UOHSX0029KX2

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S87/2009/VZ-10958/2010/510/HOd V Brně dne: 31. 8. 2010

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 24. 4. 2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Tomáš Tichý, předseda představenstva, a Ing. Dušan Malý, místopředseda představenstva,
- zadavatel – RWE GasNet, s. r. o., (která ke dni zahájení správního řízení podnikala pod obchodním jménem SČP Net, s. r. o.), IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – SMP Net, s. r. o., IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava-Moravská Ostrava, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – JMP Net, s. r. o., IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – VČP Net, s. r. o., IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, se sídlem U Plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, za niž jednají Ing. Jan Ruml, jednatel, a Ing. Pavel Bartl, jednatel,
- zadavatel – RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Tomáš Tichý, jednatel, a Ing. Dušan Malý, jednatel,

ve správním řízení zastoupení na základě plné moci ze dne 28. 4. 2009 společností RWE Interní služby, s. r. o., IČ 27116191, se sídlem Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4, která je ve správním

řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 20. 1. 2009 JUDr. Ivanem Cestrem, advokátem, se sídlem Rubešova 162/8, 120 00 Praha 2, jenž k jednání v rozsahu posledně uvedené plné moci zmocnil Mgr. Václavu Lukešovou, advokátku, se sídlem Rubešova 162/8, 120 00 Praha 2,

- vybraný uchazeč – GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, za niž jedná Ing. Soňa Kratochvílová, jednatel,
- vybraný uchazeč – GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, za niž jedná Ing. Lumír Kožušník, předseda představenstva.

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s uzavřením rámcové smlouvy dne 31. 12. 2008 se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, a rámcové smlouvy dne 6. 1. 2009 se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, jejichž předmětem je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží,

rozhodl takto:

I.

Zadavatelé – Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, RWE GasNet, s. r. o., (která ke dni zahájení správního řízení podnikala pod obchodním jménem SČP Net, s. r. o.), IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, STP Net, s. r. o., IČ 27455611, se sídlem Novodvorská 803/82, 142 01 Praha 4, ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527, se sídlem Ed. Beneše 2439/70-2438/72, 304 77 Plzeň, SMP Net, s. r. o., IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava-Moravská Ostrava, JMP Net, s. r. o., IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, VČP Net, s. r. o., IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové, RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, se sídlem U Plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, se dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením smluv, se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, a se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, jejichž předmětem je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží, nedodrželi postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedli zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 7 000 Kč (sedm tisíc korun českých).

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

III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 154 000 Kč (sto padesát čtyři tisíc korun českých).

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

IV.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – SMP Net, s. r. o., IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava-Moravská Ostrava, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 85 000 Kč (osmdesát pět tisíc korun českých).

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

V.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – JMP Net, s. r. o., IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 147 000 Kč (sto čtyřicet sedm tisíc korun českých).

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

VI.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – VČP Net, s. r. o., IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 41 000 Kč (čtyřicet jeden tisíc korun českých).

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

VII.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, se sídlem U Plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 4 000 Kč (čtyři tisíce korun českých).

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

VIII.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 62 000 Kč (šedesát dva tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 22. 12. 2008 podnět, týkající se postupu společností skupiny RWE při nákupu výrobků určených mj. k výstavbě plynárenských zařízení.

2. V rámci šetření podnětu, který byl zaevidován pod č. j. P4/2009, Úřad zjistil, že dne 7. 11. 2008 vyhlásila společnost RWE Interní služby, s. r. o., IČ 27116191, se sídlem Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4, (dále jen „společnost RWE Interní služby“) prostřednictvím elektronické aukce výběrové řízení označené jako „PE trubky pro skupinu RWE a zhotovitele staveb 2009“. Celkový předpokládaný objem zakázky činil podle textu výzvy k podání nabídek 40 000 000 Kč. Na základě výsledku tohoto výběrového řízení byly společností RWE Interní služby uzavřeny dvě rámcové smlouvy, a to se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, (smlouva uzavřena dne 31. 12. 2008), a se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, (smlouva uzavřena dne 6. 1. 2009). Předmětem těchto rámcových smluv je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží.

3. V písemném vyjádření k šetřenému podnětu společnost RWE Interní služby uvedla, že na straně potenciálního objednatele se ve smlouvě vyskytuje celkem šest sektorových zadavatelů (provozovatelů distribuční soustavy) a plnění pro další objednatele (společnosti skupiny RWE v ČR zúčastněné na výběrovém řízení) je nakonec určeno taktéž pro potřeby těchto šesti sektorových zadavatelů. Na jednoho sektorového zadavatele tedy připadá plnění ve výši přibližně 6 600 000 Kč, přičemž se může lišit mezi jednotlivými zadavateli, avšak v žádném případě nedojde k překročení finančního limitu 11 715 000 Kč. K tomu společnost RWE Interní služby dále uvádí, že skutečný objem nakupovaného materiálu představuje přibližně 5 % celkového předpokládaného finančního objemu a zbytek tvoří nákupy zhotovitelů staveb plynárenských zařízení.

4. Po přezkoumání obsahu rámcových smluv uzavřených dne 31. 12. 2008 se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, a dne 6. 1. 2009 se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

5. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel – Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Tomáš Tichý, předseda představenstva, a Ing. Dušan Malý, místopředseda představenstva,
- zadavatel – RWE GasNet, s. r. o., (která ke dni zahájení správního řízení podnikala pod obchodním jménem SČP Net, s. r. o.), IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – SMP Net, s. r. o., IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava-Moravská Ostrava, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – JMP Net, s. r. o., IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – VČP Net, s. r. o., IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové, za niž jednají Ing. Miloslav Zaur, jednatel, a Thomas Merker, jednatel,
- zadavatel – RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, se sídlem U Plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, za niž jednají Ing. Jan Ruml, jednatel, a Ing. Pavel Bartl, jednatel,
- zadavatel – RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno, za niž jednají Ing. Tomáš Tichý, jednatel, a Ing. Karel Mazal, jednatel,

ve správním řízení zastoupení na základě plné moci ze dne 28. 4. 2009 společností RWE Interní služby, s. r. o., IČ 27116191, se sídlem Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4, (dále jen „zadavatel“ nebo „zadavatelé“);

- vybraný uchazeč – GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, za niž jedná Ing. Soňa Kratochvílová, jednatel,
- vybraný uchazeč – GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, za niž jedná Mieczyslaw Molenda, předseda představenstva.

(dále jen „vybraní uchazeči“).

6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-4861/2009/510/HOd ze dne 22. 4. 2009, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-4862/2009/510/HOd ze dne 22. 4. 2009 stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Tímto usnesením Úřad rovněž stanovil zadavatelům lhůtu k provedení úkonu – zvolení společného zmocněnce k zastupování ve správním řízení za účelem usnadnění průběhu správního řízení.

7. Dne 24. 4. 2009, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním účastníkům řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

8. Dne 4. 5. 2009 obdržel Úřad plnou moc udělenou společnosti RWE Interní služby, s. r. o., IČ 27116191, se sídlem Vyskočilova 1481/4, 140 00 Praha 4, (dále jen „zadavatel“), jako zvolenému společnému zmocněnci k zastupování zadavatelů.

9. Zadavatel zaslal Úřadu vyjádření, které Úřad obdržel dne 5. 5. 2008, v němž uvedl, že dosavadní výběrová řízení pro společnosti skupiny RWE v České republice byla vždy

organizována pro provozovatele distribuční soustavy jako pro sektorové zadavatele podle § 2 odst. 6 zákona. Na základě analýzy právních předpisů s užitím odborné literatury však dospěl zadavatel k závěru, že držitelé licence na distribuci plynu nejsou sektorovými zadavateli, neboť nejsou držiteli zvláštního práva podle § 17 písm. p) zákona. Tuto licenci může nabýt podle zadavatele za splnění objektivních a nediskriminačních podmínek jakákoliv osoba, k čemuž v praxi Energetického regulačního úřadu také dochází. Zadavatel uvádí, že licence na distribuci plynu je udělována i několika odlišným subjektům pro stejnou část území České republiky. Svoje závěry opírají zadavatelé o předložený právní rozbor, v němž se uvádí mj. následující.

