



UOHSX00DYTY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0164/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-31231/2020/321/VJu

Brno 20. 10. 2020

V řízení o rozkladu ze dne 19. 8. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Witbystar a.s.**, IČO 28360010, se sídlem Kaprova 42/14, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeným Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-24250/2020/522/PKř ze dne 6. 8. 2020 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0330/2017/VZ ve věci přezkoumání postupu zadavatele –

- **Liberecký kraj**, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec, ve správním řízení zastoupeného obchodní společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

směřujícího k „**Nabytí výlučné majetkové účasti (podílu) ve společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě**“ mimo zadávací řízení, kdy oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 7. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 7. 2017, pod ev. č. Z2017-018589 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 7. 2017, pod ev. č. 2017/S 133-272124,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-24250/2020/522/PKř ze dne 6. 8. 2020, vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0330/2017/VZ

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec, ve správním řízení zastoupený obchodní společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 15. 6. 2020 (dále jen „**zadavatel**“) – oznámil prostřednictvím Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, které bylo odesláno k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 7. 2017 (dále jen „**dobrovolné oznámení**“), svůj záměr spočívající v „Nabytí výlučné majetkové účasti (podílu) ve společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě“ mimo zadávací řízení. Předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 7. 2017, pod ev. č. zakázky Z2017-018589 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 7. 2017, pod ev. č. 2017/S 133-272124.
2. V Oddílu II s názvem „Předmět“ dobrovolného oznámení je v bodu II.2.4) „Popis zakázky“ uvedeno následující: „Nabytí podílu ve společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě za účelem získání 100% podílu v této společnosti a následného zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje na základě vertikální spolupráce.“ Jako konečná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem v bodu II.1.7) dobrovolného oznámení uvedena částka 18 000 000 Kč.
3. Dne 28. 7. 2017 podal navrhovatel – BusLine a.s., IČO 28360010, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, (nyní Witbystar a.s., IČO 28360010, se sídlem Kaprova 42/14, 110 00 Praha 1), ve správním řízení zastoupen Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 15. 8. 2017 (dále jen „**navrhovatel**“) – zadavateli námitky proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu a proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Tyto však zadavatel rozhodnutím ze dne 8. 8. 2017 odmítl.
4. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím zadavatele o námitkách neztotožnil, podal dne 18. 8. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „**návrh**“).

5. Dne 13. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-29881/2017/521/MŽi z téhož dne (dále jen „**první meritorní rozhodnutí Úřadu**“).
6. Výrokem I. Úřad zamítl návrh navrhovatele v části vztahující se k postupu zadavatele směřujícímu k údajnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), a to pořízením podílu v obchodní společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě za účelem následného zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje, příp. nabytím pohledávek za takovou společností či koupí závodu nebo části závodu společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě za účelem následného zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje, podle ustanovení § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.
7. Výrokem II. Úřad zamítl návrh navrhovatele v části směřující proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.
8. V odůvodnění výroku I. prvostupňového rozhodnutí Úřad uvedl, že základní otázkou, kterou je třeba se zabývat, je, zda koupě akcií, nabytí pohledávek či koupě závodu (tedy tři různé postupy či právní jednání, které zadavatel zamýšlí realizovat, příp. zvažuje jejich realizaci, a které navrhovatel označil v souvislosti s nabytím výlučné majetkové účasti) vůbec naplňují znaky veřejné zakázky ve smyslu zákona.
9. Nejprve se Úřad soustředil na to, zda předmět smluv, které chce zadavatel uzavřít, představuje poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací. Ke skutečnosti, zda se nejedná o veřejnou zakázku na dodávky, pak uvedl, že jakkoliv je v § 14 odst. 1 zákona u veřejných zakázek na dodávky uvedeno, že jejich předmětem je mj. pořízení věcí, nelze toliko na základě jazykového výkladu konstatovat, že se v tomto případě jedná o všechny věci v právním smyslu, jak jsou definovány v ustanovení § 489 občanského zákoníku. Dle Úřadu z pohledu evropského práva představují veřejné zakázky na dodávky takové smlouvy, jejichž prostřednictvím jsou pořizovány „výrobky“ ve smyslu „zboží“ obchodovaného na daném relevantním trhu. Nemusí se přitom nutně jednat toliko o věci hmotné (ilustrativním příkladem nemateriálního „zboží“ mohou být např. autorskoprávní licence). Cílem evropské úpravy nebylo regulovat pořízení takových věcí v právním smyslu, jako jsou akcie, pohledávky či závod, pochopitelně s výhradou, že by pořízením takových věcí docházelo k obcházení směrnice.
10. Úřad dále k této problematice uvedl, že za situace, kdy se zadavatel rozhodne pro koupi akcií konkrétní obchodní společnosti v množství, které mu může nabídnout toliko jeden akcionář, o nabytí pohledávek za určitým konkrétním dlužníkem či o koupi konkrétního závodu či části závodu, nelze hovořit o hospodářské soutěži, neboť tato nemůže reálně existovat.
11. Ze všech shora uvedených důvodů dospěl Úřad k závěru, že § 2 odst. 1 zákona ve spojení s § 14 odst. 1 zákona nelze vykládat tak, že smlouva o úplatném nabytí akcií, pohledávek či závodu (jeho části) je *per definitionem* veřejnou zakázkou. Takový smluvní vztah naopak dle názoru Úřadu při výkladu *e ratione legis* v běžných případech zákonem regulován není; uzavření takové smlouvy proto nelze dle Úřadu pokládat automaticky, bez dalšího za zadání veřejné zakázky a takovou smlouvu není zadavatel vždy povinen zadávat v zadávacím řízení.

