



UOHSX004TMVS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S177/2011/VZ-12932/2013/521/SWa

Brno 10. července 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 1. 6. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 6. 2011 JUDr. Arturem Ostrým, advokátem, ev. č. ČAK 11317, IČO 86570510, se sídlem Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5,
- vybraný uchazeč – Pražská energetika, a. s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření:

- dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006
- dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007
- dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2010-2011/02“ ze dne 28. 11. 2008 a
- dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011

ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006 ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 se společností Pražská energetika, a. s., IČ 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10, postupoval v rozporu s § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Zadavatel – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007 ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 se společností Pražská energetika, a. s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10, postupoval v rozporu s § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.

Zadavatel – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2010-2011/02“ ze dne 28. 11. 2008 ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 se společností Pražská energetika, a. s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10, postupoval v rozporu s § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

IV.

Zadavatel – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011 ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 se společností Pražská energetika, a. s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10, postupoval v rozporu s § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

V.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10 – ukládá

pokuta ve výši 1 000 000 Kč (jeden milion korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Fakultní nemocnice Královské Vinohrady, IČO 00064173, se sídlem Šrobárova 1150/50, 100 34 Praha 10, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 6. 2011 JUDr. Arturem Ostrým, advokátem, ev. č. ČAK 11317, IČO 86570510, se sídlem Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“) – při uzavírání dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006 a dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007 (dále také „dodatky“) ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 (dále také „smlouva“) uzavřené se společností Pražská energetika, a. s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10 (dále jen „vybraný uchazeč“).
2. Na základě skutečností obsažených v podání si Úřad od zadavatele vyžádal příslušnou dokumentaci, po jejímž posouzení získal Úřad pochybnost, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem při uzavření dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006 a dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007, kterými byla navýšena cena za dodávky elektřiny, když uvedené dodatky uzavřel s vybraným uchazečem bez předchozího zadávacího řízení, a proto Úřad v uvedené věci zahájil správní řízení z moci úřední.

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

3. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.

4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-7875/2011/530/SWa ze dne 30. 5. 2011. Oznámení o zahájení správního řízení bylo prvním účastníkovi správního řízení doručeno dne 1. 6. 2011, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-7876/2011/530/SWa ze dne 30. 5. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v souvislosti s šetřenými dodatky v průběhu správního řízení, případně o uzavření dalších dodatků ke smlouvě ze dne 17. 3. 2004.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 24. 6. 2011

5. Zadavatel vyjádřil své stanovisko dopisem ze dne 24. 6. 2011, který Úřad obdržel dne 27. 6. 2011. Zadavatel uvádí, že smlouva s vybraným uchazečem byla uzavřena před plnou deregulací trhu s elektrickou energií. Zadavatel trvá na tom, že akceptací předmětných cenových nabídek k uzavření nové smlouvy, která by měla být předmětem zadání veřejné zakázky, nedošlo. Možnost změny cen v závislosti na pohybu inflace a cenách na trhu s elektřinou je součástí již původního smluvního ujednání obsaženého v čl. IX smlouvy, kde je sjednán i přesný způsob určení nových cen podle zde uvedeného vzorce, který zohledňuje hladinu cen za silovou elektřinu dominantního dodavatele silové elektřiny v České republice s použitím cenového indexu pro silovou elektřinu. Zadavatel podotýká, že ponechal fungující smluvní vztah s vybraným uchazečem v platnosti i z toho důvodu, že se jedná o zařízení nemocnice, jejíž provoz je na spolehlivé dodávce elektrické energie zcela závislý. Případné výpadky v dodávce elektřiny způsobené nejistotou při výběru nového případného smluvního partnera by se mohly nepříznivě odrazit na jejím provozu, případně i ohrozit zdraví pacientů.
6. Zadavatel dále namítá, že skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nebyla přijetím předmětných cenových nabídek naplněna, neboť zákon v § 17 písm. j) definuje uchazeče jako dodavatele, který podal nabídku v zadávacím řízení. Zadávací řízení se v případech projednávaných cenových nabídek nekonalo, a proto zadavatel neuzavřel smlouvu s vybraným uchazečem jako dodavatelem, který podal nabídku v zadávacím řízení. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

IV. DOPLNĚNÍ PODKLADŮ PRO ROZHODNUTÍ

7. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-3678/2012/550/SWa ze dne 10. 4. 2012 požádal vybraného uchazeče o doložení způsobu výpočtu navýšení ceny za odběr elektřiny v letech 2007, 2008 a 2009, tj. o zaslání kalkulací cen předložených zadavateli v cenové nabídce ze dne 3. 11. 2006 a cenové nabídce ze dne 3. 10. 2007 podle vzorce uvedeného v čl. IX smlouvy a předložení údajů, ze kterých vybraný uchazeč při výpočtu uvedených cenových nabídek vycházel, za účelem prokázání, že k navyšování cen za odběr elektřiny docházelo pouze na základě zohlednění inflace a pohybu cen na trhu s elektřinou.
8. Vybraný uchazeč v dopise ze dne 16. 4. 2012 uvedl, že cenové kalkulace byly zpracovány v souladu se smlouvou ve vazbě na výši cen na velkoobchodním trhu s elektřinou, inflaci

