

Univerzita Karlova  
Právnická fakulta  
Katedra evropského práva

DIPLOMOVÁ PRÁCE

DOHODY NARUŠUJÍCÍ HOSPODÁŘSKOU SOUTĚŽ  
KARTELOVÉ DOHODY TYPU BID-RIGGING

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Jindřiška Munková

Diplomant: David Mikulecký  
Úholičky 245  
252 64 Praha - západ

## Prohlášení

Prohlašuji, že jsem tuto diplomovou práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal, způsobem ve vědecké práci obvyklým.

V Praze dne 30.4.2006



David Mikulecký

### Volba tématu diplomové práce.

Jako téma diplomové práce jsem zvolil dohody narušující hospodářskou soutěž. Z důvodu takto široce vymezené oblasti zahrnující jak horizontální, tak vertikální dohody, jsem dal přednost dohodám horizontálním. Mezi jednotlivými typy horizontálních zakázaných dohod jsem zvolil dohody mezi soutěžiteli v zákoně výslovně neuvedené, k nimž může docházet v oblasti obchodních veřejných soutěží a v oblasti veřejných zakázek (dohody typu bid-rigging), a to z několika důvodů:

- (i) Právní předpisy České republiky výslovně neuvádí tento typ dohod mezi soutěžiteli.
- (ii) Jsem přesvědčen o tom, že k uzavírání dohod tohoto typu v České republice mezi soutěžiteli dochází.
- (iii) Ačkoli příslušné úřady České republiky mohou v rámci své dohlédací či kontrolní činnosti zaznamenat tyto kartelové dohody mezi soutěžiteli, doposud žádné řízení o existenci kartelu tohoto typu nebylo zahájeno.<sup>1</sup>
- (iv) Domnívám se, že závažnost těchto protisoutěžních praktik si zasluhuje zvýšenou pozornost.

V této práci si kladu za cíl zejména vysvětlit, co to jsou zakázané dohody bid-rigging, v jakých oblastech se mohou vyskytovat, proč a jakým způsobem mohou tyto dohody ovlivňovat hospodářskou soutěž a jak na tyto dohody lze pohlížet z hlediska české právní úpravy. V závěru práce uvádím možná řešení problematiky bid-rigging.

V jednotlivých částech této práce se věnuji následujícím tématům:

1. Pojem bid-rigging. Jsou dohody bid-rigging kartelovými dohodami? Účinky dohod bid-rigging.
2. Základní formy dohod bid-rigging a kompenzační systém. Bid-rigging jako cenový nebo segmentační kartel sui generis. Vymezení relevantního trhu, na němž může docházet k uzavírání dohod typu bid-rigging. Proč dohody mezi soutěžiteli fungují tak spolehlivě právě v oblasti veřejných zakázek?
3. Právní úprava oblastí ohrožených dohodami soutěžitelů – obchodní veřejná soutěž a veřejné zakázky. Vybraná ustanovení zákona o veřejných zakázkách týkající se dohod bid-rigging. Zvláštní úprava koncesního zákona.
4. Případy odhalení dohod bid-rigging v zahraničí.

---

<sup>1</sup> Veřejné zakázky - informační list č. 1/2006, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ČR

## 5. Indicie dohod bid-rigging. Úvaha nad dohodami bid-rigging v České republice.

V závěru práce se potom vyjadřuji ke změně příslušných právních předpisů.

### 1.

#### 1.1 Pojem bid-rigging.

V oblasti obchodních veřejných soutěží či veřejných zakázek se můžeme setkat s pojmem bid-rigging či s dohodami bid-rigging. Celosvětově tento pojem vyjadřuje typ dohody (určitý způsob jednání) mezi soutěžiteli, který je obecně nežádoucí a zakázan.

Překlad tohoto pojmu podává například Ing. Josef Bednář, bývalý předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže České republiky (dále jen „Úřad“), když uvádí: Nejjednodušší definice pojmu bid-rigging zní, že jde o situaci, kdy všichni uchazeči nebo zájemci o veřejnou zakázku poškodí zadavatele veřejné zakázky tím, že se dohodnou, že si nebudou konkurovat a podávat konkurenční nabídky. Příмым důsledkem tohoto postupu je, že výsledná cena veřejné zakázky je podstatně vyšší, než by byla, pokud by se o ni odehrál konkurenční boj.<sup>2</sup>

Jiné definice pojmu bid-rigging uvádí, že jde o zvláštní formu zakázané dohody o ceně, kterou soutěžitelé zkoordinují své nabídky za účelem získání zakázky či projektu.<sup>3</sup>

Pojem bid-rigging se pokouší definovat i autoři publikace *Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU* takto: Bid-rigging jsou dohody uzavírané při veřejných soutěžích spočívající v konsensuálním ovlivnění nabídek jednotlivých soutěžitelů tak, aby byl vždy předem jasný vítěz soutěže nebo aby se jiným způsobem eliminovala konkurence mezi uchazeči o zakázku.<sup>4</sup>

První definici lze vytknout to, že nikoli všichni uchazeči nebo zájemci se musí účastnit soutěže o veřejnou zakázku, nikoli všichni uchazeči nebo zájemci musí poškodit zadavatele tím, že se dohodnou, že si nebudou konkurovat a nemusí se vždy jednat jen o veřejnou zakázku, ačkoli o dohodách bid-rigging se hovoří zpravidla v souvislosti s veřejnými zakázkami. Další oblastí ohroženou těmito dohodami je oblast obchodních veřejných soutěží. Druhá zmíněná definice nereflektuje to, že kritériem získání zakázky mohou být i jiné parametry než je samotná nabízená cena.

<sup>2</sup> Hospodárné vynakládání veřejných prostředků je v zájmu všech občanů, Profit 13.10.2003, autor: Ing. Josef Bednář, bývalý předseda Úřadu

<sup>3</sup> Pojmový slovník OECD

<sup>4</sup> Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU (2005), autoři: JUDr. David Raus, Ph.D., JUDr. Robert Neruda



Posledně naznačená definice podle mého názoru dobře vystihuje podstatu dohod bid-rigging s tím, že se domnívám, že k dohodám o ovlivnění nabídek soutěžitelů tak, aby byl předem jasný vítěz soutěže nebo aby se jiným způsobem eliminovala konkurence mezi uchazeči o zakázku, nemusí docházet až při veřejné soutěži, ale třeba i dlouhou dobu před ní, kdy budoucí účastníci soutěže jednají o vítězné nabídce, dohadují postup při podávání nabídek, určují obsah nabídek ostatních „neúspěšných“ soutěžitelů, tj. ke koluznímu jednání dochází v souvislosti s obchodní veřejnou soutěží. Pojem obchodní veřejná soutěž potom v podmínkách České republiky zahrnuje širší oblast, než jsou veřejné zakázky, jejichž zadávání je pouze zvláštním, zákonem předepsaným postupem pro výběr budoucího smluvního partnera. Pro lepší vystižení by bylo vhodné uvádět obojí, že jde o dohody uzavírané v souvislosti s obchodní veřejnou soutěží nebo v souvislosti s veřejnou zakázkou. Posledně uvedená definice též správně dopadá na situaci, kdy soutěžitelé podají totožné nabídky nebo kdy se domluví, že nikdo nepodá nabídku, tzn. v takovém případě není znám předem vítěz, avšak eliminuje se tím konkurence mezi soutěžiteli.

Bid-rigging lze podle mého názoru definovat takto:

**Jde o zakázanou dohodu soutěžitelů, uzavíranou v souvislosti s obchodní veřejnou soutěží nebo v souvislosti s veřejnou zakázkou, o ovlivnění nabídek soutěžitelů takovým způsobem, aby byl předem jistý vítěz soutěže nebo aby se jinak eliminovala konkurence mezi soutěžiteli.**

Pojem bid-rigging odráží jednak oblast, kde k protisoutěžnímu jednání dochází – tj. oblast podávání nabídek na výzvu nebo žádost vyhlášovatele (zadavatele), jednak způsob jednání, jakým k dochází k porušování soutěže – ovlivňování (manipulace) nabídek s úmyslem podvést vyhlášovatele soutěže.

Důsledkem dohody bid-rigging je poškození vyhlášovatele veřejné soutěže, protože zakázka není zadána tak výhodně, jako kdyby se o ní vedl konkurenční boj. Pokud se jedná o zakázky financované z veřejných rozpočtů, dochází tím k poškození samotných daňových poplatníků, kteří do veřejných rozpočtů přispívají.

Domnívám se, že tím nejobecnějším společným znakem všech dohod typu bid-rigging je obecně „soutěž“. Účelem každé soutěže je soupeření mezi vícero osobami, aby se dosáhlo co nejlepšího výsledku. Ať se jedná o soutěž (i) mezi sportovci o nejlepší sportovní výkon, (ii) o dosažení určitého vyhlášovatelem stanoveného cíle či (iii) o nejlepší návrh na uzavření smlouvy, vždy je předpokladem účast více osob v postavení soutěžících a jejich vzájemné soupeření o nejlepší výsledek. V případě dohod bid-rigging zde kromě soutěžících vystupuje ještě další subjekt, kterým je osoba iniciující soutěž, která má zájem vybrat nejvýhodnější nabídku a která nakonec rozhodne o vítězi konkrétní

soutěže, tj. vyhlášovatel (zadavatel) soutěže. O dosažení co nejlepšího výsledku se v tomto případě snaží jednak soutěžící, jednak vyhlášovatel soutěže. Při zachování tohoto základního principu by soutěžící neměli navzájem spolupracovat, měli by vycházet výlučně z vlastních výkonů, poznatků, výpočtů, odhadů apod. Dohody typu bid-rigging z tohoto pohledu působí protisoutěžně. Jejich pojmovým znakem je ovlivnění soutěže formou vzájemné kooperace tak, že soutěžící spolu fakticky nesoutěží a namísto závodění mezi sebou podnikají společné kroky proti vyhlášovateli soutěže. Dalším znakem dohod bid-rigging tedy je fakt, že k jejich uzavírání může dojít jen tam, kde soupeřící strany mají možnost koordinovat vzájemná jednání směrem k ovlivnění nabídek a získání zakázky. Pokud soupeřící strany nemají možnost koordinace postupů popřípadě nejsou schopny svým jednáním reálně ovlivnit podmínky soutěže, není možné hovořit o dohodách typu bid-rigging. Touto úvahou lze dojít k závěru, že na některých trzích je téměř vyloučen výskyt dohod tohoto typu a rovněž k závěru, že některé trhy jsou vůči dohodám bid-rigging náchylnější než jiné.

## 1.2 Jsou dohody bid-rigging kartelovými dohodami?

V průběhu zajišťování materiálů k této práci jsem se setkal s názorem, že v případě dohod bid-rigging nejde o kartel. Argumentem podporujícím tento názor byl ten, že kartelové dohody mají ve svém důsledku poškozovat soutěžitele stojících vně kartelu, a to tím, že tito mimo stojící soutěžitelé nepožívají výhod konspirujících soutěžitelů, kteří v důsledku dohody získají více zákazníků, zboží lepší kvality či za zvýhodněných podmínek, je jim umožněno lépe se orientovat na konkurenčním trhu, o což v případě dohod bid-rigging nejde, neboť z těchto dohod všichni účastníci se soutěžitelé profitují. V daném případě bylo dále argumentováno otázkou kdo v daném případě soutěží? Jde skutečně o hospodářskou soutěž mezi soutěžiteli „ucházejícími“ se o zakázku? V daném případě bylo poukazováno na ustanovení zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění (dále jen „Zákon“), která definují zakázané dohody v ustanovení § 3 odst. 1 Zákona s tím, že pod uvedená ustanovení nelze podřadit dohody tohoto typu.

V následující části odůvodňuji svůj opačný názor:

Zakázanou dohodou narušující hospodářskou soutěž (kartelem) je z hlediska Zákona takové ujednání mezi dvěma nebo více soutěžiteli, které je alespoň způsobilé narušit hospodářskou soutěž, pokud Zákon nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku.

Ujednání. Ujednání mezi soutěžiteli, které je alespoň způsobilé narušit hospodářskou soutěž, může mít z hlediska Zákona trojí formu, a sice formu dohody mezi soutěžiteli (dohodu v užším smyslu), rozhodnutí sdružení soutěžitelů nebo jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě. Obdobným způsobem

jsou definovány zakázané dohody podle Smlouvy o založení Evropského společenství, ve znění Amsterodamské smlouvy (dále jen „Smlouva ES“), když tato označuje za zakázané veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž cílem nebo výsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení soutěže na společném trhu.<sup>5</sup>

A) První formu představují „dohody v užším smyslu“, tj. dohody připomínající běžně uzavírané smlouvy, právně vynutitelné a sankcionovatelné, jejichž obsahem je projev vůle strany dohody v budoucnu se určitým stanoveným způsobem chovat. Co se týče formy dohody v užším smyslu, tato vůbec nemusí být uzavřena v písemné podobě, naopak, zpravidla se bude jednat o ústně sjednanou, popřípadě i mlčky uzavřenou dohodu. Tato dohoda navíc nemusí mít náležitosti smlouvy podle občanskoprávních předpisů. Důležité je, aby byla vyjádřena společná vůle chovat se na trhu určitým způsobem. Za zakázanou dohodu je možné považovat i dohodu, jejíž předem sjednaná účinnost skončila, ale strany v minulosti účinné dohody se z různých důvodů (dalo by se říci ze setrvačnosti) dohodou stále řídí.<sup>4</sup> Za zakázané dohody v užším smyslu se považují i tzv. „gentleman agreements“ neobsahující formální znaky dohody.<sup>6</sup> Dohody bid-rigging budou dle mého názoru zpravidla uzavírány ve formě dohody v užším smyslu, jak odůvodňuji dále.

B) Druhou formou zakázané dohody podle Zákona i podle znění Smlouvy ES je jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě. Jednáním ve vzájemné shodě bývá označován určitý společný koordinovaný postup soutěžitelů bez vzniku skutečné „dohody“, tj. tak, že na základě sdělených informací předpokládá jejich původce i adresát shodu ve vzájemném postupu. Tato shoda má vyloučit případnou nejistotu o budoucím chování soutěžitelů, kteří jednají ve vzájemné shodě. Jak opakovaně judikoval Evropský soudní dvůr, *jednání ve vzájemné shodě představuje formu koordinace mezi podniky, které aniž by dosáhly stádia uzavření konkrétní dohody, vědomě nahrazují rizika vzájemné konkurence praktickou kooperací.*<sup>7</sup> Nemusí tedy existovat přesný, předem vytvořený plán postupu soutěžitelů. Postačí určitá forma srozumění mezi soutěžiteli o společném postupu mezi nimi. Za typický projev jednání ve vzájemné shodě lze považovat skutečnost, že soutěžitelé uskutečňují v určitém časovém předstihu před účinností svých rozhodnutí podobné kroky nebo si navzájem sdělují informace, které by si za normálních okolností nesdělovali (např. informace o prodejní politice, dosahovaných maržích). Uvádím příklady uzavření dohody bid-rigging aplikovatelné na právní předpisy České republiky.

<sup>5</sup> Článek 81 odst. 1 Smlouvy ES

<sup>6</sup> Komentář k zákonu č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, autor: JUDr. Jindřiška Munková

<sup>7</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci „Sugar“

Příklad: Sdělením údaje soutěžitelem A soutěžiteli B o tom, že (i) rozhodujícím kritériem při posuzování nabídek v chystaném zadávacím řízení bude výše nabídkové ceny, (ii) předpokládaná cena zakázky je 150 mil. Kč, a že (iii) soutěžitel A zadavateli nabídne 140 mil. Kč, se může soutěžitel B důvodně domnívat, aniž by muselo dojít k výslovné dohodě (dohodě v užším smyslu), že pokud nabídne zadavateli cenu nižší než 140 mil. Kč, zakázku velmi pravděpodobně získá, popřípadě pokud nabídne cenu vyšší než 140 mil. Kč, zakázku pravděpodobně nezíská. Soutěžitel B bude jednat ve shodě pouze tehdy, pokud může důvodně očekávat získání nějaké výhody z takového svého jednání, např. v budoucnu obdobný přístup soutěžitele A. Je diskutabilní, zda dohoda bid-rigging může být uzavřena formou jednání ve vzájemné shodě vždy. Je však nutné posuzovat konkrétní případ s ohledem na podmínky vzniku dohody na konkrétním území. Tím mám na mysli, že je zapotřebí zohlednit, že k těmto dohodám dochází v České republice obecně v oblasti obchodních veřejných soutěží a veřejných zakázek, avšak, v takto široce vymezených oblastech pouze na určitých trzích, a to trzích vysoce koncentrovaných, které by měly splňovat i některá další kritéria (upřesněno v článku 2.3 této práce). Na určitých trzích České republiky je takovéto jednání představitelné. Pokud se soutěžitelé navzájem potkávají při různých obchodních jednáních, je třeba připustit, že k uzavření dohody bude stačit náznak, který by za normálních okolností k uzavření dohody nestačil. V tomto případě informace o ceně, kterou bude soutěžitel A nabízet v nastávajícím zadávacím řízení, je informací, která za obvyklých okolností zůstává jiným soutěžitelům utajena. Sdělení této informace je vysláním jasného impulsu, kterým soutěžitel A sleduje (a očekává) budoucí chování soutěžitele B.

Indikátory značícími zakázanou dohodu ve formě jednání ve shodě se zabýval i Evropský soudní dvůr, když deklaroval *požadavek na nezávislost jednání soutěžitelů, který nezbavuje účastníky trhu práva přizpůsobit se současnému nebo předpokládanému chování svých konkurentů, avšak striktně vylučuje jakýkoli přímý nebo nepřímý kontakt mezi nimi, jejichž účelem nebo důsledkem by bylo vytvoření podmínek, které neodpovídají normální situaci na předmětném trhu.*<sup>8</sup>

Příklad: Soutěžitel A soutěžiteli B zavolá a oznámí mu: „Máme zájem o zakázku X (konkretizuje zakázku uveřejněné na centrální adrese), ale bylo by dobré přidat ještě nějakou nabídku. Pokud X získáme, nestojíme o vaší zakázku Y. Nashledanou.“

Soutěžitel B takto už ví, že se od něj očekává, že (i) se tohoto zadávacího řízení účastní a že (ii) podá pouze tzv. zdvořilostní (doplňkovou, naoko) nabídku. Soutěžitel B může důvodně předpokládat, že pokud tak učiní, může v budoucnu očekávat obdobný přístup od soutěžitele A. Je zapotřebí zohlednit trh, na kterém může docházet k uzavírání dohod tohoto typu, tj. trh, kde se soutěžitelé zpravidla znají. Níže bude uvedeno, že na určitých trzích v České republice je takovéto chování představitelné.

<sup>8</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG (ECR 1981, s. 2021 – 2031)

Rovněž je vhodné uvažovat o tom, že soutěžitelé, kteří se na daném trhu pohybují, mohou znát praktiky uzavírání takovýchto dohod, mohou tedy důvodně očekávat jisté protiplnění za svou službu, stejně tak mohou rovněž zohlednit důležitost či postavení soutěžitele, který se na ně se žádostí obrátil. Z těchto důvodů považuji formu jednání ve shodě za možný způsob uzavření dohody bid-rigging.

