



UOHSX008KLCZ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0250/2016/VZ-27203/2016/522/JKr

Brno: 28. června 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 18. 4. 2016, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Moravský Krumlov, IČO 00293199, se sídlem nám. Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 13. 7. 2015 Mgr. Vlastimilem Šopákem, ev. č. ČAK 04187, IČO 49959867, advokátem Advokátní kanceláře Šopák, Palátová a partneři, se sídlem Jana Palacha 954/4, 669 02 Znojmo,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uzavřením smlouvy č. 200/1/027, kterou zadavatel uzavřel dne 2. 11. 2015 s dodavatelem Energie Pro s.r.o., IČO 24701921, se sídlem K Haltýři 686/13, 181 00 Praha-Troja (nyní se sídlem U Sluncové 666/12a, Karlín, 180 00 Praha 8), na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019 a jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov, Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov, Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Moravský Krumlov, IČO 00293199, se sídlem nám. Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že dne 2. 11. 2015

uzavřel s dodavatelem Energie Pro s.r.o., IČO 24701921, se sídlem K Haltýři 686/13, 181 00 Praha-Troja, smlouvu na veřejnou zakázku na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019, jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě [na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016097X), Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B), Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016760S)], aniž by veřejnou zakázku, jejíž předmět plnění je vymezen citovanou smlouvou, zadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení uvedených v § 21 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Moravský Krumlov, IČO 00293199, se sídlem nám. Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 180.000,- Kč (sto osmdesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel – město Moravský Krumlov, IČO 00293199, se sídlem nám. Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (dále jen „zadavatel“) – zastoupen společností Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, IČO 29283272, se sídlem Brněnská 3883/48, 695 01 Hodonín (dříve Best price energy, o.p.s.; dále jen „poskytovatel služeb“), na základě plné moci ze dne 6. 12. 2011, dne 2. 11. 2015 uzavřel s dodavatelem Energie Pro s.r.o., IČO 24701921, se sídlem K Haltýři 686/13, 181 00 Praha-Troja (dále jen „dodavatel“) smlouvu č. 200/1/027.
2. Z citované smlouvy a jejích příloh plyne, že jejím předmětem jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě [na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016097X), Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B), Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016760S)], a to v období od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019.
3. Zadavatel dne 29. 11. 2011 uzavřel se společností Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, IČO 29283272, se sídlem Brněnská 3883/48, 695 01 Hodonín (dříve Best price energy, o.p.s.; dále jen „poskytovatel služeb“) smlouvu o poradenství a správě odběrných míst a odběrných zařízení při spotřebě elektrické energie a zemního plynu (dále jen „smlouva o službách“). V citované smlouvě je mimo jiné předvídáno, že zadavatel může svěřit poskytovateli služeb do správy odběrná místa a odběrná zařízení spotřeby energií ve vlastnictví zadavatele. Správou spotřeby energií se rozumí změna odběratele na konkrétních odběrných místech zadavatele na poskytovatele služeb, který se tak stane pro zadavatele

správce předmětných odběrných míst a provozovatelem odběrných zařízení. Poskytovatel služeb bude zadavateli přeúčtovávat spotřebované energie účtované poskytovateli služeb dodavateli energií.

4. Dne 6. 12. 2011 zadavatel uzavřel s poskytovatelem služeb dodatek č. 1 k citované smlouvě o službách a téhož dne udělil poskytovateli služeb plnou moc a potvrdil právní vztahy s ním. Z citované plné moci a potvrzení o právních vztazích plyne zejména, že poskytovatel služeb je na základě smluvních vztahů se zadavatelem oprávněn nakládat s odběrnými místy a odběrnými zařízeními energií zadavatele, přičemž toto oprávnění zahrnuje právo zastupovat zadavatele ve vztahu k dodavatelům a distributorům energií při přehlášení odběru energií a jednotlivých odběrných míst na poskytovatele služeb. Poskytovatel služeb je dále oprávněn uzavřít s dodavatelem nové smlouvy týkající se odběrných míst zadavatele.
5. Zadavatel, zastoupen poskytovatelem služeb na základě plné moci ze dne 6. 12. 2011, dne 2. 11. 2015 uzavřel s dodavatelem Energie Pro s.r.o., IČO 24701921, se sídlem K Haltýři 686/13, 181 00 Praha-Troja (dále jen „dodavatel“) smlouvu č. 200/1/027.
6. Z citované smlouvy a jejích příloh plyne, že jejím předmětem jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě [na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016097X), Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B), Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016760S)], a to v období od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019.
7. 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. Jelikož je nepochybné, že zadavatel je zadavatelem dle zákona (k tomu srov. bod 48 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a že předmětem shora uvedené smlouvy je úplatná dodávka zemního plynu (spolu s dalšími sdruženými službami), je na místě již na tomto místě uzavřít, že se v případě uzavření smlouvy o sdružených dodávkách zemního plynu č. 200/1/027 ze dne 2. 11. 2015 mezi zadavatelem a dodavatelem jednalo o veřejnou zakázku dle zákona.
8. Úřad pro odstranění pochybností v této souvislosti dodává, že nehledě na složitost soukromoprávního vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, resp. poskytovatelem služeb jako určitým prostředníkem, podstata zkoumaného právního vztahu spočívá v poskytování dodávek zemního plynu ze strany dodavatele zadavateli, který za tyto dodávky a související služby poskytuje úplatu, i když tak vůči dodavateli nečiní přímo, nýbrž prostřednictvím poskytovatele služeb, který úplatu za dodávky zadavateli přeúčtovává. Jinými slovy v šetřeném případě lze dovodit, že úplatnost ze strany zadavatele lze považovat jednoznačně za protiplnění dodávek plynu ze strany dodavatele, čímž lze shledat naplnění všech pojmových znaků definice veřejné zakázky ve smyslu § 7 odst. 1 zákona, a to bez ohledu na konkrétní podobu, resp. právní formu vztahu zadavatele, poskytovatele služeb a dodavatele.
9. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 35/2012 ze dne 18. 4. 2013, ve kterém Krajský soud mimo jiné dovodil, že „*[f]ormální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. [...] Naplnění znaků veřejné zakázky může být založeno i kombinací několika soukromoprávních úkonů, pokud z nich vyplývá zadavatelova povinnost poskytnout plnění, jež je vyjádřitelné v penězích a jež je svojí*

povahou, se zohledněním kontextu všech práv a povinností zadavatele vyplývajících ze všech takto spolu souvisejících a na sebe navazujících soukromoprávních úkonů, zadavatelovým výdajem.“

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu při uzavírání mimo jiné i shora uvedené smlouvy č. 200/1/027, předmětem které jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě [na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016097X), Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B), Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016760S)], a to v období od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019 (dále jen „podnět“).
11. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od poskytovatele služeb, který se dle pisatele podnětu měl v souvislosti s uzavřením smlouvy č. 200/1/027 dopustit porušení zákona, resp. spáchání správního deliktu ve smyslu zákona, vyjádření k podnětu a dále dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Dále si Úřad vyžádal od zadavatele zejména vyjádření k předpokládané hodnotě veřejné zakázky a ke způsobu jejího určení a cenové podmínky (cenový vzorec), popř. aktuální platný ceník, na které odkazuje smlouva na veřejnou zakázku a její přílohy.

Vyjádření zadavatele ze dne 5. 2. 2016

12. Z vyjádření zadavatele ze dne 5. 2. 2016, které bylo doručeno Úřadu dne 8. 2. 2016, plyne následující. Zadavatel si není vědom, jakým způsobem byla stanovena předpokládaná hodnota veřejné zakázky, neboť poskytovatel služeb se zadavatelem postup při zadávání veřejné zakázky nekonzultoval. Zadavatel ji tedy stanovil až v souvislosti s šetřením podnětu na výzvu Úřadu, přičemž zadavatel předpokládá, že poskytovatel postupoval při stanovení předpokládané hodnoty obdobným způsobem jako nyní zadavatel. Zadavatelem nyní stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky za dobu, na kterou byla uzavřena smlouva, tj. za období od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019, činí 1.877.597,- Kč bez DPH.
13. Zadavatel přiložil k citovanému vyjádření mimo jiné následující výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky (příloha č. 2 citovaného vyjádření).

Adresa odběrného místa (EAN/EIC)	MWh	Počet měsíců	Cena za MWh	Stálý plat	Náklady celkem za rok (Kč)
Moravský Krumlov, Havlíčková 1073 (27ZG600Z0016760S)	30,74	12	583	100	19.121,-
Moravský Krumlov, Náměstí Klášterní 125 (27ZG600Z0016097X)	258,96	12	583	100	152.174,-
Moravský Krumlov,	509,27	12	583	100	298.104,-

Jiráskova 634 (27ZG600Z0033091B)					
Celkem Moravský Krumlov	798,97				469.400,-

Celkem dodávky Moravský Krumlov za období 2016–2019	1.877.598,-
--	--------------------

14. Jak plyne z citovaného vyjádření zadavatele, zadavatel pro tento výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky použil objem spotřeby plynu na jednotlivých odběrných místech v roce 2014, které jsou uvedeny rovněž v příloze č. 1 ke smlouvě na plnění veřejné zakázky (sloupec „MWh“). Jako jednotkovou cenu plynu (sloupec „Cena za MWh“) zadavatel použil nejvyšší cenu dané komodity za období 08 - 09/2015 dle kurzovního listu na Českomoravské komoditní burze Kladno (583 Kč/MWh ze dne 11. 8. 2015). Takto zjištěnou cenu komodity zadavatel porovnal s cenou stanovenou v indexu PXE CZ ve sledovaném období, kdy při výpočtu použil nejvyšší cenu za komoditu (20,85 EUR/MWh ze dne 3. 8. 2015 v indexu G PXE CZ BL CAL-16) a nejvyšší kurz eura (27,21 CZK/EUR ze dne 29. 9. 2015). Na základě tohoto výpočtu zadavatel určil cenu 567,33 Kč/MWh. Vzhledem k tomu, že je tato cena nižší než cena dané komodity dle kurzovního listu na Českomoravské komoditní burze Kladno, byly pro výpočet předpokládané hodnoty použity vyšší ceny dle kurzovního listu na Českomoravské komoditní burze Kladno.
15. Zadavatel přiložil k citovanému vyjádření dále faktury vztahující se k dodávkám plynu v roce 2014 (příloha č. 9 citovaného vyjádření).
16. Po přezkoumání obdržených podkladů, jež jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0250/2016/VZ, a na základě vlastních zjištění Úřad získal pochybnost, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

17. S ohledem na shora uvedené pochybnosti Úřad zahájil se zadavatelem, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, správní řízení z moci úřední. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění za dostatečná a považoval za prokázané, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, vydal podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) příkaz č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-16330/2016/522/JKr ze dne 18. 4. 2016 (dále jen „příkaz“), kterým byla zadavateli uložena pokuta ve výši 200 000,- Kč (dvě stě tisíc korun českých), a to do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu. Vydání příkazu bylo prvním úkonem ve správním řízení, přičemž správní řízení z moci úřední bylo zahájeno dne 18. 4. 2016, kdy byl příkaz doručen zadavateli.
18. Dne 25. 4. 2016 podal zadavatel u Úřadu proti příkazu odpor ze dne 20. 4. 2016. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