a devizový kurz. Při zpracování cenových kalkulací v letech 2007 až 2009 bylo podle sdělení vybraného uchazeče přihlíženo k uvedenému vzorci, který vyjadřuje ocenění předpokládaného odběrového diagramu zákazníka produkty velkoobchodního trhu s elektřinou. V příloze č. 1 dopisu vybraný uchazeč zaslal přehled cen silové elektřiny v letech 2006 až 2009 a cen základního produktu na velkoobchodním trhu. Dále vybraný uchazeč zaslal přehled konečných cen z aukce ČEZ z roku 2006 a pro získání přehledu cen z burzy odkázal na webové stránky www.pxe.cz a pro získání přehledu vývoje devizového kurzu na webové stránky www.cnb.cz.

9. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-13763/2012/550/SWa ze dne 4. 9. 2012 požádal vybraného uchazeče o sdělení, zda cenové kalkulace uvedené v cenové nabídce ze dne 3. 11. 2006 a cenové nabídce ze dne 3. 10. 2007 odpovídají vzorci uvedenému v čl. IX smlouvy a dále o doložení výpočtů jednotlivých cen za silovou elektřinu předložených zadavateli v cenové nabídce ze dne 3. 11. 2006 a cenové nabídce ze dne 3. 10. 2007.
10. Vybraný uchazeč dopisem ze dne 12. 9. 2012 Úřadu sdělil, že cena byla podle smlouvy stanovena dohodou smluvních stran. Vybraný uchazeč uvedl, že při stanovení nabídkových cen přihlížel k pohybu inflace, k pohybu cen na velkoobchodním trhu s elektřinou a později k devizovému kurzu. K výsledku výpočtu podle vzorce uvedeného v čl. IX smlouvy přihlížel vybraný uchazeč při konstrukci nabídkové ceny pro rok 2007 a rovněž přihlédl i k dalším okolnostem, především k pohybu inflace. V nabídce na rok 2008 byly využity produkty Energetické burzy Praha.
11. Dopisem č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-17311/2012/521/SWa ze dne 17. 9. 2012 seznámil Úřad účastníky řízení s nově zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-17391/2012/521/SWa ze dne 17. 9. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

V. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 20. 9. 2012

12. Vyjádření zadavatele ze dne 20. 9. 2012 obdržel Úřad dne 24. 9. 2012. Zadavatel se domnívá, že z vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16. 4. 2012 a dne 12. 9. 2012 vyplývá, že ceny za odběr elektřiny byly navyšovány s ohledem na pohyb inflace a cen na trhu s elektřinou v souladu s čl. IX smlouvy. Zadavatel dále odkazuje na své vyjádření ze dne 24. 6. 2011 a trvá na tom, že možnost změny cen byla zakotvena v původní smlouvě a k uzavření nových smluv tedy nedošlo, a proto nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

VI. DOPLNĚNÍ PODKLADŮ PRO ROZHODNUTÍ

13. Úřad z internetových stránek zadavatele (www.fnkv.cz) zjistil, že zadavatel dne 5. 10. 2011 podepsal cenové ujednání za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012 a následně rozhodl o zahájení otevřeného řízení k nadlimitní veřejné zakázce „Sdružené dodávky elektrické energie pro FNKV“ na období od července 2012 do prosince 2013. Dne 27. 6. 2012 došlo

k uzavření Smlouvy o sdružených službách dodávky elektřiny č. 911660. Úřad proto usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-18956/2012/521/SWa ze dne 9. 10. 2012 požádal zadavatele o předložení všech dodatků ke smlouvě ze dne 17. 3. 2004, které Úřadu doposud nebyly doloženy, tj. zejména cenových ujednání z let 2008 až 2012, případně dalších dodatků. Dále Úřad požádal zadavatele o zaslání údajů o výši částek uhrazených zadavatelem za odběr elektřiny na základě smlouvy v letech 2011 a 2012 a o doložení způsobu ukončení Smlouvy o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004. Zadavatel předložil Úřadu dokumenty požadované citovaným usnesením dne 16. 10. 2012 a doplnil je dne 17. 10. 2012.

14. Dopisem č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-20346/2012/521/SWa ze dne 5. 11. 2012 seznámil Úřad účastníky řízení s nově zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení a oznámil, že správní řízení zahájené ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem při uzavření dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006 a dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007 ke smlouvě ze dne 17. 3. 2004 je vedeno rovněž ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem při uzavření dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2010 2011/02“ ze dne 28. 11. 2008 a dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-20833/2012/521/SWa ze dne 5. 11. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

VII. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 12. 11. 2012

15. Vyjádření zadavatele ze dne 12. 11. 2012 obdržel Úřad dne 13. 11. 2012. Zadavatel odkazuje na svá předchozí vyjádření učiněná v rámci správního řízení a uvádí, že i při uzavírání posledních dvou dodatků byly ceny za odběr elektřiny navyšovány s ohledem na pohyb inflace a cen na trhu s elektřinou v souladu s čl. IX smlouvy. Zadavatel navrhuje, aby vybraný uchazeč i u posledních dvou dodatků doložil způsob výpočtu cen za odběr elektřiny a předložil údaje, ze kterých vycházel v cenových nabídkách. Zadavatel trvá na tom, že možnost změny cen byla zakotvena v původní smlouvě a k uzavření nových smluv tedy nedošlo, a proto nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

VIII. VYJÁDŘENÍ VYBRANÉHO UCHAZEČE ZE DNE 13. 11. 2012

16. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 13. 11. 2012 obdržel Úřad dne 14. 11. 2012. Vybraný uchazeč nenavrhoval žádné další důkazy a k podkladům rozhodnutí se nevyjádřil, pouze uvedl, že cenové ujednání nebylo uzavřeno dne 5. 10. 2011, ale dne 25. 10. 2011.

