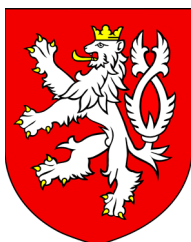




UOHSX00AUHC7

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0194/2017/VZ-00305/2018/323/EBr

Brno 4. ledna 2018

V řízení o rozkladu ze dne 27. 10. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **BusLine a.s.**, IČO 28360010, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupeným 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-29881/2017/521/MŽi ze dne 13. 10. 2017 vydanému ve správním řízení zahájeném na návrh dne 18. 8. 2017 ve věci přezkoumání postupu zadavatele –

- **Liberecký kraj**, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec,

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. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) 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-29881/2017/521/MŽi ze dne 13. 10. 2017

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

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. Napadené rozhodnutí

5. Dne 13. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-29881/2017/521/MŽi z téhož dne (dále jen „**napadené 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. napadeného 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 napadeného 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 opírá 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 dodává, 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. napadeného 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 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.

III. Námitky rozkladu

13. Dne 27. 10. 2017 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne, jímž brojí proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 13. 10. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
14. Nejprve navrhovatel v rozkladu namítá, 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 dodává, že unijní úprava nebrání vnitrostátnímu zákonodárci přijmout přísnější opatření v oblasti veřejných zakázek, než jaká vyžaduje směrnice.
15. Dále považuje 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 nepřipadné, neboť stejným způsobem lze argumentovat, že pakliže zákonodárce jiný pojem nezvolil, nebylo jeho záměrem významový obsah pojmů odlišovat.
16. V souvislosti s další Úřadem vyslovenou domněnkou se dále navrhovateli nabízí otázka, proč by zákonodárce výslovně pomocí výjimky tato specifická plnění ze zákona nevyločil, když tak učinit mohl a v minulosti tak skutečně učinil (srov. § 18 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách).
17. Za zcela lichý považuje navrhovatel také závěr Úřadu o neexistenci hospodářské soutěže v projednávané věci. Jednak upozorňuje na skutečnost, že existence ani rozsah hospodářské soutěže nepatří mezi definiční znaky veřejné zakázky, a jednak uvádí, 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 upozorňuje na skutečnost, že hospodářská soutěž v tomto případě prokazatelně fakticky

existuje. Jinými slovy, veřejnou zakázkou může být i takové plnění, které nabízí či může nabídnout pouze jediný dodavatel, přičemž v tomto konkrétním případě o předmět plnění poptávaný zadavatelem prokazatelně soutěží více subjektů, což bylo Úřadu doloženo.

18. Navrhovatel dále shledává nepřesvědčivým konstatování Úřadu, že zadavatelé by neměli žádnou možnost plnění v podobě akcí, závodů nebo pohledávek v jakémkoliv režimu dle zákona zadat. Tento závěr totiž Úřad nijak blíže neodůvodnil a navrhovatel má naopak za to, že tyto zadávací řízení nepochybně zadavatelé konat mohou.
19. Dále je navrhovatel přesvědčen, že zadavatel svým postupem obchází zákon, a to i přesto, že Úřad dospěl k odlišnému závěru. Úřad se totiž dle zadavatele při zjišťování, zda nedošlo v nyní projednávaném případě k obcházení zákona, omezil toliko na přezkum toho, zda nebyla některá z dotčených společností založena nově a zda existují náznaky jejich účelového jednání, např. nákup autobusů tak, aby je zadavatel nemusel soutěžit. Takový rámec přezkumu je však dle navrhovatele neúplný a nedostatečný. K této problematice dále navrhovatel uvádí, že Úřad sice zjišťoval, zda společnost ČSAD Liberec jakožto jeden z možných oslovených dodavatelů nenabyla své autobusy účelově, aby je zadavatel nemusel soutěžit v zadávacím řízení, ale již pominul, že tato společnost účelově nabyla akcie společnosti Autocentrum Nord, a.s., poskytující opravárenské služby a disponující náhradními díly k vozidlům. Účel takového nabytí je přitom dle navrhovatele zcela zjevný, jedná se o snahu zadavatele ulehčit si pozici při následném zajišťování služeb vnitřním dopravcem.
20. Co se týká výroku II. napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu uvádí, 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).

Závěr rozkladu

21. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu o podaném rozkladu rozhodl tak, že napadené rozhodnutí zruší a věc vrátí Úřadu k novému projednání.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

22. Dne 6. 11. 2017 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele.
23. Zadavatel se v tomto vyjádření zcela ztotožňuje se závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí v tom smyslu, že zadavatel se pořízením podílu v obchodní společnosti, resp. nabytím pohledávek za takovou společností nedopustil porušení zákona, neboť se v daném případě nejedná vůbec o veřejnou zakázku. Zadavatel tak napadené rozhodnutí považuje za zcela správné a plně souladné se zákonem i se zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu 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 závěru uvedenému ve výrokové části tohoto rozhodnutí, který v podrobnostech odůvodňuji níže.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

K naplnění znaků veřejné zakázky

26. Základní otázkou, kterou bylo třeba se dle Úřadu zabývat, a s níž se ztotožňuji, bylo, zda koupě akcií, nabytí pohledávek či koupě závodu nebo jeho části naplňují znaky veřejné zakázky ve smyslu zákona. Pokud by totiž výše uvedené postupy či právní jednání naplňovaly znaky veřejné zakázky, byl by zadavatel jakožto územní samosprávný celek, jemuž svědčí postavení veřejného zadavatele [§ 4 odst. 1 písm. d) zákona], povinen postupovat v zadávacím řízení, nemohl-li by využít některou z výjimek vymezených zákonem.
27. Dle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.
28. Dle § 2 odst. 2 zákona je veřejnou zakázkou veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2, veřejná zakázka na stavební práce dle § 14 odst. 3, koncese na služby podle § 174 odst. 3 nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona.
29. Co se týká veřejné zakázky na služby, na stavební práce a koncese na služby či stavební práce, tyto, jak již správně zhodnotil Úřad v bodě 100 a 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí, nelze aplikovat na nyní projednávaný případ, neboť ze strany dodavatelů neměla být poskytována jakákoliv činnost takové povahy. S tímto závěrem Úřadu se tedy ztotožňuji.
30. Co se však týká otázky, zda se v případě pořízení akcií, závodu či jeho části či nabytí pohledávek jedná o veřejnou zakázku na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona, nemohu s názorem Úřadu vysloveným v bodech 102 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí souhlasit, a to z následujících důvodů.
31. Dle § 14 odst. 1 zákona se veřejnou zakázkou na dodávky rozumí veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, nejsou-li součástí veřejné zakázky na stavební práce (ve smyslu ustanovení § 14 odst. 3 zákona). Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.

32. Důvodová zpráva k § 14 zákona uvádí následující. „*Veřejnou zakázkou na dodávky je pořízení věcí hmotných a nehmotných, ovladatelných přírodních sil a zvířat ve smyslu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen "občanský zákoník"). Pořízení se zde chápe široce jako získání výhod z příslušného plnění, přičemž není nezbytné, aby došlo k převodu vlastnického práva. Takového pořízení může mít různé smluvní formy. Zákon příkladmo jmenuje koupi, nájem nebo pacht, může však jít i o další formy či jejich kombinace, zejména různé druhy leasingu. Mezinárodní i evropské právo označuje pořizovaný předmět za výrobek nebo zboží. Je pro ně charakteristické, že se s nimi obchoduje.*“
33. Obdobně se k nyní projednávané problematice vyjadřuje i komentářová literatura, z níž jednoznačně vyplývá, že definice pojmu „věc“ užitého ve znění § 14 odst. 1 zákona je pro účely právního řádu České republiky obsažena v § 489 a násl. občanského zákoníku, z čehož lze dovodit, že předmětem veřejné zakázky na dodávky bude nejčastěji pořízení věcí v právním smyslu (viz. PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 57.), (DVOŘÁK, David. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář*. V Praze: C. H. Beck, 2017, s. 88.).
34. Při detailnějším rozboru znění důvodové zprávy, je třeba se pozastavit nad tím, že byť sama uvádí, že z pohledu mezinárodního i evropského práva je pořizovaný předmět označován za výrobek nebo zboží, dále také říká, že v rámci vnitrostátního práva jsou předmětem veřejných zakázek na dodávky věci hmotné a nehmotné, ovladatelné přírodní síly a zvířata ve smyslu občanského zákoníku. Na základě výše uvedeného se tak lze domnívat, že si zákonodárce byl při tvorbě zákona vědom rozdílnosti výkladu pořizovaného předmětu v rámci vnitrostátních norem oproti výkladu mezinárodních a unijních norem. Lépe řečeno z obsahu důvodové zprávy je seznatelné, že zákonodárce měl v úmyslu se od výkladu unijních i mezinárodních předpisů výše uvedeným způsobem odlišit, resp. jej upravit přísněji než jak tomu je u výkladu pořizovaného předmětu v rámci mezinárodního a evropského práva. Cílem zákonodárce při tvorbě zákona tak jednoznačně bylo, aby předmětem veřejné zakázky na dodávky byly věci v právním slova smyslu (vymezené v § 489 občanského zákoníku), a to hmotné i nehmotné. Ze samotného znění důvodové zprávy tedy vyplývá, že zákonodárce chtěl stanovit předmět veřejné zakázky na dodávky přísněji, než jak to vyplývá z návrhu směrnice 2014/24/EU.
35. Znění návrhu směrnice 2014/24/EU v jednotlivých jazykových verzích totiž jako předmět veřejné zakázky na dodávky označuje spíše jakýsi „výrobek“, resp. „zboží“, přičemž se jednoznačně jedná o pojmy významově užší než pojem věc dle ustanovení § 489 občanského zákoníku, jak ostatně uvedl Úřad v bodě 110 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Nutno podotknout, že skutečnosti uvedené v předmětných bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí nijak nerozporuji, avšak mám za to, že z nich nelze vyvozovat závěry takovým způsobem, jak učinil Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Je totiž nutné si uvědomit, že unijní úprava nebrání vnitrostátnímu zákonodárci přijmout přísnější opatření v oblasti veřejných zakázek, než jaká vyžaduje směrnice. V nyní projednávaném případě tedy nelze přihlížet pouze k výkladu unijní úpravy a její preambule, nýbrž je 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 je tedy zcela zřejmé, že je pro tvorbu závěrů v dané věci třeba vykládat předně ustanovení § 14 odst. 1 zákona a nikoli úpravu unijní.

36. S přihlédnutím ke znění § 14 odst. 1, k jeho důvodové zprávě a zároveň komentářové literatuře vztahující se k této problematice pak lze učinit naprosto odlišný závěr od závěru Úřadu učiněného v napadeném rozhodnutí, a to, že zákon záměrně pracuje s pojmem „věc“ ve smyslu občanského zákoníku. Výše uvedené podtrhuje zároveň i fakt, že zákonodárce v § 14 odst. 1 zákona výslovně zdůraznil, že veřejnou zakázkou na dodávky je rovněž pořízení zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, které obecně nespádají ve smyslu občanského zákoníku pod definici věci v právním slova smyslu. Lze se tedy důvodně domnívat, že zákonodárce tímto speciálním vymezením, dalo by se říci, rozšířil okruh „věcí“ ve smyslu § 14 odst. 1 zákona nad rámec obecné definice v občanském zákoníku.
37. Úřad tak při svém přezkumu namísto výkladu pojmu „věc“ nesprávně převzal unijní pojem „výrobek“ použitý v jednotlivých jazykových zněních návrhu směrnice 2014/24/EU, přičemž mu přisoudil význam, který má tento pojem v České republice, aniž by však přihlédl k jazykovému výkladu zákona, který je v posuzovaném případě primární a s ohledem na to, že ani z důvodové zprávy nelze dovodit opak, je zároveň zcela v souladu s cílem, kterého chtěl zákonodárce dosáhnout.
38. Nyní je tedy třeba se konkrétně zaměřit na to, zda akcie, závod a pohledávky spadají do definice věci v právním smyslu dle § 489 občanského zákoníku a zda je tedy možné, aby byly předmětem veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona.
39. Věcí v právním smyslu se podle ustanovení § 489 občanského zákoníku rozumí vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí. Jedná se tedy o věci hmotné i nehmotné ve smyslu § 496 občanského zákoníku. Hmotnou věcí je přitom ovladatelná část vnějšího světa, která je samostatným předmětem a věci nehmotnou jsou práva, jejichž povaha to připouští, a jiné věci bez hmotné podstaty.
40. Dalším možným typem dělení věcí jsou věci movité a nemovité. Nemovitými věcmi jsou ve smyslu § 498 občanského zákoníku pozemky a podzemní stavby se samostatným účelovým určením, jakož i věcná práva k nim, a práva, která za nemovité věci prohlásí zákon. Stanoví-li zákon, že určitá věc není součástí pozemku, a nelze-li takovou věc přenést z místa na místo bez porušení její podstaty, je i tato věc nemovitá. Veškeré další věci, ať je jejich podstata hmotná nebo nehmotná, jsou movité.
41. Co se týká akcií, ty jsou cenným papírem ve smyslu § 514 občanského zákoníku a jsou považovány za zvláštní kategorii věcí hmotných a movitých. Speciálním případem mohou být zahnihané akcie, resp. obecně zaknihované cenné papíry, které jsou taktéž věcmi movitými, avšak nehmotnými. Co se týká obchodního závodu, ten je ve smyslu § 501 občanského zákoníku věcí hromadnou a pohledávky jsou věcmi movitými ve smyslu § 496 občanského zákoníku. Z výše uvedeného lze tedy seznat, že vše co chtěl zadavatel svým jednáním pořídit, spadá pod definici „věcí“ ve smyslu § 489 občanského zákoníku a může být tedy předmětem veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona.
42. K tomu je potřeba dále dodat, že v případě, že by zákonodárce měl v úmyslu určité věci, jakožto předměty veřejné zakázky na dodávky z působnosti zákona vyjmout, učinil by tak formou výjimky, jak se tomu ostatně stalo kupříkladu u nemovitých věcí v § 29 písm. h) zákona, neboť tyto by jinak nepochybně byly veřejnou zakázkou na dodávky. Byť by se mohlo zdát, že na posuzovanou situaci dopadá výjimka obsažená v § 29 písm. l) zákona, není tomu tak. V daném případě se totiž nejedná o investiční služby, přičemž veřejný zadavatel zde ani

