

TYCOVÁ & PARTNEŘI

ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

Ústavní soud České republiky
Joštova 8
660 83 Brno 2

Datovou schránkou

Nepředchází

Ústavní soud ČR

Navrhovatel: skupina senátorů,
za něž jedná senátorka **Hana Ž á k o v á**, jež udělila plnou moc k zastupování
před Ústavním soudem

Mgr. Lucií Tycové Rambouskové, advokátce, ev. č. ČAK 13459, vykonávajícím
advokacii jako společník Tycová & partneři, advokátní kancelář s.r.o., se sídlem
AK Národní 973/41, 110 00 Praha 1

Účastník řízení: Energetický regulační úřad se sídlem Masarykovo nám. 5, Jihlava 586 01

Řízení: návrh na zrušení části cenového rozhodnutí Energetického regulačního úřadu
č. 06/2021

Věc: **N Á V R H** podle § 87 odst. 1 písm. b) Ústavy ČR
spolu s návrhem na přednostní projednání věci podle § 39 zákona o ÚS

Přílohy :

~~Podpisová listina senátorů~~

Zvláštní plná moc

Dále dle textu

Mgr. Lucie Tycová

ÚSTAVNÍ SOUD ČR	
Joštova 8, 660 83 Brno	
Došlo	5
dne: 13 -08- 2022	
_____ krát Přílohy: _____	
Vyřizuje:	

Nepředchází

Adresa

Tycová & partneři, advokátní kancelář s.r.o.
Národní 973/41, 110 00 Praha 1 - Staré Město

Kontakt

Tel.: 224 282 504
www.aktycova.cz

Fakturační údaje

IČO: 06756786
DIČ: CZ06756786
ČÚ: 282499320/0300

I. Vymezení předmětu návrhu

1. Navrhovatel – skupina senátorů (dále i „**navrhovatelé**“ či „**navrhovatelka**“) je podle ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Ústava**“) a zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o Ústavním soudu**“) oprávněna Ústavnímu soudu předložit k posouzení otázku protiústavnosti zákona či jeho ustanovení a rozporu jiného právního předpisu s ústavním pořádkem nebo zákonem. Toto své oprávnění navrhovatelé využívají, když namítají, že níže vymezená část cenového rozhodnutí, jež vydal účastník řízení (dále jen „**ERU**“) č. 06/2021, ř. 509 **Výkupní ceny a roční zelené bonusy na elektřinu pro výrobu elektřiny využitím slunečního záření se ocitají v rozporu s dále vyjmenovanými ústavněprávními zásadami**, které tento návrh zevrubně rozvádí v další části návrhu.
2. Povaha cenového rozhodnutí byla posuzována Nejvyšším správním soudem v rozsudku pod sp.zn. 1 Aos 7/2013 se závěrem, že **cenové rozhodnutí ERU je právním předpisem**, neboť jeho adresát i předmět je určen obecným způsobem. Z tohoto důvodu tak **cenová rozhodnutí nemohou běžným způsobem napadnout provozovatelé fotovoltaických elektráren před soudy**, když obecným soudům není svěřena pravomoc zrušit právní předpis. Taková pravomoc rušit právní předpisy či jejich části **je svěřena pouze Ústavnímu soudu**. Právo obrátit se na Ústavní soud, aby posoudil namítány rozpor s ústavním pořádkem či zákony v případě podzákonných právních předpisů, kterým cenové rozhodnutí ERU je, má podle čl. 87 odst. 1 písm. b) Ústavy skupina nejméně 10 senátorů, kteroužto podmínku navrhovatelka splnila.
3. K předmětu řízení navrhovatelka uvádí, že provozovatelé některých fotovoltaických elektráren dlouhodobě namítají, že stát neplní závazky, které dal ve vztahu k podpoře obnovitelných zdrojů energie. Je nutno předeslat, že problém, jehož se tento návrh týká, dopadá jen na **velmi omezený okruh subjektů**. Jedná se cca nejvýše o pět desítek provozovatelů s instalovaným výkonem fotovoltaických elektráren nad 100kWp (dále jen „**dotčení provozovatelé FVE**“), jež byly připojeny do distribuční sítě v lednu a únoru r. 2011. Relevantním důvodem ohledně nezákonné výše podpory u těchto FVE představuje pochybnost, zda účastník řízení správně stanovil výši měrných investičních nákladů u těchto elektráren. Zástupci provozovatelů těchto elektráren za účasti zástupců navrhovatelky vedli v období od listopadu 2021 do dubna 2022 s ERU řadu jednání (viz dále v části III.), na jejichž základě ERU svým šetřením zjistil správnou a akceptovatelnou výši měrných investičních nákladů, a to ve výši **70 mil. Kč/MWp** instalovaného výkonu oproti **původní výši 55 mil.Kč/MWp**, stanovené ve vyhlášce č. 300/2010 Sb.¹ účastníka řízení. Dlužno poznamenat, že stranami byly odsouhlaseny také kalkulace případného narovnání výše podpory, avšak ERU ve svém konečném stanovisku v závěru jednání předložil podle názoru provozovatelů dotčených fotovoltaických elektráren nový a překvapivý výklad zákona o podpoře č. 180/2005 Sb. (viz níže). S ohledem na výsledek jednání s účastníkem řízení dospěli provozovatelé k závěru, že neupravením cenových

¹ Vyhláška č. 300/2012 Sb., kterou se měnila vyhláška 475/2005 Sb., byla zrušena vyhláškou č. 347/2012 Sb., která v § 6 odst. 1 „Přechodná ustanovení“ zakotvila pravidlo, že „pro výroby uvedené do provozu do dne 31.12.2012 včetně platí indikativní hodnoty technicko-ekonomických parametrů podle přílohy č. 3 k vyhlášce č. 475/2005 Sb.“ (tedy včetně tabulky, která byla do této vyhlášky vložena její novelou č. 300/2010 Sb.). Proto v čl. VII. Tohoto podání je v bodě 50. pod písm. c) tato okolnost uvedena, neboť účastník řízení v případě, že by Ústavní soud návrhu vyhověl, bude muset v souvislosti s tímto případným nálezem měnit i vyhlášku č. 347/2012 Sb..

rozhodnutí a ani neuzavřením dohody o narovnání nemůže být dosaženo záruk stanovených na zákonné úrovni.

4. **Navrhovatelka se ztotožňuje se závěrem, že v důsledku chybně stanovených výkupních cen,** jež mají dopad na dotčené provozovatele FVE, jimž svědčilo specifické postavení (dobrodiní zákona) dle přechodných ustanovení zákona č. 330/2010 Sb. (v souvislosti s čl. III - nabytí účinnosti), nemohou být skutečně naplněny zákonné garance dle zákona č. 180/2005 Sb. Doba výstavby těchto elektráren se objektivně pohybovala mezi 6 až 12 měsíci, je tak dáno na jisto, že investice na výstavbu těchto elektráren musela být objektivně vynaložena v průběhu roku 2010. Tento závěr však vede k nevyhnutelnému závěru o porušení **několika kautel ústavního pořádku**, jak dokládá navrhovatelka dále ve svém návrhu.
5. Jak je z výše uvedeného zřejmé, podstata chybného postupu ze strany ERU spočívá v chybně nastaveném cenovém rozhodnutí ERU č. 2/2010 (CR), uveřejněným dne 3.12.2010, jež mělo dle nesprávného předpokladu ERU platit jen pro FVE vystavěné až v roce 2011 a připojené do distribuční sítě v roce 2011. **Toto cenové rozhodnutí a následná cenová rozhodnutí ERU č. 7/2011, č. 4/2012, č. 4/2013, č. 1/2014, č. 5/2015 a 9/2015, č. 8/2016, č. 3/2017, č. 3/2018, č. 3/2019, 7/2020 a č. 6/2021 (společně též jako „cenová rozhodnutí“)** se však dle ERU vztahují na FVE vystavěné a licencované v r. 2010 a připojené nejpozději v únoru 2011. Výše uvedené cenové rozhodnutí č. 2/2010, které je následně přejímáno v každém roce do nových cenových rozhodnutí ERU, a jeho aplikace výrazně poškozuje dotčené provozovatele FVE, jejichž výroby nebyly uvedeny do provozu (připojeny do distribuční sítě) v roce 2010, ale jimž však svědčilo dobrodiní přechodného ustanovení zákona č. 330/2010 Sb. **Podle navrhovatelky z úmyslu zákonodárce je patrné, že si byl vědom množství rozestavěných elektráren, které zejména z kapacitních důvodů provozovatelé distribučních soustav nestihnou připojit k elektrizační soustavě nebo ERU k nim nestihne udělit licenci ještě v roce 2010, pročez stanovil výše uvedené přechodné období, aby investice do těchto elektráren nebyly zmařeny.** Toto tvrzení opíráme o důvodovou zprávu k této novele, kde je v obecné části uvedeno toto: *„Avšak do zastavení připojování již distribuční společnosti vydaly kladná stanoviska na připojení 2 352 MW větrných a solárních elektráren. Protože již bylo vydáno kladné stanovisko, lze tyto projekty do konce tohoto roku stále realizovat.“*, přičemž ve zvláštní části k čl. I/1 a III na to navazuje toto doplnění: *„Jedná se o legislativní úpravu nároku na podporu za výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů. Tento nárok nově vzniká pouze výrobnám připojeným do elektrizační soustavy ČR. Navrhuje se postup, kdy tento zákon nabude účinnosti od 1. ledna 2011. Od 1. března 2011 budou podporovány pouze solární elektrárny s instalovaným výkonem do 30 kWp, které jsou umístěné na střechách a konstrukci budov. K tomuto datu je rovněž garantováno, že solární elektrárny, které jsou připojené do elektrizační soustavy, budou mít zachované právo na podporu podle stávajících podmínek.“* ERU jakožto součást výkonné moci nerespektováním tohoto přechodného ustanovení zákona nepřipustným způsobem zasahuje do pravomocí zákonodárce, rovněž dělby moci jakožto ústavního imperativu, když neinterpretuje zákonná ustanovení v souladu s vůlí zákonodárce a v rozporu s nosnými částmi dříve přijatého nálezu Ústavního soudu sp.zn. Pl. ÚS 17/11 č. 220/2012 Sb., kdy nezjednáním nápravy též zasahuje do garancí právního státu.
6. Souhrnně lze v této části návrhu uvést, že účastník řízení svým finálním stanoviskem v této věci (přípis ze dne 22.4.2022 – viz dále v b. 24) ohledně údajné souladnosti vydávaných cenových rozhodnutí před zákonnými požadavky, odhlíží od toho, že cenová rozhodnutí
 - (i) jsou nesouladná s evropským právem, rovněž i pro jeho nepřezkoumatelnost z hlediska jeho důvodů,

- (ii) neodráží ust. § 6 zákona č. 180/2005 Sb. (záruka návratnosti investice) a ust. § 6 odst. 3 (stanovení měrných investičních nákladů), z nichž pramenilo legitimní očekávání investorů, a
- (iii) stojí v nesouladu se zákonem č. 330/2010 Sb., podle jehož přechodného ustanovení FVE uvedené do provozu v lednu nebo únoru 2011 bez ohledu na instalovaný výkon měly právo na podporu v řádné, zákonem předpokládané výši.

II. Podstata právní argumentace návrhu

7. Stát přijal zákon č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů. (dále jen „**zákon o podpoře**“). Účelem tohoto zákona o podpoře bylo v zájmu ochrany klimatu a ochrany životního prostředí podpořit využití obnovitelných zdrojů energie, zajistit trvalé zvyšování podílu obnovitelných zdrojů na spotřebě primárních energetických zdrojů, přispět k šetrnému využívání přírodních zdrojů a k trvale udržitelnému rozvoji společnosti, v neposlední řadě také vytvořit podmínky pro naplnění indikativního cíle podílu elektřiny z obnovitelných zdrojů na hrubé spotřebě elektřiny v ČR ve výši 8 % k roku 2010 a vytvořit podmínky pro další zvyšování tohoto podílu po roce 2010. **Tento zákon také zaručoval, že po dobu 15 let od uvedení výroby do provozu bude zachována minimální výše výnosů prostřednictvím výkupních cen stanovených podle dosavadních právních předpisů se zohledněním indexu cen průmyslových výrobců.** Při stanovení výkupních cen a tzv. zelených bonusů zákon ukládal ERU vycházet z odlišných nákladů na pořízení, připojení a provoz jednotlivých druhů zařízení včetně jejich časového vývoje (§ 6 odst. 3 zákona).
8. Přípustnost a rovněž rozsah podpory obnovitelných zdrojů energie posuzovala Evropská komise ve svých notifikačních rozhodnutích. Stát totiž dal soukromým subjektům výzvu v podobě shora uvedeného zákona o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie, aby investovaly do zákonem určených zdrojů energie, a to s garancí návratnosti své investice, určité míry ziskovosti a také stability státní podpory. Jde o garance dané zákonem. Evropská komise ve svém notifikačním rozhodnutí EK SA. 40171/2015/NN stanovila přiměřenou ziskovost projektů do fotovoltaických zdrojů prostřednictvím vnitřního výnosového procenta (IRR – Internal Rate of return) ve výši 6,3% až 8,4%. Na tomto místě musíme také zdůraznit, že i **Evropská komise postup České republiky, resp. ERU podrobila zkoumání a uzavřela, že výrobcům připojeným do sítě mezi 1.1.2011 a 28.2.2011 svědčí zvláštní postavení, které stanovilo přechodné ustanovení k zákonu č. 330/2010 Sb.** Evropská komise přitom konstatovala, že výkupní ceny, jež určil účastník řízení ve svém cenovém rozhodnutí č. 02/2010 Sb. pro období celého roku 2011 (od 1.1.2011 do 31.12.2011 – viz bod 1.9. cenového rozhodnutí ERU č. 02/2010 Sb.) **toto specifické postavení provozovatelů fotovoltaických elektráren nezohledňovalo** a snížilo pro jejich provozovny výkupní ceny o 55% níže ve srovnání s provozovnami připojenými v r. 2010. Komise sice uznala, že stát může budoucí podporu v přiměřené lhůtě zrušit, sama Komise však konstatuje, že se tak v daném případě nestalo, a investoři, jimž svědčí beneficium přechodného ustanovení zákona č. 330/2010 Sb. mají nárok na řádnou podporu, v opačném případě dochází k porušení principu rovného zacházení. Komise také uzavírá, že investoři si navíc na zrušení podpory od 1.3.2011 nestěžují.
9. Z dokumentu Evropské komise 2008/C82/01 „*Pokyny Společenství ke státní podpoře na ochranu životního prostředí*“. Z uvedeného dokumentu vyplývá, že provozní podporu na

výrobu energie z OZE (výkupní ceny, zelené bonusy) lze považovat za slučitelnou se společným trhem toliko v případě, že pokrývá rozdíl mezi náklady na výrobu energie z OZE a tržní cenou daného druhu energie, její výše je omezena na minimum a je **nediskriminační** a přiměřená. Navrhovatelka se však domnívá, že v daném případě dochází k diskriminaci dotčených provozovatelů FVE.

10. Výkladem zákona o podpoře ve vztahu k 15-ti leté doby návratnosti a způsobu zjištění celkové výše podpory se již Ústavní soud zabýval v nálezu Pl. ÚS 17/11 (č. 220/2012 Sb.) a shledal za klíčové požadavky, aby „**systém podpory a principy stanovování regulovaných cen, upravené zákonem č. 180/2005 Sb., však investorům i nadále zaručují takové podmínky, aby dosáhli prosté doby návratnosti investice 15 let.**“, přičemž dále uvedl „**s ohledem na tyto výpočty předložené Energetickým regulačním úřadem je zřejmé, že otázku nejen prosté návratnosti investice (ve smyslu zákonných garancí), ale i další otázku přiměřeného zisku z podnikání na regulovaném trhu je nutno vztahovat k celkovému období předpokládané dvacetileté životnosti fotovoltaických panelů.**“ (b. 71). Tyto požadavky však podle navrhovatelky nejsou splněny u fotovoltaických elektráren, uvedených do provozu do konce února 2011, u kterých účastník řízení zjevně chybně stanovil výši měrných investičních nákladů. Blíže viz části III. ii) níže.
11. Provozovatelé fotovoltaických elektráren, jejichž zdroje byly připojeny právě v rozhodném období **do 28.2.2011** tak namítají, že účastník řízení jejich zákonem zaručené specifické postavení nepromítl do svých cenových rozhodnutí (vycházejí z cenového rozhodnutí č. 02/2010, b. 1.9 a navazujících cenových rozhodnutí), také **aktuálně platného cenové rozhodnutí** (viz závěrečný návrh) a určil jim výkupní ceny z jejich elektráren v nepřiměřeně nízké výši.
12. Tento závěr ostatně potvrzuje odborné vyjádření Ernst&Young, s.r.o. z listopadu 2014 (v příloze tohoto návrhu) „Stanovování výše podpory pro FVE uvedené do provozu v r. 2011“ plyne, že „*investor, který budoval FVE v cenách r. 2010, tj. objednal hlavní část technologie pro FVE před koncem října 2010 s předpokladem stavebního dokončení do konce roku 2010, navíc elektrárnu skutečně v tomto termínu stavebně dokončil, má právo na podporu ve výši, která umožňuje návratnost investice do 15 let od uvedení do provozu, a to i v případě, kdy jeho elektrárna byla do distribuční soustavy připojena v roce 2011, což podpora výroby elektřiny z OZE stanovená s předpokladem provedení investice ve výši 55 000 Kč/MWe objektivně neumožňuje splnit.*“
13. Správnost tohoto závěru dále dokládá studie ČVUT FEL (1.etapa září 2011) vypracovaná pro účastníka řízení, podle které skutečné investiční náklady (dle dat poskytnutých od ERU) u fotovoltaických výroben z projektů z let 2010 až 2011 byly v intervalu 73 333 Kč/kWp až 76 437 Kč/kWp (v příloze tohoto návrhu na str. 15).

Na tomto místě nutno uvést, že za celé období let 2004 až 2012 se ERU doporučeními ČVUT při stanovení výše měrných investičních nákladů řídil ovšem s jedinou výjimkou, a **to jediného období, a to právě roku 2011**. Ve studii ze září 2010 ČVUT stanovil návrh měrných investičních nákladů pro aplikace (výrobní) nad 30 kW zahrnující výrobní, které se ale výslovně v roce 2011 měly začít stavět, ve výši 66 - 68,6 tis. Kč/kWp (v příloze tohoto návrhu).
14. Účastník řízení však na rozdíl od všech ostatních let a následného roku 2012 nerespektoval doporučení ČVUT a stanovil měrné investiční náklady pro výrobní **nad 100kW v uvedené výši 55 tis. Kč/kWp**. Provozovatelé FVE však mají za to, že účastník řízení nad to pochybil tím, že se měl u měrných investičních nákladů řídit jejich aktuální tržní výší (protože podpora fotovoltaických výroben nad 100kWp definitivně skončila k 28.2.2011 dle zákona č.330/2010 Sb. a žádné výrobní s tímto instalovaným výkonem se proto v roce 2011 nevystavěly). Aktuální tržní výše měrných investičních nákladů dle zprávy ČVUT na str.

5, po dosažení kurzu Kč/EUR činila v průměru 74,6 tis. Kč/kWp. Bylo zcela bezpředmětné se zabývat předpokládaným vývojem investičních nákladů u výroben nad 100kWp v roce 2011 a měla se v **cenovém rozhodnutí č. 2/2010 stanovit podpora právě pro elektrárny vystavěné v roce 2010 a uvedené do provozu do konce února 2011** na základě aktuálních investičních nákladů, k tomu ale ze strany ERU realizací jeho pravomocí nedošlo a to ani v žádném změnovém nebo následném cenovém rozhodnutí, které mohlo opravit nesprávně stanovenou výši podpory.

15. Ve studii ČVUT ze září 2011 na str. 15 jsou pak uvedeny skutečné měrné investiční náklady projektů z let 2010 až 2011 „z licencí“. Výraz „z licencí“ pak znamená, že každý žadatel musel podle přílohy č. 13 k žádosti o energetickou licenci dle vyhlášky č. 358/2009 Sb. uvést své skutečné investiční náklady na výrobu (dle § 8 bodu 7 vyhlášky), přičemž tyto údaje poskytl ERU pro vypracování odborného vyjádření ČVUT. **ČVUT pak konstatuje, že dle velikosti instalace se skutečné investiční náklady pohybovaly v intervalu 73 až 76 tis. Kč/kWh.** Vzhledem k tomu, že ČVUT výše uvedený interval skutečných měrných investičních nákladů stanovil na základě poskytnutých dat od ERU, je pak zřejmé, že ERU tato data měl k dispozici. Tato okolnost je relevantní z pohledu ust. § 6 odst. 3 zákona, neboť při kalkulaci výše podpory účastník řízení nevyšel z reálných investičních nákladů, ačkoli mu musely být známy. Podle navrhovatelky tato odborná vyjádření poměrně přesvědčivě argumentují ohledně nesprávnosti napadených cenových rozhodnutí. ERU měl realizací svých zákonných kompetencí upravit svá cenová rozhodnutí tak, aby vyhovovala požadavkům zákona (zejm. správné měrné investiční náklady ve skutečné výši v intervalu 73 mil. Kč až 76 mil. Kč/MWp). To však stále neučinil, v čemž navrhovatelka spatřuje porušení zákona o podpoře obnovitelných zdrojů energie a také níže uvedených ústavněprávních kautel. V rámci abstraktního přezkumu daného právního předpisu proto navrhuje zrušit jeho příslušnou část.
16. Na tomto místě nutno zdůraznit, že investoři do FVE, kteří nestihli uvést výrobu z jakéhokoliv důvodu do provozu ještě v roce 2010, nepožadují přiznání výše podpory přiznané provozovatelům fotovoltaických elektráren připojených v r. 2010, ale požadují, aby ERU při realizaci svých zákonných kompetencí naplňoval ust. § 6 odst. 3 zákona č. 180/2005 Sb. a **stanovil správně měrné investiční náklady u dotčené skupiny výroben a odpovídající výši podpory tak, aby bylo dosaženo zákonem stanovené návratnosti investice.** Přípustnost a míru podpory v oblasti obnovitelných zdrojů energie pak hodnotí Evropská komise (EK) ve svých notifikačních rozhodnutích. V této oblasti pak rozeznáváme tzv. kompenzaci nebo překompenzaci a v uvedené souvislosti můžeme hovořit i o podkompenzaci. Navrhovatelka se musí ptát, co má státní podpora kompenzovat? Kompenzují se (nebo-li státní podporou se do určité míry hradí) vysoké náklady na pořízení (investici) obnovitelných zdrojů energie. Míra tohoto doplatku, resp. kompenzace je objektivně dána, a to obvyklou tržní ziskovostí celé finanční investice do alternativní tržní příležitosti při alokaci kapitálu v rámci daného odvětví (energetika). Míra ziskovosti je dána obvyklou dobou návratnosti investice a její výnosností, která se vyjadřuje a vypočítává obvyklým tržním **vnitřním výnosovým procentem IRR (Internal Rate of Return)**, při čemž do počáteční kalkulace výše podpory se IRR zadává jako požadovaná výše průměrných vážených nákladů kapitálu cizího a vlastního jako WACC (Weighted Average Cost of Capital), podrobněji k WACC viz bod č. V. Soukromí investoři k výzvě státu, vtělenou do zákona o podpoře obnovitelných zdrojů energie, investovali do obnovitelných zdrojů energie s garancí návratnosti investice. Taková výzva však pro ně byla *de lege lata* učiněna v obvyklé tržní výši, jinak by investoři vůbec nezvažovali

alokovat svůj kapitál do pořízení obnovitelného zdroje energie². V notifikačním rozhodnutí č. SA. 40171/2015/NN Komise stanovila přiměřenou ziskovost projektů do fotovoltaických zdrojů skrz vnitřního výnosového procenta ve výši 6,3% až 8,4 % IRR a poslední novelou zákona o podpoře č. 382/2021 Sb. je minimální výnosové procento stanoveno ve výši 6,3 % (v počáteční kalkulaci výše podpory pro roky 2010 a 2011 ERU kalkuloval s vnitřním výnosovým procentem ve výši 7%, jak je uvedeno ve zprávách ČVUT).

17. Nutno dále doplnit, že provozovatelé fotovoltaických zdrojů, pokud využívají podporu formou zelených bonusů, tak celou svou produkci elektrické energie prodávají na trhu prostřednictvím licencovaných obchodníků s el. energií na pražské energetické burze PXE nebo jinde na trhu. Cena je pak tržní. Provozovatel musí nést všechna rizika spojená s výběrem obchodního partnera a dostát všem svým závazkům v množství a kvalitě dodávané el. energie, musí bez ohledu na zvolený způsob podpory (výkupní cenou nebo zeleným bonusem) zajišťovat servis a obnovu všech zařízení, zajišťovat bezpečnost výroby obdobně jako každý jiný výrobce el. energie. **Po splnění těchto tržních podmínek je jeho úspěšnost na trhu dána výší státní podpory, jež musí zabezpečit obvyklou tržní ziskovost v rámci celé životnosti daného projektu.**
18. Státní správa nárok na příslušné výkupní ceny (nebo zelený bonus) dle cenových rozhodnutí ERU podmiňovala splněním dvou podmínek: a) získáním pravomocné energetické licence v příslušném roce a b) provedením prvního paralelního připojení výroby k distribuční síti dokumentované provozovatelem distribuční sítě protokolem o tomto připojení v příslušném roce. Pokud investoři některou podmínku v r. 2010 nesplnili, nevztahovalo se na ně cenové rozhodnutí č. 4/2009. K tomu je však nutné uvést zásadní závěr vyplývající ze zákonných garancí, tedy že z pohledu zákona o podpoře výroby z obnovitelných zdrojů je samozřejmě lhostejné, ve kterém roce byly výroby připojeny k distribuční síti, nebo kdy jejich provozovatelé obdrželi licenci, **zákon garantoval všem výrobnám, bez ohledu na to, ve kterém roce byly tyto podmínky naplněny, stejnou dobu návratnosti investice, respektive ziskovosti**, která je dána vnitřním výnosovým procentem investice. Z žádného zákona nelze dovodit, že výroby připojené v roce 2011 by měly mít nižší návratnost investice, než výroby připojené v roce 2010 nebo předchozích letech. Pokud ERU v rozporu se zákonem o podpoře obnovitelných zdrojů (konkrétně s ust. § 6) nesprávně stanovil v daném případě výši měrných investičních nákladů, pak nutně musela být v jeho navazujícím výpočtu nesprávně stanovena výše podpory v cenovém rozhodnutí č. 2/2010. Naopak navrhovatelka je přesvědčena, že **podpora pro FVE licencované a paralelně připojené do konce února 2011 cenovými rozhodnutími stanovena fakticky vůbec není, protože ERU chybně uvažoval, že tyto FVE se v roce 2011 teprve začnou stavět**, k čemuž vůbec nedošlo, protože podpora FVE s instalovaným výkonem nad 100 kWp byla definitivně zcela ukončena zákonem č.330/2010 Sb. k 1.3. 2011. **Účastník řízení pak ovšem aplikuje neoprávněně na tyto výroby podporu pro neexistující výroby, které se v roce 2011 měly teprve začít stavět, čímž tato cenová rozhodnutí odporují zákonným garancím.**
19. **Na základě výše uvedené notifikace sektorová šetření za období let 2006 až 2010 již proběhla.** Sektor je definován jako skupina výrobců dle velikosti instalovaného výkonu v členění podle cenových rozhodnutí. Na výše uvedenou notifikaci navázala novela zákona o podpoře podporovaných zdrojů č. 382/2021 Sb., která upřesňuje výši vnitřního výnosového procenta a upravuje způsob, jak by měla být snížena podpora, aby výroby

² Principem regulace výše státní podpory na trhu v rámci EU je podle čl. 107 a násl. Smlouvy o fungování EU žádoucí stimulace dotčeného trhu a hospodářské soutěže.

uvedené do provozu zejména v letech 2009 a 2010 nebyly překompenzovány, bude-li překompenzace zjištěna. Novela zákona o podpoře podporovaných zdrojů zakotvila v principu velmi jednoduchý postup ohledně snížení podpory. Zákon předjímal, že sektorovým šetřením budou zjištěny průměrné investiční a provozní náklady výrobců a jejich skutečné tržby až po současnost. Obojí bude dosazeno do výpočtového modelu, přičemž ve zbytku období (do konce 20-ti leté doby podpory) budou **do modelu dosazeny takové výkupní ceny, resp. takové snížení podpory, aby za celé 20-ti leté období bylo dosaženo vnitřního výnosového procenta, které stanoví novela zákona o podpoře podporovaných zdrojů**. Nutno doplnit, že k realizaci snížení výše podpory formou snížení výkupní ceny a zeleného bonusu nakonec nedošlo, to především z důvodu, že do novely zákona o podpoře bylo ještě doplněno zavedení zvýšení solárního odvodu pro tyto fotovoltaické zdroje o dalších 10 %. Ministerstvo průmyslu a obchodu ve zprávě o provedeném sektorovém šetření pak uvedlo, že vnitřní výnosové procento nepřesáhlo stanovenou zákonnou hranici 8,4% vnitřního výnosového procenta, jež je rozhodná pro překompenzaci.

20. Novela zákona o podpoře č. 382/2021 Sb. situaci výroben připojených/licencovaných v lednu a únoru roku 2011 neřeší, protože tyto výroby měly být již dle zákona o podpoře obnovitelných zdrojů podporovány ve výši řádné, nikoliv překompenzované. Navrhovatelka však opakuje, že v **důsledku nesprávného stanovení měrných investičních nákladů pro tyto výroby a následného nesprávného stanovení výše podpory v cenovém rozhodnutí měl účastník řízení provést šetření ohledně měrných investičních nákladů pro tyto výroby** již v roce 2011 a následně provést odpovídající navýšení podpory, neboť mu jeho nesprávný postup musel být znám (dotčení provozovatelé FVE na dané také upozorňovali). Novelu zákona o podpoře podporovaných zdrojů č. 382/2021 Sb., stanovující určitou výši vnitřního výnosového procenta a způsob, postup pro případného snížení podpory, lze použít analogicky, tj. provést takový výpočet výše podpory ve zbývajícím období 20-ti leté podpory fotovoltaických elektráren, aby za celé 20-ti leté období podpory bylo dosaženo minimální výše vnitřního výnosového procenta ve výši 6,3%. Je podstatné, že Ústavní soud již v roce 2012 ve svém nálezu Pl. ÚS 17/11 (č. 220/2012 Sb.) při posouzení oprávněnosti zavedení solárního odvodu (srážkové daně) uvedl principiálně stejně tento postup jako postup správný a relevantní, což je vyjádřeno v jeho právních závěrech zejména v bodech č. 70 a č. 71. Je proto na místě, aby účastník řízení tento postup aplikoval i na případ fotovoltaických elektráren, u kterých původně chybně stanovil výši měrných investičních nákladů a následně chybně výši podpory. Je pak logické, aby při zachování principů nediskriminace, nezvýhodňování jedné skupiny subjektů nad druhou, nenarušování hospodářské soutěže a práva na zákonnou výši podpory pro všechny investory, byl výše uvedený postup ERU aplikován v principu stejně. Jediným rozdílem, který je však dán jen matematickou logikou, je to, že v sektoru výroben uvedených do provozu do konce února 2011 by došlo ve vlastním výpočtovém modelu ERÚ (kterým stanovil v roce 2010 výši podpory na rok 2011) k navýšení výkupní ceny, tak aby bylo dosaženo příslušného vnitřního výnosového procenta ve výši 6,3% (při dosazení správné výše měrných investičních nákladů ve výši 70 mil. Kč).
21. Na tomto místě navrhovatelka také uvádí, že návrh k Ústavnímu soudu podává za situace, kdy dosavadní postup pořadem práva (řada provozovatelů brojí proti postupu účastníka řízení správními žalobami – viz řízení u Krajského soudu v Brně, sp.zn.: 29 A 56/2018) nenalezl pro dotčenou skupinu provozovatelů FVE náležitý odraz v rozhodovací činnosti účastníka řízení.

III. Zevrubný právní rozbor zákonného pojmu „garantovaná doba návratnosti“

22. Jak bylo uvedené shora, zástupci dotčených provozovatelů FVE vedli se svými právními zástupci jednání s účastníkem řízení v období od listopadu 2021 do dubna 2022. Tato jednání významně zúžila sporné otázky, a to *de facto* na jedinou, kterou je sporný výklad § 6 odst. 1 písm. b) zákona č. 180/2005 Sb. Strany došly ke shodě ohledně správné kalkulace navýšení výkupní ceny, a to jak co do metodiky výpočtu, tak i samotného výsledku, tj. výše výkupní ceny, která by výši podpory navýšila po té, co účastník řízení svým vlastním šetřením zjistil, že v daném sektoru (tj. všech FVE s instalovaným výkonem nad 100 kWp připojených do distribuční sítě v lednu a únoru r. 2011) byly skutečné měrné investiční náklady nikoliv 55 mil. Kč/MWp, ale 70 mil. Kč/MWp. Aplikaci správné kalkulace navýšení výkupní ceny brání nově zastávaný a dlužno dodat, že odlišný výklad zákona o podpoře³.
23. Na jednání v Senátu dne 1.12.2021 zástupci účastníka řízení sdělili, že ERU provedl šetření a analýzu výše měrných investičních nákladů v daném sektoru (všechny FVE s instalovaným výkonem nad 100 kWp, připojené do distribuční sítě v lednu a únoru r. 2011) **a dospěl k závěru, že správná výše činí 70 mil. Kč/MWp instalovaného výkonu (nikoli 55 mil. Kč/MWp).** Mezi stranami došlo dále ke shodě, co se týká metodiky výpočtu výkupní ceny pro 20-ti letou diskontovanou návratnost dle prováděcí vyhlášky č. 475/2005 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů. **Nedošlo dále ale ke shodě ohledně výkladu zákona o podpoře v otázce 15-ti leté návratnosti.**

Důkaz:

- *písemný přepis hlasového záznamu z jednání pořízeného na standardním senátním záznamovém zařízení – v příloze*

24. Vzhledem k tomu, že spornou otázkou se stala již jen otázka právního výkladu zákona, rozhodly se zástupci provozovatelů FVE reagovat písemně právní analýzou, zaslanou jejich právním zástupcem dne 19.1.2022, z níž navrhovatelka cituje:

„Dne 1.12.2021 proběhlo na půdě Senátu P ČR jednání mezi ERU a skupinou 6-ti společností provozujících sluneční elektrárny (FVE), které vedou s ERU spor před Krajským soudem v Brně (KS Brno) vedeným pod sp.zn. 29 A 56/2018 (dále jen „žalobkyně“). Předmětem uvedeného jednání bylo případné smírné řešení soudního sporu, když KS Brno je nadále vázán rozhodnutím Nejvyššího správního soudu (NSS), čj. 2 As 416/2018 – 52, ze dne 29.4. 2021, kterým bylo rozhodnuto ve prospěch žalobkyň. Jednání proběhlo pod záštitou paní senátorky Hany Žákové za přítomnosti právních zástupců stran a některých členů Rady ERU, přičemž z jednání byl pořízen standardní „senátní“ zvukový záznam. Zástupci ERU seznámili žalobkyně s výsledkem šetření ERU v záležitosti stanovení skutečných měrných investičních nákladů u celého sektoru všech připojených FVE nad 100kWp instalovaného výkonu do distribuční sítě v lednu a únoru roku 2011 v návaznosti na to, že NSS v předmětném sporu shledal argumentaci žalobkyň ohledně chybného stanovení měrných investičních nákladů pro všechny FVE nad 100kWp připojené v lednu a únoru roku 2011 za důvod úředního šetření a vrátil věc k novému projednání KS Brno.

³ Pro úplnost se uvádí, že provozovatelé dotčených FVE nepokládali ještě za shodný závěr o nepodstatném zpřesnění výše reinvestice na obnovu střídačů, jak vyplývá z dále uvedené korespondence mezi členy expertní skupiny pro posouzení kalkulací zřízené stranami.

Na jednání ERU v prvním kroku sdělil, že na základě analýzy výše investičních nákladů u všech FVE nad 100kWp připojených v lednu a únoru roku 2011 dospěl k závěru, že měrné investiční náklady, respektive průměrné skutečné investiční náklady tohoto sektoru byly 70 mil. Kč/ MWp instalovaného výkonu a nikoliv 55 mil. Kč/ MWp, jak bylo původně zastáváno. Částka koresponduje s již dříve zjištěnou skutečnou výší těchto investičních nákladů, kterou uvedlo ČVUT ve své zprávě pro ERU ze září r. 2012 ve výši 73 až 76 mil. Kč/ MWp. Částky se mírně liší, nicméně ERU uvedenou částku ve výši 70 mil. Kč/ MWp jsou zástupci provozovatelů FVE pro účely dalších kalkulací připraveny akceptovat. Zástupci provozovatelů FVE hodnotily vstřícný přístup ERU v záležitosti stanovení skutečných investičních nákladů daného sektoru velmi kladně; jejich správné stanovení je výchozím předpokladem pro správné provedení kalkulace výše podpory.

Ve druhém kroku ERU sdělil své stanovisko, že po dosažení skutečných měrných investičních nákladů ve výši 70 mil. Kč/MWp do své původní kalkulace 20-ti leté diskontované návratnosti odpovídá výše výkupní ceny prosté době návratnosti nižší, než 15 let. Protože zákon č. 180/2005 Sb. stanovil návratnost ve výši 15 let, pak je dle ERU zákonná podmínka splněna. Při tomto výkladu zákona ovšem ERU zcela ignoroval, že po tomto dosažení vychází vnitřní výnosové procento na cca 3,1 %, přičemž v původní kalkulaci ERU bylo stanoveno ve výši 7%. Takto podaný výklad ust. § 6 zákona č. 180/2005 Sb. neodpovídá historicky používané interpretaci ERU, které přisvědčil Ústavní soud, orgány činné v trestním řízení a statní zastupitelství a v daném případě je také v přímém rozporu s ust. § 6 odst. 3) zákona č. 180/2005 Sb. Tento odstavec zavazuje ERU takto: „Při stanovení výkupních cen a zelených bonusů Úřad vychází z odlišných nákladů na pořízení, připojení a provoz jednotlivých druhů zařízení včetně jejich časového vývoje.“ Vyjít z nákladů na pořízení jistě znamená tyto náklady dosadit do příslušného výpočtu výkupní ceny a cenu řádně vypočítat tak aby byla splněna podmínka 20-ti leté diskontované návratnosti, což ERU odmítá učinit. Nadále tak zůstala sporou otázka, zda existuje nárok žalobkyň na zvýšení výkupní ceny. V rámci proběhnuvší následné diskuze ERU konstatoval, že je nutné se zabývat otázkou, jaký parametr nebo jaké parametry jsou určující pro správnou kalkulaci výkupní ceny. Na závěr jednání se strany dohodly, že k otázce správné kalkulace výkupní ceny se sejde k dalšímu jednání malá odborná skupina složená jen z odborných zástupců stran (ekonomů), která prodiskutuje a vyjasní otázky provedení kalkulace správné výkupní ceny po změně výše měrných investičních nákladů a že ERU vše ještě znovu zváží. Toto jednání bylo naplánováno na den 13.1.2022.“

25. Účastník řízení však následně uzavřel věc **přípisem ze dne 22.4.2022, sp.zn. 09053-1/2022-ERU** (v příloze), v němž prezentoval své finální stanovisko s novým odlišným právním výkladem zákona, než jaký dosud zastával (viz níže). „Energetický regulační úřad došel k závěru, že měrné investiční náklady ve výši 70 tis. Kč/kWp, které nerozporuje ani protistrana ve svých kalkulacích, reprezentují přesněji investiční náročnost výroben, jejichž realizace započala již v druhé polovině roku 2010 a lze proto uvedenou výši považovat za více odpovídající ve vztahu k dotčeným výrobnám. Tuto hodnotu přitom považuje Energetický regulační úřad za dostatečnou pro naplnění zákonné podmínky patnáctileté prosté návratnosti investice, neboť když provedené posouzení pracovalo s teoretickou hodnotou 70 tis. Kč/kWp, bylo zjištěno, že podpora formou výkupních cen ve výši vycházející z hodnoty nákladů ve výši 55 tis. Kč/kWp **postačuje k dosažení patnáctileté návratnosti investice ve vymezeném období i pro tyto výroby, u nichž se vynaložená hodnota investičních nákladů pohybovala na úrovni 70 tis. Kč/kWp.**“
26. Nutno podotknout, že účastník řízení dle navrhovatelky irrelevantně uvádí v cit. přípise jako zásadní skutečnost, že výroby byly dokončeny v roce 2010 a připojeny k elektrizační soustavě až v roce 2011. Zásadní skutečnost pro posouzení daného sporu to není, protože zákonná návratnost investice musí být stejná bez ohledu na to, ve kterém roce byly fotovoltaické elektrárny připojeny do elektrizační soustavy.
27. Účastník řízení dále rozvedl, že „je zřejmé, že u výroben s podporou pro zdroje uvedené do provozu v roce 2011, u nichž je překročena hodnota investičních nákladů 55 tis. Kč/kWp, dochází minimálně na úrovni modelových kalkulací ke snižování výnosu z provozu těchto zařízení, nicméně podmínka dosažení určité úrovně výnosu není zákonem

garantována. Energetický regulační úřad si je vědom skutečnosti, že prováděcí právní úprava k zákonu č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), ve zněních pozdějších předpisů, uváděla jako předpoklad pro stanovení podpory dosažení přiměřeného výnosu z vloženého kapitálu za dobu životnosti, který je určen průměrným váženým nákladem kapitálu, a nezápornou velikost čisté současné hodnoty toku hotovosti po zdanění za celou dobu životnosti výroben elektřiny, při využití diskontní míry ve výši průměrného váženého nákladu kapitálu. Uvedené parametry byly v následujícím období předmětem mnoha odborných diskuzí, nicméně nevyplyvají jednoznačně ze zákonné právní úpravy, byť s ní nejsou v rozporu. Ani pro účely tzv. kontroly překompenzace stanovená výše IRR nepředstavuje hodnotu výnosu, již by bylo nutno při poskytování veřejné podpory dosáhnout.“

K danému pak účastník řízení uzavřel: „Energetický regulační úřad se přiklání k takovému výkladu, že rozhodující je dodržení zákonné garance patnáctileté doby návratnosti investice ve smyslu § 6 odst. 1 písm. c) zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů, neboť jen porušení této garance by mělo za následek závěr o rozporu vyhlášky či cenových rozhodnutí Energetického regulačního úřadu se zákonem. Z těchto důvodů dospěl Energetický regulační úřad ve vztahu k dotčeným investorům s výrobními dokončenými v roce 2010, ale uvedenými do provozu v roce 2011, k závěru, že **podpora jim poskytovaná je v souladu se zákonem, neboť bez ohledu na nižší výši výnosů z vloženého kapitálu mají i tito výrobci zajištěnu zákonem vyžadovanou patnáctiletou dobu návratnosti investice.**“

28. Účastník řízení podle navrhovatelky tedy potvrdil výši zjištěných měrných investičních nákladů ve výši 70 mil. Kč/MWp instalovaného výkonu. V důsledku nesprávného výkladu zákona o podpoře se tak účastník řízení odmítl řídit svou vlastní prováděcí vyhláškou č. 475/2005 Sb. a odmítl aplikovat příslušnou kalkulaci výkupní ceny s měrnými investičními náklady ve výši 70 mil. Kč/MWp, a to i když stranami byla odsouhlasena. Ve svém finálním stanovisku přiznal, že v důsledku vyšších měrných investičních nákladů dochází ke snižování výnosů u těchto zařízení, což je zcela zjevná a přiznaná diskriminace celého daného sektoru, tedy všech FVE nad 100 kWp připojených v lednu a únoru r. 2011 (přičemž dle stranami odsouhlasené kalkulace činí výnos, tj. vnitřní výnosové procento IRR těchto FVE pouhých cca 3,1%, podrobněji v dalším textu tohoto návrhu). Snižování výnosu bylo zdůvodněno tím, že určitá úroveň výnosu není zákonem garantována, což je samo o sobě tvrzení nesprávné. Pokud by totiž zákon žádnou garanci výnosů neobsahoval, pak by jistě investoři na výzvu státu prostřednictvím zákona o podpoře nereagovali. Smysl zákona je přesně opačný, tedy nabídnout potenciálním investorům přiměřený výnos z jejich investice. Přiměřený výnos byl zcela správně v souladu s tržními principy stanoven prováděcí vyhláškou č. 475/2005 Sb. k zákonu o podpoře ve výši diskontní míry WACC, ve výši průměrného váženého nákladu kapitálu, přičemž v kalkulacích ERU pro rok 2010 a r. 2011 byla tato diskontní míra použita ve výši 7% (nebo-li bylo použito vnitřní výnosové procento IRR ve výši 7%). Přitom účastník řízení ve svém stanovisku na vyhlášku č. 475/2005 Sb. paradoxně upozorňuje, ale v případě dotčených provozovatelů FVE se jí odmítá řídit, i když se jí řídil řadu let v rozhodném období i u ostatních zdrojů (srov. nálezy Ústavního soudu a závěry obou trestních řízení níže). Účastník řízení účelově a poněkud vágně uvádí, že „uvedené parametry byly předmětem mnoha odborných diskuzí“, avšak zcela opomíjí především svůj vlastní výklad zákona o podpoře podaný Ústavnímu soudu v rámci řízení pod sp.zn. Pl. ÚS 11/17, následný nálezy Ústavního soudu a výsledky obou trestních řízení (viz níže).

29. Ve svých dřívějších stanoviscích však účastník řízení zastával stanovisko, které bylo odlišné a konvenuje právním pozicím navrhovatelky. K uvedenému předkládá navrhovatelka dokumenty a závěry orgánů veřejné moci:

- Vyjádření ERU ze dne 13.4.2012, čj. 02714-4/2012-ERU doručené Ústavnímu soudu dne 16.4.2012 (dále jen „**Vyjádření ERU**“), jež ERU poskytl k položeným otázkám v rámci řízení o ústavnosti zavedeného solárního odvodu – sp.zn. Pl. ÚS 11/17 (viz příloha). V nálezu Ústavní soud akceptoval toto vyjádření ERU, kdy jeho nosné části aproboval v nálezu,
- Vypořádání trestního oznámení podaného Českou fotovoltaickou průmyslovou asociací ze dne 20.2.2013 (viz přílohy: trestní oznámení a vyrozumění Policie ČR z 9.8.2013, čj. OKFK-2484-22/TČ-2013-252402-1) proti úředníkům státní správy, které bylo shledáno jako nedůvodné.
- Vypořádání trestního oznámení bývalého vedení ERU proti zaměstnancům ERU ze dne 31.1.2013 a výsledek vyřízení stížnosti ERU ze dne 7.10. 2013 proti usnesení policejního orgánu Policie ČR, Útvaru odhalování korupce a finanční kriminality, podané Vrchnímu státnímu zastupitelství v Olomouci. Trestní oznámení a stížnost byly posouzeny jako nedůvodné, což je podrobně rozvedeno a zdůvodněno v usnesení Vrchního státního zastupitelství č. 5 VZN 406/2013 publikované tiskovou zprávou ze dne 18.11. 2013 - viz příloha (dále jen „**Usnesení VSZ**“).

i) **Vyjádření účastníka řízení v řízení u Ústavního soudu sp.zn. Pl. ÚS 17/11**

30. Ve **Vyjádření ERU** dospěl účastník řízení k těmto závěrům:

„Parametr patnáctileté doby návratnosti není při výpočtu výše výkupních cen explicitně dosazován do vzorce. Je parametrem kontrolním (garančním). Výkupní cena je vypočtena tak, že zaručuje nezápornou čistou současnou hodnotu projektu ($NPV \geq 0$) a IRR rovno a vyšší než předpokládaný modelový WACC a to tak, aby 15-ti letá návratnost byla dodržena. Pro úplnost uvedme, že většina projektů v oblasti OZE (včetně FVE) dosahuje významně kratší doby návratnosti. Pouze malé vodní elektrárny se přibližují hranici 15 let“.

Poslední odstavec na str. 10 Vyjádření ERU ukazuje, jak správně vypočítat výkupní cenu a jak je třeba vykládat zákon o podpoře ve vztahu k pojmu „doba návratnosti investice“. Tento výklad aproboval ve svém nálezu Pl. ÚS 11/17 Ústavní soud (přisvědčily mu rovněž orgány činné v obou uvedených trestních řízeních a rovněž též Vrchní státní zastupitelství v Olomouci – viz níže). Je pak nezbytné tento výklad aplikovat i na situaci dotčených provozovatelů FVE. Opačný postup by byl podle navrhovatelky v rozporu s principy předvídatelnosti výkonu veřejné správy a právní jistoty.

Pokud zákon v ust. § 12 v návaznosti na § 6 zmocnil ERU, aby prováděcí vyhláškou č. 475/2005 Sb. stanovil technické a ekonomické parametry, které budou ovlivňovat návratnost investice, pak ERU musel mezi tyto technické a ekonomické parametry pochopitelně zahrnout i dobu životnosti výroby (stanovovala se v Příloze č. 3 vyhlášky). Ust. § 4 vyhlášky stanovuje ekonomické parametry, kterých musí výrobce elektřiny z obnovitelných zdrojů dosáhnout za stanovených výkupních cen, takto:

a) **přiměřený výnos z vloženého kapitálu za dobu životnosti výroben elektřiny, který je určen průměrným váženým nákladem kapitálu (pozn.: tedy diskont = WACC, respektive diskont = IRR)**

a

b) **nezáporné velikosti čisté současné hodnoty toku hotovosti po zdanění za celou dobu životnosti výroben elektřiny, při využití diskontní míry ve výši průměrného váženého nákladu kapitálu (Pozn.: tedy NPV $\geq$ 0)**

Doba návratnosti investice dle zákona o podpoře je neoddělitelně svázána s vyhláškou č. 475/2005 Sb. a jejími změnami. ERU vyhláškou č. 364/2007 Sb. změnil vyhlášku č. 475/2005 Sb. a u fotovoltaických výroben byla prodloužena jejich životnost z 15-ti na 20 let, což odpovídalo prodloužené technické životnosti po zdokonalení výroby zejména FVE panelů. ERU vydal dále vyhlášku č. 150/2007 Sb., v níž v § 2 stanovil, že výkupní ceny a zelené bonusy jsou uplatňovány po dobu životnosti výroben elektřiny. I tento postup pokládá navrhovatelka za správný, protože logicky a ekonomicky navazuje na výpočet výkupní ceny pro diskontovanou návratnost u fotovoltaických výroben za jejich 20-ti letou životnost. Ostatně správnost tohoto prodloužení potvrdil Ústavní soud i orgány činné v trestních řízeních, k nimž uvádí relevantní závěry navrhovatelka dále v textu, a nakonec i Vrchní státní zastupitelství v Olomouci, jež uzavřelo, že došlo k rozložení výše podpory na 20 let, a tedy k jejímu meziročnímu snížení. S prodloužením doby životnosti FVE výroben vyhláškou č. 364/2007 Sb. od 1.1. 2008 z 15-ti na 20 let se současně musel ERU vypořádat se zněním, respektive výkladem zákona o podpoře, který hovoří o 15-ti leté návratnosti, aniž by zákon konkrétně stanovoval, o jakou návratnost se má jednat, čímž se podrobně zabývaly i orgány činné v trestním řízení (při posuzování trestního oznámení bývalého vedení ERU na zaměstnance ERU).

Na tomto místě pokládá navrhovatelka za vhodné zrekapitulovat, co je původní příčinou obtíží při výkladu zákona o podpoře a změny ve výkladu zákona o podpoře č. 180/2005 Sb. a co vedlo k tomu, že výklad zákona o podpoře musel po prodloužení životnosti fotovoltaických výroben z 15-ti na 20 let znovu posoudit ERU a následně Ústavní soud, policejní orgány a státní zastupitelství. V roce 2005 zákon o podpoře č. 180/2005 Sb. stanovil 15-ti letou návratnost a tentýž rok jeho prováděcí vyhláška č. 475/2005 Sb. stanovila životnost fotovoltaických výroben na 15 let a stanovila, že investorovi se musí investice vrátit za dobu životnosti za 15 let spolu s přiměřeným výnosem, stanovila tedy diskontovanou návratnost za 15 let. V situaci, kdy existuje 15-ti letá doba podpory a kdy je dána 15-ti letá doba životnosti výroby, bylo zcela nesprávné tvrdit, že 15-ti letá doba návratnosti obsažená v zákoně je doba prosté návratnosti, protože investorovi by se vrátila investice za 15 let v původní výši snížené o inflaci, investor by tedy prodělal, respektive žádný investor by za těchto podmínek neinvestoval, což také reflektoval policejní orgán (ve svém výkladu zákona v rámci vypořádání prvního trestního řízení - viz dále). **Z tohoto důvodu je také jasné, že zákonodárce musel mít v zákoně na mysli 15-ti letou diskontovanou návratnost** a předpokládal 15-ti letou dobu životnosti u všech druhů obnovitelných zdrojů. Situace ohledně stanovené životnosti fotovoltaických výroben se ale

změnila, jak je popsáno výše, a od 1.1. 2008 byla ERU stanovena doba životnosti fotovoltaických výroben a doba podpory na 20 let a ERU musel začít vykládat 15-ti letou dobu návratnosti uvedenou v zákoně jako garanční, kontrolní parametr prosté doby návratnosti, který musí dosáhnout hodnotu do 15 let za současného splnění 20-ti leté diskontované doby návratnosti dle vyhlášky č. 475/2005 Sb. (protože je matematickou zákonitostí, že výpočtovém modelu 20-ti leté diskontované návratnosti vychází doba prosté návratnosti cca 12 let, jak je také vysvětleno v dopise ERU Ústavnímu soudu ze dne 13.4.2012), čemuž přisvědčil Ústavní soud a orgány činné v trestních řízení.

ERU se s výkladem zákona vypořádal tak, jak je uvedeno ve Vyjádření ERU k Ústavnímu soudu pod sp.zn. Pl. ÚS 11/17 (shora cit. odstavec na str. 10, dále rozvedeno na str. 11 v odst. čtvrtém). Parametr 15-ti leté návratnosti je parametr sice prosté doby návratnosti, ale jde o parametr, jak je výslovně uvedeno, pouze kontrolní (garanční) a jak je dále uvedeno na str. 11 vyjádření v odstavci čtvrtém: „aby ve smyslu ustanovení § 6 zákona č.180/2005 Sb. došlo k návratnosti investice výrobce do patnácti let“. Tedy nikoliv za patnáct let. Tato verbální vyjádření nejsou v rozporu se zněním zákona o podpoře, co se týká 15-ti leté doby návratnosti a výklad má svojí pevnou a neoddiskutovatelnou oporu právě v logice výpočtu diskontované návratnosti za 20-ti letou životnost výrobní včetně matematické závislosti mezi dobou návratnosti prosté a dobou návratnosti 20-ti leté diskontované.

Jinými slovy ERU ve svém vyjádření Ústavnímu soudu objasnil, že **parametr 15-ti leté prosté doby návratnosti se do vzorce (výpočtového modelu) vůbec nedosazuje a že je jím pouze kontrolováno (garantováno), jestli po vypočtení výkupní ceny je, nebo není splněna v zákoně o podpoře uvedená podmínka dosažení 15-ti leté prosté doby návratnosti, přičemž může být dosaženo i kratší doby prosté návratnosti než 15 let, ale musí být zároveň splněna podmínka dosažení nezáporné čisté současné hodnoty investice za dobu životnosti výrobní ($NPV \geq 0$) a současně vnitřní výnosové procento IRR se musí rovnat nebo být vyšší než stanovený diskont (WACC).**

Z výše uvedeného je naprosto zřejmé, že nová argumentace ERU uplatněná při jednání v Senátu PČR dne 1.12.2021 (viz „v druhém kroku“) a v závěrečném vyjádření ERU **připisem ze dne 22.4.2022, sp.zn. 09053-1/2022-ERU** je zcela účelová a diskontinuítní. Je nutno uvést a zdůraznit, že při tomto diskontinuítním výkladu, a to po pouhém dosažení správných investičních nákladů do výpočtového modelu dojde k tomu, že čistá současná hodnota investice (NPV) je záporná (cca minus 18,4 mil. Kč), tj. investice se nevrátí a na její úhradu bude zbývat za 20 let životnosti výrobní ještě 18,4 mil. Kč. **Skutečné vnitřní výnosové procento IRR pak vychází zásadně nižší než původně stanovený diskont ve výši 7% (WACC) a dosahuje hodnoty pouhých cca 3,1%.** Výpočet s těmito výsledky je uveden v příloze (FVE 11 pomocná kalkulace IRR 3,1%). kalkulace je pro názornost doplněna grafem průběhu prosté a diskontované návratnosti.

Výše uvedená nová účelová interpretace účastníka řízení je nezákonná, protože nejsou splněny zákonné podmínky dle zákona č. 180/2005 Sb., respektive podmínky vyhlášky č.

475/2005 Sb., která zákon provádí. S původním výše uvedeným Vyjádřením ERU zaslaným Ústavnímu soudu ovšem navrhovatelka plně souhlasí.

Pro lepší pochopení výše uvedeného citace účastníka řízení ohledně správného postupu při stanovení výkupní ceny a další argumentace a kalkulací je v příloze popsán způsob výpočtu v modelu ČVUT, ERU a práce s modelem (Popis způsobu výpočtu v modelu ČVUT, ERU a práce s modelem), samotný model ČVUT, ERU je rovněž v příloze (Kalkulace ČVUT, ERU pro rok 2011) a pro názornost je v příloze též graf znázorňující průběh prosté a diskontované návratnosti. Kalkulace byly odsouhlaseny v rámci jednání expertní skupiny k posouzení kalkulací zřízené stranami (viz níže).

ii) **Zevrubně k *ratio decidendi* nálezu Ústavního soudu sp.zn. Pl. ÚS 11/17**

31. Ústavní soud vzal na vědomí Vyjádření ERU, jehož obsah je stručně zrekapitulován v bodě č. 22 nálezu Pl. ÚS 11/17. Dále se k tomu Ústavní soud vyjádřil ve svých právních závěrech uvedených v bodech č. 70 a č. 71 tohoto nálezu. Účastník řízení předložil ve svém Vyjádření ERU na str. 4 shrnující tabulku výsledků jím provedených výpočtů (s doprovodným textem), ze které je zřejmé, že i po zavedení solárního odvodu např. u FVE nad 30 kWp instalovaného výkonu připojených do distribuční sítě v roce 2010 vyšlo za celou dobu 20-ti leté životnosti výrobní vnitřní výnosové procento IRR ve výši 10,22% a prostá doba návratnosti 10 let. ERU tak zdůvodnil, že i po zavedení solárního odvodu je za celou dobu 20-ti leté životnosti výrobní vnitřní výnosové procento IRR ve výši 10,22% vyšší než původně stanovený diskont (WACC) ve výši 7% při prosté návratnosti 10 let a že doba prosté návratnosti nestoupala nad zákonem stanovenou hranici 15 let, když dosáhla doby 10-ti leté. S tímto vyjádřením se Ústavní soud ztotožnil (body č. 70 a č. 71 nálezu).
32. V uvedených bodech odůvodnění nálezu Ústavní soud přisvědčil setrvalé argumentaci ERU a výkladu zákona o podpoře, co se týká podmínky 15-ti leté návratnosti, protože jako určující a prioritní pro zjištění jejího splnění je dle Ústavního soudu zjištění výše vnitřního výnosového procenta za celou dobu 20-ti leté životnosti výrobní a to, jestli toto procento je nebo není vyšší, než původně stanovený diskont (WACC) ve výši 7%. Ústavní soud v bodě 71 nálezu uvedl, že: „*Změna* (rozuměj: po započtení solárního odvodu do výpočtu ERU) *se tak ve vztahu k době návratnosti promítá pouze do toho, že její dosažení bude uskutečněno v delším (avšak zákonem zachovaném) časovém horizontu, než výrobci elektřiny z OZE očekávali*“. To znamená, že doba prosté návratnosti se jen posunula, jak je uvedeno v podkladech ERU (srov. tabulka ve Vyjádření ERU na str. 4), z původních 9 let na 10 let u FVE z r. 2010 nad 30kWp.

Dále Ústavní soud uvedl, že: „*S ohledem na tytéž výpočty předložené Energetickým regulačním úřadem je zřejmé, že otázku nejen prosté návratnosti investice (ve smyslu zákonných garancí), ale i další otázku přiměřeného zisku z podnikání na regulovaném trhu je nutno vztahovat k celkovému období předpokládané dvacetileté životnosti fotovoltaických panelů.*“

Dle výkladu zákona o podpoře Ústavním soudem, co se týká 15-ti leté prosté návratnosti, je tedy nutno sledovat **njen parametr prosté doby návratnosti** (ve smyslu zákonných garancí, tj. garance výše tohoto parametru **do 15-ti let**), ale i **výši přiměřeného zisku** za celkové období 20-ti leté životnosti fotovoltaických zdrojů, která je měřena vnitřním výnosovým procentem (zadávaným do kalkulace v daném období jako vážené náklady kapitálu cizího a vlastního ve výši 7 %) a to obojí výslovně a logicky k celkovému období

předpokládané dvacetileté životnosti fotovoltaických panelů (výroben). To samozřejmě neznamená nic jiného, než nutnost při výpočtu v prvním kroku aplikovat vyhlášku č.475/2005 Sb. a provést výpočet výkupní ceny za 20-ti letou životnost výroben tak, aby podmínky stanovené touto vyhláškou byly splněny, současně však musí být splněna zákonná garantovaná doba prosté návratnosti do 15-ti let.

33. Nemůže být tedy dle navrhovatelky žádných pochyb o tom, že i Ústavní soud vyložil ve shodě s Vyjádřením ERU 15-ti letou dobu návratnosti uvedenou v zákoně č. 180/2005 Sb. jako dobu **garanční, jako dobu prosté návratnosti, která nesmí být překročena, jako dobu, která ale může být nižší než 15 let ovšem za určující podmínky, že vnitřní výnosové procento IRR za celou dobu životnosti výroby je vyšší nebo rovno původně stanovenému diskontu (WACC)**. A jak je detailně vysvětleno v tomto návrhu a jeho přílohách, tak právě při rovnosti vnitřního výnosového procenta IRR s diskontem (WACC) je splněna vyhláškou č. 475/2005 Sb. podmínka nezáporné velikosti čisté současné hodnoty investice ($NPV \geq 0$), což je právě určující podmínka pro správné stanovení výše výkupní ceny. Výkupní cena proto musí stanovena tak, aby tato podmínka byla rovněž naplněna.
34. Nemůže být dále žádných pochyb o tom, že výklad zákona o podpoře, co se týká 15-ti leté návratnosti, respektive zákon sám o sobě, musí dopadat stejně na všechny jeho adresáty, jinak by byl v rozporu s ústavním pořádkem, zejm. požadavkem relativní rovnosti v právech. Pouze a jen výše uvedený výklad zákona o podpoře, co se týká 15-ti leté návratnosti, provedený ERU a Ústavním soudem (a též následně v rámci obou trestních řízení – viz níže) **zaručuje rovnost všem adresátům zákona**, všem investorům do různých druhů obnovitelných zdrojů energie. Jak již bylo uvedeno, účastník řízení ve svém Vyjádření Ústavnímu soudu uvedl: „*Parametr patnáctileté doby návratnosti není při výpočtu výše výkupních cen explicitně dosazován do vzorce. Je parametrem kontrolním (garančním). Výkupní cena je vypočtena tak, že zaručuje nezápornou čistou současnou hodnotu projektu ($NPV \geq 0$) a IRR rovno a vyšší než předpokládaný modelový WACC a to tak, aby 15-ti letá návratnost byla dodržena. Pro úplnost uvedme, že většina projektů v oblasti OZE (včetně FVE) dosahuje významně kratší doby návratnosti. Pouze malé vodní elektrárny se přibližují hranici 15 let*“. Je potřeba si položit otázku proč poslední věta Vyjádření ERU obsahuje větu: „*Pouze malé vodní elektrárny se přibližují hranici 15 let*“.

Nutno také zdůraznit, že vyhláška č. 475/2005 Sb. obsahovala v Příloze č.3 následující stanovení životností jednotlivých obnovitelných zdrojů energie takto:

- Energie vody, vodní elektrárny 30 let
- Energie biomasy 20 let
- Bioplyn, skládkový plyn, kalový a důlní plyn z uzavřených dolů 20 let
- Energie větru, větrné elektrárny 20 let
- Geotermální energie, využití nízkopotenciálního tepla 20 let
- Fotovoltaiky, fotovoltaické elektrárny 15 let
(novelou vyhlášky č. 364/2007 od 1.1.2008 prodloužena na 20 let)

ERU i z pohledu tržní praxe, z pohledu potenciálních investorů správně vyložil zákon o podpoře a Ústavní soud mu přisvědčil, že je nutné kalkulovat výši podpory za období příslušné životnosti každého obnovitelného zdroje energie. Při těchto kalkulacích je matematickou zákonitostí, že při 20-ti leté životnosti zdroje vychází ve výpočtovém modelu prostá doba návratnosti cca 12 let a při 30-ti leté době životnosti u vodních elektráren se blíží 15-ti letům, tak jak uvedl ERU.

Pouze a jen uvedený výklad zákona o podpoře zaručuje rovné podmínky pro investory do různých druhů obnovitelných zdrojů energie s různou dobou životnosti zdroje, tj. všem je

vypočtena taková výše podpory, aby za dobu životnosti bylo dosaženo diskontované návratnosti investice, tedy aby byly pokryty náklady kapitálu cizího a vlastního včetně dosažení průměrného zisku z podnikání, jinými slovy, aby bylo dosaženo odpovídající výše vnitřního výnosového procenta IRR. **Proto jediným správným výkladem zákona je, že doba 15-ti leté prosté návratnosti uvedená v zákoně je zákonná garance, že tato doba nesmí být překročena za současné podmínky splnění diskontované návratnosti za dobu životnosti zdroje.** Jiný výklad zákona o podpoře, co se týká 15-ti leté doby návratnosti tak popírá účel zákona, který již byl Ústavním soudem opakovaně reflektován.

iii) **Stanoviska orgánů činných v trestním řízení**

35. Chybná konstrukce (zastávaná bývalým vedením ERU), že výkupní ceny by měly být kalkulovány na přesně 15-ti letou prostou návratnost a nikoliv na 20-ti letou diskontovanou návratnost, byla předmětem trestního podání na zaměstnance ERU. Tato konstrukce byla orgány činnými v trestním řízení, resp. vrchním státním zástupcem v Usnesení VSZ odmítnuta jako nedůvodná a nesprávná, přičemž k odložení trestního oznámení došlo jen proto, že orgány činné v trestním řízení a Vrchní státní zastupitelství navázaly na výklad zákona č. 180/2005 Sb. ve shodě s původním Vyjádřením ERU z 13.4.2012 v návaznosti na výklad uvedený v nálezu Pl. ÚS 11/17, což rovněž potvrzuje správnost výkladu zákona č. 180/2005 Sb. s nutnou aplikací vyhlášky č. 475/2005 Sb., tedy kalkulace výkupní ceny pro 20-ti letou diskontovanou návratnost dle uvedeného historického výkladu.
36. Jak vyplývá z tiskové zprávy Vrchního státního zastupitelství v Olomouci ze dne 18.11.2013 (v příloze) respektive Usnesení VSZ ve věci trestního oznámení postupoval policejní orgán, Útvar odhalování korupce a finanční kriminality, a po podané stížnosti ERU dne 7.10.2013 a přezkoumávalo Vrchní státní zastupitelství v Olomouci.
37. Stěžejním argumentem účastníka řízení (jeho bývalého vedení) vedle další argumentace bylo, že zaměstnanci ERU měli stanovit podporu výroby, výkupní ceny pro fotovoltaické výroby ve výši 15-ti leté prosté návratnosti, a protože tak neučinili, způsobili škodu. Trestní oznámení bylo posouzeno jako nedůvodné a navazující stížnost rovněž jako nedůvodná. Obě stanoviska orgánů činných v trestním řízení byla obsáhle zdůvodněna, a to v souladu s uvedeným Vyjádřením ERU a navazujícím usnesením ze dne 15.5.2012. Státní zástupce v usnesení provedl výklad zákona č. 180/2005 Sb.: „*Z opatřených podkladů vyplývá, že použití prosté doby návratnosti investorovi zaručuje stručně řečeno návrat čisté výše investice po patnácti letech ponížené o inflaci za celé období a ve své podstatě žádnou zárukou není. Zásadní pro výsledek daného trestního řízení však je zejména skutečnost, že použití diskontované metody je v souladu se zákonem, neboť zákon použití žádné z obou v úvahu připadajících relevantních ekonomických metod nestanoví, a tudíž ani nevylučuje. V těchto závěrech je přitom shodný názor odborného konzultanta přibraného policejním orgánem, stanovisek ČVUT, auditorů, odborníků činných v minulosti u Energetického úřadu a také policejního orgánu i státního zástupce*“ (na str. 6).
38. Státní zástupce dále konstatuje (str. 9), že vyhl. č. 364/2007 Sb. byla v příloze č. 3 změněna doba životnosti fotovoltaických elektráren na 20 let a uvádí, že naopak toto přivodilo snížení výkupních cen v jednotlivých letech v důsledku rozložení tohoto parametru, resp. dalších kalkulovaných parametrů v čase o dalších pět let. A dále uzavírá: „*Po provedeném prověřování je zřejmé, že Energetický regulační úřad dodržel zákonnou podmínku*

patnáctileté návratnosti investic při použití diskontované metody návratnosti, která odpovídala přibližně dvanáctileté návratnosti (pozn.: prosté dvanáctileté návratnosti) při jinak nevhodné prosté metody návratnosti. V těchto závěrech je taktéž shodný názor odborného konzultanta, auditorů, odborníků činných v minulosti u Energetického úřadu, policejního orgánu a nyní i státního zástupce“.

