



UOHSX00BACA7

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0057/2018/VZ-18785/2018/323/EBr

Brno 25. června 2018

V řízení o rozkladu ze dne 3. 4. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Liberecký kraj**, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-08408/2018/521/MŽi ze dne 19. 3. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 18. 8. 2017 na návrh navrhovatele –

- **BusLine a.s.**, IČO 28360010, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 15. 8. 2017 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání postupu zadavatele 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-S0330/2017/VZ-08408/2018/521/MŽi ze dne 19. 3. 2018

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **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 (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 (dále jen „**nabytí výlučné majetkové účasti**“). 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, (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**“).

### **II. Prvostupňové rozhodnutí**

5. Dne 13. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-29881/2017/521/MŽi z téhož dne (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí**“).
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. Co se týká stavebních prací a služeb, ty Úřad vyloučil hned v bodě 101 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. 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. Tento svůj závěr následně Úřad opřel o důvodovou zprávu k Návrhu SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**návrh směrnice 2014/24/EU**“), dále o anglické, německé a slovenské znění návrhu směrnice 2014/24/EU, přičemž sám k tomuto dodal, že pojem „výrobek“ je významově užší, než pojem věc dle ust. § 489 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“). Dle Úřadu bylo tedy možné uzavřít, že 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), v každém případě se však rozsah aplikovatelnosti směrnice nekryje s nebývale širokým vymezením pojmu „věc“ dle ust. § 489 občanského zákoníku. Lze tedy dovodit, že 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. prvostupňového rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel sice odeslal dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu, ale nikoliv proto, že by neodeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení nadlimitní veřejné zakázky (jak předpokládá ustanovení § 212 odst. 2 zákona), neboť zadavatel nadlimitní veřejnou zakázku nezadává. 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.

### III. Rozklad ze dne 27. 10. 2017

13. Dne 27. 10. 2017 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti prvostupňovému rozhodnutí (dále jen „**rozklad I**“). Navrhovatel rozkladem I napadl nesprávné právní posouzení skutkového stavu věci správním orgánem. Tento závěr dovodil z níže rozepsaných důvodů.
14. Nejprve navrhovatel v rozkladu I namítal, že výklad Úřadu, nepodřazující plnění pořizované zadavatelem v projednávané věci pod pojem veřejné zakázky na dodávky, se opírá především o unijní předpis, jmenovitě o směrnici, která není nadána přímým účinkem. K tomu navrhovatel dále dodal, že unijní úprava nebrání vnitrostátnímu zákonodárci přijmout přísnější opatření v oblasti veřejných zakázek, než jaká vyžaduje směrnice. Dále považoval navrhovatel za mylnou domněnku, že by zákonodárce zvolil jiné pojmy nebo text zákona jinak upravil (konkrétně § 14 odst. 1 zákona), bylo-li by jeho záměrem vztáhnout jeho ustanovení skutečně na veškeré věci v právním slova smyslu. Dle navrhovatele jsou totiž při existenci právního pojmu s jasně vymezeným obsahem tyto polemiky nepřijatelné, neboť stejným způsobem lze argumentovat, že pakliže zákonodárce jiný pojem nezvolil, nebylo jeho záměrem významový obsah pojmů odlišovat.
15. Za zcela lichý považoval navrhovatel také závěr Úřadu o neexistenci hospodářské soutěže v projednávané věci. Jednak upozornil na skutečnost, že existence ani rozsah hospodářské soutěže nepatří mezi definiční znaky veřejné zakázky, a jednak uvedl, že konkrétní finální plnění může vždy nabídnout jen konkrétní dodavatel, avšak smyslem zadávacích řízení je nicméně vyhledání dodavatelů schopných podat porovnatelné nabídky srovnatelného plnění vyhovujícího přiměřeně konkrétním požadavkům zadavatele. Dále v této souvislosti upozornil na skutečnost, že hospodářská soutěž v tomto případě prokazatelně fakticky existovala. Navrhovatel rovněž namítal, že zadavatel svým postupem obchází zákon.
16. Co se týká výroku II. prvostupňového rozhodnutí, navrhovatel v rozkladu uvedl, že skutečnost, že se dobrovolné oznámení netýkalo veřejné zakázky zadávané v režimu zákona, nemůže být důvodem zamítnutí návrhu. Dobrovolné oznámení je totiž nepochybně jednáním zadavatele činěným podle zákona v očekávání pozitivních následků v rovině veřejného zadávání. O tom dle navrhovatele svědčí i skutečnost, že proti oznámení jsou výslovně připuštěny námitky (§ 242 odst. 5 zákona).