není osobou oprávněnou investiční služby poskytovat, neboť se nejedná o obchodníka s cennými papíry, jenž disponuje povolením České národní banky k této činnosti. Zároveň se předně jedná o výjimku pro služby a nikoliv dodávky za účelem získání peněžních prostředků či kapitálu. Nutno také dodat, že v nyní projednávaném případě by pořízení akcií neznamenalo pořízení investičního nástroje za účelem obchodování s ním, ale jednalo by se o pořízení obchodního podílu za účelem zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje. Ve vztahu k výjimce podle § 29 písm. l) zákona je tedy zřejmé, že ta na posuzovanou situaci nedopadá. Na základě výše uvedeného lze tedy konstatovat, že co se týká cenných papírů, obchodního závodu či pohledávek, žádná taková výjimka v zákoně upravena není.

43. Lze tedy konstatovat, že Úřad nesprávně vyložil pojem „věc“ uvedený v § 14 odst. 1 zákona v důsledku čehož nesprávně právně posoudil naplnění definičních znaků veřejné zakázky ve smyslu § 2 odst. 1 zákona.

Existence hospodářské soutěže

44. Dále je třeba podotknout, že v nyní projednávaném případě zadavatel oslovil se záměrem nabytí podílu ve společnosti či koupi závodu nebo jeho části více potenciálních dodavatelů, a to konkrétně společnost ČSAD Liberec, a.s., společnost ČSAD Česká Lípa, a.s. a taktéž samotného navrhovatele. Zadavatel následně v bodě II. 2.4) „Popis zakázky“ uvedl účel, za kterým hodlá nabytí podíl v jakékoli společnosti zajišťující veřejnou službu v přepravě cestujících v autobusové dopravě (viz bod 2 tohoto rozhodnutí). Zároveň zadavatel v bodu VI.3) dobrovolného oznámení uvedl, že „[z]adavatel uzavře smlouvu pouze s jedním ze subjektů uvedených v bodě V.2.3) na základě výsledků vzájemných jednání.“ Z výše uvedeného vyplývá, že nabytí akcií některé ze společností či odkup závodu či jeho části byly pro zadavatele alternativami, z nichž chtěl zvolit pro sebe tu nejvýhodnější a naplnit tak účel vymezený v dobrovolném oznámení, a to následně zajištění provozování autobusové dopravy na území Libereckého kraje na základě vertikální spolupráce.
45. Nelze proto souhlasit s názorem Úřadu, že u postupů či právních jednání, které zadavatel zamýšlel realizovat neexistovala hospodářská soutěž z toho důvodu, že zadavatel měl v úmyslu pořídit konkrétní akcie či konkrétní závod. Naopak, 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 neprokazuje, že by zadavatel trval na nabytí podílu jen jediné konkrétní společnosti.
46. Nad rámec výše uvedeného považuji za vhodné dodat, že ze zákona nevyplývá, že by veřejnou zakázkou nemohlo být plnění, které může zadavateli nabídnout jen jediný dodavatel. V tomto je nutné souhlasit s názorem navrhovatele vysloveným v rozkladu, a tedy, 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 96 odůvodnění napadeného rozhodnutí), takže i pokud by opravdu existoval pouze jediný možný dodavatel, nebylo by to překážkou vedení zadávacího řízení.