10. V úvodu právního rozboru je vymezeno zvláštní právo podle § 17 písm. p) zákona a dále se uvádí, že toto vymezení rovněž vyplývá z judikatury ESD (např. rozhodnutí č. C-302/94, The Queen v Secretary od State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc.). Rozbor stanoví, že nemůže být za zvláštní či výhradní právo považováno pouze takové právo, jehož účinkem je omezení možnosti jiných osob vykonávat příslušnou relevantní činnost, přičemž je třeba vzít v úvahu jak právní, tak i faktické faktory výkonu činnosti určité osoby. Existence zvláštních či výhradních práv nemůže být dovozována ze skutečnosti, že podle práva členského státu je provozování určité relevantní činnosti možné pouze na základě licence, pokud je zřejmé, že práva spojená s touto licencí jsou udělována podle kritérií, která jsou objektivní, přiměřená a nediskriminační a nemají vliv na omezení počtu osob vykonávajících relevantní činnost. V právním rozboru se dále uvádí, že provozovatelé distribuční soustavy (STP Net, s. r. o., SČP Net, s. r. o., ZČP Net, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o.) jsou držiteli licence na distribuci plynu, udělovanou Energetickým regulačním úřadem a podmínky udělení licence jsou stanoveny v ust. § 5 zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon) (dále jen „energetický zákon“). Tento zákon podle zpracovatele právního rozboru požaduje mj. doložení vlastnického či užívacího práva k energetickému zařízení, které má sloužit k výkonu licencované činnosti, přičemž tento požadavek by mohl být vykládán jako faktická podmínka, která omezuje jiné osoby v možnosti vykonávat příslušnou relevantní činnost. K tomu dále doplňuje, že žádný právní předpis nestanoví povinnost vlastníků distribučních soustav poskytnout jiné osobě užívací právo k distribuční soustavě za účelem získání licence na distribuci plynu, čímž je možnost ostatních osob vykonávat příslušnou relevantní činnost na území České republiky fakticky omezena.

11. S ohledem na výše uvedené skutečnosti zpracovatel právního rozboru dospěl k závěru, že licence na distribuci plynu vyhovuje první části definice zvláštního práva podle ust. § 17 písm. p) zákona, avšak upozorňuje na druhou část definice „zvláštním či výhradním právem není právo, které může nabýt při splnění objektivních a nediskriminačních podmínek stanovených zvláštním právním předpisem jakákoliv osoba“. Samotná licence je podle jeho názoru udělována každému, kdo splní podmínky podle § 5 energetického zákona, přičemž každý má možnost za zákonem stanovených podmínek vybudovat vlastní energetické zařízení pro výkon licencované činnosti nebo sjednat užívací právo s vlastníkem stávající distribuční soustavy či jiného plynovodu. Z uvedených skutečností je vyvozována domněnka, že licenci na distribuci plynu Energetický regulační úřad uděluje na základě objektivních a přiměřených kritérií. Předmětem právního rozboru je rovněž polemika, zda v doložení vlastnického či užívacího práva nelze spatřovat diskriminaci. S ohledem na všechny skutečnosti dospěl

zpracovatel právního rozboru k závěru, že výše uvedení provozovatelé distribuční soustavy nejsou držiteli zvláštního práva ve smyslu § 17 písm. p) zákona, a tudíž nejsou ani sektorovými zadavateli.

12. Zadavatel ve svém písemném vyjádření dále uvádí, že pokud by byli provozovatelé distribuční soustavy (tj. STP Net, s. r. o., SČP Net, s. r. o., ZČP Net, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o. – pozn. Úřadu) sektorovými zadavateli, pak mohl považovat jejich spojení se společnostmi Jihomoravská plynárenská, a. s., RWE Plynoprojekt, s. r. o., RWE Distribuční služby, s. r. o., za účelem zadání zakázky na dodávku PE trubek jako spojení podle § 2 odst. 9 zákona, neboť tyto uvedené společnosti se za sektorové zadavatele nepovažovaly a nepovažují. Podle názoru zadavatele rovněž ustanovení § 2 odst. 8 zákona, podle něhož se za jednoho zadavatele pro účely tohoto zákona považuje i několik zadavatelů, „jež je aplikovatelné i na spojení např. sektorového zadavatele s jinou právnickou osobou dle § 2 odst. 9 ZVZ, je nutno vykládat v tom smyslu, že v celém zadávacím řízení toto spojení vystupuje jako jediný subjekt, ač právní subjektivitou nemusí disponovat“. Doslovnou aplikací citovaného ustanovení při výpočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky podle § 12 zákona, tj. vydělením příslušného finančního limitu (v daném případě 11 715 000 Kč) mezi šest domnělých sektorových zadavatelů by došlo ke snížení finančního limitu pro jednoho sektorového zadavatele na částku 1 952 500 Kč, což by podle vyjádření zadavatele znamenalo zhoršení postavení spojeného či sdruženého zadavatele oproti např. sektorovému zadavateli, který zadává veřejnou zakázku samostatně. Důsledkem nastíněného výkladu by byla podle názoru zadavatele diskriminace sdružených zadavatelů, přičemž dodává, že žádná z relevantních evropských směrnic takové ustanovení neobsahuje. Sdružováním zadavatelů by se tito zadavatelé dobrovolně podrobovali přísnější regulaci, čímž by se ust. § 2 odst. 8 a 9 zákona stalo zcela nadbytečným.

13. Zadavatel dále zdůraznil, že ačkoli na straně zadavatele zakázky na dodávku PE trubek vystupovalo devět společností skupiny RWE v České republice, cílem bylo uzavření dvou rámcových smluv ve prospěch nejen těchto společností, ale také ve prospěch dodavatelů montážních prací na plynárenských zařízení v RWE. Finanční objem nákupů pro tyto dodavatele činí podle zadavatele 95 % celkového finančního objemu obou rámcových smluv, současně zadavatel uvádí, že jsou součástí příslušných stavebních zakázek, a tudíž by měl být tento objem z předpokládané ceny odečten. Finanční částka představující plnění pro všechny zadavatele z obou smluv tak podle jeho názoru činí přibližně 2 mil. Kč. Uvedené argumenty zadavatel dokládá přehledem plnění z obou rámcových smluv ve prospěch zadavatelů.

14. Usnesením č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-7381/2009/510/HOd ze dne 11. 6. 2009 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – písemnému sdělení, na základě jakých vlastnických či užívacích práv jsou společnosti STP Net, s. r. o., SČP Net, s. r. o., ZČP Net, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o., oprávněny provozovat distribuční zařízení, pro která jim byla udělena Energetickým regulačním úřadem licence pro distribuci plynu, a jakým způsobem příslušný vlastník, resp. vlastníci, distribučních zařízení tato vlastnická práva získal. Tímto usnesením Úřad rovněž prodloužil účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

15. Dne 23. 6. 2009 obdržel Úřad písemné vyjádření zadavatele k vlastnickým resp. užívacím právům distribučních zařízení, v němž mj. uvádí, že společnosti STP Net, s. r. o., SČP Net,

s. r. o., ZČP Net, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o., jsou oprávněni provozovat distribuční soustavu převážně na základě svého výlučného vlastnického práva, přičemž minoritní části této soustavy jsou užívány na základě nájemních či obdobných smluv. Zadavatel dále uvádí, že vlastnické právo výše uvedených společností bylo naprostou většinou získáno na základě smluv o vkladu části podniku uzavřených mezi příslušným zadavatelem a jeho mateřskou společností. Od počátku ledna 2006 nabývaly podle zadavatele tyto společnosti vlastnické právo k některým dílčím zařízením tvořícím součást distribuční soustavy na základě kupních, darovacích či obdobných smluv. Současně zadavatel dodává, že v některých případech došlo ke vzniku vlastnického práva rovněž zhotovením věci (výstavbou nového zařízení).

16. Dopisem ze dne 15. 7. 2009 požádal Úřad Ministerstvo financí České republiky o stanovisko k výběru nabyvatele majetkové účasti státu na podnikání společnosti Transgas, a. s. Na uvedenou žádost obdržel Úřad odpověď dne 30. 7. 2009, v níž se Ministerstvo financí vyjádřilo k postupu privatizace majetkové účasti státu ve společnosti Transgas, a. s., a regionálních plynárenských distribučních společnostech, a předložilo související materiály.

17. Usnesením č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-10881/2009/510/HOd ze dne 24. 8. 2009 prodloužil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

18. Účastník řízení – zadavatel nahlédl do příslušného spisu dne 2. 7. 2009 a dne 3. 9. 2009. Protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

19. Úřad posoudil výše uvedené skutečnosti a dne 24. 11. 2009 vydal rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-7660/2009/510/HOd, v němž konstatoval, že zadavatelé se dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením smluv, se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, a se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, jejichž předmětem je zejména úprava právního rámce smluvních podmínek pro opakované dodávky zboží, nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání správního deliktu byla zadavatelům uložena pokuta ve výši 500 000 Kč. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dopisem ze dne 8. 12. 2009 rozklad k předsedovi Úřadu.

20. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R173/2009/VZ-6108/2010/310-EKu ze dne 25. 5. 2010 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-7660/2009/510/HOd ze dne 23. 11. 2009 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání uvedl předseda Úřadu nesprávnost výroku II. rozhodnutí, když Úřad zadavatelům uložil pokutu, kterou mají zaplatit společně a nerozdílně. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí konstatoval, že takto uložená pokuta odporuje principům správního trestání, neboť nelze uložit trest za spáchání správního deliktu několika subjektům společně, nýbrž uložená sankce musí být adresná a individuální ve vztahu ke každému pachateli správního deliktu samostatně. Úřad měl podle jeho předsedy zhodnotit podíl jednotlivých zadavatelů na porušení zákona a podle toho uložit pokutu každému z pachatelů správního deliktu správního deliktu. U každého z nich pak měl při stanovení individuální výše pokuty vzít v úvahu závažnost správního deliktu, způsob jeho

spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán. V této souvislosti předseda Úřadu uvedl, že ve vztahu ke každému z pachatelů pak mohou být individuelně zohledněny liberační důvody a dále ekonomické dopady ukládané pokuty na každého pachatele zvlášť. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí rovněž stanovil, že při novém rozhodnutí o uložení pokuty se Úřad vypořádá též s námitkami ohledně uložení pokuty a její výše uvedenými v rozkladu.

21. Dopisem č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-9654/2010/510/HOd ze dne 12. 7. 2010 Úřad oznámil účastníkům řízení, že ve správním řízení vedeném Úřadem ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele pod sp. zn. S87/2009/HOd se pokračuje. Usnesením č. j. ÚOHS-S87/2009/VZ-9662/2010/510/HOd z téhož dne stanovil Úřad všem účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně Úřad stanovil lhůtu zadavateli – RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, k provedení úkonu – podání stanoviska k přechodu práv a povinností vyplývajících z činnosti společností STP Net, s. r. o., IČ 27455611, se sídlem Novodvorská 803/82, 142 01 Praha 4, a ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527, se sídlem Ed. Beneše 2439/70-2438/72, 304 77 Plzeň, v důsledku sloučení se společností SČP Net, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, a to včetně doložení příslušných podkladů. Tímtéž usnesením stanovil Úřad zadavatelům lhůtu k provedení úkonu – doložení množství a ceny PE trubek, které byly zakoupeny zhotoviteli plynovodů na základě rámcové smlouvy uzavřené dne 31. 12. 2008 se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, a rámcové smlouvy uzavřené dne 6. 1. 2009 se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, za účelem splnění zakázky na stavbu plynovodu pro společnosti

- Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno,
- STP Net, s. r. o., IČ 27455611, se sídlem Novodvorská 803/82, 142 01 Praha 4,
- SČP Net, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem,
- ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527, se sídlem Ed. Beneše 2439/70-2438/72, 304 77 Plzeň,
- SMP Net, s. r. o., IČ 27768961, se sídlem Plynární 420/3, 702 72 Ostrava-Moravská Ostrava,
- JMP Net, s. r. o., IČ 27689841, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno,
- VČP Net, s. r. o., IČ 27495949, se sídlem Pražská třída 485, 500 04 Hradec Králové,
- RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, se sídlem U Plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle,
- RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311, se sídlem Plynárenská 499/1, 657 02 Brno,

a to jednotlivě za každou tuto společnost. Za společnosti STP Net, s. r. o., IČ 27455611, SČP Net, s. r. o., IČ 27295567, ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527, tyto údaje sdělí společnost RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem.

22. Dne 23. 7. 2010 obdržel Úřad od zadavatele písemné vyjádření, v němž uvedl, že přechod práv a povinností ze společností STP Net, s. r. o., a ZČP Net, s. r. o., na společnost SČP Net, s. r. o., (která následně změnila svou obchodní firmu na RWE GasNet, s. r. o.) nastal v důsledku zápisu vnitrostátní fúze sloučením, kdy společnosti STP Net, s. r. o., a ZČP Net, s. r. o., zanikly bez likvidace a jejich jmění ex lege přešlo na nástupnickou společnost RWE

GasNet, s. r. o. Není tedy podle zadavatele nutné vymezovat, který majetek a závazky přejdou na nástupnickou společnost; v případě fúze jde o univerzální sukcesi a zúčastněné společnosti z povahy věci ani nemohou vyloučit, či dokonce zúžit rozsah přecházejících práv a povinností. K požadovanému doložení množství a ceny PE trubek, které byly zakoupeny zhotoviteli plynovodů na základě rámcové smlouvy uzavřené dne 31. 12. 2008 se společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, a rámcové smlouvy uzavřené dne 6. 1. 2009 se společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, zadavatel uvedl, že zhotovitelé staveb, ani zadavatel, nemají údaje v požadovaném členění k dispozici. Pro účely správního řízení zadavatel provedl výpočet, jímž dospěl k výpočtu pravděpodobného finančního objemu nákupů PE trubek na základě obou šetřených rámcových smluv. Zadavatel rovněž sdělil, že společnost RWE Plynoprojekt, s. r. o., na základě šetřených smluv neuskutečnila přímo, ani prostřednictvím zhotovitelů staveb žádné nákupy PE trubek. Závěrem zadavatel vyjádřil nesouhlas s klasifikací jeho postavení jako sektorového zadavatele s ohledem na absenci zvláštního práva a dodal, že způsob nabytí vlastnického práva zadavatele k distribuční soustavě nemůže mít vliv na jeho schopnost ovlivnit relevantní činnost jiných subjektů.

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu rámcových smluv uzavřených dne 31. 12. 2008 a 6. 1. 2009 zadavatelem s vybranými uchazeči, stanovisek předložených zadavatelem, písemného vyjádření Energetického regulačního úřadu, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty.

24. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

25. K otázce, zda zadavatel naplňuje znaky sektorového zadavatele ve smyslu § 2 odst. 6 písm. a) zákona

26. Ustanovení § 2 odst. 6 zákona stanoví, že sektorovým zadavatelem je osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4, pokud

a. tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo

b. nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že

1. disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo

2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

27. Relevantní činností se pro účely zákona v odvětví plynárenství (viz § 4 odst. 1 písm. a) zákona) rozumí

1. výroba plynu za účelem poskytování služby veřejnosti,

2. poskytování nebo provozování přepravní či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti,

3. poskytování nebo provozování těžebního plynovodu, nebo

4. poskytování nebo provozování podzemního zásobníku plynu zajišťujícího provozuschopnost přepravní či distribuční soustavy určeného k poskytování služby veřejnosti.

28. Podle § 17 písm. p) zákona se pro účely zákona zvláštním či výhradním právem rozumí právo udělené zákonem či na základě zákona příslušným správním orgánem, v jehož důsledku je možnost vykonávat relevantní činnosti podle § 4 zákona omezena ve prospěch jedné či více osob a které podstatně ovlivňuje možnost jiných osob vykonávat příslušnou relevantní činnost; zvláštním či výhradním právem není právo, které může nabýt při splnění objektivních a nediskriminačních podmínek stanovených zvláštním právním předpisem jakákoliv osoba.

29. Při posouzení, zda subjekt figurující na straně zadavatele naplňuje definici sektorového zadavatele, který disponuje zvláštním či výhradním právem, je třeba vycházet z příslušné úpravy ve směrnicích Evropské unie, neboť základním cílem právní úpravy je harmonizace procesu zadávání veřejných zakázek s právem Evropských společenství, což je výslovně vyjádřeno v § 1 zákona, podle něhož zákon zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství. Podle článku 2 odst. 2 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energeticky, dopravy a poštovních služeb, se tato směrnice vztahuje na zadavatele, kteří pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky, vykonávají jako jednu ze svých činností kteroukoli z těch, které jsou uvedeny v článcích 3 až 7, nebo více těchto činností a působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu.

30. Podle článku 3 se tato směrnice, co se týče plynu a tepla, vztahuje na tyto činnosti:

    a. poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí plynu nebo tepla; nebo

    b. dodávky plynu nebo tepla do takových sítí.

31. Pro účely uvedené směrnice se podle článku 2 odst. 3 "zvláštními nebo výlučnými právy" rozumějí práva udělená příslušným orgánem členského státu na základě právního nebo správního předpisu, jejichž výsledkem je vyhrazení provozování činnosti uvedené v článcích 3 až 7 jednomu nebo více subjektům, a která podstatně ovlivňují možnost jiných podniků provozovat takovou činnost.

