáři alespoň úhradu pohledávek seniorních věřitelů. Takový přístup je však v rozporu s principem přenosu rizik³⁰ a zadavatelé by jej neměli akceptovat, pokud k němu nejsou zvláštní důvody.

V současnosti nejvíce používaný způsob stanovení kompenzace koncesionáře při předčasném ukončení pro jeho selhání spočívá ve stanovení tržní hodnoty projektu, a to buď skutečným výběrovým řízením nebo hypotetickým výpočtem takové hodnoty. Tento přístup vychází z principu, že PPP projekty jsou realizovány „projektovou formou“ a lze je tudíž jednoduše oddělit od podnikání koncesionářových podílníků a transparentním způsobem „prodat“ jinému koncesionáři, který ve své nabídce zohlední provozní parametry vybudovaného zařízení, náklady na jeho budoucí provoz a výnosy, které může po zbytek původní koncesní doby dosáhnout. Takový přístup je spravedlivý vůči koncesionáři, obvykle přijatelný pro jeho věřitele a současně výhodný pro zadavatele, který bude mít nadále zajištěno poskytování příslušné veřejné služby a nemusí řešit financování výplaty kompenzace, kterou v tomto případě představuje částka zaplacená za „koupi“ projektu novým koncesionářem.

Od tržní hodnoty koncesní smlouvy jsou odečteny zadavatelovy náklady spojené s předčasným ukončením (a případným provozem zařízení mezi skončením původní koncesní smlouvy a nástupem nového koncesionáře) a rozdíl je vyplacen koncesionáři jako jeho kompenzace.

Stanovení tržní hodnoty koncesní smlouvy re-tendrováním

Je-li to možné, měl by zadavatel stanovit tržní hodnotu koncesní smlouvy v novém zadávacím řízení (tzv. „**re-tendrování**“). Pouze pokud re-tendrování není možné, protože není dostatek zájemců (tzv. „**nelikvidní trh**“), či pokud provedení re-tendrování není pro zadavatele praktické, např. proto, že si přeje zásadně změnit specifikaci služeb, může pro stanovení tržní hodnoty koncesní smlouvy využít výpočet (ocenění).

Za situaci, která je vhodná pro re-tendrování (tzv. „**likvidní trh**“) se považuje stav, kdy zadavatel může v re-tendru získat alespoň dvě konkurenční nabídky od nezávislých zájemců. Přitom není rozhodující, zda nakonec skutečně všichni potenciální zájemci nabídku podají a v jaké bude výši. Zadavatel by měl přezkoumat i nabídku předloženou byť jen jediným zájemcem a (pokud nebudou mít důvody pro její odmítnutí) akceptovat ji jako tržní hodnotu.

V zahraniční praxi, tak jak se vyvinula především ve Velké Británii, není pro stanovení tržní hodnoty rozhodná ta nabídka, kterou si v re-tendru zadavatel vybere, nýbrž nabídka nejvyšší, a to i v případě, že se zadavatel - na základě posouzení testu hodnoty za peníze - rozhodne pro

³⁰ Mimo jiné by způsobil, že by se závazky z příslušné koncesní smlouvy podle EUROSTATU kvalifikovaly jako veřejný dluh, protože by riziko dostupnosti nebylo považováno za přenesené na koncesionáře.

výběr jiné nabídky. Vzhledem k tomu, že by podmínky re-tendrované koncesní smlouvy měly být stejné pro všechny zájemce, nemělo by se obecně stávat, že by zadavatelé v re-tendru vybrali jinou než nejvyšší nabídku a tento přístup tedy nepředstavuje významné riziko. Pokud však nejde o komoditní službu a zadavatel může mít vážné důvody pro hodnocení i dalších parametrů (např. u projektů v oblasti obrany) vedle samotné nabídkové ceny (což nejspíš muselo nastat i při prvotním tendru) a je tedy pravděpodobné, že zadavatel může při re-tendru preferovat jinou než nejvyšší nabídku, není tento přístup odůvodněný a zadavatelé by měli hledat způsoby, jakými omezit riziko, že při re-tendrování budou muset koncesionáři doplácet rozdíl mezi nejvyšší nabídkou a nabídkou skutečně vybranou.