Odpor zadavatele ze dne 20. 4. 2016

19. Zadavatel se neztotožňuje s výroky příkazu, přičemž v této souvislosti uvádí následující argumenty.

20. Zadavatel nejprve shrnuje relevantní právní úpravu, přičemž mj. uvádí, že *„při určování předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy třeba vycházet z ceny dodavatelova plnění, jímž realizuje veřejnou zakázku, a to bez daně z přidané hodnoty protiplnění, které má být oproti uskutečnění předmětu veřejné zakázky ve prospěch dodavatele uskutečněno, tedy musí být vypočteno v penězích, jež bude třeba za dodavatelovo protiplnění vynaložit. Zadavatel má povinnost stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky před zahájením příslušného zadávacího řízení.“*
21. Dále zadavatel popisuje skutkový stav šetřeného případu a jeho další okolnosti, přičemž mj. uvádí, že *„dne 27. 11. 2015 obdrželo město Moravský Krumlov (zadavatel) jako jeden z mnoha spotřebitelů dopis od společnosti Amper Market, a.s., která v této době dodávala energie do odběrných míst města Moravský Krumlov, která upozorňuje na problematičnost Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost, zejména na to, že tato obecně prospěšná společnost v roli prostředníka vybírá od koncových zákazníků úhrady za spotřebovan[é] energie, aniž by však sama prováděla úhrady dodavateli. V této souvislosti společnost Amper Market, a.s. varuje před možnými komplikacemi včetně pozastavení dodávek energie. Zároveň bylo městu Moravský Krumlov nabídnuto, aby uzavřelo smlouvu o sdružených službách dodávky elektřiny přímo se společností Amper Market, a.s.“* Dále v této souvislosti zadavatel uvádí, že *„město Moravský Krumlov, které si do té doby řádně a včas hradilo své závazky za spotřebované energie, se nedobrovolně, ne vlastní vinou ocitlo uprostřed boje dvou konkurenčních firem, s hrozbou odpojení či přerušení dodávek elektřiny. Vzhledem k tomu, že se jednalo o zimní období a v případě města Moravský Krumlov hrozilo odpojení elektřiny mateřským a základním školám a dále Domovu s pečovatelskou službou, jednalo se o velmi závažnou situaci, kdy byl ohrožen život a zdraví osob, majetku či zájem na ochran[ě] životní[ho] prostředí. Prvořadým zájmem města Moravský Krumlov tak bylo zajistit nerušené dodávky energií do svých odběrných míst a odvrátit tak hrozbu společnosti Amper Market, a.s.“*
22. Zadavatel je názoru, že se nedopustil správního deliktu a že nerezignoval na povinnosti vyplývající mu ze zákona. Zadavatel v této souvislosti argumentuje tím, že podle smlouvy o službách poskytovatel služeb vždy jednou ročně provedl analýzu aktuálního stavu spotřeby energií a dle této analýzy vybral pro zadavatele dodavatele energií s nejuvhodnější cenou. Tyto smlouvy za zadavatele na základě plné moci uzavíral poskytovatel, přičemž smlouvy byly uzavírány vždy na jeden rok, právě proto, aby byly vždy zachovány limity pro zakázky malého rozsahu. Takto to bylo ošetřeno i ve smlouvě o službách v čl. 3.7. Podle zadavatele by k porušení zákona v šetřeném případě nedošlo, pokud by poskytovatel služeb neporušil smluvní povinnosti a nepřekročil svoje zmocnění, když uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky na čtyři roky, místo pouze na jeden rok.
23. Pokud jde o způsob stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, zadavatel se domnívá, že *„do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je třeba zahrnout jen cenu dodávky plynu, kterou může obchodník s plynem – dodavatel plynu na základě smlouvy o dodávce plynu nebo smlouvy o sdružených dodávkách plynu vysoutěžít.“* Zadavatel tak nesouhlasí se zahrnutím cen stanovených Energetickým regulačním úřadem do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neboť tyto ceny nelze vysoutěžít. K tomu dále zadavatel uvádí: *„Jestliže však smyslem Zákona je zajistit výběr nejuvhodnější nabídky, resp. zamezit tomu, aby tento výběr nebyl ovlivněn jinak než Zákonem, je dle názoru zadavatele nelogické zahrnovat do určení*

předpokládané hodnoty veřejné zakázky ceny, které jsou dány pevně a nejsou soutěžitelné. Připustíme-li opak, a zahrneme do předpokládané hodnoty veřejné zakázky i ceny, které nelze soutěžit, stává se z předpokládané hodnoty veličina bez jakékoliv vypovídací hodnoty.“

24. Zadavatel dále poukazuje na to, že smlouva na plnění veřejné zakázky obsahovala pro zadavatele nevýhodné smluvní pokuty pro případ předčasného ukončení smluvního vztahu. Zadavatel tvrdí, že se tak ocitl v právní nejistotě a podal k Úřadu podnět, v němž navrhol, aby Úřad ve smyslu § 118 odst. 2 zákona uložil zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, neboť tímto rozhodnutím by se předmětná smlouva stala neplatnou.
25. Pokud je o výši pokuty uložené zadavateli ve výroku II. příkazu, podle zadavatele Úřad při jejím uložení nepřihlédl k tomu, že „zadavatel nemohl nijak ovlivnit selhání zmocněnce, kdy tento uzavřel smlouvu za zadavatele v rozporu s jeho pokyny, tedy na čtyři roky (na místo jednoho roku)“. Ve vztahu k výši pokuty zadavatel dále považuje za relevantní skutečnost, že smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena v době, kdy původní dodavatel hrozil přerušением dodávek energií a bylo tedy nutné bezodkladně zajistit dodávky energií. Podle zadavatele Úřad zohlednil pouze přitěžující okolnosti, zatímco polehčující okolnosti ignoroval, zejména pak skutečnost, že jakmile zadavatel získal podezření na porušení zákona, ihned podal podnět k Úřadu.
26. Zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil. Pro případ, že by se Úřad s argumentací zadavatele neztotožnil, zadavatel navrhuje, aby Úřad při určení výše pokuty přihlédl k uvedeným polehčujícím okolnostem případu a „uložení pokuty zcela prominul“, případně již uloženou pokutu ve výši 200.000,-Kč snížil pod úroveň jednoho procenta zákonné sazby.

Další průběh správního řízení

27. Pokračování správního řízení Úřad zadavateli oznámil usnesením č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-17836/2016/522/JKr ze dne 26. 4. 2016, kterým současně zadavateli stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, resp. oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
28. Dne 27. 4. 2016 Úřad obdržel žádost zadavatele z téhož dne o prodloužení lhůty stanovené Úřadem v usnesení č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-17836/2016/522/JKr ze dne 26. 4. 2016.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-18417/2016/522/JKr ze dne 29. 4. 2016 Úřad zadavateli lhůtu stanovenou v usnesení č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-17836/2016/522/JKr ze dne 26. 4. 2016 prodloužil.
30. Dne 9. 5. 2016 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 5. 2016

31. Zadavatel v rámci tohoto vyjádření předně prezentuje názor, že na zadávání předmětné veřejné zakázky se vztahuje výjimka z působnosti zákona podle § 19 odst. 1 zákona, neboť veřejná zakázka je podlimitní veřejnou zakázkou, kterou zadavatel zadal v souvislosti s jím vykonávanou relevantní činností v odvětví teplárenství podle § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona, tedy v souvislosti s výrobou tepelné energie za účelem poskytování služby veřejnosti, přičemž s odkazem na § 2 odst. 7 zákona postupoval podle ustanovení zákona vztahujících se na sektorového zadavatele. K výkonu relevantní činnosti zadavatel uvádí, že z dodaného zemního plynu vyráběl teplo, které bylo dodáváno do míst spotřeby, kterými jsou Městský

úřad, Dům s pečovatelskou službou a hasičská zbrojnice v Moravském Krumlově – Rakšicích, tedy do míst, které jsou využívány za účelem poskytování služby veřejnosti.

32. Dále zadavatel opětovně argumentuje tím, že poskytovatel služeb byl zmocněn k uzavírání smluv vždy na jeden rok a dodává, že v okamžiku, kdy zadavatel zjistil, že smlouva byla uzavřena na období čtyř let, snažil se dosáhnout neplatnosti předmětné smlouvy. Dodavatel však trval na platnosti uzavřené smlouvy a hrozil smluvní pokutou. Zadavatel s dodavatelem nicméně vyjednal změnu délky trvání smlouvy na plnění veřejné zakázky maximálně na jeden rok, čímž se dle zadavatele rovněž výrazně sníží předpokládaná hodnota veřejné zakázky.
33. Dále zadavatel vyjadřuje nesouhlas s výší pokuty, která byla zadavateli uložena ve výroku II. příkazu. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na odůvodnění citovaného výroku příkazu, dle něhož uložená pokuta odpovídá jednomu procentu maximální možné sazby, a podle Úřadu se proto jedná o výši pokuty hluboko pod úroveň maximální možné zákonné sazby. Podle zadavatele se v případě uložené pokuty (200.000,- Kč) nejedná o zlomek horní hranice pokuty, neboť v šetřeném případě je možné uložit pokutu do výše 10 % ceny zakázky. K tomu zadavatel dále uvádí, že za předpokladu, že vyjdeme z předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tak jak byla dopočítána Úřadem, maximální možná uložená pokuta by měla činit přibližně 320.000,-Kč. Z uvedeného je dle zadavatele zřejmé, že *„pokuta byla uložena při horní hranici zákonem stanovené sazby, což neodpovídá míře možného provinění zadavatele a zejména pak okolnostem, za kterých mohl či nemohl zadavatel jednat“* [pozn. Úřadu: poskytovatele služeb při zastupování zadavatele] *ovlivnit. Ve výši uložené pokuty nebyla dle zadavatele zohledněna jeho snaha věc řešit a napravit.* Úřad postupoval nepřiměřeně tvrdě a nezohlednil i zadavatelem uváděné polehčující okolnosti uvedeného případu.
34. Usnesením č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-22143/2016/522/JKr ze dne 25. 5. 2016 Úřad určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu
- zaslání písemného vyjádření zahrnujícího:
- 1) Objasnění odběru zemního plynu zadavatelem, výroby tepelné energie z tohoto plynu a její distribuce Městskému úřadu, Domu s pečovatelskou službou a hasičské zbrojnici v Moravském Krumlově – Rakšicích (dále jen „koneční odběratelé“) a případným dalším odběratelům v období roku 2014 a 2015 (do 2. 11. 2015), přičemž zadavatel v této souvislosti:
 - a) uvede, zda zadavatelem odebraný zemní plyn byl zcela použit k výrobě tepelné energie a zda byla tato tepelná energie dodána výlučně výše uvedeným konečným odběratelům; v případě, že nikoli, zadavatel uvede, pro jaké jiné účely byl zadavatelem odebraný zemní plyn použit, popř. jakým jiným odběratelům byla z něj vyrobená tepelná energie dodána,
 - b) přesně identifikuje uvedené nebo další konečné odběratele (adresa sídla, IČO), kterým byla tepelná energie vyrobená ze zemního plynu odebraného zadavatelem, dodávána,
 - c) identifikuje odběrné místo, v němž zadavatel odebíral zemní plyn, ze kterého vyráběl tepelnou energii pro výše uvedené konečné odběratele (adresa a EAN/EIC odběrného místa),
 - d) uvede, kdo je vlastníkem objektů (či jejich částí), do nichž byla uvedeným nebo dalším konečným odběratelům dodávána tepelná energie vyrobená ze zemního plynu odebraného zadavatelem,

- e) uvede, v rámci jakého vztahu, docházelo k dodávání tepelné energie vyrobené ze zemního plynu odebraného zadavatelem uvedeným nebo dalším konečným odběratelům (zejména právní titul, smluvní strany, seznam odběrných míst) a tento vztah doloží,
- f) uvede, zda uvedení nebo další koneční odběratelé tepelné energie vyrobené ze zemního plynu odebraného zadavatelem byli ve funkčním či organizačním vztahu k zadavateli, a tento vztah popíše a doloží.