K možnému obcházení zákona

47. Dále je třeba se pozastavit nad tvrzením Úřadu uvedeným v bodě 126 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to konkrétně nad závěrem, že z tvrzení zadavatele ani

ze skutečností zjištěných Úřadem nic nenasvědčuje tomu, že by některá z uvedených společností jednala účelově v tom smyslu, že by například koupila autobusy z toho důvodu, aby veřejný zadavatel následně mohl zajistit provozování autobusové dopravy bez nutnosti autobusy soutěžit v zadávacím řízení.

48. K tomuto závěru pouze konstatuji, že Úřad sice zohlednil dobu vzniku jednotlivých zadavatelem oslovených společností, avšak již nevzal v potaz tu podmínku zadavatele, že před tím, než by tento podepsal smlouvu se společností ČSAD Liberec, a.s., musela by uvedená společnost koupit 76 380 kusů kmenových akcií společnosti Autocentrum Nord, a.s. od společnosti LIAD s.r.o., čímž by na společnosti Autocentrum Nord, a.s. získala rozhodující podíl a zabezpečila by si tak krom provozování autobusové dopravy také kupříkladu údržbu motorových vozidel a jejich příslušenství, které by zadavatel po podpisu smlouvy se společností ČSAD Liberec, a.s. již nemusel zadávat v zadávacím řízení.
49. S ohledem na výše uvedené mám za to, že by se Úřad měl v rámci svého přezkumu zaměřit na otázku, zda právě výše popsané jednání není možné brát jako znak účelovosti směřující k obcházení zákona.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

50. Vzhledem k tomu, že jsem výše zkonstatoval nezákonnost výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť Úřad nesprávně vyložil § 14 odst. 1 zákona, mám za to, že je s ohledem na provázanost odůvodnění výroku I. s odůvodněním výroku II. v napadeném rozhodnutí nutné zrušit také výrok II. napadeného rozhodnutí. Jakmile totiž dojde k novému projednání věci Úřadem vázaného právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí, budou zde dána nová východiska pro přezkum návrhu v části týkající se dobrovolného oznámení.

Shrnutí

51. Na základě výše uvedeného nezbývá než konstatovat, že Úřad nesprávně vyložil znění § 14 odst. 1 zákona, když konstatoval, že úplatné nabytí akcií, pohledávek či závodu není veřejnou zakázkou na dodávky. Zároveň považuji za nesprávný závěr Úřadu týkající se neexistence hospodářské soutěže, a co se týká přezkumu, zda by jednáním zadavatele nedošlo k obcházení zákona, mám za to, že je nutné otázku účelovosti jednání posoudit nejen s ohledem na dobu vzniku jednotlivých zadavatelem oslovených společností, nýbrž také s ohledem na ostatní skutečnosti blíže nastíněné v bodě 48 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
52. Vzhledem k tomu, že nebyly naplněny podmínky pro to, aby tento rozpor s právními předpisy bylo možné napravit přímo v řízení o rozkladu postupem podle ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k Úřadu k novému projednání.
53. Při novém projednání věci proto Úřad řádně aplikuje ustanovení § 14 odst. 1 zákona ve světle výkladu důvodové zprávy k zákonu a výše uvedené komentářové literatury a vezme v potaz také závěry vyslovené v tomto rozhodnutí.
54. Při novém projednání věci bude tedy na Úřadu, aby rozhodl ve správním řízení, jehož předmět je vymezen obsahem návrhu, o celém takovém návrhu.
55. Z důvodů, že jsem shledal napadené rozhodnutí nezákonným, není na místě zabývat se jednotlivými rozkladovými námitkami zadavatele ani navrhovatele. Úřad je však vezme

v potaz při novém posouzení věci a s těmi námitkami, které budou relevantní ve vztahu ke konečnému závěru Úřadu, se v novém rozhodnutí náležitě vypořádá.

VII. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci z hlediska zákonnosti a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadou mající vliv právě na jeho zákonnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci Úřadu k novému rozhodnutí.
57. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

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