Pokud – navzdory existenci likvidního trhu – nezíská zadavatel v re-tendru žádné nabídky, může to znamenat, že konkurenční koncesionáři považují hodnotu koncesní smlouvy za zápornou či tak nízkou, že není vůbec zajímavé se o ni ucházet ani za velmi nízkou cenu.

Zadavatel by si obecně měl ponechat volnost v rozhodnutí, zda bude tržní cena stanovena re-tendrováním, či výpočtem. Pro re-tendrování by se neměl rozhodovat v situaci, kdy je pravděpodobné, že neobdrží žádné nabídky.

Stanovení tržní hodnoty koncesní smlouvy výpočtem

Narozdíl od re-tendrování, ve kterém obdrží zadavatel příslušnou částku vyplácené kompenzace od nového koncesionáře, který si „kupuje“ předčasně ukončenou koncesní smlouvu, v případě stanovení tržní hodnoty výpočtem musí koncesionář kompenzaci zaplatit z vlastních zdrojů.

Stanovení tržní hodnoty výpočtem (oceněním) spočívá v hypotetickém výpočtu částky, kterou by byl nezávislý kupující připraven zaplatit za odkoupení projektu (koncesní smlouvy). Tato částka se vypočítává stanovením hypotetických příjmů koncesionáře, od kterých se odečítá odhad provozních nákladů (tyto předpokládané příjmy a náklady jsou obsaženy ve finančním modelu). Tím se získává základní peněžní tok, jehož diskontováním se získá odhad tržní ceny.

23.8 Předčasné ukončení pro korupci a nepoctivost

Úvod do problematiky korupce u PPP projektů

Přestože bývá korupce při zadávání veřejných zakázek málokdy prokázána a stíhaná, existuje v řadě forem a na různých úrovních³¹. Korupce přitom zásadně negativním způsobem ovlivňuje hospodaření s veřejnými prostředky a zadavatelé by měli činit aktivní kroky k tomu, aby se proti korupci bránili. Zadavatelé obvykle v tomto kontextu odkazují na trestní právo a zdráhají se prosazovat do smluv specifická ustanovení, která by veřejný sektor chránila před „zjistnou morální flexibilitou“ na straně pracovníků veřejného i soukromého sektoru. Vyšetřování, obžaloba a odsouzení trestných činů jsou však z pohledu provozování PPP projektů velmi zdoluhavé³² a samy o sobě nevedou ke zneplatnění koncesní smlouvy. Některé smlouvy uzavírané veřejným sektorem v České republice sice upravují postup pro případ, kdy se zjistí, že při jejich zadávání se některá ze stran dopustila trestného činu, avšak tento postup není dostatečně flexibilní – mimo jiné proto, že platí ústavou zaručená presumpce nevinoty a proto, že pokud se neprokáže vina určité osoby, nemůže být konkrétní případ korupce stíhán, přestože je zjevné, že někteří pracovníci příslušné firmy se dopustili korupčního jednání. Přitom zadavatel PPP projektu potřebuje jednat okamžitě, jakmile zjistí korupční jednání a nemůže čekat několik let na pravomocné rozhodnutí v trestní věci. Proto je důležité, aby zadavatelé v koncesních

³¹ Tím, že je o ní pojednáno v tomto manuálu a že je doporučena specifická úprava ve vzorové koncesní smlouvě, není tento fakt nikterak akceptován. Pouze je zadavatelům nabízena podrobná analýza a optimální řešení této problematiky.

³² Mimo jiné proto, že musí být chráněny občanské svobody a v řízení musí být uplatněny dostatečné kontrolní mechanismy.

smlouvách prosazovali ustanovení o předčasném ukončení pro korupci.

Praktické souvislosti aplikace smluvního ustanovení o předčasném ukončení pro korupci ve znění navrhovaném ve vzorové koncesní smlouvě teprve ukáže čas. Zahrnutí tohoto ustanovení do koncesních smluv se však všem zadavatelům již nyní doporučuje, protože dosahování hodnoty za peníze je klíčem k efektivnímu řízení veřejných rozpočtů a jakékoliv korupční jednání – bez ohledu na to, zda je trestným činem či nikoliv – zásadně snižuje dosahovanou hodnotu za peníze. Zadavatelé se od problematiky korupce nemohou odvracet a předstírat, že se jich netýká, nýbrž musí proti korupci aktivně jednat. Právě navržené smluvní ujednání je jedním ze znaků takového aktivního přístupu.