IX. DOPLNĚNÍ PODKLADŮ PRO ROZHODNUTÍ

17. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-22331/2012/521/SWa ze dne 27. 11. 2012 požádal vybraného uchazeče o sdělení, zda cenové kalkulace uvedené v cenové nabídce

ze dne 28. 11. 2008 a cenové nabídky ze dne 5. 10. 2011 odpovídají vzorci uvedenému v čl. IX smlouvy, dále o doložení výpočtů jednotlivých cen za silovou elektřinu předložených zadavateli v cenové nabídce ze dne 28. 11. 2008 a cenové nabídce ze dne 5. 10. 2011 a rovněž o předložení údajů, ze kterých vybraný uchazeč při výpočtu uvedených cenových nabídek vycházel.

18. Vybraný uchazeč v dopise ze dne 3. 12. 2012 uvedl, že cenové kalkulace byly zpracovány v souladu se smlouvou ve vazbě na výši cen na velkoobchodním trhu s elektřinou, inflaci a devizový kurz. Vzorec cenového indexu uvedený ve smlouvě představoval matematické vyjádření pohybu velkoobchodního trhu s elektřinou. Z hlediska fungování velkoobchodního trhu s elektřinou byly až do roku 2007 rozhodující aukce velkoobchodní elektřiny dominantního dodavatele elektřiny společnosti ČEZ, a. s., (roční, měsíční, kvartální produkty) pořádané jednorázově v období srpna a září. Zásadní změnou v organizaci velkoobchodního trhu s elektřinou bylo otevření Energetické burzy v Praze (PXE) v roce 2007 v důsledku implementace příslušných směrnic EU týkajících se fungování trhu s elektřinou. Při cenových kalkulacích na roky 2010, 2011 a 2012 vycházel vybraný uchazeč z uvedeného vzorce, který vyjadřuje ocenění předpokládaného odběrového diagramu zákazníka pro jednotlivá období (odběrový diagram se pro každý rok měnil dle struktury spotřeby v areálu nemocnice) produkty velkoobchodního trhu s elektřinou. Ceny silové elektřiny na roky 2010 a 2011 vycházely z cen standardních produktů na PXE z roku 2008. Tyto ceny (na část roku 2010 a na celý rok 2011) byly ještě v průběhu roku 2010 na základě dodatku ze dne 31. 8. 2010 sníženy o 100 Kč/MWh. Při stanovení cen silové elektřiny na rok 2012 vycházel vybraný uchazeč především z cen standardních produktů na PXE z roku 2011. Dále vybraný uchazeč zaslal přehled cen silové elektřiny pro zákazníka v letech 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 a 2012 a ceny základního produktu na velkoobchodním trhu v uvedeném období včetně indexů vyjadřujících nárůst ceny silové elektřiny v jednotlivých letech.
19. Dopisem č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-23208/2012/521/SWa ze dne 7. 12. 2012 seznámil Úřad účastníky řízení s nově zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S177/2011/VZ-23210/2012/521/SWa ze dne 7. 12. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

X. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 11. 12. 2012

20. Vyjádření zadavatele ze dne 11. 12. 2012 obdržel Úřad dne 13. 12. 2012. Zadavatel se domnívá, že z vyjádření vybraného uchazeče ze dne 3. 12. 2012 vyplývá, že cenové kalkulace ze dne 28. 11. 2008 (nabídka pro roky 2010 a 2011) a ze dne 5. 10. 2011 (nabídka pro rok 2012) byly provedeny v souladu s čl. IX smlouvy. Podle zadavatele je zřejmé, že podstatou ujednání obsaženého v čl. IX písm. a) smlouvy bylo, aby cena elektřiny na další rok byla stanovena s ohledem na pohyb inflace a cen na trhu s elektřinou. Další ujednání pod písm. c) čl. IX smlouvy stanoví jako pomocné kritérium, že se má přihlídnout k hladině cen za silovou elektřinu dominantního dodavatele silové elektřiny v České republice za použití cenového indexu pro silovou elektřinu podle zde uvedeného vzorce. Na tento vzorec je podle zadavatele nutno pohlížet jako na matematické vyjádření ujednání smluvních stran,

že cenové nabídky na další období mají odrážet pohyby na velkoobchodním trhu s elektřinou. Zadavatel uvádí, že veškeré cenové nabídky vybraného uchazeče, které jsou předmětem tohoto řízení, vycházely ze vzorce podle čl. IX odst. 3 smlouvy. Pro stanovení cenového indexu pak byly použity pouze místo cen z aukcí velkoobchodní elektřiny dominantního dodavatele ČEZ, a. s., ceny standardních produktů PXE pro předmětné období, což odráželo změny v organizaci velkoobchodního trhu s elektřinou po roce 2007. Nabídky tedy odrážely pohyby na velkoobchodním trhu s elektřinou, což bylo podstatou smluvního ujednání v čl. IX smlouvy.