12. V odůvodnění výroku II. prvního meritorního rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel sice odeslal dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu, ale důvodem nebylo neodeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení nadlimitní veřejné zakázky (jak předpokládá ustanovení § 212 odst. 2 zákona), neboť zadavatel nadlimitní veřejnou zakázku nezadá. Úřad tak konstatoval, že se zadavatel, i za situace, pokud by uvedl v oznámení nepřiléhavé údaje, příp. i nepřiléhavý CPV kód, jak uvádí v návrhu navrhovatel, v šetřeném případě nemohl dopustit porušení pravidel stanovených pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté zákona, ani stanovit zadávací podmínky v rozporu se zákonem, neboť předmětné oznámení se netýkalo veřejné zakázky zadávané v režimu zákona.
13. Dne 27. 10. 2017 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti prvnímu meritornímu rozhodnutí Úřadu. Navrhovatel rozkladem napadl nesprávné právní posouzení skutkového stavu věci správním orgánem.
14. Rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0194/2017/VZ-00305/2018/323/EBr ze dne 4. 1. 2018 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí I**“), předseda Úřadu první meritorní rozhodnutí Úřadu v celém rozsahu pro jeho nezákonnost zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
15. V odůvodnění zrušujícího druhostupňového rozhodnutí I předseda Úřadu k otázce naplnění znaků veřejné zakázky odkázal zejména na důvodovou zprávu k § 14 zákona a dále na komentářovou literaturu k výše uvedenému § 14 zákona. Dále poukázal na skutečnost, že unijní úprava nebrání vnitrostátnímu zákonodárci přijmout přísnější opatření v oblasti veřejných zakázek, než jaká vyžaduje směrnice. V nyní projednávaném případě tedy nebylo možné přihlížet pouze k výkladu unijní úpravy a její preambule, nýbrž bylo nutné primárně přihlížet k jazykovému výkladu zákona, neboť jeho znění může stanovit přísnější pravidla pro zadávání veřejných zakázek než samotná unijní úprava (k čemuž v projednávaném případě také došlo). Z výše uvedeného bylo tedy zcela zřejmé, že je pro tvorbu závěrů v dané věci třeba vykládat předně ustanovení § 14 odst. 1 zákona a nikoli úpravu unijní. Konkrétně pak předseda Úřadu vyslovil závěr, že zákon záměrně pracuje s pojmem „věc“ ve smyslu § 489 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**občanský zákoník**“), a že vše (akcie, pohledávky ...), co chtěl zadavatel svým jednáním pořídit, spadá pod definici „věci“ ve smyslu § 489 občanského zákoníku a může být tedy předmětem veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona.
16. Co se týká údajné neexistence hospodářské soutěže, měl předseda Úřadu za to, že v tomto případě hospodářská soutěž prokazatelně existovala, když zadavateli bylo lhostejné, která z jím oslovených společností přistoupí na jeho podmínky. Nic ze zjištěných skutečností totiž neprokazovalo, že by zadavatel trval na nabytí podílu jen jediné konkrétní společnosti.
17. Úřad tedy dle názoru předsedy Úřadu v prvním meritorním rozhodnutí Úřadu nesprávně vyložil znění § 14 odst. 1 zákona, když konstatoval, že úplatné nabytí akcií, pohledávek či závodu není veřejnou zakázkou na dodávky. Zároveň Úřad učinil nesprávný závěr týkající se neexistence hospodářské soutěže. Co se týká přezkumu, zda by jednáním zadavatele nedošlo k obcházení zákona, to je nutné posoudit nejen s ohledem na dobu vzniku jednotlivých zadavatelem oslovených společností, nýbrž také s ohledem na ostatní skutečnosti blíže nastíněné v bodě 48. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí I.