17. V rámci petitu navrhovatel navrhoval, aby předseda Úřadu o podaném rozkladu rozhodl tak, že prvostupňové rozhodnutí ruší a věc vrací Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 1. 2018**

18. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0194/2017/VZ-00305/2018/323/EBr ze dne 4. 1. 2018 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí**“), předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí v celém rozsahu pro jeho nezákonnost zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
19. V odůvodnění zrušujícího druhostupňového rozhodnutí 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.
20. 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.
21. Úřad tedy dle názoru předsedy Úřadu v prvostupňovém rozhodnutí 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.

#### **V. Nové projednání věci před správním orgánem prvního stupně**

22. Úřad dopisem ze dne 9. 1. 2018, č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-00604/2018/521/MŽi, oznámil účastníkům, že ve správním řízení, vedeném Úřadem ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-S0330/2017/VZ, se pokračuje.
23. Zároveň Úřad stanovil usnesením účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel tak učinil dne 13. 2. 2018, když Úřadu adresoval své vyjádření.

## VI. Napadené rozhodnutí

24. Dne 19. 3. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-08408/2018/521/MŽi z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
25. Ve výroku I. 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, Liberec VI-Rochlice, 460 06 Liberec, (dále jen „**ČSAD Liberec**“) od obchodní společnosti Liberecká automobilová doprava, s.r.o. (LIAD s.r.o.), IČO 47309440, se sídlem České mládeže 594/33, Liberec VI-Rochlice, 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 Liberecká automobilová doprava, 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.
26. 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.
27. 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 Lumiérů 181/41, Hlubočepy, 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.
28. Ve výrocích IV., V., a VI. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výrocích I., II. a III. napadeného rozhodnutí 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.

29. Výrokem VII. pak Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
30. V rámci odůvodnění výroků I. až III. napadeného rozhodnutí se 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.
31. K tomu Úřad dále podotkl, že zákon (oproti tomu 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.
32. V rámci odůvodnění výroků IV., V. a VI. napadeného 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.
33. 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.

## VII. Námitky rozkladu II

34. Dne 3. 4. 2018 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „rozklad II“). Zadavatel rozkladem II napadl zákonnost a přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Tento závěr dovedl z níže rozepsaných důvodů.
35. Zadavatel v rozkladu II nejprve namítá, že nelze toliko na základě pouze jazykového výkladu konstatovat, že se § 14 odst. 1 zákona vztahuje na všechny věci v právním smyslu, jak jsou definovány v § 489 občanského zákoníku. Dle zadavatele se totiž nelze spokojit pouze s jazykovým výkladem daného právního předpisu, ale je třeba použít i jiné metody výkladu, zejména výklad teleologický. Rozhodující je přitom smysl a účel, a nikoliv dikce samotného zákona.
36. Zároveň je třeba dle zadavatele přistoupit k využití tzv. eurokonformního výkladu národních právních předpisů, neboť povinnost orgánů členských států aplikujících právo Evropské unie

interpretovat právo v duchu evropského práva je jedním ze základních principů aplikace práva EU. Dle zadavatele totiž lze při použití eurokonformního výkladu dojít k závěru, že cenný papír (akcie) nebude podřaditelný pod pojem výrobek. S ohledem na to, že se Úřad použitím výše uvedeného výkladu řádně nezabýval, považuje zadavatel toto rozhodnutí za nepřezkoumatelné.

37. Dále zadavatel uvádí, že tak široce pojatý obsah pojmu veřejné zakázky na dodávky, jak jej pojal Úřad v napadeném rozhodnutí, přináší zcela absurdní situaci, kdy by zadavatel musel jakoukoliv formu nabytí obchodního podílu či odkoupení pohledávky podřadit režimu zákona. Dle zadavatele tedy nelze předmětná plnění zadávat v zadávacím řízení, neboť pokud by byl vůbec zadavatel schopen zpracovat a nastavit pro takový případ zadávací podmínky, nelze si představit možnost získat v zadávacím řízení navzájem porovnatelné nabídky a porovnatelná plnění.
38. V další části rozkladu II zadavatel uvádí, že jeho jednání se společnostmi ČSAD Liberec a ČSAD Česká Lípa nelze považovat za postup směřující k porušení zákona, neboť takovéto jednání lze označit za předběžnou tržní konzultaci ve smyslu § 33 zákona. Zadavatel tedy tvrdí, že pouze mapoval situaci na trhu dopravců a našel nejvhodnější způsob naplnění svých potřeb.
39. Na výše uvedeném dle zadavatele nic nemění ani skutečnost, že předběžná tržní konzultace byla vedena za situace, kdy zadavatel odeslal do Věstníku veřejných zakázek oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, ve kterém uvedl svůj závěr spočívající v nabytí výlučné majetkové účasti ve společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě mimo zadávací řízení. Zadavatel tuto skutečnost zdůvodňuje tím, že výše uvedené oznámení odeslal z důvodu opatrnosti, přičemž s dopravci paralelně vedl předběžné tržní konzultace.
40. Úřad tak dle zadavatele v rozporu se zásadou materiální pravdy nesprávně posoudil úmysl zadavatele zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení dle zákona. Zadavatel tak odmítl závěr Úřadu, že jednání ve vztahu k závodu či části závodu již probíhají, a to mimo režim zákona.
41. Ve třetí části rozkladu II zadavatel brojí zejména proti Úřadem tvrzené existenci hospodářské soutěže. Dle zadavatele je totiž právě neexistence hospodářské soutěže v daném případě jedním z podstatných argumentů, proč neaplikovat na postup zadavatele zákon. Dle zadavatele totiž skutečnost, že oslovil více společností a jednal s nimi o možném odkupu podílu nebo části závodu ještě samo o sobě neznamená, že tyto společnosti mohou být v tomto směru vzájemně konkurenční, tedy že mezi nimi existuje hospodářská soutěž a že pouhým mapováním situace na trhu dopravců zadavatel porušuje zákon. Pokud tedy neexistuje hospodářská soutěž mezi potenciálními dodavateli v případě nákupu akcií či závodu, nedává žádný smysl takový postup podřadit režimu zákona.

#### **Závěr rozkladu II**

42. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání dle § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).



### VIII. Řízení o rozkladu II

43. Úřad po doručení rozkladu II 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 II.

#### Stanovisko předsedy Úřadu

44. Po projednání rozkladu II a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
45. Úřad tím, že ve výrocích I. až VII. napadeného rozhodnutí rozhodl tak jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
46. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu II a potvrzení napadeného rozhodnutí.

### IX. K námitkám rozkladu II

#### *K nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí*

47. V rozkladu navrhovatel uvádí, že napadené rozhodnutí je krom jiného také nepřezkoumatelné, a to z toho důvodu, že se Úřad vůbec nezabýval otázkou použití eurokonformního výkladu. Úřad se dle názoru zadavatele tedy nevypořádal s jeho námitkou, když se omezil na pouhé konstatování, že je „*třeba primárně přihlídnout k jazykovému výkladu zákona*“.
48. K námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, a to pro nedostatek důvodů, uvádím následující. Předpokladem toho, aby v tomto řízení o rozkladu bylo vůbec možno provést přezkoumání správnosti napadeného rozhodnutí v intencích jednotlivých námitek rozkladu, je naplnění požadavku přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, jelikož „*pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího řízení*“, jak je uvedeno kupř. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 121/2016 – 196, či analogicky v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 310/2016 - 52 ze dne 14. 6. 2017, podle něhož je třeba námitku nepřezkoumatelnosti třeba posoudit přednostně: „*Pokud by totiž v postupu krajského soudu existovaly vady, které by měly vliv na zákonnost jeho rozhodnutí, případně pokud by jeho rozsudek byl nepřezkoumatelný, mohlo by to vyloučit možnost řádného posouzení ostatních kasačních námitek.*“
49. V rozsudku č. j. 6 Ads 280/2015 – 40 ze dne 4. 5. 2016 „*Nejvyšší správní soud k této otázce předepisuje, že pojem nepřezkoumatelnosti není v soudním řádu správním ani v občanském soudním řádu, který by bylo možno použít podpůrně, blíže objasněn. Výklad tohoto pojmu je věcí právní nauky. Za nesrozumitelné lze obecně považovat takové soudní rozhodnutí, jehož výrok je vnitřně rozporný, kdy nelze zjistit, zda soud žalobu zamítl nebo o ní odmítl rozhodnout, případy, kdy nelze seznat co je výrok a co odůvodnění, dále rozhodnutí, z něhož*

*není patrné, které osoby jsou jeho adresátem, rozhodnutí s nevhodnou formulací výroku, která má za následek, že rozhodnutí nikoho nezavazuje apod. Nedostatkem důvodů pak nelze rozumět dílčí nedostatky odůvodnění soudního rozhodnutí, ale pouze nedostatek důvodů skutkových. Skutkovými důvody, pro jejichž nedostatek je možno rozhodnutí soudu zrušit pro nepřezkoumatelnost, budou takové vady skutkových zjištění, která utvářejí rozhodovací důvody, typicky tedy tam, kde soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem anebo tam, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny“.* Stejný výklad pak nejvyšší správní soud dlouhodobě judikuje např. v rozsudku č. j. 2 Ads 58/2003 – 75 ze dne 4. 12. 2003 či v rozsudku č. j. 3 As 88/2016 ze dne 31. 10. 2017.