XI. VYJÁDŘENÍ VYBRANÉHO UCHAZEČE ZE DNE 17. 12. 2012

21. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 17. 12. 2012 obdržel Úřad dne 18. 12. 2012. Vybraný uchazeč nenavrhł žádné další důkazy a k podkladům rozhodnutí se nevyjádřil.

XII. ZÁVĚRY ÚŘADU

22. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu Smlouvy o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004, dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006, dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007, dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2010-2011/02“ ze dne 28. 11. 2008, dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011, vyjádření účastníků správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při uzavírání šetřených dodatků nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
23. Úřad uvádí, že naplnění skutkových podstat správních deliktů je nutné posuzovat podle právní úpravy platné v době uzavírání jednotlivých smluv či dodatků. Pokud není dále v textu rozhodnutí uvedeno, které znění zákona je citováno, jedná se o znění zákona platné v době uzavírání všech šetřených dodatků.
24. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
25. Podle § 12 odst. 1 zákona, ve znění účinném do 14. 3. 2008, se nadlimitní veřejnou zakázkou se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 odpovídá nejméně finančnímu limitu uvedenému v § 12 odstavci 2, 3 nebo 4. Finanční limity v § 12 odstavcích 2, 3 a 4 jsou uvedeny bez daně z přidané hodnoty.
26. Podle § 12 odst. 2 zákona, ve znění účinném do 14. 3. 2008, činí finanční limit v případě veřejných zakázek na dodávky 4 290 000 Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona.

27. Podle § 12 odst. 1 zákona, ve znění účinném do 11. 9. 2011, se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.
28. Podle § 12 odst. 2 zákona, ve znění účinném do 11. 9. 2011, se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu § 12 odst. 1 zákona.
29. Podle § 2 odst. 1 písm. a) nařízení vlády č. 77/2008 Sb. ze dne 25. února 2008, o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, (dále jen „nařízení vlády“) ve znění účinném do 31. 12. 2009, činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na dodávky 3 782 000 Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona.
30. Podle § 2 odst. 1 písm. a) nařízení vlády, ve znění účinném do 8. 10. 2011, činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na dodávky 3 236 000 Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona.
31. Podle § 21 odst. 1 zákona je zadavatel povinen veřejnou zakázku zadat v některém z těchto zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
 - b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
 - e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).
32. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
33. Zadavatel uzavřel za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, s vybraným uchazečem Smlouvu o sdružených službách

dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004, v níž byla cena dodávky elektřiny určena součtem ceny za silovou elektřinu stanovené v níže uvedené tabulce a hodnoty poplatku za činnosti zúčtování operátora trhu s elektřinou ve výši podle platného cenového rozhodnutí Energetického regulačního úřadu. Ceny uvedené v tabulce neobsahují daň z přidané hodnoty (dále jen „DPH“).

Položky tarifu: Bld/NKV	Ceny tarifu(Kč)	
	ZIMA	LÉTO
Cena za 1 kW sjednaného ¼ hodinového maxima elektrického výkonu [Kč/kW]	73,80	59,00
Cena za 1 kW překročení sjednaného ¼ hodinového maxima elektrického výkonu [Kč/kW]	132,80	132,80
Cena za činnou spotřebu elektrické práce ve špičkovém tarifu (ŠT) [Kč/kWh]	1,23	0,86
Cena za činnou spotřebu elektrické práce ve vysokém tarifu (VT) [Kč/kWh]	0,83	0,58
Cena za činnou spotřebu elektrické práce v nízkém tarifu (NT) [Kč/kWh]	0,59	0,41

34. Zadavatel uveřejnil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů dne 1. 12. 2004 pod evid. č. 50002217 v informačním systému o veřejných zakázkách a dne 7. 12. 2004 v Úředním věstníku Evropské unie pod evid. č. 2004/S 238-204945 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Dodávka elektrické energie pro Fakultní nemocnici Královské Vinohrady“. Předpokládaná cena veřejné zakázky za předpokládanou dobu plnění od 1. 3. 2005 do 31. 12. 2005 byla stanovena na 18 150 000 Kč bez DPH. Zadavatel dne 1. 3. 2005 rozhodl o zrušení uvedené veřejné zakázky a další výběrové řízení na dodavatele elektrické energie nevyhlásil. Zadavatel ponechal v platnosti Smlouvu o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 (dále jen „smlouva“).
35. Podle čl. IX smlouvy, „Způsob stanovení ceny na další období“, se zadavatel a vybraný uchazeč zavazují každý rok v období od 1. 10. do 30. 11. jednat o ceně za silovou elektřinu na další rok s ohledem na pohyb inflace a cen na trhu s elektřinou. Vybraný uchazeč se zavazuje do 5. pracovního dne v měsíci říjnu předložit cenovou nabídku na další kalendářní rok a zadavatel se zavazuje do 20. pracovního dne v měsíci říjnu odpovědět na předloženou písemnou nabídku. V případě, že se smluvní strany na ceně za silovou elektřinu pro další rok nedohodnou, skončí účinnost smlouvy ke dni 31. 12. kalendářního roku, ve kterém se smluvní strany na ceně za silovou elektřinu nedohodly. Cenová nabídka bude vypracována s přihlédnutím k hladině cen za silovou elektřinu dominantního dodavatele silové elektřiny v České republice s použitím cenového indexu pro silovou elektřinu.

