

Výjimka pro komoditní burzy: jistota, nebo riziko?

Zákon o veřejných zakázkách má být prostředkem k efektivnímu alokování veřejných prostředků. Předpoklad je takový, že pokud bude veřejná správa své potřeby poptávat na otevřeném trhu, a to nestraným a transparentním postupem, povede to k neefektivnějšímu hospodaření s veřejnými penězi.



Marek Zelenka

Oživení

Každá výjimka z tohoto zákona se tedy musí vykládat maximálně restriktivně, aby byla zachována zmíněná premisa. Zakázkové zákony, resp. evropské směrnice o zakázkách, již dlouho obsahují výjimku z použití zákona v případě, že zadavatel použije k nákupu svých potřeb komoditní burzu. Efektivita nákupů pomocí komoditních burz tkví v téměř nulových transakčních nákladech pro zadavatele a zároveň v zapojení velkého množství dodavatelů na burze, což by mělo garantovat dosažení tržní ceny pro koncové zákazníky.

De facto totožné ustanovení obsahuje i náš zákon o zadávání veřejných zakázek, stejně jako směrnice 2004/18/ES v čl. 31 odst. 2 písm. c), resp. Již neplatný zákon o veřejných zakázkách.

Smysl je zřejmý. Pokud může být např. elektřina nakoupena způsobem, který umožňuje najít nejlepší tržní cenu, pak je zbytečné provádět formální zadávací řízení. V ČR se tato výjimka používá ve značné míře, která je podle našich informací výjimečná i v evropském kontextu. Podle údajů z analýzy provedené spolkem EconLab, z.s. ze dne 12. 7. 2016 s názvem

„Využívání komoditních burz pro veřejné zakázky na nákup elektrické energie v ČR“ (dále jen „Studie“) vyplývá, že v České republice se poptávka po soutěžení zejména elektrické energie veřejnými zadavateli v posledních letech značně zvýšila. Konkrétně je tak skrze komoditní burzy, a tedy pomocí výjimek ze směrnice, obchodováno téměř 70% všech veřejných zakázek na dodávky elektrické energie v nominální hodnotě cca 8 mld. Kč ročně. Drtivou většinu takových obchodů pak zprostředkuje Českomoravská komoditní burza Kladno (dále jen „Burza Kladno“), která je zároveň neaktivnější ze čtyř aktuálně fungujících komoditních burz.

Jinými slovy, výše zmíněná výjimka ze směrnice je využívána v takovém rozsahu, že v segmentu nákupu elektrické energie je naprosto dominantním způsobem nákupu elektřiny veřejnými zadavateli. To značí, že nesprávné použití výjimek ze zákona může být v mnoha ohledech velmi rizikové.

Směrnice i zákon však jen velmi hrubě definují, jak má samotná komoditní burza vypadat. Je tedy s podivem, že žádný bližší výklad problematiky komoditních burz v podstatě neexistuje.

Konkrétně jde o výjimku ze směrnice 2014/24/EU podle čl. 32 odst. 2 písm. c): *Jednací řízení bez uveřejnění může být použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby v následujících případech: pro dodávky nabízené a nakupované na komoditních burzách.*

K tomuto článku se v důvodech pro přijetí směrnice v bodě 50., poslední věta, píše: *„Dále není zadávací řízení účelné, pokud se dodávky nakupují přímo na komoditním trhu, a to včetně obchodních platforem pro komodity, jako jsou zemědělské produkty a suroviny, a energetických burz, kde jsou tržní ceny přirozeně zajištěny regulovanou mnohostrannou obchodní strukturou, jež je podrobena dohledu.“*

Zmíněná Burza Kladno však zavdává značným pochybnostem o souladu jejího fungování a nastavení s podmínkami směrnice. Stejně tak panují pochybnosti o ne/vzniku kartelu mezi dodavateli elektřiny na Burze Kladno.

Směrnice tedy požaduje, aby energetická komoditní burza:

- zajišťovala mnohostrannou obchodní strukturu a
- tato mnohostranná obchodní struktura byla podrobena dohledu a regulaci

Burza, která nesplňuje zmíněné dvě kumulativní podmínky, by tak dle našeho názoru nesměla sloužit zadavatelům k nákupu veřejných zakázek na dodávky.

Ad 1. Mnohostranná struktura burzy

Mnohostrannost trhu na Burze Kladno z veřejných zdrojů nelze s jistotou ověřit. Burza Kladno nezveřejňuje seznam subjektů, které jsou oprávněni k obchodům na burze na straně dodavatelů. Podmínky pro obdržení "vstupenky opravňující k burzovním

obchodům" ani seznam majitelů vstupenek není veřejný. Požadovanou mnohostrannost tak lze pouze dovozovat z výsledků jednotlivých burzovních obchodů, přičemž ani z těchto výsledků není zřejmé, kolik soutěžitelů se účastnilo daného burzovního obchodu.

Z výsledků burzovních obchodů je však zřejmé, že na energetickém trhu komoditních burz operují především dva velmi dominantní subjekty, a to CENTROPOL ENERGY, a.s. a E.ON Energie, a.s., kteří dohromady získávají dvě třetiny zakázek na komoditních burzách. Jeden z těchto subjektů navíc až podezřele často dominuje právě v kraji, kde ten druhý vyvíjí minimální aktivitu, tzn. téměř si nekonkurují. Jak vyplývá z výsledků Studie, toto rozdělení trhu se týká pouze soutěží na komoditních burzách, nikoli však v otevřených soutěžích podle směrnice. Znatelné je toto rozdělení právě na Burze Kladno. Oživení proto upozornilo Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, aby se zabývalo podezřením na uzavřenou zakázanou dohodu. Úřad údajně plánuje na jaře oznámit Minister-

stvu průmyslu a obchodu svá doporučení v této věci. Ani v květnu tohoto roku však Úřad doporučení ještě nevydal.

Burza je subjektem soukromého práva se soukromými vlastníky, není tedy ani "povinným subjektem" ve smyslu zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Podmínky vstupu na burzovní trh se tak podařilo získat pouze novinářům pořadu Reportéři ČT a podle jimi získaných informací jsou podmínky vstupu na trh nastaveny značně vysoko.

Jak vyplývá ze studie, 68% všech zakázek realizovaných na komoditních burzách má hodnotu pod 10 mil. Kč. Pro obdržení vstupenky na Burzu Kladno však podle údajů získaných Reportéři ČT je potřeba doložit mimo jiné roční dodávky 500 GWh elektřiny jiným zákazníkům než domácnostem. Objem "referenčních zakázek" je tedy řádově 500 mil. Kč. Pokud jsou takto přísné podmínky vstupu na burzovní trh aplikovány univerzálně pro všechny poptávané objemy elektřiny, pak ve vztahu k nákupům elektřiny s nižšími objemy mohou být menší soutěžitelé vyloučeni z možnosti ucházet se o tyto zakázky, neboť by museli dokládat "referenční zakázky" v padesátinásobné hodnotě oproti hodnotě soutěžené zakázky. Takové hodnoty by byly podle pravidel zakázkového zákona naprosto nepřiměřené.

Při této míře netransparentnosti hrozí značná míra rizika pro zneužívání výjimky ze směrnice. Jedním z rizik je např. možný vznik kartelu mezi dodavateli, kteří již disponují vstupenkou na burzu. Podmínky



získání vstupenky smí být navíc v čase snadno měněny v závislosti na vůli Burzovní komory. Hrozí tedy, že na Burzu Kladno nedostane vstupenku každý potenciální dodavatel, byť by objektivně splňoval podmínky pro její získání.

Je tedy otázkou, zda Burza Kladno reálně zajišťuje mnohostrannou obchodní strukturu, jak požaduje výjimka ze směrnice.

Ad 2. Dohled a regulace mnohostrannosti

V České republice upravuje fungování komoditních burz zákon č. 229/1992 Sb., o komoditních burzách. Podle tohoto zákona vykonává nad komoditními burzami dozor "burzovní komisař", kterého jmenuje v případě energetických burz Ministerstvo průmyslu a obchodu (MPO). Burzovní komisař pak spolupracuje na výkonu dozoru s Českou národní bankou, pokud disponuje burza oprávněním k činnosti organizátora regulovaného trhu. Tím však Burza Kladno na rozdíl od pražské burzy PXE nedisponuje, je tudíž pouze pod dohledem burzovního komisaře a příslušného ministerstva..

Podle našeho názoru je však dozor nad provozováním komoditních burz pouze velmi formální, neboť burzovní komisař kontroluje pouze soulad vnitřního nastavení burzy se zákonem. Zákon již např. nehovoří o podmínkách udělování vstupenek na trh či o jejich ne/diskriminačnosti. Zde mají již volné pole působnosti orgány burzy.

Ani vnitřní nastavení fungování burzy nezaručuje, že by byly splněny podmínky kvalitního dohledu a regulace. Samotné vnitřní nastavení Burzy Kladno podle statutu burzy totiž odráží její soukromoprávní povahu. Nejvýznamnější vliv na nastavení vnitřních před-

pisů burzy, na jmenování členů výborů burzy a členů Rozhodčího soudu při Českomoravské komoditní burze Kladno, resp. na udělování vstupenek na Burzu Kladno má Burzovní komora. Ta je statutárním a řídicím orgánem Burzy Kladno. MPO jmenuje třetinu členů Burzovní komory. Devítičlenná burzovní komora je tak tvořena šesti "členy Burzy Kladno" (tzn. zakladateli (majiteli) burzy a schválenými burzovními dohodci) a třemi zástupci státu. Zástupci státu však nemají v Burzovní komoře žádné privilegované postavení a mohou tak být snadno přehlasováni. Vnitřní poměry v Burze Kladno, stejně jako potenciální okruh dodavatelů proto mohou být značně ovlivněny pouze úzkým okruhem osob majících osobní zájem na zisku Burzy Kladno.



SHRNUTÍ

- **Podmínky pro využití výjimky z pravidel založených směrnici je vždy třeba vykládat co nejužěji. Pro využití výjimky podle čl. 32 odst. 2 písm. c) směrnice je tak nutné být dvakrát obezřetný, neboť skrze výjimku pro komoditní burzy lze vyloučit použití směrnice pro enormní množství finančních prostředků, kterých se nákupy energií a jiných komodit zpravidla týkají. V případě, kdy k výkladu pojmu "komoditní burza" a podmínek provozování komoditních burz ve smyslu směrnice není k dispozici žádná judikatura Soudního dvora EU ani stanovisko Evropské komise, je třeba klást na podmínky řádného fungování komoditních burz nejvyšší nároky.**
- **Podle našeho názoru je tedy v ČR výjimka ze směrnice využívána neoprávněně ve vztahu k soutěžím na dodávku elektřiny minimálně na Burze Kladno. Burza Kladno, dle našeho názoru, díky svému netransparentnímu a nedostatečně regulovanému fungování nesplňuje podmínky pro využití výjimky ze směrnice, resp. zákona.**
- **Soutěžit elektřinu na Burze Kladno minimálně v nízkých objemech bychom zadavatelům nemohli doporučit, neboť Burza Kladno nemusí splňovat nároky dané směrnici o veřejných zakázkách. Zadavatel tak snadno může být sankcionován ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže bez zdánlivě vlastního přičinění. Otevřené řízení se zdá být jistější variantou, přičemž ze závěrů Studie vyplývá, že vzhledem k poplatkům, které zadavatel musí zaplatit v souvislosti s nákupy na Burze Kladno burzovním dohodcům, může jít i o ekonomičtější variantu nákupu.**