32. Podle odstavce 25 uvedené směrnice „ani skutečnost, že subjekt dodává pitnou vodu, elektřinu, plyn nebo teplo do sítě, jež je provozována subjektem, který požívá zvláštní nebo výlučná práva udělená příslušným orgánem daného členského státu, nepředstavuje sama o sobě zvláštní nebo výlučné právo ve smyslu této směrnice. Stejně tak práva přiznaná členským státem v jakékoli formě, včetně koncesí, omezenému počtu podniků na základě objektivních, přiměřených a nediskriminačních kritérií, která umožňují každému zájemci, který je splňuje, využívat těchto práv, by neměla být považována za výlučná či zvláštní práva“.

33. Podle vysvětlujícího sdělení Evropské komise CC/2004/33 ze dne 18. 6. 2004 (dostupné na http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm) je z hlediska naplnění dané definice nevyhnutelné v každém jednotlivém případě zkoumat, zda dané právo podstatně ovlivní možnost jiných soutěžitelů za srovnatelných podmínek

vykonávat relevantní činnost na stejném území. Při této analýze je dále nutné zkoumat, jakým způsobem soutěžitel předmětné právo získal.

34. Při zkoumání existence či neexistence výhradního práva je tedy nutné, vedle podmínek pro získání samotné licence (např. od ERÚ), posoudit rovněž okolnosti, za nichž určitý subjekt získal právo užívat zařízení nutné ke zkoumané činnosti. Ve světle výkladu předmětných ustanovení zákona v návaznosti na směrnici 17/2004/ES je tudíž nezbytné vždy zkoumat v rámci podmínek získání samotné licence rovněž způsob nabytí zařízení, pro které je licence vydávána. Definici sektorového zadavatele by subjekt nenaplnil pouze tehdy, jestliže získáním práva umožňujícího výstavbu a provoz zařízení, se kterým souvisejí uvedené licence, by nebyla podstatně ovlivněna faktická možnost jiných subjektů rovněž vykonávat předmětnou činnost, popřípadě by výše cit. licence nebo právo pro subjekt získal na základě otevřené soutěže, jíž se mohli libovolně účastnit i ostatní soutěžitelé.

35. Podle odstavce 40 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energeticky, dopravy a poštovních služeb, se touto směrnicí neřídí zakázky určené pro umožnění výkonu činnosti uvedeného v článcích 3 až 7, pokud je v členském státě, ve kterém má být činnost vykonávána, přímo vystavena hospodářské soutěži na trzích, na které není omezen přístup.

36. Podle důvodové zprávy k zákonu je třeba v definici zvláštního či výhradního práva rovněž přihlížet k judikatuře Soudního dvora Evropských společenství (například The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc., C-302/94), ze kterého vychází ustanovení evropské zadávací směrnice, které bylo transponováno do českého právního prostředí. Za zvláštní či výhradní právo již nadále může být považováno pouze takové právo, které při splnění dalších podmínek podstatným způsobem ovlivňuje možnost jiných osob vykonávat příslušnou relevantní činnost (§ 4), přičemž je třeba vzít v úvahu jak právní, tak i faktické faktory výkonu příslušné činnosti.

37. V souvislosti s řešením otázky existence zvláštního či výhradního práva v daném případě si Úřad dopisem ze dne 15. 5. 2009 vyžádal stanovisko Energetického regulačního úřadu, a to k podmínkám pro vydání licencí pro distribuci plynu a pro obchod s plynem, a k případnému způsobu omezení pro vydání těchto licencí.

38. Podle vyjádření Energetického regulačního úřadu ze dne 8. 6. 2009 je pro získání licence „při splnění obecných podmínek nezbytné prokázat i to, že plynové zařízení jako jsou např. plynovody, kompresorové a regulační stanice, jsou ve vlastnictví žadatele o licenci, nebo je má v užívání na základě smluvního vztahu s osobou oprávněnou k dispozici s tímto zařízením a prokáže souhlas vlastníka zařízení s jeho využitím pro účely licencované činnosti“. Dále se ve stanovisku uvádí, že „udělení licence, případně změna tohoto rozhodnutí je z hlediska plnění podmínek pro udělení licence omezeno tím, že podle § 8 odst. 3 energetického zákona lze na každé výrobní, přenosové, přepravní, distribuční nebo rozvodné zařízení a na každé zařízení na uskladňování plynu vydat pouze jednu licenci“.

39. Z veřejně dostupných údajů o vydaných licencích Energetickým regulačním úřadem Úřad zjistil, že celkový počet vydaných licencí pro podnikání v oboru distribuce plynu činí ke dni 1. 6. 2009 podle zveřejněné informace 91, a subjekty vystupující v daném případě na straně zadavatele jsou držiteli níže uvedených licencí.

Subjekt	Vydané licence
Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607	Obchod s plynem
STP Net, s. r. o., IČ 27455611	Distribuce plynu
SČP Net, s. r. o., IČ 27295567	Distribuce plynu
ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527	Distribuce plynu
SMP Net, s. r. o., IČ 27768961	Distribuce plynu
JMP Net, s. r. o., IČ 27689841	Distribuce plynu, Výroba elektřiny
VČP Net, s. r. o., IČ 27495949	Distribuce plynu
RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484	Distribuce plynu, Obchod s plynem, Výroba elektřiny, Distribuce elektřiny, Obchod s elektřinou, Výroba tepelné energie, Rozvod tepelné energie
RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311	Výroba elektřiny

40. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že sedmi zadavatelům byla udělena Energetickým regulačním úřadem licence na distribuci plynu. Předmětem veřejné zakázky jsou opakované dodávky PE trubek pro zadavatele a pro zhotovitele staveb plynovodu plynárenských společností skupiny RWE Energy v České republice, ve smyslu obchodního zákoníku s ní propojené nebo přímo či nepřímo ovládané RWE Aktiengesellschaft. Jedná se tudíž o dodávky určené k výstavbě plynovodů a tedy související s výkonem relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona. Tuto relevantní činnost, tj. distribuci plynu vykonávají zadavatelé (kromě společností Jihomoravská plynárenská, a. s., a RWE Distribuční služby, s. r. o., které nejsou držiteli licence pro distribuci plynu) za účelem poskytování plynu veřejnosti na územích vymezených danou licencí.

41. K celkovému počtu vydaných licencí pro podnikání v oboru distribuce plynu Úřad uvádí, že tento údaj vypovídá o míře otevřenosti daného trhu jen ve velmi omezené míře, neboť z následujících informací o délkách plynovodů všech distribučních soustav a délkách plynovodů provozovaných zadavateli je zřejmé, že většina subjektů držících licenci pro distribuci plynu provozuje plynovody o podstatně kratší délce než provozovatelé distribuční soustavy – STP Net, s. r. o., SČP Net, s. r. o., ZČP Net, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o. – dále jen „provozovatelé distribuční soustavy“.

42. Úřad uvádí, že pro posouzení, zda byly v daném případě naplněny znaky zvláštního či výhradního práva podle ust. § 17 písm. p) zákona, je nutno vzít v úvahu jak právní, tak i faktické faktory výkonu příslušné činnosti, a přihlédnout ke zvláštnostem daného odvětví a dalším ukazatelům, např. podílu hlavních účastníků na daném trhu či stupni koncentrace na těchto trzích. V této souvislosti Úřad uvádí, že podle veřejně přístupné Národní zprávy České republiky o elektroenergetice a plynárenství za rok 2008 činila celková délka plynovodů všech distribučních soustav 65 661 km. Jak dokládá níže uvedená tabulka součtu délek rozvodů plynovodů, uvedených ve veřejně dostupných informacích o vydaných licencích pro distribuci plynu, zaujímá podíl rozvodů provozovaných zadavateli na celkové délce plynovodů všech distribuční soustav 81 %.