Cenový index pro silovou elektřinu $I_{SE} = [N_T(D_{T-2}, P_{\text{ČEZ } T})] / [N_{T-1}(D_{T-2}, P_{\text{ČEZ } T-1})]$, kde:

T je rok, na který je stanovována cena

I_{SE} cenový index pro silovou elektřinu

D odběrový diagram

$P_{\text{ČEZ}}$ produkty ČEZ, a. s.

$N_T(D_{T-2}, P_{\text{ČEZ } T})$ ocenění diagramu zákazníka produkty ČEZ, a. s.

Cena za dodávku silové elektřiny pro příslušný kalendářní rok bude stanovena v maximální výši:

$$C_{SE T} = C_{SE T-1} \times I_{SE}$$

$C_{SE T}$ = cena za dodávku silové elektřiny pro příslušný kalendářní rok

36. Ke smlouvě byl uzavřen dodatek č. 1 ze dne 1. 2. 2007, kterým byla upřesněna specifikace odběrného místa, a ze strany zadavatele bylo potvrzeno celkem pět cenových nabídek vybraného uchazeče, jedna za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a čtyři za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
37. Na základě potvrzení cenové nabídky vybraného uchazeče „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006 byla navýšena cena za silovou elektřinu pro kalendářní rok 2007 následovně:

Položka tarifu	Jednotka	Cena léto (Kč)	Cena zima (Kč)
Činná spotřeba ŠT	kWh	1,54	2,16
Činná spotřeba VT	kWh	0,98	1,39
Činná spotřeba NT	kWh	0,69	0,98
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	104,20	128,10
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	230,40	230,40
Překročení sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31
Nedočerpání sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31

38. Na základě potvrzení cenové nabídky vybraného uchazeče „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007 byla navýšena cena za silovou elektřinu pro kalendářní roky 2008 a 2009 následovně:

Cena silové elektřiny pro rok 2008

Položka produktu	Jednotka	Cena zima (Kč)	Cena léto (Kč)
Činná spotřeba ŠT	kWh	2,52	1,81
Činná spotřeba VT	kWh	1,62	1,15

Činná spotřeba NT	kWh	1,14	0,81
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	149,20	122,50
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	267,50	267,50
Překročení sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31
Nedočerpání sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31

Cena silové elektřiny pro rok 2009

Položka produktu	Jednotka	Cena zima (Kč)	Cena léto (Kč)
Činná spotřeba ŠT	kWh	2,73	1,99
Činná spotřeba VT	kWh	1,76	1,27
Činná spotřeba NT	kWh	1,24	0,90
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	161,10	134,10
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	290,50	290,50
Překročení sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31
Nedočerpání sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31

39. Zadavatel dne 28. 11. 2008 potvrdil cenovou nabídky vybraného uchazeče „Cenová nabídka č. 100641/2010-2011/02“, čímž došlo k navýšení ceny za odběr silové elektřiny pro kalendářní roky 2010 a 2011 následovně:

Cena silové elektřiny pro rok 2010

Položka produktu	Jednotka	Cena zima (Kč)	Cena léto (Kč)
Činná spotřeba ŠT	kWh	2,90	2,13
Činná spotřeba VT	kWh	1,86	1,36
Činná spotřeba NT	kWh	1,32	0,95
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	172,70	145,00
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	310,10	310,10
Překročení sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31
Nedočerpání sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31

Cena silové elektřiny pro rok 2011

Položka produktu	Jednotka	Cena zima (Kč)	Cena léto (Kč)
Činná spotřeba ŠT	kWh	2,98	2,23
Činná spotřeba VT	kWh	1,90	1,42
Činná spotřeba NT	kWh	1,34	0,98
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	178,70	153,40
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	352,90	352,90
Překročení sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31

Nedočerpání sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31
-------------------------------	-----	------	------

40. Na základě potvrzení cenové nabídky vybraného uchazeče „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011 pak byla upravena cena za silovou elektřinu pro kalendářní rok 2012 následovně:

Položka tarifu	Jednotka	Cena léto (Kč)	Cena zima (Kč)
Činná spotřeba ŠT	kWh	1,87	1,48
Činná spotřeba VT	kWh	1,49	1,32
Činná spotřeba NT	kWh	0,85	0,91
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	111,00	100,00
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	222,00	200,00
Překročení sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31
Nedočerpání sjednané spotřeby	kWh	0,31	0,31