18. Dne 19. 3. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-08408/2018/521/MŽi z téhož dne (dále jen „**druhé meritorní rozhodnutí Úřadu**“).
19. Ve výroku I. druhého meritorního rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona směřuje k zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem je pořízení podílu v obchodní společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě za účelem následného zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje, a to koupí 76 380 kusů kmenových akcií obchodní společnosti ČSAD Liberec, a.s., IČO 25045504, se sídlem České mládeže 594/33, 460 06 Liberec, (dále jen „**ČSAD Liberec**“) od obchodní společnosti Liberecká automobilová doprava, s.r.o., IČO 47309440, se sídlem České mládeže 594/33, 460 06 Liberec, (dále jen „**LIAD s.r.o.**“) mimo zadávací řízení, přičemž dne 18. 8. 2017 již byla uzavřena RÁMCOVÁ SMLOUVA O PŘEVODU AKCIÍ č. OLP/2941/2017 mezi zadavatelem (jako nabyvatelem) a obchodní společností LIAD s.r.o. (jako převodcem), ve které uvedené smluvní strany vymezily mj. konkrétní znění smlouvy o převodu akcií a sjednaly podmínky, za nichž bude smlouva o převodu akcií uzavřena (dále jen „**Rámcová smlouva**“), ačkoliv je povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona.
20. Ve výroku II. Úřad konstatoval, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona směřuje k zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem je koupě závodu nebo části závodu společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě za účelem následného zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje, a to koupí závodu nebo části závodu navrhovatele mimo zadávací řízení, kdy zadavatel oslovil přípisem ze dne 15. 5. 2017 navrhovatele s nabídkou jednání o přímém vstupu do společnosti, příp. o odkoupení závodu nebo jeho části, a následně dne 28. 7. 2017 obdržel přípis navrhovatele, v němž je uvedeno, že tento upřednostňuje prodej části závodu, ačkoliv je povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona.
21. Ve výroku III. Úřad rozhodl, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona směřuje k zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem je koupě části závodu společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě za účelem následného zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje, a to koupí části závodu obchodní společnosti ČSAD Česká Lípa a.s., IČO 25497987, se sídlem Rotavská 2656/2b, 155 00 Praha 5 (do 28. 6. 2018 se sídlem Lumiérů 181/41, 152 00 Praha 5, dále jen „**ČSAD Česká Lípa**“) mimo zadávací řízení, kdy zadavatel oslovil přípisem ze dne 15. 5. 2017 jmenovanou obchodní společnost s nabídkou jednání o přímém vstupu do společnosti, příp. o odkoupení závodu nebo jeho části, a následně vzala Rada Libereckého kraje usnesením č. 1504/17/mRK ze dne 16. 8. 2017 na vědomí nabídku jmenované obchodní společnosti k odprodeji části závodu, ačkoliv je povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona.
22. Ve výrocích IV., V., a VI. druhého meritorního rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výrocích I., II. a III. druhého meritorního rozhodnutí Úřad zakázal zadavateli pokračovat v postupu směřujícím (1) k nabytí akcií obchodní společnosti ČSAD Liberec, (2) k nabytí závodu nebo části závodu navrhovatele, (3) k nabytí závodu nebo části závodu obchodní společnosti ČSAD Česká Lípa v hodnotě přesahující finanční limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu na dodávky, mimo zadávací řízení.

23. Výrokem VII. pak Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
24. V rámci odůvodnění výroků I. až III. druhého meritorního rozhodnutí Úřadu Úřad vyslovil, že zadavatel svým jednáním směřuje ke koupi akcií společnosti ČSAD Liberec, dále že tento hodlá realizovat posouzení možnosti koupě závodu společnosti ČSAD Česká Lípa a vede komunikaci s navrhovatelem o možnosti koupě části závodu navrhovatele. Úřad proto zkoumal, zda výše uvedená jednání naplňují znaky veřejné zakázky, kterou by měl zadavatel zadávat v zadávacím řízení. Základní spornou otázkou zejména bylo, zda se v případě pořízení akcií či závodu (či jeho části) nejedná o veřejnou zakázku na dodávky. Při tomto zjištění vycházel ze znění § 14 odst. 1 zákona, dále z důvodové zprávy týkající se tohoto ustanovení a z komentářové literatury, když dospěl k závěru, že zákon záměrně pracuje s pojmem „věc“ ve smyslu občanského zákoníku. Vše, co chtěl tedy zadavatel svým jednáním pořídit (tedy akcie i závod), spadá pod definici „věci“ ve smyslu § 489 občanského zákoníku a může být tedy předmětem veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona.
25. K tomu Úřad dále podotkl, že zákon (oproti předchozímu zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) neupravuje žádnou výjimku, která by se vztahovala na dodání cenných papírů či obchodního závodu. Uzavření smlouvy o úplatném nabytí akcií či závodu (případně jeho části) je tedy per definitionem zadáním veřejné zakázky.
26. V rámci odůvodnění výroků IV., V. a VI. druhého meritorního rozhodnutí Úřad konstatoval, že s ohledem na to, že zadavatel směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, ačkoliv je povinen veřejnou zakázku zadat v některém z úvahu přicházejících zadávacích řízení, rozhodl Úřad o uložení zákazu zadavateli v tomto jednání pokračovat.
27. Dále Úřad uvedl, že zákaz postupu směřujícího k nabytí akcií, závodu či jeho části je vyslovován toliko k nabytí těchto věcí v celkové hodnotě přesahující limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu z toho důvodu, že uvedené věci v hodnotě odpovídající veřejné zakázce malého rozsahu není zadavatel povinen nabýt na základě provedeného zadávacího řízení.
28. Rozkladem ze dne 3. 4. 2018 zadavatel napadl druhé meritorní rozhodnutí Úřadu. Předseda Úřadu o rozkladu zadavatele rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0057/2018/VZ-18785/2018/323/EBr ze dne 25. 6. 2018 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí II**“), kterým rozklad zamítl a druhé meritorní rozhodnutí Úřadu potvrdil.

II. Soudní přezkum

29. Proti druhostupňovému rozhodnutí II podal zadavatel žalobu u Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“). Krajský soud rozsudkem č. j. 31 Af 70/2018 – 131 ze dne 27. 5. 2020 (dále jen „**rozsudek ze dne 27. 5. 2020**“) zrušil druhostupňové rozhodnutí II a druhé meritorní rozhodnutí Úřadu a vrátil věc Úřadu k dalšímu řízení.
30. Krajský soud v odůvodnění svého rozsudku mj. konstatoval, že při výkladu znění § 14 odst. 1 zákona je třeba pojem „věc“, jakožto předmět veřejné zakázky na dodávky, interpretovat eurokonformně, tj. ve shodě s pojmem „výrobek“ (potažmo „produkt“) dle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jako „**zadávací směrnice**“), nikoliv dle definice obsažené v § 489 občanského zákoníku.

