

MEMORANDUM

KOMU: Jana Belecová, členka Rady městské části Praha 3
Městská část Praha 3

OD: Mgr. David Satke, advokát

DATUM: 6. listopadu 2019

PŘEDMĚT: **Posouzení smlouvy o poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem ze dne 26.5.2014 mezi MČ Praha 3 a společností ENESA a.s. ve znění pozdějších dodatků a možností odstoupení od smlouvy**

Toto memorandum je důvěrné a jeho obsah může být chráněn zákonem. Je určeno pouze uvedenému příjemci a dalším osobám, které jsou jmenovitě uvedeny jako jeho příjemci. Jestliže nejste oprávněným příjemcem, pak jakákoli forma zveřejnění, reprodukce, kopírování, distribuce nebo šíření tohoto memoranda je přísně zakázána. Pokud jste obdrželi toto memorandum omylem, oznamte to, prosím, neprodleně jeho odeslateli.

1. ÚVOD

Byli jsme požádáni Městskou částí Praha 3 o prověření Smlouvy o poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem uzavřené dne 26. května 2014 mezi Městskou částí Praha 3 a společností ENESA a.s., se sídlem U Voborníků 852/10, Praha 9, PSČ 190 00, IČO: 273 82 052 (dále jen „**ENESA**“) ve znění dodatku č. 1 ze dne 29. prosince 2014, dodatku č. 2 ze dne 11. března 2015 a dodatku č. 3 ze dne 8. února 2017 (dále jen „**Smlouva**“).

Dle zadání zadavatele mělo dojít k:

- 1) Komplexnímu prověření Smlouvy ohledně obsahu; a
- 2) Prověření možnosti ukončení Smlouvy s důrazem na lhůty a případné sankce.¹

2. POUŽITÉ PODKLADY

Při vypracování tohoto memoranda jsme vycházeli zejména z následujících právních předpisů a dokumentů:

- (a) Zákon 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění (dále jen „**Občanský zákoník**“);

¹ V rámci tohoto memoranda jsme nepřezkoumávali proces uzavření Smlouvy.

- (b) Smlouva o poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem uzavřená dne 26. května 2014 mezi Městskou částí Praha 3 a ENESA;
- (c) Dodatek č. 1 ke Smlouvě ze dne 29. prosince 2014;
- (d) Dodatek č. 2 ke Smlouvě ze dne 11. března 2015;
- (e) Dodatek č. 3 ke Smlouvě ze dne 8. února 2017;
- (f) Zákon č. 406/2000 Sb., o hospodaření s energií, v platném znění; a
- (g) Výpis ENESA z obchodního rejstříku.

3. PROVĚŘENÍ OBSAHU SMLOUVY

3.1 Typ a účel Smlouvy

Obecně se smlouvy o poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem uzavírají mezi specializovanými energetickými společnostmi a jejich klienty, kteří ve svých objektech chtějí dosáhnout úspor energie například modernizací zdrojů a rozvodů energie.

Výraz „se zaručeným výsledkem“ je v obsahu těchto smluv reflektován v tom, že energetická společnost se klientovi zaručuje za konkrétní výsledky svých služeb. A zpravidla je odměna z těchto smluv odvislá od dosažených výsledků, respektive úspor.

Městská část Praha 3 a ENESA ve článku 3 Smlouvy deklarovaly, že účel Smlouvy bude dosažení zvýšení energetické účinnosti a snížení provozních nákladů v objektech Městské části Praha 3. Mezi tyto objekty patří celkem devět základních škol, čtyři mateřské školy, Žižkovské divadlo Járy Cimrmana a Sportovní a rekreační areál Pražáčka (podrobný seznam je obsažen v příloze č. 1 Smlouvy).

3.2 Předmět Smlouvy

Výše stanovený účel měl být dosažen realizací třech kroků, které jsou zároveň předmětem Smlouvy:

- 1) Předběžná činnost;
- 2) Provedení základních opatření; a
- 3) Poskytování garance a poskytování energetického managementu.

(a) Předběžná činnost

ENESA se v rámci předběžné činnosti zavázala podrobně ověřit stav využití energie v objektech Městské části Praha 3. Na základech těchto zjištění mělo dojít ke zpracování písemné zprávy a případné úpravě následně prováděných opatření. Plnění této fáze nám nebylo doloženo, nicméně z realizace následující fáze lze mít za to, že předběžná činnost dle Smlouvy byla provedena.