Hrozba předčasného ukončení koncesní smlouvy pro korupci je pochopitelně významným rizikovým faktorem pro koncesionáře, a proto koncept ustanovení o předčasném ukončení pro korupci vychází ze zahraniční PPP praxe a obsahuje omezení (viz vyloučené „individuální nezávislé akce“). Navrženou formulaci akceptují koncesionáři na zahraničních trzích PPP projektů a není důvod, aby takové smluvní podmínky odmítali v České republice.

Rozsah pojmu „korupce“

Ustanovení o předčasném ukončení pro korupci by nemělo koncesionáře a jeho banky vystavovat riziku zneužití (protože souvisí s kompenzací, která je pro koncesionáře nevýhodná), musí být objektivní a mělo by vytvářet vyvážený stav mezi zájmem koncesionáře na dostatečné jistotě a současně zájmem zadavatele na dostatečně funkční ochraně veřejného zájmu před korupcí. Pokud např. koncesionář považuje některá ustanovení pocházející ze vzorové koncesní smlouvy za neurčitá a tvrdí, že některé korektní vztahy mohou být kvalifikovány jako korupce,³³ měl by zadavatel připustit, aby takové korektní vztahy byly vyjmenovány jako negativní příklady, které samy o sobě za korupci považovány nejsou,³⁴ avšak neměl by připustit, aby byla definice korupčního jednání zúžena pouze na trestné činy.

Ke korupci může docházet nejen při výběrovém řízení před uzavřením koncesní smlouvy, ale i během jejího trvání – např. tím, že je koncesionáři (nikoliv z nedbalosti, ale úmyslně, z důvodů korupce) promíjeno neplnění závazků z koncesní smlouvy.

Vyloučené „nezávislé individuální akce“

Pro koncesionáře obvykle není přípustné riskovat předčasné ukončení koncesní smlouvy pro korupci i v případě tzv. „nezávislé individuální akce“ některého z koncesionářových pracovníků či subdodavatelů. Proto vzorová koncesní smlouva umožňuje koncesionáři, aby zabránil předčasnému ukončení pro korupci, pokud prokáže (důkazní břemeno nese koncesionář), že se příslušného jednání dopustil výhradně určitý pracovník či subdodavatel bez vědomí vedení příslušné firmy a že pracovní poměr s příslušným pracovníkem (či smlouva se subkontraktorem) byl ukončen do určité doby od notifikace zadavatelem.

Kompenzace při předčasném ukončení pro korupci

Seniorní věřitelé (financující instituce) nejsou v praxi ochotni nést riziko korupce na straně koncesionáře a koncesionář by nezískal financování na projekt, ve kterém není v případě korupce zajištěno splacení pohledávek seniorních věřitelů (ovšem nikoliv pohledávek ze subordinovaných půjček podílníků) – proto by měli zadavatelé akceptovat, že v případě předčasného ukončení pro korupci vyplatí kompenzaci odpovídající částce pohledávek seniorních věřitelů.

³³ Např. to, že koncesionář či jeho podílník zaměstnává osobu blízkou některému z pracovníků zadavatele.

³⁴ V uvedeném příkladu např. proto, že samotné zaměstnávání osoby blízké, pokud prokazatelně nemělo žádný vliv na jednání zadavatele, nesplňuje všechny znaky definice korupčního jednání.

Pokud jsou všechny kapitálové investice projektu financovány koncesionářem a/nebo jeho podílňiky, musí zadavatel přezkoumat, jaký je vztah mezi jednotlivými akcionáři a koncesionářem. V principu je nepřijatelné, aby podílňik, který sdílí morální odpovědnost za jednání koncesionáře, získával jakoukoliv kompenzaci.

Na výši kompenzace by nemělo mít vliv, zda zadavateli zůstává vybudované zařízení či nikoliv.

23.9 Předčasné ukončení pro událost vyšší moci

Pokud událost vyšší moci či její následky přetrvávají delší dobu (např. požár zařízení), nemůže koncesní smlouva dále ve své původní podobě fungovat.