50. Ačkoli výše uvedená či odkazovaná judikatura hovoří o přezkoumatelnosti ve vztahu k soudním rozhodnutím, lze ji analogicky vztáhnout i na přezkum správních rozhodnutí, které musí splňovat požadavky plynoucí z § 68 odst. 3 správního řádu. Lépe řečeno, jestliže dle § 76 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, lze v rámci správního soudnictví zrušit správní rozhodnutí pro nedostatky v přezkoumatelnosti, lze zároveň v rámci druhostupňového řízení před Úřadem posoudit onu přezkoumatelnost prvostupňového resp. napadeného rozhodnutí ve smyslu požadavků plynoucích z § 68 odst. 3 správního řádu.
51. K údajnému nedostatku v podobě nevypořádání se s otázkou nutnosti přihlídnutí k výkladu unijní úpravy a z toho důvodu tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, uvádím následující. Zadavatel se v průběhu správního řízení několikrát vyslovil pro nutnost výkladu § 14 odst. 1 zákona také s ohledem na unijní úpravu (viz vyjádření zadavatele k návrhu na přezkoumání úkonů ze dne 28. 8. 2017, dále též vyjádření zadavatele k rozkladu I ze dne 6. 11. 2017). Co se týká otázky použitelnosti eurokonformního výkladu v nyní projednávaném případě, mám za to, že se s ní Úřad dostatečně vypořádal v bodech 131 a následujících odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad považoval za rozhodnou zejména důvodovou zprávu k zákonu a její obsah, zohlednil rovněž pojem „věc“ ve smyslu občanského zákoníku a komentářovou literaturu týkající se problematiky předmětu veřejných zakázek. Z těchto bodů odůvodnění napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, z jakého důvodu nelze v nyní projednávaném případě přihlížet k výkladu unijní úpravy, případně její preambule. Pro úplnost je pak tato námitka opětovně vypořádána v bodech 56 a násl. tohoto rozhodnutí. Žádnou z vad naznačených výše uvedenou judikaturou jsem tedy v napadeném rozhodnutí neshledal. Naopak z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně seznatelné, které otázky považoval Úřad za rozhodné, a vzájemná souvislost jednotlivých úvah, jež v napadeném rozhodnutí vyslovil, je zřetelná. Napadené rozhodnutí proto považuji jako celek za přezkoumatelné, ostatně sám zadavatel s ním v mnoha ohledech polemizuje, což by v případě jeho nepřezkoumatelnosti nebylo možné. Skutečnost, že se závěry Úřadu nesouhlasí, je věcí jinou, neznamená však, že se jedná o rozhodnutí nepřezkoumatelné – právě naopak. S ohledem na výše uvedené tuto námitku navrhovatele tedy neshledávám důvodnou.

*K námitce týkající se výkladu § 14 odst. 1 zákona*

52. Zadavatel v rozkladu namítá, že primární použití jazykového výkladu není dostačující a vždy je třeba posuzovaný pojem interpretovat prostřednictvím dalších výkladových metod, a to

zejména pomocí teleologického výkladu, což předseda Úřadu ani následně Úřad v rámci nového projednání věci dle tvrzení zadavatele neučinil.