(b) Provedení základních opatření

Další fází projektu bylo provedení tzv. základních opatření. Tato opatření dle Smlouvy spočívala v provedení investic do majetku Městské části Praha 3. Konkrétní popis investic je

uveden v Příloze č. 2 Smlouvy a jedná se jak o úpravu příslušných objektů jako takových, tak o instalaci nového vybavení v těchto objektech. Z Dodatku č. 2 vyplývá, že tyto základní opatření byly dokončeny a předány dne 20. února 2015, a to s výjimkou investic v areálu Pražačka. Tyto investice měly předány nejpozději do 30. dubna 2015. Platby ve výši 48.575.450,- včetně DPH jsou na základě Smlouvy rozloženy do půlročních splátek. Za základní opatření ENESA poskytla záruku za jakost dle ustanovení Článku 9 Smlouvy, a to v trvání: (i) 24 měsíců u strojního zařízení, (ii) 36 měsíců na montážní práce a (iii) 60 měsíců na stavební práce. V případě výskytu vady v záruční době se záruční doba u příslušného předmětu prodlužuje o dobu řádně uplatněné reklamace a dobu, po kterou nemohl být předmět užíván.

Nezanedbatelnou část splátek tvoří úrok ve výši 3,9 % p.a. K ceně základních opatření uvedené výše se za celou dobu splácení jedná o úrok celkem ve výši 9.489.998,- Kč. **Smlouva upravuje možnost předčasného splacení a možnost ušetřit Městské části Praha 3 na úrocích, kdy při předčasném splacení se hradí pouze úroky za dobu od doručení faktury na zaplacení ceny do zaplacení celkové ceny za provedené opatření.** Předčasné splacení je možné za podmínek specifikovaných v Článku 25 Smlouvy a mezi tyto podmínky patří zejména:

- a) Všechny splatné částky ze strany Městské části Praha 3 jsou splaceny;
- b) Při předčasném splacení dojde k úhradě celé dlužné částky spolu s prokazatelnými náklady ENESA na předčasné splacení;
- c) Úhrada bude provedena k některému ze dnů splatnosti jednotlivých splátek;
- d) Záměr předčasného splacení spolu s vyčíslením bude ENESA sdělen nejméně 3 měsíce předem a ENESA proti vyčíslení nevznese námitky.

ENESA je povinna Městské části Praha 3 kdykoli na požádání sdělit výši skutečných nákladů spojených s předčasným splacením.

(c) Poskytování energetického managementu

Po dobu trvání Smlouvy, tj. až do 31. prosince 2023, se ENESA zavázala poskytovat Městské části Praha 3 energetický management tak, jak je to definováno v Článku 11 Smlouvy. Součástí tohoto management je zejména sledování hospodaření s energií v jednotlivých objektech, vyhodnocování tohoto hospodaření a výpočet úspory nákladů a případně doporučení zlepšení hospodaření s energií. Jednou ročně je pak ENESA povinna účastnit se porady s Městskou částí Praha 3 a vypracování průběžné výroční zprávy.

Do 60 dnů od konce Smlouvy se ENESA zavázala vypracovat závěrečnou zprávu o všech investičních opatřeních a průběhu projektu.

Za provádění energetického managementu náleží ENESA dle Smlouvy čtvrtletní odměna ve výši 75.000,- Kč plus DPH.

(d) Poskytnutí záruky za dosažení garantované úspory

ENESA na sebe v rámci Smlouvy převzala závazek, že v důsledku provedených opatření budou po dobu platnosti Smlouvy, tj. do 31. prosince 2023, dosahovány garantované úspory.

Za každé roční období od 1. ledna 2015 do 31. prosince 2023 je ze strany ENESA garantována celková úspora nákladů za toto období (tj. 6 863 000,- Kč s DPH), nikoli úspory nákladů na

jednotlivých objektech nebo na jednotlivých energiích. Úspora zahrnuje úspory nákladů na teplo, plyn, elektřinu, vodu a úspory ostatních provozních nákladů na opravy a údržbu.²

V případě, že z důvodů výlučně na straně ENESA nebo osob, s jejichž pomocí ENESA svůj závazek plnila, bude za konkrétní zúčtovací období v průběhu doby poskytování garance dosaženo nižších úspor nákladů, než činí garantovaná úspora za toto zúčtovací období, zavázala se ENESA za toto zúčtovací období uhradit Městské části Praha 3 sankci ve výši rozdílu mezi skutečnými dosaženými úsporami a garantovanými úsporami. Problematické ustanovení by bylo možné spatřovat v omezení, že nedosažení garantované úspory dojde výlučně z důvodů na straně ENESA. Podle našeho názoru by garance měla znít opačně, a tedy objektivně, což znamená, že nárok na garanci by byl dán vždy, ledaže nedosažení garantovaných úspor zavíní Městská část Praha 3.³