C) Za třetí formu zakázané dohody Zákon označuje rozhodnutí sdružení soutěžitelů. Smlouva ES potom za formu zakázané dohody označuje rozhodnutí sdružení podniků. Za rozhodnutí sdružení soutěžitelů se obvykle považuje výslovné určení budoucího postupu soutěžitelů útvarem, který si soutěžitelé založili nebo do něhož vstoupili. Zákon nestanoví, jakou podobu má takový útvar mít, lze proto dovodit, že může jít i o seskupení bez právní subjektivity. Samotné sdružení ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 Zákona ještě nemusí být soutěžitelem, je však zapotřebí, aby právní subjektivita byla dána u členů takového sdružení. V rámci zajišťování podkladů k práci jsem se setkal s názorem, že dohoda bid-rigging nemůže být uzavřena ve formě rozhodnutí sdružení soutěžitelů. Při vyhledávání podkladů pro vyvrácení tohoto názoru jsem uvažoval následující skutečnosti:

Soutěžitelé o veřejnou zakázku či o nejlepší návrh se v podmínkách České republiky mohou sdružit například na základě smlouvy o sdružení podle ustanovení § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění. V případě veřejných zakázek například na rozsáhlé stavební práce je tento postup naprosto běžný. Soutěžitelům nic nebrání ve smlouvě o sdružení stanovit, že určitý soutěžitel (zástupce či zástupci soutěžitele nebo zvolený orgán) bude reprezentovat sdružení navenek. Aby bylo možné hovořit o dohodě ve formě rozhodnutí sdružení, musí být takovýto orgán soutěžiteli jako reprezentující fakticky vnímán. Pokud by tak vnímán nebyl, jeho navenek projevená snaha o unifikaci chování soutěžitelů by nemohla představovat vůli sdružení. K projevu vůle takového zástupce či orgánu uvádí autoři komentovaného znění Zákona,<sup>9</sup> že může jít o pro soutěžitele závazné rozhodnutí, jehož neuposlechnutí může být spojeno s nějakou sankcí, nebo jen o jakési doporučení soutěžitelům, ze kterého jakoukoli závaznost není možno dovodit. I nezávazným doporučením totiž lze identifikovat budoucí chování soutěžitelů. Co se týče veřejných zakázek (protože dohody bid-rigging se týkají převážně této oblasti), zde platí, že soutěžitelé mohou za účelem získání veřejné zakázky podávat společnou nabídku. Nově přijatý zákon o veřejných zakázkách (viz dále) výslovně stanoví, že soutěžitelé (dodavatelé) podávající společnou nabídku se považují za jednoho soutěžitele (uchazeče). Z toho vyplývá, že rozhodnutí orgánu, který reprezentuje sdružení, se váže k jediné podávané nabídce, která potom představuje nabídku sdružení jako celku. Pokud z definice dohody bid-rigging podávané v úvodu této práce vyplývá, že dohoda bid-rigging je dohodou o ovlivnění nabídek a nikoli jediné nabídky, je z toho patrné, že reprezentující útvar sdružení by svým úkonem musel ovlivnit více nabídek, což v daném případě možné není. Orgán sdružení nemůže svým jednostranným

<sup>9</sup> Komentář k Zákonu (2006), autoři: JUDr. Robert Neruda, JUDr. David Raus, PhD

úkonem (příkazem, zákazem, doporučením) ovlivnit nabídky jiných soutěžitelů stojících vně tohoto sdružení. Pokud projev vůle orgánu směrem dovnitř sdružení je způsobilé ovlivnit jednání sdružených soutěžitelů, potom se domnívám, že projev vůle orgánu sdružení směrem navenek sdružení bude možné považovat jen za jakési přání, které nebude splňovat předpoklady rozhodnutí sdružení jako formy dohody bid-rigging. Při splnění ostatních náležitostí bude takovýto projev navenek sdružení možné považovat za projev vůle směřující k uzavření dohody v užším smyslu popř. bude jej možné považovat za jednání ve vzájemné shodě směřující k soutěžitelům stojícím mimo sdružení. K tomu poukazují na rozhodnutí Evropského soudního dvora, ve kterém se soud vyjadřoval ke konkurenci (pluralitě) mezi uchazeči o zakázku a účelu právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Judikoval, že *účelem je zajištění účinné konkurence mezi dodavateli a umožnění šetrného nakládání s veřejnými prostředky. Těchto cílů je však možné dosáhnout pouze tehdy, jestliže je zadavateli umožněno porovnat nabídky několika uchazečů.*<sup>10</sup> Z výše uvedených důvodů jsem názor na možnost uzavření dohody bid-rigging v této formě přehodnotil a domnívám se, že nemůže dojít k uzavření dohody bid-rigging formou rozhodnutí sdružení soutěžitelů.

V případě dohod typu bid-rigging půjde tedy zpravidla o dohody v užším smyslu, a to pro relativně větší složitost těchto dohod. Dohody tohoto typu budou obsahovat zpravidla podrobnější podmínky, týkající se finančních otázek, zejména úpravy následné kompenzace těch soutěžitelů, kteří umožní zvítězit jinému soutěžiteli, mohou se týkat otázek rozdělení trhu, zákazníkům nebo výrobků apod. Aby bylo možné upravit spolupráci do detailů, je zapotřebí vyššího stupně kooperace, zpravidla nejen ve formě jednání ve shodě. Předpokladem účinnosti těchto dohod bude dlouhodobější spolupráce mezi soutěžiteli proto, aby bylo možné v určitém časovém rozmezí uspokojit nároky všech soutěžitelů, kteří na dohodě participují. I z tohoto úhlu pohledu se forma dohody v užším smyslu zdá být vhodnějším způsobem uzavření kartelové dohody, než jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě.

Výše tedy bylo pojednáno o tom, jakou formu mohou mít zakázaná ujednání soutěžitelů a jaká forma ujednání bude typická pro dohody bid-rigging. Nyní je zapotřebí vymezit pojem soutěžitele, aby bylo možné jednoznačně zodpovědět otázku, zda dohody typu bid-rigging jsou uzavírány mezi soutěžiteli.

Soutěžitel. Definici soutěžitele stanoví Zákon tak, že za soutěžitele se považují fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, i pokud tato sdružení či seskupení nejsou právními osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.

<sup>10</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci *Metalmeccanica Fracasso and Leitschutz Handel und Montage, C-27/98*



Kdo je však soutěžitelem při uzavírání dohod bid-rigging? Zakázané dohody tohoto typu se v podmínkách České republiky mohou vyskytovat jednak v oblasti obchodních veřejných soutěží a v oblasti veřejných zakázek. Obchodní veřejná soutěž je upravena v § 281 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění. Zadávání veřejných zakázek je upraveno dosud účinným zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, přičemž v současné době je již přijat nový zákon o veřejných zakázkách (dále v části 3.1 této práce). V případě obchodních veřejných soutěží stojí na straně jedné vyhlášovatel obchodní veřejné soutěže, který se obrací na neurčitý počet soutěžitelů, na straně druhé účastníci soutěže o nejlepší návrh na uzavření smlouvy, který podávají vyhlášovateli. V případě veřejných zakázek stojí na jedné straně zadavatel veřejné zakázky a na straně druhé soutěžitelé o veřejnou zakázku, tj. dodavatelé, kteří se podle druhu a stadia řízení označují různě (zájemci, uchazeči). Ať jde o obchodní veřejnou soutěž nebo o zadávací řízení, které v podstatě je druhem obchodní veřejné soutěže - předepsaným postupem zadání veřejné zakázky pro zákonem určené subjekty, je mezi soutěžícími subjekty na straně nabízejících / dodavatelů hospodářská soutěž. Lépe řečeno zákon počítá s tím, že mezi těmito subjekty nacházejícími se na jedné straně bude hospodářská soutěž. I pokud budou všichni soutěžitelé o nejlepší návrh / veřejnou zakázku spolupracovat tak, aby faktickou soutěž vyloučili, bude jejich jednáním v hospodářské soutěži. Hospodářskou soutěž není možné omezovat na situace, kde proti sobě stojí pouze střetávající se konkurenti, tj. subjekty s protichůdnými zájmy. I ve vztazích dvou subjektů, které navzájem nestojí na stejné úrovni trhu (ve vztazích vertikálních), tj. ve vztahu nikoli přímých konkurentů, je hospodářská soutěž. V případě jednání monopolisty tento svým jednáním také znemožňuje ostatním (potenciálním) soutěžitelům dostat se do konkurenčního střetu s ním. Proto i jeho jednání bude jednáním v hospodářské soutěži a takové jednání bude při splnění podmínek stanovených Zákonem posuzováno jako zneužití dominantního postavení. Z uvedeného je patrné, že soutěžitelem ve smyslu ustanovení § 2 Zákona by tedy měly být subjekty stojící na jedné straně (nabízející / dodavatelé), neboť tito se účastní (měli by se účastnit) hospodářské soutěže. I pokud by se hospodářské soutěže neúčastnili s úmyslem umožnit jinému soutěžiteli zvítězit v hospodářské soutěži, budou soutěžiteli ve smyslu ustanovení § 2 Zákona, protože mohou svou činností ovlivňovat hospodářskou soutěž.

Hospodářská soutěž. Před uzavřením, zda ty subjekty, které se účastní dohod bid-rigging, jsou soutěžiteli podle Zákona, je zapotřebí vymezit pojem hospodářské soutěže. Za hospodářskou soutěž je třeba považovat jakési spoluzávodění o zákazníky, které spočívá v předstížení jiného soutěžitele. Obecně je přijímán závěr, že toto spoluzávodění má na růst ekonomiky podstatný vliv. Soutěž mezi firmami podporuje inovaci, omezuje výrobní náklady a zvyšuje tak výkonnost celého hospodářství. Pouze firmy stimulované tlakem konkurence nabízejí výrobky a služby, které jsou konkurenceschopné z hlediska ceny a kvality.<sup>4</sup> Funkční soutěž mezi firmami má samozřejmě význam pro spotřebitele protože konkurenční prostředí umožňuje spotřebiteli výběr ze širšího sortimentu za nižší ceny. Funkčnost soutěže může být narušena jednak nepředvídatelnými událostmi jako jsou stávky, války,

může být narušena i intervencemi státu jako je plánované hospodářství anebo jednáním samotných soutěžitelů, kteří se snaží získat prospěch jinak než korektním soutěžením. Aby hospodářská soutěž plnila svou funkci, musí být funkční a soutěžitelé se v jejím rámci musí účastnit spoluzávodění mezi sebou. Soutěžitelé mohou v hospodářské soutěži spolupracovat, mohou se spojovat nebo jinak seskupovat a na trhu pak působit společně. Pokud se rozhodnou spolupracovat, mohou spolu uzavírat pouze takové dohody, které nejsou považovány zakázané pro svůj negativní vliv na hospodářskou soutěž. Kartelovými dohodami je nahrazováno samostatné soutěžení soutěžitelů. Dohoda uzavřená v oblasti veřejné soutěže s cílem soutěž předstírat a získat prospěch na úkor vyhlášovatele, tedy musí být z povahy věci považována za zakázanou. Pokud dohodami bid-rigging účastníci subjekty pouze předstírají hospodářskou soutěž, avšak fakticky spolu nesoutěží, dochází tím k narušení hospodářské soutěže.

I pokud by se soutěžící (o nejlepší návrh smlouvy / o veřejnou zakázku) neúčastnili hospodářské soutěže, byli by soutěžiteli ve smyslu ustanovení § 2 Zákona, neboť svým jednáním směřujícím k ovlivnění nabídek mohou hospodářskou soutěž ovlivňovat. V případě dohod bi d-rigging budou soutěžiteli zpravidla právnické osoby, i když i mezi fyzickými osobami bude kartelovou dohodou tohoto typu teoreticky možné uzavřít. Záleží na tom, na jakém trhu dochází k uzavírání těchto dohod. Podle toho, jací soutěžitelé se na daném trhu pohybují, lze usuzovat, kdo bude soutěžitelem a účastníkem těchto dohod. Lze tedy shrnout, že pokud subjekty uskutečňují jednání směřující k ovlivnění nabídek, aby byl předem jistý vítěz soutěže nebo aby se jinak eliminovala konkurence mezi nimi, jsou soutěžiteli ve smyslu ustanovení § 2 Zákona.

Výjimky. Jak bylo uvedeno výše, ne všechna ujednání mezi soutěžiteli, která vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázaná a neplatná. Z uvedeného pravidla platí několik výjimek, a sice že Zákon popřípadě zvláštní zákon stanoví jinak anebo že Úřad povolí prováděcím právním předpisem výjimku. Považují tedy za vhodné provést rozbor všech výjimek a zjistit, zda tento typ dohod lze vyjmout ze zákazu na základě zákonné výjimky nebo výjimky stanovené prováděcí vyhláškou Úřadu.

Aby mohla být dohoda označena za zakázanou, musí vždy splňovat materiální podmínku alespoň potenciálního narušení hospodářské soutěže. Bez splnění této podmínky nelze hovořit o zakázané dohodě. Podle rozhodovací praxe soutěžních Úřadů lze dohody, které splňují materiální podmínku narušení hospodářské soutěže, rozdělit do dvou kategorií. Jsou to kategorie tzv. „dohod vždy zakázaných“ a tzv. „dohod ostatních“. Do první kategorie spadají nejzávažnější protisoutěžní praktiky, patří sem ty dohody, u kterých je ze samotné povahy věci zřejmé, že splňují onu materiální podmínku potenciálního narušení hospodářské soutěže. Mezi tyto dohody řadí rozhodovací praxe (Úřad i Komise EU) horizontální a vertikální cenové kartely, horizontální segmentační kartely a vertikální kartely,



jimiž je ze strany dodavatele odběrateli pro další distribuci zboží poskytována úplná teritoriální ochrana (směřují k témuž cíli, jako horizontální segmentační kartely). Ohledně těchto tzv. hard-core kartelů platí, že podaří-li se prokázat jejich uzavření, pak již tento fakt je sám o sobě důkazem splnění materiální podmínky narušení hospodářské soutěže. Není tedy dále zapotřebí zkoumat alespoň potenciální dopady na hospodářskou soutěž. Do druhé kategorie patří všechny ostatní dohody, které rovněž musí splňovat materiální podmínku alespoň potenciálního narušení hospodářské soutěže. Zde platí, že i pokud se podaří prokázat jejich uzavření, je zapotřebí dále zkoumat (a prokázat), zda a do jaké míry dohoda mohla narušit hospodářskou soutěž.

I při splnění materiální podmínky alespoň potenciálního narušení hospodářské soutěže Zákon stanoví několik možností vynětí zakázaných dohod zpět do režimu dohod povolených. Dohoda může být ze Zákona vyňata podle svého obsahu, na základě pravidla de minimis a na základě použití některé z obecných výjimek. Podle mého názoru dohody bid-rigging nemohou být vyňaty ze zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž ani na základě jednoho ze tří uvedených způsobů.

A) Vyjmutí dohody podle svého obsahu.

Zákon v § 3 odst. 4 stanoví, že zákaz podle odstavce 1<sup>11</sup> se nevztahuje na dohody, které

- a) přispějí ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje a vyhrazení spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho plynoucích,
- b) neuloží soutěžitelům omezení, která nejsou nezbytná k dosažení cílů podle písmene a),
- c) neumožní soutěžitelům vyloučit hospodářskou soutěž na podstatné části trhu zboží, jehož dodávka nebo nákup je předmětem dohody.

Dohoda, která může narušit hospodářskou soutěž, avšak bude z časově dlouhodobějšího hlediska pro trh přínosem a současně bude poskytovat výhody i samotným spotřebitelům, nebude zakázanou a tudíž neplatnou. Podmínka racionalizace bude zřejmě splněna tehdy, pokud dohoda zajistí technologický přínos pro výrobní postupy, popřípadě lépe zajistí ochranu životního prostředí či ochranu spotřebitele. Taková dohoda však nesmí soutěžitelům ukládat omezení, která nejsou nezbytná a navíc nesmí soutěžitelům umožnit vyloučit hospodářskou soutěž na relevantním trhu. Už z dikce Zákona je patrné, že dohody uzavírané při obchodních veřejných soutěžích a veřejných zakázkách nemohou splnit požadavky na vyjmutí dohody podle svého obsahu. Těžko si lze představit, že by realizování dohody o ovlivnění nabídek přispělo cílům výše uvedeným. Racionalizace je v případě dohody bid-rigging

<sup>11</sup> „Dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné...“

samoúčelná a s efektem pouze pro účastníci se soutěžitele, v některých případech i pro další osoby podporující kartel (popsáno níže v části 5.2 této práce). Vzhledem k tomu, že dohoda navíc ukládá soutěžitelům omezení, která ani nesměřují ke splnění cílů uvedených v písm. a), není dle mého názoru zapotřebí zkoumat podmínku uvedenou pod písm. b) cit. ustanovení Zákona. To, zda konkrétní dohoda bid-rigging umožní soutěžitelům vyloučit hospodářskou soutěž na podstatné části trhu či nikoli, záleží na vymezení relevantního trhu. K tomu je zapotřebí říci, že uvedené podmínky musí být splněny kumulativně, což vylučuje dohodu bid-rigging z možnosti vynětí podle obsahu.

#### B) Vyjmutí dohody na základě pravidla „de minimis“

Toto pravidlo vyplývá z § 6 Zákona pro české soutěžní právo a rovněž z Oznámení (Komise) o dohodách zanedbatelného významu. Jeho podstata tkví v tom, že existují dohody mezi soutěžiteli, které nemají citelný dopad na soutěž a tudíž nepodléhají obecnému zákazu dohod narušujících soutěž. Pravidlo „de minimis“ umožňuje stanovit, které dohody mají zanedbatelný význam, a to pomocí tržního podílu účastníků dohody na relevantním trhu, přičemž rozlišuje mezi vertikálními a horizontálními dohodami narušujícími hospodářskou soutěž. Zákon v § 6 odst. 1 stanoví, že zákaz dohod podle § 3 odst. 1 se nevztahuje na

- a) horizontální dohodu, pokud společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nepřesahuje 10 %,
- b) vertikální dohodu, pokud podíl žádného z účastníků dohody na relevantním trhu nepřesahuje 15 %,
- c) dohody odbytových organizací a sdružení zemědělských výrobců o prodeji nezpracovaných zemědělských komodit .

Pokud by tedy soutěžitel sám ani spolu s jinými soutěžiteli působícími na stejné úrovni trhu nepřesáhl hranici 10% na relevantním trhu, byla by tato dohoda dle pravidla jako bagatelní vyjmuta ze zákazu. Obdobně platí pro vertikální dohody s tím, že v tomto případě může podíl několika soutěžitelů přesáhnout hranici 15% na relevantním trhu, ale podíl žádného z nich samostatně nesmí přesáhnout hranici 15%. Vynětí ze zákazu na základě pravidla „de minimis“ se však podle Zákona nevztahuje na dohody, i když splňují podmínky stanovené pro dohody zanedbatelného významu, pokud se jedná o (i) horizontální dohody o přímém nebo nepřímém určení cen, omezení nebo kontrole výroby nebo odbytu anebo o rozdělení trhu, nákupních zdrojů nebo zákazníků, nebo o (ii) vertikální dohody o přímém nebo nepřímém určení cen kupujícímu pro další prodej zboží nebo o poskytnutí kupujícímu pro tento další prodej úplné ochrany na vymezeném trhu. Jinými slovy cenové a segmentační kartely uzavírané v horizontále a stejně tak cenové kartely uzavírané ve vertikále plus kartely, kterými se distributorovi poskytuje vůči ostatním soutěžitelům působícím na stejné úrovni trhu úplná teritoriální ochrana,

rovněž uzavírané ve vertikále, jsou vždy zakázány. Stejně tak dohodu nebude možné na základě pravidla „de minimis“ vyjmout z obecného zákazu, pokud (iii) protisoutěžní účinky nebude způsobovat horizontální či vertikální dohoda sama o sobě, ale v kombinaci s jinými dohodami, které byly uzavřeny soutěžně na jednom relevantním trhu. Narušení hospodářské soutěže tedy způsobuje až společná existence všech takto uzavřených dohod.

Dohody typu bid-rigging dle mého názoru nemohou být vyjmuty ze zákazu dle pravidla „de minimis“ už proto, že pro jejich účinky se vyžaduje, aby se jich účastnili všichni významní soutěžitelé na relevantním trhu. Tito soutěžitelé působí na jednom relevantním trhu, který je vymezen na základě střetu nabídky s poptávkou podle konkrétních dodávek, služeb či stavebních prací. Při hledání argumentů zda je možno vyjmout dohodu bid-rigging podle pravidla „de minimis“ podle mého názoru postačí fakt, že podíl soutěžitelů na relevantním trhu bude přesahovat zákonem stanovenou procentuální hranici. Pokud se dohody bid-rigging účastní všichni významní soutěžitelé na relevantním trhu, potom musí podíl participujících soutěžitelů přesáhnout stanovenou hranici 10%, tj. nebude možné takovou dohodu vyjmout jako bagatelní na základě konstatování, že není splněna podmínka dosaženého podílu na trhu. O relevantním trhu ve vztahu k dohodám tohoto typu bude pojednáno dále. Bez ohledu na podíl soutěžitelů na relevantním trhu Zákon stanoví výjimku z pravidla „de minimis“ v případě nejnebezpečnějších protisoutěžních praktik soutěžitelů typu cenových či segmentačních kartelů. Rozhodující pro posouzení aplikovatelnosti pravidla „de minimis“ je obsahová stránka dohody, nikoli deklarovaný účel dohody.<sup>9</sup> Dohody bid-rigging jsou považovány za jedny z nejnebezpečnějších protisoutěžních praktik a proto patrně nebude možno takovou dohodu vyjmout ani pokud by hypoteticky splňovala požadavky na Zákonem stanovenou maximální výši podílu účastnících se soutěžitelů.

### C) Vyjmutí dohody ze zákazu obecnou výjimkou

Pokud je u dohody splněna materiální podmínka alespoň potenciálního narušení hospodářské soutěže a tuto dohodu nelze vyjmout podle jejího obsahu dle § 3 odst. 4 Zákona ani podle pravidla „de minimis“ podle § 6 Zákona, lze takovou dohodu kvalifikovat jako zakázanou, pokud nesplňuje podmínky tzv. blokových výjimek. Principem blokových výjimek je vynětí vždy celé skupiny dohod, které vykazují společné znaky co do obsahu, podílu účastníků na relevantním trhu apod. Blokované výjimky jsou udělovány právním předpisem a týkají se všech dohod, které splňují dané podmínky. Zákon v § 4 odst. 1 stanoví, že zákaz podle § 3 odst. 1 se nevztahuje na dohody, které nemohou mít vliv na obchod mezi členskými státy Společenství podle článku 81 Smlouvy ES, avšak splňují ostatní podmínky stanovené blokovými výjimkami přijatými na základě článku 83 odst. 1 Smlouvy ES k provedení článku 81 odst. 3 Smlouvy ES příslušnými nařízeními Komise nebo Rady (dále jen „komunitární blokované výjimky“). Současná úprava udělování blokových výjimek vychází z přímé aplikovatelnosti obecných

výjimky vydávaných Evropskou komisí na vztahy s vnitrostátním prvkem. Zatímco do přijetí novely Zákona č. 361/2005 Sb. se obecné výjimky vydávané Evropskou komisí aplikovaly pouze na vztahy s komunitárním prvkem, nyní se tyto výjimky použijí i na případy, kdy jde o dohodu zakázanou podle § 3 odst. 1 Zákona, tj. i tam, kde není splněna existence komunitárního prvku a komunitární právo se tedy jinak neaplikuje. Doposud Komise vydala deset komunitárních blokových výjimek, přičemž žádná z kategorií dohod vyňatých nařízením Komise nedopadá na dohody uzavírané při veřejných soutěžích a veřejných zakázkách.

Zákon dále v § 4 odst. 2 stanoví, že Úřad může povolit blokové výjimky i pro další druhy dohod, pokud je prokázáno, že narušení soutěže, ke kterému by bloková výjimka vedla, je převáženo výhodami pro jiné účastníky trhu, zejména pro spotřebitele. Zákon tedy umožňuje Úřadu, aby (pokud nepůjde o dohody s komunitárním prvkem) udělil další obecné výjimky nad rámec komunitárních blokových výjimek. Z citace Zákona vyplývá, že tyto výjimky může Úřad udělit jen na základě zkušeností získaných z rozhodovací praxe a pouze tehdy, pokud je schopen přesně stanovit podmínky, za kterých určitý typ dohody naruší hospodářskou soutěž v přijatelné míře. V takovém případě by Úřad udělil obecnou výjimku svou vyhláškou. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že dohody bid-rigging nemohou být vyňaty ze zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž ani podle svého obsahu, ani na základě pravidla „de minimis“ a ani obecnou výjimkou.

Dohody bid-rigging jsou zakázanými dohodami narušujícími hospodářskou soutěž (kartelem), neboť

- (i) jsou dohodami (zpravidla dohodami v užším smyslu),
- (ii) mezi dvěma nebo více soutěžiteli (soutěžící o nejlepší návrh smlouvy / o veřejnou zakázku i pokud by se vědomě neúčastnili hospodářské soutěže jsou soutěžiteli ve smyslu ustanovení § 2 Zákona, neboť jejich jednání je jednáním v hospodářské soutěži a svým jednáním mohou ovlivňovat hospodářskou soutěž), přičemž
- (iii) jsou způsobilé narušit hospodářskou soutěž, protože míří proti cílům hospodářské soutěže, a
- (iv) pro dohody tohoto typu neexistuje žádná výjimka.

### 1.3 Účinky dohod bid-rigging.

Domnívám se, že účinky dohod bid-rigging se tak jako u ostatních typů zakázaných dohod liší zejména podle toho, po jakou dobu a s jakou intenzitou působí. Výše bylo naznačeno, že tyto dohody jsou uzavírány v oblasti obchodních veřejných soutěží a v oblasti veřejných zakázek, jejichž zadávání je zvláštním druhem obchodní veřejné soutěže - předepsaným postupem zadání veřejné zakázky pro zákonem určené subjekty. Protože oblast veřejného zadávání je odlišná od oblasti

obchodních veřejných soutěží, i dopad dohod tohoto typu se liší. Pro obě dotčené oblasti však platí, že dohody bid-rigging zde narušují hospodářskou soutěž.

Výše bylo uvedeno, že objektem ochrany před nedovoleným narušením hospodářské soutěže je udržení funkční soutěže, její rozvíjení a bránění všem praktikám, které by existující úroveň hospodářské soutěže a její rozvoj narušovaly. Dohody typu bid-rigging vylučují konkurenční boj mezi soutěžiteli, ať se účastní obchodní veřejné soutěže o nejlepší návrh smlouvy nebo o veřejnou zakázku.

A) Domnívám se, že v případě obchodní veřejné soutěže bude mít dohoda bid-rigging často dopad přímo v majetkové sféře vyhlášovatele, podle toho, kdo bude vyhlášovatelem soutěže.

Příklad: Pokud zájmové sdružení právnických osob vyhlásí obchodní veřejnou soutěž o předložení nejvhodnějšího návrhu smlouvy na dodávku a provozování systému správy internetové domény a účastníkům soutěže se podaří předem dohodnout na tom, kdo bude a kdo nebude podávat své návrhy a jaký obsah budou mít podávané návrhy tak, aby jeden z návrhů byl pro vyhlášovatele výhodnější než ostatní, potom uzavřeli dohodu bid-rigging, kterou došlo k narušení hospodářské soutěže. V takovém případě, pokud vyhlášovatel uzavřel s takto „předurčeným“ účastníkem smlouvu, došlo k poškození vyhlášovatele, protože neuzavřel smlouvu tak výhodně, jako v případě konkurence mezi soutěžiteli. Dopad na hospodářskou soutěž bude výraznější, pokud titíž účastníci budou po zkušenostech s výsledkem obchodní veřejné soutěže koordinovat své postupy v dalších soutěžích. Rovněž pokud se bude jednat o smlouvu uzavřenou na delší časové období, která vyloučí soutěž mezi potenciálními soutěžiteli na daném trhu po delší dobu. Možnost ovlivnit nabídky v obchodní veřejné soutěži je teoretická, protože úprava obchodní veřejné soutěže dává vyhlášovateli oproti úpravě veřejných zakázek mnohem větší volnost při výběru smluvního partnera a v neprospěch dohod bid-rigging zde existují i další překážky.

B) V případě zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, přičemž nakupujícím není konečný spotřebitel, ale zadavatel. To může mít samozřejmě dopad na motivaci zadavatele vybírat skutečně nejlepší z nabízených možností. Zadávání zakázek je systém, který stimuluje tlak konkurence. Občané oprávněně očekávají, že veřejné prostředky budou vynakládány efektivně. Zadávání veřejných zakázek však funguje efektivně pouze tehdy, pokud spolu soutěžitelé navzájem fakticky soutěží v předložení nejvýhodnější nabídky z hlediska vztahu kvalita - cena.<sup>12</sup> V zadávacím řízení soutěžitelé soutěží o získání zakázky, která je financována buďto z vlastních zdrojů zadavatele nebo z veřejných rozpočtů, popřípadě ze zdrojů ze státních a jiných fondů.

<sup>12</sup> Indície protisúťažného správania podnikateľov v procese verejného obstarávania, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky

Manipulací řízení o veřejnou zakázku tím způsobem, aby zvítězila nabídka předem jistého uchazeče, tedy dochází k poškození zadavatele a přeneseně též k poškození daňových poplatníků.

Příklad: Město oznámí úmysl zadat veřejnou zakázku na stavební práce spočívající ve výstavbě X metrů dlouhého tunelu. Zadavatel stanoví předpokládanou cenu veřejné zakázky na 200 mil. Kč, přičemž základním hodnotícím kritériem bude nejnižší nabídková cena. Veřejnou zakázku hodlá financovat zčásti z dotace poskytnuté prostřednictvím fondu a zčásti z vlastních našetřených rezerv. Soutěžitelé, kteří jsou schopni dodat stavební práce v tomto rozsahu vědí, že zakázku lze realizovat za 120 mil. Kč (a to včetně kalkulovaného zisku), přičemž se dohodnou na tom, kdo z nich podá nabídku s jakou cenou. Dohodnou se například, že nejvýhodnější nabídka bude znít na 180 mil. Kč. Ostatní soutěžitelé pak podají nabídky ve výši 190, 195, 210 a 215 mil. Kč. Uchazeči s podanými nabídkami 210 a 215 mil. Kč budou ze zadávacího řízení vyloučeni, protože jejich nabídky budou vyhodnoceny jako nepřijatelné (v rozporu s požadavky zadavatele). Ten uchazeč, který získá zakázku za 180 mil. Kč pak ostatním uchazečům poskytne příslušné protiplnění, tzn. rozdíl v částce 60 mil. Kč zbývá k rozdělení mezi ostatní „neúspěšné“ uchazeče.

Účastníci dohody v tomto případě vyloučili soutěž o veřejnou zakázku tím, že nepodávali nabídky pro zadavatele nejvýhodnější ve snaze předstihnout jeden druhého. Fakticky tedy nesoutěžili, ačkoli to je smyslem hospodářské soutěže, čímž hospodářskou soutěž na daném trhu narušili. Dalším důsledkem jejich chování však může být podle mého názoru umělé navyšování ceny obdobných zakázek. Vzhledem k povinnosti uveřejňovat údaje týkající se veřejných zakázek může jiný zadavatel s obdobným záměrem zvýšit předpokládanou cenu své zakázky kupříkladu proto, že má zkrácené (popřípadě částečně zkrácené) představy o cenách, za které jsou dodavatelé na daném trhu schopni obdobné stavební práce provést. Soutěžitelé prodražili zakázku o 60 mil. Kč, které budou zaplacený z veřejných zdrojů, z příspěvků občanů města, sponzorských darů městu apod.

#### **Shrnutí:**

Z uvedeného vyplývá, že dohody bid-rigging jsou kartelovými dohodami. Pro svou povahu musí být považovány za dohody zakázané podle Zákona. Na tyto dohody lze vztáhnout zákaz podle § 3 odst. 1 Zákona, avšak domnívám se, že by Zákon měl na tyto dohody pamatovat v demonstrativním výčtu § 3 odst. 2, jak navrhuji v závěru této práce. Protože dohody bid-rigging budou spíše uzavírány v oblasti veřejných zakázek než v případě obchodních veřejných soutěží podle § 281 a násl. obchodního zákoníku, budu se v dalších částech práce věnovat zejména oblasti veřejných zakázek.



## 2.1 Základní formy dohod bid-rigging.

V této části práce se pokusím popsat jednotlivé formy dohod bid-rigging jako jakési typické šablony chování soutěžitelů. Při zkoumání pramenů k práci jsem se zabýval jednak formou dohod, jednak jejich obsahem. Došel jsem k závěru, že dohody typu bid-rigging se vyskytují v několika základních formách (podobách) a že tyto jednotlivé formy potom mohou obsahovat taková ujednání, která jsou považována výslovně za zakázaná podle demonstrativního výčtu skutkových podstat v § 3 odst. 2 písm. a), c) Zákona, zejména jako dohody o přímém nebo nepřímém určení cen, popřípadě o jiných obchodních podmínkách a dohody o rozdělení trhu nebo nákupních zdrojů. Jinými slovy dohody bid-rigging vyznačují i znaky dohod o cenách a dohod o rozdělení trhu, pokud k nim dochází mezi soutěžiteli o nejlepší návrh nebo o veřejnou zakázku. Domnívám se však, že dohody bid-rigging jsou natolik specifické, že by nebylo vhodné spokojit se s konstatováním, že takovou dohodu v budoucnu bude možné označit za cenový či segmentační kartel, ale že by na tyto dohody měla pamatovat zvláštní skutková podstata v § 3 odst. 2 Zákona. Skutečnost, že dohody bid-rigging vykazují určité společné rysy s cenovými či segmentačními kartely, má význam z hlediska hledání podpůrných argumentů pro podřazení těchto dohod pod demonstrativní výčet uvedený v § 3 odst. 2 Zákona. Dohody bid-rigging jsou hard-core kartelem, pro který neexistují žádná racionální zdůvodnění, který nemůže být tolerován na základě některé z výjimek a podle mého názoru mohou být nebezpečnější, než leckterý cenový či segmentační kartel. Proto by jejich skutková podstata měla být v Zákoně uvedena zvlášť.

Při popisování jednotlivých forem dohod bid-rigging z praktických důvodů zachovávám terminologii označování účastníků soutěže jako soutěžitelů. Formy koluzního jednání popisuji jako obecné, proto by používání pojmů zákona o veřejných zakázkách, který soutěžitele v různých fázích zadávacího řízení označuje různě (dodavatel, zájemce, uchazeč), mohlo být matoucí.

Za typické formy (způsoby) koluzního jednání soutěžitelů v oblasti veřejných zakázek, jak jsou známy též zahraniční rozhodovací praxí,<sup>13 14</sup> lze považovat:

- (i) dohody o potlačení nabídek
- (ii) dohody o podávání doplňkových nabídek
- (iii) dohody o postupném střídání vítězů zakázkových řízení
- (iv) dohody o rozdělení trhu – rozdělení území, produktů či zadavatelů

<sup>13</sup> Bid-rigging, News & Resources (11.2.2003), autor: Competition Bureau Canada

<sup>14</sup> Price fixing & bid-rigging – they happen, autor: United States Department of Justice

### Dohody o potlačení nabídek (Bid Suppression)

V případě tohoto schématu jeden nebo více soutěžitelů, kteří by za normálních okolností podávali konkurenční nabídky, upustí od podávání svých nabídek, takže v daném řízení zvítězí nabídka předem určeného soutěžitele. Soutěžitelé se rovněž mohou dohodnout na tom, že v zadávacím řízení nepodá žádný z nich nabídku, takže zadavatel, pokud bude chtít uzavřít smlouvu, bude nucen vypsát nové zadávací řízení. Tento krok soutěžitelů by mohl být odůvodněn zadávacími podmínkami stanovenými zadavatelem, pokud na ně soutěžitelé z nějakého důvodu nechtějí přistoupit. Z takového kroku soutěžitelů mohou vyplývat různá rizika, samozřejmě podle příslušné právní úpravy. V podmínkách České republiky tím soutěžitelé riskují, že zadavatel v následném řízení zúží okruh soutěžitelů na ty, které si sám vybere, popřípadě bude jednat jen s jediným soutěžitelem. Tím může narušit jejich zaběhlý systém. Dále, podle toho, o jaký konkrétní trh se jedná, tím mohou riskovat vstup nového soutěžitele na trh, který může na základě své výhodnější nabídky získat zakázku. Pokud je trh vysoce koncentrovaný a bariéry vstupu na trh značné, toto riziko je z jejich pohledu podstatně sníženo. Pokud tato rizika eliminují a vyhodnotí, že se jim vyplatí potlačit všechny nabídky, lze si takový krok představit.

Schéma potlačení nabídek lze realizovat i tak, že ten určený soutěžitel či soutěžitelé, kteří již dříve podali své nabídky, tyto své nabídky vezmou zpět, aby ve hře o veřejnou zakázku zůstal pouze určený soutěžitel popř. ti soutěžitelé, u nichž je s přihlédnutím k okolnostem případu zřejmé (předem odhadnutelné), který z nich získá zakázku. Pod tento případ by podle mého názoru bylo možno zahrnout i dohody mezi soutěžiteli o tom, že pokud zadavatel vybere jiného soutěžitele než toho, na němž se domluvili soutěžitelé předem, tento zadavatelem vybraný soutěžitel neuzavře smlouvu nebo neposkytne zadavateli potřebnou součinnost k jejímu uzavření. Potom by se v podstatě stále jednalo o potlačení nabídky toho soutěžitele, který původně nabízel a následně byl vybrán zadavatelem.

### Dohody o podávání doplňkových (formálních, zdvořilostních) nabídek (Complementary, Cover Bidding)

Soutěžitelé se v tomto případě předem dohodnou, kteří ze soutěžitelů podají nabídky, které nebudou pro zadavatele akceptovatelné, a to například tak, že nabízená cena nebo jiné podmínky budou pro zadavatele nepřijatelné, tudíž podaná nabídka bude vyřazena. Při hodnocení zbývajících nabídek potom bude výběr soutěžitelů zúžen nebo tím bude již určen, pokud k hodnocení zůstane nabídka jediná. Nebo budou zadavateli předloženy takové nabídky, které nebudou tak výhodné, jako nabídka předem označeného soutěžitele. Takovéto doplňkové nabídky tedy neaspírají na vítězství v zakázkovém řízení, ale mají za cíl pouze budít zdání skutečného soutěžení mezi soutěžiteli o



zakázku. Zadavatel má tak dojem, že soutěž splnila svůj účel a že získá plnění za nejnižší cenu popř. za nejvýhodnějších podmínek. Pokud zadavatel stanoví minimální počet soutěžitelů o veřejnou zakázku a je tedy z hlediska kooperujících soutěžitelů nutné zůstat ve hře o veřejnou zakázku, jinak se vystavují nebezpečí zrušení soutěže zadavatelem, pak právě toto schéma umožňuje soutěžitelům, aby dojem soutěže zůstal zachován a byla přijata nabídka předem určeného soutěžitele. Tento způsob ovlivnění nabídek bude velmi těžko prokazatelný. Ministerstvo spravedlnosti Spojených států uvádí, že toto schéma je nejčastější formou bid-riggingu vůbec.<sup>14</sup>

#### Dohody o postupném střídání vítězů zakázkových řízení (Bid Rotation)

Uzavírání dohod bid-rigging na principu rotace znamená, že všichni kooperující soutěžitelé podávají své nabídky, avšak podle určitého předem sjednaného klíče se střídají v podávání nejvýhodnějších nabídek. Veřejné zakázky jsou tímto způsobem pravidelně rozdělovány mezi všechny kooperující soutěžitele. Na rozdíl od schématu podávání doplňkových nabídek v tomto případě se umožňuje všem zúčastněným soutěžitelům vítězit. Způsoby střídání se mohou lišit; například soutěžitelé se mohou střídát v podávání vítězných nabídek na zakázky podle určitého rozsahu, mohou se střídát podle stanoveného limitu, který připadá na každého účastníka se soutěžitele nebo se mohou střídát v podávání vítězných nabídek v určitém rozsahu podle velikosti jednotlivých soutěžitelů. Přísné dodržování schématu soutěžiteli však v tomto případě dává šanci, že dohoda bude odhalena. Autoři publikace Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU<sup>4</sup> uvádí, že toto schéma bude zřejmě nejúspěšnějším typem protisoutěžních praktik bid-rigging.

#### Dohody o rozdělení trhu – rozdělení území, produktů či zadavatelů (Market Division)

Při existenci dohody tohoto typu se soutěžitelé dohodnou, že spolu navzájem nebudou soutěžit na určitém vymezeném území nebo o určité zákazníky (zadavatele) popřípadě o určité produkty.<sup>15</sup> Někteří ze soutěžitelů je tak například umožněno podávat nabídky v řízení o veřejnou zakázku, kde zadavatelem je stát či vládní organizace a naopak, je mu uloženo zdržet se podávání konkurenčních nabídek v řízení o veřejnou zakázku, kde zadavatelem je územní samosprávný celek. V případě rozdělení území může dohoda obsahovat ujednání, že každý ze soutěžitelů bude mít přidělen určitý region, v němž mu ostatní soutěžitelé umožní „vítězit“ v zakázkových řízeních. Rozdělit si lze zadavatele jak existující, tak potenciální.

<sup>15</sup> Bid-rigging, An offence against competition, autor: Fair Trading Commission of Jamaica

### Kompenzační systém v rámci dohod bid-rigging.

Soutěžitelé budou uzavírat dohody tohoto typu pouze tehdy, pokud z účasti na dohodě budou nějakým způsobem profitovat. Proto je zapotřebí v dohodách bid-rigging stanovit způsob vzájemného vyrovnání mezi soutěžiteli, aby každému bylo umožněno v reálném časovém horizontu zvýšit svůj zisk. Soutěžitelé, kteří souhlasí s tím, že se zdrží podávání nabídek, popřípadě že svou nabídku stáhnou anebo podají nabídku doplňkovou, požadují rovněž svůj podíl na zisku z uzavřené dohody. Způsoby kompenzace nákladů „neúspěšných“ soutěžitelů mohou být různé. Dohoda může stanovit, že neúspěšnému soutěžiteli bude poskytnuto příslušné plnění části ceny zakázky, kterou získá vítěz, anebo získá protihodnotou subdodávky na tuto zakázku. Kompenzace podle mého názoru nemusí probíhat pouze jako „dělení kořisti“ v rámci zakázky. Neúspěšnému uchazeči může být nabídnuta spolupráce na jiném projektu. Lze si představit i situaci, kdy neúspěšnému soutěžiteli budou uhrazeny pouze náklady vynaložené v souvislosti s podáváním jeho nabídky. Z uvedeného také vyplývá, že schéma dohody spočívající v postupném střídání v podávání vítězných nabídek je ve své podstatě kompenzačním systémem, pokud soutěžitel předem stanoveným způsobem přenechá vítězství jinému soutěžiteli za to, že se příště v podání vítězné nabídky vystřídají, přičemž základním předpokladem úspěšnosti této formy dohod je zde více než u ostatních forem dlouhodobost trvání takové dohody, aby všichni konspiroující soutěžitelé mohli z dohody postupně těžit. Lze se setkat i s názorem, že systém kompenzace neúspěšných soutěžitelů je samostatným typem dohody bid-rigging.<sup>16</sup> Osobně se domnívám, že to není správný přístup, protože rozdělování kořisti mezi soutěžitele nebo jiná forma kompenzace je základní náležitostí dohody bid-rigging v jakékoli její podobě, je předpokladem fungování kartelu a není proto důvod považovat „kompenzační systém“ za zvláštní formu bid-riggingu. Kompenzaci „neúspěšných“ soutěžitelů v rámci dohody bid-rigging, jakož i kompenzace dalších osob, které nemusí v rámci zadávacího řízení být v postavení soutěžitelů, ale tak či onak se podílí na získání zakázky předem určeným soutěžitelem, považuji za jeden z klíčových problémů dohod bid-rigging.

Výše uvedené základní formy bid-riggingu mohou být kombinovány, například dohody o rozdělení trhu s dohodami na principu rotace, kdy se jednotliví soutěžitelé střídají v podávání vítězných nabídek v různých regionech podle předem smlouveného klíče. Tím je sledováno, aby všichni na kartelu participující soutěžitelé získali jistotu zisku, zejména pokud jednotlivé regiony nejsou z hlediska poptávky srovnatelné. Formy dohod bid-rigging nelze popsat všechny, ale domnívám se, že každá z do úvahy připadajících dohod tohoto typu bude vykazovat některé z výše uvedených znaků. Velmi zjednodušeně řečeno má soutěžitel na relevantním trhu možnost svou nabídku buďto podat nebo nepodat, pokud ji nepodá, je tím další okruh možných vítězných nabídek zúžen popřípadě nepodá-li

<sup>16</sup> Komentář k zákonu č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (2005), autoři: JUDr. David Raus, PhD., JUDr. Robert Neruda

nabídku většina soutěžitelů, může tím být zpravidla vítěz přímo určen. Pokud soutěžitel svou nabídku podá, může ji zpravidla vzít zpět nebo neposkytne zadavateli potřebnou součinnost k uzavření smlouvy. Tím zúží okruh soutěžitelů dle sjednané dohody nebo tím umožní zvítězit nabídce jiného soutěžitele. Pokud soutěžitel svou nabídku podá a nevezme ji zpět, může se jednat o nabídku předem určenou jako vítěznou nebo o nabídku upravenou, která zvítězit nemá. Z toho je patrné, že konspirující soutěžitel alespoň některé znaky typické pro dohody bid-rigging zpravidla naplní.

## 2.2 Bid-rigging jako cenový nebo segmentační kartel sui generis.

Cenové kartely. Co do obsahu, vykazují dohody bid-rigging znaky cenových kartelů. Pokud se soutěžitelé před zahájením řízení o nejlepší návrh nebo o veřejnou zakázku nebo v průběhu řízení dohodnou na výšce ceny „vítězné nabídky či návrhu“ popřípadě na i na postupu úpravy cen dalších soutěžitelů, uzavřeli tím dohodu o přímém určení cen, kterou lze obsahově podřadit pod dohody dle § 3 odst. 1 písm. a) Zákona. V této souvislosti poukazují na pravomocné rozhodnutí Úřadu ve věci „Plemenáři“, kdy předseda Úřadu potvrdil uzavření cenového kartelu mezi osmi plemenářskými podniky na trhu šlechtění a chovu skotu. Tato kartelová dohoda vedla ke sjednocení cen za inseminační dávky a měla negativní dopady zejména na chovatele skotu, kteří měli omezenou možnost výběru produktu z hlediska ceny a kvality. V daném případě bylo konstatováno, že nelze vyloučit, že cenová dohoda vedla v konečném důsledku i k poškození konečného spotřebitele. Rozhodnutí předsedy Úřadu následně potvrdil i Nejvyšší správní soud ČR,<sup>17</sup> když judikoval, že *k cenovým dohodám, jejichž cílem je vyloučit konkurenci mezi jednotlivými soutěžiteli patří i „dohody“, kterými se pro stejné zboží určí minimální ceny, což znamená, že tyto ceny mohou být pouze překročeny. Dohody o minimální ceně sice soutěž na relevantním trhu zcela nevylučují, působí však diskriminačně vůči spotřebiteli, který je pak v uspokojování své poptávky omezen nabídkou vázánou na ujednanou minimální cenu. Z hlediska kvalifikace dohody o minimální ceně je pak irelevantní, zda soutěžitel fakticky realizuje své výrobky za cenu vyšší než minimální či zda má spotřebitel možnost koupit zboží za nižší cenu u jiného soutěžitele, jež se na zakázané dohodě nepodílí. Podstatnou je skutečnost, že soutěžitelé účastníci se zakázané dohody byli ve svém jednání motivováni snahou vyloučit konkurenci mezi sebou navzájem a tím ve svém důsledku narušili hospodářskou soutěž na daném relevantním trhu. Skutečné soutěžní prostředí nesnese existenci žádné takové „dohody“, která směřuje, resp. dává návod k postupům, jež fairovou soutěž ohrožují.*

Výše uvedený příklad ukazuje na společné rysy s dohodami bid-rigging a na možný přístup k hodnocení těchto dohod. Stanovení minimální (nejnižší) ceny dohodou bid-rigging má v případě zadávacího řízení se základním hodnotícím kritériem „nejnižší nabídková cena“ ten důsledek, že

<sup>17</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR, č.j. 2 A 18/2002 – OL - 58

zadavatel je v rozhodování o výběru nabídky omezen a z nabízených možností v drtivé většině případů vybere nabídku s minimální cenou. Zadání zakázky pod minimální nabídkovou cenu zadavatel může v případě tzv. jednacích řízení, jejichž použití je právní úpravou značně omezeno. Dalo by se tedy říci, že jako v případě cenového kartelu o minimální ceně i zde může být nabídková cena ve většině případů pouze překročena, a to v neprospěch zadavatele. V obou případech je poškozen rovněž spotřebitel.

Nepřímé určení ceny. Dohody o cenách v oblasti veřejných zakázek mohou mít různé podoby - udržení pevných nabídkových cen, za které jsou soutěžitelé ochotni získat veřejnou zakázku, přijetí postupů nebo vzorců pro výpočet cen uvedených v nabídkách (viz dále francouzský případ odhaleného kartelu), dodržení určitých cenových rozdílů mezi různými typy produktů apod. Takové dohody by bylo možné označit za dohody o nepřímém určení ceny. Specifikem, které odlišuje takové dohody od obvyklých cenových kartelů je to, že k nim dochází v rámci soutěže o nejlepší návrh nebo o veřejnou zakázku. Cíle tedy budou obdobné - stanovit cenu pro spotřebitele (zadavatele), přičemž v případě veřejné zakázky půjde o stanovení ceny pouze pro zadavatele vyjmenované v zákoně o veřejných zakázkách, kteří jsou povinni zadávat zakázky podle tohoto zákona.

Dohody o tzv. jiných podmínkách. Pokud se týká zadávacího řízení nebo obchodní veřejné soutěže o návrh, cena není vždy rozhodujícím kritériem vítězné nabídky či vítězného návrhu. Nejen v podmínkách České republiky existují v rámci hodnocení podaných nabídek či návrhů vícesložková kritéria, jako je v případě zákona o veřejných zakázkách ekonomická výhodnost nabídky podávané soutěžitelem. Posuzování podaných nabídek podle tohoto kritéria může zahrnovat hodnocení zkušeností soutěžitele, hodnocení záruk včetně zajištění smluvními pokutami, technických či ekologických vlastností předmětu veřejné zakázky apod. Pokud je tedy základním kritériem pro zadání veřejné zakázky nebo výběru nejlepšího návrhu kritérium odlišné od nabídkové ceny a soutěžitelé se předem dohodnou na podmínkách, které budou jednotlivými soutěžiteli následně navrženy zadavateli či vyhlášovatelí, potom mohli uzavřít dohodu, která je svou podstatou dohodou bid-rigging, ale současně vykazuje znaky zakázané dohody o tzv. jiných obchodních podmínkách podle § 3 odst. 1 písm. a) Zákona.

Segmentační kartely. Dohody bid-rigging na bázi rozdělení trhu vykazují podobné rysy jako klasické segmentační kartely na nabídkové straně. Jejich obsahem je závazek soutěžitele dodávat určitému odběrateli (zadavateli) popřípadě určitému typu odběratelů (zadavatelů). Cílem segmentačního kartelu je rozdělení odběratelů na personálním či teritoriálním principu, o což jde v případě bid-rigging (formou rozdělení trhu) také.

### 2.3 Vymezení relevantního trhu, na němž může docházet k uzavírání dohod typu bid-rigging.

Protože vymezení relevantního trhu je důležité pro posuzování dohod narušujících hospodářskou soutěž, pokusím se níže vymežit trh, na němž může docházet k uzavírání dohod bid-rigging. Zákon vymezuje relevantní trh takto:

Relevantním trhem je trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území.

Tato definice není jedinou možnou definicí relevantního trhu. Takto definuje relevantní trh například Evropská komise ve svém Oznámení o definici relevantního trhu<sup>18</sup>. Relevantní trh může být definován jako prostorový a časový souběh nabídky a poptávky po takovém zboží, službách a výkonech, které jsou z hlediska uspokojování určitých potřeb uživatelů těchto výrobků a služeb shodné nebo vzájemně zastupitelné. Správné vymezení relevantního trhu má zjistit skutečné soutěžitele, umožňuje vypočítávat podíly jednotlivých soutěžitelů na trhu, které poskytují důležité informace o tržní síle soutěžitelů. Vymezení relevantního trhu má tedy klíčový význam v případě posuzování spojování soutěžitelů a v případech zjišťování, zda nedošlo ke zneužití dominantního postavení soutěžitelem či soutěžiteli. Pro účely posuzování dohod narušujících hospodářskou soutěž má správné vymezení relevantního trhu význam zejména při zkoumání, zda konkrétní dohodu lze vyjmout podle zásady „de minimis“.

Otázkou je, jak vymežit relevantní trh, který může být zasažen dohodami bid-rigging, pokud směrem k těmto dohodám neexistuje (alespoň ne v podmínkách České republiky) ustálená respektive jakákoli rozhodovací praxe. Výše bylo uvedeno, že k uzavírání těchto dohod může docházet zpravidla v oblasti veřejných zakázek. Z tohoto pohledu by za relevantní trh bylo možné označit trh veřejných zakázek. Tento trh může být vymezen množstvím veřejných prostředků, které jsou vynakládány na nákup dodávek, služeb a stavebních prací. Domnívám se však, že ohledně dohod bid-rigging není tak podstatná kvantifikace (zjišťování objemu) trhu veřejných zakázek, jako oblasti (trhy), na kterých může k uzavírání dohod docházet. Z definice bid-rigging výše podané vyplývá, že mimo rámec oblasti veřejných zakázek (popřípadě obchodních veřejných soutěží) není možné hovořit o dohodách bid-rigging. Proto se v rámci trhu veřejných zakázek dále pokouším vymežit ty oblasti, které z pohledu dohod bid-rigging považuji za rizikové.

<sup>18</sup> Oznámení Komise EU o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C372/03)

Který trh umožní hladké uzavírání dohod a zajistí předpoklady pro dlouhodobé účinky těchto dohod? Zřejmě takový, který bude splňovat alespoň některá z následujících kritérií:

- (i) Existuje malý počet soutěžitelů popřípadě malý počet významných soutěžitelů na relevantním trhu – čím méně je soutěžitelů na relevantním trhu, tím snáze zkoordinují své kroky a domluví se na nabídkových cenách, jiných parametrech nabídek, na rozdělení zadavatelů či území.<sup>14</sup> Není vyloučeno uzavření dohody, pokud na relevantním trhu působí větší množství soutěžitelů, avšak je zde pouze malá skupina „hlavních“ soutěžitelů a ostatní jsou pouze okrajoví a operující pouze na malé části trhu. V případě veřejných zakázek je zachování funkčnosti kartelu vyloučeno v případě, že jediný významný soutěžitel nebude s podmínkami souhlasit, protože postačí, aby podal výhodnější nabídku a zakázku následně získá pro sebe. Pokud by měl za toto své „podtržení“ nabídky být ostatními soutěžiteli na trhu bojkotován, mohl by zakázku realizovat sám, popřípadě pokud by toho nebyl sám schopen, je pravděpodobné, že by si k částečnému plnění zakázky dokázal zjednat subdodavatele. Na relevantním trhu proto nesmí existovat jediný významný soutěžitel stojící mimo kartel, který by byl schopen nabídnout lepší cenu (popřípadě jiné výhodnější podmínky) než kartelem určený soutěžitel.
- (ii) Zboží či služby nejsou snadno nahraditelné jiným zbožím či službami – dohodu bid-rigging bude snazší uzavřít a uzavřenou dohodu realizovat, pokud předmět zakázky nebude mít blízké substituty. Tento fakt zabrání zadavateli rozhodnout se pro jiný druh zboží, služeb nebo stavebních prací. V tom jsou však dohody bid-rigging specifické, protože přechod na jiný druh zboží či služeb je zde v podstatě vyloučen, pokud jsou zadavatelem předem stanoveny podmínky, za kterých zakázku zadá a je tedy profil ideálního vítěze předem znám.
- (iii) Existují podstatné překážky vstupu nových soutěžitelů na trh – v takovém případě konspirující soutěžitelé nejsou vystaveni riziku, že se nečekaně objeví nový soutěžitel, který svou výhodnější nabídkou získá veřejnou zakázku. Tento předpoklad splňují vysoce koncentrované trhy o několika soutěžitelích.
- (iv) Soutěžitelé se spolu navzájem pravidelně střetávají což jim umožňuje dohodnout „win-win“ řešení pro všechny členy kartelu v určitém časovém rozmezí. Existence dohody bid-rigging je pravděpodobnější, pokud zde existují obchodní vazby, propojení právnických osob či dochází k časté fluktuaci mezi zaměstnanci soutěžitelů.
- (v) Existuje vysoký stupeň transparentnosti trhu – povinné uveřejňování informací sice umožňuje konkurentům lépe se orientovat na trhu, stejně tak umožňuje nejen konkurentům, ale i orgánům dohledu lépe odhalovat případnou korupci a klientelismus, ale na druhé straně může podporovat



uzavírání dohod bid-rigging, protože ulehčuje konspirujícím soutěžitelům vzájemnou kontrolu, zda ostatní dodržují dohodnutý postup.<sup>12</sup>

- (vi) V daném odvětví existuje organizace, která sdružuje členy činné v tomto odvětví a na jejíž půdě se pravidelně mohou odehrávat jednání mezi soutěžiteli a jednotlivé kroky soutěžitelů mohou být lépe koordinovány.

Výše uvedené faktory představují dobrý základ pro existenci dohod bid-rigging, byť ještě neznamenají, že zde k protisoutěžnímu chování dochází. Všechny výše uvedené podmínky by v prostředí České republiky splňoval například trh inženýrského stavitelství.

Záměrně zužují trh stavebních prací, který jako celek předpoklady pro uzavírání a trvání dohod bid-rigging nesplňuje. Oblast stavebních prací je oblast zahrnující širokou škálu služeb, na níž působí velké množství soutěžitelů. Někteří z nich působí pouze v určitých segmentech stavebnictví, jiní, převážně velké stavební společnosti, v celém odvětví. Oblast stavebnictví by se tak mohla rozčlenit na množství menších trhů podle potřeb konečného spotřebitele. Existují však oblasti stavebnictví, ve kterých se z důvodu technické i ekonomické náročnosti mohou pohybovat pouze největší stavební společnosti popř. jen stavební společnosti se zahraniční účastí, kterým účast v takovém přeshraničním sdružení otevírá možnosti lepšího financování a technického zázemí. Je tomu tak právě v případě rozsáhlých stavebních děl jako jsou stavby dálnic, železnic, tunelů či mostů, dálková vedení plynu a nafty, tedy oblasti inženýrského, popřípadě dopravního stavitelství. Tato stavební díla předpokládají nejen finanční zajištění, ale též know-how v dané oblasti a praktické zkušenosti. Tyto parametry mohou splnit pouze někteří (pouze významní) soutěžitelé. Je tak dán první předpoklad uvedený výše v bodě (i) pro uzavírání dohod bid-rigging, tj. že daný relevantní trh je značně koncentrovaný.

Jednou z charakteristik oblasti inženýrského stavitelství je skutečnost, že mezi hlavní odběratele na daném trhu patří veřejný sektor, ať už stát, podniky se státní účastí, příspěvkové organizace nebo územně samosprávné celky. Tito odběratelé nepoptávají jakoukoli stavbu prováděnou obdobným způsobem, ale vždy jednu určitou stavbu, z hlediska výběru nezastupitelnou, což dává možnost uzavírat dohody bid-rigging, jak uvedeno v podmínce pod bodem (ii).

Co se týče překážek vstupu na trh jako podmínky uvedené výše pod bodem (iii), právní překážky v tomto směru nijak výrazně nebrání novým soutěžitelům účastnit se soutěže. Podnikatelská oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování či v některých případech povolení příslušného báňského úřadu k činnosti prováděné hornickým způsobem, prostřednictvím které se provádí některé podzemní inženýrské stavby, se vydávají na základě prokázání odborné způsobilosti příslušných

pracovníků soutěžitele a nejsou v toto ohledu překážkou. Provádění těchto staveb je však investičně náročné, proto zde podle mého názoru jsou překážky hospodářské povahy. Malé a střední stavební společnosti či fyzické osoby nejsou schopny konkurovat velkým stavebním společnostem. Nejedná se jen o technické – strojní vybavení, které by si snad takovéto menší firmy mohly pronajmout či zapůjčit, ale zejména o garance, které je soutěžitel často nucen poskytnout. Rozsáhlá stavební díla nemusí být ani větší soutěžitel schopen sám zainvestovat. V takovém případě může nastoupit například banka, která poskytne soutěžiteli na konkrétní účel peněžní prostředky nebo poskytne za soutěžitele záruku. Banka bude hodnotit bonitu soutěžitele, vážit své zkušenosti s ním, a proto se domnívám, že může i v případě větší společnosti nastat problém, pokud zadavatel požaduje rozsáhlé bankovní garance, které zkrátka soutěžitel není schopen splnit. Jiná je situace, pokud soutěžitel splní kvalifikační kritéria zadavatele prostřednictvím jiného soutěžitele. Silnou bariérou pro vstup konkurentů na relevantní trh může být na sebe navazující řada referencí z ukončených obdobných staveb. Pokud odběratel takovýto požadavek vznesl, ani kapitálově dostatečně zajištěný nově příchozí soutěžitel na trh vstoupit nemusí.

K podmínce uvedené výše v bodu (iv) je třeba zopakovat, že hlavním odběratelem je veřejný sektor. Vzhledem k tomu, že stát má zájem na hospodárném vynakládání veřejných prostředků, bude zhotovitel takovýchto stavebních děl určen na základě výběrového řízení, které se uskutečňuje formou zadávacího řízení. Výběrová řízení o veřejné zakázky se opakují, což umožňuje soutěžitelům udržovat stávající kontakty a získávat nové. Trh inženýrského stavitelství v oblasti veřejných zakázek, je podle mého názoru velmi transparentní už proto, že transparentnost je základním požadavkem zadávacího řízení. Otevřenost a hlavně přehlednost zadávacího řízení, jakkoli je z tohoto pohledu žádoucí, však z druhé strany vytváří prostor pro dohody mezi samotnými soutěžiteli a následně, v rámci jejich zaběhnutého systému, kontrolu soutěžitelů soutěžiteli navzájem.

V oblasti stavebnictví existuje několik organizací sdružujících členy daného odvětví (vi). Například Svaz podnikatelů ve stavebnictví, který je zájmovým sdružením podnikatelských subjektů z oblasti stavebnictví. Jeho členy jsou dodavatelé staveb, výrobci stavebních hmot a výrobků pro stavby, projekční, inženýrské a poradenské organizace a řada dalších výrobních a obchodních firem, které se podílejí na investiční výstavbě. Svaz má v současné době více než 1300 členů. Spolupracujícími členy Svazu jsou odborná společenstva jako Sdružení pro výstavbu silnic, Sdružení pro infrastrukturu železnic, Sdružení obchodníků se stavebními materiály a další. Posláním Svazu je mimo jiné poskytování včasných informací o směrech dalšího vývoje v investování, aby členské firmy mohly včas reagovat ve svých podnikatelských záměrech.

Tak jako celou oblast stavebnictví lze členit na velkém množství malých trhů, které by byly představovány jednotlivými stavbami nebo druhy staveb v návaznosti na potřeby konečného



spotřebitele a v návaznosti na způsob provádění staveb, i trh inženýrského stavitelství by bylo možno dále členit na jednotlivé subtrhy, např. na subtrh pozemních inženýrských staveb kam lze zařadit stavební díla typu dálnic, dálkových silnic, mostů a železnic a na trh podzemních inženýrských staveb kam lze zařadit stavby tunelů a dálkových podzemních vedení plynu a ropy.<sup>19</sup> K uzavírání dohod typu bid-rigging dle mého názoru může docházet na obou subtrzech trhu inženýrského stavitelství.

Takto by bylo možné relevantní trh vymezit z hlediska věcného, tj. trh zboží (inženýrské či dopravní stavby), které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny, zamýšleného použití a dalo by se říci i obdobného způsobu provedení shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné. Jak bylo výše uvedeno, kvalita, odolnost a další vlastnosti těchto staveb jsou předpokládány, z tohoto pohledu tedy jednotlivá stavební díla na tomto trhu jsou zastupitelná. Domnívám se, že nástroje, které jinak slouží ke zjišťování, zda výrobky jsou vzájemně zastupitelné, zejména cenový test, jak vyplývá z Oznámení Komise o definici relevantního trhu<sup>18</sup>, nebude v případě veřejných zakázek možno dobře provést. K trvalému, malému, ale významnému zvýšení ceny některým ze soutěžitelů na trhu inženýrských staveb jistě může dojít. Domnívám se, že zadavatel však nemůže přenést svou poptávku k jinému stavebnímu dílu, pokud potřebuje provedení jednoho, konkrétního stavebního díla. Dílo může poptat u jiného levnějšího soutěžitele, ale při splnění podmínek zadávacího řízení. Postup při výběru budoucího smluvního partnera je zákonem o veřejných zakázkách přesně popsán a omezuje svobodu rozhodování zadavatele. Zvýšení ceny jedním ze soutěžitelů v případě dohod bid-rigging může být strategií. Proto nemusí přechod zadavatele k jinému soutěžiteli splnit jeho očekávání.

Při zkoumání poptávkové strany trhu u veřejných zakázek inženýrských staveb jsem došel k závěru, že zadavatel poptává soutěžitele nabízejícího co nejlevnější nebo co nejkvalitnější stavební dílo. Jakékoli změny cen by se tedy měly projevit přesunem poptávky k jiným soutěžitelům. Pokud jsou tyto jiní soutěžitelé součástí kartelu a změna ceny je strategií soutěžitelů, nesplnil přesun poptávky zadavatele svůj cíl, alespoň ne tak, jak zadavatel očekával. Při zkoumání nabídkové strany trhu u veřejných zakázek jsem posuzoval dostupnost provedení inženýrských staveb za stejných či srovnatelných podmínek u jiného soutěžitele, který by eventuelně mohl na trh velmi rychle a bez podstatných překážek přistoupit. Domnívám se, jak bylo výše naznačeno, že pro překážky vstupu na trh, ale zejména pro zákonem formalizovaný postup při zadávání veřejné zakázky, který je časově limitován, nemůže na relevantní trh rychle a bez větších překážek proniknout konkurence, která by představovala reálnou alternativu pro zadavatele.

Z hlediska geografického vymezení relevantního trhu Komise ve svém Oznámení rozlišuje trh nadnárodní (eventuelně celosvětový) národní a místní. V případě veřejných zakázek na inženýrské

---

<sup>19</sup> Rozhodnutí Úřadu S 262/03-2167/04

stavby se domnívám, že relevantní trh bude vymezen jako národní. Domnívám se, že inženýrské a dopravní stavby jsou ve světě standardizované takže se jejich prováděním zabývá větší množství subjektů, a to i subjektů ze států sousedících s Českou republikou. Stejně jako v případě českých soutěžitelů se bude jednat o velké stavební společnosti. Z hlediska zkoumání teritoriálního vymezení relevantního trhu by bylo zajímavé srovnání cen zahraničních soutěžitelů s cenami domácích soutěžitelů, aby bylo možné posoudit, zda dvě místa náleží ke dvěma geograficky odlišným trhům. Neméně zajímavé by zřejmě bylo zkoumání, zda existuje preference domácích zavedených soutěžitelů v oblasti zakázek inženýrského stavitelství a zda tento fakt by mohl představovat bariéru vstupu zahraničních soutěžitelů na český trh. Pokud by tomu tak bylo, pak by to nasvědčovalo ještě více pro geografické vymezení trhu inženýrského či dopravního stavitelství jako trhu národního. Přestože po vstupu České republiky do Evropské unie by v oblasti veřejných zakázek preference českého soutěžitele před zahraničním neměla být možná, bylo by zajímavé provést průzkum, zda je tomu skutečně tak a zda se nejedná jen o přání zákonodárce.

Určitou překážkou vstupu zahraničního soutěžitele do jiné oblasti mohou být náklady na dopravu dodávek částí inženýrských staveb. Určitou roli může hrát i překážka povědomí zahraničních investorů respektive zahraničních stavebních společností o právním prostředí v České republice. I s ohledem na opakovaně prohrané mezinárodní arbitráže se v České republice nyní věnuje daleko více pozornosti ochraně zahraničních investic, což z pohledu zahraničních potenciálních dodavatelů inženýrských děl může být vnímáno pozitivně a pravděpodobně se v budoucnu projeví příchodem nových soutěžitelů. Prozatím jsem tento trend nevysledoval, což mne vede k závěru, že na trhu inženýrských staveb v České republice existují bariéry vstupu na trh, které, v souvislosti s výše uvedeným, činí podmínky natolik odlišné od zahraničních trhů, že je třeba geografický trh inženýrského stavitelství vymezit jako národní.

Z hlediska časového se zřejmě bude jednat o trh trvalý. V průběhu určitého časového období tento trh nepodléhá výkyvům poptávky ze strany zadavatelů veřejných zakázek.

Trh inženýrského a dopravního stavitelství není jediným, na němž by mohlo docházet k dohodám bid-rigging. Rizikové mohou být například trhy s určitými výrobky pro ozbrojené složky. Dohodám bid-rigging v zásadě nebrání skutečnost, že není splněna žádná z výše uvedených podmínek. V takovém případě však tyto dohody budou realizovatelné pouze ve spojení se zástupci zadavatele, tzn. nepůjde o bid-rigging kartel v jeho „čisté“ podobě, ale o dohodu bid-rigging spojenou s korupcí, jak uvádím v části 5 této práce.

## 2.4 Proč dohody mezi soutěžiteli fungují tak spolehlivě právě v oblasti veřejných zakázek?

Shora jsem se pokusil popsat formy koluzního jednání soutěžitelů při veřejných zakázkách. Nabízí se otázka proč právě v oblasti veřejných zakázek dochází k uzavírání dohod a proč je odhalování těchto dohod složité? Má-li být kartelová dohoda uzavřena a po určitou dobu efektivně fungovat, musí být splněny následující obecné podmínky:

- (i) Kartelové dohody by se měla účastnit podstatná část soutěžitelů, kteří na daném relevantním trhu působí, popřípadě alespoň většina významných soutěžitelů. To je bezesbýtku splněno v případě dohod bid-rigging. Pokud by se jeden z významných soutěžitelů rozhodl dále neúčastnit se a fakticky soupeřit o zakázku, kartel by nemohl fungovat.
- (ii) Soutěžitelé účastníci se kartelu se nesnaží soutěžit navzájem uvnitř kartelu. Nekonkurence mezi soutěžiteli v rámci dohody bid-rigging je podmínkou číslo jedna a proto pokud soutěžitelé mají zájem na zachování účinnosti kartelu, rozhodně mezi sebou konkurenční prostředí vytvářet nebudou.
- (iii) Soutěžitelé se musí dohodnout na základních postupech fungování kartelu, tyto postupy musí dodržovat a kartelovou dohodu neobcházet. Principy fungování dohod bid-rigging jsou zřejmé. Kartel může fungovat jedině tak, že bude předem jistý vítěz soutěže nebo způsob jeho budoucího určení. Eventuelně by mohlo být sjednáno, že dva či více soutěžitelů podají shodné nabídky, takže bude z tohoto pohledu lhostejno, kdo z nich zakázku získá. Patrně nikdy nebude úplně lhostejno, kdo zakázku získá. Bude vhodnější, pokud si soutěžitelé nadále udrží kontrolu nad „spravedlivým“ rozdělováním zakázek. Vyhýbají se tak možnosti případného upozorňování na nestandardní situace, kdy některý z nich opakovaně vítězí v soutěži o veřejnou zakázku, zejména, pokud by u určitého druhu zakázky zadávané jedním zadavatelem následovala vítězství jednoho soutěžitele v řadě.
- (iv) Existují mechanismy, které umožní efektivní fungování kartelu. V případě veřejných zakázek zde výraznou roli bude hrát transparentnost zadávacího procesu. Díky ní se jednání členů kartelu stává viditelným a tím je současně posilována stabilita kartelu

Pokud je podmínkou efektivnosti kartelové dohody, aby nebyla soutěžiteli obcházena, potom se domnívám, že k obcházení kartelu v případě bid-rigging není důvod. Dohoda umožní vydělat všem bezprostředně zúčastněným soutěžitelům. Částka, o kterou se prodraží veřejná zakázka, následně může být rozdělena nejen mezi bezprostředně zúčastněné soutěžitele, ale i mezi všechny případné

zprostředkovatele. Ostatně nic nebrání soutěžitelům v tom, aby uzavírali dohody bid-rigging u větších státních zakázek a v případě zakázek pod určitý limit spolu soutěžili.

#### **Shrnutí:**

Dohody bid-rigging mohou mít různé formy. Vykazují určité znaky cenových či segmentačních kartelů, avšak zároveň jsou velice specifické. V oblasti obchodních veřejných soutěží a veřejných zakázek existují trhy či subtrhy, které jsou náchylnější k uzavírání těchto dohod než jiné trhy. Kartelu se bude zpravidla účastnit podstatná část soutěžitelů na daném trhu a jeho neobcházení bude podmínkou jeho efektivního fungování.

### **3.**

#### **3.1 Právní úprava oblastí ohrožených dohodami soutěžitelů – obchodní veřejná soutěž a veřejné zakázky.**

##### Obchodní veřejná soutěž

Obchodní veřejná soutěž je upravena v ustanoveních § 281 a násl. obchodního zákoníku. Obchodní veřejná soutěž je tří etapovým kontrakčním procesem, na jehož závěru je uzavření smlouvy mezi vyhláшателеm soutěže a vítězným účastníkem soutěže o nejlepší návrh smlouvy. Úprava obchodní veřejné soutěže v obchodním zákoníku dává vyhláшатeli, na rozdíl od postavení zadavatele v zadávacím řízení podle zákona o veřejných zakázkách, dostatečnou volnost ve výběru svého smluvního partnera, nestanoví tak přísná kritéria na vyhlášení soutěže, naopak dává možnost měnit podmínky soutěže při splnění zákonných požadavků na oznámení takových změn. Tato větší volnost vyhláшатele souvisí s tím, že vyhláшатelem bude často privátní subjekt, který se v rámci obchodní veřejné soutěže rozhodl vynaložit vlastní peněžní prostředky, popřípadě osoba veřejného práva, která však nakládá pouze s omezeným množstvím peněžních prostředků, do výše limitů stanovených zákonem o veřejných zakázkách. V opačném případě by byla povinna zakázku zadávat podle tohoto zákona. Volnost vyhláшатele, a to zejména co se týče možné změny nebo zrušení soutěže, pokud si v podmínkách soutěže takové možnosti vyhradil, představuje riziko pro konspirojící soutěžitele. Vyhláшатel soutěže ani soutěžitelé nemohou vědět, díky otevřenosti obchodní veřejné soutěže, kolik soutěžitelů se do soutěže přihlásí. Pokud si vyhláшатel vyhradí právo jednostranně měnit podmínky soutěže nebo i soutěž zrušit, soutěžitelé nemají jistotu, že po předložení svých návrhů na uzavření smlouvy vyhláшатel podmínky soutěže neupraví tak, že budou pro soutěžitele nepřijatelné, anebo že v návaznosti na předložené návrhy obchodní soutěž nezruší. V takovém případě konspirojící

soutěžitelé vyvíjeli aktivitu zbytečně a přišli o náklady vynaložené v souvislosti s takovou soutěží. Uzavírání dohod bid-rigging v oblasti obchodních veřejných soutěží v podmínkách České republiky je proto podle mého názoru spíše teoreticky možné.

### Veřejné zakázky

Tato oblast je v současné době upravena zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, jehož účinnost končí ke dni 30.6.2006. Parlament přijal dne 14.3.2006 zcela nový zákon o veřejných zakázkách pod č. 137/2006 Sb. (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“). Účinnost zákona o veřejných zakázkách byla stanovena na den 1.7.2006. Dle názoru předkladatelů návrhu tohoto nového zákona by početné novelizační zásahy do stávajícího zákona č. 40/2004 Sb., ve znění pozdějších změn, byly mimořádně rozsáhlé (úpravy by se týkaly většiny jeho ustanovení), proto dospěli k závěru, že i přes krátkou dobu účinnosti zákona č. 40/2004 Sb. je jediným legislativně správným řešením připravit návrh zcela nového zákona o veřejných zakázkách.<sup>20</sup> Základní principy zákona č. 40/2004 Sb. a zákona o veřejných zakázkách však zůstaly stejné. Důvodem přijetí nového zákona bylo zejména uvedení do souladu stávající právní úpravy s politikou Evropského společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek, která si klade za cíl vytvoření konkurenčního a nediskriminačního trhu veřejných zakázek v zemích Evropské unie tak, aby byl zajištěn volný pohyb zboží a služeb, zajištěna úspora veřejných prostředků a posílení konkurenceschopnosti evropských dodavatelů na domácím a světovém trhu. Režim veřejných zakázek na evropské úrovni zavádí zvláštní procedury pro veřejné zakázky určité hodnoty a klade důraz na transparentní a nediskriminační postupy zadavatelů, zdůrazňuje princip rovného zacházení, vzájemného uznávání a proporcionality. Jsou to nejen zpřísnující pravidla pro postupy zadavatele, ale též snaha o motivaci dodavatelů, aby využívali příležitosti na zahraničních trzích. Dalšími důvody nové právní úpravy byly nejednoznačnost a komplikovanost definic používaných zákonem 40/2004 Sb., přílišná rigidita zadávání zakázek tzv. podlimitních, systém uspořádání zákona jako celku a další.

Ještě před tím, než zákon 40/2004 Sb. nabyl účinnosti (ke dni vstupu České republiky do EU), byly dne 31.3.2004 schváleny směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, o koordinaci postupu při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, a dále směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, o koordinaci postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. Tyto dvě nové směrnice nahradily všechny původní zadávací směrnice a členské státy, nyní již včetně České republiky, byly povinny transponovat nová pravidla pro zadávání veřejných zakázek do své

---

<sup>20</sup> Důvodová zpráva k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách

legislativy. Směrnice č. 2004/17/ES a směrnice č. 2004/18/ES měly být implementovány do 31.1.2006.

Obě uvedené směrnice zasáhly do všech částí zadávacího procesu, což také bylo jedním z důvodů, pro které byl předkládán návrh zcela nového zákona o veřejných zakázkách a pro který se nepřistoupilo k novelizaci stávajícího zákona. Jejich cílem bylo zejména dosáhnout stavu, kdy bude uzavírání smluv veřejnými i sektorovými (odvětvovými) zadavateli probíhat v konkurenčním prostředí. S tím souvisí další stanovený cíl - dosažení větší transparentnosti při zadávání zakázek a přispívat tak k boji proti korupci, která představuje zvýšené náklady z veřejných prostředků.

Cílem zákona o veřejných zakázkách je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle je dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Je zde patrná snaha o komplexní úpravu veřejného zadávání v návaznosti na nové předpisy práva Evropského společenství a snaha o vytvoření flexibilnějšího a jednoduššího právního rámce pro veřejné zakázky. Zjednodušení úpravy při zadávání podlimitních veřejných zakázek a nově i elektronizace procesu zadávání veřejných zakázek má vést k úspoře veřejných prostředků.

Zákon o veřejných zakázkách zejména definuje pojmy v oblasti veřejného zadávání, stanoví okruh osob, které jsou povinny zadávat veřejné zakázky podle tohoto zákona, upravuje postup těchto osob při zadávání veřejných zakázek, jednotlivé druhy zadávacích řízení v jejichž rámci je možné zakázku zadat, upravuje použití soutěže o návrh, jakož i dohled nad dodržováním zákona ze strany Úřadu. K dalším úvahám o dohodách soutěžitelů v souvislosti s veřejnými zakázkami uvádí m pojmy, se kterými pracuje zákon o veřejných zakázkách.

Veřejnou zakázkou podle zákona je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli. Předmětem veřejné zakázky mohou být dodávky, služby nebo stavební práce. Zákon stanoví okruh osob, které jsou povinny zadat veřejnou zakázku podle tohoto zákona. Tyto osoby označuje za zadavatele, které dále dělí na zadavatele veřejné, dotované a sektorové. Veřejným zadavatelem je podle zákona o veřejných zakázkách

- a) Česká republika,
- b) státní příspěvkové organizace,
- c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,



- d) jiná právnická osoba, pokud (1) byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a (2) je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Takovou právnickou osobou je například Česká národní banka, Fond národního majetku, Česká konsolidační agentura a další.

Dotovaným zadavatelem je podle zákona o veřejných zakázkách právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50% z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem. Tyto prostředky mohou být zadavateli poskytnuty i prostřednictvím jiné osoby. Podmínkou je, že peněžní prostředky musí být poskytnuty na provedení stavebních prací uvedených v příloze č. 3 zákona o veřejných zakázkách nebo na provedení stavebních prací – stavby pro veřejné účely, nebo na služby související s takovými veřejnými zakázkami na stavební práce, přičemž vždy musí předpokládaná hodnota zakázky činit nejméně 165.288.000,- Kč (jde tedy o nadlimitní veřejnou zakázku). Aby šlo o dotovaného zadavatele, musí obdržet dotaci nebo jinou formu nenávratné finanční výpomoci od veřejného zadavatele. Důležité je ustanovení, že dotovaný zadavatel postupuje při zadávání veřejné zakázky podle ustanovení zákona o veřejných zakázkách podle ustanovení pro veřejného zadavatele.

Sektorovým zadavatelem je podle zákona o veřejných zakázkách osoba, která vykonává některou z relevantních činností definovaných v zákoně a

- a) tuto činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo
- b) pokud veřejný zadavatel nad touto osobou uplatňuje přímo či nepřímo dominantní vliv.

Relevantní činnosti jsou potom v zákoně vymezeny v souladu s ustanoveními směrnice č. 2004/17/ES. Jednotlivé činnosti slouží k uspokojování potřeb veřejnosti. Zákon rozděluje veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty na nadlimitní, podlimitní a zakázky malého rozsahu. Limity zakázky potom určují postup zadavatele před zadávacím řízením a v průběhu zadávacího řízení a zejména pro sektorové zadavatele mají zásadní význam, protože sektorový zadavatel postupuje podle zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem tzv. relevantní činnosti, které jsou v zákoně taxativně vymezeny.

Zákon o veřejných zakázkách stanoví hlavní zásady, podle je zadavatel, který zadává veřejnou zakázku nebo pořádá soutěž o návrh, povinen dodržet. Zásady vyplývají z práva Společenství a je zapotřebí je v souladu s evropským právem také vykládat. V tomto směru jsou důležitá rozhodnutí

Soudu první instance a Evropského soudního dvora<sup>21</sup>. Hlavními zásadami jsou transparentnost, rovné zacházení a zákaz diskriminace. Veřejný a dotovaný zadavatel jsou povinni dodržovat tyto zásady v plném rozsahu bez ohledu na limit veřejné zakázky (včetně zakázek malého rozsahu). Jak vyplývá z textu zákona o veřejných zakázkách (§ 18 odst. 3), sektorový zadavatel je povinen dodržovat hlavní zásady zákona pouze zadává-li nadlimitní veřejné zakázky. Domnívám se, že obecnými zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách se bez ohledu na ustanovení § 18 odst. 3 řídí všichni zadavatelé. Za porušení povinností zadavatelem může Úřad jako orgán dohledu uložit pokutu až do výše 5% ceny zakázky nebo až do výše 10 mil. Kč. Pokuty ukládané podle zákona se odvíjí jednak od druhu deliktu, jednak od toho, zda je známa nabídková cena.

Zákon o veřejných zakázkách upravuje celkem šest druhů zadávacích řízení. Vedle zadávacích řízeních známých již právní úpravě zákona č. 40/2004 Sb. – otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním a jednací řízení bez uveřejnění – jsou to v souladu se směrnicí č. 2004/18/ES nově soutěžní dialog a zjednodušené podlimitní řízení. Tato nová řízení může využít pouze veřejný a dotovaný zadavatel. Stručně k nově zaváděným systémům:

Soutěžního dialogu může zadavatel použít pro zadání veřejné zakázky se zvláště složitým předmětem plnění, tj. v případech, kdy zadavatel není objektivně schopen přesně vymezit technické podmínky nebo právní či finanční požadavky na plnění veřejné zakázky. Druhá podmínka je subsidiární použití soutěžního dialogu, pokud veřejný (dotovaný) zadavatel s ohledem na povahu předmětu plnění veřejné zakázky nemůže použít otevřeného či užšího řízení. Veřejný a dotovaný zadavatel mohou použít zjednodušené podlimitní řízení pro zadání podlimitní veřejné zakázky na dodávky a služby (zde bez omezení) popř. na stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota nepřesáhne 20 mil. Kč. Důležité v tomto směru je, že veřejná zakázka se zadává pouze na základě zadávacího kritéria ekonomické výhodnosti.

Dynamický nákupní systém je plně elektronický proces pro provádění běžně používaných nákupů. Tento systém je časově omezený dobou čtyř let a otevřený po celou dobu svého trvání všem hospodářským subjektům, které splňují kritéria pro výběr a podaly tzv. předběžnou nabídku v souladu se specifikací, kterou stanovil zadavatel v oznámení otevřeného řízení o zavedení dynamického nákupního systému. Předběžné nabídky dále mohou být uchazeči vylepšovány. Cílem tohoto nákupního systému je rozšířit informace o zakázce na co největší počet dodavatelů a zajistit tak optimální využívání veřejných prostředků.

---

<sup>21</sup> Například rozhodnutí Evropského soudního dvora Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden vs BFI Holding BV (C-360/1996)



Jednotlivá řízení zákon o veřejných zakázkách oproti zákonu č. 40/2004 Sb. zpřesňuje a zjednodušuje s důrazem na hlavní zásady zákona. Při studiu zákona č. 40/2004 Sb., dále nového zákona o veřejných zakázkách, komentářů, důvodových zpráv, sněmovních rozprav a dalších materiálů jsem došel k závěru, že ani zákon o veřejných zakázkách nepamatuje na možné dohody soutěžitelů uzavírané v souvislosti s veřejnou zakázkou. Zákon o veřejných zakázkách včetně původní právní úpravy zakotvuje instituty, které mají bránit manipulativnímu „předvýběru“ vítězného soutěžitele samotným zadavatelem, nikoli však dohodou soutěžitelů. Dosáhnout takového předvýběru soutěžitele zadavatelem lze různými způsoby zužování zadávacího řízení. Zákon o veřejných zakázkách proto stanoví pro tyto případy přísnější kritéria pro zadání zakázky v užším řízení či v obou jednacích řízeních. Předvýběru vítěze veřejné zakázky samotným zadavatelem mají bránit zejména základní zásady zákona o veřejných zakázkách – zásady transparentního postupu, rovného zacházení a zákazu diskriminace:

Dodržení transparentního postupu zadavatelem znamená, že zadavatel činí veškeré kroky směřující k uzavření smlouvy tak, aby způsob, jakým budoucího smluvního partnera vybral a podmínky, na nichž se s ním dohodl, byly srozumitelné, logicky zdůvodnitelné. Zadavatel je podle zákona o veřejných zakázkách povinen uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce po dobu 5 let od uzavření smlouvy, její změny nebo od zrušení zadávacího řízení, pokud zvláštní zákon<sup>22</sup> nestanoví jinak. Tato dokumentace zahrnuje veškeré dokumenty pořízené v průběhu zadávacího řízení, včetně úplného znění originálů nabídek soutěžitelů. Pokud z těchto podkladů je patrné, že stanovil jasná, srozumitelná a hlavně ověřitelná kritéria a na základě nich potom vybral z možných variant tu nejvýhodnější, potom postupoval transparentně.<sup>16</sup>

Dodržení rovného zacházení s dodavateli a dodržení nediskriminačního postupu zadavatele znamená, že zadavatel stanoví takové podmínky pro uzavření smlouvy, které jednotlivé soutěžitele předem nezvýhodňují na úkor jiných. Zadavatel splní svou povinnost, pokud jednoznačným a ověřitelným způsobem uveřejní informaci o tom, že hledá dodavatele příslušného plnění za konkrétních podmínek a že uzavře smlouvu s tím dodavatelem, jehož nabídnuté podmínky budou pro zadavatele nejvýhodnější.

Tyto zásady jsou provázány celým zákonem, ať je to v úpravě (i) lhůt, které by měly být dostatečně dlouhé, aby nevybízely zadavatele k domluvě s vybraným dodavatelem, (ii) podmínek zadávací dokumentace, která nesmí obsahovat požadavky nebo odkazy, které by mohly poukazovat na konkrétního dodavatele, leda že by to bylo dostatečně odůvodněno předmětem veřejné zakázky, (iii) způsobů prokazování splnění kvalifikace dodavatele, (iv) otevírání obálek, (v) výběru nejvhodnější

---

<sup>22</sup> Zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů

nabídky apod. Ačkoli se tedy zákon snaží zabránit situaci, kdy zadavatel „předpřipraví“ podmínky pro uzavření smlouvy s předem vybraným dodavatelem, nebrání v současné své podobě dohodám bid-rigging, které však zřetelně míří na principy, kterými se celý zadávací proces řídí a které je zapotřebí při zadávání veřejných zakázek dodržet. Zejména na princip hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků a zachování konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

Zákon o veřejných zakázkách nezakazuje dohody mezi dodavateli. Zákon o veřejných zakázkách v žádném svém ustanovení nenaznačuje, že by mohlo docházet k jakýmkoli zakázaným dohodám mezi dodavateli. Zákon mimoto nestanoví prakticky žádné mechanismy, které by mohly dohodám tohoto typu zabránit a rovněž neodkazuje ani na právní předpis, který by upravoval problematiku zakázaných dohod, tj. na Zákon. To považuji za ne příliš šťastné řešení. Zákon, který si klade za cíl hospodárné a efektivní vynakládání veřejných prostředků, by měl volit všechny vhodné prostředky, které by pomohly toho dosáhnout. Dle textu důvodové zprávy je tohoto cíle dosahováno vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Pokud se lze důvodně domnívat, že zakázané dohody mezi soutěžiteli se v oblasti veřejných zakázek mohou uzavírat, jaké podmínky bránící takovým dohodám zákon skutečně upravuje? Proto je podle mého názoru velmi diskutabilní, zda je oblast veřejného zadávání komplexně upravena, jak se uvádí v důvodové zprávě.

Při zkoumání, proč zákonodárce v zákoně o veřejných zakázkách na zakázané dohody soutěžitelů nepamatoval, jsem došel k několika možnostem. Je teoreticky možné, že zákonodárce o možnosti uzavírání dohod o ovlivnění nabídek neví. To se však zdá velmi málo pravděpodobné, pokud v rámci přípravy zákona byl jedním z připomínkových míst též Úřad, který jako orgán dohledu v oblasti zadávání veřejných zakázek a hospodářské soutěži uzavírání zakázaných dohod může předpokládat. Úřad konstatoval, že se na dohody typu bid-rigging hodlá v budoucnu zaměřit. Cituji dokument Úřadu Veřejné zakázky - informační list č. 1/2006,<sup>1</sup> ze kterého se podává, jak na dotaz Úřadu ohledně případných dohod mezi soutěžiteli při veřejných zakázkách odpovědělo v anketě několik významných veřejných zadavatelů:

„Co se týče možných kartelových dohod při zadávání veřejných zakázek, tak pouze jediný z oslovených respondentů, kteří zaslali odpověď do ankety, měl podezření na kartel. Jednalo se o statutární město Plzeň a případ, kdy všechny předložené nabídky byly výrazně nižší než předpokládaná cena zakázky. Sloučení uchazečů do kartelu však prokázáno nebylo. Tento závěr statistiky se shoduje s rozhodovací praxí Úřadu, který dosud neuzavřel jediný případ možného porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázanou dohodou při zadávání veřejných zakázek.“

Nejen město Plzeň poukázalo na možnost kartelů v oblasti veřejných zakázek. Rovněž Ministerstvo obrany a Ředitelství silnic a dálnic připustily, že ke kartelovým dohodám při veřejných zakázkách může docházet. Z toho je patrné, že Úřadu je známo, že k dohodám bid-rigging může docházet. Je však možné, že Úřad nepovažuje za vhodné vtělit nástroje proti dohodám bid-rigging právě do zákona o veřejných zakázkách.

Předkladatel návrhu nového zákona o veřejných zakázkách při jeho projednávání v poslanecké sněmovně uvádí, že proběhly konzultace s celou řadou expertů na veřejné zakázky z České republiky a z Evropské unie a že v přípravě tohoto návrhu zapojilo ministerstvo do názorové diskuse o novém zákonu daleko širší okruh subjektů, než je obvyklé.<sup>23</sup> Domnívám se, že většina expertů na veřejné zakázky si uvědomuje, jak zakázané dohody mezi soutěžiteli při veřejných zakázkách dokáží zatížit veřejné rozpočty a deformovat hospodářskou soutěž. Na druhou stranu nelze vyloučit, že řada expertů na veřejné zakázky rovněž nepovažuje za vhodné upozornit na dohody bid-rigging v zákoně o veřejných zakázkách.

Domnívám se, že určité překážky dohodám bid-rigging by mohl zakotvit právě zákon o veřejných zakázkách, ale zejména, že by bylo vhodné provázat zákonnou úpravu veřejných zakázek se Zákonem.

Dodavatel má možnost získat veřejnou zakázku, pouze pokud vyhoví podmínkám stanoveným zákonem o veřejných zakázkách a zadavatelem. Zákon ukládá dodavateli nejrůznější povinnosti, zejména prokázat splnění kvalifikace v zákonem stanovené lhůtě podle druhu zadávacího řízení, předložit nabídku spolu s dokumenty v rozsahu požadovaném zákonem a zadavatelem, vybranému uchazeči či uchazečům potom ukládá povinnost poskytnout zadavateli potřebnou součinnost k uzavření smlouvy a další povinnosti. Mohl by tedy upravit též povinnost uchazečů, pokud nepodávají nabídku společnou, postupovat samostatně, vycházet z vlastních výpočtů, vyhodnocení a závěrů. Pokud zákon o veřejných zakázkách stanoví správní delikty, kterých se může dopustit dodavatel při prokazování kvalifikace tím, že předloží zadavateli výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů či certifikát vydaný v rámci systému certifikovaných dodavatelů, který neodpovídá skutečnosti, což má za následek nesplnění kvalifikačních předpokladů stanovených zákonem, mohl by též stanovit správní delikty dodavatelů, kteří poruší ustanovení zákona o podávání nabídek. Tato úprava by byla v souladu s cílem zákona o veřejných zakázkách a nebyla by v rozporu s právními předpisy Společenství, které nezakazují, aby členské státy přijaly v oblasti veřejných zakázek opatření též proti určitým jednáním dodavatelů. Pokud je zákonodárci často vytýkáno, že učiní právní úpravu vždy o něco přísnější, než jak mu ukládají právní předpisy Společenství, je otázkou k diskusi, zda právě v tomto směru by zpřísnění nebylo naopak žádoucí. Zakotvení nástrojů proti dohodám bid-

---

<sup>23</sup> Vládní návrh zákona o veřejných zakázkách /sněmovní tisk 1076/

rigging v zákoně o veřejných zakázkách by tedy z hlediska systematického podle mého názoru bylo vhodné.

Další důvody mohou být praktické. Zákon o veřejných zakázkách významným způsobem zasahuje do komunální sféry, ovlivňuje hospodaření s prostředky obcí, měst, krajů a organizací, které jsou zřizovány veřejnými institucemi. Poskytuje návod, jakým mají zadavatelé postupovat, jaké povinnosti musí dodržovat a jaká práva mohou před zahájením zadávacího řízení, v jeho průběhu a rovněž po jeho skončení uplatňovat. Veřejné zakázky realizují zadavatelé - právnické osoby (samozřejmě v případě dotovaného zadavatele a čistě teoreticky i v případě sektorového zadavatele se může jednat i o fyzickou osobu) v převážné většině vlastními zaměstnanci, rozsáhlejší nebo složitější veřejné zakázky zadávají zpravidla prostřednictvím pověřených osob, kterým svěřují výkon činností zadavatele s výjimkou rozhodovacích oprávnění. Zákon tedy je návodem pro široký okruh osob, přičemž se vždy nemusí jednat o osoby detailně obeznámené s problematikou zadávání. Takové osoby nemusí mít povědomí o tom, že zadavatel se může stát obětí dohody soutěžitelů, v důsledku které nakoupí draž, než při zachování pravidel soutěže. Není totiž právní předpis, který by jej na takovou možnost upozornil a ze zákona o veřejných zakázkách případná rizika nemusí vysledovat. Z tohoto důvodu by návodně mohl působit zákon o veřejných zakázkách, například úpravou zásad postupu dodavatele, úpravou podávání nabídek uchazeči a správních deliktů dodavatele za porušení příslušných ustanovení tohoto zákona nebo stanovením další povinnosti zadavatele sledovat chování dodavatelů a v případě podezření na zakázanou dohodu mezi dodavateli vyrozumět Úřad. Stanovení dalších povinností zadavateli by přitom bylo v jeho vlastním zájmu a v tomto směru by mohlo být přínosem.

### **3.2 Vybraná ustanovení zákona o veřejných zakázkách týkající se dohod bid-rigging.**

V této části se vyjadřuji k jednotlivým ustanovením zákona o veřejných zakázkách, která by mohla dodavatelům usnadňovat dosažení jejich cíle – úspěšného realizování protisoutěžní dohody a dále k ustanovením, která by podle mého názoru do zákona mohla být začleněna.

#### **(i) Podání nabídky**

V zákoně o veřejných zakázkách existují ustanovení, která podle mého názoru umožňují fungovat dohodám bid-rigging, a sice ustanovení týkající se podání nabídky uchazečem a způsobu, jak pro „neúspěšné“ členy kartelu zajistil kompenzaci. Zákon o veřejných zakázkách stanoví v § 69 odst. 1, že dodavatel může podat pouze jednu nabídku. Tím se má bránit podávání spekulativních nabídek, tj.

navozování dojmu soutěže.<sup>24</sup> Ustanovení § 69 odst. 2 však nyní stanoví, že dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení. Domnívám se, že se tímto novým ustanovením má bránit též situaci, kdy dodavatel (uchazeč) nebude motivován podat skutečně nejvýhodnější nabídku, protože i pokud jeho nabídka nebude vybrána jako vítězná, z pozice subdodavatele mu bude umožněno plnit a podílet se na realizaci zakázky. Toto nové ustanovení z zákona o veřejných zakázkách, byť podle mého názoru určitým způsobem může bránit dohodám mezi soutěžiteli, nepamatuje na tzv. přidružené osoby. Pokud zákon zakazuje, aby uchazeč byl současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení, neměl by být pro „neúspěšné“ uchazeče problém plnit části zakázky subdodavatelsky prostřednictvím svých dceřinných nebo mateřských společností. Nebude se tedy jednat o tentýž subjekt, čímž bude naplněna litera zákona o veřejných zakázkách, avšak prostředky zůstanou v jedné podnikatelské rodině, takže výsledek bude v zásadě stejný.

Výše byl uveden příklad trhu, na němž může docházet k dohodám bid-rigging, a sice trh inženýrského či dopravního stavitelství. Nejen v případě České republiky, ale i v zahraničí je pravidlem, že se na takovémto trhu pohybují obchodní kapitálové společnosti často s několika dceřinnými společnostmi. V případě největších národních nebo i nadnárodních stavebních společností mohou být tyto rozděleny do jednotlivých sektorů či divizí, v nichž dále působí často více (samostatných, vedoucích) společností odpovědných za dílčí úseky. Tyto vedoucí společnosti ovládají další dceřinné společnosti specializované na konkrétní činnosti – železniční stavby, silnice a dálnice, letištní plochy, mosty, nejrůznější inženýrské konstrukce apod. Dceřinné společnosti se mohou účastnit zadávacího řízení i spolu s mateřskou společností. Pokud vedle takovéto jedné podnikatelské rodiny v řízení o zakázku budou ucházet i další, což je v České republice v oblasti rozsáhlých stavebních děl pravidlem, přičemž všechny tyto podnikatelské rodiny budou usilovat o veřejnou zakázku, bude možno hovořit o hospodářské soutěži mezi soutěžiteli o zakázku, ale současně by měl na tuto skutečnost být brán ohled při posuzování nabídek uchazečů. Domnívám se, že mateřská společnost může ovládat své dceřinné společnosti do té míry, že jim může diktovat náplň jejich činnosti. Transfery zisku mezi mateřskou a dceřinou společností potom mohou mít ten důsledek, že neúspěšný uchazeč bude mít profit ze subdodávek bez ohledu na to, co sledoval zákonodárce změnou ustanovení o podání nabídek. Je diskutabilní, zda subdodávky prostřednictvím přidružené osoby tímto způsobem mohou být považovány za obcházení zákona, ale domnívám se, že nic nebrání změně zákona o veřejných zakázkách v tom směru, že takový způsob chování bude zakázán přímo. Už proto, že motivace zadavatele řešit, zda část díla bude subdodavatelsky provádět namísto neúspěšného uchazeče jeho dceřinná společnost nebo jiná společnost, nemusí být téměř žádná. Proto se domnívám, že ustanovení

<sup>24</sup> Poznámka: Zákon 40/2004 Sb. totiž nevylučoval, aby jeden dodavatel podal samostatnou nabídku (tj. stal se uchazečem) a zároveň mu mohla být podle nabídky jiného uchazeče, v případě, že by tento jiný uchazeč zvítězil, část zakázky zadána subdodavatelsky.

§ 69 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách by mohlo být doplněno o větu, že toto ustanovení se vztahuje i na přidružené osoby dodavatele.

(ii) Prokazování splnění kvalifikace

Dalším tématem k diskusi by mohlo být prokazování splnění kvalifikace dodavatelem. Zákon stanoví v § 53 zákona o veřejných zakázkách základní kvalifikační předpoklady, které musí dodavatel splnit, aby zadavatel mohl přistoupit k hodnocení jeho nabídky. Základní kvalifikační předpoklady prokazuje dodavatel předkládáním výpisů, potvrzeními příslušných úřadů a svými prohlášeními. Když zákon dodavateli stanoví povinnost prokázat určité morálně volní vlastnosti směrem k předmětu případného budoucího smluvního vztahu se zadavatelem (§ 53 odst. 1 písm. a) až i), proč by nemohl uložit dodavateli povinnost poskytnout zadavateli určité garance fěr jednání, které je slučitelné s cílem tohoto zákona?