39. Státní zástupce tedy odmítl metodu prosté doby návratnosti pro stanovení výkupní ceny a naopak vyložil zákon o podpoře tak, že se musí použít metody diskontní za období 20-ti leté životnosti fotovoltaických elektráren (shodně Vyjádření ERU a také nález Ústavního soudu). Bývalé vedení ERU tak neuspělo se svou argumentací v rámci svého trestního podání proti svým zaměstnancům ohledně domnělé správnosti užití prosté metody návratnosti při kalkulaci výkupní ceny a neuspělo s argumentací, že prostou dobu návratnosti ve výši 15 let stanovuje zákon č.180/2005 Sb.
40. Pro úplnost se poznamenává, že i v další věci jiného šetření orgánů činných v trestním řízení dospěl policejní orgán ke shodným právní závěrům, jak vyplývají z výše uvedeného Usnesení VSZ (viz vyrozumění Policie ČR z 9.8.2013, čj. OKFK-2484-22/TČ-2013-252402-1 - v příloze a trestní oznámení rovněž v příloze).

IV. Jednání expertní skupiny zástupců ERU a provozovatelů FVE ke kalkulacím

41. Jak již bylo uvedeno na jednání stran v Senátu dne 1.12.2021 bylo dohodnuto, že začne pracovat odborná skupina (ekonomů) složená ze zástupců stran, která vyjasní otázky správné kalkulace výše výkupní ceny po zvýšení investičních nákladů na částku 70 mil. Kč s tím, že budou posouzeny předložené kalkulace provozovatelů FVE, jež byly v hlavních parametrech stejné jako již uvedená kalkulace ČVUT, ERU pro rok 2011. Expertní skupina zkontrolovala metodiku a parametry kalkulací. Zástupci účastníka řízení dospěli k závěru, že provozovateli předložené kalkulace jsou metodicky správně a při stejných vstupech se dochází k velmi obdobným výsledkům jako v kalkulacích ERU⁴. Kalkulace narovnání výše podpory uvažovala s narovnáním od 1.1.2022 je přitom samozřejmě věcí jednoduché změny v modelu tak aby byla přepočteno narovnání, zvýšení výkupní ceny např. od 1.1.2023.

Jak již bylo uvedeno účastník řízení však následně uzavřel věc přípisem ze dne 22.4.2022, sp.zn. 09053-1/2022-ERU, v níž se uvádí, že zastává nový výklad zákona o podpoře, co se týká 15-ti leté návratnosti, a proto nelze aplikovat již odsouhlasené kalkulace a narovnat výši podpory.

Důkaz:

- mailová korespondence mezi členy expertní skupiny - viz příloha

⁴ Jedinou zbývající položkou k vyjasnění je výše reinvestice na střídače, prozatímní rozdílnost má však zcela minimální vliv na výsledek kalkulace (v řádu desetin Kč ve výsledné výkupní ceně) a v tom jsou experti též ve shodě a je jisté, pokud to bude potřeba, že se dohodou stanoví konečná výše této částky v kalkulaci.

- kalkulace s investičními náklady 70 mil. Kč a výslednou výkupní cenou 13,65 Kč/kWh od 1.1.2022
- pomocná kalkulace s původní počáteční cenou 5,50 Kč/kWh s výsledným vnitřním výnosovým procentem IRR 3,1% a zápornou návratností investice ve výši -18,4 mil. Kč
- pro názornost jsou v přílohách též grafy průběhu prosté a diskontované návratnosti pro obě kalkulace)

V. Dopady do práva podnikat a na ekonomickou situaci dotčených provozovatelů FVE

42. Z jednání mezi účastníkem řízení a provozovatelem FVE vyplynulo, že předmětné investiční náklady, jak zjistil svým šetřením účastník řízení, měly být stanoveny ve výši 70 mil. Kč/MWp instalovaného výkonu (nikoliv ve výši 55. mil Kč/MWp). Rozdíl činí 15 mil. Kč. Je možné pak učinit elementární úvahu, že když do kalkulace výše podpory ERÚ byla použita hodnota 55 mil. Kč, tak nutným následkem je, že část investice, a to ve výši 15 mil. Kč se investorům nikdy nevrátí. Je to stejné jako kdyby výrobní podnik prodával své výrobky za vykalkulované ceny a nezahrnul by celou skutečnou investici spojenou s výrobkem. Důsledkem by byla přirozeně ztráta. Tuto situaci přesněji zobrazuje pomocný výpočtový model uvedený v příloze spolu s grafem průběhu návratnosti pro vnitřní výnosové procento IRR ve výši 6,3 %, a to s výsledkem, že **zbývá uhradit 18,4 mil. Kč za dobu 20-ti leté životnosti, aby se investice vrátila (sic!)**.
43. V bodě č. 16 tohoto návrhu je vysvětlen princip motivace investorů pro investici do obnovitelných zdrojů energie prostřednictvím zákona o podpoře. Investoři vynaloží totiž finanční prostředky pouze tehdy, pokud daná investice bude vykazovat obvyklou tržní návratnost a bude dosaženo obvyklého zisku, což je zjišťováno vnitřním výnosovým procentem IRR (obecně tzv. diskontem), stanovovaným v počáteční kalkulaci výše podpory pro obnovitelné zdroje jako vážený průměr nákladů kapitálu WACC (Weighted Average Cost of Capital). Jde v zásadě o aplikaci časové hodnoty peněz, která je ovšem každému jasná např. v otázce dopadů inflace, což lze ilustrovat na následujícím příkladu. Pokud určitá investice (jako počáteční hodnota peněz) je 100 při roční inflaci ve výši 3,1 % a že doba životnosti investice je jeden rok, pak má-li se investice za rok vrátit pouze ekvivalentně své počáteční hodnotě, musí vygenerovat po roce hodnotu zvýšenou o 3,1 %.
44. K závěru o nedosažení odpovídající návratnosti vlastního kapitálu lze dojít i následujícím rozбором (rozkladem) skutečně dosaženého IRR ve výši 3,1 %, jak je uvedeno v pomocném výpočtovém modelu v příloze s výsledkem, že zbývá na investici uhradit 18,4 mil. Kč.
45. V diskontních modelech (ČVUT, ERÚ a v tomto návrhu předložených) je používán jako diskont WACC (průměrné vážené náklady kapitálu cizího a vlastního) v souladu s vyhláškou č.475/2005 sb., který se rovná požadovanému IRR a kterým je volné CF diskontováno. Podrobnější popis způsobu výpočtu v modelu ČVUT, ERÚ je uveden v samostatné příloze. Tato metoda je založena také na tom, že náklady na cizí kapitál (zejména úrok z úvěrů) nejsou a nesmí být obsaženy ve vlastních nákladech a nevstupují přímo do výpočtu volného CF. Úroky z cizího kapitálu se do výpočtu v modelu dostanou zprostředkovaně prostřednictvím WACC (IRR) a touto diskontní mírou jsou volné peněžní toky diskontovány, to jest sníženy právě o náklady cizího kapitálu a náklady vlastního kapitálu (požadovaný výnos včetně všech rizikových přírážek a inflace). Když by úroky

z cizího kapitálu vynaloženého na investici byly obsaženy ve vlastních nákladech a pak vypočten volný CF a pak volný CF diskontován WACC, tak by tyto úroky byly ve výpočtu zohledněny duplicitně, což není možné. V modelu ČVUT,ERU (Kalkulace ČVUT,ERU pro rok 2011 - v příloze) je to názorně vidět, když celý řádek investiční úroky obsahuje nuly, předložené výpočtové modely v přílohách tohoto podání (prakticky totožné s modelem ČVUT,ERU pochopitelně rovněž nepočítají s žádnými úroky ve vlastních nákladech). Ve studii ČVUT vypracované pro ERÚ v září roku 2009 (v příloze) je na str. 27 popsáno stanovení diskontu metodou WACC ve výši 7% (jak uvedeno IRR projektů = 7%) a to pro rok 2010, ve kterém i objektivně investovaly do FVE i dotčení provozovatelé a to následovně:

- 30% vlastní zdroje (investice investora), 70% cizí zdroje (investice např. pomocí úvěru)
- výše úroků u cizích zdrojů, úvěrů 6%
- výnos (náklad) vlastního kapitálu 12% (včetně všech rizikových přírážek a inflace)
- daň z příjmu 19%

Stanovení WACC váženým průměrem je pak následující:

$$7\% = (6\% \times 0,81) \times 0,7 + 12\% \times 0,3$$

Po úpravě:

$$7\% = 3,4\% + 3,6\%$$

Koeficient 0,81 je zohlednění daně z příjmu jako takz. daňový štít ve výši 19%
($1 - 0,19 = 0,81$)

Požadované IRR, WACC ve výši 7% se skládá (viz pravá strana rovnice) z příspěvku na úhradu nákladů na cizí kapitál ve výši 3,4 % a z příspěvku na úhradu nákladů vlastního kapitálu (zisku, inflace a rizikových přírážek) ve výši 3,6 % (obdobně je tomu tak, pokud požadovaná WACC, IRR je 6,3%). V pomocném výpočtovém modelu (v příloze) s nesprávnou výši počáteční investice ve výši 55 mil. Kč vychází skutečné IRR pouhých 3,1 %. V praxi to má pak ten následek, že provozovatel FVE musí nejdříve z volného cash flow pokrýt náklady cizího kapitálu, v uvedeném rozkladu ve výši 3,4%, a to jen částečně a na úhradu nákladů vlastního kapitálu nezbyvá nic, přesněji z investice nebude uhrazeno 18,4 mil. Kč, jak je názorně vidět v grafu k výpočtovému modelu.

46. Lze shrnout, že ekonomický dopad na investici je velmi negativní, počáteční hodnota majetku investora je snížena, legitimní očekávání investora není naplněno a lze také konstatovat, že za takto stanovených podmínek by racionálně uvažující investor neučinil toto investiční rozhodnutí a využil by jiné alternativní tržní příležitosti, která by nevykazovala deficit na úhradu investice.

VI. Ústavněprávní rozměr a nezákonnost napadeného právního předpisu

47. Navrhovatelka shora zevrubně predestřela jak faktickou rovinu svého návrhu, tak i právní rozbor dotčených ustanovení relevantních právních předpisů a jejich již dříve přijatý a ustálený výklad, jehož se účastník řízení nedrží. Z těchto okolností pak dovozuje, že tímto návrhem napadeným cenovým rozhodnutím účastníka řízení dochází u dotčených provozovatelů FVE k

- a) dotčení **v právu na zákonnou garantovanou návratnost** (dle ust. § 6 dst. 1 zákona č. 180/2005 Sb.) a tím také dotčení ústavně garantované zásady ochrany legitimních očekávání,
- b) **porušení ústavní zásady rovnosti před zákonem dle čl. 1 a 3 Listiny základních práv a svobod, rovněž i ve vztahu k čl. 26 Listiny,**
- c) nerespektování **principů právní jistoty a právního státu**, zaručených ústavním pořádkem, neboť právní předpis vydaný účastníkem řízení, ale také výkon jeho zákonné působnosti a pravomocí vykazuje **zjevné prvky libovůle** při zásahu do práva na stanovené postupy dle čl. 36 odst. 1 Listiny (srov. nález IV. ÚS 690/01),
- d) **dotčení na právu vlastnit majetek dle čl. 11 Listiny základních práv a svobod**, s čl. 17 odst. 1 Listiny základních práv Evropské unie, resp. právem na ochranu proti zásahu do pokojného užívání majetku dle čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod s tím, že navrhovatelé dokládají významné ekonomické následky dopadající na majetkovou sféru adresátů napadených částí zákonů,
- e) **porušení jejich práva podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost dle čl. 26 Listiny základních práv a svobod a čl. 16 Listiny základních práv Evropské unie.**

48. Specificky pak navrhovatelka poznamenává k porušení ústavního principu rovnosti a nerovného zacházení s různými subjekty, v čemž shledává nosný důvod podání tohoto návrhu k Ústavnímu soudu. Ústavní soud v řadě svých rozhodnutí vyložil obsah ústavního principu rovnosti. Ne každé nerovné zacházení s různými subjekty lze kvalifikovat jako porušení principu rovnosti, tedy jako protiprávní diskriminaci jedněch subjektů ve srovnání se subjekty jinými. Aby k porušení došlo, musí být splněno několik podmínek: s různými subjekty, které se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci, se zachází rozdílným způsobem, aniž by existovaly objektivní a rozumné důvody pro uplatněný rozdílný přístup. Ústavní soud tímto odmítl absolutní chápání principu rovnosti, přičemž dále konstatoval: „*rovnost občanů nelze chápat jako kategorii abstraktní, nýbrž jako rovnost relativní, jak ji mají na mysli všechny moderní ústavy*“ (sp. zn. Pl. ÚS 36/93). Obsah principu rovnosti tím posunul do oblasti ústavněprávní akceptovatelnosti hledisek odlišování subjektů a práv. Hledisko první spatřuje přitom ve vyloučení libovůle. Hledisko druhé vyplývá z právního názoru vyjádřeného v nálezu pod sp. zn. Pl. ÚS 4/95 ze dne 7. 6. 1995 (N 29/3 SbNU 209; 168/1995 Sb.): „*nerovnost v sociálních vztazích, má-li se dotknout základních lidských práv, musí dosáhnout intenzity zpochybňující, alespoň v určitém směru, již samu podstatu rovnosti. Tak se zpravidla děje tehdy, je-li s porušením rovnosti spojeno i porušení jiného základního práva, např. práva vlastnit majetek podle čl. 11 Listiny základních práv a svobod, některého z politických práv podle čl. 17 a násl. Listiny ...*“ (shodně nález sp. zn. Pl. ÚS 5/95). Druhé hledisko při posuzování protiústavnosti právního předpisu zakládajícího nerovnost je tedy tímto založené dotčení některého ze základních práv a svobod.
49. Pro závěr o přímé diskriminaci vychází Ústavní soud zpravidla z následujícího testu formulovaného zejména v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 49/10 (N 10/72 SbNU 111) a sp. zn. Pl. ÚS 31/13 (N 138/74 SbNU 141), který lze vyjádřit formou těchto otázek: (1) *jde o srovnatelného jednotlivce nebo skupiny?* Podle navrhovatelky s ohledem na vymezení podporovaných zdrojů ve relevantních právních předpisech i napadeném cenového

rozhodnutí je odpověď na tuto otázku nepochybně kladná. (2) *je s nimi nakládáno odlišně na základě některého ze zakázaných důvodů?* Ve shora uvedené části má navrhovatelka za to, že doložila odlišné zacházení s dotčenými provozovateli FVE a také jeho nepřipustnost⁵. (3) *je jim odlišné zacházení k tíži (uložením břemene nebo odepřením dobra)?* I zde jde odpověď dle navrhovatelky kladná, kdy odlišné zacházení má tíživé následky na dotčené provozovatele FVE (viz část V). (4) *je toto odlišné zacházení ospravedlnitelné, resp. (a) sleduje legitimní zájem a (b) je přiměřené?* Podle navrhovatelky je odpověď u obou sledovaných kritérií záporná (viz část V).

50. Byť se zákon č. 180/2005 Sb. dotýká fiskální politiky státu, navrhovatelka podtrhuje, že nejde o tzv. daňový zákon, jak jej Ústavní soud ve své judikatuře chápe. Dále také podotýká, že přestože v obecné rovině platí, že stát „*může rozhodnout, že jedné skupině poskytne méně výhod než jiné, nesmí však postupovat libovolně a z jeho rozhodnutí musí být patrné, že tak činí ve veřejném zájmu*“ (srov. Pl. ÚS 18/15).

Ze všech těchto důvodů se navrhovatelka rozhodla využít svého ústavně zaručeného práva a požádat Ústavní soud o abstraktní přezkum dotčené části napadeného právního předpisu.

VII. Žádost o přednostní projednání

51. Navrhovatelka žádá s ohledem na:

- a) význam předloženého návrhu, byť na omezený okruh dotčených subjektů, jimž se však krátí doba možné nápravy ze strany účastníka řízení v případě vyhovění návrhu ze strany Ústavního soudu, a s ohledem na vážné ekonomické dopady na tyto provozovatele,
- b) dobu platnosti a účinnosti cenového rozhodnutí č. 6/2021, kteréžto končí dne 31.12.2022, resp. s ohledem na termín vydání nového cenového rozhodnutí, kterým se stanoví podpora pro podporované zdroje pro rok 2023, které obvykle ERU vydává v podzimních měsících, přičemž v případě vyhovění návrhu ze strany Ústavního soudu by náprava měla být provedena právě v tomto novém cenovém rozhodnutí, a nebo prostřednictvím jeho novely s účinností od 1.1.2023, pokud již ERU cenové rozhodnutí pro rok 2023 vydá. Je plně v diskreční pravomoci Ústavního soudu, ke kterému dni případně řádek č. 509 cenového rozhodnutí č. 06/2021 zruší; nemůže jej však zrušit k pozdějšímu datu, než 31.12.2022, neboť jej nahradí od 1.1.2023 nové cenové rozhodnutí (pozn. v takovém případě by zřejmě muselo být rozhodnuto o zrušení tohoto řádku v novém cenovém rozhodnutí), a stejně tak se nedoporučuje jej zrušit k dřívějšímu datu, neboť by tím vznikly pochybnosti, zda provozovatelům

⁵ Navzdory tomu, že předmětné kritérium rozlišování není a priori zakázané, lze i tak dospět k závěru o jeho neslučitelnosti s čl. 3 odst. 1 Listiny (nález ze dne 10. 7. 2014 sp. zn. Pl. ÚS 31/13, body 58 a 59 odůvodnění). Rovněž podle názorů odborné literatury „*nenaplnění druhého kroku formulovaného testu přímé diskriminace (zakázaný důvod rozlišování) ... nemá vést k finálnímu závěru, že k diskriminaci nedošlo... Neexistence zakázaného důvodu rozlišování ... má být výhybkou v přísnosti přezkumu, nikoliv stopkou pro závěr o neexistenci diskriminace*“ (BARTOŇ, M. In HUSSEINI, F. a kol. Listina základních práv a svobod. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 156)

výroben uvedeným do provozu v roce 2011 náleží od data zrušení předmětné části cenového rozhodnutí č. 06/2021 podpora,

- c) potřebu vytvořit pro účastníka řízení dostatečný prostor k tomu, aby novelizoval § 6 odst. 1 vyhlášky č. 347/2012 Sb., ve které by stanovil, že pravidlo, že „pro výroby uvedené do provozu do dne 31.12.2012 včetně platí indikativní hodnoty technicko-ekonomických parametrů podle přílohy č. 3 k vyhlášce č. 475/2005 Sb.“ se nevztahuje na Celkové měrné investiční náklady (Kč/kWp) pro fotovoltaické výroby nad 100 kWp, pro které výše těchto celkových měrných investičních nákladů činí 70 000 Kč/kWp.

aby tento návrh byl Ústavním soudem projednán přednostně.

VIII. Závěrečný návrh

S ohledem na výše uvedené navrhovatelka navrhuje, aby Ústavní soudu vydal

n á l e z,

již z r u š í v cenovém rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 06/2021 řádek stanovující podporu výkupní cenou a zeleným bonusem u fotovoltaických elektráren s instalovaným výkonem nad 100 kWp s uvedením do provozu od 1.1.2011 do 31.12. 2011 (ř. 509).

Navrhovatelka

Skupina senátorů jednající sen. Hanou Žákovou

právně zastoupena **Mgr. Lucií Tycovou Rambouskovou**
advokátkou

Seznam příloh chronologicky dle textu - přílohy budou zaslány prostřednictvím České pošty a.s.:

~~1) Podpisová listina senátorů~~

2) Plná moc

3) Závěrečné stanovisko ERU 22.4.2022, ~~přípis ERU sp.zn.09053-1/2022-ERU~~

4) Návrh dohody o narovnání 7.4.2022

5) Dopis FVE 11 k návrhu dohody o narovnání 7.4.2022

6) Odborný posudek Ernst a Young

7) Studie ČVUT 1. etapa ze září 2011

8) Studie ČVUT ze září 2010

9) Zápis z jednání v Senátu PČR 1.12.2021



- 10) Dopis právního zástupce provozovatelů FVE z 19.1.2022 na ERU - doplnění argumentace
- 11) Vyjádření ERU doručené ÚS 16.4.2012
- 12) Trestní oznámení fotovoltaické asociace 20.2.2013
- 13) Vyrozumění Policie ČR z 9.8. 2013 k trestnímu oznámení fotovoltaické asociace
- 14) Vypořádání trestního oznámení ERU-tisková zpráva Vrchního st. zastupitelství 18.11.2013
- 15) Popis způsob výpočtu v modelu ČVUT, ERU a práce s modelem
- 16) Kalkulace ČVUT-ERU pro rok 2011
- 17) Graf průběhu prosté a diskontované návratnosti ke kalkulaci ČVUT, ERU pro r. 2011
- 18) FVE 11 kalkulační pomůcka IRR 3,1% se zápornou návratností investice -18,4 mil. Kč
- 19) Graf průběhu prosté a diskontované návratnosti ke kalkulaci s IRR 3,1% a zápornou návratností investice -18,4 mil. Kč
- 20) FVE 11 kalkulační s IRR 6,3%, výkupní cena 13,65 Kč
- 21) Graf průběhu prosté a diskontované návratnosti ke kalkulaci s cenou 13,65 Kč
- 22) Souhlas ERU s kalkulacemi-mailová korespondence
- 23) Zpráva, studie ČVUT ze září 2009
- 24) Cenové rozhodnutí ERU č. 02/2010
- 25) Cenové rozhodnutí ERU č. 06/2021

nepůloženo