41. Ze sdělení zadavatele ze dne 10. 3. 2011, vyplývá, že zadavatel v roce 2006 za odběr elektřiny uhradil částku 20 014 794,45 Kč bez DPH, v roce 2007 částku 24 015 832,69 Kč bez DPH, v roce 2008 částku 27 964 221,82 Kč bez DPH, v roce 2009 částku 31 035 354,97 Kč bez DPH a v roce 2010 částku 35 131 620,34 bez DPH. Ze sdělení zadavatele ze dne 15. 10. 2012 vyplývá, že zadavatel v roce 2011 za odběr elektřiny uhradil částku 37 388 433,94 Kč bez DPH a v období od ledna do června roku 2012 částku 16 049 306,82 Kč bez DPH. Smlouva o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 byla vypovězena a smluvní vztah ukončen ke dni 30. 6. 2012.
42. K postupu zadavatele Úřad uvádí, že smyslem zákona je zajištění rámce pro efektivní vynakládání finančních prostředků zadavatelů při pořizování dodávek, služeb a stavebních prací, čehož lze dosáhnout pouze v transparentně provedeném zadávacím řízení, tedy postupem zajišťujícím nejvyšší míru konkurence, která je předpokladem pro získání co nejvýhodnějších podmínek pro zadavatele. V šetřeném případě zadavatel ke smlouvě uzavřené před účinností zákona sjednával dodatky, kterými byly navyšovány jednotkové ceny za poskytované dodávky elektřiny.
43. Úřad uvádí, že v případě uzavírání dodatků ke smlouvám je navýšení ceny za totožný předmět plnění tzv. podstatnou změnou smlouvy, která vyžaduje zadání nové veřejné zakázky. Vzhledem ke skutečnosti, že potvrzením uvedených cenových nabídek vybraného uchazeče došlo k navýšení ceny za dodávky elektřiny, z hlediska zákona je nutné předmět plnění těchto dodatků považovat za předmět samostatných veřejných zakázek, které měly být zadány podle zákona.
44. Otázkou, za jakých podmínek mohou být změněny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem (dodavatelem či poskytovatelem služeb), se zabýval rovněž Soudní dvůr Evropské unie ve věci C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku

ze dne 19. 6. 2008 (dále jen „Presstext“), kde mimo jiné konstatoval, že „relevantním kritériem pro určení, zda sjednání takového ustanovení představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy...“. Soudní dvůr Evropské unie zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: „Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“ Soudní dvůr Evropské unie dále konstatoval, že „cena představuje důležitou podmínku veřejné zakázky. Změna takové podmínky během doby platnosti zakázky při neexistenci výslovného zmocnění v tomto smyslu, obsaženého v původní veřejné zakázce, by znamenala riziko porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči.“ Z uvedeného rozsudku Soudního dvora Evropské unie zveřejněného na internetových stránkách <http://curia.europa.eu> tedy vyplývá, že v závislosti na tom, zda se jedná o změnu nepodstatnou nebo podstatnou, lze konstatovat její přípustnost či nepřípustnost, přičemž Soudní dvůr Evropské unie výslovně konstatoval, že podstatné změny přípustné nejsou.

45. Pro úplnost Úřad podotýká, že pravidla pro posouzení toho, zda se jedná o podstatné změny smlouvy, definované Soudním dvorem Evropské unie již byla včleněna do § 82 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném od 1. 4. 2012, podle kterého zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7,
 - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
 - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
46. K argumentaci zadavatele a vybraného uchazeče, že k navyšování cen za dodávky elektřiny docházelo na základě a v souladu s čl. IX smlouvy Úřad uvádí, že Soudní dvůr Evropské unie ve výše citovaném rozhodnutí označuje za zakázané mimo jiné takové změny smlouvy, které mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Soudní dvůr Evropské unie zároveň zdůraznil, že cena představuje důležitou podmínku veřejné zakázky a změna takové podmínky během doby platnosti zakázky vyžaduje existenci výslovného zmocnění v tomto smyslu obsaženého v původní veřejné zakázce. Úřad uvádí, že zmiňovanou „existenci výslovného zmocnění“ k možnosti měnit v budoucnu cenu veřejné zakázky je zejména s ohledem na zásadu transparentnosti nutno vykládat restriktivně, tedy v tom smyslu, že nepostačí pouze obecná proklamace, že cena veřejné zakázky bude na základě dohody

stran během platnosti smlouvy měněna, ale ve smlouvě musí být stanoven přesný mechanismus výpočtu navýšení ceny za plnění veřejné zakázky.