Řešením by mohlo být, že by dodavatel v čestném prohlášení podle § 53 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách prohlásil, že neuzavřel zakázanou dohodu podle zvláštního zákona. Na tomto místě by potom zákon o veřejných zakázkách odkázal na příslušná ustanovení Zákona. Tímto by mohlo dojít k propojení těchto dvou právních předpisů, které sledují tytéž cíle, tj. zachování konkurence a účelné vynakládání prostředků, v případě zákona o veřejných zakázkách veřejných prostředků. Propojení těchto předpisů by mohlo upozornit zadavatele na existenci zakázaných dohod. Domnívám se však, že by současně bylo vhodné, pokud Zákon uvádí v § 3 odst. 2 demonstrativně několik skutkových podstat zakázaných dohod, aby současně zakotvil též zvláštní skutkovou podstatu dohody o ovlivnění nabídek, jak navrhováno v závěru této práce. Takto by nemohlo být pochyb o tom, jaké zakázané dohody má zákonodárce na mysli. Zadavatel by tak byl upozorněn, k jakým jednáním dodavatele či subdodavatelů má obracet svou pozornost, z druhé strany by propojení těchto zákonů mohlo být pro dodavatele tendující ke koluzi určitou výstrahou. S tím by souvisela i případná trestněprávní odpovědnost fyzické osoby, která by učinila takovéto prohlášení a způsobem uvedeným ve zvláštní skutkové podstatě zakázané dohody o ovlivnění nabídek podle ustanovení Zákona, by tento Zákon porušila. K tomu viz. případná kvalifikace trestného činu porušování závazných pravidel hospodářského styku podle § 127 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, v platném znění.

(iii) Povinnost zadavatele vyrozumět Úřad při podezření na kartelovou dohodu

Pokud zákon o veřejných zakázkách upravuje závazné postupy zadavatele při zadávání veřejných zakázek a je tedy návodem pro zadavatele, jak správně v souladu s účelem zákona vybrat budoucího smluvního partnera, mohl by zadavateli rovněž ukázat, na jaká podezřelá chování dodavatelů by se měl zaměřit, v jaké fázi zadávacího řízení a jakým způsobem by měl situaci řešit. Indicie nezákonného



chování dodavatelů jsou obsahem části 5.1 této práce. Z hlediska šancí vysledovat podezřelé chování dodavatelů bude patrně nejvýznamnějším momentem posuzování kvalifikace dodavatele a hodnocení nabídek uchazečů, kdy zadavatel obdrží a následně sám popřípadě prostřednictvím hodnotící komise vyhodnocuje dokumenty dodavatelů. Zákon by mohl na těchto místech stanovit, že v případě podezření zadavatele na zakázanou dohodu podle zvláštního zákona zadavatel bez zbytečného odkladu vyrozumí orgán dohledu (Úřad). Takové ustanovení zákona o veřejných zakázkách by mohlo být formulováno například s odkazem na čestné prohlášení dodavatele, jak bylo naznačeno výše, pokud by zadavatel měl jakékoli pochybnosti o pravdivosti takového čestného prohlášení.

(iv) Ustanovení o povinnosti uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce

Zadavatel má ustanovením § 155 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách uloženou povinnost uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce, kterou se rozumí všechny dokumenty v listinné či elektronické podobě, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje zákon o veřejných zakázkách. Dokumentaci je povinen uchovávat po dobu 5 let od uzavření smlouvy, její změny nebo od zrušení zadávacího řízení, nestanoví-li zvláštní předpis jinak. Tato povinnost souvisí s principem transparentního zadávání zakázky. Domnívám se, že lhůta 5 let pro uchování dokumentace o veřejné zakázce je příliš krátká a v případě koluze hrozí, že usvědčující důkazy o dohodě bid-rigging nebudou orgánu provádějícímu vyšetřování k dispozici. V části 5.1 této práce s odkazem na zahraniční případy odhalení dohod bid-rigging odůvodňuji, proč se domnívám, že by zadavatel měl být povinen uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce po dobu alespoň 10 let.

### 3.3 Zvláštní úprava koncesního zákona.

#### Potřeby kombinovaného financování a PPP projekty

Evropská unie si klade za cíl posílit svou konkurenceschopnost a ekonomický růst. Hospodářský rozvoj je bržděn zejména rozdíly v úrovni infrastruktury jednotlivých států. Vyrovnaní těchto rozdílů však vyžaduje veliké investice, na něž zdroje Evropské unie a vlád členských států nestačí.<sup>25</sup> Evropská unie poskytuje členským státům značné finanční částky na posílení zejména regionálního rozvoje, a to prostřednictvím kohezního a strukturálních fondů. Protože finance poskytnuté prostřednictvím fondů nestačí pokrýt předpokládané náklady, dospěla Evropská unie k závěru, že je zapotřebí do financování projektů rozvoje infrastruktury zapojit soukromý sektor. Cílem tzv. PPP (Public Private Partnership) projektů je tedy zajištění finančních zdrojů a zvýšení efektivity projektů rozvoje veřejné infrastruktury, veřejných zařízení a s tím souvisejících služeb. Podstata tohoto „Partnerství veřejného a soukromého

<sup>25</sup> Veřejná podpora a veřejné zakázky po vstupu do EU (2005), LINDE PRAHA a.s.

sektoru“ spočívá v tom, že veřejný sektor poskytne zpravidla pozemky a umožní urychlit schvalovací řízení, soukromý sektor potom poskytne kapitál a potřebné know-how, přičemž zisk a rizika se následně rozdělí mezi oba sektory v rámci tzv. koncesní smlouvy. Spolupráce veřejného a soukromého sektoru byla doposud upravena částečně v zákoně č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích a rovněž částečně v zákoně č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. Z důvodu ucelení právní úpravy a stanovení pevného rámce pro spolupráci v rámci PPP projektů parlament přijal dne 14.3.2006 zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen „**koncesní zákon**“). Mezi hlavní principy koncesního zákona patří:<sup>26</sup>

- (i) ucelená právní úprava koncesních smluv,
- (ii) transparentnost, a
- (iii) zajištění efektivního a dlouhodobě udržitelného poskytování služeb a infrastruktury.

Důvodem právní úpravy koncesním zákonem je dle navrhovatele posílit právní jistotu a vytvořit jasný právní rámec pro koncesní smlouvy, který bude pro veřejné i soukromé subjekty představovat jasná pravidla aplikovaná na tyto smlouvy a současně nastavit funkční proceduru pro výběr koncesionáře a regulační mechanismy. Oblast je upravena zejména těmito právními předpisy Společenství: směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, směrnici Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumných řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce a nařízením Komise č. 1874/2004, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek.

#### Vybraná ustanovení koncesního zákona týkající se dohod bid-rigging

Koncesní smlouva je jedním ze způsobů jak zajistit realizaci úkolů veřejné správy. Je výsledkem koncesního řízení, které je obdobou zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách. Odlišnosti koncesních smluv jako jsou přenos rizika spojeného s poskytováním služby na koncesionáře, speciální řízení nebo dlouhodobost koncesních smluv (zhruba 15 – 30 let), od smluv uzavíraných v případě „běžných“ nadlimitních veřejných zakázek, odůvodňují jejich zvláštní právní úpravu. Problematika koncesních smluv je spojena s veřejnými zakázkami, takže je zároveň spojena s kartelovými dohodami bid-rigging. Koncesní zákon na několika místech odkazuje na zákon o veřejných zakázkách. Ta rizika, která jsem výše uváděl o zákoně o veřejných zakázkách a rovněž opatření, která by byla možno do

<sup>26</sup> Z důvodové zprávy ke koncesnímu zákonu

zákona o veřejných zakázkách proti kartelovým dohodám přijmout, lze přiměřeně vztáhnout i na koncesní zákon:

(i) Podávání nabídky

Podle ustanovení § 8 odst. 4 koncesního zákona pro podání nabídek a jejich obsah platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Existují tedy tatáž rizika kompenzace neúspěšného uchazeče, jak byla uvedena výše v případě zákona o veřejných zakázkách.

(ii) Prokazování splnění kvalifikace

Podle ustanovení § 7 odst. 3 koncesního zákona pro posuzování kvalifikace dodavatelů a jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Pokud by tedy zákon o veřejných zakázkách stanovil dodavateli nově povinnost učinit čestné prohlášení podle § 53 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách tak, jak bylo výše naznačeno v části 3.2 bod (ii), vztáhla by se na dodavatele podle koncesního zákona povinnost prohlásit, že neuzavřel zakázanou dohodu podle zvláštního zákona.

Obdobně jako výše v části 3.2 bod (iii) by mohla být zadavateli stanovena povinnost vyrozumět Úřad v případě podezření na zakázanou dohodu podle zvláštního Zákona. Lhůtu pro uchování dokumentace koncesního řízení stanovenou v ustanovení § 33 koncesního zákona na 5 let od ukončení účinnosti koncesní smlouvy či ode dne zrušení koncesního řízení rovněž nepovažuji za dostatečnou, už s ohledem na dobu trvání koncesních smluv. Doba trvání koncesních smluv, značný objem veřejných prostředků plynoucích do PPP projektů a nezkušenost veřejného sektoru v této oblasti považuji za velmi rizikové faktory z hlediska dohod bid-rigging.

**Shrnutí:**

Dohody bid-rigging se mohou vyskytovat v oblasti veřejných zakázek včetně oblasti uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a subjekty soukromého sektoru, teoreticky též v oblasti obchodních veřejných soutěží. Zákon o veřejných zakázkách obsahuje na několika místech ustanovení, která mají bránit případné korupci a zneužívání postavení zadavatele v zadávacím procesu, nepamatuje však na zakázané dohody mezi soutěžiteli, přičemž tyto dohody jednoznačně mífí na principy zákona o veřejných zakázek a koncesního zákona.

### Případy odhalení dohod bid-rigging v zahraničí.

Pro nedostatek podkladů k této práci v oblasti rozhodovací praxe jsem se pokoušel zajistit materiály o dohodách bid-rigging ze zahraničí. Pro naplnění osnovy této práce vybírám pouze část z nich, a to i z důvodu, že podrobnosti daných případů (detaily protisoutěžních jednání soutěžitelů, jejich následky, způsoby odhalení dohody v konkrétním případě a rovněž v jaké fázi se daná řízení nachází) se ani prostřednictvím zahraničních soutěžních úřadů nepodařilo zajistit. Vycházel jsem proto ze zahraničních novinových článků, z odkazu Úřadu na zahraniční výroční zprávy či zahraniční článek, výročních zpráv zahraničních soutěžních úřadů a zahraničních odborných článků.

#### Japonsko

Japonský denník Yomiuri Shimbun uveřejnil v květnu loňského roku zprávu o tom, že několik vrcholných manažerů japonských stavebních společností působících v oblasti staveb ocelových mostů bylo vzato do vazby v souvislosti s podezřením z manipulace veřejných zakázek, zadávaných společností Japan Highway Public Corporation (veřejná společnost založená v roce 1956 za účelem výstavby a řízení dálničních sítí v Japonsku, dále „JH“) <sup>27</sup>. Případ přitom začal již v říjnu roku 2004 vyšetřovat japonský antimonopolní Úřad. V průběhu vyšetřování vyšlo najevo, že vysloužilý ředitel JH připravoval ve spolupráci s dalšími bývalými úředníky JH seznam předem vybraných vítězných uchazečů o veřejné zakázky. Prostřednictvím vrcholných manažerů jednotlivých stavebních společností byl seznam vítězných uchazečů dále distribuován mezi soutěžitele. Základem tohoto systému však byli právě bývalí výkonní úředníci JH, které si realizátoři najímali do svého vedení a kteří měli kontakty na stávající vedení JH. Prostřednictvím kontaktů na současné vedení JH měly stavební společnosti (prostřednictvím bývalých úředníků JH zaměstnaných na vedoucích pozicích či v postavení odborných poradců) informace o plánovaných projektech, ale zejména o „vítězných“ cenách zakázek.

Japonské stavební společnosti, v jejichž vedení stáli bývalí úředníci JH, pak utvořily dva kartely, mezi něž byly rozdělovány jednotlivé veřejné zakázky. Podle denníku Yomiuri nabídky podávané členy kartelu dosahovaly v průměru výše 97,6% maximální stanovené ceny zakázky. Oba kartely s úředníky JH v čele nezahrnovaly všechny stavitele mostů na daném trhu. Vyšetřování však prokázalo, že množství zakázek získaných členy kartelu bylo podstatně vyšší než u ostatních společností stojících mimo kartel. Jen za kalendářní rok 2004 bylo prostřednictvím JH uděleno 81 zakázek za zhruba 93

<sup>27</sup> Yomiuri Shimbun, 28.5.2005, 30.5.2005, 4.6.2005, 8.6.2005, 17.12.2005

mld. JPY (cca 23 mld. Kč) s tím, že zakázky zadávané prostřednictvím JH byly zadány za trojnásobně vyšší cenu než zakázky zadávané Ministerstvem výstavby a dopravy. Statistiky ukázaly, že Japonsko přišlo díky dohodám bid-rigging v oblasti výstavby ocelových mostů ročně o částku 20 mld. JPY. Právě příležitost zvýšit zisk na zakázkách zadávaných JH vedlo jednotlivé stavební společnosti k přijetí bývalých úředníků JH do vedení svých firem.

Podle názoru vyjádřeného náměstkem ředitele výzkumného institutu Yomiuri není Japonsko jedinou zemí, kde dochází k uzavírání kartelů při veřejných zakázkách. Tvrdí, že uzavírání dohod bid-rigging v Japonsku je stejně jako ve Spojených státech či v Evropské Unii považováno za závažný problém.<sup>28</sup> Rozdíl mezi Japonskem a ostatními státy je dle jeho názoru v tom, že v Japonsku se všechny podniky v daném průmyslu účastní dohod bid-rigging. Podle schématu bid-rigging potom větší a silnější společnosti nemusí utržít vyšší zisky než společnosti menší. Platí zde tedy určitá rovnost příležitostí. Autor poukazuje na tzv. „systém konvoje“, který byl v minulosti přijat na úrovni národních a místních japonských vlád a byl obecně uznávaným systémem v celém finančním sektoru. Podstata tohoto systému spočívá v tom, že tak jako se rychlost plavby v konvoji lodí přizpůsobuje těm nejpomalejším, má být regulována rychlost rychle se rozvíjejících společností a bránit jim ponechat pomalejší společnosti za sebou tak, aby žádná společnost nemohla odpadnout a působit tak ekonomice země ztráty.

Příklad z Japonska poukazuje na to, jak může systém dohod bid-rigging narušit ekonomiku státu a o kolik může prodražit zadání veřejné zakázky. Současně ukazuje, jak důležitá jsou pro dlouhodobou existenci dohody jednotlivá propojení mezi soutěžiteli a osobami, které fakticky zadávají veřejnou zakázku. Domnívám se, že v daném případě nešlo o bid-rigging v jeho čisté podobě, ale o kombinaci bid-riggingu s korupčním jednáním.

### Francie

Společnosti Vinci, Bouygues a dalších 13 francouzských stavebních společností dostaly pokutu ve výši 48,5 mil. EUR od francouzského soutěžního úřadu za to, že dohodami způsobily závažné škody ekonomice země.<sup>29</sup> Pokuta byla uložena za dohodu o rozdělení veřejných zakázek zadávaných v letech 1991 až 1997. Dohody měly za následek umělé udržování vysokých cen. Prošetřováním případů vyšlo najevo, že společnosti vytvořily software, který mezi ně rozděloval rovnocenné podíly na vládních zakázkách. Podle zprávy francouzského soutěžního úřadu se tyto společnosti setkaly na deseti schůzkách, na nichž si rozdělily trh, včetně pařížského metra a místních dálnic. Pokuty ve výši 5% z obrátu firem odrážejí závažnost tohoto jednání. Společnost Bouygues, která je druhou největší

<sup>28</sup> Rampant bid-rigging stalling structural reform, 4.6.2005, autor: Michio Sato, Yomiuri Research Institute

<sup>29</sup> International Herald Tribune, 23.3.2006 Vinci and 14 others fined for collusion on contracts

stavební společností na světě, dostala pokutu ve výši 10,5 mil. EUR (cca 300 mil. Kč) a největší stavební společnost na světě Vinci pokutu 2,43 mil. EUR. Společnost Bouygues přitom dostala pokutu od soutěžního úřadu také v prosinci 2005, neboť její dceřiná společnost Colas se dopustila dohody bid-rigging v oblasti výstavby dálnic v severní Francii.

### Itálie

Italský soutěžní Úřad odhalil v roce 1996 dohodu mezi konsorcií a společnostmi při zadávání veřejné zakázky na provozování školní autobusové dopravy v Římě.<sup>30</sup> Výsledky vyšetřování ukázaly, že na základě dohody uchazeči nejprve nepředložili nabídky zadavateli a následně nepodávali vzájemně si konkurující nabídky. Bylo zjištěno, že uchazeči si navzájem sdělovali informace mezi sebou ohledně cen a nákladů. Jediným možným vysvětlením, proč nebyly podávány konkurenční nabídky, bylo, že uchazeči věděli dopředu o záměrech ostatních. V opačném případě by alespoň někteří z uchazečů splňující kritéria podali nabídky, aby při zachování nezbytné míry obezřetnosti snížili riziko neudržení se na trhu. S ohledem na závažné protisoutěžní účinky dohod, soutěžní Úřad uložil pokuty 2% z obratu, tj. 226 mil. lir (dle kurzu ČNB v roce 1996 cca 4 mil. Kč) soutěžitelům, který při jednáních sehrál hlavní roli, ostatním soutěžitelům soutěžní úřad uložil pokuty 53 mil a 9 mil lir (oběma 1% z obratu).

### Kanada

Soudní dvůr provincie Alberta v Kanadě uložil v únoru roku 1998 pěti zpracovatelům dřeva tresty za uzavření zakázané dohody o ovlivnění nabídek při aukci lesních porostů pořádanou Správou pozemků a lesů provincie Alberta (ALFS).<sup>31</sup> V listopadu 1996 ALFS uveřejnila výzvu k podávání nabídek, kterou současně upravila podmínky aukce na prodej lesních porostů. Aukce se měla uskutečnit podáváním ústních nabídek. Zástupci společností, které se měly aukce zúčastnit, uskutečnili koncem listopadu 1996 jednání, při kterém uzavřeli dohodu o tom, která ze společností bude podávat nabídky na které produkty a která se podávání nabídek zdrží. Dohoda byla následně realizována při aukci. ALFS přijala nabídky konspirujících soutěžitelů s nárůstem pouhých 0,10 centů za kubický metr dřeva. Ze třinácti produktů nabízených k prodeji byly pouze u dvou podány kvalifikované nabídky. Tyto dva produkty byly vydraženy výrazně draž než produkty zbývající. Bylo zjištěno, že v těchto dvou případech se aukce zúčastnila třetí osoba stojící vně kartelu. Čtyři z pěti konspirujících soutěžitelů respektive jejich zástupci, kteří se aukce zúčastnili, před soudem přiznali vinu a byla jim

<sup>30</sup> Agreement on the school bus hiring market, Annual Report (1996), autor: Autorità garante della concorrenza e del mercato

<sup>31</sup> Four Manufacturers Plead Guilty to Bid-Rigging Involving Alberta Crown Timber Contracts, News releases (1998), Competition Bureau Canada



uložena pokuta od 3.000 do 5.000 CAD (cca 72.000 – 120.000,- Kč), dále jim byl uložen trest obecně prospěšných prací v rozsahu 25 – 50 hodin a zákaz účastnit se do budoucna aukcí pořádaných ALFS.

### Slovensko

Příklad prošetřování kartelové dohody bid-rigging na Slovensku uvádím z důvodu poukázání na způsob, jakým slovenský soutěžní úřad zhodnotil nebezpečnost dohody mezi soutěžiteli. Slovenský soutěžní úřad vydal dne 23.12.2005 rozhodnutí, ve kterém konstatoval, že sedm stavebních společností koordinovalo svoje nabídky ve veřejné soutěži na realizaci dálničního úseku, čímž porušili zákon o ochraně hospodářské soutěže.<sup>32</sup> Soutěžní Úřad dlouhodobě vykonával prošetřování na trhu dodávek stavebních prací dálničního programu Slovenské republiky zajištěných formou veřejného zadávání, protože jde o trh, který je dle jeho názoru mimořádně náchylný na uzavírání kartelových dohod. Proto si od Slovenské správy cest vyžádal podklady týkající se příslušného dálničního úseku D1 Mengusovce – Jánovce. Na základě analýzy podkladů a vlastního šetření prokázal, že stavební společnosti dopředu koordinovali tvorbu nabídkových cen. Slovenský soutěžní Úřad dále vyslovil, že došlo k porušení článku 81 Smlouvy, protože soutěže o veřejnou zakázku se mohli zúčastnit i zájemci z jiných zemí a mohl být ovlivněn obchod mezi členskými státy EU. Úřad uložil v prvostupňovém rozhodnutí pokutu v celkové výši 1.473.978.000,- SKK, což byla dosud nejvyšší souhrnná pokuta udělená v historii tohoto úřadu. Přitom nejnižší pokuta udělená v tomto řízení byla 4,7 mil SKK a nejvyšší 497 mil SKK. Slovenský soutěžní Úřad výši pokut odůvodnil tím, že postihy sledují též preventivní cíl odradit soutěžitele od podobných protisoutěžních praktik. Toto rozhodnutí rovněž výslovně potvrzuje, že dohody bid-rigging vždy poškozují spotřebitele.

### **Shrnutí:**

Na vybraných případech poukazují na jednotlivé formy bid-riggingu. Současně chci poukázat na skutečnost, že nejen oblast stavitelství je ohrožena dohodami soutěžitelů, ale i oblast veřejných služeb a další oblasti. Sankce uložené slovenským a francouzským soutěžním úřadem poukazují na nebezpečnost dohod bid-rigging, zároveň na nekompromisní přístup soutěžních úřadů k těmto dohodám.

## **5.**

### **5.1 Indicie dohod bid-rigging.**

---

<sup>32</sup> Kartelová dohoda pri výstavbe diaľnic - tisková zpráva ze dne 12.1.2005, autor: Protimonopolný úrad SR

V této části se zaměřuji na určitá podezřelá chování soutěžitelů v průběhu zadávacího řízení. V této fázi řízení již zpravidla dohoda mezi soutěžiteli bude uzavřena a soutěžitelé ji budou naplňovat. Domnívám se, že teprve od okamžiku zahájení zadávacího řízení bude koluze odhalitelná, a to zpravidla na základě nepřímých důkazů. Dohoda bid-rigging by mohla být odhalena za předpokladu, že zadavatel či jeho zástupci budou mít zájem na odhalení zakázané dohody mezi soutěžiteli.

Slovenský soutěžní úřad uvádí následující indicie, které mohou značit zakázanou dohodu bid-rigging.<sup>12</sup>

Indikátory v oblasti samotných nabídek:

- (i) V soutěži o veřejnou zakázku vítězí vždy stejný soutěžitel nebo jeden nebo více soutěžitelů neustále předkládá neúspěšné nabídky.
- (ii) Nabídky předkládají stále stejní uchazeči, přičemž vítěz se pravidelně mění a každý soutěžitel se alespoň jednou stane vítězným uchazečem.
- (iii) Nabídky předloží méně uchazečů než obvykle.
- (iv) Vítězný uchazeč uzavře smlouvu o subdodávkách s neúspěšnými uchazeči.<sup>33</sup>
- (v) Pouze jediný uchazeč kontaktoval dodavatele komponentů, kterých je k provedení dodávek (služeb či stavebních prací) zapotřebí, resp. zjišťoval informace o jejich cenách potřebných pro předložení nabídky.
- (vi) Při zakázkách v různých regionech jsou položky místních uchazečů a uchazečů z jiných regionů stejné, přičemž objektivně mohou vznikat rozdíly v některých nákladových položkách.

Indikátory nabídkových cen:

- (vii) Některé nabídkové ceny jsou o mnoho vyšší než ceny v uveřejněných ceníkách, než nabídkové ceny stejných soutěžitelů v minulosti anebo odhadované náklady.
- (viii) Soutěžitel čas od času předloží podstatně vyšší cenovou nabídku než předložila v jiných nákladově srovnatelných případech.
- (ix) Nabídkové ceny klesnou vždy, pokud se zadávacího řízení zúčastní nový soutěžitel nebo soutěžitel, který se zadávacích řízení účastní jen zřídka.
- (x) Objeví se výrazný, neodůvodněný rozdíl mezi cenou vítězné nabídky a ostatními nabídkami.

---

<sup>33</sup> Pozn.: Zákon o veřejných zakázkách tento postup výslovně zakazuje. Jsem přesvědčen, že zákaz může být obcházen a ke kompenzaci může docházet prostřednictvím subdodávek dceřinné či mateřské (pokud je uchazečem dceřinná společnost) společnosti.

Domnívám se že dalším indikátorem dohody bid-rigging může být shodná nebo srovnatelná výše nabídkových cen uchazečů.

#### Podezřelá chování soutěžitelů

- (xi) Návrhy, formuláře či jakékoli součásti předkládané nabídky předkládané různými uchazeči obsahují shodné nepravidelnosti (stejně chyby v pravopisu či ve výpočtech, bílá místa, fyzické úpravy změny cen na poslední chvíli apod.) anebo obsahují podobný rukopis, typ písma nebo použití stejných kancelářských potřeb. To může značit, že vítězný uchazeč mohl připravit některé nebo všechny nabídky neúspěšných uchazečů.
- (xii) Uchazeč doručí zadavateli spolu se svojí nabídkou též nabídku jiného uchazeče.<sup>34</sup>
- (xiii) Soutěžitel předloží nabídku přesto, že není schopen úspěšně realizovat kontrakt.<sup>35</sup>
- (xiv) Soutěžitel činí jakékoli narážky v tom smyslu, že kontrakt „patří“ konkrétnímu soutěžiteli, že nabídka byla doplňující, symbolická, zdvořilostní, krycí nebo že soutěžitelé se dohodli.
- (xv) Vyjdou najevo jakékoli informace o tom, že došlo ke střetnutí nebo komunikaci mezi uchazeči v procesu přípravy nabídek.

Dalším podezřelým chováním by mohlo být, že vítězný uchazeč bez řádného odůvodnění odmítne uzavřít smlouvu se zadavatelem. Nebo pokud by soutěžitel požádal zadavatele o zadávací dokumentaci pro sebe a současně pro dalšího soutěžitele.

Zadavatel bude patrně první článek, který může zaregistrovat podezřelé chování soutěžitele. Dodavatel může zadavatele kontaktovat s žádostí o zaslání zadávací dokumentace, o upřesnění podmínek stanovených v zadávací dokumentaci, se žádostí o účast v užším či v jednacím řízení a v dalším případech. Dochází tedy k výměně informací, a to na základě telefonických hovorů, faxových, písemných či elektronických zpráv. Tou nejzásadnější informací pro zadavatele bude nabídka podaná uchazečem. Tato může být klíčovým důkazem v případě vyšetřování kartelové dohody. Zadavatel má povinnost uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce a záznamy o elektronických úkonech po dobu 5 let. Výše jsem naznačil, že 5 let je příliš krátká doba, což odůvodňuji takto:

Na francouzském případě lze ukázat, po jak dlouhou dobu může dohoda mezi soutěžiteli být udržována v tajnosti. V daném případě mohlo soutěžnímu úřadu nějakou dobu trvat pozorování či vyhodnocování chování soutěžitelů na trhu. Určité časové období probíhalo řízení před soutěžním

<sup>34</sup> Pozn.: Tato indicie by mohla být relevantní, pokud by se jednalo o dva soutěžitele vystupující v postavení samostatných uchazečů, protože zákon o veřejných zakázkách podávání společných nabídek uchazečů povoluje.

<sup>35</sup> Menší soutěžitelé mohou takto přikrýt vítěznou nabídku tím, že vítěznému uchazeči dělají takzvané „křoví“. Následně za přikrytí nabídky získají určité protiplnění či subdodávky.

úřadem. Přesto, od doby prvního prokázaného koluzního jednání soutěžitelů do doby rozhodnutí úřadu, uplynula doba 15 let. Obdobně platí v případě Japonska, kdy kartelové dohody byly realizovány zhruba od poloviny devadesátých let do roku 2004. V části druhé této práce jsem uváděl důvody, proč právě v oblasti veřejných zakázek dohody fungují tak spolehlivě a lze je držet v tajnosti po dlouhou dobu. Iracionalita obcházení těchto dohod samotnými soutěžiteli, jistota určitého výdělku, vyloučení konkurence a poměrně snadný cíl – veřejný zadavatel, to všechno jsou faktory, které umožňují dlouhodobé trvání dohod bid-rigging. Schémata dohod bid-rigging se zdokonalují a příslušné orgány dohledu či orgány provádějící vyšetřování budou vždy o krok za tvůrci těchto dohod. V některých státech k tomu přistupuje další faktor, kterým je korupce. Spojení korupčního jednání osob činných na určitém úseku zadavatele (zástupce zadavatele), popř. dalších osob tvořících článek řetězce s dohodami bid-rigging mezi samotnými soutěžiteli, potom může činit tyto dohody téměř neodhalitelné. Navíc prodloužení lhůty snižuje částečně i prostor pro případnou korupci. Při úvahách o prodloužení lhůty ze stávajících 5 na 10 let by všechny tyto aspekty měly být uvažovány. Stanovením takovéto povinnosti zadavateli by vzrostly jeho náklady spojené s uskladněním dokumentace. Domnívám se však, že zájem na odhalování korupce a kartelových dohod ve veřejných zakázkách převyšuje zájem na ušetření vícenákladů spojených s archivací dokumentů. V souvislosti se zaváděním elektronických systémů do oblasti veřejných zakázek se domnívám, že ani prodloužení lhůty postupem času nebude představovat pro zadavatel problém.

Dalšími kroky zadavatele, pokud by chtěl bránit dohodám mezi soutěžiteli, by mohly být pravidelné přehledy o jednotlivých dodavatelích, kteří se účastní zadávacího řízení, o podávaných nabídkách jednotlivých uchazečů apod. Určité nepravdivosti v chování dodavatelů nebo naopak podezřelý koordinovaný postup mezi nimi nebude zřejmě patrný z hodnocení jednoho zadávacího řízení. Právě vedení pravidelných statistik z vlastní iniciativy zadavatele by mohlo vést k odhalení dohod bid-rigging a k efektivnějšímu vynakládání veřejných prostředků. Zároveň by však mělo být zajištěno, aby k takovýmto informacím měl přístup úzký okruh osob činných u zadavatele a snížilo se tak riziko, že nepovolaná osoba statistiky získá a informace se pokusí za úplatu nabídnout soutěžiteli.

## **5.2 Úvaha nad dohodami bid-rigging v České republice.**

Aby Úřad mohl zahájit řízení o tom, zda došlo k uzavření zakázané dohody bid-rigging, bude zapotřebí provést předběžná šetření. Šetření mohou být zahajována na základě podnětu nebo z vlastní monitorovací činnosti Úřadu. Dalším orgánem, který by při výkonu své pravomoci mohl zachytit podezřelá chování při zadávání veřejných zakázek, je Nejvyšší kontrolní úřad. Jeho působnost je však v této oblasti omezena na kontrolu hospodaření se státním majetkem a plnění státního rozpočtu, což okruh veřejných zakázek podstatně zužuje. Dle informací poskytnutých Úřadem tento dostává naprosté minimum podnětů v tom smyslu, že zde existují skutečnosti, které nasvědčují tomu, že mohlo

dojít k uzavření zakázaných dohod mezi soutěžiteli o veřejnou zakázku. Domnívám se, že k odhalení dohod bid-rigging musí dát podnět sám zadavatel, který bude aktivně spolupracovat s orgánem dohledu. Výše uvedené indicie, které mohou značit existenci bid-rigging dohody, nikdo jiný než sám zadavatel v drtivé většině případů nemůže zachytit.

Pokud se zaměřím na trh inženýrských a dopravních staveb, kladu si otázku proč právě v této oblasti nedochází k podnětům ze strany zadavatelů, když by dle znaků výše uvedených v části 2.3 této práce měly být dány podmínky pro existenci dohod bid-rigging? Nabízí se závěr, že se v podmínkách České republiky nemusí jednat o dohody bid-rigging v jejich „čisté“ podobě. Mám tím namysli to, že manipulace veřejných zakázek formou „předvýběru“ vítězného uchazeče nemusí být způsobena pouze koluzí soutěžitelů, nýbrž, že k ovlivnění nabídek soutěžitelů může docházet za přispění zadavatele respektive jeho zástupce či zástupců. Za bid-rigging v jeho čisté podobě tedy považuji situaci, kdy soutěžitelé ovlivní své nabídky takovým způsobem, aby byl předem jistý vítěz soutěže nebo aby se jinak eliminovala konkurence mezi nimi, a to bez jakéhokoli propojení, byť zprostředkovaného třetími osobami, se zadavatelem nebo s jeho zástupci. Pokud propojení se zadavatelem existuje a přesto dojde k ovlivnění nabídek způsobem výše uvedeným, můžeme stále hovořit o dohodě bid-rigging, která však je kryta korupčním jednáním zadavatele nebo jeho zástupce.

Příklad: Veřejný zadavatel – Česká republika popř. státní příspěvková organizace – schválí investiční záměr na výstavbu úseku železnice. Bude se jednat o zakázku za 300 mil. Kč. Zástupce zadavatele osloví projektanta s tím, aby vybral vhodného dodavatele, který bude schopen realizovat zakázku. Následně provedení projektových činností projektantovi zadá (přesněji řečeno nechá provést) za částku do 2 mil. Kč, tj. mimo rámec zadávacího řízení. Projektant vybere vhodného dodavatele (dodavatel A) a dále vyjednává přímo s ním. Projektant zpracuje projektovou dokumentaci výstavby na míru dodavatele A tak, aby stavba byla proveditelná právě jím. Po odborné stránce odůvodní proč právě technologie jím navržená (technologie dodavatele A) je nejlepší, jaký produkt (nabízený dodavatelem A) je pro stavbu žádoucí apod. Domnívám se, že projektant s dodavatelem v časovém předstihu vždy dokáže připravit projektovou dokumentaci či jinou technickou dokumentaci tak, aby kritéria splňoval konkrétní dodavatel. Následně projektovou dokumentaci předá zadavateli, který z ní posléze učiní součást zadávací dokumentace pro zpracování nabídky. Zadávací dokumentace samozřejmě nebude obsahovat podmínky, které by dodavatel A nebyl schopen splnit. Veřejný zadavatel zahájí některé ze zadávacích řízení, které mu zákon umožňuje a na žádost dodavatelů jim zpřístupní zadávací dokumentaci. Kdykoli v mezidobí od prvního kontaktu dodavatele A projektantem či zástupcem zadavatele může dodavatel A kontaktovat ostatní dodavatele B a C a upozornit je buďto na existenci dohody se zástupcem zadavatele, sdělit jim požadavek na podávání formálních nabídek nebo uzavřít s nimi dohodu v jakékoli formě výše uvedené v článku 2.1 této práce. V tento moment se jedná o bid-rigging dohodu. Předpokládaná cena veřejné zakázky činí 300 mil. Kč, ale dodavatelé

vědí, že zakázku lze realizovat za 150 mil. Kč. Základním hodnotícím kritériem bude ekonomická výhodnost nabídky, čímž situace nebude pro členy kartelu tolik riskantní.<sup>36</sup> Všichni uchazeči A, B a C podají své nabídky, přičemž uchazeči B a C sestavené bud'to spolu s nabídkou uchazeče A nebo následně v průběhu zadávacího řízení. Zadavatelem ustanovená komise zhodnotí předložené nabídky a zadavatel rozhodne o vítězné nabídce uchazeče A, s cenou (jedním z kritérií) např. za 250 mil. Kč. Vítězný uchazeč dodá sám stavební práce za 120 mil. Kč, neúspěšní uchazeči B a C po 60 mil. Kč, například prostřednictvím svých dceřinných společností. 10 mil. Kč může být rozděleno mezi zástupce zadavatele a další mezičlánky schématu.

Uvedené schéma může mít velké množství variant, a to co se týče variability jednání soutěžitelů, zprostředkovatelů nebo i samotného zadavatele. Nastíněným schématem poukazuji na finanční motivaci zástupce zadavatele a další zainteresované subjekty, kterou v podmínkách České republiky považuji za nejpravděpodobnější. Jiný motiv se pokouší nastínit analýza Transparency International – Česká republika, ze které se podává toho: „Motivací může být i potřeba zvýšit finanční náročnost zakázky. To je v některých případech zájmem zadavatele, a to pokud obdrží na určitou investiční akci dotaci z vyššího typu rozpočtu, přičemž se velikost odvozuje od nákladů na danou akci. V případě, že se tedy zadavatel domluví s vítězem firmy na vyšší ceně, může mu ten jako bonus provést ještě jiné práce, na které by se dotační titul nevztahoval. Výsledkem je tak implicitní růst rozpočtových prostředků obce, samozřejmě na úkor rozpočtu vyššího stupně.“<sup>37</sup>

Proto při posuzování jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách a koncesního zákona v tom směru, zda představují nebo nepředstavují riziko uzavření kartelu, by měla být uvažována situace, kdy **zástupce zadavatele, veden některým z naznačených záměrů, spolupracuje se soutěžiteli**, aby jim umožnil uzavření dohody bid-rigging.

#### **Shrnutí:**

Členové kartelu při veškeré snaze udržet dohodu v tajnosti se mohou dopustit omylů a drobných nepřesností, které mohou být zachyceny, a to zpravidla zadavatelem. Zadavatel má možnosti, jak se účinněji bránit dohodám mezi soutěžiteli. Bránit se dohodám mezi soutěžiteli je v jeho vlastním zájmu a v zájmu ostatních zadavatelů. Domnívám se však, že pokud zadavatel nebude vědět, na jaká

<sup>36</sup> Pozn.: Více kritérií dokáže zatemnit zadávací řízení a podstatně snižuje šance případných soutěžitelů stojících mimo kartel, protože tito nedokáží v zákonem stanovené lhůtě pro podání nabídek připravit takovou nabídku, která by dokázala konkurovat nabídce dodavatele (uchazeče) A. Základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkové ceny totiž teoreticky může mít za následek, že dojednanou „vítěznou“ nabídku vně kartelu stojící soutěžitel „podtrhne“ a zakázku pro sebe získá. Jiná je otázka, zda členové kartelu dotyčného vůbec nechají plnit smlouvu. Existují způsoby, jakým na daném trhu bojkotovat vítězného uchazeče a tím mu znemožnit plnění smlouvy.

<sup>37</sup> Veřejné zakázky v České republice: Korupce nebo transparentnost (2005), autor: Transparency International – Česká republika



podezřelá chování soutěžitelů se má soustředit, popřípadě on sám či jeho zástupci budou mít protichůdné zájmy (budou mít zájem na koluzi soutěžitelů), což v podmínkách České republiky nelze vyloučit, je minimální šance, že se do budoucna statistiky o dohodách bid-rigging změní.

### **Závěr.**

V této práci jsem se pokusil definovat zakázané dohody o ovlivnění nabídek (bid-rigging). Protože existuje vazba mezi

- (i) dohodami o ovlivnění nabídek a Zákonem na straně jedné, jakož i mezi
- (ii) dohodami o ovlivnění nabídek a zákonem o veřejných zakázkách a koncesním zákonem na straně druhé,

domnívám se, že by mělo existovat propojení mezi shora uvedenými zákony. Řešením by mohlo být rozšíření skutkových podstat zakázaných dohod v § 3 odst. 2 Zákona, a to o skutkovou podstatu dohod o ovlivnění nabídek s tím, že by zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon na skutkovou podstatu dohod o ovlivnění nabídek odkázal.

**Seznam použité literatury:**

Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU (2005), autoři: JUDr. David Raus, Ph.D., JUDr. Robert Neruda

Komentář k zákonu č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, autor: JUDr. Jindřiška Munková

Komentář k Zákonu (2006), autoři: JUDr. Robert Neruda, JUDr. David Raus, PhD

Komentář k zákonu č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (2005), autoři: JUDr. David Raus, PhD., JUDr. Robert Neruda

Veřejná podpora a veřejné zakázky po vstupu do EU (2005), nakladatelství LINDE PRAHA a.s.