31. Krajský soud pak dále dovodil, že z ničeho nelze seznat úmysl zákonodárce odchýlit se od znění a výkladu zadávací směrnice a rozšířit tak dopady zákona i na nákup cenných papírů, závodu či obchodního podílu. Byť tedy zákona přesně doslovným zněním neodpovídá znění směrnice, není dle krajského soudu důvodem upřednostnit výklad pojmu „veřejná zakázka na dodávky“ založený na výkladu pojmu věc dle občanského zákoníku oproti výkladu založenému za znění zadávací směrnice a tedy pojem veřejná zakázka na dodávky se musí vykládat jako „veřejné zakázky, jejichž předmětem je koupě výrobků, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní“, tedy úžeji, než jak to vyložil Úřad. V tomto smyslu tudíž krajský soud cenný papír, obchodní závod či podíl v obchodní korporaci nepovažuje za předmět veřejné zakázky na dodávky.
32. Dále krajský soud konstatoval, že v postupu zadavatele neshledává obcházení zákona. Dle soudu je přípustné, aby zadavatel za účelem zajišťování svých potřeb založil obchodní společnost, nebo aby takovou společnost jinak nabyt a poté k zajištění svých potřeb využil vertikální spolupráce dle § 11 zákona. Za obcházení zákona nelze dle krajského soudu principiálně považovat snahu navrhovatele zajistit službu ve veřejném zájmu pomocí vertikální spolupráce, neboť 1) taková snaha je legitimní, 2) stav, o jehož nastolení žalobce usiluje, je zákonem předpokládaný, 3) cesta, kterou žalobce k dosažení tohoto stavu volí, je očekávatelná a přípustná a 4) soulad vertikální spolupráce se zákonem je Úřadem kontrolovatelný.
33. Navrhovatel i Úřad napadli rozsudek ze dne 27. 5. 2020 kasační stížností.

III. Projednání věci Úřadem po zrušujícím rozsudku ze dne 27. 5. 2020

34. Dne 6. 8. 2020 vydal Úřad v této věci rozhodnutí č. j. ÚOHS-24250/2020/522/PKř (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým dle § 265 písm. c) zákona zamítl návrh navrhovatele ze dne 18. 8. 2017, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona. Úřad vyšel z právních názorů krajského soudu vyslovených v rozsudku ze dne 27. 5. 2020 a tyto převzal.

IV. Rozklad navrhovatele

35. Dne 19. 8. 2020 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 6. 8. 2020. Rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě. Navrhovatel napadá napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu, považuje jej za nesprávné.

Námítky rozkladu

36. Navrhovatel zprvu polemizuje se závěry vyslovenými krajským soudem v napadeném rozsudku stran výkladu pojmu veřejná zakázka na dodávky – tedy zda tento pojem zahrnuje i koupi obchodního podílu (akcií) či závodu nebo jeho části.
37. Dále navrhovatel vytýká Úřadu, že se měl zabývat tím, zda zadavatel svým jednáním úmyslně neobchází zákon a dle tohoto rozšířit skutková zjištění, provedené dokazování a své závěry stran jednání zadavatele. V této rovině pak navrhovatel dále polemizuje s napadeným rozsudkem.
38. Navrhovatel pak tvrdí, že jednání společnosti Autobusy LK, s.r.o., IČO 06897517, se sídlem U Jezů 525/4, 460 01 Liberec (dále jako „**Autobusy LK**“), musí být přičitatelné zadavateli

z hlediska zákona, jako osobě ze sta procent ovládající Autobusy LK. K tomu navrhovatel uvádí, že zadavatel, Autobusy LK a ČSAD Liberec tvoří z hlediska soutěžního práva jeden podnik a jedná se o fakticky totožné subjekty s odlišnou právní subjektivitou. Navrhovatel pak tvrdí, že mu nelze klást k tíži, že v době podání návrhu na zahájení tohoto správního řízení neuvedl v návrhu společnost Autobusy LK, když tato ještě neexistovala a také že nepředvídal, že obejití zákona zadavatel skutečným prostřednictvím k tomu založené společnosti jím zcela ovládané. Navrhovatel pak tvrdí, že Autobusy LK je třeba pro účely tohoto správního řízení považovat za právního nástupce zadavatele.

39. Navrhovatel pak shrnuje, že nelze připustit výklad vedoucí k tomu, že zadavatel se pouhým založením dceřiné společnosti vyhne povinností vyplývajícím mu ze zákona. Navrhovatel pak v části III./d rozkladu uvádí, že jednání zadavatele směřující ke koupi obchodní společnosti vždy bylo pouze zástěrkou, jak se vyhnout plnění povinností dle zákona. K tomu navrhovatel namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť dle jeho názoru se Úřad nedostatečně vypořádal s navrhovatelem citovanými rozhodnutími (která navrhovatel opětovně cituje v odstavcích 29. a 30. rozkladu).
40. Navrhovatel pak tvrdí, že nelze přijmout závěr Úřadu o nemožnosti přezkumu uzavřených a splněných smluv v případě, že se jedná o smlouvu plněnou okamžitě (jako v této věci), neboť pak by byl zcela popřen účel přezkumného řízení vedeného před Úřadem a požadavek tzv. plného přezkumu. Dle navrhovatele je třeba na takovou smlouvu hledět jako na neuzavřenou. Dále pak navrhovatel uvádí, že smlouva o převodu akcií ČSAD Liberec byla uzavřena navzdory předběžnému opatření vydanému Úřadem, které zadavateli zakazovalo kroky vedoucí k nabytí akcií ČSAD Liberec.
41. Dále pak navrhovatel upozorňuje, že Úřad se nedostatečně zabýval nedostatky dobrovolného oznámení, jež navrhovatel namítal v bodech 17 až 35 svého návrhu na zahájení správního řízení. Závěrem svého rozkladu se navrhovatel věnuje otázkám hospodárnosti a účelnosti postupu zadavatele a jeho dopady na veřejné rozpočty.

Závěr rozkladu navrhovatele

42. Navrhovatel navrhuje předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

43. Zadavatel zprvu zdůrazňuje, že Úřad je vázán právním názorem krajského soudu, v jehož intencích nyní Úřad rozhodl, a zadavatel tedy považuje napadené rozhodnutí za zákonné a správné. Zadavatel pak shrnuje, že navrhovatel opětovně polemizuje s napadeným rozsudkem krajského soudu a taková polemika je nepřijatelná.
44. Zadavatel pak upozorňuje, že návrhové řízení vedené Úřadem je ovládáno dispoziční zásadou a Úřad je návrhem vázán (mimo ukládané nápravné opatření). Rozšiřování předmětu řízení pak zadavatel považuje za nepřijatelné a upozorňuje, že nelze rozhodovat o jednáních společnosti Autobusy LK, aniž by tato byla účastníkem řízení, neboť by tím byla zkrácena její práva. Zadavatel pak upozorňuje, že postup Autobusů LK taktéž samostatně může podléhat dohledu Úřadu a být předmětem přezkumu. Následně zadavatel polemizuje s rozkladovými námitkami týkajícími se hospodárnosti jeho postupu.

Závěr vyjádření zadavatele

45. Zadavatel předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

46. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

47. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
48. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v souladu se zákonem a závazným právním názorem soudu. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu

49. Zprvu je nutno zdůraznit, že bez ohledu na procesní postup a názory Úřadu uplatněné v kasační stížnosti proti rozsudku ze dne 27. 5. 2020, Úřad je vázán právním názorem vysloveným krajským soudem, jak vyslovil Nejvyšší správní soud například v rozsudku ze dne 23. 9. 2004, čj. 5 A 110/2002-25.
50. Krajský soud zprvu dovodil, že na nákup podílu v obchodní korporaci, zde konkrétně nákup akcií, se ZZVZ nevztahuje *per definicionem* (vizte odstavce 10 až 21 napadeného rozsudku). Soud pak nadto konstatoval, že i kdyby zadavatel nabýval obchodní podíl v úmyslu zajistit prostřednictvím „nabývané“ společnosti služby, jež by byl jinak povinen poptávat v zadávacím řízení, nejedná se o postup rozporný se zákonem – resp. zákon se na nabytí podílu nevztahuje (vizte odstavec 22 napadeného rozsudku).
51. Z důvodu vázanosti právním názorem krajského soudu pak odmítám argumentaci navrhovatele uvedenou v oddílech III./b, III./c a III. /d rozkladu, neboť tato pouze polemizuje s právním hodnocením krajského soudu.
52. Je tak nezbytné vycházet ze závěru, že pořízení akcií není veřejnou zakázkou, kterou by bylo třeba zadávat v zadávacím řízení. Zadavatel je tak plně oprávněn postupovat nikoliv „pouze“ mimo režim zadávacího řízení, ale zcela mimo režim zákona. Na tento konkrétní postup zadavatele se tak povinnosti dle zákona nevztahují, protože je závěr napadeného rozhodnutí, kterým dochází k zamítnutí návrhu dle § 265 písm. c) zákona, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který by byl zadavatel povinen dle zákona dodržovat, plně v souladu s právním názorem krajského soudu a tedy v tuto chvíli správný.

53. K tomu pak dodávám, že jsou zcela nesprávná tvrzení navrhovatele o „přičitatelnosti“ jednání společnosti Autobusy LK zadavateli či o „právním nástupnictví“ Autobusů LK vzhledem k zadavateli. K rozsudku Evropského soudního dvora ve věci C-567/15 (a také ke stanovisku generálního advokáta v této věci) dodávám, že uvedená věc se týkala toho, za jakých podmínek je společnost vlastněná státem (jeho organizační složkou) veřejným zadavatelem, nikoliv tím, zda by mělo být jednání určitého zadavatele ovládaného jiným zadavatelem „přičitatelné“ ovládajícímu zadavateli. Závěry předkládané navrhovatelem stran „jednotnosti“ zadavatelů z uvedeného rozsudku (a stanoviska GA) nelze dovodit. Konkrétně citovaná část argumentace generálního advokáta se pak týká problému, zda plnění, které ovládající zadavatel zadá v rámci vertikální spolupráce ovládanému zadavateli, ale ten jej pořídí od třetí strany jako subdodavatele, lze považovat za zadání veřejné zakázky. V takovém případě je však veřejnou zakázkou plnění poptávané ovládaným zadavatelem od externího subjektu a takové plnění potenciálně podléhá zadávacímu řízení a doзору dohledového orgánu.
54. Je pochopitelné, že navrhovatel brojí proti stavu nastalému v této věci, kdy zadavatel případným „řetěžením“ dceřiných společností a okamžitým plněním uzavřených smluv znemožní navrhovateli se tomuto postupu bránit návrhem podaným Úřadu (ať už návrhem dle § 250 odst. 1 zákona nebo návrhem dle § 254 zákona). To však nemění nic na tom, že návrh musí být dostatečně určitý a musí směřovat proti konkrétnímu postupu konkrétního zadavatele ve smyslu § 4 zákona. Návrh na zahájení řízení pak vymezuje přezkoumávanou věc a účastníky řízení, s čímž jsou spojena procesní práva povinnosti všech subjektů řízení (včetně jeho účastníků).
55. Podstatnou skutečností pak je fakt, že podmínkou řízení o návrhu je podání námitek dle § 241 zákona. Pokud tedy v této věci došlo k situaci, že poptávanou dodávku má pořídít (či již pořídil) od zadavatele odlišný subjekt (byť se jedná také o potenciálního zadavatele), musel navrhovatel podat návrh (a případně dříve i námítky) proti tomuto konkrétnímu postupu konkrétního zadavatele (tedy návrh směřující proti nabytí obchodního podílu ČSAD Liberec Autobusy LK) a přezkum takového postupu by tedy byl předmětem jiného správního řízení., Tímto způsobem nelze rozšiřovat předmět nyní probíhajícího správního řízení.
56. V případě, kdy k podpisu smlouvy dochází mimo režim zákona a smlouva může být splněna okamžitě (resp. velmi rychle), jsou prostředky obrany navrhovatelů značně limitovány, protože ani nápravné opatření dle § 263 odst. 7 zákona, ani zákaz plnění smlouvy tu fakticky uložit nelze. Jedná se sice o výjimečnou situaci, kdy možnosti procesní obrany navrhovatele takovému postupu jsou skutečně velmi omezené, zdali vůbec nějaké, to však nutně neznamená selhání účelu zákona a dozorové činnosti (potažmo funkce) Úřadu. Takové rozuzlení sběhu okolností je realitou některých postupů zadavatelů a některých typů smluv a zákon na ně nemá (a nemusí mít) odpověď. Nelze opomenout, že byl-li by totiž postup zadavatele (či koordinovaný postup více zadavatelů) posléze shledán jako rozporný se zákonem, může Úřad domnělá protiprávní jednání projednat v přestupkovém řízení a uložit za ně pokutu. Existují i jiné právní prostředky obrany proti postupu zadavatele – například civilně právní vymáhání náhrady škody.
57. Výše uvedenou argumentací reaguji i na argumentaci navrhovatele, že na smlouvu o obchodním podílu se hledí jako na neuzavřenou, neboť jinak by nebyla možná obrana proti postupu zadavatele. V zákoně obsažený institut uložení zákazu plnění smlouvy je nezbytným předpokladem pro *ex lege* neplatnost takové smlouvy. Úřad není oprávněn o neplatnosti sám

rozhodnout. Dále je třeba dodat, že pro platnost konstruktivního návrhu vytvořeného návrhovatelem by bylo nezbytné, aby uzavřená smlouva byla zdánlivou – což by dle § 551 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, nastalo v případě absence vůle, alternativně v případě neurčitosti nebo nesrozumitelnosti obsahu, kterou by nebylo možné odstranit ani výkladem. V dalším lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18.9.2019, č. j. 3 As 184/2019-203 a lze uzavřít, že dotčená námitka návrhovatele není důvodná.

