



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



UOHSX005Q42X

Číslo jednací:
ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe

Vyřizuje:
Nejezchleb

Brno 3.2.2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) od Vás obdržel dne 23. 1. 2014 žádost o posouzení jednání majetkově a personálně propojených osob jakožto jediných uchazečů o veřejnou zakázku z hlediska možné kvalifikace takového jednání jako zakázané dohody typu bid rigging dle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to ve světle právních argumentů uvedených ve Vašem článku „*Majetkově a personálně propojené osoby aneb legální bid rigging?*“ publikovaném v lednovém čísle ročníku 2014 časopisu Veřejné zakázky v praxi.

Úřad k Vašemu dotazu předně zdůrazňuje, že subjektem ochrany hospodářské soutěže dle zákona je soutěžitel. Ten je definován v § 2 odst. 1 zákona následovně: „*Soutěžiteli podle tohoto zákona se rozumí fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení a seskupení nejsou právními osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.*“ Soutěžitel je tedy entitou, která nemusí mít vůbec právní subjektivitu a může se skládat z velkého množství různým způsobem propojených subjektů s právní osobností, která v tržní realitě koordinuje své jednání za účelem maximalizace zisku všech do ní spadajících subjektů, tedy soutěžitele jako celku. Při určování, zda určité subjekty společně tvoří jednoho soutěžitele, je v nejobecnější rovině zásadní, jakým způsobem určují dané subjekty svoji obchodní politiku, resp. zda je, nebo může být, jejich obchodní politika určována jediným subjektem. Pokud ano, tvoří tyto subjekty společně jediného soutěžitele, který je dle zákona subjektem jednajícím v hospodářské soutěži.

Zakázané dohody posuzuje Úřad dle § 3 odst. 1 zákona, který stanovuje, že dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen „**dohody**“), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak. Z uvedeného textu zákona je pro Váš dotaz zejména relevantní, že k uzavření zakázané dohody dochází výlučně mezi soutěžiteli a dále, že je potřeba dohody nejméně dvou různých soutěžitelů, resp. není možné, aby zakázanou dohodu uzavřel jediný soutěžitel sám se sebou.

Proto je pro posouzení otázky, zda propojené subjekty s právní osobností (ať už personálně, majetkově nebo oběma způsoby) mohou nebo nemohou mezi sebou uzavřít zakázanou dohodu jakéhokoliv typu, tedy rovněž dohodu typu bid rigging při účasti ve výběrovém řízení, klíčové, zda společně tvoří jednoho soutěžitele či nikoliv. Pokud ano, nelze z pohledu zákona konstatovat, že došlo k uzavření zakázané dohody, neboť k tomu chybí její podstatný znak, a to že zakázanou dohodu musejí uzavřít nejméně dva soutěžitelé. Úřad k tomu dodává, že ve vztahu k majetkově propojeným subjektům platí vyvratitelná domněnka, že v případě 100 % kontroly mezi mateřskou a dceřinou společností se jedná o jednoho soutěžitele.

Faktické vyloučení vzájemné soutěže mezi ovládající a ovládanou osobou je v rámci zákona řešeno úpravou kontroly spojování soutěžitelů, na základě které Úřad přezkoumává, zda spojení soutěžitelů, a to i vzniklé prostřednictvím kontroly, nenarušuje hospodářskou soutěž.

Úřad uzavírá, že argumentace směrem k možnému přehodnocení nemožnosti uzavření zakázané dohody typu bid rigging mezi propojenými osobami tvořícími jednoho soutěžitele je jednak bez změny zákona právně nemožná, ale především fakticky nelogická, neboť postihovat entitu, která se v hospodářské realitě chová, a v souladu se zákonem může chovat, jako jeden celek, za uzavření dohody mezi jejími „částmi“, se nezbytně jeví jako principiálně špatné a nelogické.

Nicméně Úřad souhlasí s Vaším závěrem, že by bylo možné novelizovat zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) tak, aby bylo vyloučeno v rámci jedné zakázky podávat více nabídek ze strany jednoho soutěžitele, neboť je zřejmé, že entita, která se na trhu chová jako jeden celek sama se sebou nemůže reálně o zakázku soutěžit, tedy při výběru dodavatele ve skutečnosti vůbec v takovém případě nedochází k hospodářské soutěži, jež má zajistit zadání zakázky za co nejlepších podmínek pro zadavatele a je nejzákladnějším důvodem samotné existence zadávání veřejných zakázek prostřednictvím výběrových řízení. Stávající znění ZVZ, které umožňuje ve výběrových řízeních podat nabídku ze strany různých subjektů s právní osobností, jenž společně tvoří jednoho soutěžitele ve smyslu zákona a v hospodářské realitě se tedy chovají jako jedna entita, lze proto považovat za nežádoucí, neboť popírá jejich samotný smysl. Sekce Hospodářské soutěže Úřadu s tímto opakovaně seznamovala osoby zodpovědné za připomínkování legislativy v oblasti veřejných zakázek, přičemž gestorem ZVZ je Ministerstvo pro místní rozvoj.

Úplným závěrem Vám Úřad sděluje, že závazná právní stanoviska poskytuje pouze ve svých pravomocných rozhodnutích.

S pozdravem

Mgr. Igor Pospíšil
Odbor Kartelů, ředitel

Obdrží

Mgr. Andrea Kohoutková, advokátka
Muhova 13
160 00 Praha 6