Zadavatel a koncesionář by se v takovém případě měli především pokusit o dohodu na způsobu, jakým důsledky události vyšší moci řešit a jak případně koncesní smlouvu upravit a předejít tak jejímu předčasnému ukončení pro událost vyšší moci, které by mělo být pouze krajním řešením.³⁵

Pokud zadavatel s koncesionářem nedosáhnou dohody o řešení důsledků události vyšší moci do stanovené doby (typicky 6 měsíců), může kterákoliv strana koncesní smlouvu předčasně ukončit z důvodu události vyšší moci. Zadavatel by přitom však měl mít právo předčasnému ukončení zabránit tím, že se koncesionáři zaváže po určitou dobu platit služebné, přestože by jinak takovou povinnost neměl. Zadavatel by v takovém případě měl stanovit konkrétní dobu, po kterou bude služebné platit, aby mohl koncesionář přiměřeně plánovat své hospodaření.

Kompenzace placená při předčasném ukončení pro událost vyšší moci

Vznik události vyšší moci je nezávislý na pochybení kterékoliv ze stran, a proto by měli koncesionář a zadavatel toto riziko sdílet. Obvyklý způsob sdílení tohoto rizika spočívá v tom, že zadavatel koncesionáři kompenzuje dluhy vůči jeho věřitelům a investice vlastního kapitálu, avšak bez kompenzace jakékoliv ztráty výnosu pro věřitele a koncesionáře, a dále náklady spojené s ukončením pracovního poměru příslušných pracovníků v důsledku události vyšší moci.

23.10 Dobrovolné předčasné ukončení zadavatelem

Nástroj pro reakci na neočekávaný vývoj, nikoliv pro změnu zadavatelova názoru

Zadavatelé musí každý PPP projekt plánovat s očekáváním, že bude realizován až do svého plánovaného konce. Nicméně doba, na kterou jsou koncesní smlouvy uzavírány, je tak dlouhá, že zadavatel nemůže předvídat všechny okolnosti, které během ní mohou nastat. Protože se může z různých důvodů stát, že zadavatel nebude mít potřebu dalšího trvání koncesní smlouvy (např. proto, že zanikla potřeba takové veřejné služby, je potřeba jiné služby a změny není možné dosáhnout pouze postupem pro změny podle koncesní smlouvy apod.), musí mít zadavatel v takovém případě možnost smlouvu předčasně ukončit. Protože v okamžiku podpisu koncesní smlouvy nemůže zadavatel ani přibližně stanovit, o jaké nepředvídané skutečnosti půjde, nelze jejich okruh nijak funkčně vymezit a zadavatel proto musí mít právo smlouvu předčasně ukončit jednostranně a bez uvedení důvodu. Vzhledem k výši kompenzace, kterou při takovém předčasném ukončení musí zadavatel koncesionáři platit, není dobrovolné předčasné ukončení pro zadavatele finančně výhodné. Proto, pokud existuje riziko podstatných změn

³⁵ Protože v takové situaci není koncesionář vystaven konkurenčnímu tlaku, existuje riziko, že nebude dosaženo hodnoty za peníze a zadavatel se musí zvlášť ujistit (obvykle si takový proces vyžádá účast poradců), že dohodnutá změna koncesní smlouvy představuje hodnotu za peníze. Rovněž je důležité respektovat pravidla pro zadávání veřejných zakázek/koncesí a pro veřejnou podporu.

v „poptávce“ po konkrétní veřejné službě během trvání koncesní smlouvy, neměl by zadavatel koncesní smlouvu uzavřít bez hlubší analýzy rizika a dopadu takových změn.

Pro konkrétní riziko změny (např. snížení počtu žáků v určité oblasti) lze vytvořit speciální režim řízení rizika (např. rozdělení školní kapacity do bloků, které lze oddělit a prodat, aniž by byla ovlivněna funkce ostatních bloků), a tím bude i umožněno další trvání koncesní smlouvy a zajištěna hodnota za peníze pro zadavatele.

Kompenzace při dobrovolném předčasném ukončení zadavatelem

V případě jednostranného předčasného ukončení zadavatelem, které není způsobeno žádným pochybením na straně koncesionáře, je pro koncesionáře nepřijatelné, aby byl předčasným ukončením jakkoliv poškozen, a musí být zadavatelem kompenzován „v plné výši“, která se obvykle stanoví stejně jako při předčasném ukončení pro selhání zadavatele.

23.11 Předčasné ukončení pro nepoctivost

Úmyslné zatajení úspor a výhod

Koncesionář se v koncesní smlouvě zavazuje sdílet se zadavatelem určité dodatečné úspory a výhody jdoucí nad rámec předpokladů, za kterých koncesionář uzavíral koncesní smlouvu, a to v případech, kdy není spravedlivé, aby si koncesionář ponechal úsporu či výhodu celou. Nejdůležitějším ustanovením o sdílení dodatečných úspor a výhod je ustanovení o sdílení výnosů refinancování.