58. Dále uvádím, že není zřejmé, na jaké předběžné opatření se návrhovač odkazuje v odstavci 36 rozkladu, nicméně i kdyby došlo k uzavření a splnění smlouvy navzdory zákazu uloženému zákonem nebo předběžným opatřením, dopady do řízení o návrhu, ať už návrhu dle § 250 odst. 1 zákona či následně návrhu dle § 254 odst. 1 zákona, jsou vždy stejné - tedy řízení o návrhu se zastaví (ať už dle § 257 písm. j) nebo písm. l) zákona, dle charakteru návrhu). Takové jednání zadavatele by pak mohlo být předmětem řízení o přestupku před Úřadem. V případě tohoto řízení se jedná o návrh dle § 250 odst. 1 písm. f), přičemž postupu zadavatele a společnosti Autobusy LK se návrhovač bránil i návrhem dle § 254 odst. 1 zákona, o němž Úřad vedl samostatné správní řízení. Dopady uzavření, resp. splnění smlouvy, jsou pak pro obě dotčená řízení stejná, a to bez ohledu na existenci předběžného opatření – řízení o návrhu se zastaví.
59. K námitce vad dobrovolného oznámení uvádím, že dobrovolné oznámení sice neuvádí exaktní právní terminologii, když hovoří o nabytí podílu ve společnosti a jako smluvní stranu uvádí společnost, v níž má být nabýván podíl a nikoliv vlastníka obchodního podílu, nicméně z dobrovolného oznámení jako celku je seznatelný úmysl zadavatele a tedy návrhovač se může jeho postupu bránit, čímž je splněn účel uveřejňování dotčeného formuláře. Stejně tak je pravdou, že nelze vytýkat zadavateli vady dobrovolného oznámení, neplyne-li vůbec ze zákona povinnost tento formulář uveřejňovat, neboť zadavatel vůbec nezadá veřejnou zakázku.
60. K námitkám návrhovatele uvedeným v části IV rozkladu pak uvádím, že neshledal-li krajský soud nákup obchodního podílu za zadání veřejné zakázky, není Úřad orgánem příslušným hodnotit hospodárnost tohoto obchodu. Nadto Úřad obecně posuzuje soulad postupů zadavatele se zákonem, a zákon pracuje s principem zajištění hospodárnosti umožněním spravedlivé soutěže na volném trhu, nikoliv zjišťováním cen podobných plnění, v jakémžto gardu činí tvrzení a předkládá důkazy návrhovač. Úřad není oprávněn suplovat činnost kontrolních mechanismů samospráv týkající se obecně péče řádného hospodáře a nakládání s veřejnými prostředky mimo režim zákona.
61. Shrnuji, že Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl v souladu se zákonem, když vyšel ze závazného právního názoru vysloveného krajským soudem, který konstatoval, že cenný papír, obchodní závod či podíl v obchodní korporaci nepovažuje za předmět veřejné zakázky na dodávky a dále, že v přezkoumávaném postupu soud neshledává obcházení zákona zadavatelem. Jak již bylo naznačeno výše, toto správní řízení není jediným prostředkem dohledu nad jednáním zadavatele. Otázka návrhovatelem nastíněného případu, kdy zadavatel koordinuje svůj postup s dceřinými společnostmi (nejspíše taktéž veřejnými zadavateli) a místo provedení zadávacího řízení koupí podíl v obchodní společnosti, která pořídí těsně před převodem obchodního podílu zboží, které zadavatel využije k zajištění plnění, které by jinak musel poptávat v zadávacím řízení nebyla a nemohla být předmětem tohoto správního řízení, jak je vyloženo výše.

VII. Závěr

62. Závěrem konstatuji, že Úřad rozhodl ve věci správně a v souladu se zákonem a právním názorem krajského soudu.
63. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v případě vydání napadeného usnesení v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro potvrzení napadeného usnesení v plném rozsahu a zamítnutí rozkladu

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Jiří Honěk, advokát, Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1
2. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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