53. K výše uvedenému považuji za nutné nejprve dodat, že s obecnou tezí o výkladu právních předpisů plně souhlasím, když akceptuji také judikaturu Nejvyššího správního soudu i Ústavního soudu v této oblasti, na niž odkazuje zadavatel v rozkladu II.
54. Nicméně nemohu souhlasit s tvrzením zadavatele, že v nyní projednávaném případě došlo k aplikaci pouze jazykového výkladu zákona a nebylo přihlédnuto k jiným výkladovým metodám. Již z druhostupňového rozhodnutí totiž jasně vyplývá, že byla vzata v potaz zejména důvodová zpráva k § 14 zákona, ze které byl zjišťován úmysl zákonodárce, s jakým došlo ke vzniku předmětného ustanovení zákona (viz bod 32 a 34 odůvodnění druhostupňového rozhodnutí a bod 132 napadeného rozhodnutí). Dále bylo při přezkumu nyní projednávané problematiky přihlédnuto také ke komentářové literatuře vztahující se k § 14 odst. 1 zákona, která taktéž umožnila bližší výklad předmětného ustanovení zákona.
55. S ohledem na výše uvedené tedy nelze souhlasit s názorem zadavatele vysloveným v rozkladu II, neboť Úřad sice primárně přihlédl k jazykovému výkladu zákona, následně však aplikoval také výklad teleologický, když vycházel z rozdílných zdrojů a zjišťoval smysl a účel předmětného ustanovení zákona.
56. Dále má zadavatel za to, že smysl a účel jednotlivých ustanovení zákona nelze oddělit také od zohlednění účelu unijní úpravy. Úřad tak měl dle zadavatele interpretovat národní právo v duchu evropského práva, čímž by dodržel jeden ze základních principů aplikace práva Evropské unie. Konkrétně by pak dle zadavatele dospěl k závěru, že cenný papír (akcie) nebude podřaditelný pod pojem „výrobek“ obsažený v textu unijního předpisu, v důsledku čehož v nyní projednávaném případě nedojde ke kumulativnímu naplnění definičních znaků veřejné zakázky ve smyslu § 2 zákona.
57. K výše uvedené argumentaci zadavatele považuji za nutné nejprve odkázat na literaturu vztahující se k transpozici směrnic Evropské unie, v níž je uvedeno následující: *„Pokud směrnice ohledně přípustnosti své přesahující transpozice mlčí (a tak tomu je v drtivé většině případů), lze mít za to, že jejich přesahující transpozice, (...), je až na výjimečné situace přípustná. Za výjimečné situace brání transpozici je možné v první řadě považovat případy, kdy by přesahující transpozice vedla k uložení určité ve směrnici stanovené povinnosti či určitého omezení či zatížení i v těch vztazích, resp. vůči těm subjektům, které směrnice z těchto povinností či omezení vyjímá. (...) Rovněž tak lze mít za to, že směrnice výjimečně brání členskému státu v přesahující transpozici tehdy, jestliže by touto transpozicí došlo k ohrožení či zhoršení právního postavení těch subjektů, na které se směrnice vztahuje a jejichž právní postavení svou úpravou chrání.“* (viz KRÁL, Richard. Směrnice EU z pohledu jejich transpozice a vnitrostátních účinků. V Praze: C. H. Beck, 2014. Beckova edice právní instituty.)
58. Na základě výše uvedeného lze tedy konstatovat, že k přijetí právní úpravy nad rámec směrnice (tedy k přesahující transpozici směrnice) jsou obecně členské státy oprávněny, pokud takový postup nejde proti samotnému obsahu směrnice či pokud tato neukládá určitou povinnost či určité omezení těm subjektům, které předmětná směrnice výslovně z těchto povinností či omezení vyjímá.