Smluvní strany se dohodly, že bude-li v konkrétním zúčtovacím období dosaženo vyšší úspory nákladů, než činí garantovaná úspora za toto zúčtovací období, vzniká ENESA vůči Městské části Praha 3 právo na zaplacení prémie ve výši 50 % z úspory dosažené nad garantovanou úsporu za toto zúčtovací období. Smlouva dále stanoví, že prémie představuje odměnu za poskytování energetického managementu a související služby po dobu trvání garance. **Z textu Smlouvy tak vyplývá, že v případě nároku na prémii by do této prémie měly být zahrnuty čtvrtletní fixní platby za energetický management. K výplatě roční prémie by tak mělo dojít pouze v případě, že prémie bude vyšší než 300.000,- Kč plus DPH ročně (fixní cena zaplacená za rok energetického managementu).** Pokud prémie bude v daném roce nižší, tak platí, že již byla uhrazena ve fixních platbách za energetický management.⁴

K zajištění záruky za dosažení garantované úspory se ENESA v Dodatku č. 2 zavázala zřídit neodvolatelnou a bezpodmínečnou bankovní záruku ve výši 500.000,- Kč s platností do 30. dubna 2016 a originál záruční listiny předat Městské části Praha 3. Tato bankovní záruka měla být následně obnovována, dokud skutečné úspory nepřekročí výši garantované úspory. Nemáme informace, zda bankovní záruka skutečně byla vystavena a zda došlo nebo dochází k jejímu obnovování.

4. SANKCE A SMLUVNÍ POKUTY

Smlouva pro obě strany stanoví v případě podstatného porušení Smlouvy smluvní pokutu ve výši 10.000,- Kč za každý případ porušení. Vzhledem k tomu, že se jednalo o plnění ve výši více než 48 mil. Kč, tak se z našeho pohledu jedná o poměrně zanedbatelnou částku, jejíž výše podle našeho názoru nemůže ve vztahu k ENESA dosáhnout účelu smluvní pokuty.

Zaplacením sjednané smluvní pokuty není dotčeno právo poškozené strany uplatňovat po druhé straně náhradu škody přesahující smluvní pokutu.

Nad rámec výše uvedeného uvádíme, že z článku III. Dodatku č. 1 ze dne 29. prosince 2014 vyplývá, že na straně ENESA došlo ke vzniku povinnosti uhradit smluvní pokutu, a tedy došlo k podstatnému porušení Smlouvy. V návaznosti na výše uvedené Městská část Praha 3 mohla požadovat i náhradu škody přesahující uhrazenou smluvní pokutu. K takovému uplatnění však

² Správnost výpočtu úspory energií nebyla v rámci tohoto memoranda přezkoumávána.

³ O praxi stran při výplatě garance nebo prémie nemáme informace.

⁴ Je nicméně otázkou, jak byla nastavena praxe stran, která by na výklad tohoto ustanovení mohla mít vliv.

podle našich informací nedošlo a případná náhrada škody bude k dnešnímu dni pravděpodobně promlčená.

5. MOŽNOSTI UKONČENÍ SMLOUVY

Smlouva je uzavřena na dobu určitou, a to do 31. prosince 2023.

Smlouva může být ukončena před dobou jejího uplynutí dvěma způsoby: a) dohodou stran, nebo b) písemným odstoupením za splnění podmínek definovaných ve Smlouvě.

Každá ze smluvních stran je oprávněna odstoupit od Smlouvy v těchto případech:

- a) druhá smluvní strana vstoupí do likvidace;
- b) druhá smluvní strana je v úpadku (úpadkem se rozumí rozhodnutí insolvenčního soudu o úpadku nebo zamítnutí insolvenčního návrhu pro nedostatek majetku);
- c) na druhou smluvní stranu je pravomocně prohlášen konkurs (de facto se kryje s písmenem b), neboť není možné prohlásit konkurs bez rozhodnutí o úpadku);
- d) výslovně stanovených Smlouvou (např. v případě vadného plnění předmětů základních investičních opatření);
- e) podstatného porušení smluvní nebo zákonné povinnosti druhou smluvní stranou.

Odstoupení od smlouvy s uvedením důvodu odstoupení musí být provedeno písemným oznámením doručeným druhé smluvní straně. Z ustanovení Občanského zákoníku platí, že tak musí být učiněno bez zbytečného odkladu poté, co se strana o porušení dozvěděla.