Fungování ustanovení o sdílení úspor a výhod spoléhá na koncesionářovu poctivost v tom, že dosažené úspory a výhody sám přizná. Protože zadavatel má jen omezené možnosti, jak zjistit dosažení úspor či výhod a ověřit tak správnost jejich sdílení kalkulovaného koncesionářem, je důležité, aby byl koncesionář k dodržování ustanovení o sdílení úspor a výhod motivován. V praxi se takovou motivací stalo ustanovení, podle kterého může při dodatečném zjištění nepoctivého jednání v souvislosti s ustanovením o sdílení úspor a výhod zadavatel koncesní smlouvu předčasně ukončit.

Porušení závazků koncesionářem musí být úmyslné a důkazní břemeno nese zadavatel.

Kompenzace při předčasném ukončení pro porušení závazků sdílení úspor a výhod

Výše kompenzace v tomto případě by měla v zásadě odpovídat kompenzací vyplácené v případě předčasného ukončení pro korupci.

24. ZÁSAAH ZADAVATELE

24.1 Obecně o zásahu zadavatele

Zadavatel se může ocitnout v situaci, kdy bude nutné, aby zasáhl do provozu zařízení či poskytování služeb podle koncesní smlouvy bez ohledu na to, zda koncesionář plní koncesní smlouvu řádně či nikoliv. Koncesní smlouva by měla zadavateli takový zásah umožňovat, avšak pouze v přesně vymezených případech, kterými jsou ve vzorové smlouvě (1) hrozba vážné škody na věcech, zdraví osob či na životním prostředí nebo (2) plnění úkolů, které zadavateli ukládá právní předpis. Je nutné rozlišovat zásah zadavatele podle koncesní smlouvy od (1) zásahu zadavatele podle přímých smluv se subdodavateli; a (2) zásahu věřitelů podle jejich přímé smlouvy se zadavatelem a koncesionářem.

Zásah by měl být dočasný a omezený pouze na takovou část poskytovaných služeb, která jej skutečně vyžaduje, pokud je možné pouze na takovou část služeb zásah omezit.

Zásah při bezvadném plnění koncesionářem

Pokud zadavatel zasahuje do plnění koncesní smlouvy v situaci, kdy je koncesionářovo plnění bezvadné, nese zadavatel veškeré náklady svého zásahu, veškerá rizika (v případě škody musí koncesionáře odškodnit) a současně musí dále koncesionáři platit služebné i za služby, které v důsledku zásahu nemohou být poskytovány tak, aby byl koncesionář ve stejné situaci, jako kdyby k zadavatelovu zásahu nedošlo.

Zásah při porušení koncesionářových závazků

Zadavatelovu zásahu v případě porušení koncesionářových závazků by mělo předcházet upozornění na takové porušení a výzva ke zjednání nápravy. Teprve po uplynutí lhůty pro zjednání nápravy by měl mít zadavatel – ovšem pouze v nejzávažnějších případech, kdy je jinak dán důvod pro zadavatelův zásah – právo zasáhnout. V takovém případě se děje zásah na náklady a riziko koncesionáře. Zadavatel by měl mít nadále povinnost platit takové částky služebného, jaké by platil, kdyby k zásahu nedošlo. Proti platbám služebného však může započítávat své náklady na zajišťování služeb, které svým zásahem převzal.

25. ZVEŘEJNĚNÍ KONCESNÍ SMLOUVY A OCHRANA OBCHODNÍHO TAJEMSTVÍ

Zadavatelé by, jako instituce hospodařící s veřejnými financemi, měli mít obecný zájem zpřístupnit veřejnosti co nejvíce informací o své činnosti. Takovou povinnost jim navíc ukládá zákon³⁶ a zákonná povinnost zpřístupnění informací veřejnosti se vztahuje i na obsah koncesních smluv.