47. Čl. IX smlouvy obsahuje ujednání o tom, že se zadavatel a vybraný uchazeč zavazují každý rok v období od 1. 10. do 30. 11. jednat o ceně za silovou elektřinu na další rok s ohledem na pohyb inflace a cen na trhu s elektřinou. Dále čl. IX stanovil, že cenová nabídka bude vypracována s přihlédnutím k hladině cen za silovou elektřinu dominantního dodavatele silové elektřiny v České republice s použitím cenového indexu pro silovou elektřinu (viz odstavec 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž cena za dodávku silové elektřiny pro příslušný kalendářní rok bude stanovena v maximální výši $C_{SET} = C_{SET-1} \times I_{SE}$, kde C_{SET} představuje cenu za dodávku silové elektřiny pro příslušný kalendářní rok.
48. Způsob stanovení cen za odběr elektřiny na další období byl tedy ve smlouvě určen tak, že vybraný uchazeč se zavázal při tvorbě cen „přihlédnout“ k hladině cen za silovou elektřinu na velkoobchodním trhu s použitím cenového indexu. Ve smlouvě byl dále obsažen závazek vybraného uchazeče, že ceny elektřiny na další období budou odpovídat maximálně navýšení podle indexu I_{SE} vypočteného podle vzorce uvedeného v čl. IX smlouvy. Úřad uvádí, že citovaný způsob výpočtu ceny elektřiny na další období podle vzorce vyjadřujícího nárůst cen na velkoobchodním trhu s elektřinou považuje ve světle pravidel stanovených Soudním dvorem Evropské unie ve věci Pressetext za akceptovatelný. V čl. IX smlouvy bylo dále uvedeno, že cena měla být stanovena rovněž „s ohledem“ na pohyb inflace, avšak nebyl určen způsob, jakým se tak stane a z jakých údajů o pohybu inflace bude vybraný uchazeč vycházet.
49. Úřad v rámci správního řízení požádal vybraného uchazeče o sdělení a doložení způsobu výpočtu cen předložených zadavateli v jednotlivých cenových nabídkách. Vybraný uchazeč dopisem ze dne 12. 9. 2012 na dotaz Úřadu sdělil, že k výsledku výpočtu podle vzorce uvedeného v čl. IX smlouvy přihlížel vybraný uchazeč pouze při konstrukci nabídkové ceny pro rok 2007 a rovněž přihlédl i k dalším okolnostem, především k pohybu inflace o 2,8 %. V nabídce na rok 2008 a následujících cenových nabídkách již byly využity produkty Energetické burzy Praha, která nahradila produkty z aukce ČEZ, a. s. Vybraný uchazeč rovněž uvedl, že roční index velkoobchodních cen I_{SE} na rok 2007 činil 1,195. V souladu s čl. IX smlouvy tedy mělo maximální navýšení cen v roce 2007 činit 1,195násobek cen, za které zadavatel odebíral elektřinu od vybraného uchazeče v roce 2006. Z údajů předložených vybraným uchazečem však vyplývá, že nárůst cen v roce 2007 byl v průměru 1,21násobně vyšší oproti roku 2006 (viz níže uvedená tabulka). Vybraný uchazeč tedy při stanovení výše cen na rok 2007 nerespektoval pravidlo obsažené v čl. IX smlouvy, podle kterého měly ceny elektřiny na další období odpovídat maximálně navýšení podle indexu I_{SE} vypočteného podle vzorce uvedeného v čl. IX smlouvy. Čl. IX smlouvy nebyl podle vyjádření vybraného uchazeče respektován ani při přípravě dalších cenových nabídek, když namísto vzorce operujícího s produkty z aukce ČEZ, a. s., vybraný uchazeč vycházel při tvorbě nabídek z produktů Energetické burzy Praha.

Položka tarifu		Ceny 2006 (Kč)	Ceny 2007 (Kč)	Index růstu cen
ZIMA				
Činná spotřeba ŠT	kWh	1,80	2,16	1,200
Činná spotřeba VT	kWh	1,16	1,39	1,198
Činná spotřeba NT	kWh	0,81	0,98	1,210
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	107,60	128,10	1,191
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	193,60	230,40	1,190
LÉTO				
Činná spotřeba ŠT	kWh	1,25	1,54	1,232
Činná spotřeba VT	kWh	0,80	0,98	1,225
Činná spotřeba NT	kWh	0,57	0,69	1,211
Sjednaný ¼ hod. výkon	kW	86,10	104,20	1,210
Překročení sjednaného ¼ hod. výkonu	kW	193,60	230,40	1,190
PRŮMĚR				1,210

50. S ohledem na výše uvedené má Úřad za prokázané, že navyšování cen za odběr elektřiny akceptací cenových nabídek vybraného uchazeče ze dne 3. 11. 2006, 3. 10. 2007, 28. 11. 2008 a 5. 10. 2011 neprobíhalo v souladu s čl. IX smlouvy. S ohledem na výše citovaný rozsudek Soudního dvora Evropské unie tak zadavatel po uzavření smlouvy dodatky měnil způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána. Taková změna smlouvy je považována za podstatnou a je nepřijatelná.
51. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že před uzavřením dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006, dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007, dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2010-2011/02“ ze dne 28. 11. 2008 a dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011 ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004 s vybraným uchazečem nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

XIII. ULOŽENÍ POKUTY

52. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném do 31. 12. 2009, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné

zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.

53. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném od 1. 1. 2010, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
54. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správních deliktů tím, že před uzavřením dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2007/02“ ze dne 3. 11. 2006, dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní roky 2008 a 2009“ ze dne 3. 10. 2007, dodatku „Cenová nabídka č. 100641/2010-2011/02“ ze dne 28. 11. 2008 a dodatku „Nabídka ceny za silovou elektřinu na kalendářní rok 2012“ ze dne 5. 10. 2011 ke Smlouvě o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100641 ze dne 17. 3. 2004, s vybraným uchazečem nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zadavatel uzavřel uvedené dodatky, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejných zakázek, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
55. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
56. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V případě šetřených správních deliktů musel Úřad posoudit každý dodatek ke smlouvě zvlášť, přičemž vycházel z předpokladu, že je-li lhůta pro zahájení správního řízení zachována u nejdříve uzavřeného dodatku, bude zachována i u všech později uzavřených dodatků. Za nejstarší protiprávní jednání zadavatele považuje Úřad akceptaci cenové nabídky ze dne 3. 11. 2006. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 29. 12. 2009, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 1. 6. 2011. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt spáchaný při uzavření dodatku ze dne 3. 11. 2006 nezanikla. Vzhledem k tomu, že zbývající dodatky ke smlouvě byly uzavřeny později, je i v jejich případě lhůta pro zahájení správního řízení dodržena.
57. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ve znění účinném do 31. 12. 2009, se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
58. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ve znění účinném od 31. 12. 2009 do 31. 3. 2012, se za správní delikt uloží pokuta do 5 %, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

59. V souladu se zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle nejpřísněji trestného správního deliktu, tj. deliktu, za který je možno uložit nejpřísnější sankci (nejvyšší pokutu). Ceny veřejných zakázek, při jejichž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za které může být zadavateli uložena pokuta, činí u dodatku ze dne 3. 11. 2006 za rok 2007 částku 28 578 840,90 Kč včetně DPH, u dodatku ze dne 3. 10. 2007 za roky 2008 až 2009 částku 70 519 849,93 Kč včetně DPH, u dodatku ze dne 28. 11. 2008 za roky 2010 až 2011 částku 87 024 065,14 včetně DPH a u dodatku ze dne 5. 10. 2011 za období od ledna do června roku 2012 částku 19 259 168,18 Kč včetně DPH. Nejvyšší pokutu je možné uložit za delikt spáchaný při uzavření dodatku ze dne 28. 11. 2008. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 4 351 203 Kč.
60. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
61. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona právě postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, musel by veřejnou zakázku zadat v otevřeném či užším řízení a její zadání zveřejnit v informačním systému o veřejných zakázkách. Zadavatel tak svým postupem znemožnil účast dalších případných dodavatelů a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, obdržel by nabídky dalších uchazečů, přičemž ti mohli podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Uvedený postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. V posuzovaném případě se tedy jednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější.
62. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel v šetřeném případě spáchal více správních deliktů, respektive naplnil totožnou skutkovou podstatu opakovaně (vícečinný souběh stejnorodý), když uzavíral jednotlivé dodatky ke smlouvě. Jak vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozhodnutí č. j. 7 Afs 72/2012-45 ze dne 22. 11. 2012 nebo rozhodnutí č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při ukládání sankce za sbíhající se delikty postupuje správní orgán v souladu s absorpční zásadou, tedy vyměří pokutu za jeden ze sbíhajících se deliktů a zároveň je oprávněn v rámci hodnocení závažnosti jednání přihlédnout jakožto k přitěžující okolnosti i k tomu, že bylo spácháno více deliktů (ať již v jednočinném nebo vícečinném souběhu).
63. Ve prospěch zadavatele přihlédl Úřad ke skutečnosti, že v době uzavírání šetřených dodatků ke smlouvě nebylo zákonem upraveno, jaké změny smluv jsou považovány za nepřípustné. Za polehčující okolnost lze dále považovat skutečnost, že zadavatel v průběhu správního

řízení s účinností k 30. 6. 2012 vypověděl smlouvu uzavřenou dne 17. 3. 2004. Současně zadavatel zahájil zadávací řízení na dodávky elektrické energie a v elektronické aukci vybral současného dodavatele elektrické energie. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.

64. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě spáchaný správní delikt způsobil situaci, kdy vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané mimo režim zákona vystaven takové konkurenci, jako kdyby veřejnou zakázku zadavatel zadal v odpovídajícím druhu zadávacího řízení, neproběhla řádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona – zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nelze proto vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
65. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z výroční zprávy zadavatele na rok 2011 umístěné na internetových stránkách www.fnkv.cz vyplývá, že výnosy zadavatele se pohybují v řádu miliard Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
66. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 1 000 000 Kč, která se sice v absolutní hodnotě může jevit jako relativně vysoká, avšak s ohledem na maximální výši možné pokuty, byla stanovena v necelé čtvrtině zákonné výše.
67. Jak již bylo uvedeno, uložená pokuta nedosahuje čtvrtiny zákonné sazby a plní zde spíše preventivní funkci, a to zejména s ohledem na skutečnost, že v šetřeném případě se zadavatel dopustil totožného správního deliktu opakovaně, přesto Úřad uložil pokutu v relativně nízké výši. Současně je třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil

i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

68. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy (dodatky) na realizaci veřejných zakázek byly uzavřeny a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
69. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. JUDr. Artur Ostrý, advokát, Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5
2. Pražská energetika, a. s., Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy