



UOHSX008MVD6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0325/2016/VZ-28740/2016/522/JKr

Brno: 11. července 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 11. 5. 2016, jehož účastníkem je

- zadavatel – Služby města Moravský Krumlov, příspěvková organizace, IČO 00839043, se sídlem Zámecká 17, 672 01 Moravský Krumlov, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 16. 5. 2016 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. 100/1/028, 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, 180 00 Praha-Karlín), na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019 a jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávky elektřiny do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Služby města Moravský Krumlov, příspěvková organizace, IČO 00839043, se sídlem Zámecká 17, 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 (nyní se sídlem U Sluncové 666/12a, 180 00 Praha-Karlín), smlouvu č. 100/1/028 na veřejnou zakázku, jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávky elektřiny do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019, 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 nejhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Služby města Moravský Krumlov, příspěvková organizace, IČO 00839043, se sídlem Zámecká 17, 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

I. VEŘEJNÁ ZAKÁZKA

Vztahy související s veřejnou zakázkou

1. Dne 29. 11. 2011 město Moravský Krumlov, IČO 00293199, se sídlem nám. Klášterní 125, 672 01 Moravský Krumlov (dále jen „město Moravský Krumlov“) uzavřelo 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 o službách je mimo jiné předvídáno, že město Moravský Krumlov může svěřit poskytovateli služeb do správy odběrná místa a odběrná zařízení spotřeby energií ve vlastnictví města Moravský Krumlov. Správou spotřeby energií se rozumí změna odběratele na konkrétních odběrných místech města Moravský Krumlov nebo příspěvkových organizací na poskytovatele služeb, který se tak stane správcem předmětných odběrných míst a provozovatelem odběrných zařízení. Poskytovatel služeb bude městu Moravský Krumlov přeúčtovávat spotřebované energie účtované poskytovateli služeb dodavateli energií.
2. Dne 6. 12. 2011 město Moravský Krumlov uzavřelo s poskytovatelem služeb dodatek č. 1 k citované smlouvě o službách. V tomto dodatku je mimo jiné konstatováno, že ze smlouvy o službách vyplývá závazek města Moravský Krumlov a organizací zřízených, vlastněných nebo založených městem Moravský Krumlov uhradit poskytovateli služeb náklady spojené se zajištěním dodávek elektrické energie a zemního plynu na odběrných místech a odběrných zařízeních předaných poskytovateli služeb do správy.
3. Dne 7. 12. 2011 Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace, IČO 00150118, se sídlem U mostu 587, 672 01 Moravský Krumlov (dále jen „Technická

a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace“), udělila poskytovateli služeb plnou moc a potvrdila právní vztahy s ním. Z citované plné moci a potvrzení o právních vztazích plyne zejména, že poskytovatel služeb je na základě smluvních vztahů oprávněn nakládat s odběrnými místy a odběrnými zařízeními energií Technické a zahradní správy Moravský Krumlov, příspěvková organizace, přičemž toto oprávnění zahrnuje právo zastupovat Technickou a zahradní správu Moravský Krumlov, příspěvkovou organizaci 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 Technické a zahradní správy Moravský Krumlov, příspěvková organizace.

Zadání veřejné zakázky

4. Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace, zastoupena poskytovatelem služeb na základě plné moci ze dne 7. 12. 2011, dne 2. 11. 2015 uzavřela 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, 180 00 Praha-Karlín; dále jen „dodavatel“) smlouvu o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100/1/028 na dobu od 1. 1. 2016 do 31. 12. 2019, jejímž předmětem jsou sdružené služby dodávek elektřiny do odběrných míst Technické a zahradní správy Moravský Krumlov, příspěvkové organizace uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě (dále jen „veřejná zakázka“).
5. Z informací dostupných v obchodním rejstříku, z usnesení č. 4/2015 ze 3. zasedání Zastupitelstva města Moravský Krumlov a z dodatku č. 3 ke zřizovací listině Správy majetku města Moravský Krumlov, příspěvková organizace, IČO 00839043, se sídlem Zámecká 17, 672 01 Moravský Krumlov, ze dne 16. 12. 2015 se podává, že Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace zanikla v důsledku sloučení se Správou majetku města Moravský Krumlov, příspěvkovou organizací, IČO 00839043, se sídlem Zámecká 17, 672 01 Moravský Krumlov (dále jen „zadavatel“), a to k 1. 1. 2016. Na tuto nástupnickou organizaci přešla práva a povinnosti zanikající organizace Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace. S účinností od 1. 1. 2016 pak dále došlo ke změně názvu zadavatele Správy majetku města Moravský Krumlov, příspěvková organizace na Služby města Moravský Krumlov, příspěvková organizace.
6. Podle § 7 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), 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, resp. Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace, je zadavatelem dle zákona (k tomu srov. bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a že předmětem shora uvedené smlouvy je úplatná dodávka elektřiny (spolu s dalšími sdruženými službami), je na místě již na tomto místě uzavřít, že se v případě uzavření smlouvy o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100/1/028 ze dne 2. 11. 2015 mezi zadavatelem a dodavatelem jednalo o veřejnou zakázku dle zákona.
7. 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 elektřiny 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 přeučtovává. Jinými slovy v šetřeném případě lze dovodit, že úplatnost ze strany zadavatele lze považovat jednoznačně za protiplnění dodávek elektřiny 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.

8. V této souvislosti lze též 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.“

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. 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 na veřejnou zakázku č. 100/1/028 (dále jen „podnět“).
10. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od poskytovatele služeb, který se dle pisatele podnětu měl v souvislosti s uzavřením smlouvy č. 100/1/028 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.
11. Úřad od poskytovatele služeb vyžádané vyjádření a materiály neobdržel.

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 1.568.151,- Kč bez DPH.
13. Zadavatel přiložil k citovanému vyjádření mimo jiné výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky (příloha č. 2 citovaného vyjádření).
14. Z citovaného vyjádření zadavatele plyne, že zadavatel pro tento výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky použil objem spotřeby elektřiny na jednotlivých odběrných místech v roce 2014, které jsou uvedeny rovněž v příloze č. 1 ke smlouvě na plnění veřejné zakázky.

Jako jednotkovou cenu elektřiny zadavatel použil nejvyšší cenu dané komodity za období 08-09/2015 dle kurzovního listu na Českomoravské komoditní burze Kladno (918 Kč/MWh ze dne 6. 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 (31 EUR/MWh ze dne 3. 8. 2015 v indexu F 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 843 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, tj. cena 918 Kč/MWh. Jako stálý měsíční plat za dodávku elektřiny zadavatel použil cenu 100 Kč za odběrné místo.

15. Zadavatel přiložil k citovanému vyjádření dále faktury vztahující se k dodávkám elektřiny v roce 2014 (příloha č. 9 citovaného vyjádření), které měl k dispozici před zadáním předmětné veřejné zakázky.
16. Po přezkoumání podkladů, jež jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0325/2016/VZ, a na základě vlastních zjištění Úřad získal pochybnost, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

17. S ohledem na shora uvedené 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-S0325/2016/VZ-19934/2016/522/JKr ze dne 10. 5. 2016 (dále jen „příkaz“), kterým byla zadavateli uložena pokuta ve výši 200 000,- Kč. Vydání příkazu bylo prvním úkonem ve správním řízení, přičemž správní řízení z moci úřední bylo zahájeno dne 11. 5. 2016, kdy byl příkaz doručen zadavateli.
18. Dne 18. 5. 2016 podal zadavatel u Úřadu proti příkazu odpor ze dne 17. 5. 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.

Další průběh správního řízení

19. Pokračování správního řízení Úřad zadavateli oznámil usnesením č. j. ÚOHS-S0325/2016/VZ-21936/2016/522/JKr ze dne 23. 5. 2016, kterým současně zadavateli stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, resp. oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
20. Dne 30. 5. 2016 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 26. 5. 2016.

Vyjádření zadavatele ze dne 26. 5. 2016

21. Zadavatel je názoru, že se nedopustil správního deliktu, a neztotožňuje se s výroky příkazu, přičemž v této souvislosti uvádí následující argumenty.

22. 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 elektroenergetiky podle § 4 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona, tedy v souvislosti s poskytováním nebo provozováním přenosové či distribuční soustavy určené k 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 odebraná elektrická energie byla dodávána do veřejného osvětlení v rámci města Moravský Krumlov. Zadavatel je názoru, že soustavu veřejného osvětlení lze považovat za distribuční soustavu k poskytování služby veřejnosti.
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 energie, kterou může obchodník s energií – dodavatel energie na základě smlouvy o dodávce energie vysoutěžit.“* Zadavatel nesouhlasí se zahrnutím cen stanovených Energetickým regulačním úřadem, resp. cen distribuce energie, do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neboť tyto ceny nelze vysoutěžit. K tomu dále zadavatel uvádí: *„Jestliže však smyslem zákona je zajistit výběr nejvhodnější 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 argumentuje tím, že nezapočítávání ceny distribuce energie do předpokládané hodnoty je běžně používaným nepsaným pravidlem, resp. obchodní zvyklostí. Jako příklad takové praxe zadavatel uvádí mimo jiné veřejnou zakázku „výběr energií pro ÚOHS v letech 2011-2014“, přičemž zadavatel poukazuje na porovnání položky nabídkové ceny a následné smluvní ceny.
25. Zadavatel má za to, 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 nejvýhodnější cenou. Tyto smlouvy za zadavatele na základě plné moci uzavíral poskytovatel služeb, přičemž smlouvy byly uzavírány vždy na jeden rok, právě proto, aby byly vždy zachovány limity pro zakázky malého rozsahu. Takto to bylo upraveno 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.
26. Dále zadavatel uvádí, že v okamžiku, kdy 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 na jeden rok, a to do 31. 12. 2016, čímž se dle zadavatele výrazně sníží předpokládaná hodnota veřejné zakázky.
27. Zadavatel jako důkaz přiložil k citovanému vyjádření prostou kopii dohody o ukončení smluvního vztahu uzavřenou mezi zadavatelem a dodavatelem dne 16. 5. 2016 (dále jen

„dohoda o ukončení smlouvy“). V dohodě o ukončení smlouvy je uvedeno mimo jiné, že „[z]ákazník (pozn. Úřadu: zadavatel) a Dodavatel uzavřeli Smlouvu o sdružených službách dodávky elektřiny č. 100/1/028. Nyní se dohodli na ukončení smluvního vztahu k datu 31. 12. 2016.“

28. Dále zadavatel vyjadřuje nesouhlas s pokutou, která byla zadavateli uložena ve výroku II. příkazu. 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)“. Zadavatel si nebyl jist, zda smlouva na veřejnou zakázku je platná (pozn. Úřadu: zadavatel v této souvislosti hovoří o „smlouvě o dodávce plynu“, Úřad má však za to, že zadavatel měl ve skutečnosti na mysli smlouvu na veřejnou zakázku, tj. smlouvu, jejímž předmětem jsou dodávky elektřiny, nikoli plynu). Zadavatel se zejména obával uplatnění smluvních pokut pro případ neodebrání komodity. Z uvedeného důvodu se tedy zadavatel jako „správný hospodář chránící své zájmy a předcházející možným škodám“ obrátil na Úřad se žádostí o zjednání nápravy; na místo uvedeného mu však byla pouze uložena pokuta.
29. 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 výše pokuty by měla činit přibližně 403.000,-Kč. Z uvedeného je dle zadavatele zřejmé, že pokuta byla uložena při horní hranici zákonem stanovené sazby. Ve výši uložené pokuty nebyla dle zadavatele zohledněna jeho snaha „věc řešit a napravit.“
30. 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 a vyvinul maximální možné úsilí ke zjednání nápravy vzniklé situace.

Další průběh správního řízení

31. Usnesením č. j. ÚOHS-S0325/2016/VZ-23815/2016/522/JKr ze dne 2. 6. 2016 Úřad určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doložení originálu dohody o ukončení smlouvy, kterou zadavatel navrhl jako důkaz ve svém stanovisku ze dne 26. 5. 2016.
32. Dopisem č. j. ÚOHS-S0325/2016/VZ-24036/2016/522/JKr ze dne 6. 6. 2016 Úřad požádal Energetický regulační úřad (dále jen „ERÚ“) o stanovisko,
 - a) zda soustavu veřejného osvětlení lze (nebo v minulosti bylo možno) považovat za přenosovou nebo distribuční soustavu v elektroenergetice, nebo za její část,
 - b) zda zadavatel je (nebo v minulosti byl) poskytovatelem nebo provozovatelem přenosové či distribuční soustavy v elektroenergetice a zda je držitelem licence, na základě které by mohl poskytovat nebo provozovat přenosovou či distribuční soustavu v elektroenergetice, je-li tato činnost podmíněna udělením licence či jiného souhlasu.

33. Dne 9. 6. 2016 Úřad obdržel od zadavatele úředně ověřenou kopii dohody o ukončení smlouvy.
34. Dne 10. 6. 2016 Úřad obdržel od ERÚ vyjádření z téhož dne na žádost Úřadu o stanovisko č. j. ÚOHS-S0325/2016/VZ-24036/2016/522/JKr ze dne 6. 6. 2016.

Vyjádření ERÚ ze dne 10. 6. 2016

35. *Z vyjádření ERÚ ze dne 10. 6. 2016 se podává, že „podle § 3 odst. 1 a odst. 3 energetického zákona [pozn. Úřadu: zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“)] je předmětem podnikání v energetických odvětvích, mimo jiné, distribuce elektřiny a podnikat v energetických odvětvích na území České republiky je možné pouze na základě licence udělené ERÚ. Podle dostupných údajů není a ani nikdy nebyl zadavatel Služby města Moravský Krumlov, IČO 00839043, se sídlem Zámecká 17, 672 01 Moravský Krumlov držitelem licence na distribuci nebo přenos elektrické energie a podle našeho názoru tedy nemůže a ani nikdy nemohl provozovat distribuční nebo přenosovou soustavu ve smyslu energetického zákona.“*
36. Pokud jde o otázku, zda soustavu veřejného osvětlení lze (nebo v minulosti bylo možno) považovat za přenosovou nebo distribuční soustavu v elektroenergetice nebo za její část, ERÚ se vyjádřil ve smyslu, že soustava veřejného osvětlení, která je provozována na nízkém napětí, jednoznačně nemůže být přenosovou soustavou, neboť přenosová soustava je v § 2 odst. 2 písm. a) bod 10 energetického zákona definována jako *„vzájemně propojený soubor vedení a zařízení 400 kV, 220 kV a vybraných vedení a zařízení 110 kV, uvedených v příloze Pravidel provozování přenosové soustavy, sloužící pro zajištění přenosu elektřiny pro celé území České republiky a propojení s elektrizačními soustavami sousedních států....“*
37. V případě soustavy veřejného osvětlení coby distribuční soustavy ERÚ odkázal na definici distribuční soustavy podle § 2 odst. 2 písm. a) bod 1 energetického zákona, podle níž je *„distribuční soustavou vzájemně propojený soubor vedení a zařízení o napětí 110 kV, s výjimkou vybraných vedení a zařízení o napětí 110 kV, která jsou součástí přenosové soustavy, a vedení a zařízení o napětí 0,4/0,23 kV, 1,5 kV, 3 kV, 6 kV, 10 kV, 22 kV, 25 kV nebo 35 kV **sloužící k zajištění distribuce elektřiny** na vymezeném území České republiky, včetně systémů měřicí, ochranné, řídicí, zabezpečovací, informační a telekomunikační techniky včetně elektrických přípojek ve vlastnictví provozovatele distribuční soustavy; distribuční soustava je zřizována a provozována ve veřejném zájmu.“* Podle názoru ERÚ s ohledem na výše uvedené znění zákonné definice distribuční soustavy nelze říci, že jakékoliv elektrické zařízení pracující na výše uvedených napěťových hladinách (veřejné osvětlení pracuje na hladině 0,4/0,23 kV) by mohlo být distribuční soustavou. Z technického hlediska je dle ERÚ důležité zdůraznit zejména to, že distribuční soustava slouží k zajištění distribuce elektřiny, nikoli k její spotřebě. Podle názoru ERÚ se v případě soustavy veřejného osvětlení o distribuční soustavu ve smyslu energetického zákona nejedná.
38. S ohledem na skutečnost, že *„provozovat distribuční soustavu (tedy podnikat v energetice) je možné pouze na základě licence udělené ERÚ“*, ERÚ dále doplňuje, že *„na jakékoliv elektrické zařízení, které není provozováno na základě licence na distribuci elektřiny, nelze pohlížet jako na distribuční soustavu, respektive jako na provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti ve smyslu energetického zákona, jak má podle našeho*

názoru na myslí § 4 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona č. 137/2006 Sb. ve znění pozdějších předpisů.“

Další průběh správního řízení

39. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0325/2016/VZ-25222/2016/522/JKr ze dne 15. 6. 2016 zadavateli určil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
40. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později v průběhu správního řízení již nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

41. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů 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

42. Úřad předně konstatuje, že zadavatel je, resp. jeho právní předchůdce – Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace – byl ke dni zadání veřejné zakázky veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona, neboť je (resp. byl) příspěvkovou organizací, u které funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek (město Moravský Krumlov).

Relevantní ustanovení právních předpisů

43. Předně Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že veřejná zakázka byla zadána postupem mimo režim zákona dne 2. 11. 2015 (uzavřením smlouvy – viz bod 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí), je pro přezkoumání 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.
44. 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).
45. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí v odvětví elektroenergetiky
 1. výroba elektřiny za účelem poskytování služby veřejnosti, nebo
 2. poskytování nebo provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti.
46. Podle § 19 odst. 1 zákona sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
47. 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.

48. 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.
49. 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 vymežit.
50. Podle § 14 odst. 3 zákona základem pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na dodávky, jejímž předmětem jsou opakující se nebo trvajících 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
51. Podle § 14 odst. 4 zákona základ stanovený podle odstavce 3 se pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jejímž předmětem jsou opakující se nebo trvajících dodávky, upraví v závislosti na době účinnosti smlouvy podle pravidel uvedených v odstavcích 1 a 2.
52. 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 nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
53. 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).
54. Podle § 2 odst. 2 písm. a) bod 1 energetického zákona se pro účely energetického zákona rozumí v elektroenergetice distribuční soustavou vzájemně propojený soubor vedení a zařízení o napětí 110 kV, s výjimkou vybraných vedení a zařízení o napětí 110 kV, která jsou součástí přenosové soustavy, a vedení a zařízení o napětí 0,4/0,23 kV, 1,5 kV, 3 kV, 6 kV, 10 kV, 22 kV, 25 kV nebo 35 kV sloužící k zajištění distribuce elektřiny na vymezeném území České republiky, včetně systémů měřicích, ochranných, řídicích, zabezpečovacích, informačních a telekomunikačních technik včetně elektrických přípojek ve vlastnictví provozovatele distribuční soustavy; distribuční soustava je zřizována a provozována ve veřejném zájmu.

55. Podle § 2 odst. 2 písm. a) bod 10 energetického zákona se pro účely energetického zákona rozumí v elektroenergetice přenosovou soustavou vzájemně propojený soubor vedení a zařízení 400 kV, 220 kV a vybraných vedení a zařízení 110 kV, uvedených v příloze Pravidel provozování přenosové soustavy, sloužící pro zajištění přenosu elektřiny pro celé území České republiky a propojení s elektrizačními soustavami sousedních států, včetně systémů měřicí, ochranné, řídicí, zabezpečovací, informační a telekomunikační techniky; přenosová soustava je zřizována a provozována ve veřejném zájmu.
56. Podle § 3 odst. 1 energetického zákona je předmětem podnikání v energetických odvětvích výroba elektřiny, přenos elektřiny, distribuce elektřiny a obchod s elektřinou, činnosti operátora trhu, výroba plynu, přeprava plynu, distribuce plynu, uskladňování plynu a obchod s plynem a výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie.
57. Podle § 3 odst. 3 energetického zákona podnikat v energetických odvětvích na území České republiky mohou za podmínek stanovených tímto zákonem osoby pouze na základě licence udělené Energetickým regulačním úřadem. Licence se dále vyžaduje na výrobu elektřiny ve výrobnách elektřiny s instalovaným výkonem nad 10 kW určené pro vlastní spotřebu zákazníka, pokud je výroba elektřiny propojena s přenosovou soustavou nebo s distribuční soustavou, nebo na výrobu elektřiny vyrobenou ve výrobnách elektřiny s instalovaným výkonem do 10 kW včetně, určené pro vlastní spotřebu zákazníka, pokud je ve stejném odběrném místě připojena jiná výroba elektřiny držitele licence.
58. Podle článku 2 bodů 3–6 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/72/ES, o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 2003/54/ES (dále jen „směrnice 2009/72/ES“) se pro účely citované směrnice rozumí
3. „přenosem“ přeprava elektřiny propojenou přenosovou soustavou velmi vysokého napětí a vysokého napětí za účelem dodávek elektřiny konečným spotřebitelům nebo distribučním podnikům, avšak s vyloučením dodávek samotných;
 4. „provozovatelem přenosové soustavy“ fyzická nebo právnická osoba, která odpovídá za, údržbu a v případě potřeby za rozvoj přenosové soustavy v dané oblasti a případně její propojení s jinými soustavami a dále za zabezpečení dlouhodobé schopnosti soustavy uspokojovat přiměřenou poptávku po přenosu elektřiny;
 5. „distribucí“ přenos elektřiny distribuční soustavou vysokého, středního a nízkého napětí za účelem jejich dodávek zákazníkům, avšak s vyloučením dodávek samotných;
 6. „provozovatelem distribuční soustavy“ fyzická nebo právnická osoba, která odpovídá za provoz, údržbu a v případě potřeby za rozvoj distribuční soustavy v dané oblasti a případně její propojení s jinými soustavami a dále za zabezpečení dlouhodobé schopnosti soustavy uspokojovat přiměřenou poptávku po distribuci elektřiny.

Zjištěné skutečnosti

59. Úřad ověřil, že objem spotřeby elektřiny za rok 2014 (390,45 MWh), který zadavatel použil pro výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky (viz body 13 a 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v podstatě odpovídá objemu spotřeby elektřiny, který Úřad zjistil z faktur za dodávky elektřiny za rok 2014 (390,478 MWh).

60. Úřad dále vlastním šetřením z předložených faktur za rok 2014 zjistil následující. V daném období poskytovatel služeb zadavateli v souvislosti s dodávkou elektřiny fakturoval nejen úhradu za dodanou elektřinu (komoditu) ve většině vyúčtování ve výši 750 Kč za MWh (dále také ve výši 796, 1049, 1123, 1210, 1267 Kč za MWh) a stálý měsíční plat za dodávku elektřiny ve výši 100 Kč za odběrné místo, nýbrž i další úhrady, a to
- „cenu za krytí vícenákladů“ (tj. pevnou cenu na úhradu nákladů spojených s podporou elektřiny dle bodu 5.1. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 5/2013), tj. cenu ve výši 495 Kč/MWh,
 - „poplatek za činnost operátora trhu“ (tj. cenu za činnost operátora trhu v elektroenergetice dle bodu 6.2. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 5/2013), tj. cenu ve výši 7,55 Kč/MWh,
 - „měsíční platbu za příkon“ (tj. měsíční plat za příkon dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 6/2013), tj. cenu ve výši 84, 98, 134, 168, 210, 269, 278, 336, 529, 614 a 768 Kč za měsíc na odběrné místo,
 - „platbu za distribuované množství elektřiny VT/NT“ (tj. plat za distribuované množství elektřiny dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 6/2013), tj. cenu ve výši 71,54 Kč, 236,11 Kč, 288,92 Kč, 1860,77 Kč a 2158,23 Kč za MWh,
 - „systémové služby“ (tj. pevnou cenu za systémové služby dle bodu 2.1. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 5/2013), tj. cenu ve výši 119,25 Kč za MWh,
 - „daň z elektřiny“ (tj. daň z elektřiny dle § 6 části čtyřicáté sedmé zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů).
61. Ze smlouvy na veřejnou zakázku dále vyplývá, že zadavatel se zavázal uhradit platbu za dodanou elektřinu, za dopravu elektřiny 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.
62. Skutečnost, že úhrady za dodanou elektřinu (komoditu) a stálý měsíční plat za dodávku elektřiny nejsou jedinými úhradami, které jsou zadavateli v souvislosti s dodávkami elektřiny 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.
63. Ve všeobecných obchodních podmínkách ke smlouvě na veřejnou zakázku jsou uvedeny následující body 3.2. a 3.4.:
- „3.2. Cena dodávky elektřiny je tvořena dvěma složkami, a to regulovanou platbou za distribuci, platbou za realizovanou kapacitu, cenou systémových služeb, za podporu výkupu elektřiny a cenou za činnost zúčtování operátora trhu s elektřinou a plynem, OTE, a.s. (dále jen „OTE“) jakož i souvisejících služeb (dále jen „Cena za distribuci elektřiny“) a pevnou cenou silové elektřiny za měsíc a cenou za odebranou měrnou jednotku elektřiny (MWh), vč. služeb obchodu (dále jen „Cena za elektřinu“). Cenu za distribuci elektřiny stanovuje ERÚ prostřednictvím cenového rozhodnutí. Cena za distribuci elektřiny a Cena za elektřinu také společně jako „Cena za dodávku elektřiny“ nebo „Cena za dodávku komodity“ Případné změny cenového rozhodnutí ER[Ú] budou promítnuty do ceny a tato skutečnost se nepovažuje za změnu Ceníku Dodavatelem dle těchto OP.*

3.4. K Ceně za dodávku elektřiny se připočítává daň z elektřiny, 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.“

64. Z platebního kalendáře 1/28/2014 vystaveného 8. 11. 2013 poskytovatelem služeb na rok 2014 plyne, že zálohové platby za dodávky elektrické energie zadavateli činily pro tento rok 647.983,56 bez DPH.
65. V „Oznámení o cenách spotřebované 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 elektrické energie činí 859,20 Kč/MWh a stálý měsíční plat 100 Kč/odběrné místo/měsíc. Dále je v tomto dokumentu uvedeno, že tyto ceny jsou bez daně z elektřiny a bez dalších částí ceny za distribuci elektřiny dle aktuálně platného cenového rozhodnutí ERÚ pro daný kalendářní rok.
66. Z výsledku vyhledávání ve vyhledávači údajů o držitelích licencí udělovaných ERÚ na webových stránkách ERÚ, které provedl Úřad, je zřejmé, že zadavatel není a v minulosti ani nebyl držitelem licence na distribuci nebo přenos elektrické energie. K totožnému výsledku vyhledávání v citovaném vyhledávači Úřad dospěl při vyhledávání licencí udělených Technické a zahradní správě Moravský Krumlov, příspěvková organizace a městu Moravský Krumlov. Uvedenou skutečnost, tedy že zadavatel není držitelem patřičné licence na distribuci nebo přenos elektrické energie, potvrzuje ve svém stanovisku rovněž ERÚ (viz bod 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Ke spáchání správního deliktu

67. Z vyjádření zadavatele a jeho výpočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zřejmé, že pro tento výpočet zadavatel použil (viz body 13 a 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí) toliko dvě složky ceny – úhradu za dodanou elektřinu a stálý měsíční plat za dodávku elektřiny. Pokud jde o zadavatelem použitou jednotkovou výši úhrady za dodanou elektřinu (918 Kč/MWh), tato je vyšší než jednotková cena, kterou zadavateli poskytovatel služeb přeučtoval v roce 2014 (převážně 750 Kč/MWh) a kterou přeučtoává v roce 2016 na základě šetřených smluv dle oznámení o cenách (859,20 Kč/MWh). Pokud jde o zadavatelem použitou výši stálého měsíčního platu, tato se shoduje s výší, která byla v roce 2014 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 dodanou elektřinu a stálého měsíčního platu za dodávku elektřiny 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.
68. Je tedy zřejmé, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zadavatel povinen zahrnout celou výši peněžitého závazku, která vyplývá z plnění veřejné zakázky, jinými slovy tedy není

oprávněn do předpokládané hodnoty veřejné zakázky zahrnout 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 elektřiny 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 (viz složky fakturované ceny v bodě 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí), relevantní právní úpravu a cenová rozhodnutí ERÚ předpokládat. V této souvislosti se dle Úřadu jedná zejména o následující úhrady:

- pevná cena na úhradu nákladů spojených s podporou elektřiny,
- cena za činnost operátora trhu v elektroenergetice,
- měsíční plat za příkon,
- plat za distribuované množství elektřiny,
- pevná cena za systémové služby,
- daň z elektřiny.

69. Vzhledem k výši zadavatelem stanovené předpokládané hodnoty veřejné zakázky (1.568.151,- Kč bez DPH), kdy spodní hranice předpokládané hodnoty podlimitní veřejné zakázky na dodávky dle § 12 odst. 2 zákona činí 2.000.000,- Kč bez DPH, a jelikož, 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, ačkoli o těchto složkách ceny z dosavadní vyúčtování nepochybně věděl a musel je předpokládat i v budoucnu, 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 na úhradu nákladů spojených s podporou elektřiny dle bodu 5.1. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 2/2014), tj. cena ve výši 495 Kč/MWh,
- cena za činnost operátora trhu v elektroenergetice dle bodu 6.2. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 2/2014), tj. cena ve výši 6,94 Kč/MWh,
- měsíční plat za příkon dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2014), tj. cena ve výši 84, 102, 134, 168, 210, 269, 278, 336, 529, 614 a 768 Kč za měsíc na odběrné místo,
- plat za distribuované množství elektřiny dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2014), tj. cena ve výši 66,77 Kč, 218,18 Kč, 266,77 Kč, 1712,93 Kč a 1986,60 Kč za MWh,
- pevná cena za systémové služby dle bodu 2.1. Cenového rozhodnutí ERÚ č. 2/2014), tj. cena ve výši 105,27 Kč za MWh,
- daň z elektřiny dle § 6 části čtyřicáté sedmé zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, tj. cena ve výši 28,30 Kč/MWh.

70. Úřad pro výpočet použil ceny dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 2/2014 a dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2014, neboť tato cenová rozhodnutí, publikovaná 26. 11. 2014, byla

účinná 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 cenová rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 7/2015 a č. 8/2015 Úřad nezohlednil, jelikož toto nabyla účinnosti 1. ledna 2016 a byla publikována 27. listopadu 2015, tedy až po uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku.

71. Úřad pro výpočet, resp. dopočet, převzal z jednotlivých faktur za rok 2014 a z příložených podrobných vyúčtování za jednotlivá odběrná místa údaje o množství spotřebované elektřiny (MWh) a délce fakturačního období. Dále Úřad převzal celkové ceny bez DPH v rámci složky ceny „měsíční plat za příkon“ s výjimkou těch případů, u nichž Úřad provedl vlastní výpočet celkové ceny této složky ceny, kdy použil oproti citovaným fakturám odlišnou jednotkovou cenu dle Cenového rozhodnutí ERÚ č. 3/2014 (viz bod 70 odůvodnění tohoto rozhodnutí) – vyznačeno v tabulce dopočtu Úřadu. Jako celkovou výši spotřeby elektřiny za rok 2014 Úřad použil po zaokrouhlení 390,48 MWh.
72. Modelový výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedený Úřadem je zachycen v následujících tabulkách.

Měsíční plat za příkon		
Výchozí faktura za rok 2014	Výše měsíčních plateb za příkon dle jednotlivých podrobných vyúčtování (v Kč bez DPH)	Celková výše měsíčních plateb po zaokrouhlení (v Kč bez DPH)
č. 121 140426	291,90 + 201 + 392,74 + 315 + 386,42 + 433,09 + 219,76 + 116,76 + 270,48 + 365,84 + 756,47 + 480,48 + 315 + 291,90 + 835,04 + 1.067,52	6.739,40
č. 121 140483	1,360 × 102 (místo 98) = 138,72	138,72
č. 121 140585	367,50 + 459,99 + 359,10 + 888,72 + 143,64	2.218,95
č. 121 140789	156,24	156,24
č. 121 140348	1.210,02 + 1.210,02 + 2.429,07 + 1.944,60 + 1.210,02	8.003,73
č. 121 140759	397,98 + 10,640 × 102 (místo 98) + 2.228,10 + 1.407 + 2.835,26 + 2.152,50 + 1.569,35 + 1.198,66 + 2.205 + 212,52 + 1.278,48 + 2.160,90 + 2.643,78 + 305,8 + 2.794,91 + 1.388,24 + 891,24 + 1.745,52 + 3.290,38 + 2.168,90 + 2.862,16 + 5.591,53 + 3.551,52 + 2.205 + 397,98 + 798,93 + 575,40 + 724,08 + 140,28 + 2.228,10 + 6.532,96 + 397,98 + 8.148,48	68.114,20
Celkem měsíční platba za příkon za 1 rok (v Kč bez DPH)		85.371,24

Plat za distribuované množství elektřiny		
Výchozí faktura za rok 2014	Součin jednotkové výše platu za distribuované množství elektřiny (v Kč bez DPH za MWh) a výše spotřeb elektřiny dle jednotlivých podrobných vyúčtování (v MWh)	Celková výše platby za distribuované množství elektřiny po zaokrouhlení (v Kč bez DPH) – výsledek součinu spotřeb a jednotkové výše platu
č. 121 140426	266,77 (místo 288,92) × (0,778 + 0,642 + 4,641 + 5,172 + 3,939 + 2,058 + 0,440 + 4,477 + 1,655 + 7,452 + 4,935 + 3,558 + 1,264) + 1.712,93 (místo 1860,77) × 0,733 + 66,77 (místo 71,54) × (1,603 + 1,729 + 3,514) + 218,18 (místo 236,11) × (0,002 + 0,307)	12.720,61
č. 121 140483	1986,60 (místo 2158,23) × 0,404	802,59
č. 121 140585	266,77 (místo 288,92) × (1,610 + 4,460 + 0,330 + 5,410 + 0,987)	3.413,86
č. 121 140789	266,77 (místo 288,92) × 0,006	1,60
č. 121 140348	266,77 (místo 288,92) × (5,379 + 3,864 + 10,453 + 3,924 + 7,786)	8.378,18
č. 121 140759	266,77 (místo 288,92) × (2,424 + 4,355 + 2,199 + 19,711 + 6,811 + 5,245 + 4,796 + 13,362 + 0,361 + 4,408 + 2,955 + 18,379 + 9,018 + 3,092 + 23,948 + 14,934 + 13,855 + 9,271 + 39,226 + 29,389 + 20,236 + 1,803 + 4,977 + 1,629 + 2,484 + 0,818 + 6,682 + 3,638) + 1986,60 (místo 2,158,23) × 2,732 + 66,77 (místo 71,54) × (6,969 + 0,971 + 7,149 + 5,866) + 1712,93 (místo 1860,77) × (2,434 + 0,339 + 0,063) + 218,18 (místo 236,11) × 0,437	83.809,27
Celkem plat za distribuované množství elektřiny za 1 rok (v Kč bez DPH)		109.126,11

Celkem cena na úhradu nákladů spojených s podporou elektřiny za 1 rok (po zaokrouhlení v Kč bez DPH) – výsledek součinu celkové spotřeby elektřiny za rok 2014 (390,48 MWh) a jednotkové výše pevné ceny na úhradu nákladů spojených s podporou elektřiny (495 Kč/MWh)
390,48 × 495 = 193.287,60

Celková cena za činnost operátora trhu v elektroenergetice za 1 rok (po zaokrouhlení v Kč bez DPH) – výsledek součinu celkové spotřeby elektřiny za rok 2014 (390,48 MWh) a jednotkové výše ceny za činnost operátora trhu v elektroenergetice (6,94 Kč/MWh)

$$390,48 \times 6,94 = \mathbf{2.709,93}$$

Celková cena za systémové služby za 1 rok (po zaokrouhlení v Kč bez DPH) – výsledek součinu celkové spotřeby elektřiny za rok 2014 (390,48 MWh) a jednotkové výše pevné ceny za systémové služby (105,27 Kč/MWh)

$$390,48 \times 105,27 = \mathbf{41.105,83}$$

Celková daň z elektřiny za 1 rok (po zaokrouhlení v Kč bez DPH) – výsledek součinu celkové spotřeby elektřiny za rok 2014 (390,48 MWh) a jednotkové výše daně z elektřiny (28,30 Kč/MWh)

$$390,48 \times 28,30 = \mathbf{11.050,58}$$

Součet výše uvedených celkových cen jednotlivých složek ceny plnění (po zaokrouhlení v Kč bez DPH), tj. dopočet Úřadu za 1 rok plnění veřejné zakázky

$$85.371,24 + 109.126,11 + 193.287,60 + 2.709,93 + 41.105,83 + 11.050,58 = \mathbf{442.651,29}$$

Předpokládaná hodnota veřejné zakázky (po zaokrouhlení v Kč bez DPH) – výsledek součtu zadavatelem vypočítané předpokládané hodnoty a dopočtu Úřadu za 4 roky

$$1.568.151 + 4 \times 442.651,29 = \mathbf{3.338.756,16}$$

73. Z výsledku modelového výpočtu Úřadu, kdy tento činí po zaokrouhlení 3.338.756 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. c) bod 2 zákona, a na zadavatele tedy dopadají ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele vč. § 19 odst. 1 zákona, se Úřad vypořádal níže – viz body 95–103 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel tudíž

měl povinnost tuto veřejnou zakázku zadat v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona.

74. Ostatně pokud bychom vzali v úvahu už jen výši zálohových plateb pro rok 2014 (viz bod 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí), je zřejmé, že v případě plateb za období, po které má docházet k plnění šetřené veřejné zakázky (2016–2019), tj. za čtyři roky, by došlo ke značnému překročení horní hranice předpokládané hodnoty veřejné zakázky malého rozsahu dle § 12 odst. 3 zákona (2.591.934,24 Kč bez DPH).
75. 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 3 a 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.
76. 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

77. 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).
78. 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 peněžitým závazkem vyplývajícím z plnění veřejné zakázky jsou v šetřeném případě nejen ty složky ceny veřejné zakázky, které nejsou předem pevně stanoveny a které stanoví sám uchazeč o zakázku – (úhrada za dodanou elektřinu a stálý měsíční plat za dodávku elektřiny), ale i zbývající složky ceny veřejné zakázky, které jsou určitým způsobem regulovány (pevná cena na úhradu nákladů spojených s podporou elektřiny, cena za činnost operátora trhu v elektroenergetice, měsíční plat za příkon, plat za distribuované množství elektřiny, pevná cena za systémové služby, daň z elektřiny). 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).
79. Skutečnost, že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky mají být zahrnuty všechny složky ceny, které plynou z plnění veřejné zakázky, plyne pro zakázky 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.
80. 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.
81. 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.

82. 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 nevylučuje, aby při hodnocení nabídek podle kritéria nejnižší nabídkové ceny byla předmětem porovnání nabídková cena oproštěná od jejich regulovaných – pevně stanovených, a proto u všech nabídek shodných složek.
83. Zadavatel má dále za to, že nezapočítávání ceny distribuce energie do předpokládané hodnoty je běžně používaným nepsaným pravidlem, resp. obchodní zvyklostí (viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad nepovažuje tento argument za důvodný, neboť zadavatel je povinen řídit se při stanovení předpokládané hodnoty zákonem, tedy stanovit předpokládanou hodnotu v souladu s pravidly stanovenými v zákoně, nikoli dle údajných nepsaných pravidel, případně obchodních zvyklostí. Zákon obchodní zvyklosti jako takové, resp. konkrétní pravidlo, které by odpovídalo zadavatelovu pohledu na způsob stanovení předpokládané hodnoty, nikterak nereflektuje, a neumožňuje tedy, aby je zadavatel používal namísto pravidel stanovených v zákoně. Zadavatel se v otázce způsobu stanovení předpokládané hodnoty nemůže vzhledem k uvedenému účinně dovolávat jiných postupů a pravidel, než těch, které jsou stanoveny přímo v zákoně.
84. Pokud jde o veřejnou zakázku zadanou Úřadem, na kterou v souvislosti se svojí výše uvedenou argumentací zadavatel poukazuje (viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující. Zakázka, kterou měl zadavatel podle Úřadu na mysli, tj. zakázka „Dodávka elektrické energie a sdružených služeb pro ÚOHS na třídě Kpt. Jaroše 7 v Brně na 2011 až 2014“ byla zadána v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 9. 2010 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 9. 2010 pod ev. č. 60049798. Z bodu II.2 citovaného oznámení o zakázce plyne, že předpokládanou hodnotu této veřejné zakázky Úřad určil v rozsahu 5.500.000–7.500.000,- Kč bez DPH. Z oznámení o zadání zakázky, které bylo odesláno k uveřejnění dne 13. 4. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2011 pod ev. č. 60049798, dále plyne, že celková konečná hodnota zakázky činila 5.018.482,- Kč včetně DPH. Podle bodu 9 zadávací dokumentace této veřejné zakázky (dostupné na http://www.google.cz/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0ahUKEwiX9YyX39LNAhXLuhoKHWqhA50QFggsMAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.uohs.cz%2Fdownload%2FInformace106%2F2012%2F106_2012_16546_2012_-_priloha_Zadavaci-dokumentace-VZ-Dodavka-elektřiny-pro-UOHS-2011-2014.pdf&usg=AFQjCNGnv51jTnG9McYE1lwhSNm5Cs0oQ&bvm=bv.126130881,d.d2s) byla základním hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena bez DPH za předpokládanou dodávku 1.400 MWh silové elektřiny odebrané ve všech hodinách všech dnů roku jako jednotarif v Kč. Z bodu 5 citované zadávací dokumentace potom plyne, že celková cena za celý předmět veřejné zakázky byla tvořena kromě výše uvedené celkové ceny za předpokládanou dodávku, která byla předmětem hodnocení, rovněž celkovou cenou za distribuci a dalšími regulovanými službami a celkovou výší daně z elektřiny. Z uvedených skutečností, zejména z porovnání předpokládané hodnoty (5.500.000–7.500.000,- Kč bez DPH) s konečnou hodnotou zakázky (5.018.482,- Kč včetně DPH), je zřejmé, že Úřad do předpokládané hodnoty této zakázky zahrnul nejen předpokládanou hodnotu ceny za dodávku elektřiny, která byla předmětem hodnocení (a představovala tedy nabídkovou cenou, tj. 1.869.000,- Kč bez DPH v případě nejhodnější nabídky), nýbrž i předpokládané výše jiných peněžitých závazků plynoucích z plnění veřejné zakázky, tedy i ceny za plnění,

jejichž cena je regulována a daň z elektřiny. Rozdíl mezi nabídkovou cenou a následnou smluvní cenou, ze kterého vychází zadavatel, je tedy způsoben tím, že předmětem hodnocení byla toliko nabídková cena dodávky elektřiny, tj. komodity, jejíž cena se může mezi dodavateli lišit, nikoli celková cena této zakázky. Celková cena této zakázky je logicky podstatně vyšší (přičemž ale nepřekračuje předpokládanou hodnotu určenou Úřadem). Odkaz zadavatele na předmětnou veřejnou zakázku zadávanou Úřadem, pomocí kterého chtěl zadavatel zřejmě poukázat na domnělou skutečnost, že „nepostupoval jinak než sám Úřad,“ je tedy nepřiléhavý a pro vedené řízení irelevantní.

K argumentu zadavatele spočívajícího v překročení plné moci poskytovatelem služeb

85. 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 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující. Z plné moci ze dne 7. 12. 2011 (viz bod 3 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.
86. 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“)].
87. 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.
88. Skutečnost, že zadavatel vůči dodavateli nevyjádřil nesouhlas ve smyslu výše uvedených ustanovení občanského nebo nového občanského zákoníku je 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 body 26 a 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí), což by postrádalo smysl, kdyby zadavatel účinně vůči dodavateli vyjádřil nesouhlas s překročením zmocnění.

89. 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.
90. 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. Argumentace, jejímž prostřednictvím chce zadavatel přenést odpovědnost na jiný subjekt, ač je to on, kdo porušil zákon, je nepřiléhavá a lichá, přičemž pro její účelovost k ní Úřad nepřihlédl ani při stanovení výše pokuty (viz dále).

K argumentu zadavatele změnou délky smlouvy na veřejnou zakázku

91. 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 26 a 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
92. 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.
93. 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).
94. 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 přihlédnout v rámci úvahy o výši sankce za spáchání správního deliktu (viz dále bod 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K argumentu zadavatele spočívajícího ve výkonu relevantní činnosti