Podstatným porušením smlouvy se rozumí prodlení smluvní strany s plněním nepeněžitých závazků delší než 30 dnů, popřípadě prodlení smluvní strany s plněním peněžitých závazků delší než 90 dnů, za předpokladu, že není sjednána náprava ze strany smluvní strany porušující svou smluvní povinnost do 30 dnů ode dne doručení výzvy druhé smluvní strany ke sjednání nápravy.

Pokud by došlo ze strany Městské části Praha 3 k důvodnému odstoupení od Smlouvy, má ENESA právo na úhradu všech pohledávek jako při předčasném splacení pohledávky za investiční opatření s výjimkou nákladů ENESA na předčasné splacení.

Z důvodů pro odstoupení je z hlediska pravděpodobnosti nejpravděpodobnější možnost odstoupení při podstatném porušení smluvní nebo zákonné povinnosti ze strany ENESA. Avšak takovéto porušení by nesmělo být opraveno v ani v dodatečné lhůtě.

Pokud by došlo k neoprávněnému odstoupení ze strany Městské části Praha 3, vystavovala by se Městská část Praha 3 riziku, že bude muset uhradit:

- a) veškeré splatné platby dle Smlouvy (tedy platbu za management a případně prémii za překročení garantované úspory);
- b) Smluvní pokutu 10.000,- Kč za každý případ porušení (tj. za každou neuhrazenou platbu);
- c) Úroky z prodlení z dlužných plateb, přičemž současná výše zákonných úroků z prodlení je 10 % p.a.;
- d) Případnou škodu – která by však musela být ze strany ENESA vyčíslena a prokázána (toto není příliš pravděpodobné); a
- e) Náhradu nákladů případného soudního řízení.

6. SHRnutí

V návaznosti na výše uvedené je možné dospět k závěrům, že:

- Dle Smlouvy je plnění rozděleno do třech období, přičemž předběžná činnost a realizace investičních opatření již byla dle našich informací provedena.
- Ke snížení nákladů na provedená investiční opatření je z pohledu Městské části Praha 3 možné uvažovat o předčasném splacení pohledávky.
- V současné době tak plnění Smlouvy spočívá v poskytování energetického managementu a záruky za dosažení garantované úspory.
- Z textu Smlouvy vyplývá, že v případě nároku na prémii by do této premie měly být zahrnuty čtvrtletní fixní platby za energetický management. K výplatě roční premie by tak mělo dojít pouze v případě, že premie bude vyšší než 300.000,- Kč plus DPH ročně (fixní cena zaplacená za rok energetického managementu).
- Smlouva je uzavřena na dobu určitou do 31. prosince 2023.
- Možnost ukončení Smlouvy je dána dohodou stran nebo odstoupením jedné strany zejména pro podstatné (a nenapravené) porušení zákonné nebo smluvní povinnosti.
- V případě důvodného odstoupení od Smlouvy má ENESA právo na úhradu všech pohledávek jako při předčasném splacení pohledávky za investiční opatření s výjimkou nákladů ENESA na předčasné splacení.
- V případě neoprávněného odstoupení Městské části Praha 3 hrozí kromě povinnosti uhradit všechny splatné platby dle Smlouvy (jako by nebyla ukončena) také úhrada smluvní pokuty, úroků z prodlení, případné škody a případných nákladů soudního řízení.

7. PŘEDPOKLADY A OMEZENÍ

Toto memorandum je vydáno za těchto předpokladů a s následujícími omezeními:

- (a) Předpokládáme, že informace a dokumenty, které nám byly poskytnuty pro účely vypracování tohoto memoranda, ať už zadavatelem nebo získány z veřejných zdrojů, jsou ve všech podstatných ohledech pravdivé, aktuální, správné, a že nejsou zavádějící.
- (b) Toto memorandum bylo vydáno podle práva platného v České republice.
- (c) Závěry tohoto memoranda nejsou závěry právně závaznými. Závěry obsažené v tomto memorandu vyjadřují právní názor zpracovatele, který se může od právního názoru orgánů veřejné moci (zejména soudů) odlišovat. Nelze vyloučit, že by orgány veřejné moci mohly posoudit jednotlivé otázky odlišně, případně že by mohly dospět k jiným závěrům.

Budete-li mít v souvislosti s výše uvedeným jakékoli další otázky či připomínky, neváhejte se na mě prosím kdykoliv obrátit.

S pozdravem,

Mgr. David Satke, advokát