59. Přípustnost rozšířené transpozice směrnic ostatně dovozuje i Soudní dvůr EU (byť ve vztahu ke konkrétním směrnicím) přímo například v rozsudku ve věci C-356/00 *Testa a Lazzeri* (konkrétně v bodě 45 tohoto rozsudku), nepřímo pak například v rozsudcích C-297/88 a C197/89 *Dzodzi* nebo C-28/95 *Leur-Bloem*.
60. V nyní projednávaném případě lze s ohledem na výše uvedené tvrdit, že vnitrostátnímu zákonodárci nic nebránilo v přijetí přísnějšího opatření v oblasti veřejných zakázek, než jaká vyžaduje návrh směrnice 2014/24/EU (dále jen „**směrnice**“). Předmětná přísnější právní úprava totiž nešla proti obsahu směrnice, ani neukládala povinnost subjektům, které předmětná směrnice výslovně z těchto povinností či omezení vyjímá. Lze tedy učinit závěr, že v rámci oblasti zadávání veřejných zakázek podle všeho nejde o plně harmonizovanou oblast (v opačném případě by přijetí přísnější právní úpravy nebylo přípustné). Cílem směrnic vztahujících se k této oblasti tedy není harmonizovat všechna národní pravidla týkající se veřejných zakázek, nýbrž jejich účelem je koordinovat postupy zadávání veřejných zakázek v jednotlivých členských státech, a to zavedením minimálního souboru společných pravidel. Lépe řečeno, směrnice v daném případě tedy pouze udávala jakési minimum regulace, které má zákonodárce při její transpozici do vnitrostátní právní úpravy obsáhnout.
61. Lze proto uvést, že v nyní projednávaném případě měl zákonodárce oprávnění k přijetí přísnější vnitrostátní právní úpravy nad rámec směrnice a zároveň, že samotné přijetí přísnějších opatření, než jaké vyžaduje směrnice, neznamená bez dalšího její nesprávnou transpozici.
62. Dále je třeba se zabývat otázkou spjatou s přesahující transpozicí směrnice, a to, zda měl v daném případě Úřad povinnost k eurokonformnímu výkladu i v těch případech, kdy vnitrostátní právní úprava dopadá na situace nespádající do vlastní, ale do přesahující působnosti směrnice. K této otázce se vcelku jednoznačně vyjádřil Soudní dvůr Evropské unie ve věci C-264/96 *ICI* (zejména v bodech 34 a 35), kdy uvedl, že unijní právo tuto povinnost vyžaduje pouze ve vztahu k těm národním předpisům, resp. jejich částem, které upravují situace spadající do působnosti unijního práva. Obdobně se k této otázce vyjádřila i odborná literatura odkazující taktéž na výše uvedený rozsudek Soudního dvora EU, v níž je uvedeno následující: „(...) unijní právo nestanoví povinnost k eurokonformnímu výkladu přesahující transpoziční úpravy při jejím přesahujícím působení. Znamená to rovněž, že z unijního hlediska je přípustné, aby vnitrostátní soudy členských států rozdílně vykládaly totožnou úpravu, a to podle toho, zda tato úprava dopadá na situace spadající do vlastní působnosti směrnice (kde je dána povinnost k eurokonformnímu výkladu), nebo na situace spadající do přesahující působnosti směrnice (kde unijní povinnost k eurokonformnímu výkladu dána není).“
63. Relevantní argumentaci k této otázce přináší zároveň také Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 29 Cdo 940/2009, v němž je uvedeno následující: „*To, že se český zákonodárce rozhodl uplatnit pravidla stanovená směrnicí pro výpočet výše úroků z prodlení i na vztahy, na něž směrnice nedopadá, pak nedává účastníkům takových vztahů možnost dovolávat se ustanovení směrnice za účelem dosažení pro ně výhodnější časové působnosti nové úpravy výše úroků z prodlení.*“
64. Na základě výše uvedeného je tedy zřejmé, že v nyní projednávaném případě, v němž došlo ke vztažení unijních pravidel na situace, na které unijní právo samo o sobě nedopadá,

nepřichází eurokonformní výklad vůbec v úvahu, neboť jde o otázku vymezení působnosti zákona. Lépe řečeno, eurokonformně tedy nelze vykládat ta ustanovení právních předpisů, u nichž výše uvedená situace nastala (tj. došlo k přijetí přísnější právní úpravy, než byla vyžadována směrnicí).

65. Jak bylo řečeno již v druhostupňovém rozhodnutí (viz bod 35 odůvodnění druhostupňového rozhodnutí), v nyní projednávaném případě tedy nelze přihlížet k výkladu unijní úpravy a její preambule, nýbrž je nutné se zabývat výkladem zákona.
66. Nad rámec výše uvedeného dodávám, že nyní projednávaný případ není případem ojedinělým, kdy vnitrostátní právní úprava přijala přísnější opatření v oblasti veřejných zakázek. Odkázat lze v tomto směru kupříkladu na úpravu zadávání podlimitních veřejných zakázek již v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.
67. Výše uvedené námitky zadavatele tedy nelze shledat důvodnými. Je totiž zřejmé, že se Úřad zabýval nejen samotnou dikcí § 14 zákona, ale také jeho smyslem a účelem, přičemž pro tvorbu závěrů v dané věci správně přistoupil k výkladu ustanovení § 14 odst. 1 zákona a nikoli k výkladu unijní úpravy.