V praxi je však zpřístupnění informací v přímém rozporu s obchodními zájmy koncesionářů, kteří mají zájem na tom, aby zadavatelé zveřejňovali co nejméně. Zákon sice zadavatelům umožňuje odmítnout přístup k informacím, které „jsou označeny jako obchodní tajemství“ koncesionářů,³⁷ avšak zadavatelé by této možnosti neměli zneužívat a měli by s koncesionáři zodpovědně dojednat rozsah informací, které budou za obchodní tajemství považovány a k nimž nebude umožněn přístup veřejnosti. Ke všem ostatním informacím by měl být veřejnosti umožněn přístup a zadavatelé by se měli ujistit, že tyto informace nejsou označeny jako obchodní tajemství.

Koncesionáři mají zejména zájem na ochraně informací o technických a inovativních prvcích jejich řešení, jakož i o cenových a platebních podmínkách. Označení všech těchto informací za obchodní tajemství je z pohledu dobré správy veřejných financí nepřijatelné, protože právě veřejná kontrola těchto parametrů a jejich srovnání s trhem je zárukou transparentnosti a úsporného hospodaření s veřejnými financemi.

V některých případech (např. pokud koncesionář či financující instituce poskytují zvláště nízké ceny, které by neměly být známy jejich ostatním zákazníkům) však je zájem koncesionářů a finančních institucí natolik legitimní, že je přípustné tyto informace kvalifikovat jako obchodní tajemství, zejména pokud se zadavatelé a jejich poradci ujistí, že dotčená informace není utajena z důvodu nevýhodnosti pro zadavatele, nýbrž naopak.

I když lze za shora uvedených podmínek označit jednotlivé jednotkové částky uvedené v koncesní smlouvě za obchodní tajemství, zadavatel nemůže připustit, aby za obchodní tajemství byla označena celková cena a dále podmínky, za kterých je sestavena, mimo jiné proto, aby mohli ostatní uchazeči v zadávacím řízení objektivně a transparentně porovnat vítěznou nabídku se svými nabídkami.

Nicméně praxe v ČR je taková, že zatím zadavatelé neuvolňují příliš informace z již uzavřených koncesních smluv a texty těchto smluv nezveřejňují prakticky vůbec. Určité základní informace o koncesních smlouvách lze dohledat v Rejstříku koncesních smluv vedeným Ministerstvem pro místní rozvoj, který je možno nalézt na webové adrese: <http://www.portal-vz.cz/Information-System-on-Public-Contracts/Register-of-Concession-Contracts>.

V tomto Rejstříku koncesních smluv by měla být vložena každá smlouva, která byla uzavřena dle KZ (povinnost je na straně zadavatele). Bohužel je určitým nešvarem, že zadavatelé často uvolní jen minimum informací o dané koncesní smlouvě nebo některé informace vůbec neposkytnou.

³⁶ Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon o svobodném přístupu k informacím“).

³⁷ Viz §9 zákona o svobodném přístupu k informacím.

26. ZMĚNY KONTROLY (VLASTNICTVÍ) KONCESIONÁŘE

26.1 Obecně o převodech podílů v koncesionáři

PPP projekt je na svém počátku realizován koncesionářem, jehož hlavními podílňiky jsou obvykle především firmy, které jsou současně koncesionářovými subdodavateli pro výstavu zařízení a pro zajištění jeho provozu. Nicméně hlavním předmětem podnikání těchto firem je výstavba a poskytování služeb, nikoliv dlouhodobé investice, a proto je pravděpodobné, že v určité fázi PPP projektu budou hledat způsob, jakým svůj podíl v koncesionáři prodat. V zemích, kde jsou rozvinuté trhy PPP projektů, je běžnou praxí, že podílňici (a současně subdodavatelé) své podíly v určité fázi rozvoje projektu převádějí na jiné osoby, které se obvykle zabývají dlouhodobými investicemi (např. investiční fondy).

Zadavatel, který má zájem na kvalitním zajištění veřejných služeb, má však opačný úhel pohledu. Jestliže si vybere konkrétní nabídku, má zájem na tom, aby příslušní subdodavatelé byli nadále motivováni k poskytování kvalitních služeb i jako vlastníci podílů v koncesionáři. Nicméně identita subdodavatelů ani koncesionářových podílňiků by neměly být tou hlavní zárukou kvality poskytovaných služeb, tou by měla být především kvalitní koncesní smlouva, a proto by zadavatelé obecně neměli požadovat omezení koncesionářových podílňiků v převodech jejich podílů po úspěšném otevření zařízení a zahájení (dokončení výstavby).

26.2 Případy omezení převodů

Výjimkou z pravidla, že převody podílů v koncesionáři by měly být obecně přípustné, mohou být specifické případy, ve kterých kvalita poskytované služby či otázka národní bezpečnosti jsou spojené pouze s konkrétním koncesionářem. V takových případech je žádoucí, aby byl převod podílu v koncesionáři vázán na zadavatelův souhlas.

27. ESKALACE A ŘEŠENÍ SPORŮ

27.1 Úvod

Vztah mezi zadavatelem a koncesionářem je vztahem podle soukromého práva. Proto může kterákoliv ze stran v případě sporu žalovat u obecného soudu podle občanského soudního řádu. Alternativou, jejímž důsledkem je nemožnost žalovat u soudu a ztráta opravných prostředků, je dohoda stran, že spory budou řešeny v rozhodčím řízení (arbitráž). Nicméně konečnému (tzv. resolutivnímu) řešení sporu by měly v PPP projektech předcházet tyto fáze:

- **Diskuse:** Pokud se koncesionář se zadavatelem na běžné pracovní úrovni nedohodnou na řešení sporu v určitém časovém limitu, musí oba postoupit spor ve svých organizacích jiným osobám (tzv. eskalace).
- **Eskalace:** Při eskalaci se koncesionář se zadavatelem pokusí o poslední řešení sporu v jednáních a to tak, že spor bude řešen dosud nezúčastněnými osobami, obvykle nadřízenými dosavadních zástupců obou stran. Pokud ani při eskalaci není dosaženo dohody v určitém předem stanoveném termínu, spor je postoupen buď resolutivnímu řešení, nebo ještě před tím tzv. alternativnímu řešení sporu (např. mediace).
- **Alternativní řešení sporu:** při tzv. alternativním řešení sporu je spor předkládán nezávislé třetí straně, která je expertem v řešení příslušných sporů (stavební odborník, odborník na poskytování služeb správy nemovitostí, finanční expert, mediátor apod.). Může jít o různé typy procesů, obvykle nazývané buď expertní řízení nebo mediace. Strany se musí již v koncesní smlouvě dohodnout na způsobu, jakým bude příslušný expert určen. Výsledkem alternativního řešení sporu není definitivní závazné a vynutitelné rozhodnutí, nýbrž nezávislé doporučení či posudek příslušného experta či mediátora. V praxi se ukazuje, že takové alternativní řešení sporů je velmi účinné a značné množství případů jím definitivně končí, aniž by nastávala tzv. resolutivní fáze. Nadto je alternativní řešení sporů ve srovnání se soudním či rozhodčím řízením podstatně rychlejší a levnější.
- **Resolutivní řešení sporu:** Pokud selžou jednání i alternativní řešení sporu (či se strany na alternativním řešení nedohodly), může kterákoliv ze stran žalovat spor u soudu či v rozhodčím řízení.

27.2 Soud či rozhodčí řízení?

Následující tabulka srovnává parametry soudního a rozhodčího řízení:

Kategorie	Soudní řízení	Rozhodčí řízení
Náklady	Srovnatelné	Srovnatelné
Trvání	V prvním stupni srovnatelné, opravné prostředky mohou trvání sporu proti arbitráži prodloužit	V průměru kratší než všechny stupně soudního řízení
Specializace / kvalita	Soudce není odborníkem ani na stavební ani na finanční obory, nicméně může využít znalce	Rozhodci mohou být vybráni podle specializace
Opravné prostředky	Odvolání, dovolání, obnova řízení	Žádné nejsou
Objektivita a nezávislost	Soudy jsou právně i prakticky odděleny od moci výkonné (zadavatelů), a proto je nezávislost soudního řízení zajištěna i v případě, že jednou ze sporných stran je zadavatel z veřejného sektoru	Všechny institucionální rozhodčí soudy vyžadují, aby rozhodci byli nezávislí

Argument, že spor mezi zadavatelem (veřejným sektorem určitého státu) a soukromým koncesionářem PPP projektu by v zájmu objektivitu a nestrannosti neměl být řešen soudem příslušného státu, nýbrž v rozhodčím řízení, by pro zadavatele měl být zásadně nepřijatelný, protože české soudy jsou nezávislé a nestranné a zadavatel nemůže nijak ovlivňovat jejich rozhodování. Navíc existuje řada opravných prostředků, které poskytují koncesionáři dodatečný komfort.

Pokud se zadavatelé v zájmu urychlení procesu či v zájmu možnosti posouzení sporu specializovanými rozhodci rozhodnou pro rozhodčí řízení, musí si uvědomit, že tím ztrácejí jakoukoliv možnost odvolání. Proto také Ministerstvo financí zadavatelům zásadně nedoporučuje akceptaci rozhodčího řízení v PPP projektech. Pokud strany vyžadují rychlost a specializovanost řízení, lze jim doporučit, aby do režimu řešení sporů zahrnuli alternativní řešení sporů, které má všechny výhody rozhodčího řízení (rychlost a specializace), avšak není v něm vydáváno konečné rozhodnutí (není tzv. resolutivní), a strany proto neztrácejí možnost následné žaloby a opravných prostředků u soudu.

Ačkoliv je rozhodčí řízení obvyklým způsobem řešení sporů ve stavebnictví, vztah mezi zadavatelem a koncesionářem na základě koncesní smlouvy má těžiště v poskytování služeb, nikoliv v samotné výstavbě, ta je pouze nástrojem k výslednému poskytování služeb a její problematika je řešena mezi koncesionářem a subdodavatelem stavební části PPP projektu.

27.3 Zpoždění v důsledku sporu jako liberační událost?

Někteří koncesionáři požadují, aby jakákoliv zpoždění (obvykle ve výstavbě) v důsledku sporu byla považovaná za liberační událost. V praxi je běžné, že stavby probíhají paralelně se spory, ve kterých jsou řešeny spory vyvolané v jejich počáteční fázi – a pro zadavatele by mělo být obecně nepřijatelné, aby se zahájení poskytování služeb zpozdilo pouze v důsledku sporu. Pokud v důsledku pokračování stavby navzdory probíhajícímu sporu vzniknou straně, která ve sporu uspěje, zvýšené náklady, měla by náhrada těchto nákladů být součástí náhrady škody, kterou jí druhá strana na základě výsledku sporu uhradí.

27.4 Specifické odkazy na řešení sporů na různých místech ve vzorové smlouvě

Vzorová koncesní smlouva na řadě míst stanoví, že v případě nedohody stran o určité otázce bude situace řešena podle ustanovení o řešení sporů. Tato ustanovení nemají žádnou zvláštní či vedlejší funkci k obecné a univerzální funkci ustanovení o řešení sporů a mají spíše orientační povahu.

KONTAKTNÍ ÚDAJE

Ministerstvo financí

Odbor státního rozpočtu

Referát regulace a metodiky projektů

Partnerství veřejného a soukromého sektoru
(PPP)

Letenská 15

118 10 Praha 1

www.mfcr.cz

PPP Centrum a.s.

Na Příkopě 3–5

110 00 Praha 1

info@pppcentrum.cz

www.pppcentrum.cz

Příloha A: Typické služby v bytovacích projektech

Služba	„Tvrdá” služba (A/N)	„Měkká” služba (A/N)	„Měřená” služba (A/N)	Poznámky
Služba ostrahy	N	A	N	
Služba čistírny a prádelny	N	A	A	
Služba asistenční	N	A	N	např. doprava nemocných po budově
Služba dopravy	N	A	A	
Služba energie a veřejné služby	A	N	N	Většinou tato služba bude spočívat v monitorování spotřeby, případně v zajištění záložního zdroje
Služba finanční správy	N	A	N	
Služba správy informačních a komunikačních technologií	N	A	N	tato služba se jako součást PPP projektu vyskytuje jen výjimečně
Služba správy nemovitosti	A	N	N	
Služba nakládání s odpady	N	A	A	
Služba ochrany před působením hlodavců, hmyzu a jiných škůdců	N	A	N	
Služba parkování	N	A	N	Jako zvláštní služba, pokud koncesionář za parkování vybírá na účet zadavatele parkovné
Služba kurýrní	N	A	N	může jít o vnitřní i vnější kurýry
Služba skladování	N	A	N	
Služba stravování	N	A	A	
Služba údržby venkovních prostor a zahrad	A	N	N	
Služba údržby vybavení	N	A	N	Předpokládaným vybavením jsou například kopírky. Tato služba je však spíše výjimkou.
Služba údržby zařízení	A	N	N	
Služba úklidu	N	A	N	

Příloha B: Obvyklý harmonogram PPP projektu