V případě, že některé skutečnosti netrvaly po celé období roku 2014 a 2015 (do 2. 11. 2015), zadavatel uvede, po jaké období trvaly. Zadavatel rovněž uvede, zda tyto skutečnosti trvaly a trvají i po 2. 11. 2015 a uvede případné změny a jakého období se tyto změny týkají.

2) Objasnění aktuální situace týkající se případné změny smlouvy na plnění veřejné zakázky č. 200/1/027, kterou zadavatel uzavřel dne 2. 11. 2015 s dodavatelem Energie Pro s.r.o., IČO 24701921, se sídlem K Haltýři 686/13, 181 00 Praha-Troja (nyní se sídlem U Sluncové 666/12a, Karlín, 180 00 Praha 8), na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019 a jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov, Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov, Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov. V této souvislosti Úřad požaduje:

- doložení veškerých dokumentů prokazujících tvrzení, která zadavatel ve svém vyjádření uvede,
- označení a doložení důkazů na podporu následujících tvrzení, která uvedl zadavatel ve svém stanovisku ze dne 9. 5. 2016:

a) *„(...) město Moravský Krumlov s dodavatelem nadále vyjednává a v rámci těchto vyjednávání se již dnes podařilo vyjednat změnu délku trvání smluvního vztahu maximálně na jeden rok, uvažuje se i o variantě zkrácení smlouvy na dobu 6-ti měsíců, tj. do 30. 6. 2016.“*

b) *„(...) každopádně platí, že z původních čtyřech let bude trvání smlouvy změněno na dobu max. jednoho roku.“*

c) *„(...) „došlo mezi stranami k dohodě o zkrácen[í] délky trvání smluvního vztahu, tj. k úpravě smluvního vztahu na dobu určitou v trvání max. jednoho roku.“*

- doložení „dodatku ke smlouvě na veřejnou zakázku“, který zadavatel navrhl jako důkaz ve svém stanovisku ze dne 9. 5. 2016.

35. Dopisem č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-22149/2016/522/JKr ze dne 25. 5. 2016 Úřad požádal dodavatele o vyjádření, zda zadavatel dodavateli oznámil nesouhlas s překročením oprávnění zmocněnce (zástupčího oprávnění) vyplývajícího z plné moci při uzavírání výše citované smlouvy, a kdy tak zadavatel učinil. Pro případ, že zadavatel uvedený úkon učinil, Úřad požádal dodavatele o doložení tohoto úkonu a data, kdy byl učiněn.

36. Dne 3. 6. 2016 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 2. 6. 2016.

Vyjádření zadavatele ze dne 2. 6. 2016

37. Zadavatele uvádí, že odebraný zemní plyn je v místech spotřeby zadavatele (Městský úřad, Dům s pečovatelskou službou a hasičská zbrojnice v Moravském Krumlově – Rakšicích) zcela použit k výrobě tepelné energie. Těmito místy spotřeby (a výroby tepelné energie) jsou:
- náměstí Klášterní 125, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016097X),
 - Jiráskova 634, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B),
 - Hasičská zbrojnice v Rakšicích, Havlíčkova 1073, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016760S)].
38. Dále z vyjádření zadavatele plyne, že:
- a) tepelná energie vyrobená v odběrném místě náměstí Klášterní 125, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016097X) je dodávána do prostor na uvedené adrese, které užívá zde sídlící Městský úřad města Moravský Krumlov a nájemce nebytových – Česká republika – Úřad práce České republiky, Krajská pobočka Úřadu práce České republiky v Brně,
 - b) tepelná energie vyrobená v odběrném místě Jiráskova 634, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B) je dodávána do bytových, nebytových a společných prostor na uvedené adrese, které užívá
 - Azylové bydlení pro matky s dětmi v tísni Moravský Krumlov, které je organizační složkou zadavatele,
 - Dům s pečovatelskou službou – apartmán a správa,
 - nájemci bytových a nebytových prostor Domu s pečovatelskou službou,
 - město Moravský Krumlov,
 - c) tepelná energie vyrobená v odběrném místě Havlíčkova 1073, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016750S) je dodávána do prostor budovy hasičské zbrojnice v Rakšicích, kterou užívá Jednotka sboru dobrovolných hasičů města Moravského Krumlova – Rakšice, která je organizační složkou zadavatele.
- (pozn. Úřad považuje za vhodné uvést k vyjádření zadavatele uvedenému v bodu 38 pod písm. c) odůvodnění tohoto rozhodnutí, konkrétně k EAN odběrného místa Havlíčkova 1073, Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016750S), že správní řízení je vymezeno obsahem příkazu, který se týká správního deliktu v souvislosti se zadáním předmětné veřejné zakázky na dodávky zemního plynu mj. do citovaného odběrného místa, u kterého je však ve výroku I. uveden odlišný EAN 27ZG600Z0016760S. Úřad má proto za to, že zadavatelem uvedený EAN 27ZG600Z0016750S je uveden nesprávně pouze z důvodu chyby v psaní, a že ve skutečnosti zadavatel měl v úmyslu odkázat na EAN 27ZG600Z0016760S.)
39. Tepelná energie spotřebovaná ve výše uvedených místech spotřeby v prostorech užívaných nájemci Českou republikou – Úřadem práce České republiky, Krajská pobočka Úřadu práce České republiky v Brně a nájemci bytových a nebytových prostor Domu s pečovatelskou službou je zadavateli hrazena uvedenými nájemci na základě nájemních smluv. Úhrada za tepelnou energii spotřebovanou ve výše uvedených místech spotřeby v prostorech užívaných zbývajících uživateli je zahrnuta do rozpočtu zadavatele.

40. Vlastníkem všech objektů, do kterých je dodávána tepelná energie vyrobená ze zemního plynu odebraného zadavatelem, je zadavatel.
41. Zadavatel dále uvádí, že v okamžiku, kdy zjistil, že smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena na čtyři roky, začal vyjednávat o změně délky trvání smlouvy na jeden rok, přičemž dne 16. 5. 2016 uzavřel s dodavatelem dohodu o ukončení smluvního vztahu (dále jen „dohoda o ukončení smlouvy“), jejíž kopii společně s kopií schvalovací doložky Rady města Moravský Krumlov ze dne 10. 5. 2016 přikládá ke svému vyjádření. V dohodě o ukončení smlouvy je uvedeno mimo jiné, že „[z]ákazník (pozn. Úřadu: město Moravský Krumlov) a dodavatel (pozn. Úřadu: Energie Pro s.r.o.) uzavřeli Smlouvu o sdružených službách dodávky zemního plynu č. 200/1/027. Nyní se dohodli na ukončení smluvního vztahu k datu 31. 12. 2016.“
42. Dne 7. 6. 2016 Úřad obdržel vyjádření dodavatele ze dne 3. 6. 2016.

Vyjádření dodavatele ze dne 3. 6. 2016

43. Dodavatel uvádí, že od zadavatele neobdržel informaci o překročení oprávnění zmocněnce. Probíhala ovšem komunikace týkající se nekonzultování změny dodavatele poskytovatelem služeb. Zadavatel s největší pravděpodobností nebyl informován o tomto postupu poskytovatele služeb. Ihned po převodu odběrných míst došlo k jednání se zadavatelem o úpravě dokumentů a narovnání smluvního vztahu vzhledem k šíři zakázky.
44. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0250/2016/VZ-24191/2016/522/JKr ze dne 7. 6. 2016 zadavateli určil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
45. Dne 9. 6. 2016 Úřad obdržel od zadavatele úředně ověřenou kopii dohody o ukončení smlouvy a schvalovací doložky Rady města Moravský Krumlov ze dne 10. 5. 2016.
46. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později v průběhu správního řízení již nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

47. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů poskytnutých zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

48. Úřad předně konstatuje, že zadavatel je územním samosprávným celkem podle zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel tedy jako územní samosprávný celek vystupuje v postavení veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

49. Předně Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že veřejná zakázka byla zadána postupem mimo režim zákona dne 2. 11. 2015 (uzavřením smlouvy – viz body 1 a 2 odůvodnění tohoto rozhodnutí), je pro přezkum úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení rozhodné znění zákona o veřejných zakázkách účinné k tomuto dni. Tomu odpovídají i citace zákona o veřejných zakázkách uváděné v tomto rozhodnutí.

50. Podle § 2 odst. 7 zákona vykonává-li veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Veřejný zadavatel však nepostupuje podle ustanovení vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e).
51. Podle § 4 odst. 1 písm. b) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí v odvětví teplárenství
1. výroba tepelné energie za účelem poskytování služby veřejnosti, nebo
 2. poskytování nebo provozování rozvodného tepelného zařízení určeného k poskytování tepelné energie odběratelům.
52. Podle § 19 odst. 1 zákona sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
53. Podle § 13 odst. 1 zákona předpokládanou hodnotou veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.
54. Podle § 13 odst. 2 zákona předpokládanou hodnotu stanoví zadavatel v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje, stanoví předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. Pro stanovení výše předpokládané hodnoty je rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění.
55. Podle § 14 odst. 1 zákona předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky se stanoví na základě
- a) předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy na dodávky, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou, nebo
 - b) předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou nebo na dobu, jejíž trvání nelze přesně vymezit.
56. Podle § 14 odst. 3 zákona základem pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na dodávky, jejímž předmětem jsou opakující se nebo trvající dodávky, je
- a) skutečná cena uhrazená zadavatelem za dodávky stejného či podobného druhu během předcházejících 12 měsíců, upravená o změny v množství nebo cenách, které lze očekávat během následujících 12 měsíců, nebo
 - b) součet předpokládaných hodnot jednotlivých dodávek, které mají být zadavatelem pořízeny během následujících 12 měsíců
57. Podle § 14 odst. 4 zákona základ stanovený podle odstavce 3 se pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jejímž předmětem jsou opakující se nebo trvající

dodávky, upraví v závislosti na době účinnosti smlouvy podle pravidel uvedených v odstavcích 1 a 2.

58. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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.
59. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

Zjištěné skutečnosti

60. Úřad ověřil, že objem spotřeby plynu za rok 2014 použitý zadavatelem pro výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky odpovídá objemu spotřeby uvedenému ve fakturách za rok 2014 (srov. body 0 a 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
61. Úřad dále vlastním šetřením z předložených faktur za rok 2014 (viz bod 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí) zjistil následující. V daném období poskytovatel služeb zadavateli v souvislosti s dodávkou plynu fakturoval nejen úhradu za dodaný plyn (komoditu) ve výši 704 Kč za MWh a stálý měsíční plat za dodávku plynu ve výši 100 Kč za odběrné místo, nýbrž i další úhrady, a to
- „distribuované množství zemního plynu“ ve výši 113,28 Kč/MWh, 155,28 Kč/MWh a 163,19 Kč/MWh (pozn. Úřadu: pevná cena za odebraný plyn dle bodu 13.1.1 Cenového rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 3/2013 o regulovaných cenách souvisejících s dodávkou plynu, dále jen „Cenové rozhodnutí ERÚ č. 3/2013“),
 - „denní rezervovaná pevná kapacita roční“ v závislosti na délce fakturačního období ve výši 87 010,08 Kč/tis. m³/rok (pozn. Úřadu: pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu Crd dle bodu 13.1.1 Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2013),
 - „stálý měsíční plat za přistavenou kapacitu“ ve výši 172,34 Kč a 152,56 Kč (pozn. Úřadu: dle bodu 13.1.1 Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2013),
 - „poplatek za zúčtování služby OTE“ ve výši 2,13 Kč/MWh (pozn. Úřadu: pevná cena za zúčtování dle bodu 2.3 Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2013),
 - „ekologická daň z plynu“ ve výši 30,60 Kč/MWh (pozn. Úřadu: daň z plynu dle § 6 části čtyřicáté páté zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů),
 - poplatky za mimořádné fakturace.
62. Ze smlouvy na veřejnou zakázku dále vyplývá, že zadavatel se zavázal uhradit platbu za dodaný plyn, za dopravu plynu a další služby a ceny v souladu se smlouvou, obchodními podmínkami (příloha č. 2 ke smlouvě na veřejnou zakázku), s platnými cenovými podmínkami a s cenovými rozhodnutími Energetického regulačního úřadu.
63. Skutečnost, že úhrady za dodaný plyn (komoditu) a stálý měsíční plat za dodávku plynu nejsou jedinými úhradami, které jsou zadavateli v souvislosti s dodávkami zemního plynu účtovány dodavatelem, resp. přeúčtovávány poskytovatelem služeb, je zřejmá i z dalších

dokumentů – všeobecných obchodních podmínek (příloha č. 2 smlouvy na veřejnou zakázku) a z oznámení o cenách spotřebovávané elektrické energie a zemního plynu.

64. Ve všeobecných obchodních podmínkách ke smlouvě na veřejnou zakázku jsou uvedeny následující body 3.3. a 3.5.:

„3.3. Cena dodávky zemního plynu je tvořena dvěma složkami, a to částí regulovanou a částí neregulovanou. Regulovanou část ceny dodávky zemního plynu stanoví ERÚ cenovým rozhodnutím a jedná se o cenu za distribuci, tvořenou složkou variabilní, která závisí na množství odebraného plynu a složkou stálou, která je tvořena stálým měsíčním platem nebo cenou za rezervovanou distribuční kapacitu (dále jen „Cena za distribuci plynu“). Další regulovanou cenou je cena za služby operátora trhu. Neregulovanou část ceny dodávky plynu tvoří cena plynu, tj. cena za odebranou měrnou jednotku plynu (MWh), včetně služeb obchodu (dále jen „Cena za plyn“). Cena za distribuci plynu, cena za služby operátora trhu a Cena za plyn jsou také dále společně označovány jako „Cena za dodávku plynu“ nebo „Cena za dodávku Komodity“. Případné změny cenového rozhodnutí ERU budou promítnuty do ceny a tato skutečnost se nepovažuje za změnu Ceníku Dodavatelem dle těchto OP.

3.5. K Ceně za dodávku plynu se připočítává daň ze zemního plynu, daň z přidané hodnoty, jakož i další případné daně a poplatky, stanovené příslušným právním předpisem, a to ve výši a způsobem, jak stanoví příslušný právní předpis, stanovující takovouto daň nebo poplatek. Ceny uvedené v Ceníku jsou konečné. Případné změny daňových sazeb budou do Ceníku promítnuty a tato skutečnost se nepovažuje za změnu Ceníku Dodavatelem dle těchto VOP.“

65. V „Oznámení o cenách spotřebovávané elektrické energie a zemního plynu na odběrných místech ve správě Energie pod kontrolou, obecně prospěšné společnosti pro období od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2016“ ze dne 2. 11. 2015 je uvedeno, že cena zemního plynu činí 553,09 Kč/MWh a stálý měsíční plat 100 Kč/odběrné místo/měsíc. Dále je v tomto dokumentu uvedeno, že tyto ceny jsou bez daně z plynu a bez dalších částí ceny za distribuci plynu dle aktuálně platného cenového rozhodnutí ERÚ pro daný kalendářní rok.
66. V čl. 3. 7. smlouvy o službách je uvedeno: *„Cena spotřebovávaných energií se může měnit na základě změn cen energií daného dodavatele, a to zpravidla jednou ročně. Poskytovatel (pozn. Úřadu: poskytovatel služeb) je povinen Městu (pozn. Úřadu: zadavatel) změnu těchto cen oznámit neprodleně poté, co mu tato změna bude oznámena konkrétním dodavatelem. Změnu cen energií vyplývající z obchodní strategie Poskytovatele je Poskytovatel povinen sdělit Městu ihned po ukončení výběru dodavatel na další období, nejpozději však minimálně čtyři kalendářní měsíce před ukončením dodávek energií stávajícím dodavatelem s výjimkou roku 2011, kdy Poskytovatel oznámí ceny pro rok 2012 Městu nejpozději do 5. 12. 2011.“*
67. Z článku II. bodu 4. usnesení č. 24 z 24. schůze Rady města Moravský Krumlov konané dne 15. 12. 2015 (pozn. Úřadu volně dostupné na webových stránkách zadavatele) se podává, že Rada města Moravský Krumlov doporučila Zastupitelstvu města Moravský Krumlov *„schválit podání města Moravský Krumlov k Ú[OH]S [...] ve věci přezkoumání platnosti smluv o sdružených službách dodávky elektřiny a zemního plynu, které na základě zmocnění uzavřela za Město Moravský Krumlov a jeho příspěvkové organizace Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost se společností[i] Energie Pro s.r.o., jakožto dodavatelem těchto služeb s tím, že do doby pravomocného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže*

bude Město Moravský Krumlov a jeho příspěvkové organizace postupovat v souladu s podmínkami dohodnutými v předmětných smlouvách“.

68. Z bodu 3. („Řešení situace – změna dodavatele elektrické energie pro město Moravský Krumlov a PO“) zápisu z 9. zasedání Zastupitelstva města Moravský Krumlov konaného dne 16. 12. 2015 se podávají mimo jiné následující vyjádření starosty:

- „(...), na ÚOHS dáme podnět pro přezkoumání platnosti smluv o sdružených dodávkách a pokud tato smlouva ... ÚOHS nazná, že tato smlouva je platná, dodává nám Energie PRO, pokud není platná, je vysoutěžena další firma, která by nám měla dodávat el. energii.“
- „(...) Čili, v této chvíli zcela jednoznačně vypovíme ... nejjednodušší cesta, jak z tohoto problému ven je, vypovědět smlouvu s Energií pod kontrolou. Dát podnět na ÚOHS, zjistit, jestli ten právní vztah je platný či neplatný. Na základě stanoviska ÚOHS, pokud řekne, je platný, tak budeme postupovat dle smlouvy s Energií PRO. Pokud není platný, tak znova ... protože jsem se díval, protože to VŘ nedopadlo, tak budeme postupovat podle ... vybereme nějakého dodavatele v nějaké časové l

a mimo jiné následující vyjádření místostarosty:

- „(...)My jenom říkáme, a jakoby se točíme v této chvíli na tom, požádali jsme i Energii PRO, aby se nám k tomu ještě vyjádřila, že si myslíme, že [...], by mělo být zadáváno dle zákona o zadávání veřejných zakázek. Toto stanovisko jsme jim sdělili s tím, že se mají do dnešních deseti hodin vyjádřit, jestli trvají na platnosti smlouva pokud ano, tak my dáme podnět na ÚOHS, aby to projednal, protože nikdo z nás tady není odborníkem na to, jestli to tak je nebo není. Jestli bylo postupováno podle zákona nebo nebylo podle zákona. Je tady i návrh na to podání na úřad ÚOHS, aby to projednal. Úřad to dostane k projednání, bude to nějakou dobu projednávat, v té době bude ten smluvní vztah fungovat. My budeme platit zálohy, oni nám budou dodávat el. energii. Pokud se ukáže, že smlouvy byly v pořádku uzavřeny, tak budou v pořádku plněny dál. Pokud se ukáže, že nebyly uzavřeny, tak úřad k nějakému datu rozhodne, že ty smlouvy nebyly správně uzavřeny, vyzve nás k tomu, abychom si vyzvali navázání nového vztahu.“

69. Z článku I. bodu 8. usnesení č. 10/2015 z 9. zasedání Zastupitelstva města Moravský Krumlov konaného dne 16. 12. 2015 se podává, že Zastupitelstvo města Moravský Krumlov schválilo „podání podnětu k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k přezkoumání platnosti smluv o sdružených službách dodávky elektřiny a zemního plynu, které na základě zmocnění uzavřela za Město Moravský Krumlov a jeho příspěvkové organizace Energie pod kontrolou, obecně prospěšná společnost se společností[i] Energie Pro s.r.o., jakožto dodavatelem těchto služeb s tím, že do doby pravomocného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže bude Město Moravský Krumlov a jeho příspěvkové organizace postupovat v souladu s podmínkami dohodnutými v předmětných smlouvách“

70. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2. 6. 2016 neozřejmil, v jakém vztahu je Dům s pečovatelskou službou k zadavateli, resp. zda je či byl ve funkčním či organizačním vztahu k zadavateli. Úřad zjistil, že podle internetových stránek zadavatele (www.mkrumlov.cz) je Dům s pečovatelskou službou složkou zadavatele.

Ke spáchání správního deliktu

71. Ze zjištěných skutečností je zřejmé, že zadavatel pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky použil v rámci svého výpočtu (viz bod 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí) toliko dvě složky ceny – úhradu za dodaný plyn a stálý měsíční plat za dodávku plynu. Pokud jde o zadavatelem použitou jednotkovou výši úhrady za dodaný plyn (583 Kč/MWh), tato je nižší než jednotková cena, kterou zadavateli poskytovatel služeb fakturoval v roce 2014 (704 Kč/MWh), nicméně je vyšší než jednotková cena dle citovaného oznámení o cenách (553,09 Kč/MWh), které se již vztahuje na plnění veřejné zakázky za období roku 2016. Pokud jde o zadavatelem použitou výši stálého měsíčního platu, tato se shoduje s výší, která byla v roce 2016 zadavateli fakturována a nadto i výší dle citovaného oznámení o cenách (plat 100 Kč/odběrné místo/měsíc). Jinými slovy, Úřad považuje postup zadavatele v zásadě za správný co do zahrnutí úhrady za dodaný plyn a stálého měsíčního platu za dodávku plynu do výpočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky a co do použitých jednotkových cen těchto úhrad. Podle § 13 odst. 1 zákona se však předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, přičemž podle § 14 odst. 1 písm. a) zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou.
72. Je tedy zřejmé, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zadavatel povinen zahrnout celou výši peněžitého závazku, která vyplývá z plnění veřejné zakázky, tedy nikoli jen některé složky ceny daného plnění, zatímco jiné očekávatelné úhrady (ať již účelově nebo nevědomě) opomine. Vzhledem k uvedenému Úřad považuje postup zadavatele při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky za nesprávný v tom směru, že do výpočtu nezahrnul i další úhrady tvořící cenu dodávky plynu nebo které jsou k této ceně připočítávány a zadavateli v souvislosti s plněním veřejné zakázky fakturovány (s výjimkou daně z přidané hodnoty, s ohledem na ust. § 13 odst. 1 zákona), které zadavatel mohl a měl s ohledem na dosavadní úhrady, relevantní právní úpravu a cenová rozhodnutí ERÚ předpokládat. V této souvislosti se dle Úřadu jedná zejména o následující úhrady:
- pevná cena za odebraný plyn,
 - pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu,
 - stálý měsíční plat za přistavenou kapacitu,
 - pevná cena za zúčtování,
 - daň z plynu.
73. Jelikož se zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky (1.877.598,- Kč bez DPH) blíží spodní hranici předpokládané hodnoty podlimitní veřejné zakázky na dodávky dle § 12 odst. 2 zákona, tj. hodnotě 2.000.000,- Kč bez DPH, a jak Úřad zjistil, zadavatel nezahrnul do předpokládané hodnoty veřejné zakázky celou předpokládanou výši peněžitého závazku bez DPH, když některé úhrady za plnění veřejné zakázky opominul, Úřad provedl vlastní modelový výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a to tak, že k zadavatelem vypočítané předpokládané hodnotě veřejné zakázky připočítal následující zadavatelem opominuté úhrady (dopočet Úřadu):

- pevná cena za odebraný plyn, přičemž jako jednotkovou cenu Úřad použil cenu dle bodu 14.1.1. Cenového rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 4/2014 o regulovaných cenách souvisejících s dodávkou plynu (dále jen „Cenové rozhodnutí ERÚ č. 4/2014“), tj. cena ve výši 115,39 Kč/MWh a 165,58 Kč/MWh,
 - pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu Crd dle bodu 14.1.1. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 4/2014, tj. cena ve výši 108.075,16 Kč/tis. m3/rok,
 - stálý měsíční plat za přistavenou kapacitu dle bodu 14.1.1. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 4/2014, tj. cena ve výši 184,33 Kč,
 - pevná cena za zúčtování dle bodu 2.3. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 4/2014, tj. cena ve výši 2,16 Kč/MWh,
 - daň z plynu dle § 6 části čtyřicáté páté zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, tj. cena ve výši 30,60 Kč/MWh.
74. Úřad pro výpočet použil ceny dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 4/2014, neboť toto cenové rozhodnutí, publikované 26. 11. 2014, bylo účinné od 1. ledna 2015 do 31. 12. 2015, tedy v době, kdy byla veřejná zakázka zadána a zadavatel se současně mohl s těmito cenami seznámit a vycházet z nich při stanovení předpokládané hodnoty. Pro úplnost Úřad na tomto místě uvádí, že v úvahu přicházející cenové rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 6/2015 o regulovaných cenách souvisejících s dodávkou plynu nezohlednil, jelikož toto nabylo účinnosti 1. ledna 2016 a bylo publikováno 25. listopadu 2015, tedy až po uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku.
75. Úřad pro výpočet, resp. dopočet, převzal údaje o množství (v MWh, měsíc, tis. m3), fakturačním období, sazbě daně z plynu (která nedoznala změny) a celkové daně z plynu z jednotlivých faktur za rok 2014.
76. Modelový výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedený Úřadem je zachycen v následující tabulce.

Identifikace výchozí faktury za rok 2014 (č. faktury a EAN odběrného místa) a popis položky	Množství	Jednotková cena v Kč bez DPH	Celková cena v Kč bez DPH
Podle faktury č. 122 140242 (EAN 27ZG600Z0016097X) Fakturační období 1. 1. 2014–12. 2. 2014			
Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	69,2569 MWh	115,39	7.991,55
Denní rezervovaná pevná kapacita roční (pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu odvíjející se od ceny 108.075,16 Kč/tis. m3/rok v závislosti na délce fakturačního období)	0,248 tis. m3	12.866,09	3.190,79

Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	69,2569 MWh	2,16	149,59
Ekologická daň z plynu	69,2569 MWh	30,60	2.119,26
Podle faktury č. 122 140242 (EAN 27ZG600Z0033091B) Fakturační období 1. 1. 2014–12. 2. 2014			
Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	123,6769 MWh	115,39	14.271,08
Denní rezervovaná pevná kapacita roční (pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu odvíjející se od ceny 108.075,16 Kč/tis. m3/rok v závislosti na délce fakturačního období)	0,534 tis. m3	12.866,09	6.870,49
Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	123,6769 MWh	2,16	267,14
Ekologická daň z plynu	123,6769 MWh	30,60	3.784,51
Podle faktury č. 122 140242 (EAN 27ZG600Z0016760S) Fakturační období 1. 1. 2014–30. 1. 2014			
Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	6,2255 MWh	165,58	1.030,81
Stálý měsíční plat za přistavenou kapacitu	0,9677 měsíc	184,33	178,38
Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	6,2255 MWh	2,16	13,45
Ekologická daň z plynu	6,2255 MWh	30,60	190,50
Celková cena podle faktury č. 122 140242 v Kč bez DPH		40.057,55	
Podle faktury č. 122 140896 (EAN 27ZG600Z0033091B) Fakturační období 13. 2. 2014–30. 11. 2014			
Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	314,3396 MWh	115,39	36.271,65
Denní rezervovaná pevná kapacita roční (pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu odvíjející se od ceny 108.075,16 Kč/tis. m3/rok v závislosti	0,432		

na délce fakturačního období)	tis. m3	86.202,81	37.239,61
Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	314,3396 MWh	2,16	678,97
Ekologická daň z plynu	314,3396 MWh	30,60	9.618,79
Celková cena podle faktury č. 122 140896 v Kč bez DPH	83.809,02		
Podle faktury č. 122 150012 (EAN 27ZG600Z0016097X) Fakturační období 13. 2. 2014–31. 12. 2014			
Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	189,7058 MWh	115,39	21.890,15
Denní rezervovaná pevná kapacita roční (pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu odvíjející se od ceny 108.075,16 Kč/tis. m3/rok v závislosti na délce fakturačního období)	0,212 tis. m3	95.209,07	20.184,32
Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	189,7058 MWh	2,16	409,76
Ekologická daň z plynu	189,7058 MWh	30,60	5.805,00
Celková cena podle faktury č. 122 150012 v Kč bez DPH	48.289,23		
Podle faktury č. 122 150026 (EAN 27ZG600Z0033091B) Fakturační období 1. 12. 2014–31. 12. 2014			
Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	71,2536 MWh	115,39	8.221,95
Denní rezervovaná pevná kapacita roční (pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu odvíjející se od ceny 108.075,16 Kč/tis. m3/rok v závislosti na délce fakturačního období)	0,421 tis. m3	9.006,26	3.791,64
Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	71,2536 MWh	2,16	153,91
Ekologická daň z plynu	71,2536 MWh	30,60	2.180,36
Podle faktury č. 122 150026 (EAN 27ZG600Z0016760S) Fakturační období 31. 1. 2014–31. 12. 2014			

Distribuované množství zemního plynu (pevná cena za odebraný plyn)	24,523 MWh	165,58	4.060,52
Stálý měsíční plat za přistavenou kapacitu	11,0323 měsíc	184,33	2.033,58
Poplatek za zúčtování služby OTE (pevná cena za zúčtování)	24,523 MWh	2,16	52,97
Ekologická daň z plynu	24,523 MWh	30,60	750,40
Celková cena podle faktury č. 122 150026 v Kč bez DPH		21.245,33	
Součet celkových cen podle faktur (tj. dopočet Úřadu za 1 rok plnění veřejné zakázky)		193.401,13	
Předpokládaná hodnota veřejné zakázky (součet zadavatelem vypočítané předpokládané hodnoty a dopočtu Úřadu za 4 roky) $1.877.598 + 4 \times 193.401,13 = \mathbf{2.651.202,52}$			

77. Z výsledku modelového výpočtu Úřadu, kdy tento činí po zaokrouhlení 2.651.202 Kč bez DPH, je nepochybné, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky výrazně přesahuje horní hranici předpokládané hodnoty veřejné zakázky malého rozsahu dle § 12 odst. 3 zákona. Úřad má proto za prokázané, že se v případě šetřené veřejné zakázky nemůže jednat o veřejnou zakázku malého rozsahu. Na veřejnou zakázku se tedy nevztahovala obecná výjimka dle § 18 odst. 5 zákona (ostatně ani žádná jiná, přičemž s argumentem zadavatele, který spočívá v tom, že předmětnou veřejnou zakázku zadával v souvislosti s výkonem tzv. relevantní činnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona, a na zadavatele tedy dopadají ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele vč. § 19 odst. 1 zákona, se Úřad vypořádal níže – viz body 96–106 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel tudíž měl povinnost tuto veřejnou zakázku zadat v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona.
78. Úřad v této souvislosti nad rámec výše uvedeného považuje za nezbytné doplnit následující. Samotná povinnost určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je klíčovou povinností zadavatele ve fázi před zahájením jakéhokoliv zadávacího řízení (je tomu tak proto, že právě na základě výše předpokládané hodnoty zadavatel zejména určuje, v jakém druhu zadávacího řízení a podle jakých pravidel bude danou veřejnou zakázku zadávat), a to zejména v případech zadávání veřejných zakázek svým způsobem „hraničních“, tj. veřejných zakázek na hraně zákonných limitů. V této souvislosti je zcela flagrantním porušením povinnosti zadavatele už jen samotná skutečnost, na kterou v průběhu šetření podnětu upozorňuje Úřad sám zadavatel, a to že na tuto povinnost zadavatel v podstatě rezignoval, s odůvodněním, že tento postup s ním poskytovatel služeb nekonzultoval. Zadavatel se tedy v šetřeném případě v čase před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku prakticky o předpokládanou hodnotu šetřené veřejné zakázky nikterak nezajímal, když tuto dovozoval až v průběhu šetření před Úřadem. S ohledem na posledně uvedené Úřad uzavírá, že povinnosti správného stanovení předpokládané hodnoty, potažmo povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém druhu zadávacího řízení (ani odpovědnosti vyplývající

z porušení této povinnosti) zadavatele nezbavuje skutečnost, že se nechal při zajištění uzavření smlouvy na veřejnou zakázku zastoupit jinou osobou (viz bod 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Povinnost zadavatele zadat veřejnou zakázku postupem dle zákona je totiž jednoznačně povinností veřejnoprávní, která nemůže být smluvně přenesena na jinou osobu.

