

## **POSOUZENÍ MOŽNOSTÍ KLIENTA**

### **PŘI VSTUPU DO JIŽ EXISTUJÍCÍ A FUNGUJÍCÍ AKCIOVÉ SPOLEČNOSTI Z POHLEDU ZZVZ**

#### **I. ZÁMĚR KLIENTA, ZADÁNÍ**

Klient, Liberecký kraj, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2, IČO: 70891508 (dále jen „*klient*“), požádal o zpracování právního stanoviska k možnostem získání podílu v dopravci ČSAD Liberec, a.s., se sídlem České mládeže 594/33, 460 06 Liberec 6, IČO: 25045504, který provozuje veřejnou linkovou dopravu (dále jen „*veřejný dopravce*“) formou odkoupení nově upsaných akcií klientem nebo odkoupení závodu či jeho části klientem nově založenou společností, a to z pohledu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*ZZVZ*“).

Veřejný dopravce informoval klienta o své připravenosti zahájit jednání o vstupu klienta jakožto strategického partnera do veřejného dopravce dopisem doručeným klientovi dne 10. 5. 2017. Klient nyní zvažuje několik variant možnosti formy vytvoření tzv. vnitřního dopravce; vstup do již existující akciové společnosti (veřejného dopravce) klientem či jím založenou společností je jednou z nich.

V rámci níže uvedeného posouzení se zabýváme možností získání 100% kapitálové účasti v již existující akciové společnosti (veřejného dopravce). Nabytí pouze části akcií ve veřejném dopravci zjevně nenaplnuje záměr klienta využít veřejného dopravce následně jako vnitřního dopravce, a to prostřednictvím vertikální spolupráce dle § 11 ZZVZ, neboť pro použití postupu dle § 11 ZZVZ je vyžadována výlučná majetková účast klienta. Obdobně se i ve vztahu k variantě vstupu do veřejného dopravce prostřednictvím klientem založené společnosti zabýváme pouze možností získání 100% podílu (akcií) ve veřejném dopravci.

#### **II. VYMEZENÍ POSTAVENÍ KLIENTA DLE ZZVZ A MOŽNOSTI POSTUPU DLE ZZVZ**

Klient je veřejným zadavatelem dle ust. § 4 odst. 1 písm. d) ZZVZ, neboť je vyšším územně samosprávným celkem<sup>1</sup>. Klient je tak povinen zadávat veřejné zakázky v zadávacím řízení, nestanoví-li ZZVZ jinak.

<sup>1</sup> Viz čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

## Varianta získání majetkového podílu ve veřejném dopravci klientem

Dle ust. § 29 písm. l) bodu 1. ZZVZ platí, že zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jde-li o investiční služby v souvislosti s vydáním, nákupem, prodejem nebo jiným převodem cenných papírů, včetně zaknihovaných cenných papírů, nebo jiných investičních nástrojů. Co se rozumí investičními službami, upravuje ust. § 4 zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZPKT“), který rozlišuje mezi hlavními investičními službami a doplňkovými investičními službami. Investiční služby poskytuje obchodník<sup>2</sup> s cennými papíry, a to na základě povolení České národní banky. Mezi investiční nástroje dle ust. § 3 odst. 1 písm. a) ZPKT patří investiční cenné papíry, kterými jsou zejména akcie nebo obdobné cenné papíry představující podíl na společnosti nebo jiné právnické osobě<sup>3</sup>.

Podstatným faktorem pro aplikaci výjimky dle ust. § 29 písm. l) bodu 1. ZZVZ je tak vždy návaznost (souvislost) investiční služby na převod (vydání, nákup, prodej aj.) investičního nástroje, a to např. v podobě akcií. Nepostačí tak „pouhý“ převod cenných papírů nebo jiných investičních nástrojů bez využití služeb obchodníka s cennými papíry.

**V případě, že by se v případě klienta jednalo o převod cenných papírů (akcií) veřejného dopravce na klienta bez prostřednictví obchodníka s cennými papíry, nebyly by dle našeho přesvědčení naplněny podmínky pro aplikaci sledované výjimky dle ust. § 29 písm. l) bodu 1. ZZVZ.**

Za situace, kdy klient nebude moci pro nákup akcií veřejného dopravce využít výjimku dle ust. § 29 písm. l) bodu 1. ZZVZ, se nabízí otázka, zda se vůbec při nabývání cenných papírů (akcií) jedná o veřejnou zakázku a zda je tedy nutné postupovat dle ZZVZ a v takovém případě pak v jakém zadávacím řízení dle ust. § 3 ZZVZ.

Při vymezení pojmu veřejné zakázky je třeba vyjít z definice zadání veřejné zakázky dle ust. § 2 odst. 1 ZZVZ. Mezi základní znaky veřejné zakázky náleží uzavření úplatné smlouvy, konkrétně určené subjekty smlouvy (smluvní strany smlouvy – zadavatel a vybraný dodavatel) a specificky vymezený předmět smlouvy (plnění)<sup>4</sup>.

- úplatnost – První znakem veřejné zakázky je protiplnění zadavatele, ať už v podobě peněžitého či nepeněžitého závazku (např. plnění v naturální formě, plnění spočívající v poskytnutí protislužby nebo v převedení vlastnického či jiného práva, apod.). Podmínka úplatnosti bude při nabývání cenných papírů (akcií) splněna, neboť je nanejvýš

<sup>2</sup> Obchodníkem s cennými papíry dle ust. § 5 odst. 1 ZPKT může být pouze právnická osoba.

<sup>3</sup> Viz ust. § 3 odst. 2 písm. a) ZPKT.

<sup>4</sup> Srov. ust. § 2 odst. 1 ZZVZ, který říká, že „Zadáním veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, § 156, § 189 a § 190.“



pravděpodobné, že klient za vstup do veřejného dopravce odpovídající protiplnění (zřejmě finanční) poskytne a nenabyde cenné papíry (akcie) bezúplatně (např. darem).

- smlouva – Dle ust. § 1103 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) se vlastnické právo k cennému papíru na doručitele převádí smlouvou k okamžiku jeho předání. Vlastnické právo k cennému papíru na řad se dle ust. § 1103 odst. 2 OZ převádí rubropisem a smlouvou k okamžiku jeho předání. Vlastnické právo k cennému papíru na jméno se potom dle ust. § 1103 odst. 3 OZ převádí už samotnou smlouvou k okamžiku její účinnosti. Vlastnické právo k zaknihovanému cennému papíru se nabývá zápisem zaknihovaného cenného papíru na účet vlastníka<sup>5</sup>. Máme tak za to, že i tato podmínka bude splněna.

- určené subjekty veřejné zakázky – Taktéž tato podmínka bude splněna, na straně jedné bude vystupovat klient, na straně druhé, veřejný dopravce.

- specificky vymezený předmět smlouvy, kterým je sjednání povinnosti dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce (tj. plnění dodavatele) – Předmětem veřejné zakázky na dodávky dle ust. § 16 odst. 1 ZZVZ bude nejčastěji pořízení věcí v právním smyslu, hmotných či nehmotných, jejichž legální definice je obsažena v § 489 a 496 OZ. Cenné papíry<sup>6</sup> jsou dle ust. § 496 odst. 2 OZ považovány za věc hmotnou, zaknihovaný cenný papír je potom věcí nehmotnou.

Samotný cenný papír v podobě věci hmotné, příp. nehmotné sice představuje pouhý „nosič“ práv plynoucích z daných cenných papírů (akcií). Na druhou stranu je zřejmé, že z nabytých akcií nabyvatel (klient) nabývá práv s akciemi spojená (ať už se jedná např. o právo podílet se na zisku, právo účastnit se valné hromady a hlasovat na ní apod.). Předmětem daného plnění dodavatele je tak de facto převod práv plynoucích z cenných papírů (akcií), nikoliv samotné předání/nabytí onoho „nosiče“ takových práv. Z tohoto pohledu by tak daný znak veřejné zakázky – plnění dodavatele - při nabývání cenných papírů (akcií) naplněn byl.

V této souvislosti považujeme za vhodné upozornit na rozdíly mezi definicí veřejné zakázky na dodávky dle ZZVZ a dle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „Směrnice“). Dle čl. 2 (1)(8) Směrnice se veřejnými zakázkami na dodávky rozumějí „*veřejné zakázky, jejichž předmětem je koupě výrobků, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní. Veřejná zakázka na dodávky může jako vedlejší předmět zahrnovat umístění stavby a instalační práce*“. Ve světle eurokonformního výkladu tak lze mít za to, že cenný papír zřejmě nebude podřaditelný pod pojem výrobek a výše uvedená podmínka tak nebude naplněna. Je však nutné vzít v potaz, že se jedná o jeden z možných

<sup>5</sup> Přestože v tomto případě nedochází k převodu na základě smlouvě, neznáme podrobnosti ohledně formy akcií veřejného dopravce, ani nelze vyloučit, že tento způsob převodu bude v rámci rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže či soudů pod podmínku smlouvy podřazen.

<sup>6</sup> Srov. ust. § 514 OZ, dle kterého „*Cenný papír je listina, se kterou je právo spojeno takovým způsobem, že je po vydání cenného papíru nelze bez této listiny uplatnit ani převést.*“



výkladů. Nelze proto vyloučit, že po konzultaci se zástupci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) a Ministerstva pro místa rozvoj (dále jen „MMR“), jakožto gestora ZZVZ, by mohlo dojít k jinému výkladu.

Samotné pořízení cenných papírů samo o sobě definiční znaky veřejné zakázky ve světle eurokonformního výkladu zřejmě nemusí naplňovat a při jejich pořízení by se tedy nemuselo jednat o veřejnou zakázku.

Nelze dále kvalifikovat jako nijak nepodstatný ani fakt, že klient pořizuje (hodlá nabýt) cenné papíry (akcie) za účelem následného zadávání veřejné zakázky na autobusovou dopravu postupem dle § 11 ZZVZ (tedy za využití vertikální spolupráce, při které se taková zakázka nemusí zadávat v zadávacím řízení)<sup>7</sup>. V tomto smyslu jde zejména o to, zda na daný případ nedopadá institut tzv. institucionální formy PPP<sup>8</sup>. Dle našeho názoru institut tzv. institucionální formy PPP na daný případ nedopadá, neboť v rozhodnutích vztahujících se k tzv. institucionálnímu PPP šlo o jinou skutkovou podstatu. Ač jsme názoru prezentovaného výše, nemůžeme nicméně ani v tomto případě zcela vyloučit opačný názor, tedy že pořízení akcií ve veřejném dopravci se záměrem následného zadávání takovému veřejnému dopravci znaky institucionální formy PPP naplňuje. Relevantnost takových názorů by však musela být podpořena až rozhodovací praxí ÚOHS či soudů.

Jak již bylo řečeno výše, klient, jakožto veřejný zadavatel, je při zadání veřejných zakázek povinen postupovat dle ZZVZ, nestanoví-li ZZVZ jinak. Žádnou z výjimek upravených v ust. § 29 ZZVZ v posuzovaném případě aplikovat nelze a s ohledem na rozsah předmětu plnění máme za to, že ani aplikace výjimky dle ust. § 31 ZZVZ pro veřejné zakázky malého rozsahu nebude možná.

Pokud připouštíme (navzdory výše uvedenému), že nabytí cenných papírů (akcií) spadá pod definici veřejné zakázky a je třeba jej zadat v zadávacím řízení dle ZZVZ, je vhodné posoudit, zda postupem v některém z druhů zadávacích řízení dle ust. § 3 ZZVZ má klient možnost získat podíl přímo v konkrétním veřejném dopravci.

<sup>7</sup> Pro úplnost dodáváme, že aplikace vertikální spolupráce (in-house výjimky) dle § 11 ZZVZ (tedy pro tzv. brutto model) je podmíněna mj. tím, že v „in-house dopravci“ nemá majetkovou účast žádná soukromá osoba. Oproti tomu tzv. vnitřní dopravce ve smyslu čl. 5(2) nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (tedy pro tzv. netto model) není 100% veřejné vlastnictví vyžadováno, pokud je zajištěna dostatečná kontrola veřejné sféry nad vnitřním dopravcem.

<sup>8</sup> Viz Výkladové sdělení Evropské komise č. 2008/C 91/02 o uplatňování práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek a koncesí na institucionalizované PPP (IPPP), kde se říká, že „Skutečnost, že soukromá osoba a zadavatel spolupracují v rámci veřejnoprávního subjektu, nemůže sloužit jako důvod pro zadavatele, který nesplňuje právní předpisy o veřejných zakázkách a koncesích při zadávání veřejných zakázek nebo koncesí. Této soukromé osobě nebo příslušnému veřejnoprávnímu subjektu. Evropský soudní dvůr ve skutečnosti rozhodl, že účast soukromého podniku na základním kapitálu společnosti, ve které je dotýčný zadavatel rovněž účastníkem, i jako menšina, v každém případě vylučuje možnost in-house vztahu - který se v zásadě nevztahuje na právo veřejných zakázek - mezi tímto zadavatelem a touto společností.“

Z tohoto pohledu je zejména k posouzení, zda lze takovou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“). Předpokladem postupu konkrétně dle ust. § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ<sup>9</sup> je existence jediného možného, z povahy věci předem konkrétně určeného dodavatele, který může danou veřejnou zakázku splnit. JŘBU je tak vedeno pouze s tímto předem určeným dodavatelem, který disponuje určitými specifickými vlastnostmi či schopnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel a tedy ani žádný jiný dodavatel není schopen veřejnou zakázku realizovat.

S ohledem na restriktivní výklad možností využití postupu v rámci JŘBU je zadavatel povinen důkladně zkoumat, zda jsou skutečně naplněny důvody pro jeho použití a není možné plnění získat od jiných dodavatelů, tj. zadavatel je povinen existenci jediného možného dodavatele náležitě prokázat. Pokud by na straně dodavatele existovalo více subjektů, které jsou schopny veřejnou zakázku splnit, nemůže zadavatel JŘBU dle ust. § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ využít.

**Z informací poskytnutých klientem lze mít za to, že veřejný dopravce není jediným subjektem, který může klientovi požadované plnění poskytnout. Proto zde nebudou splněny podmínky postupu dle ust. § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ, tedy že neexistují jiní dopravci, kteří mohou požadavky zadavatele uspokojit stejně za obdobných, ne-li výhodnějších podmínek.**

Pokud by klient i přes výše uvedenou právní nejistotu (tu lze získat až jedině na základě přezkumu ze strany ÚOHS nebo soudním rozhodnutím, ať již tuzemským či evropským) ohledně výkladu, zda nabytí cenných papírů (akcií) ve veřejném dopravci je či není veřejnou zakázkou, přesto chtěl cenné papíry nabýt mimo zadávací řízení dle ZZVZ, doporučujeme alespoň pro vyloučení rizika budoucí neplatnosti smlouvy o převodu cenných papírů (akcií) využít institutu dobrovolného ex ante oznámení dle § 212 odst. ZZVZ. Pokud by totiž klient takové dobrovolné ex ante oznámení učinil, nemůže již ÚOHS dle § 254 odst. 1 písm. a) ZZVZ uložit v budoucnu zákaz plnění smlouvy o nabytí akcií (na návrh jiného dodavatele), byť by dospěl nakonec k závěru, že se nabytí akcií mělo podřídit režimu ZZVZ a zadat v zadávacím řízení. To platí v případě, že proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvy nebudou ve lhůtě 30 dnů od uveřejnění tohoto oznámení podány námitky dle § 242 odst. 5 ZZVZ.

---

<sup>9</sup> Zadavatel může v takovém případě použít jednacím řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž.



## Varianta získání majetkového podílu ve veřejném dopravci klientem nově založenou společností

V případě varianty, kdy by klient přistoupil k založení nové společnosti, jejímž prostřednictvím by získal podíl ve veřejném dopravci, je třeba nejdříve posoudit možné dopady ZZVZ na postup nově založené společnosti při odkupu závodu či jeho části od veřejného dopravce. Při naplnění podmínek ust. § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ by takto nově založená společnost byla veřejným zadavatelem a obdobně jako klient by se při zadávání veřejných zakázek řídila ZZVZ. Oproti zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) ZZVZ již neobsahuje výjimku pro veřejné zakázky, jejichž předmětem je nabytí, nájem nebo pacht závodu<sup>10</sup>. Zadání veřejné zakázky na základě výjimek dle ZZVZ v případě koupě (části) závodu tak nebude možné, ať by už jeho pořizovatel byla klientem nově založená společnost či klient sám. Koupě (části) závodu by tak musela být realizována v zadávacím řízení dle ZZVZ; ani v tomto případě nebudou s největší pravděpodobností naplněny předpoklady a zákonné důvody pro použití JŘBU při zadávání takové veřejné zakázky.

Pro postup nově založené společnosti jakožto veřejného zadavatele při získání majetkového podílu ve veřejném dopravci plně odkazuje na předchozí část posouzení ve vztahu ke klientovi.

---

<sup>10</sup> Viz ust. § 18 odst. 1 písm. g) ZVZ.

### **III. SHRNU TÍ ZÁVĚRŮ**

Pro aplikaci výjimky dle ust. § 29 písm. l) bodu 1. ZZVZ je nutné naplnit obě části dané podmínky, tj. musí se jednat o převod cenných v souvislosti s investičními službami. Pokud je záměrem nabýt cenné papíry (akcie) na veřejném dopravci bez využití investičních služeb, nejsou naplněny znaky pro využití dané výjimky.

Samotné pořízení cenných papírů (akcií) dle našeho názoru zřejmě znaky veřejné zakázky za daného legislativního stavu zřejmě naplňuje.

Opačný výklad lze v dané chvíli opřít maximálně o eurokonformní výklad, neboť směrnice veřejnou zakázkou na dodávky rozumí mj. koupi výrobků, nikoliv věcí, jako je tomu v případě ZZVZ. Ve světle tohoto eurokonformního výkladu by bylo možná i dovoditelné, že cenný papír není podřaditelný pod pojem výrobek a podmínka specificky vymezeného předmětu smlouvy, kterým je sjednání povinnosti dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce (tj. plnění dodavatele), by tak nebyla naplněna.

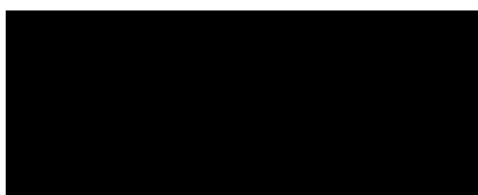
Jednoznačný závěr v tomto směru však může učinit až ÚOHS, resp. soudy ČR, příp. Soudní dvůr Evropské unie, které by se měly vyjádřit jednak k otázce výkladu výjimky, v českém právu zakotvené v § 29 písm. l) bodu 1. ZZVZ, resp. k otázce toho, zda samotné pořízení cenných papírů (akcií) naplňuje definici veřejné zakázky (v tomto směru je zřejmá nejistota zadavatelů, jak pak takovou veřejnou zakázku zadávat).

Pokud by se klient přeci jen rozhodl akcie nabýt bez realizace zadávacího řízení, doporučujeme využít institutu dobrovolného ex ante oznámení dle § 212 odst. 2 ZZVZ. Při jeho využití by ÚOHS nemohl v budoucnu uložit zákaz plnění smlouvy o nabytí akcií (na návrh jiného dodavatele), byť by dospěl nakonec k závěru, že se nabytí akcií mělo podříditi režimu ZZVZ a zadat v zadávacím řízení. To platí v případě, že proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvy nebudou ve lhůtě 30 dnů od uveřejnění tohoto oznámení podány námitky.

Pořízení cenných papírů (akcií) nelze dle našeho názoru podřadit pod zákonné důvody pro použití postupu dle ust. § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ (tedy nelze takovou veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění).

**Zadání veřejné zakázky na základě výjimek dle ZZVZ v případě koupě (části) závodu rovněž nebude možné. Stejně tak nebude zřejmě ani možné koupit (nabýt) závod či jeho část klientem v jednacím řízení bez uveřejnění.**

V Praze dne 5. 6. 2017



MT Legal s.r.o., advokátní kancelář



Mgr. David Dvořák, LL.M., Ph.D.  
MT Legal s.r.o., advokátní kancelář



Mgr. Michaela Machálková  
MT Legal s.r.o., advokátní kancelář