



PRÁVNÍ STANOVISKO

1 Předmět

Předmětem tohoto právního rozboru je posouzení, zda při nákupu akcií společnosti ČSAD Liberec, a.s., IČO: 250 45 504, se sídlem České mládeže 594/33, Liberec VI-Rochlice, 460 06 Liberec (dále jako „ČSAD“) je Liberecký kraj, IČO: 708 91 508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 (dále jako „Liberecký kraj“) povinen postupovat podle odpovídajících ustanovení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

2 Podklady

- zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jako „OZ“)
- zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích (dále jako „ZOK“),
- zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jako „ObZ“)
- zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jako „ObchZ“)
- zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jako „ZVZ“)
- zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jako „ZOVZ“)
- 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 „Směrnice“)

3 Právní stanovisko

3.1 Skutkový stav případu

Liberecký kraj uvažuje o nákupu akcií společnosti ČSAD za účel zřízení vnitřního dopravního, a to dle vertikální spolupráce viz § 11 ZVZ.

3.2 Právní posouzení

K právnímu posouzení je třeba uvést základní přehled právních předpisů vztahujících se k předmětnému posouzení a jejich stručný obsah.

3.2.1 Úprava zákona ZVZ (současná právní úprava)

Dle ustanovení § 1 ZVZ tento zákon zpracovává příslušné předpisy Evropské unie (dále jako „EU“), kdy cílem ZVZ je podle důvodové zprávy zajištění souladu tuzemské právní úpravy s evropskou právní úpravou, nastavení pravidel, které by zabránily korupci, garantovaly hospodárné nakládání s veřejnými prostředky, rychlou realizaci potřebných veřejných projektů a férovou soutěž dodavatelů, přičemž si dále klade za cíl maximální možné snížení administrativní náročnosti procesu zadávání veřejných zakázek při současném zajištění transparentnosti.

Základ evropské sekundární legislativy pro oblast veřejných zakázek, již se zákon v § 1 dovolává, tvoří zejména Směrnice.

Dle ustanovení § 2 odst. 1 ZVZ zadáním veřejné zakázky se pro účely ZVZ rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Dle odstavce 2 uvedeného ustanovení je veřejnou zakázkou veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1 ZVZ, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2 ZVZ, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3 ZVZ, koncese na služby podle § 174 odst. 3 ZVZ nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 ZVZ.

Dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) je zadavatelem dle ZVZ územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.

Dle ustanovení § 14 odst. 1 ZVZ veřejnou zakázkou na dodávky je veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.

3.2.2 Úprava zákona ZOVZ (předchozí právní úprava)

Dle ustanovení § 1 ZOVZ tento zákon zpracovával příslušné předpisy Evropské unie, kdy základ evropské sekundární legislativy pro oblast veřejných zakázek tvořila zejména směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „Klasická směrnice“).

Dle ustanovení § 7 odst. 1 ZOVZ je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy. Dle odst. 2 uvedeného ustanovení se veřejné zakázky dělí na veřejné zakázky na dodávky, veřejné zakázky na služby a veřejné zakázky na stavební práce.

Dle ustanovení § 8 odst. 1 ZOVZ je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem **je pořízení věci (dále jen "zboží")**, a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu nebo pachtu zboží nebo nájmu nebo pachtu zboží s právem následné koupě (leasing).

Za veřejnou zakázku na dodávky ZOVZ tedy považuje jakékoliv pořízení věci v právním slova smyslu, a to bez ohledu na skutečnost, jakým způsobem k pořízení takové věci dochází. Pro další právní úpravu používá ZOVZ dále legislativní zkratku „zboží“. Tato legislativní zkratka do určité míry **odráží terminologii evropských zadávacích směrnic**, v jejichž rámci je předmět veřejných zakázek na dodávky rovněž označen jako „zboží“ či „výrobky“ v závislosti na různých jazykových mutacích. Zvolený pojem „zboží“ rovněž postihuje nejčastější předmět veřejných zakázek na dodávky, kterým je pořízení určité movité věci - v běžném obchodním styku označované právě jako zboží. Předmětem veřejné zakázky na dodávky tak mohou být s ohledem na definici uvedenou v tomto ustanovení kromě věcí movitých též věci nemovité a dle obecné právní teorie rovněž ovladatelné přírodní síly, které slouží potřebám lidí.

Za zadavatele veřejné zakázky se pro účely ZOVZ dle ustanovení § 2 odst. 1 považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel. Dle odst. 2 uvedeného ustanovení je veřejným zadavatelem dle písm. c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.

3.2.3 Směrnice a Klasická směrnice

Dle Klasické směrnice, ze které vycházel ZOVZ, konkrétně čl. 1 odst. 2 písm. a) jsou veřejné zakázky úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, **dodání výrobků** nebo poskytnutí služeb ve smyslu této Klasické směrnice. Dle písm. c) uvedeného ustanovení je veřejná zakázka na dodávky taková, která není na provedení stavebních prací a jejímž předmětem je koupě, koupě najaté věci, nájem nebo koupě na splátky výrobků, s předkupním právem nebo bez něho.

Dle Směrnice, zdůvodnění odstavce (4) je vzhledem ke stále rozmanitějším formám činnosti veřejných orgánů **nutné jasněji definovat samotný pojem zadávání veřejných zakázek**. **Toto vyjasnění by však samo o sobě nemělo rozšiřovat oblast působnosti této Směrnice ve srovnání s oblastí působnosti Klasické směrnice. Cílem pravidel Unie pro zadávání veřejných zakázek není pokrýt všechny formy vynakládání veřejných peněžních**

prostředků, ale pouze ty, jejichž cílem je pořízení stavebních prací, dodávek nebo služeb za úplatu prostřednictvím veřejné zakázky.

Mělo by být vyjasněno, že tato směrnice by se měla vztahovat pořízení stavebních prací, dodávek nebo služeb bez ohledu na to, zda k němu dochází prostřednictvím nákupu, leasingu nebo jiných smluvních forem. Dle čl. 2 „Definice“ odst. 8 se veřejnou zakázkou na dodávky rozumí veřejná zakázka, jejímž předmětem je **koupě výrobku, leasing výrobků** nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní. Oproti Klasické směrnici tak nedochází k rozšíření působnosti Směrnice, ale spíše k upřesnění některých pojmů.

Nutno zdůraznit, že Směrnice ani Klasická směrnice nikde nehovoří o tom, že by zadávání veřejných zakázek upravovalo či **upravovat mělo nabývání cenných papírů či pořizování obchodních podílů v korporacích například s cílem zajišťovat potřeby veřejných zadavatelů.** Naopak použité termíny a jejich definice jednoznačně směřují do oblasti vzájemně substitutivních výrobků a služeb dodávaných jednotlivými soutěžiteli na konkurenčním trhu, nikoliv do akvizic veřejných zadavatelů do obchodních společností. **V tomto je Směrnice a Klasická směrnice konzistentní s ZOVZ.**

3.2.4 Posouzení

Pro správnost posouzení a jeho závěrů je rovněž nezbytné analyzovat právní úpravu pořízení akcií územním samosprávným celkem v kontextu nejen aktuálně platných předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek, ale i předchozí dlouhodobě platné právní úpravy a zejména Evropských směrnic, která má Česká republika za povinnost do své legislativy implementovat.

Lze uvést, že současná právní úprava ZVZ je v zásadě konzistentní se Směrnicí, přesto je však třeba upozornit na určitou komplikaci, kterou způsobuje různé pojetí termínu „věc“ v právním smyslu ve vztahu k cenným papírům (akciím) v předchozí úpravě ObZ a nové v OZ. Dle úpravy ObZ je obchodní podíl, či cenný papír považován za tzv. **jinou majetkovou hodnotu, nikoliv věcí.** Naproti tomu úprava v OZ **považuje již cenný papír za věc,** jelikož OZ dle ustanovení § 489 považuje za věc vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí. Listinné akcie tak lze považovat za věc hmotnou a zaknihované akcie za věc nehmotnou.

Předchozí právní úprava

Dle našeho názoru předchozí právní úprava zadávání veřejných zakázek obsažená v ZOVZ by **se na koupi akcií nevztahovala,** kdy dle ustanovení § 8 odst. 1 ZOVZ je veřejnou zakázkou **na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci** (dále jen „zboží“), kdy i z uvedeného **nadefinování věci jako „zboží“** vyplývá, co má být za „věc“ v souladu s Klasickou směrnicí považováno. **V tomto ohledu je ZOVZ plně konzistentní se směrnicemi.**

Navíc v ustanovení § 18 odst. 2 písm. b) ZOVZ je stanovena výjimka, **kdy nemusí zadavatel postupovat dle ZOVZ, a to v případě kdy předmětem veřejné zakázky je vydání nebo převod cenných papírů či jiných finančních nástrojů.** Tato výjimka má stejně jako

v případě pořízení nemovitosti za cíl (smysl) zdůraznit, že tyto transakce nepodléhají režimu zadávání veřejných zakázek, a to i proto, že se jedná o akvizice (koupě), kdy nelze žádnou soutěž prakticky realizovat.

Aktuální právní úprava

Dle aktuálně platné tuzemské právní úpravy je dle ustanovení § 14 odst. 1 ZVZ veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, **jejímž předmětem je pořízení věcí**, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3. Jak je zřejmé, **úprava ZVZ se v podstatné části vůbec nezměnila a dále uvádí (stejně jako ZOVS) pojem „pořízení věcí“**. ZVZ již blíže přímo vymezuje, co je dále za veřejnou zakázku na dodávky považováno.

Změnou, která by však mohla mít dopad na výklad ZVZ, je však výše zmíněné **pojetí věci v právním smyslu dle OZ**. Pokud bychom promítli novou definici pojmu „věc“ technokraticky, striktně a bez konzistence na předchozí právní úpravu a směrnice do ZVZ, dalo by se dojít i k závěru, že pořízení akcií Libereckým krajem, jako věci hmotné či nehmotné, v závislosti na jejich formě, **se bude řídit ZVZ. Takovýto výklad je však zřejmě v rozporu s eurokomformním výkladem definicí nejen Klasické směrnice, ale i Směrnice, kterou má ZVZ transponovat do českého právního řádu**. Uvedený výklad by tedy šel proti jednoznačné právní úpravě předchozí dlouhodobě platné tuzemské legislativy pro oblast veřejných zakázek (ZOVS a předchozí předpisy) a **proti účelu a smyslu Směrnice**, jež jsou rovněž dlouhodobě konzistentní a nerozšířily svou působnost na koupě obchodních podílů. **Proto jsme názoru, že ani ZVZ se na pořízení akcií Libereckým krajem nevztahuje.**

Pokud by se v praxi objevil výklad, že na pořízení akcií či obchodních podílů veřejnými zadavateli se vztahuje ZVZ, **existovaly by vedle sebe dva navzájem rozporné výklady**, a to na jedné straně výklad ZVZ založený zejména na změně definici pojmu „věci“ v právním smyslu dle OZ, a na straně druhé výklad ZVZ založený na povinné implementaci unijního práva do vnitrostátních právních předpisů a rovněž i potřebné konzistenci a právní jistotě tuzemského právního řádu, po níž volá Ústavní soud ČR. V situaci takového rozporu je třeba postupovat v kontextu přednosti unijní úpravy a i toho, že tuzemský zákonodárce nepochybně neměl v úmyslu změnou definice pojmu věc v OZ, změnit implementaci unijního práva v oblasti veřejných zakázek.

Obecně platí, že implementace práva EU je v legislativní rovině často nepřesná, neúplná či vysloveně rozporná s požadavky práva EU nebo že z důvodu rozdílnosti právních řádů dojde k větším či menším střetům právních úprav. Takové situace musí být vyřešeny výkladovými metodami aplikační praxe nebo následnou úpravou legislativního textu v národním právním řádu. V právu EU existují určité principy, které jsou schopny zmírnit následky související s ne zcela přesnou legislativní implementací. Zmíněné principy umožňují vyvolat účinky práva EU bez ohledu na stav vnitrostátní implementace či neimplementace. **Jedná se o princip přednosti unijního práva před právem vnitrostátním**, kdy právo členského státu nemůže představovat

překážku **provádění společných norem EU, jež mají mít ve členských státech jednotný význam.** Tímto principem se pak řídí nejen právo primární, ale i právo sekundární a jiné prameny práva EU. Dalším takovým principem je přímý účinek, kdy uvedenému se nebudeme i přes to, že je možný přímý účinek za určitých okolností i u směrnic, věnovat.

Posledním principem důležitým pro předmětnou věc, který má rozhodující vliv na aplikaci unijního práva, je **nepřímý účinek, který je rovněž označován jako eurokonformní či eurokonzistentní výklad.** Nepřímým účinkem je míněna povinnost vnitrostátních orgánů členských států, zejména pak soudů, **vykládat normy vnitrostátního práva v souladu se zněním a účelem unijního práva tak, aby bylo dosaženo cíle, který toto právo sleduje, případně aby byl upřednostněn z možných výkladů vnitrostátního práva takový výklad, který nejlépe umožní zajistit efektivitu unijního práva.** U směrnic tedy nepřímý účinek znamená povinnost orgánů státu, vykládat národní právo nepřesně či neúplně transponující směrnici ve světle znění a účelu dané směrnice. Nepřímý účinek tak má za úkol pro případ, že se nejedná o ustanovení s přímým účinkem, zajistit v maximální míře cíl daný směrnicí a chránit tak zejména, ale nejen práva soukromých osob z ní vyplývajících.

3.2.5 Shrnutí

Klasická směrnice a následně i Směrnice považuje veřejné zakázky na dodávky za dodání **zboží či výrobků**, kdy i s ostatních jazykových mutací uvedený smysl a účel daného pojmu vyplývá. Směrnice neuvádí, že by za zboží či výrobky byly považovány akcie či obchodní podíly nabývané veřejným zadavatelem, a to proto, že cíleně tyto transakce koupě nepostihuje. Předchozí právní úprava obsažená v ZOVZ užívala pojem „věc“, který dále nadefinovala jako „zboží“. V rámci účinnosti ZOVZ, který měl transponovat do vnitrostátního práva Klasickou směrnici, by se na předmětnou koupi akcií Libereckým krajem (obecně veřejným zadavatelem) **tuzemská legislativa pro oblast veřejných zakázek neužila (neuplatnila).**

Nová právní úprava ZVZ **přejala úpravu ZOVZ a** nadále užívá namísto Směrnicí, kterou má ZVZ transponovat do vnitrostátního práva, užívaného pojmu „výrobky“, **pojem „věc“.** S ohledem na novou úpravu pojetí věci v OZ, kdy za věc jsou považovány i akcie, může se tak objevit i výklad ZVZ, který bude vyžadovat, aby se na **nákup akcií či obchodních podílů uplatnil ZVZ.** Jsme toho názoru, že **tento výklad není správný** a že ani nebylo úmyslem zákonodárce novou úpravou OZ rozšířit působnost ZVZ i na nákup cenných papírů v rozporu s účelem a obsahem Směrnice. Situace se spíše jeví tak, že při konstituci OZ a zároveň následně ZVZ, nebylo dohlédnuto na to, že změna obsahové terminologie, která je obecně prospěšná, přinese komplikace do oblastí výkladu ZVZ a to, způsobem, který by významně narušil implementaci unijního práva (Směrnice) do tuzemského právního řádu.

Jsme toho názoru, že je povinností Česká republika vyplývající ze členství v EU nejen zajistit, že právo EU bude náležitě implementováno do vnitrostátního právního řádu, ale **také že bude náležitě aplikováno v praxi. Proto zastáváme názor, že na nákup akcií či obchodních podílů se ZVZ neuplatňuje. Tento názor opíráme o konzistenci tuzemského právního řádu**

a platné Směrnice, kdy musí být zajištěno, že na základě principu nepřímého účinku, vyvolá právo EU zamýšlené účinky ve všech konkrétních případech stejné podstaty (obsahu). Pokud tedy mají mít společné normy EU v jednotlivých státech stejný význam, je v předmětném případě koupě akcií veřejným zadavatelem třeba dát přednost eurokomformnímu výkladu, tedy že v rámci zadávání veřejných zakázek v souladu se Směrnicí veřejnou zakázkou na dodávky rozumí veřejná zakázka, jejímž předmětem je **koupě výrobku, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní, kdy cenné papíry či obchodní podíly nelze pod pojem výrobek podřadit.**

4 Závěr

Vzhledem k výše uvedenému a z podkladů lze shrnout, že

- a) při koupi akcií společnosti ČSAD (obecně kterýchkoli akcií či obchodního podílu) dle našeho stanoviska není Libereckým kraj povinen postupovat dle ZVZ, a to s ohledem na nepřímý účinek (eurokomformní výklad) Směrnice, dle které dle našeho názoru nelze pod pojem „výrobek“ v rámci definice veřejných zakázek na dodávky, podřadit cenné papíry v podobě listinných či zaknihovaných akcií.**
- b) Současné znění ZVZ ve znění definice pojmu „věc“ dle OZ umožňuje i výklad, dle kterého by nákup akcií společnosti ČSAD Libereckým krajem podléhal úpravě ZVZ. Třebaže je tento výklad dle našeho názoru v rozporu s eurokomformním výkladem Směrnice, která má být povinně implementována do tuzemských právních předpisů a v rozporu i s předchozí dlouhodobě platnou tuzemskou legislativou pro oblast veřejných zakázek, nelze bohužel vyloučit, že budou prezentovány názory, resp. uplatňovány výklady, že nákup akcií by měl uskutečněn v režimu ZVZ. Pokud nedojde k úpravě ZVZ tak, aby byl konzistentní se Směrnicí, může závazný výklad vyplynout pouze ze soudní judikatury, která v současné době ještě není k dispozici.**

V Praze dne 8. srpna 2017

Cílem tohoto právního stanoviska je poskytnout základní orientaci v dané problematice. Předpokládáme, že předkládané stanovisko může být doplněno či v konkrétních otázkách rozvedeno v návaznosti na jednání s Klientem a jeho dalšími požadavky.

Pokud si přejete projednat s námi jakoukoli otázku podrobněji nebo žádáte více informací, prosím neváhejte nás kontaktovat.