79. Závěrem Úřad uvádí, že za situace, kdy v podstatě neproběhlo žádné zadávací řízení, resp. v podstatě neproběhla žádná reálná soutěž, lze dovodit i naplnění dalšího znaku skutkové podstaty správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to znaku podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky (v potenciální rovině). V této souvislosti lze konstatovat, že nebyla-li cena šetřené veřejné zakázky řádně soutěžena, nelze nikdy vyloučit, že kdyby zadavatel postupoval v zadávacím řízení, mohl obdržet nabídku s výhodnější cenou, resp. mohly být samotné podmínky smlouvy z pohledu zadavatele výhodnější. V této souvislosti Úřad odkazuje na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 13/2015 ze dne 23. 3. 2016, ve kterém Krajský soud mimo jiné konstatoval, že „[j]estliže totiž zadávací řízení vůbec neproběhlo, neuskutečnila se žádná „soutěž o získání veřejné zakázky“, o možnosti získat veřejnou zakázku nemuseli mít dodavatelé dokonce ani žádné povědomí. Nepostupuje-li zadavatel podle ZVZ, ač tuto povinnost má, žádné hodnocení nabídek reálně neprobíhá, a tedy hypotéza založená na skutkové domněnce jistě potenciálně v úvahu přicházejících nabídek, jež by mohly být nabídkami výhodnějšími, a tedy i výhodněji hodnocenými, je pro takový případ nezpochybitelná.“

K argumentu zadavatele spočívajícího v nezahrnování regulovaných cen do předpokládané hodnoty veřejné zakázky

80. Podle zadavatele by do předpokládané hodnoty veřejné zakázky měly být zahrnovány pouze ty složky ceny za plnění veřejné zakázky, které mohou být „soutěženy“, tj. kterými se mohou nabídky jednotlivých uchazečů od sebe odlišovat, nikoli tedy složky ceny, které jsou pevně stanové (viz bod 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
81. Úřad uvádí, že zadavatelem předkládaný pohled nemá oporu v zákoně. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je třeba v první řadě vycházet z § 13 odst. 1 zákona, který stanoví, že se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky. Je zřejmé, že peněžítým závazkem vyplývajícím z plnění veřejné zakázky jsou v šetřeném případě nejen složky ceny veřejné zakázky, které nejsou předem pevně stanoveny a které stanoví sám uchazeč o zakázku – (úhrada za dodaný plyn a stálý měsíční plat za dodávku plynu), nýbrž i zbývající složky ceny veřejné zakázky, které jsou určitým způsobem regulovány (pevná cena za odebraný plyn, pevná roční cena za denní rezervovanou pevnou distribuční kapacitu, stálý měsíční plat za přistavenou kapacitu, pevná cena za zúčtování, daň z plynu). I regulované složky ceny představují peněžité protiplnění povinně poskytované dodavateli za plnění veřejné zakázky (zákon ve shora citovaném ustanovení stanoví výjimku toliko pro daň z přidané hodnoty).
82. Skutečnost, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky mají být zahrnuty všechny složky ceny, které plynou z plnění veřejné zakázky, plyne pro zakázku na dodávky dále také z § 14 odst. 1 písm. a) zákona, v němž je výslovně uvedeno, že se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky stanoví na základě předpokládané výše „celkového“ peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou.

83. K argumentaci zadavatele „nelogičností zahrnování regulovaných složek ceny“ veřejné zakázky do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, které má dle něj vést ke ztrátě vypovídací hodnoty předpokládané hodnoty veřejné zakázky (viz bod 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že primárním účelem předpokládané hodnoty veřejné zakázky je určení, zda zadavatel je povinen zadávat veřejnou zakázku v režimu zákona a jaké konkrétní postupy (lišící se svojí přísností) je přitom povinen nebo oprávněn použít. Na určení postupu zadavatele má přitom rozhodující vliv právě předpokládaný objem finančních prostředků, které mají být na plnění veřejné zakázky vynaloženy. Mezi tyto prostředky je nutné zahrnovat i prostředky, jejichž cena je určitým způsobem veřejným právem regulována. I na vynakládání těchto prostředků se vztahuje zákon.
84. Úřad naopak v reakci na argumentaci zadavatele uvádí, že konkrétní vypovídací hodnota údaje o předpokládané hodnotě by naopak byla narušena v případě, že by tyto regulované složky ceny za plnění předmětu veřejné zakázky do její předpokládané hodnoty zahrnuty nebyly. Nadto, jak se ostatně ukazuje i v šetřeném případě, uvedené snížení předpokládané hodnoty by mohlo mít za následek zadávání zakázky v druhu zadávacího řízení, který neodpovídá objemu vynakládaných finančních prostředků, případně zadání zakázky mimo režim zákona. Předpokladem vypovídací hodnoty předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy právě úplnost objemu finančních prostředků, které mají být vynaloženy na plnění veřejné zakázky, tedy i zahrnutí regulovaných složek ceny.
85. Pro úplnost Úřad uvádí, že zahrnutí regulovaných složek ceny za plnění veřejné zakázky do její předpokládané hodnoty nemá vliv na hodnocení podle kritéria nejnižší nabídkové ceny. Uvedený postup určení předpokládané hodnoty tedy nevyklučuje, aby při hodnocení nabídek podle kritéria nejnižší nabídkové ceny byla předmětem porovnání nabídková cena oproštěná od jejích regulovaných – pevně stanovených, a proto u všech nabídek shodných složek.

K argumentu zadavatele spočívajícího v překročení plné moci poskytovatelem služeb

86. K argumentaci zadavatele spočívající v tom, že poskytovatel služeb překročil svoje zmocnění k zastupování zadavatele na základě plné moci, když uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku na období čtyř let, přičemž byl dle zadavatele zmocněn k uzavírání smluv pouze na období jednoho roku (viz body 22 a 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující. Z plné moci ze dne 6. 12. 2011 (viz bod 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí) udělené zadavatelem poskytovateli služeb jednoznačné (zadavatelem proklamované) omezení zmocnění poskytovatele služeb neplyne. Naopak z plné moci lze jednoznačně dovodit, že poskytovatel služeb je na základě smluvních vztahů se zadavatelem oprávněn nakládat s odběrnými místy a odběrnými zařízeními energií zadavatele. Uvedené omezení zmocnění dle Úřadu nevyplývá jednoznačně ani ze smlouvy o službách, na kterou zadavatel rovněž odkazuje, ani z jiných podkladů tohoto rozhodnutí.
87. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že za rozhodující z hlediska rozsahu zmocnění, jeho případných omezení a případných účinků pokynů zadavatele poskytovateli služeb vůči dodavateli je přitom nutné považovat citovanou plnou moc [k tomu viz zejm. § 31 odst. 1 a 32 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“ nebo „OZ“), příp. § 441 odst. 2 a § 447 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „nový občanský zákoník“ nebo „NOZ“)].

88. Pokud zadavatel měl za to, že při uzavírání smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku došlo k překročení zmocnění, měl vůči dodavateli vyjádřit svůj nesouhlas s tímto překročením ve smyslu příslušných ustanovení občanského zákoníku (srov. § 33 odst. 1 OZ), resp. nového občanského zákoníku (srov. § 446 NOZ). Zadavatel Úřadu netvrdil a ani nedoložil, že by vyjádřil svůj nesouhlas ve smyslu výše uvedených ustanovení občanského zákoníku nebo nového občanského zákoníku. Zadavatel toliko tvrdí, že se snažil dosáhnout neplatnosti smluv v rámci následného jednání s dodavatelem. Úřad má nicméně za to, že tato jednání o neplatnosti nelze považovat za vyjádření nesouhlasu zadavatele s překročením zmocnění poskytovatelem služby ve smyslu výše uvedených ustanovení občanského zákoníku nebo nového občanského zákoníku.
89. Dále Úřad v této souvislosti uvádí, že z obsahu zápisu z 9. zasedání Zastupitelstva města Moravský Krumlov konaného dne 16. 12. 2015 (viz bod 68 odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze dovodit, že jednání mezi zadavatelem a dodavatelem se týkala neplatnosti smluv z důvodu případného porušení zákona spočívajícího v zadání veřejné zakázky postupem mimo režim zákona, nikoli v překročení zmocnění poskytovatelem služeb. Skutečnost, že zadavatel vůči dodavateli nevyjádřil nesouhlas ve smyslu výše uvedených ustanovení občanského nebo nového občanského zákoníku potvrdil ve svém vyjádření ostatně i sám dodavatel (viz body 35 a 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navíc je tato skutečnost zřejmá již z toho, že zadavatel jednal o změně délky trvání smlouvy a následně uzavřel s dodavatelem dohodu o ukončení smlouvy (v níž je výslovně potvrzeno, že předmětná smlouva byla mezi dodavatelem a zadavatelem uzavřena; viz bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí), což by postrádalo smysl, kdyby zadavatel účinně vůči dodavateli vyjádřil nesouhlas s překročením zmocnění.
90. Úřad tedy uzavírá, že z uvedených rozhodných skutečností jednoznačně vyplývá, že zadavatel jednal, jako by smlouva na veřejnou zakázku byla platně uzavřena a zadavatel jí byl vázán. Podle výše uvedeného § 33 odst. 1 občanského zákoníku a § 446 nového občanského zákoníku platí, že nevyjádří-li zmocněnec nesouhlas s překročením zmocnění bez zbytečného odkladu po tom, co se o překročení dozvěděl, platí, že překročení schválil.
91. Úřad má s ohledem na veškeré uvedené skutečnosti za to, že k překročení zmocnění uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku na období čtyř let nedošlo, a úvaha zadavatele v této souvislosti je pouze účelová. Nadto, jak bylo Úřadem dovozeno v této části odůvodnění rozhodnutí, i kdyby k tomuto překročení zmocnění ze strany poskytovatele došlo, byl by Úřad nucen konstatovat, že toto překročení bylo zadavatelem schváleno, jelikož nebylo dle příslušných ustanovení soukromého práva ze strany zadavatele rozporováno. Úřad proto považuje předmětný argument zadavatele jako neopodstatněný, resp. dodatečně účelově konstruovaný a neshledává důvody pro, aby se dále zabýval vlivem zadavatelem tvrzeného překročení zmocnění na naplnění skutkové podstaty správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K argumentu zadavatele změnou délky smlouvy na veřejnou zakázku

92. Zadavatel dále argumentuje tím, že uzavřel dohodu o ukončení smlouvy na veřejnou zakázku, kterou byla délka trvání předmětné smlouvy zkrácena z původně sjednaných čtyř let na jeden rok, a tím se výrazně snížila předpokládaná hodnota veřejné zakázky (viz body 32 a 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

93. Úřad v reakci na tento argument uvádí, že zkrácení délky trvání již uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku (v jakémkoli rozsahu) nemá na naplnění skutkové podstaty správního deliktu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí vliv.
94. K naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, tedy dne 2. 11. 2015. Ke změně délky trvání předmětné smlouvy došlo až 16. 5. 2016. Co se týče argumentace zadavatele změnou (výrazné snížení) předpokládané hodnoty veřejné zakázky, předpokládaná hodnota veřejné zakázky v rozsahu, v němž byla zadána dne 2. 11. 2015, tj. na období čtyř let, se uzavřením dohody o ukončení smlouvy (zkrácením na jeden rok) nesnížila. Zkrácení délky trvání smlouvy na jeden rok tedy nemění nic na skutečnosti, že pro stanovení postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky (a naplnění skutkové podstaty správního deliktu) byla rozhodnou předpokládanou hodnotou veřejné zakázky hodnota stanovená podle § 14 odst. 1 písm. a) zákona na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu čtyř let a rozhodným dnem pro její stanovení byl dle § 13 odst. 2 zákona den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění (v tomto případě, kdy byla zakázka zadána bez jakéhokoli zadávacího řízení, tedy den samotného uzavření smlouvy).
95. Uzavření dohody o ukončení smlouvy tedy nezvrátilo a ani nemůže zpětně zvrátit naplnění skutkové podstaty citovaného správního deliktu. Pro úplnost Úřad uvádí, že ke zmírnění negativních následků spáchaného správního deliktu lze přihlídnout v rámci úvahy o výši sankce za spáchání správního deliktu (viz dále bod 121 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K argumentu zadavatele spočívajícího ve výkonu relevantní činnosti

96. Pokud jde o argumentaci zadáním veřejné zakázky v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona a s tím souvisejícím využitím výjimky z působnosti zákona podle § 19 odst. 1 zákona, který zadavatel použil po podání odporu (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující.
97. Aby se v šetřeném případě mohlo jednat o zadání veřejné zakázky v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona, musela by být veřejná zakázka zadána v souvislosti s relevantní činností spočívající ve výrobě tepelné energie za účelem poskytování služby veřejnosti. Aby tedy mohl zadavatel vykonávat citovanou relevantní činnost, musí být splněna podmínka, že ji vykonává pro veřejnost. Veřejností ve smyslu posledně citovaného ustanovení zákona je nutné rozumět neomezený okruh předem neurčených potenciálních zájemců (jakékoli zájemce), kteří nejsou se zadavatelem majetkově, funkčně či organizačně propojeni. Za takové zájemce nelze tedy považovat ani samotného zadavatele, jeho zařízení a organizační složky.
98. V této souvislosti lze odkázat na odbornou literaturu, dle níž „[s]ektorový zadavatel je podnikatel působící v sektorech, v nichž je z povahy věci vyloučena či potlačena efektivní hospodářská soutěž. Podnikatel, aby mohl vykonávat podnikatelskou činnost v daném sektoru, má povětšinou povahu přirozeného či administrativního monopolu. Současně musí platit, že činnost v příslušném sektoru (dodávky či služby) musí podnikatel poskytovat veřejnosti jako takové.“ (Jurčík, R.: Veřejné zakázky a koncese 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 234). A dále „Je třeba zdůraznit, že za relevantní činnost se v sektorových oblastech považuje taková činnost, která slouží k uspokojování potřeb veřejnosti. [...] Pokud

by teplárenské zařízení vyrábělo teplo pouze pro jeden subjekt (nemocnici), nejde o relevantní činnost; chybí podmínka, že je poskytováno veřejnosti (Tamtéž s. 238 a 239).

99. Dále pak „V případě, kdy relevantní činnost slouží výhradně pro potřeby jiných subjektů v rámci holdingové struktury, nejedná se o relevantní činnost podle zákona.“ (Kruták, T., Krutáková, L., Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady. 2. aktualiz. vydání. Olomouc: ANAG, spol. s r. o. 2013, s 43.)
100. V neposledním řadě lze uvést, že v komentářové literatuře se uvádí ve vztahu k relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona rovněž, že „[p]okud by subjekt vyráběl tepelnou energii pro své vlastní potřeby (např. pro zásobování svých provozoven), nebude se jednat o relevantní činnost a daný subjekt nebude moci být v souvislosti s touto činností považován za sektorového zadavatele“ nebo ve vztahu k relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. c) bod 1 zákona „[p]okud tomu tak nebude (výrobce elektřiny bude tuto poskytovat jen pro své objekty nebo pro uzavřený okruh subjektů), nebude moci být taková činnost subsumována pod relevantní činnosti ve smyslu komentovaného ustanovení“ (Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, s. 23, 24).
101. Úřad posoudil, zda výrobu tepelné energie ze zemního plynu zadavatelem pro odběrná místa zemního plynu, resp. místa spotřeby tepelné energie (viz body 2 a 37 odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze považovat za výrobu tepelné energie za účelem poskytování služby veřejnosti. Jak plyne z vyjádření zadavatele, zadavatel vyrábí předmětnou tepelnou energii ve vlastních objektech výlučně pro vytápění těchto objektů (viz body 31, 37–40 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tyto objekty užívá sám, resp. jeho organizační složky a zařízení (Jiráskova 634, EAN 27ZG600Z0033091B; Havlíčkova 1073; EAN 27ZG600Z0016760S), nebo je částečně poskytuje k užívání jiným subjektům, které nejsou se zadavatelem zjevně propojeny (náměstí Klášterní 125, EAN 27ZG600Z0016097X).
102. Úřad považuje za rozhodující, zda, obecně vyjádřeno, zadavatel vyrobenou tepelnou energii poskytuje jakémukoli subjektu, který o dodávky jím vyrobené tepelné energie má zájem, tedy veřejnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona.
103. Vzhledem k výše uvedenému je podle Úřadu v šetřeném případě vyloučeno, aby zadavatel vyrobenou tepelnou energii poskytoval jakémukoli subjektu, který o dodávky jím vyrobené tepelné energie má zájem, již ze samotné skutečnosti, že odebíraný zemní plyn využívá k výrobě tepelné energie, kterou vytápí výlučně objekty ve svém vlastnictví. Z uvedeného je zřejmé, že neposkytuje tepelnou energii veřejnosti, nýbrž ji využívá výlučně pro svoje vlastní potřeby – vytápění vlastních prostor. Úřad považuje za irelevantní, zda zadavatel tyto svoje objekty fakticky užívá pro vlastní účely nebo je poskytuje k užívání jiným subjektům (Úřad práce České republiky) a zda jsou tyto objekty užívány za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu (které nelze ztotožňovat s poskytováním služby veřejnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona), či nikoli.
104. Úřad tedy dospěl k závěru, že zadavatel neposkytuje vyrobenou tepelnou energii veřejnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona, proto se nemůže jednat o výkon relevantní činnosti podle zákona.

105. Jelikož zemní plyn, který by měl být zadavateli dodáván na základě smlouvy na veřejnou zakázku, není využíván k výrobě tepelné energie za účelem poskytování služby veřejnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona (ani ostatně k žádné jiné relevantní činnosti, přičemž zadavatel sám výkonem žádné jiné relevantní činnosti dle zákona neargumentoval), nelze považovat předmětnou veřejnou zakázku za zadanou v souvislosti s výkonem relevantní činnosti dle zákona.
106. Vzhledem k uvedenému není splněna podmínka pro použití ustanovení zákona vztahujících se na sektorového zadavatele podle § 2 odst. 7 zákona. Ustanovení vztahující se na sektorového zadavatele, vč. § 19 odst. 1 zákona, se na zadavatele v souvislosti se zadáním předmětné veřejné zakázky tudíž nepoužijí. Předmětný argument zadavatele tedy Úřad považuje za neopodstatněný.

K dalším argumentům zadavatele

107. Pokud jde o zadavatelem v odporu uváděné okolnosti, za kterých byla smlouva na veřejnou zakázku uzavřena, které měly spočívat v hrozbě přerušování dodávek energií a v potřebě odvrácení této hrozby (viz body 21 a 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že tyto okolnosti jsou irelevantní z hlediska naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Nadto Úřad nepřehlédl, že z dalšího vyjádření zadavatele plyne, že hrozba odpojení či přerušování dodávek se týkala dodávek elektřiny, zatímco předmětem veřejné zakázky jsou dodávky zemního plynu. Rovněž ze zápisu z 9. zasedání Zastupitelstva města Moravský Krumlov konaného dne 16. 12. 2015 plyne, že nejistota ohledně dodávek energií se případně týkala pouze elektřiny (viz bod 68 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále má Úřad za to, že je prakticky vyloučeno, aby zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku pro vlivem uvedené hrozby, neboť smlouva na veřejnou zakázku byla uzavřena dne 2. 11. 2015 a teprve dne 27. 11. 2015 měl zadavatel obdržet dopis s upozorněním na možnost pozastavení dodávek energie (viz bod 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku

108. Zadavatel ve svém odporu dále poukazuje na skutečnost, že sám v podnětu požadoval, aby Úřad uložil zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 118 odst. 2 zákona, neboť následkem uložení tohoto zákazu by byla neplatnost předmětné smlouvy (viz body 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad k uvedenému „návrhu“ zadavatele uvádí, že Úřad je podle § 118 odst. 2 zákona oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku pouze na základě návrhu podle § 114 odst. 2 zákona, tedy ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném na návrh. Jinými slovy, uložení zákazu plnění ve správním řízení zahájeném z moci úřední nepřipadá v úvahu. Uložení zákazu plnění smlouvy je pak dále vázáno na splnění některé z podmínek v § 118 odst. 2 písm. a) až c) zákona. Předmětné správní řízení bylo zahájeno z moci úřední, nikoli na návrh podle § 114 odst. 2 zákona, tudíž Úřad není oprávněn v rámci tohoto správního řízení uložit nápravné opatření spočívající v zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku.
109. Úřad s ohledem na výše uvedené považuje za prokázané, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že dne 2. 11. 2015 uzavřel s dodavatelem smlouvu na veřejnou zakázku na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019, jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávek zemního plynu do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě [na adresách náměstí Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (EAN

27ZG600Z0016097X), Jiráskova 634, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0033091B), Havlíčkova 1073, 672 01 Moravský Krumlov (EAN 27ZG600Z0016760S)], aniž by tuto veřejnou zakázku, jejíž předmět plnění je vymezen citovanou smlouvou, zadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení uvedených v § 21 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. S ohledem na uvedené rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu. Závěrem na tomto místě považuje Úřad za nezbytné uvést, že postup zadavatele představuje typické zneužití práva. Nejprve zadavatel podává podnět (sám na sebe) a žádá po Úřadu, aby zahájil správní řízení. Úřad věc posoudil a ve věci rozhodl příkazem. Následně zadavatel, který celou věc inicioval a žádal zahájení správního řízení (pokud by byl postup zákonný a nebyly by pochybnosti o zákonnosti, nebyl by důvod podávat podnět a zahajovat řízení), podává odpor a zcela v rozporu se smyslem institutu podnětu následně tvrdí, že vlastně zákon neporušil. Zadavatel totiž v rozporu s právní normou očekával, že Úřad za zadavatele bude řešit zcela nezákonný postup zadavatele a zneplatňovat jím uzavřené smlouvy. To však není možné. V posuzované věci se mohl Úřad zabývat toliko tím, zda byl spáchán správní delikt a uložit za něj pokutu. Svou odpovědnost za nezákonné jednání nemůže zadavatel přenášet ani na zmocněnce, který v zastoupení zadavatele s Energie Pro s.r.o. předmětnou smlouvu uzavřel. Byl to právě zadavatel, který určil, že tento zmocněnec (a v tomto rozsahu) jej bude zastupovat a za něj jednat. Pokud zadavatel tvrdil, že smlouvu jeho zástupce uzavřel, neboť přesáhl své zmocnění, které mu dal, je z jednání zadavatele flagrantní, jak účelové toto tvrzení je. Z vyjádření zadavatele jasně plyne, od kdy tvrdí, že ví, že zástupce zadavatele přesáhl při uzavření smlouvy zmocnění, přesto však (jak ostatně plyne ze zápisů jednání orgánů zadavatele) se cítil být smlouvou vázán, přičemž – jak plyne z listiny z 8. 6. 2016 – předmětnou dohodu ukončil až k 16. 5. 2016. Argumentace, jejímž prostřednictvím chce zadavatel přenést odpovědnost na jiný subjekt, ač je to on, kdo porušil zákon, je tak zcela nepřiléhavá a lichá, přičemž pro její naprostou účelovost k ní Úřad nepřihlédl ani při stanovení výše pokuty (viz dále).

K uložení pokuty

110. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
111. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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.
112. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že dne 2. 11. 2015 uzavřel smlouvu s dodavatelem na veřejnou zakázku, aniž by tuto veřejnou zakázku zadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení uvedených v § 21 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
113. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

114. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 28. 12. 2015. K uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem došlo dne 2. 11. 2015, kdy zároveň došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Správní řízení bylo v souladu s § 150 odst. 1 správního řádu v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno dnem doručení příkazu, tedy 18. 4. 2016 (viz bod 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
115. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
116. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za něž lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jelikož celkovou cenu šetřené veřejné zakázky nelze v současnosti reálně zjistit.
117. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
118. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
119. Z hlediska závažnosti správního deliktu je třeba jednání zadavatele, který zakázku vůbec nezadáva postupem dle zákona (tedy v některém z v úvahu připadajících zadávacích řízení), ačkoli takovou povinnost měl, hodnotit jako typově vůbec nejzávažnější, neboť takový postup znamená vyhnout se stanoveným formalizovaným postupům a v zásadě zcela vylučuje základní účel zákonné úpravy zadávání veřejných zakázek, tj. to, aby byly smlouvy na veřejné zakázky uzavírány při zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro zadavatele tu nejvhodnější a které je rovněž základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků.
120. Jako přitěžující okolnost Úřad zohlednil tu skutečnost, že zadavateli muselo být bez nutnosti sofistického posouzení vzhledem k úhradám za stejné plnění obdržené v minulosti (skutečné výši peněžitého závazku i jeho složkám) známo, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky nepochybně přesáhne horní hranici předpokládané hodnoty veřejné zakázky malého rozsahu.

121. Úřad jako polehčující okolnost zohlednil, že zadavatel sjednal s dodavatelem zkrácení délky trvání smlouvy na veřejnou zakázku (viz bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to na jeden rok. Toto zkrácení Úřad považuje za významné z hlediska závažnosti správního deliktu, když zadavatel zmírnil škodlivé následky svého jednání. Zohlednění změny délky trvání smlouvy na veřejnou zakázku je však výrazně limitováno skutečností, že k této změně zadavatel přistoupil až během správního řízení, konkrétně poté, co mu Úřad nepravomocně uložil pokutu za spáchání správního deliktu. Zadavatel sice uvádí, že v okamžiku, kdy zjistil, že smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena na čtyři roky, začal vyjednávat o změně délky trvání smlouvy (viz bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad nicméně považuje za rozhodné, kdy byla dohoda o ukončení smlouvy uzavřena, neboť teprve tento úkon představuje účinný krok zadavatele směrem ke zmírnění následků správního deliktu.
122. K tvrzení zadavatele, že v okamžiku, kdy zjistil, že smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena na čtyři roky, začal vyjednávat o změně délky trvání smlouvy, Úřad pro úplnost uvádí, že zadavatel uváděný počátek předmětného jednání s dodavatelem nedoložil, navíc má Úřad jisté pochybnosti o možném účelovém charakteru tohoto tvrzení zadavatele. O účelovosti tohoto tvrzení svědčí jistá nekonzistentnost vyjádření zadavatele a rovněž obsah zápisů a usnesení orgánů zadavatele. Zadavatel ve stanovisku ze dne 9. 5. 2016 (viz bod 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí) spojil okamžik, kdy zjistil, že smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena na čtyři roky, s vyvinutím snahy o „zneplatnění“ smlouvy na veřejnou zakázku, nikoli se zahájením jednání o změně délky trvání předmětné smlouvy, přičemž v tomto smyslu se zadavatel vyjádřil až ve vyjádření ze dne 2. 6. 2016. Ani ze zápisů ze zasedání a z usnesení orgánů zadavatele neplyne, že by zadavatel jednal či alespoň zamýšlel či zvažoval jednat o změně délky smlouvy na veřejnou zakázku již před zahájením správního řízení, a zejména že by usiloval o to, aby dohoda o ukončení smlouvy nebo jiná dohoda o změně délky smlouvy na veřejnou zakázku byla uzavřena již před zahájením správního řízení. Z uvedených dokumentů naopak plyne, že zadavatel měl v úmyslu pouze vyčkávat s dalším postupem až na rozhodnutí Úřadu, resp. vyřízení podnětu (viz zejména bod 67 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
123. Dále Úřad při zvažování konkrétní výše pokuty zohlednil následující skutečnost. Lze uvažovat v tom smyslu, že v případě, kdy by bylo možné celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, přičemž tato by v zásadě odpovídala předpokládané hodnotě veřejné zakázky za období čtyř let modelově vypočítané Úřadem (po zaokrouhlení 2.651.202 Kč bez DPH, tj. 3.207.954 Kč s DPH), přičemž není relevantního předpokladu, že by se celková cena veřejné zakázky v původním rozsahu měla od této předpokládané hodnoty řádově lišit, mohla by být zadavateli v případě, že by se dopustil spáchání správního deliktu spočívajícího v nedodržení zákonem stanoveného postupu pro zadání veřejné zakázky [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona] udělena pokuta do výše 10 % ceny veřejné zakázky, což by v šetřeném případě činilo po zaokrouhlení přibližně 320.795 Kč, tedy pouze zlomek horní hranice pokuty, kterou lze uložit za tento správní delikt v případě, že nelze celkovou cenu veřejné zakázky zjistit (20 000 000 Kč). Dle názoru Úřadu nejde od této skutečnosti v žádném případě odhlédnout, přičemž v kontextu daného případu se jedná o zásadní důvod pro uložení pokuty hluboko pod úroveň maximální možné zákonné sazby (uložená pokuta 180 000,- Kč představuje necelé 1 % z její maximální možné sazby), byť se jedná o delikt, jak již bylo výše konstatováno, typově nejzávažnější.

124. K argumentu zadavatele, že v šetřeném případě je možné uložit za správní delikt pokutu do 10 % ceny zakázky, protože Úřadem v příkazu uložená pokuta ve výši 200.000,- Kč nepředstavuje zlomek horní hranice pokuty (viz bod 33 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že v šetřeném případě nelze celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, tato cena není pevně sjednána a závisí zejm. na objemu odebraného plnění za celou dobu realizace veřejné zakázky. Zákon v § 120 odst. 2 písm. a) stanoví pro případy, kdy nelze celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, maximální hranici pokuty 20.000.000 Kč. Úřad tedy vyšel při stanovení pokuty z této hranice, zatímco hranici maximální pokuty ve výši 10 % ceny veřejné zakázky, která se uplatní v případě, že celkovou cenu zakázky lze zjistit, využil toliko jako pomůcku při stanovení výše pokuty, tak aby co nejvíce reflektovala závažnost správního deliktu, přičemž pro tyto účely použil pro výpočet hypotetickou cenu veřejné zakázky dovozenou z předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
125. K zadavatelem uváděné skutečnosti (kterou zadavatel požaduje zohlednit jako polehčující okolnost), že jakmile získal podezření na porušení zákona, ihned podal podnět k Úřadu (viz bod 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že tuto skutečnost nezohlednil, neboť tato skutečnost sama o sobě nesnižuje závažnost již spáchaného správního deliktu. Úřad přitom nepřehlédl, jak účelově tuto námitku zadavatel používá, když ve svých vyjádřeních (srovnej např. odpor z 20. 4. 2016) tvrdí pravý opak, a to že se porušením zákona správního deliktu vůbec nedopustil. Navíc se Úřad důvodně domnívá, že zadavatel sledoval podáním podnětu primárně řešení vlastní situace, když zadavatel byl veden zejména snahou o dosažení neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku uložením zákazu plnění smlouvy Úřadem, aby v návaznosti na to eventuálně zajistil dodávky zemního plynu zadáním nové veřejné zakázky, případně aby získal větší jistotu stran stávajících právních vztahů, ve kterých se nachází, nikoli ochranu soutěžního prostředí jako takového, včetně akceptování správněprávního trestání za porušení postupu dle zákona. O uvedeném svědčí jak vyjádření zadavatele (viz např. bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí), tak obsah zápisů a usnesení ze zasedání Zastupitelstva zadavatele a Rady zadavatele (viz body 67–69 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
126. K návrhu zadavatele na „prominutí pokuty“ (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že není oprávněn upustit od uložení pokuty nebo již uloženou pokutu prominout. Úřad v této souvislosti odkazuje na § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ze kterého plyne, že Úřad uloží (tedy je povinen uložit) za správní delikt pokutu.
127. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Úřad z dokumentů „Schválený rozpočet Města Moravský Krumlov pro rok 2015“ a „Schválený rozpočet Města Moravský Krumlov pro rok 2016“ zjistil, že zadavatel hospodaří s finančními prostředky v řádech stovek milionů korun českých. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 180 000,- Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
128. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že 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 funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání,

keré je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována 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 Brně v rozsudku sp. zn. 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.

129. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
130. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační či „nespravedlivou“.
131. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 180 000 Kč (tj. pod úroveň jednoho procenta zákonné sazby) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako přiměřenou. K návrhu zadavatele na snížení pokuty uložené v příkazu ve výši 200.000,- Kč pod úroveň jednoho procenta zákonné sazby (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad vzhledem k výši pokuty ukládané tímto rozhodnutím konstatuje, že stanovená pokuta ve výsledku odpovídá i uvedenému návrhu zadavatele.
132. S ohledem na výše uvedené bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
133. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno.

Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Mgr. Vlastimil Šopák, advokát Advokátní kanceláře Šopák, Palátová a partneři, Jana Palacha 954/4,
669 02 Znojmo

Vypraveno dne

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