*K námitce vedení předběžných tržních konzultací*

68. Zadavatel v další části rozkladu II namítá, že Úřad nesprávně posoudil jednání vedená s dopravci za účelem získání informací a poznatků ohledně možného způsobu pořízení podílu, závodu nebo části závodu v obchodní společnosti, když je označil za jednání probíhající mimo režim zákona. Zadavatel však své jednání označil za podobu předběžné tržní konzultace, jak ji vymezuje § 33 zákona a uvedl, že se tímto postupem snažil nalézt nejvhodnější způsob naplnění svých potřeb a nastavení zadávacích podmínek.
69. Nejprve považuji za nutné podotknout, že zadavatel nikdy doposud ve správním řízení výše uvedenou námitku neuplatnil, když vše nasvědčovalo tomu, že hodlá postupovat mimo zadávací řízení. Již v samotném oznámení o dobrovolné průhlednosti uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 7. 2017 zadavatel v bodě IV.1.1. Druh řízení uvedl, že nabytí výlučné majetkové účasti (podílu) ve společnosti představuje obecnou výjimku z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení. Jednoznačně dal tedy tímto zveřejněním najevo, že hodlá dále postupovat mimo režim zákona. Na tomto závěru nemůže nic změnit ani tvrzení zadavatele v rozkladu II, že předmětné dobrovolné oznámení odeslal z důvodu opatrnosti, přičemž s dopravci paralelně vedl předběžné tržní konzultace.
70. Obecně je navíc možné konstatovat, že předběžné tržní konzultace jsou nástrojem ke zjišťování možností a návrhů variantních řešení. Jejich cílem přitom dle komentářové literatury je „zvýšení informovanosti zadavatele o poptávaném plnění veřejné zakázky, popřípadě identifikace jiných způsobů řešení, kterými lze splnit jeho potřeby, ve fázi přípravy samotného zadávacího řízení“ (viz PODEŠVA, Vilém. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 124).
71. K výše uvedenému cíli předběžných tržních konzultací považuji za nutné zejména uvést, že s ohledem na nyní projednávaný případ nic nenasvědčuje tomu, že se zadavatel snažil pouze zjistit informace pro přípravu zadávacího řízení. Zadavatel v tomto případě totiž přímo jednal s potenciálními dodavateli o konkrétních možnostech koupě, a to ať už koupě akcií, závodů či jejich částí. V zásadě tedy při jednání mezi zadavatelem a uchazeči nedocházelo

k tvorbě zadávacích podmínek, nýbrž přímo k tvorbě konkrétních nabídek na odkup akcií závodů či jejich částí.

72. Další důležitou skutečností, kterou je třeba zmínit je, že v rámci jednání s potenciálními dodavateli dokonce došlo k uzavření Rámcové smlouvy, ve které bylo vymezeno konkrétní znění smlouvy o převodu akcií a podmínky jejího uzavření. Uzavření Rámcové smlouvy tak jednoznačně nelze podřadit pod výše uvedený cíl předběžných tržních konzultací. S ohledem na výše uvedené lze tedy učinit závěr, že postup zadavatele nelze označit za předběžnou tržní konzultaci jak tvrdí zadavatel v rozkladu II.
73. Nad rámec výše uvedeného pak podotýkám, že pokud by Úřad přisvědčil tomuto smyšlenému tvrzení zadavatele, znamenalo by to nepřipustné přijetí naprosto rozporných názorů uvedených v rozkladu II. Zadavatel totiž na jednu stranu tvrdí, že je přesvědčen o tom, že pořízení podílu v obchodní společnosti nenaplňuje znaky veřejné zakázky a odesílá do Věstníku veřejných zakázek oznámení o dobrovolné průhlednosti, v němž uvádí svůj záměr spočívající v nabytí výlučné majetkové účasti ve společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě mimo zadávací řízení, na druhou stranu naopak uvádí, že s dodavateli vede pouze předběžné tržní konzultace, jejichž cílem je nalezení nejvhodnějšího nastavení zadávacích podmínek pro budoucí postup v zadávacím řízení.
74. V rámci této námitky zadavatel dále uvádí, že Úřad postupoval v rozporu se zásadou materiální pravdy, když nezjistil v daném případě stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
75. Nutno podotknout, že výše uvedenou argumentaci zadavatel v rozkladu II nijak blíže nerozvedl, přičemž ani neuvedl žádný konkrétní důkaz o tom, že předběžné tržní konzultace byly vedeny. Úřad sice má ze správního řádu vyplývající povinnost zjistit skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, ale k takovému zjištění jej musí navést minimálně okolnosti případu či tvrzení účastníků správního řízení. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel doposud ve správním řízení žádné indicie o vedení předběžných tržních konzultací neuvedl, natož aby třeba doložil tuto komunikaci zdokumentovanou ve smyslu § 211, který se dle § 33 zákona použije na vedení předběžných tržních konzultací obdobně. Pokud tedy Úřad v dané věci neměl sebemenší pochybnost o dostatečném zjištění skutkového stavu věci, přičemž neměl ani žádné indicie o tom, že by postup zadavatele byl předběžnou tržní konzultací, nelze tvrdit, že postupoval v rozporu s § 3 správního řádu, přičemž zjistil skutkový stav do té míry, že o něm nejsou důvodné pochybnosti.
76. Na základě výše uvedeného tedy ani námitku zadavatele týkající se vedení předběžných tržních konzultací neshledávám důvodnou.

*K námitce existence hospodářské soutěže*

77. Zadavatel v rozkladu II dále namítá, že neexistence hospodářské soutěže je v daném případě jedním z podstatných argumentů, proč neaplikovat na postup zadavatele právní úpravu obsaženou v zákoně. Lépe řečeno, zadavatel má za to, že pokud fakticky soutěžitelnost veřejné zakázky mezi dodavateli nepřichází v úvahu, nedává formalistická aplikace zákona v takovém případě smysl.
78. Co se týká výše uvedené námitky zadavatele, nejprve je třeba opětovně zopakovat, že existence hospodářské soutěže nepatří mezi definiční znaky veřejné zakázky, tak jak je

vymezuje § 2 odst. 1 zákona a zároveň judikatura správních soudů (viz bod 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Výše uvedený fakt podtrhuje také skutečnost, že zákon počítá i s případy, kdy předmět veřejné zakázky může být splněn pouze určitým dodavatelem, a i přesto se jedná o veřejnou zakázku zadávanou v rámci zadávacího řízení. Zákon totiž upravuje i takové druhy zadávacích řízení, v rámci kterých může fakticky dojít k vyloučení hospodářské soutěže, jak tomu je například u jednacího řízení bez uveřejnění (viz § 63 odst. 3 zákona).

79. *Ad absurdum* by z argumentace zadavatele mohlo vyplynout, že pokud by požadoval jakýkoliv konkrétní výrobek (což v nyní projednávaném případě nenastalo), nejednalo by se o veřejnou zakázku, neboť požadované plnění by zadavateli mohl nabídnout vždy jen jeden dodavatel. Pokud by si tedy zadavatel dopředu vybral konkrétního dodavatele, tak by skutečně neexistovala hospodářská soutěž, to by ovšem neznamenovalo, že by se nejednalo o veřejnou zakázku.
80. S ohledem na výše uvedené lze tedy obecně konstatovat, že byť cílem postupu dle zákona je zajištění hospodářské soutěže a zajištění konkurenčního prostředí mezi dodavateli, nemusí být tento vždy naplněn, neboť existují i veřejné zakázky, u nichž je hospodářská soutěž prakticky vyloučena a i přesto budou zadávány v zadávacím řízení dle zákona.
81. V nyní projednávaném případě pak zadavatel namítá, že měl v úmyslu pořídit konkrétní akcie konkrétní společnosti, přičemž neexistovala hospodářská soutěž a nejednalo se tak o veřejnou zakázku. S výše uvedenou námitkou však nelze souhlasit, neboť ze zadavatelova jednání jasně vyplývalo, že se záměrem nabytí podílu ve společnosti či koupi závodu nebo jeho části oslovil více potenciálních dodavatelů, přičemž v bodě VI.3) dobrovolného oznámení uvedl, že uzavře smlouvu pouze s jedním ze subjektů na základě výsledků vzájemných jednání. Zadavateli bylo tedy lhostejné, která z jím oslovených společností přistoupí na jeho podmínky. Nabytí akcií či odkup závodu nebo jeho části stejně jako výběr dodavatele tak zjevně byly pro zadavatele alternativami, z nichž chtěl pro sebe zvolit tu nejvýhodnější. K tomu považuji za nutné podotknout, že byť by se mohla tvorba zadávacích podmínek v daném případě zdát složitější, zákon upravuje i takové typy zadávacích řízení, v rámci kterých zadavatel může vést s jejich účastníky jednání s cílem nalézt řešení způsobilá splnit jeho potřeby. Zadavatel tedy v daném případě mohl po jednání s účastníky zadávacího řízení v rámci zadávacích podmínek definovat takové parametry, které by mu umožnily pořídit a předmětná plnění zadávat v zadávacím řízení, což činí i další námitku zadavatele uvedenou v bodě 37 tohoto rozhodnutí nedůvodnou.
82. V nyní projednávaném případě by stanovením takovýchto zadávacích podmínek (po definování parametrů společnosti, jejíž akcie hodlal zadavatel pořídit), nedošlo k neexistenci hospodářské soutěže, jak tvrdí zadavatel v rozkladu II. Již z toho, že zadavatel oslovil tři společnosti, totiž vyplývá, že minimálně tyto splňovaly jeho parametry a po vzájemném jednání byl ochoten s jednou z nich uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky.
83. Lze tedy shrnout, že byť existence hospodářské soutěže nepatří mezi definiční znaky veřejné zakázky (viz bod 78 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nelze na základě učiněných skutkových zjištění vyloučit, že v nyní projednávaném případě absentovala. S ohledem na výše uvedené, při naplnění podmínek stanovených zákonem, dle kterých se v tomto případě jedná

o veřejnou zakázku, pak bylo tedy povinností zadavatele zadat požadované plnění jakožto veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení. Z výše uvedených důvodů ani tuto námitku zadavatele proto neshledávám důvodnou.

## **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. 4 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. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec,

### **Vypraveno dne:**

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