Subjekt	Délka rozvodu (v km)
Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607	nevlastní licenci pro distribuci plynu
STP Net, s. r. o., IČ 27455611	7 435

SČP Net, s. r. o., IČ 27295567	5 340
ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527	5 479
SMP Net, s. r. o., IČ 27768961	11 262,4
JMP Net, s. r. o., IČ 27689841	14 770,3
VČP Net, s. r. o., IČ 27495949	9 186
RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484	2,1
RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311	nevlastní licenci pro distribuci plynu
Celkem	53 474,8

(Pozn.: údaje uveřejněné v databázi držitelů licencí na internetových stránkách www.eru.cz ke dni 16. 6. 2009)

43. Úřad uvádí, že nelze souhlasit s argumentem zadavatele, podle něhož provozovatelé distribuční soustavy nejsou držiteli zvláštního práva ve smyslu § 17 písm. p) zákona z toho důvodu, že každý má možnost za zákonem stanovených podmínek vybudovat vlastní energetické zařízení pro výkon licencované činnosti nebo sjednat užívací právo s vlastníkem stávající distribuční soustavy či jiného plynovodu. Pro uvedený závěr sice nasvědčuje otevření trhu (pozn.: K otevření trhu s plynem došlo ke dni 1. 1. 2007 na základě ust. § 55 odst. 3 energetického zákona), avšak v daném případě je nutno zohlednit možnosti získání příslušné licence dalšími subjekty, a otázku, zda nové subjekty přicházející na trh mají stejné podmínky pro získání licence (a zejména získání vlastnického či užívacího práva) jako měli provozovatelé distribuční soustavy. Z tohoto hlediska je nezbytné informace o okolnostech nabytí distribučních zařízení provozovateli distribuční soustavy považovat za stěžejní.

44. K otázce existence zvláštního či výhradního práva podle ust. § 17 písm. p) zákona Úřad konstatuje, že tímto právem je oprávnění provozovat distribuční soustavu plynu, která byla vybudována státem. Zadavatelé v daném případě provozují distribuční soustavu, která byla vybudována státem, resp. státním podnikem, a následně převzata.

45. V souvislosti s historií vzniku společnosti Transgas, a. s., Úřad s odkazem na veřejně dostupné informace na internetových stránkách www.rwe.cz uvádí, že na základě mezivládní dohody uzavřené mezi vládami bývalého Sovětského svazu a bývalého Československa o přepravě ruského zemního plynu přes území Československa do jižní, střední a západní Evropy byl výnosem ministra paliv a energetiky ČSFR založen k 1. dubnu 1971 národní podnik Tranzitní plynovod jako součást Českých plynárenských podniků. V červnu roku 1967 byl uveden do provozu mezistátní plynovod DN 700 / 55 bar a byl zahájen dovoz ruského zemního plynu pro rozvoj zásobování Slovenské a České republiky zemním plynem. V roce 1968 byla vybudována přípojka do Baumgartenu a byla zahájena tranzitní doprava. Účelem zřízeného národního podniku Tranzitní plynovod byla výstavba tranzitní soustavy a její provozování. Výstavba byla rozdělena do dvou etap, kterými měla být vytvořena kapacita pro přepravu 28 mld. m³ plynu za rok, přičemž později byly etapy výstavby v rozsahu bývalého Československa čtyři, přepravní kapacita byla zvyšována postupně na 37, 54 a 80 mld. m³ plynu přepraveného za rok. Z původního národního podniku Tranzitní plynovod se po zřízení státního podniku Český plynárenský podnik k 1. lednu 1989 stal odštěpný závod Tranzitní plynovod, který po restrukturalizaci českého plynárenství k 1. lednu 1994 změnil název na Český plynárenský podnik, s. p. – odštěpný závod Transgas. O založení státního podniku Transgas rozhodla Česká vláda v dubnu 1995.

46. V rámci restrukturalizace českého plynárenství bylo k 1. 1. 1994 (resp. k 31. 12 1993 v případě společnosti Pražská plynárenská, a. s.) založeno osm regionálních distribučních společností – Pražská plynárenská, a. s., Středočeská plynárenská, a. s., Východočeská plynárenská, a. s., Severočeská plynárenská, a. s., Západočeská plynárenská, a. s., Jihočeská plynárenská, a. s., Jihomoravská plynárenská, a. s., Severomoravská plynárenská, a. s. Tyto společnosti byly založeny Fondem národního majetku, na který přešel majetek státního podniku Český plynárenský podnik, se sídlem Belgická 26, Praha 2, ve smyslu § 11 odst. 2 zákona č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby, ve znění pozdějších předpisů.

47. Transgas, s. p., byl založen v roce 1998 podle nového zákona o státním podniku č. 77/1997 Sb. Součástí podniku byly všechny tranzitní plynovody, dále velmi vysokotlaké vnitrostátní přepravní plynovody a šest podzemních zásobníků plynu. Začátkem května 2001 byla založena akciová společnost Transgas a koncem roku byl státní podíl v Transgasu a regionálních distribučních společnostech prodán německé společnosti RWE. Rovněž byl v roce 2001 přijat nový energetický zákon. Dnem 17. května 2002 se Transgas, a. s., stal součástí multiutilitní německé skupiny RWE AG, resp. dceřiné společnosti RWE Gas AG. Stalo se tak poté, kdy Úřad vyslovil souhlas s fúzí společnosti Transgas, a. s., se společností RWE Gas AG.

48. Za účelem zdůvodnění provázanosti privatizovaných regionálních distribučních společností (tj. Pražská plynárenská, a. s., Středočeská plynárenská, a. s., Východočeská plynárenská, a. s., Severočeská plynárenská, a. s., Západočeská plynárenská, a. s., Jihočeská plynárenská, a. s., Jihomoravská plynárenská, a. s., Severomoravská plynárenská, a. s.), včetně společnosti Transgas, a. s., a zadavatelů vystupujících v předmětném správním řízení Úřad uvádí následující.

49. Na základě smlouvy o vkladu části podniku uzavřené dne 15. 11. 2006 byla vložena část podniku společnosti Severomoravská plynárenská, a. s., do základního kapitálu společnosti SMP Net, s. r. o. Společnost SMP Net, s. r. o., která byla do obchodního rejstříku zapsána dne 2. 6. 2006, je podle údajů v obchodním rejstříku vlastněna společností Severomoravská plynárenská, a. s.

50. Na základě smlouvy o vkladu části podniku uzavřené dne 21. 11. 2006 byla vložena část podniku společnosti Jihomoravská plynárenská, a. s., do základního kapitálu společnosti JMP Net, s. r. o. Společnost JMP Net, s. r. o., která byla do obchodního rejstříku zapsána dne 12. 6. 2006, je vlastněna společností Jihomoravská plynárenská, a. s.

51. Na základě smlouvy o vkladu části podniku uzavřené dne 15. 11. 2006 byla vložena část podniku společnosti Východočeská plynárenská, a. s., do základního kapitálu společnosti VČP Net, s. r. o. Společnost VČP Net, s. r. o., která byla do obchodního rejstříku zapsána dne 5. 6. 2006, je vlastněna společností Východočeská plynárenská, a. s.

52. Společnost RWE Plynoprojekt, s. r. o., je podle údajů v obchodním rejstříku vlastněna společností RWE Transgas, a. s.

53. Na základě smlouvy o prodeji části podniku uzavřené dne 21. 11. 2007 byla prodána část podniku společnosti Severomoravská plynárenská, a. s., společnosti RWE Distribuční služby,

s. r. o. Společnost RWE Distribuční služby, s. r. o., je podle údajů v obchodním rejstříku vlastněna společností RWE Transgas, a. s.

54. Sloučením se společností SČP Net, s.r.o., zanikla ke dni 1. 10. 2009 společnost STP Net, s. r. o., a společnost ZČP Net, s. r. o. Společnost SČP Net, s. r. o., v současnosti figuruje v obchodním rejstříku pod obchodním jménem RWE GasNet, s. r. o., kterou vlastní společnost RWE Energie, a. s. (pozn.: Společnost RWE Energie, a. s., v minulosti figurovala pod obchodním jménem Severočeská plynárenská, a. s.).

55. K průběhu privatizace společnosti Transgas, a. s., a regionálních plynárenských distribučních společností Úřad uvádí, že tato privatizace byla zahájena usnesením Vlády ČR ze dne 1. 11. 2000 č. 1072, k návrhu postupu privatizace plynárenských společností – Transgas, a. s. a regionálních distribučních společností. Tímto usnesením vláda mj. vyjádřila souhlas se záměrem privatizovat po transformaci státního podniku Transgas na akciovou společnost podíl Fondu národního majetku České republiky v této společnosti spolu s podíly Fondu národního majetku České republiky a podíly nabídnutými municipalitami v regionálních plynárenských distribučních společnostech. Do doby nabytí účinnosti energetického zákona, kterým byl zrušen zákon č. 222/1994 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o Státní energetické inspekci, ve znění pozdějších předpisů, bylo možné podnikat v energetických odvětvích na území České republiky pouze na základě státní autorizace udělené Ministerstvem průmyslu a obchodu. Po nabytí účinnosti energetického zákona dne 1. 1. 2001 mohou podnikat v energetických odvětvích na území České republiky za podmínek stanovených tímto zákonem fyzické či právnické osoby pouze na základě licence udělené Energetickým regulačním úřadem.