95. Pokud jde o argumentaci zadáním veřejné zakázky v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona a s tím souvisejícím využitím výjimky z působnosti zákona podle § 19 odst. 1 zákona, kterou zadavatel použil po podání odporu (viz bod 22 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující.
96. Aby se v šetřeném případě mohlo jednat o zadání veřejné zakázky v souvislosti s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona, musela by být veřejná zakázka zadána v souvislosti s relevantní činností v odvětví elektroenergetiky, která by spočívala v poskytování nebo provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti.
97. Aby tedy mohl zadavatel vykonávat citovanou relevantní činnost, musí být splněna podmínka, že zadavatel poskytuje nebo provozuje přenosovou nebo distribuční soustavu. Současně by musela být naplněna podmínka, že tato soustava je určena k poskytování služby veřejnosti.
98. Zadavatel souvislost mezi zadáním předmětné veřejné zakázky a výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona spatřuje konkrétně v tom, že jím odebíraná elektrická energie je dodávána do veřejného osvětlení v rámci města Moravský Krumlov. Soustavu veřejného osvětlení pak zadavatel považuje za distribuční soustavu k poskytování služby veřejnosti.
99. Úřad se nejprve zabýval otázkou, zda soustavu veřejného osvětlení lze považovat za přenosovou či distribuční soustavu, jelikož právě tuto otázku je nezbytné zodpovědět v kontextu relevantní právní úpravy s přihlédnutím k podstatě, resp. účelu těchto soustav. Vzhledem k tomu, co je relevantní právní úpravou považováno za distribuční nebo přenosovou soustavu a za distribuci nebo přenos (viz relevantní ustanovení energetického zákona a směrnice 2009/72/ES – body 54, 55 a 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a že tyto soustavy dle zákonných definic i fakticky slouží k zajištění přenosu nebo distribuce elektřiny (nikoli ke vlastní spotřebě elektřiny jako je tomu v případě veřejného osvětlení), Úřad dospěl k závěru, že se v případě soustavy veřejného osvětlení nemůže jednat o přenosovou ani distribuční soustavu. O skutečnosti, že zadavatel neprovozuje (nebo neposkytuje) přenosovou nebo distribuční soustavu také svědčí skutečnost, že zadavatel (ani dříve Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace) není a nebyl držitelem příslušné licence udělované ERÚ, která by umožňovala zadavateli (či dříve Technické a zahradní správě Moravský Krumlov, příspěvková organizace) podnikat v energetických odvětvích (viz bod 66 odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy předmětem podnikání v energetických odvětvích je podle § 3 odst. 1 energetického zákona mimo jiné právě distribuce a přenos elektřiny. Zadavatel (či dříve Technická a zahradní správa Moravský Krumlov, příspěvková organizace) by tedy ani nemohl oprávněně distribuční nebo přenosovou soustavu provozovat.
100. Uvedený závěr Úřadu jednoznačně potvrzuje ERÚ ve svém vyjádření ze dne 10. 6. 2016 (viz body 35–38 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z citovaného vyjádření ERÚ plyne zejména, že zadavatel nemůže a nemohl provozovat distribuční nebo přenosovou soustavu ve smyslu energetického zákona, neboť podnikat v energetických odvětvích je možné toliko na základě licence udělené ERÚ, přičemž zadavatel není a nebyl držitelem licence na distribuci nebo

přenos elektrické energie. Dále je ERÚ názoru, že soustava veřejného osvětlení nemůže být přenosovou soustavou již s ohledem na definici přenosové soustavy v § 2 odst. 2 písm. a) bod 10 energetického zákona. Pokud jde o soustavu veřejného osvětlení jako distribuční soustavu, Úřad dochází ke stejnému závěru jako ERÚ, neboť vychází ze skutečnosti, že aby se mohlo jednat o distribuční soustavu, musela by tato soustava sloužit k zajištění distribuce elektřiny, nikoli k její spotřebě.

101. Úřad tedy dospěl k závěru, že zadavatel neprovozuje ani neposkytuje přenosovou nebo distribuční soustavu, která by byla určena k poskytování služby veřejnosti ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona, proto se v jeho případě nemůže jednat o výkon relevantní činnosti podle zákona.
102. Jelikož elektřina, která by měla být zadavateli dodávána na základě smlouvy na veřejnou zakázku, není využívána k provozování nebo poskytování přenosové nebo distribuční soustavy 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.
103. 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 návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku

104. Zadavatel dále poukazuje na to, že si nebyl jist, zda smlouva na veřejnou zakázku je platná a především se obával uplatnění smluvních pokut pro případ neodebrání komodity, proto se obrátil na Úřad se žádostí o zjednání nápravy (viz bod 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad předně zdůrazňuje, že zadavatel nebyl tím, kdo podal k Úřadu podnět v této věci. Úřad však pro úplnost uvádí, že má-li zadavatel „žádost o zjednání nápravy“ na mysli návrh na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku podle § 118 odst. 2 zákona, je nutné vyjít z relevantní právní úpravy stanovené v zákoně. Podle § 118 odst. 2 zákona je Úřad 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. Žádný takový návrh však Úřad neobdržel. Uložení zákazu plnění ve správním řízení zahájeném z moci úřední naopak 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 uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku.
105. 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 dodávky elektřiny do odběrných míst zadavatele uvedených v příloze č. 1 k citované smlouvě, 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 rozhodnutí.

K uložení pokuty

106. 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.
107. 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.
108. 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.
109. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
110. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložení 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 11. 5. 2016 (viz bod 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
111. 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).
112. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za nějž 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.
113. 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.
114. 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.

115. 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.
116. 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. Pro úplnost Úřad opětovně zdůrazňuje, že povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém druhu zadávacího řízení (ani odpovědnosti vyplývající z porušení této povinnosti) zadavatele nezbavuje skutečnost, že se nechal při zajištění veřejné zakázky zastoupit jinou osobou, konkrétně poskytovatelem služeb.
117. Úřad jako polehčující okolnost zohlednil, že zadavatel sjednal s dodavatelem zkrácení délky trvání smlouvy na veřejnou zakázku (viz body 26 a 27 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. S ohledem na již dřívější možná jednání zadavatele s dodavatelem o změně délky trvání smlouvy Úřad uvádí, že považuje za rozhodné, kdy byla dohoda o ukončení smlouvy uzavřena, neboť teprve tento úkon představuje účinný krok zadavatele směrem ke zmírnění následků správního deliktu.
118. 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 3.338.756 Kč bez DPH, tj. 4.039.895 Kč s DPH), přičemž není relevantního předpokladu, že by se celková cena veřejné zakázky 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 403.990 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.

119. K argumentu zadavatele, že v šetřeném případě je možné uložit za správní delikt pokutu do 10 % ceny zakázky, pročež Úřadem v příkazu uložená pokuta ve výši 200.000,- Kč nepředstavuje zlomek horní hranice pokuty (viz bod 29 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.
120. 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 30 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že tuto skutečnost nezohlednil, neboť podnět k Úřadu v této věci nepodal zadavatel. Pro úplnost však Úřad uvádí, že i kdyby podnět podal zadavatel, tato skutečnost by sama o sobě nesnížila závažnost již spáchaného správního deliktu.
121. K vyjádření zadavatele, že namísto zjednání nápravy byla zadavateli příkazem pouze uložena pokuta (viz bod 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad opakuje, že pokud zadavatel v rozporu s právní normou očekával, že Úřad za zadavatele bude řešit jeho zcela nezákonný postup a zneplatňovat jím uzavřenou smlouvu, tento postup není možný. V posuzované věci se mohl Úřad zabývat toliko tím, zda byl spáchán správní delikt a uložit za něj pokutu. Úřad odkazuje na § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ze kterého plyne, že Úřad uloží (tedy je povinen uložit) za správní delikt pokutu. Úřad pro úplnost uvádí, že není oprávněn upustit od uložení pokuty nebo již uloženou pokutu prominout.
122. 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 výkazu zisku a ztráty zadavatele za rok 2014 zjistil, že zadavatel hospodaří s finančními prostředky v řádech desítek 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).
123. 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, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil

i Krajský soud v 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.

124. 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.
125. 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“.
126. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 180 000 Kč (tj. pod úrovní jednoho procenta zákonné sazby) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako přiměřenou.
127. S ohledem na výše uvedené bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
128. 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