56. S vlastnictvím distribuční soustavy je úzce spojena licence, jejíž vydání Energetickým regulačním úřadem je tímto vlastnictvím (resp. užíváním na základě smluvního vztahu s osobou oprávněnou k dispozici s příslušným energetickým zařízením) podmíněno.

57. Komplex všech výše uvedených rozhodnutí státních orgánů ve svém důsledku tvoří výhradní právo provozovat státem vybudovanou distribuční síť.

58. V návaznosti na výše uvedené Úřad dospěl k závěru, že se v daném případě jedná o právo výhradní, neboť žádný další subjekt již od státu distribuční soustavu nemůže obdržet.

59. Úřad v šetřeném případě považuje argument zadavatele týkající se možnosti každého dodavatele vybudovat vlastní energetické zařízení pro výkon licencované činnosti za irelevantní, a to vzhledem ke způsobu, kterým zadavatelé získali vlastnické právo k distribučním zařízením. Jelikož většinu distribučních zařízení získali zadavatelé zejména prostřednictvím privatizace majetkové účasti státu ve společnosti Transgas, a. s., a regionálních distribučních společností formou přímého prodeje vybranému nabyvateli, a následného vkladu části podniků do majetku zadavatelů, nelze dojít k závěru, že dodavatelé nově přicházející na trh mají stejné podmínky jako zadavatelé. Zadavatelé nabyli vlastnictví nikoli výstavbou energetického zařízení pro výkon licencované činnosti, nýbrž koupí majetkové účasti státu ve společnosti Transgas, a. s., a to na základě přímého prodeje vybranému nabyvateli v návaznosti na ust. § 10 odst. 1 zákona č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby, ve znění pozdějších předpisů. Z tohoto důvodu lze nabytí vlastnických práv k energetickému zařízení považovat za zcela specifické, které jiným dodavatelům již nemůže být umožněno.

60. Úřad souhlasí s argumentem zadavatele, podle něhož faktickou podmínkou omezující jiné osoby v možnosti vykonávat danou relevantní činnost je doložení vlastnického či užívacího práva k energetickému zařízení, které má sloužit k výkonu licencované činnosti, a rovněž s tvrzením, že vlastníci distribučních soustav nejsou povinni poskytnout jiné osobě užívací právo k distribuční soustavě za účelem získání licence na distribuci plynu. Tyto skutečnosti rovněž dokládají, že získání licence pro distribuci plynu je do značné míry omezené, a to požadavkem na vlastnické či užívací právo k energetickému zařízení. Uvedené platí zejména v situaci, kdy v dané zemi je již vybudována plnohodnotná distribuční soustava.

61. Na základě všech výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že společnosti RWE GasNet, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o., jsou držiteli výhradního práva ve smyslu ust. § 2 odst. 6 písm. a) zákona, v návaznosti na ust. § 17 písm. p) zákona. Z tohoto důvodu se jedná o sektorové zadavatele podle § 2 odst. 6 zákona, vykonávající relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona, a to na základě zvláštního či výhradního práva.

Ke spojení zadavatelů

62. Podle ust. § 2 odst. 8 zákona se za jednoho zadavatele pro účely tohoto zákona považuje i několik zadavatelů uvedených v odstavci 2, 3 nebo 6, pokud se sdruží či se jinak spojí pro účely společného postupu směřujícího k zadání veřejné zakázky (dále jen „sdružení zadavatelů“). V takovém případě jsou zadavatelé povinni před zahájením zadávacího řízení uzavřít písemnou smlouvu, ve které si upraví vzájemná práva a povinnosti související se zadávacím řízením a stanoví způsob jednání jménem účastníků sdružení zadavatelů. Pokud je účastníkem sdružení zadavatelů veřejný či dotovaný zadavatel, vztahuje se na sdružení zadavatelů ustanovení tohoto zákona platná pro veřejného zadavatele; tím není dotčeno ustanovení odstavce 7.

63. Za zadavatele se podle ust. § 2 odst. 9 zákona považuje rovněž jakékoliv sdružení nebo jiné spojení zadavatele podle § 2 odst. 2, 3 nebo 6 s fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky. Ustanovení § 2 odst. 8 věty třetí se použije obdobně.

64. V důvodové zprávě k zákonu se mj. uvádí, že zákon připouští možnost sdružování zadavatelů za účelem zadávání veřejné zakázky, a to bez ohledu na kategorii zadavatele. Podle textu důvodové zprávy se „sdružení považuje za jednoho zadavatele (pro stanovení, zda se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku, podlimitní veřejnou zakázku či veřejnou zakázku malého rozsahu je tedy nutné sčítat předpokládané hodnoty jednotlivých dodávek, služeb či stavebních prací určených pro všechny sdružené zadavatele)“.

65. Jelikož se sdružení zadavatelů považuje za jednoho zadavatele, je pro volbu zadávacího řízení rozhodující předpokládaná hodnota předmětu dodávek pro všechny členy sdružení zadavatelů, přičemž při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky postupuje podle ustanovení §§ 13 až 16 zákona. Z uvedeného důvodu je nutné odmítnout konstrukci zadavatele, podle níž bylo možno vydělit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky příslušným počtem zadavatelů. Zadavatelem uvedený výklad zákona nelze připustit i z toho důvodu, že by v některých případech mohlo docházet k obcházení zákona, tj. účelovému sdružování mezi zadavateli a příp. dalšími subjekty s cílem snížení přepokládané hodnoty veřejné zakázky a současně zadávání méně formálními postupy (podlimitní veřejné zakázky, veřejné zakázky malého rozsahu).

66. Stejně tak nelze souhlasit ani s tvrzením zadavatele, podle něhož sdružení zadavatelů by byla diskriminována v případě, že při zadávání veřejné zakázky sdružením zadavatelů by byla rozhodující předpokládaná hodnota předmětu dodávek pro všechny členy sdružení zadavatelů. Důvodem je fakultativnost sdružování či jiné spojení zadavatele podle § 2 odst. 2, 3 nebo 6 zákona s fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky. Diskriminace zadavatelů je tedy vyloučena už z toho důvodu, že zadavatelé mají možnost zadávat veřejné zakázky samostatně, a nikoli v rámci sdružení zadavatelů.

67. Podle textu výzvy k podání nabídek činil v daném případě celkový předpokládaný objem zakázky „PE trubky pro skupinu RWE v ČR a zhotovitele jejích plynovodů a zařízení pro rok 2009“ 40 000 000 Kč.

68. Zákon v ust. § 19 odst. 1 stanoví, že sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.

69. Nadlimitní veřejnou zakázkou se podle § 12 odst. 1 zákona rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 bez DPH dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb (tj. nařízením vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu).

70. Finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na dodávky činí 11 715 000 Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 6 zákona. Z předložené dokumentace je zřejmé, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky dosahuje celkové částky 40 000 000 Kč, tudíž se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 12 odst. 1 zákona, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.

71. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 zákona tyto druhy zadávacích řízení: a) otevřené řízení, b) užší řízení, c) jednací řízení s uveřejněním, d) jednací řízení bez uveřejnění, e) soutěžní dialog, f) zjednodušené podlimitní řízení. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

72. Z výše uvedených skutečností i ze stanovisek zadavatele je zcela zřejmé, že zadavatel před uzavřením smluv na dodávky PE trubek nepostupoval podle zákona, neboť veřejnou zakázku na uvedené služby nezadal v některém zákonem stanoveném zadávacím řízení uvedeném v § 21 zákona. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraní uchazeči nabízejí nejlepší smluvní podmínky, neboť neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení v souladu s ust. § 146 zákona v informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním Věstníku Evropské unie, přestože se jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, a to o veřejnou zakázku na dodávky podle § 8 zákona. Protože zadavatel před uzavřením předmětných smluv na dodávky neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit

i výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentně uskutečněného zadávacího řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější, nabídky na požadované služby.

73. V souvislosti s odkazem zadavatele na internetové stránky společnosti GAS, s. r. o., sekci „registr certifikovaných výrobků“, uplatněným v rámci odvolacího řízení, Úřad uvádí, že tuto argumentaci nepovažuje za relevantní, neboť se jedná o certifikaci výrobků, a nikoli dodavatelů oprávněných daný výrobek dodávat na trh. Z uvedeného je zřejmé, že přestože certifikace daného výrobku je udělena omezenému počtu dodavatelů, nelze vyloučit, že by zadavateli byli schopni dodat požadované dodávky rovněž dodavatelé, kteří distribuují zboží od výrobců. Z tohoto důvodu nelze považovat za jisté, že zadavatel oslovil ve výběrovém řízení všechny možné dodavatele. Tato skutečnost je důvodem, pro něž mohlo dojít k omezení okruhu uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku s možným vlivem na výběr vítězného dodavatele.

74. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 zákona, když uzavřel šetřené smlouvy bez předchozího provedení zadávacího řízení, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Ke způsobu zadání šetřené veřejné zakázky

75. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

76. V rámcové smlouvě uzavřené dne 31. 12. 2008 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – společností GEREX Liberec, s. r. o., IČ 25474901, se sídlem Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7, je v kapitole 1.1 uveden výklad některých pojmů, a to mj.:

- „Zboží“ znamená PE trubky vyrobené výhradně výrobním závodem GWE PUMPENBOESE GmbH, Werk Luckau, určené pro stavbu plynovodů Kupujících, které jsou podrobněji specifikovány v cenové nabídce položek PE trubek;
- „Kupující“ znamená společnost Skupiny nebo Zhotovitel (pozn. Úřadu: pojem „společnost Skupiny“ zadavatel specifikoval v uvedené smlouvě, kapitole II. odstavec (B), písm. a), jako „plynárenské společnosti skupiny RWE Energy v České republice, ve smyslu obchodního zákoníku s ní propojené nebo přímo či nepřímo ovládané RWE Aktiengesellschaft se sídlem Opernplatz 1, 45128 Essen, Spolková republika Německo“)
- „Zhotovitel“ znamená fyzickou nebo právnickou osobu, která jako zhotovitel uzavře se společností Skupiny smlouvu o dílo nebo jiný obdobný typ smlouvy, jejímž předmětem bude zhotovení stavby plynovodu Zhotovitelem pro společnost Skupiny nebo která na základě jiných právních aktů nebo skutečností bude v budoucnosti zhotovitelem stavby plynovodu ve prospěch společnosti Skupiny.

Pozn. Úřadu: Výše uvedené pojmy jsou ve smlouvě uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – společností GASCONTROL PLAST, a. s., IČ 25835769, se sídlem Dělnická 46, 735 64 Havířov, vymezeny obdobně.

77. V písemném vyjádření ze dne 28. 4. 2009 zadavatel uvedl, že „ačkoliv na straně zadavatele zakázky na dodávku PE trubek vystupovalo devět společností skupiny RWE v ČR (naši zmocnitelé), výběrové řízení bylo od počátku směřováno k tomu, aby byly naší společností uzavřeny dvě rámcové smlouvy ve prospěch nejen našich zmocnitelů, ale také ve prospěch dodavatelů montážních prací na plynárenských zařízeních v RWE“. Dále zadavatel doplnil, že „finanční objem „nákupů“ posledně jmenovaných subjektů z titulu těchto smluv činí fakticky přibližně 95 % celkového předpokládaného finančního objemu obou rámcových smluv a je součástí příslušných stavebních zakázek …“.

78. Z výše uvedeného vyplývá, že předmětem uzavřených rámcových smluv jsou nejen přímé dodávky pro zadavatele specifikované ve smlouvě (tj. Jihomoravská plynárenská, a. s., STP Net, s. r. o., SČP Net, s. r. o., ZČP Net, s. r. o., SMP Net, s. r. o., JMP Net, s. r. o., VČP Net, s. r. o., RWE Plynoprojekt, s. r. o., RWE Distribuční služby, s. r. o.) – podle písemného vyjádření zadavatele přibližně v rozsahu 5 % – nýbrž i dodávky určené dodavatelům stavebních prací na plynárenských zařízení uvedených subjektů.

79. K otázce naplnění pojmových znaků dané veřejné zakázky Úřad uvádí, že základními pojmovými znaky veřejné zakázky vyplývajícími z definice uvedené v § 7 zákona jsou předmět a úplatnost. Předmětem veřejné zakázky se rozumí dodávky, služby nebo stavební práce, které slouží k naplnění záměrů zadavatele.

80. Ze smluv uzavřených zadavatelem s vybranými uchazeči je zřejmé, že zadavatel požadoval zajistit dodávky PE trubek určené pro stavbu plynovodů, a to přímo pro výše uvedené zadavatele nebo stavitele plynovodů. Z uvedeného vyplývá, že předmětem uzavřených smluv jsou dodávky sloužící v konečném důsledku záměrům zadavatele, čímž byla naplněna podmínka týkající se předmětu veřejné zakázky, a jedná se tedy o veřejnou zakázku na dodávky.

81. V případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty, kdy zadavatel rozhodne o způsobu úhrady jinými osobami, jako je tomu v šetřeném případě. Zadavatel prostřednictvím výběrového řízení uzavřenými smlouvami zavázal dodavatele PE trubek k dodávkám ve smluvené ceně i pro stavitele plynovodů zadavatelů. Tímto postupem zadavatelé určili, že PE trubky nebudou kupovat přímo, ale ke koupi vybraných PE trubek zaváží stavitele plynovodů. V konečném důsledku se však jedná o dodávky, které jsou určeny pro zadavatele, přičemž cenu za dodávku PE trubek (ve výši smluvně zajištěné zadavatelem s dodavateli PE trubek) zahrnou stavitelé plynovodů do ceny za provedené stavební práce. Je tedy zřejmé, že se jedná o nepřímou úhradu zadavatele, neboť cenu za dodávky PE trubek vzešlou z výběrového řízení zadavatel neuhradí přímo dodavatelům těchto trubek, nýbrž stavitelům plynovodů.

82. Současně je nutno upozornit, že v daném případě nelze dojít k závěru, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, jejichž předmětem je vedle plnění podle § 9 odst. 1 zákona rovněž poskytnutí dodávek či služeb nezbytných k provedení předmětu veřejné zakázky,

neboť zadavatel uzavřenými rámcovými smlouvami deklaroval potřebu dodávek a nikoli stavebních prací. V případě, že by se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce, byl by výsledkem provedeného výběrového řízení dodavatel těchto stavebních prací, který by si současně sám zajistil potřebné dodávky, a nikoli dodavatel PE trubek.

83. Zadavatel měl možnost požadované dodávky uhradit přímo s tím, že by dodavatelé stavebních prací spojených s výstavbou plynovodů nezahrnovali cenu za PE trubky do nabízené ceny za stavební práce a tyto dodávky odebírali od zadavatelů. Místo toho volil jinou konstrukci úhrad, tj. jako podmínku provedení stavebních prací stanovil povinnost stavitelů plynovodů kupovat a hradit dodávky PE trubek od dodavatelů, které předem vybrali zadavatelé. Tento postup ovšem nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při objednávání dodávek PE trubek mohl vyhnout postupu podle zákona. Je tedy zřejmé, že i v šetřeném případě jde o poskytnutí dodávek požadovaných zadavatelem za úplatu, které je nutno považovat za veřejnou zakázku, přestože úplatu na základě rozhodnutí zadavatele hradí jiné osoby.

84. Vzhledem k tomu, že zadavatel v daném případě uzavřel smlouvy o poskytnutí dodávek, jejichž součástí jsou i cenové podmínky, čímž určil úplatnost daného smluvního vztahu, a to v přepokládané výši 40 000 000 Kč, naplnil tak podmínku úplatnosti stanovenou v § 7 zákona.

Uložení pokuty

85. Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

   a. nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
   b. zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
   c. nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
   d. nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.

86. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatelé správního deliktu dopustili tím, že veřejnou zakázku na dodávky nezadali v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona. Uvedený postup zadavatelů mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by zadavatelé dodrželi postup stanovený zákonem a provedli by zadávací řízení dle zákona, nelze vyloučit, že by obdrželi nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější podmínky požadovaných dodávek, než vybraní uchazeči, se kterými uzavřeli zadavatelé smlouvy.

87. Jelikož zadavatelé uzavřeli smlouvy s vybranými uchazeči, aniž by dodrželi postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnili tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

88. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

89. V návaznosti na posledně 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 z podnětu, který obdržel dne 22. 12. 2008. Ke spáchání správního deliktu pak došlo v dne 31. 12. 2008 a dne 6. 1. 2009, kdy zadavatelé uzavřeli rámcové smlouvy s vybranými uchazeči. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatelů za správní delikt nezanikla.

90. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

91. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatelé svým postupem neumožnili účast dalších dodavatelů ve výběrovém řízení a narušili tak soutěžní prostředí, když uzavřeli smlouvy s vybranými uchazeči, aniž by před uzavřením smlouvy provedli zadávací řízení. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky vůbec nepostupují podle zákona je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatelé postupovali v souladu se zákonem, mohli obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by jim mohli nabídnout výhodnější podmínky pro poskytnutí požadovaných dodávek.

92. Úřad dále zohlednil při stanovení výše pokuty ve prospěch zadavatelů právní složitost řešené problematiky (tj. zejména složitost posouzení, zda předmětní zadavatelé jsou sektorovými zadavateli ve smyslu § 2 odst. 6 zákona), která nebyla ve vztahu k daným zadavatelům dosud předmětem pravomocného rozhodnutí Úřadu. V pozitivním smyslu přihlédl Úřad rovněž k tomu, že zadavatelé sice neuveřejnili zadávací řízení podle zákona, ale provedli výběrové řízení, kdy vyzvali více dodavatelů k podání nabídky (resp. v druhém kole provedli výběr prostřednictvím elektronické aukce), čímž umožnili soutěž mezi dodavateli alespoň v omezené míře.

93. Výše uvedené argumenty v souvislosti s aspekty nutnými pro určení výměry pokuty podle ust. § 121 odst. 2 zákona (tj. závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání a jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán) se týkají zadavatelů stejně a nerozdílně, a proto je Úřad neuvádí u každého z příslušných zadavatelů jednotlivě.

94. Při zhodnocení aspektů nutných pro určení výměry pokuty podle ust. § 121 odst. 2 zákona však Úřad dospěl k určitým odlišnostem při spáchání správního deliktu jednotlivými zadavateli, a proto při stanovení výše pokut zohlednil rovněž níže uvedené skutečnosti.

95. Z podkladů předložených zadavateli ve správním řízení vyplývá, že zadavatelé nakoupili na základě šetřených rámcových smluv PE trubky v hodnotě 32 243 451 Kč včetně DPH.

96. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

97. Jelikož se v daném případě jednalo o uzavření rámcových smluv, a smlouvami byly nabídnuty pouze ceny jednotkové, činí horní hranice možné pokuty za spáchání správního deliktu 10 000 000 Kč.

98. Vzhledem k tomu, že jednotliví zadavatelé plnili z uzavřených rámcových smluv v rozdílné míře, zohlednil Úřad při výměře pokut podíl každého jednotlivého zadavatele na pořízení PE trubek. V přehledu níže Úřad vymezil cenu za PE trubky vynaloženou jednotlivě za každého ze zadavatelů a současně doplnil údaj o 5 % podílu z hodnoty nákupu PE trubek, jako maximální možnou výši pokuty (s výjimkou zadavatele – RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, u něhož je nutno při určení horní hranice možné pokuty vycházet pouze z částky 10 000 000 Kč podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona). Hodnota nákupu PE trubek přitom představuje údaj o nákupní ceně PE trubek předložený zadavateli ve správním řízení. Při určení výměry pokuty zadavateli – RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484, se sídlem U Plynárny 223/42, 140 21 Praha 4 – Michle, Úřad přihlédl ke skutečnosti, že podle předložených podkladů tento zadavatel nezakoupil na základě předmětných rámcových smluv uzavřených dne 31. 12. 2008 a dne 6. 1. 2009, PE trubky, a to přímo, ani nepřímo formou zahrnutí kupní ceny PE trubek do ceny hrazené za stavby plynovodů. Z tohoto důvodu Úřad uložil tomuto zadavateli pokutu při dolní hranici zákonné sazby a současně v nižší částce než činí nejnižší pokuta uložená zadavateli, který na základě předmětných smluv PE trubky nakupoval (tj. zadavatel – Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607).

Subjekt	Hodnota nákupu PE trubek	5 % z hodnoty nákupu PE trubek
Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607	439 271 Kč	21 964 Kč
RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567	4 781 104 Kč	239 055,2 Kč
STP Net, s. r. o., IČ 27455611	1 973 526 Kč	98 676,3 Kč
SČP Net, s. r. o., IČ 27295567	1 624 976 Kč	81 248,8 Kč
ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527	1 635 623 Kč	81 781,15 Kč
SMP Net, s. r. o., IČ 27768961	5 495 733 Kč	274 786,65 Kč
JMP Net, s. r. o., IČ 27689841	9 539 630 Kč	476 981,5 Kč
VČP Net, s. r. o., IČ 27495949	2 696 583 Kč	134 829,15 Kč
RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484	0 Kč	–
RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311	4 057 005 Kč	202 850,25 Kč

99. V návaznosti na výše uvedené Úřad poznamenává, že vzhledem ke změně názvu společnosti SČP Net, s. r. o., na RWE GasNet, s. r. o., a proběhlé fúzi, při níž bez likvidace zanikly společnosti STP Net, s. r. o., a ZČP Net, s. r. o., a jejich jmění přešlo na společnost RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, byla posledně jmenované společnosti tímto rozhodnutím uložena pokuta v součtu za tyto společnosti

- SČP Net, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem,
- RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem,
- STP Net, s. r. o., IČ 27455611, se sídlem Novodvorská 803/82, 142 01 Praha 4,
- ZČP Net, s. r. o., IČ 26412527, se sídlem Ed. Beneše 2439/70-2438/72, 304 77 Plzeň.

Důvodem tohoto postupu je skutečnost, že obchodní společnost RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567, se sídlem Klíšská 940, 401 17 Ústí nad Labem, je nositelem práv a povinností vyplývajících z činnosti cit. obchodních společností.

100. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl k ekonomické situaci zadavatelů, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z uvedeného důvodu Úřad před rozhodnutím o uložení pokut rovněž posoudil, zda-li jsou výše uložených pokut přiměřené ekonomické situaci zadavatelů, přičemž neshledal, že by uložené pokuty mohly zásadním způsobem nepříznivě ovlivnit ekonomickou situaci kteréhokoli z příslušných zadavatelů, jejichž zisk po zdanění se pohyboval v desítkách až stovkách milionů korun, což dokládá následující přehled:

Subjekt	Výše uložené pokuty	Zisk po zdanění v roce 2009
Jihomoravská plynárenská, a. s., IČ 49970607	7 000 Kč	1 990 mil. Kč
RWE GasNet, s. r. o., IČ 27295567	154 000 Kč*	2 179 mil. Kč
SMP Net, s. r. o., IČ 27768961	85 000 Kč	1 980 mil. Kč
JMP Net, s. r. o., IČ 27689841	147 000 Kč	1 026 mil. Kč
VČP Net, s. r. o., IČ 27495949	41 000 Kč	2 005 mil. Kč
RWE Plynoprojekt, s. r. o., IČ 60193484	4 000 Kč	1 mil. Kč
RWE Distribuční služby, s. r. o., IČ 27935311	62 000 Kč	102 mil. Kč

Zdroj: Výroční zprávy zadavatelů za rok 2009 uveřejněné na internetových stránkách www.justice.cz.

* Celková výše pokuty uložená společnosti RWE GasNet, s. r. o., představuje součet následujících dílčích pokut (viz výše) – 25 000 Kč (SČP Net, s. r. o.), 74 000 Kč (RWE GasNet, s. r. o.), 30 000 Kč (STP Net, s. r. o.), 25 000 Kč (ZČP Net, s. r. o.).

S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovené výše pokut nelze ve vztahu ke kterémukoli ze zadavatelů, jimž byla tímto rozhodnutím uložena pokuta, považovat za likvidační.

101. K námitce zadavatelů uvedené v rozkladu ze dne 8. 12. 2009, podle níž jejich motivem bylo snižování nákladů v zájmu efektivní distribuce zemního plynu, Úřad uvádí, že tento účel jednání nijak nesnižuje závažnost protizákonného jednání, při němž byly porušeny základní zásady zadávání veřejných zakázek (tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace) a princip soutěže, proto tento argument nelze přičíst ku prospěchu zadavatelů při určení výměry pokuty.

102. Pokuta uložená zadavatelům za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložených pokut

preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovené výše pokut vzhledem k souvislostem případu posoudil jako odpovídající a dostačující.

103. Úřad posoudil postup zadavatelů ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatelů přistoupil k uložení pokut, neboť nápravy již nelze dosáhnout jinak.

104. Pokuty jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. Mgr. Václava Lukešová, advokátka, Rubešova 162/8, 120 00 Praha 2
2. GEREX Liberec, s. r. o., Krokova 293/4, 460 07 Liberec 7
3. GASCONTROL PLAST, a. s., Dělnická 46, 735 64 Havířov

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy