

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Zuzana Kohútová

Bid rigging ve veřejných zakázkách

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Tomáš Horáček PhD.

Katedra obchodního práva

Datum vypracování práce: 27. 3. 2014

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze, dne 1. 4. 2014

Zuzana Kohútová

Poděkování

Ráda bych na tomto místě poděkovala JUDr. Tomáši Horáčkovi PhD. za odborné vedení mé diplomové práce a za jeho přínosné rady a podněty.

Rovněž děkuji svým rodičům za všestrannou podporu po celou dobu studia.

OBSAH

1. ÚVOD	1
2. POJEM, DEFINICE A VÝSKYT BID RIGGINGU	2
2.1. POJEM A OZNAČENÍ	2
2.2. DEFINIČNÍ ZNAKY BID RIGGINGU	3
2.3. VÝSKYT BID RIGGINGU	7
3. PRÁVNÍ ZÁKLAD ZÁKAZU BID RIGGINGU V SOUTĚŽNÍM PRÁVU.....	12
3.1. BID RIGGING JAKO DOHODA NARUŠUJÍCÍ SOUTĚŽ.....	12
3.2. BID RIGGING JAKO SAMOSTATNÁ SKUTKOVÁ PODSTATA.....	13
3.3. POJEM DOHODY <i>LARGO SENSU</i>	16
3.4. MATERIÁLNÍ PODMÍNKA APLIKACE GENERÁLNÍ KLAUZULE.....	20
3.5. VÝJIMKY ZE ZÁKAZU UPLATNITELNÉ PRO DOHODY O BID RIGGINGU	23
4. PROJEVY BID RIGGINGU VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	26
4.1. ZÁKAZ BID RIGGINGU V ZÁKONĚ O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	26
4.2. DOPADY BID RIGGINGU NA VEŘEJNÉ ZAKÁZKY Z POHLEDU PRINCIPŮ HOSPODÁRNOSTI, EFEKTIVNOSTI A ÚČELNOSTI	27
4.3. ÚČAST KONSORCIÍ VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH.....	31
4.4. ÚČAST MAJETKOVĚ PROPOJENÝCH OSOB VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	34
4.5. MOŽNOSTI PŘEDCHÁZENÍ BID RIGGINGU VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	37
5. VEŘEJNOPRÁVNÍ DŮSLEDKY PORUŠENÍ ZÁKAZU BID RIGGINGU	41
5.1. OBECNÝ VÝKLAD K VEŘEJNOPRÁVNÍM DŮSLEDKŮM PORUŠENÍ ZÁKAZU BID RIGGINGU	41
5.2. DŮSLEDKY ZJIŠTĚNÉHO PORUŠENÍ ZÁKAZU BID RIGGINGU Z POHLEDU ZOHS.....	41
5.3. DŮSLEDKY ZJIŠTĚNÉHO PORUŠENÍ ZÁKAZU BID RIGGINGU Z POHLEDU ZVZ	45
5.4. TRESTNĚPRÁVNÍ SANKCE ZA PORUŠENÍ ZÁKAZU BID RIGGINGU	46
6. SOUKROMOPRÁVNÍ VYMÁHÁNÍ NÁROKŮ VYPLÝVAJÍCÍCH Z PORUŠENÍ ZÁKAZU BID RIGGINGU V SOUTĚŽNÍM PRÁVU.....	48
6.1. SUBJEKTIVNÍ NÁROKY VYPLÝVAJÍCÍ Z PORUŠENÍ SOUTĚŽNÍHO PRÁVA	48
6.2. OPRÁVNĚNÉ SUBJEKTY	49
6.3. POUŽITELNÁ ÚPRAVA V ČESKÉ REPUBLICE.....	51
7. ZÁVĚR.....	54
SEZNAM ZKRATEK.....	56
POUŽITÉ ZDROJE	57
RESUMÉ	63
SUMMARY	64

1. Úvod

Bid rigging je fenomén ležící na pomezí práva ochrany hospodářské soutěže a úpravy veřejných výběrových řízení, zejména veřejných zakázek ve smyslu účinné legislativy. V evropském i českém kontextu je považován za jedno z nejškodlivějších protisoutěžních jednání s mimořádně závažnými dopady na veřejné rozpočty.

V českém právním prostředí je nicméně bid riggingu pozornost věnována pouze v několika uplynulých letech a vývoj v této oblasti postupuje jen velmi pomalu. Právní úprava a možnosti postihu v České republice jsou zatím relativně málo známé a využívané, čemuž odpovídá i počet případů, ve kterých byl bid rigging odhalen, prokázán a potrestán.

Cílem mé diplomové práce proto bude podání uceleného právního výkladu o bid riggingu jako zakázaném protisoutěžním jednání, a analýza jeho dopadů ve veřejných zakázkách. Vzhledem k nízkému množství dosud vydaných rozhodnutí příslušných správních úřadů a judikatury ohledně dané problematiky (kterých však bude v nejvyšší možné míře využito) se ve své práci zaměřím převážně na analýzu použitelné právní úpravy, a to i v souvislostech evropské úpravy, a dále na stručnou právní analýzu forem, účinků a výskytu bid riggingu. Také se pokusím analyzovat možné následky zjištěného porušení zákazu bid riggingu a potenciál jejich úspěšného prosazování. Přednesu i několik doporučujících bodů k možné prevenci výskytu bid riggingu pro zadavatele veřejných zakázek a několik návrhů pro úpravu *de lege ferenda*.

Rukopis byl uzavřen ke dni 27. 3. 2014.

2. Pojem, definice a výskyt bid riggingu

2.1. Pojem a označení

Doslovný překlad pojmu *bid rigging*, v anglické literatuře někdy též *collusive tendering*,¹ do českého jazyka je nesnadný. Nejspíše bychom však dospěli k termínu „ovlivňování nabídek“ nebo „podvodné manipulace nabídek“.

V odborné literatuře a rozhodovací praxi Úřadu nalezneme několik možností českého označení *bid riggingu*, ze kterých je jako příklad možné uvést následující: kartely o manipulaci nabídek,² tendrové kartely,³ smluvené nabídky,⁴ kartely sladující postup uchazečů o veřejnou zakázku,⁵ dohody o ovlivnění nabídek,⁶ nebo společné dohody o ceně, kterou nabídne jeden z uchazečů o zakázku.⁷

¹ Srov například JONES, Alison. SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 4. vyd., Oxford: Oxford University Press, 2011, ISBN: 978-0-19-957273-1, str. 812.

² RAUS, David. ORŠULOVÁ, Andrea. *Kartelové dohody*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2009, ISBN: 978-80-7400-016-4, str. 122.

³ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA, Pavel. *Soutěžní Právo*. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2012, ISBN: 978-80-7400-424-7, str. 582.

⁴ MACEK, Ivo. *Odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže se zaměřením na bid rigging*. In COFOLA 2011 Sborník příspěvku z mezinárodní konference pořádané Právnickou Fakultou Masarykovy univerzity 29. 4. – 1. 5. 2011 v Brně. ŽATECKÁ, Eva. KOVÁČOVÁ, Lucie. HORECKÝ, Jan. VOMÁČKA, Vojtěch, 1. vyd., Brno: Masarykova Univerzita, 2011, ISBN: 978-80-210-5582-7, dostupné z <<https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/sbornik.html>>, str. 890.

⁵ PETR, Michal. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2010, xvii, 607 s. ISBN 978-80-7400-307-3, str. 218.

⁶ RAUS, David. NERUDA, Robert. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže: komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vyd., Praha: Linde, 2006, ISBN: 80-7201-563-X, str. 99.

⁷ PETR, Michal. DOSTÁL, Ondřej. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže – Edice zákonů s judikaturou*. Praha, C. H. Beck, 1. vyd. 2007, ISBN: 978-80-7179-574-2, str. 73.

S výjimkou posledního označení, kterému lze vyčítat příliš úzké zaměření nepokrývající například bid rigging ve formě o rozdělení trhu,⁸ lze všechna tato označení považovat za vyhovující a bezproblémová. V dalším výkladu bude nicméně pro účely jednodušší orientace namísto všech výše uvedených označení užíván výhradně pojem *bid rigging*, resp. *dohoda o bid riggingu*.

2.2. Definiční znaky bid riggingu

Vzhledem k absenci legislativního zakotvení pojmu bid rigging (či pojmu jemu obdobného) není překvapivé, že v české právní úpravě nenajdeme ani žádné vymezení jeho obsahu či definici, a prostor pro tento úkol byl ponechán odborné literatuře. V české odborné literatuře se k problému vymezení definičních znaků bid riggingu s nejvíce systematickým přístupem staví Raus a Oršulová⁹, vycházejíce z vymezení kanadského soutěžního úřadu¹⁰. Jejich vymezení bude podkladem pro výklad v této kapitole.

Prvním uváděným znakem neboli podmínkou existence bid riggingu, je vyhlášení výběrového řízení, přičemž nejde pouze o veřejnou zakázku ve smyslu řízení podléhající režimu zákona o veřejných zakázkách.¹¹ Může jít i o jiný typ výběrového řízení, například veřejnou obchodní soutěž.¹² Souhrnně je tato řízení možné označit jako „tendry“¹³. Jejich společným znakem je úhrada předmětu plnění z veřejných prostředků.

⁸ Srov. kapitulu 2.1. a 2.2.

⁹ RAUS, David. ORŠULOVÁ, Andrea, op. cit, str. 121-124.

¹⁰ Informace Competition Bureau [online], dostupné z <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00110.html>.

¹¹ RAUS, David. ORŠULOVÁ, Andrea, op. cit, str. 124.

¹² RAUS, David. NERUDA, Robert (2006), op. cit., str. 99.

¹³ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA, Pavel, op. cit., str. 173.

Druhým znakem je koordinace účastníků veřejné zakázky.¹⁴ Pro jeho naplnění přitom postačí jakákoli forma koordinace.¹⁵ V žádném případě tudíž nelze za jedinou dostatečnou formu považovat formalizované jednání účastníků v podobě písemné a podepsané smlouvy, či jiné smlouvy vykazující formální znaky právní závaznosti. Je zřejmé, že taková interpretace této podmínky by neúměrně omezovala okruh jednání, která mohou být sankcionována jako bid rigging. Vždy se ale musí jednat o koordinaci zakázanou, tj. takovou, která není pro účely veřejné zakázky požadována nebo nutná. Tato skutečnost souvisí se čtvrtým znakem, který uvádějí Raus a Oršulová, a který bude předmětem dalšího výkladu.

Účastníci podle Rause a Oršulové naplní třetí znak bid riggingu v případě, že své nabídky předloží (případně podle obsahu dohody i nepředloží) v souladu s dohodou, kterou uzavřeli spolu s ostatními účastníky.¹⁶ Pro posouzení naplnění tohoto znaku je důležité, že bid rigging se může projevit v širokém spektru forem, přičemž jeho konkrétní forma představuje důležitý základ pro toto posouzení. Nejčastější formou bid riggingu jsou podle OECD¹⁷ tzv. krycí nabídky (*cover bidding*), kdy všichni účastníci dohody sice podají nabídky, avšak předem se domluví, který z nich podá nejnižší (případně ekonomicky nejvýhodnější¹⁸) nabídku a stane se tak vítězem. Třetí ze zde uváděných znaků bid riggingu bude v tomto případě naplněn, pokud účastníci v předmětném výběrovém řízení skutečně předloží své nabídky v takové nesoutěžně určené výši či podobě, že konkrétnímu účastníku umožní vítěznou pozici ve výběrovém řízení. Další častou formou dohod o bid riggingu je tzv.

¹⁴ RAUS, David. ORŠULOVA, Andrea, op. cit., str. 124.

¹⁵ Tamtéž.

¹⁶ Tamtéž.

¹⁷ Srov. Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku [online], OECD, 2009, dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/29/44/42886665.pdf>>, str. 3. Pro anglický originál srov. Fighting Bid Rigging in Public Procurement [online], OECD, 2009, dostupné z <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>>, str. 3.

¹⁸ Srov. hodnotící kritéria pro zadání veřejné zakázky podle ust. § 78 odst. 1 ZVZ.

utlumení nabídek (*bid suppression*), kdy nabídku na základě dohody podávají pouze předem zvolení účastníci.¹⁹ V takovém případě bude uvedený třetí znak naplněn, pokud ostatní účastníci své nabídky nepodají vůbec. Dohody o bid riggingu ve formě krycích nabídek i utlumení nabídek mohou být dále kombinovány se systémem rotace nabídek (*bid rotation*), podle kterého dochází k pravidelnému střídání účastníků, kteří budou stanoveni za úspěšného vítěze. V neposledním řadě může mít bid rigging i formu tzv. přidělení trhu (*market allocation*), kdy si účastníci předem rozdělí oblasti trhu, ve kterých jsou konkrétní z nich oprávněni podávat nabídky.²⁰ Třetí znak bid riggingu je zde naplněn, pokud účastníci začnou dodržovat toto rozdělení a podávat své nabídky pouze v rámci vymezeného trhu. Pro úplnost výčtu forem bid riggingu lze doplnit, že k těmto formám pak mohou přistupovat i různé doplňkové mechanismy, které zajišťují účastníkům dohod určitý majetkový prospěch. Raus a Oršulová uvádějí například princip kompenzace, kdy vítěz poskytuje „neúspěšným uchazečům“ kompenzaci ve formě majetkového prospěchu anebo možnosti subdodávek v předmětné veřejné zakázce, a dále princip kontrolovaných nabídek, podle kterého mohou být podávané nabídky účastníků zpoplatňovány do jakési formy fondu, který pak slouží k přerozdělování mezi ostatní účastníky dohody.²¹

Konečně se pro závěr o existenci bid riggingu podle Rause a Oršulové vyžaduje skutečnost, že koordinace nebyla osobě vyhlášující řízení známá, ani nebyla z její strany vyžadována.²² Tento znak podle mého porozumění míří na odlišení bid riggingu jako zakázaného jednání od situace, kdy je určitý stupeň spolupráce mezi soutěžiteli žádoucí.

¹⁹ Tamtéž.

²⁰ Tamtéž.

²¹ RAUS, David. ORŠULOVÁ, Andrea, op. cit., str. 124.

²² Tamtéž.

K takové situaci dochází například v řízeních, kde se vyžaduje vysoká specializace²³, a jednotliví účastníci nemusejí být vůbec schopní nabídku bez koordinace s jinými účastníky podat. Nicméně se domnívám, že uvedená formulace čtvrtého definičního znaku bid riggingu může být v určitém kontextu částečně zavádějící, a to zejména v situaci, kdy se bid rigging vyskytne v kombinaci s korupčním jednáním. V prostředí výběrových řízení, a speciálně pak v prostředí veřejných zakázek může snadno dojít k tomu, že všichni anebo pouze někteří účastníci dohody využijí svých kontaktů u zadavatele, a dohodu o bid riggingu se úspěšně pokusí realizovat právě za pomoci osob u zadavatele zaměstnaných a vykonávajících určité činnosti s předmětnou veřejnou zakázkou spojené. Jednání zaměstnanců zadavatele, ale i účastníků dohody o bid riggingu by v takovém případě bylo postihnutelné podle norem trestního práva dopadajících speciálně na takové korupční jednání. Nebylo by však na místě usuzovat, že z tohoto důvodu se v takovém případě vůbec nejedná o bid rigging. Jak uvádí i OECD, bid rigging může s korupcí koexistovat, a dokonce mohou mít tyto dva fenomény vzájemně posilující účinek.²⁴ Proto považuji tento čtvrtý uváděný znak za problematický a domnívám se, že z pojmového hlediska jej lze nahradit požadavkem, že koordinace účastníků (představující druhý definiční znak), nebyla nevyhnutelná.

Vzhledem k výše uvedenému je podle mého názoru definiční znaky bid riggingu možné shrnout následovně:

- vyhlášení výběrového řízení;
- nikoli nutná koordinace nabídek mezi nejméně dvěma účastníky předmětného výběrového řízení; a

²³ Tamtéž.

²⁴ Collusion and Corruption in Public Procurement 2010. Policy Roundtable [online], OECD, 2010, dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/35/16/46235399.pdf>>, str. 9.

- předložení nabídek v předmětném řízení podle akceptovaných podmínek mezi účastníky.

Konečně je možné konstatovat, že výše uvedené znaky se obsahově blíží také vymezením dalších autorů. Jurčík například uvádí, že bid rigging je „*koordinace činnosti konkurentů ve výběrových řízeních nebo veřejných zakázkách.*“²⁵ Šimeček pak pod pojmem bid rigging rozumí „*označení pro zakázanou spolupráci dodavatelů při přípravě a podávání nabídek do vypsaného tendru*“.²⁶ Ze zahraniční literatury je namíste citovat například Whishe, který uvádí, že bid rigging je „*praxí, kdy se podniky mezi sebou domluví na spolupráci ohledně odpovědi na pozvánky k tendrům*“.²⁷

2.3. Výskyt bid riggingu

V posledních letech je bid riggingu na evropské úrovni věnováno obrovské množství pozornosti. OECD vydala k této problematice Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku,²⁸ které jsou dostupné i v českém překladu²⁹ a posléze byly vydány i ve formě oficiálního doporučení,³⁰ ale i řadu dalších dokumentů.³¹ O odhalování a

²⁵ JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 3. Vyd., Praha: C. H. Beck, 2012, 850 s., ISBN: 978-80-7179-222-2, str. 35.

²⁶ ŠIMEČEK, Ivo: 77947. *Bid rigging* [online], Epravo.cz, 2011, dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/bid-rigging-77947.html>>.

²⁷ V anglickém originálu: “*Collusive tendering is a practice whereby firms agree amongst themselves to collaborate over their response to invitations to tender.*” WHISH, Richard. BAILEY, David. *Competition Law*. 7. vyd., Oxford: Oxford University Press, 2012, ISBN: 978-0-19-958655-4, str. 153.

²⁸ Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku [online], OECD, 2009, op. cit.

²⁹ Fighting Bid Rigging in Public Procurement [online], OECD, 2009, op. cit.

³⁰ Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement [online], OECD, 2012, dostupné z <<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>>.

³¹ Srov. například *Collusion and Corruption in Public Procurement 2010*. Policy Roundtable. OECD, 2010, op. cit.

sankcionování bid riggingu se aktivně zasazuje i Úřad.³² Tato intenzivní aktivita je nepochybně odůvodněná vysokou závažností realizovaných dohod o bid riggingu z pohledu ochrany hospodářské soutěže a možnými ekonomickými škodami ve veřejných rozpočtech, bohužel však neodpovídá počtu případů, které se do dnešního dne podařilo odhalit, prokázat a potrestat.

V České republice byl bid rigging Úřadem potrestán zatím pouze ve dvou případech, a to v případě *PISU kartelu*,³³ a dále v *případě Vojenských ubytoven*³⁴, kdy se navíc jednalo o veřejnou zakázku relativně nízké hodnoty.³⁵

Případ *PISU kartelu* byl nejprve posuzován Evropskou komisí,³⁶ rozhodnutí bylo posléze potvrzeno i Soudním dvorem EU.³⁷ Až poté bylo zahájeno řízení ze strany Úřadu, přičemž v tomto řízení byla uložena zatím nejvyšší pokuta za porušení soutěžních norem v historii Úřadu,³⁸ což rovněž dokládá škodlivost, kterou Úřad tomuto jednání přisuzuje.

³² Úřad k problematice bid riggingu vydal v roce 2012 Informační list s názvem *Bid Rigging*, který je dostupný z <<http://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/informacni-listy.html>>. Bid rigging byl též jedním z ústředních témat výroční Svatomartinské konference na podzim roku 2013. Informace Úřadu dostupné z <<http://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/1682-svatomartinska-konference-2013.html>>.

³³ Rozhodnutí Úřadu, č.j.: UOHS-S222/06-3113/2007/710 ze dne 9. 2. 2007 a č.j. R 059-070, 075-078/2007/01-08115/2007/310 ze dne 26.4.2007, dostupné z <www.uohs.cz>.

³⁴ Rozhodnutí Úřadu, č.j. S159/2009/KD-4325/2010/850 ze dne 14.7.2010 a Rozhodnutí Úřadu č.j. R 97,98,101,102/2010/HS-11415/2011/320/KPo ze dne 15.8.2011, dostupné z <www.uohs.cz>.

³⁵ Cenové nabídky za služby podané účastníky dosahovaly pouze cca 12 mil. Kč ročně. Viz Rozhodnutí Úřadu č.j. S159/2009/KD-4325/2010/850 ze dne 14.7.2010, op. cit., bod 25.

³⁶ Rozhodnutí Evropské komise ve věci COMP/F/38.899 ze dne 24. 1. 2007.

³⁷ Rozhodnutí Soudního dvora EU v spojených věcech C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P ze dne 19. 12. 2013.

³⁸ Informace Úřadu [online], vydáno dne 17. 3. 2011, dostupné z <<https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/statistiky/prehled-nejvyssich-pokut-ulozenych-v-oblasti-hospodarske-souteze.html>>.

V daném případě je jednalo o vysoce sofistikovanou dohodu, která existovala nejméně od roku 1988 do roku 2004, a byla navíc realizována téměř celosvětově. Předmětem plnění v dotčených výběrových řízeních byly dodávky plynem izolovaných spínacích ústrojů. Dohoda tedy existovala na velmi omezeném trhu a směřovala na udržení klesající cenové hladiny těchto ústrojů ve výběrových řízeních. Obsahovala detailní mechanismy rozdělení trhu mezi jednotlivé soutěžitele. Soutěžitelé nejprve mezi sebou rozdělili trhy na evropské a japonské, a poté je v těchto kategoriích dále rozdělili mezi jednotlivé subjekty. Pravidelně se účastnili jednání o dalším postupu a vůči narušitelům uplatňovali různé sankce. Účastníci také používali kódování, soukromé kontakty, a další prostředky utajení svého jednání. Je přitom pravděpodobné, že bez spolupráce jednoho z účastníků, který rozhodl svou účast na dohodě přiznat a Evropské komisi i Úřadu poskytnout potřebné důkazy, by se tuto dohodu vůbec nepodařilo odhalit.³⁹ Bid rigging měl v daném případě primárně formu rozdělení trhu, byl však kombinován i s poplatkovým systémem.

V případě *Vojenských ubytoven* se naopak jednalo o dohodu málo promyšlenou. Účastníci veřejné zakázky týkající se relativně běžných ubytovacích služeb mezi sebou komunikovali prostřednictvím e-mailové pošty, a spíše spoléhali na to, že k jejich odhalení nedojde. Z e-mailové korespondence mezi účastníky v řízení před Úřadem vyplynulo, že jeden z nich předložil ostatním účastníkům podklady k formálnímu podání nabídek s určenou nabídkovou cenou, která již byla pro tyto účastníky vypočtena, a poskytl jim i další součinnost při podávání formálních nabídek.⁴⁰ Jednalo se tudíž o bid rigging realizovaný formou krycích nabídek.

³⁹ Rozhodnutí Úřadu č.j.: UOHS-S222/06-3113/2007/710 ze dne 9. 2. 2007, op. cit., výrok rozhodnutí.

⁴⁰ Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850 ze dne 14. 7. 2010, op. cit.,

I když se Úřad ve své praxi zabýval i některými dalšími případy možného bid riggingu,⁴¹ podezření se nepotvrdilo. I přesto se lze domnívat, že pouhé dva uzavřené případy neodpovídají skutečnosti, a reálný rozsah výskytu bid riggingu v České republice je daleko větší.

Z případů, kterými se do dnešního dne zabývala Evropská komise, lze zmínit zejména případ *Building and Construction Industry in the Netherlands*,⁴² který se týkal bid riggingu mezi stavebními společnostmi sdruženými v rámci profesní organizace, dále případ *Italian Raw Tobacco*⁴³ v oblasti zpracování surového tabáku anebo případ *Elevators and escalators*⁴⁴ v oblasti údržby a modernizace výtahů. Velmi specifický byl případ *Pre-insulated Pipes*,⁴⁵ jeden z prvních odhalených případů bid riggingu v Evropské unii vůbec, který existoval na trhu tepelně izolačních potrubí a směřoval jak na rozdělení trhu, tak na manipulaci cen ve veřejných zakázkách, v neposledním řadě byl ale spojen i s komerčním bojkotem soutěžitele, který neměl zájem do něj vstoupit⁴⁶.

I přes nízký počet odhalených případů lze dnes již vcelku spolehlivě definovat odvětví a trhy, na kterých se bid rigging zejména vyskytuje. Mimořádně náchylné jsou obecně dle OECD trhy, na kterých existuje nízký počet soutěžitelů, a na kterých je zaznamenáván pouze nízký, případně žádný vstup nových subjektů.⁴⁷ Soutěžitelé na těchto trzích se zpravidla mezi sebou

⁴¹ Srov. například Rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S300/2011/VZ-15541/2011/510/MLa ze dne 8. 11. 2011, dostupné z <www.uohs.cz>.

⁴² Rozhodnutí Evropské komise č. IV/31.572 a 32.571 ze dne 5. 2. 1992.

⁴³ Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/C.38.281/B.2, ze dne 20. 10. 2005.

⁴⁴ Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/E-1/38.823 ze dne 21. 2. 2007.

⁴⁵ Rozhodnutí Evropské komise č. IV/35.691/E-4, ze dne z 21.10 1998.

⁴⁶ Tamtéž, bod I.A.

⁴⁷ Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku [online], OECD, op. cit., str. 3.

dostatečně znají, uzavření dohody se všemi účastníky trhu je prakticky jednodušší a riziko, že některý z účastníků se rozhodne dohodu porušit, je nižší.

K takovým trhům mohou patřit trhy vysoce technologicky náročných anebo specifických produktů, jak tomu bylo i v případě *PISU kartelu*.⁴⁸ Riziko koluze je dále vyšší na trzích, kde nedochází k častějším technologickým změnám, a na trzích produktů a služeb, ke kterým neexistují substituty.⁴⁹ Whish mezi tyto trhy řadí například strojírenství a sektor stavebnictví.⁵⁰ v členských státech EU bylo již registrováno i několik případů v sektoru zdravotnictví.⁵¹

Jak ale prokazuje i případ *Vojenských ubytoven*, bid rigging se v praxi může vyskytnout i na jiných trzích, a zdaleka nemusí být výsadou velkých trhů či významných soutěžitelů.

⁴⁸ V případě PISU kartelu se jednalo o trh plynem izolovaných spínacích ústrojů. Rozhodnutí Úřadu č.j.: UOHS-S222/06-3113/2007/710 ze dne 9. 2. 2007, op. cit., bod 1.1.

⁴⁹ Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku [online], OECD, op. cit., str. 3.

⁵⁰ WHISH, Robert. BAILEY, David, op. cit., str. 536.

⁵¹ SÁNCHEZ, Graells, Albert. *Public Procurement: An Overview of EU and National Case Law (from an EU Competition Law Perspective)* [online]. e-Competitions: National Competition Laws Bulletin, 2011, č. 40647, dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=1968371>>, str. 3.

3. Právní základ zákazu bid riggingu v soutěžním právu

3.1. Bid rigging jako dohoda narušující soutěž

V rámci tradičního rozlišení zahrnuje ochrana hospodářské soutěže tři základní oblasti, a to oblast dohod narušujících soutěž, oblast zneužívání dominantního postavení, a oblast preventivní kontroly spojování podniků⁵². Tyto oblasti představují zároveň předmět úpravy zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších dodatků (ZOHS).⁵³ Bid rigging patří svou povahou do problematiky první oblasti, tj. oblasti dohod narušujících soutěž neboli kartelových dohod.

Jak bude dále podrobněji rozebráno, na bid rigging dopadá ustanovení §3 odst. 1 ZOHS.⁵⁴ Toto ustanovení představuje generální klauzuli zakázaných dohod, podle které jsou zakázány (a *ex lege* i neplatné) veškeré dohody, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže.⁵⁵

Ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS obsahově odpovídá generální klauzuli obsažené v článku 101 odst. 1 SFEU. Z aplikačního hlediska je důležitá změna, kterou zavedlo nařízení Rady č. 1/2003⁵⁶. Toto nařízení stanoví soutěžním úřadům povinnost aplikovat při posuzování dohod v rámci své působnosti i ustanovení SFEU v případě, že tyto dohody obsahují komunitární prvek.⁵⁷

⁵² MUNKOVÁ, Jindřiška In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 72.

⁵³ Ust. § 1 ZOHS.

⁵⁴ RAUS, David. Neruda, Robert (2006), op. cit., str. 99.

⁵⁵ Ust. § 3 ZOHS.

⁵⁶ Nařízení Rady č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy.

⁵⁷ Tamtéž, čl. 3 odst. 1.

Z hlediska kategorizace je vhodné zmínit horizontální charakter dohody. K bid riggingu může obecně docházet mezi soutěžiteli, kteří v rámci své podnikatelské činnosti působí na totožné úrovni trhu, tj. jsou vzájemně ve vztahu horizontálním, i mezi soutěžiteli působícími na různých úrovních trhu, kteří jsou ve vztahu vertikálním. V rámci konkrétní veřejné zakázky jsou nicméně soutěžitelé vždy navzájem ve vztahu konkurenčním, a typově se tedy jedná o výlučně horizontální dohodu,⁵⁸ tj. zakázanou dohodu ve smyslu ustanovení § 5 odst. 1 ZOHS.⁵⁹

3.2. Bid rigging jako samostatná skutková podstata

Ustanovení § 3 odst. 2 ZOHS demonstrativně uvádí, že za zakázané dohody je považováno zejména šest v něm uvedených skutkových podstat.⁶⁰

I přes obecně rozšířený názor, že bid rigging patří mezi ta nejškodlivější protisoutěžní jednání,⁶¹ není jako samostatná skutková podstata v tomto ustanovení vymezen. Kindl například uvádí, že bid rigging v sobě může zahrnovat jak prvky cenového, tak prvky segmentačního kartelu,⁶² tedy dohod o cenách a dohod o rozdělení trhu, což vyplývá z variability forem koordinace, které se u bid riggingu mohou vyskytnout.⁶³ Pro úplnost lze doplnit, že bid rigging může dále za určitých situací zahrnovat i prvky tzv. restriktivního

⁵⁸ RAUS, David. ORŠULOVÁ, Andrea, op. cit., str. 122.

⁵⁹ K podrobnostem typového rozlišení horizontálních a vertikálních dohod srov. například KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 165-172.

⁶⁰ Patří sem: dohody o cenách a jiných obchodních podmínkách; dohody o omezení nebo kontrole výroby, odbytu, výzkumu a vývoje nebo investic; dohody o rozdělení trhu nebo nákupních zdrojů; dohody vážící uzavření smlouvy na přijetí dalšího nesouvisejícího plnění; dohody o uplatňování neodůvodněně rozdílných podmínek vůči jednotlivým soutěžitelům, které některé z nich znevýhodňují; a dohody o skupinovém bojkotu. Ust. § 3 odst. 2 ZOHS.

⁶¹ Srov. kapitolu 2.3.

⁶² KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 173

⁶³ Srov. kapitolu 2.2.

kartelu, tj. dohod o omezování nebo kontrole výroby, odbytu, výzkumu a vývoje nebo investic, i zakázaných dohod o výměně citlivých obchodních informací, které sice nejsou v uvedeném výčtu obsaženy, v soutěžní praxi jsou však nepochybně etablovány.

Z tohoto pohledu by obstál názor, že bid rigging nepředstavuje samostatnou skutkovou podstatu porušení zákazu obsaženého v § 3 odst. 1 ZOHS, ale pouze jakési koncepční označení určitého jednání, když v konkrétních případech může jít jak o dohodu o cenách (případ krycích nabídek), dohodu o rozdělení trhu (případ přidělení trhu), restriktivní kartel (případ utlumení nabídek) anebo zakázanou dohodu o výměně informací, resp. o jejich kombinaci, která tak zvyšuje závažnost daného případu.

V souladu s tímto přístupem postupoval Úřad ve svém rozhodnutí ve věci *PISU kartelu*. Úřad v rozhodnutí uzavřel, že účastníci mezi sebou uzavřeli zakázané dohody o určení cen, fixaci tržních podílů a rozdělení trhu, a zamezení přístupu nových soutěžitelů na trh⁶⁴, a zakázané výměně obchodních informací,⁶⁵ čímž v souhrnu realizovali jednání známé jako bid rigging.⁶⁶

V případě *Vojenských ubytoven* však již řešení Úřadu není zcela jasné, když nejprve uvádí, že účastníci narušili hospodářskou soutěž zakázanou dohodou typu bid rigging, která v sobě zahrnuje zejména prvky cenové dohody,⁶⁷ v předchozích bodech rozhodnutí však

⁶⁴ Rozhodnutí Úřadu č.j.: UOHS-S 222/06-3113/2007/710, ze dne ze dne 9. února 2007, op. cit., výrok rozhodnutí.

⁶⁵ Tamtéž, bod 244-246.

⁶⁶ Tamtéž, bod 250.

⁶⁷ Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850, ze dne 14. 7. 2010, op. cit., bod 208, dostupné z <www.uohs.cz>.

dohody o bid riggingu zmiňuje vedle cenových dohod a dohod o rozdělení trhu,⁶⁸ tedy jako samostatnou skutkovou podstatu.

Pokud jde o evropský rozměr této otázky, je situace v zásadě totožná. I když odborná literatura se bid riggingu ze systematického hlediska věnuje jako samostatné skutkové podstatě⁶⁹, demonstrativní výčet skutkových podstat zakázaných podle článku 101 odst. 1 SFEU⁷⁰ obdobně jako česká úprava dohody o bid riggingu nezahrnuje. V každém případě představuje bid rigging jednání, které bude vždy spadat pod zákaz obsažený v generální klauzuli článku 101 odst. 1 SFEU.⁷¹

Pro srovnání lze též uvést řešení obsažené ve slovenském zákoně o ochraně hospodářské soutěže, který na bid rigging reaguje výslovně a jako samostatnou skutkovou podstatu jej rozeznává.⁷²

Lze nicméně uzavřít, že ať bude bid rigging posouzen jako samostatná skutková podstata nebo nikoliv, nemůže tato kategorizace mít dopady na jeho materiální posouzení.

Pokud se vrátíme k základní formulaci generálních klauzulí ZOHS i SFEU, obě jsou patrně vystavěny na dvou základních pojmech, a to jednak na pojmu dohody, a dále na pojmu narušení hospodářské soutěže. Předmětem následujícího výkladu proto bude poukaz na to, jak se legislativní formulace těchto dvou pojmů projevují při posuzování bid riggingu. Vzhledem

⁶⁸ Tamtéž, bod 117.

⁶⁹ Srov. například WHISH, Robert. BAILEY, David, op. cit., kap. 13.6. anebo JONES, Alison. SUFRIN, Brenda, op. cit., str. 812.

⁷⁰ Ve srovnání s formulací dle ZOHS tento výčet nezahrnuje dohody o skupinovém bojkotu.

⁷¹ WHISH, Robert. BAILEY, David, op. cit., str. 537.

⁷²“Zakázaná je najmä dohoda obmedzujúca súťaž, ktorá obsahuje (...) znaky koluzívneho správania, v ktorého dôsledku podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania.“ SLOVENSKÁ REPUBLIKA, zákon č. 136/2001 Z.z., zákon o ochrane hospodárskej súťaže, v znení nehorších predpisov, ust. § 4 odst. 3 písm. f), dostupné z < <http://www.antimon.gov.sk/zakon-o-ochrane-hospodarskej-sutaze/>>.

k obsahovému souladu těchto úprav a výše popsané aplikační souvislosti se následující výklad i nadále týká jak úpravy podle ZOHS, tak úpravy podle SFEU.

3.3. Pojem dohody *largo sensu*

Pojem dohody podle ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS představuje legislativní zkratku pro veškeré dohody *stricto sensu* mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě,⁷³ tedy pro tři různé formy zakázaného jednání. Jak ukazuje praxe, bid rigging se může vyskytnout ve všech těchto formách.

V teorii soutěžního práva je za formu dohody *stricto sensu* považováno jakákoli, i neformalizovaná dohoda mezi účastníky, včetně tzv. gentlemanских dohod postrádajících jakoukoli právně závaznou formu; dokonce může jít i o několik propojených či dokonce vzájemně nezávislých dohod.⁷⁴ Tento pojem je tedy značně široký.

V případě koordinace mezi soutěžiteli prostřednictvím rozhodnutí jejich sdružení jde o koordinaci nepřímou, zprostředkovanou samostatní entitou, kterou je právě jejich sdružení.⁷⁵

Definice jednání ve vzájemné shodě je problematická jak v českém, tak evropském soutěžním právu, obecně lze však souhlasit s názorem, že se jedná o jakousi rozšiřující, případně zbytkovou kategorii, kam lze zařadit určité formy koordinace, které zatím nedospěly do stadia dohody *stricto sensu* a nemohou být jako tyto postihovány.⁷⁶ Judikatura a odborná literatura vyvinuly názor, že základními prvky jednání ve vzájemné shodě je jednak vzájemné

⁷³ K podrobnému výkladu ohledně obsahu pojmů dohoda *stricto sensu* mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich orgánů a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě viz například KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 130-147.

⁷⁴ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 130-131.

⁷⁵ Tamtéž, str. 147.

⁷⁶ Tamtéž, str. 135.

sladování jednání soutěžitelů, neboli záměr jednat, dále jeho projev, tedy následné jednání na trhu, a konečně kauzální nexus mezi nimi.⁷⁷

Jak je patrné, dohody *stricto sensu* (resp. pouze dohody podle článku 101 odst. 1 SFEU) a jednání ve vzájemné shodě mohou mít k sobě v mnoha situacích, a speciálně v případech bid riggingu, tak blízko, že bude téměř nemožné posoudit, o kterou z nich se jedná. Případně se koordinace soutěžitelů může v čase vyvíjet takovým způsobem, že postupně naplní obě tyto formy. V takové situaci je otázkou, zda je pro rozhodnutí o existenci zakázané dohody *largo sensu* nutné určení jedné z jejich konkrétních forem.

Domnívám se, že kdyby tomu tak bylo, tato nutnost by soutěžním úřadům značně ztěžovala jejich posuzování. Konkrétní posouzení by mohlo v jednotlivých případech zcela ztroskotat na nepřesvědčivém závěru o existenci dohody *stricto sensu*, která by však podle orgánu rozhodujícího ve vyšším stupni naplňovala „pouze“ znaky jednání ve vzájemné shodě. Z tohoto hlediska se tak jeví jako nepřijatelný rozsudek Krajského soudu v Brně, který ve věci *Stavební spořitelny*⁷⁸ použití legislativní zkratky dohody *largo sensu* ve vlastním posouzení zakázaného jednání kritizoval.⁷⁹ Lze mít nicméně za to, že tento názor již byl překonán a neodpovídá dokonce ani názoru Nejvyššího správního soudu. Ten se sice k danému problému ve druhém stupni v dané věci⁸⁰ nevyjádřil, ve svém dřívějším rozhodnutí v jiné věci však uvádí, že „(z)ejména u komplexnějšího a déletrvajícího jednání nemůže být od správního orgánu vyžadováno, aby jednoznačně kvalifikoval jednání soutěžitelů v jednotlivých fázích buď jako dohodu v užším smyslu nebo jako jednání ve vzájemné shodě“.⁸¹

⁷⁷ Tamtéž, str. 139.

⁷⁸ Rozsudek Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Ca 15/2007 – 519, ze dne 8. 1. 2008.

⁷⁹ Rozsudek Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Ca 15/2007 – 519, ze dne 8. 1. 2008, str. 30-31.

⁸⁰ Rozsudek NSS, č.j. 1 Afs 78/2008 – 721, ze dne 25. 2. 2009.

⁸¹ Srov. Rozsudek NSS č.j. 5 Afs 40-2007-204 ze dne 30. 9. 2008.

Nejvyšší správní soud přitom vychází z dřívějšího rozhodnutí Soudního dvora EU, který se již ve svém rozhodnutí ve věci *Limburgse Vinyl Maatschappij v Commission* vyjádřil, že v prostředí komplexních porušení soutěžního práva nelze od Evropské Komise požadovat, aby byla schopná identifikovat konkrétní formu porušení vzhledem ke každému konkrétnímu podniku a každému časovému úseku,⁸² a potvrdil tím možné využití tzv. spojené klasifikace.⁸³ Vzhledem k tomu, že zavedením kategorie jednání ve vzájemné shodě je nepochybně sledován účel vytvoření jakési „záchranné sítě“ ve formě zamezení obcházení zákazu dohod *stricto sensu* jinými formami jednání, které by za takové dohody nebylo možné považovat,⁸⁴ lze takový přístup jistě považovat za optimální.

Tento přístup může být relevantní zejména u rozsáhlejších případů bid riggingu, které mohou pokrývat řadu výběrových řízení a jako souvislé jednání přetrvávat řadu let. Pokud lze takové jednání posoudit jako jedinou dohodu, tj. jeden skutek a jeden správní delikt, nehrozí u postihu žádné části jednání ani riziko promlčení. I když v žádném z Úřadem dosud posuzovaných rozhodnutí ještě této možnosti nebylo využito, do budoucna může být taková možnost velmi užitečná.

V případě *PISU kartelu* se jednoznačně jednalo o formu dohody *stricto sensu*. Tato dohoda měla písemnou formu, své oficiální a široce užívané označení, a na ní postavenou, velmi sofistikovanou organizaci.⁸⁵ Úřad tudíž mohl zcela jednoznačně uzavřít, že znaky dohody *stricto sensu* byly naplněny.

⁸² Rozhodnutí Soudního dvora EU č. T-305/94 ze dne 20. 4. 1990.

⁸³ V anglickém originálu „*joint classification*“. Srov. WHISH, Robert. BAILEY, David, op. cit., str. 102.

⁸⁴ JONES, Alison. SUFRIN, Brenda, op. cit., str. 161.

⁸⁵ Srov. kapitulu 2.3.

V případě *Vojenských ubytoven* se naopak jednalo „pouze“ o formu jednání ve vzájemné shodě.⁸⁶ Na tomto místě považuji za užitečné na případě *Vojenských ubytoven* ilustrovat, jak byly ze strany Úřadu naplněny výše uváděné znaky jednání ve vzájemné shodě, tedy záměr účastníků sladit svůj postup, jeho projev, a kauzální nexus.

Pro prokázání záměru soutěžitelů sladovat své jednání využil Úřad jednostrannou e-mailovou komunikaci, ze které bylo patrné, že jeden z účastníků jakožto hlavní účastník dohody, rozeslal před podáním nabídky v užším výběrovém řízení ostatním účastníkům informace k doporučené výši nabídek, které by tito účastníci měli podat. Z e-mailové komunikace byla patrná jak snaha hlavního účastníka napomoci ostatním účastníkům při přípravě nabídek, tak snaha toto jednání před dotčeným zadavatelem utajit, a velmi přátelský vztah jednajících osob.⁸⁷ Skutečnost, že daná situace nebyla posouzená jako dohoda *stricto sensu* vyplývá právě z jednostrannosti dané komunikaci, kdy ostatní účastníci sice na návrhy a pokyny hlavního účastníka prokazatelně nereagovali, nicméně posléze podle nich jednali.

Pokud jde o časovou souvislost tohoto posuzování, Úřad uvádí, že někdy dochází k tomu, že určitá dovolená forma komunikace mezi soutěžiteli přeroste do zakázané formy koordinace bez toho, aby bylo jasně určitelné, od kterého bodu může být taková zakázanost vyslovena. Fáze sladování jednání tak podle něj nastává až okamžikem, kdy je možné zakázanost takových kontaktů již vyslovit s jistotou.⁸⁸

Sladění záměru soutěžitelů se dle Úřadu na trhu projevilo tím, že soutěžitelé předložili zadavateli veřejné zakázky cenové nabídky totožné s těmi, které obdrželi formou návrhu od

⁸⁶ Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850, ze dne 14. 7. 2010, op. cit., výrok rozhodnutí.

⁸⁷ Tamtéž, bod 17-63.

⁸⁸ Tamtéž, bod 133.

hlavního účastníka.⁸⁹ Tuto skutečnost lze dle Úřadu považovat i za důkaz kauzálního nexu. Pokud byly předložené nabídkové ceny zcela identické s těmi, které navrhl hlavní účastník, podle Úřadu to bezpochyby prokazuje, že tato cena je výsledkem předchozích kontaktů mezi účastníky.⁹⁰

V praxi Úřadu zatím nebylo vydáno rozhodnutí ohledně bid riggingu ve formě rozhodnutí sdružení soutěžitelů, tuto formu však měla například dohoda posuzována Evropskou komisí v případě *Building and Construction Industry in the Netherlands*.⁹¹

3.4. Materiální podmínka aplikace generální klauzule

Pokud narušení hospodářské soutěže je jedním z nejzákladnějších pojmů soutěžního práva.⁹² V širším smyslu je pojem narušení hospodářské soutěže v ZOHS využíván jako legislativní zkratka pro „*vyloučení, omezení nebo jiné narušení nebo ohrožení*“ hospodářské soutěže.⁹³ Narušení soutěže *largo sensu* je základním předpokladem pro aplikaci ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS a jeho naplnění je tzv. materiální podmínkou uplatnění generální klauzule.⁹⁴

Článek 101 odst. 1 SFEU pak pro naplnění materiální podmínky generální klauzule vyžaduje „*vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže*“. Z formulačního hlediska tedy situace není zcela identická, obsahově nicméně toto vymezení neobsahuje žádné rozdíly.

⁸⁹ Tamtéž, bod 138.

⁹⁰ Tamtéž, bod 141.

⁹¹ Rozhodnutí Evropské komise č. IV/31.572 a 32.571 ze dne 5. 2. 1992.

⁹² KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 121.

⁹³ Ust. §1 odst. 1 ZOHS.

⁹⁴ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 122.

Úprava v obou případech počítá i se stavem potenciálního dopadu na hospodářskou soutěž, spočívajícího v jejím „ohrožení“.⁹⁵

Z hlediska posuzování aplikace obou ustanovení lze obecně za užitečný krok považovat vydání Pokynů Komise k použitelnosti čl. 101 SFEU na dohody o horizontální spolupráci,⁹⁶ které poskytují základní vymezení pravidel svého přístupu k aplikaci článku 101 odst. 1 SFEU na horizontální dohody, a to jak pro soutěžitele, tak pro soutěžní orgány členských států při aplikaci národních norem soutěžního práva. Vzhledem k obsahové podobnosti obou úprav jsou samozřejmě Pokyny Komise použitelné i s ohledem na ZOHS.

Významným aspektem je, že zakázané jsou ty dohody, které mají narušení hospodářské soutěže (v širším slova smyslu) za svůj cíl anebo za svůj účinek. Ty dohody, u kterých je narušení hospodářské soutěže účelem, jsou pak označovány jako dohody obsahující tzv. tvrdá omezení (tzv. *hard-core kartely*).⁹⁷ Účelem je zde přitom nutné rozumět objektivní význam a smysl dohody podle jejího ekonomického a právního kontextu, nikoliv subjektivní úmysl stran,⁹⁸ což je užitečné s ohledem na náročnost potenciálního dokazování, která by z opačného závěru plynula.

Určení toho, zda má dohoda narušení hospodářské soutěže za svůj cíl, je přitom z aplikačního hlediska zcela zásadní. Pokyny Evropské komise totiž stanoví, že: „(j)akmile byl zjištěn cíl dohody spočívající v narušení hospodářské soutěže, není nutné zkoumat její

⁹⁵ MUNKOVÁ Jindřiška In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 72.

⁹⁶ Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci. Evropská komise. Sdělení č. 2011/C 11/01.

⁹⁷ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 232.

⁹⁸ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 121.

*skutečné nebo potenciální účinky na trh.*⁹⁹ Bid rigging je podle odborné literatury vzhledem ke své povaze vždy považován za hard-core kartel a negativní účinek na trh se u něj presumuje.¹⁰⁰ Dohody o bid riggingu již svou existencí vylučují efektivní, ne-li veškerou hospodářskou soutěž.

Jak uvádí i Úřad, pro posouzení naplnění materiální podmínky generální klauzule není rozhodující ani to, zda byla nabídková cena v předmětné veřejné zakázce odpovídající tržním cenám, a zda měli účastníci dohody o bid riggingu z této dohody jakýkoli prospěch, případně v jaké výši. Podle Úřadu mohou mít takové skutečnosti případně vliv na kalkulaci výše ukládané pokuty nikoli však na posouzení vlastní protiprávnosti jednání,¹⁰¹ která je tak vždy u bid riggingu dána.

Na druhou stranu se ale lze domnívat, že určitá míra materiálního posuzování by měla být zachována, ačkoliv si lze jen stěží představit dohodu o bid riggingu, která by svou povahou nenaplněovala materiální podmínku aplikace generální klauzule.

Nutnost určitého individuálního posuzování je možné podpořit i názorem Evropské komise, která se v jednom ze svých rozhodnutí vyjádřila, že by příznivě posuzovala dohodu mířenou na standardizaci a redukci nákladů na tendry mezi stavebními společnostmi jako dodavateli a jejich subdodavateli, pokud by ovšem taková dohoda žádným způsobem neomezovala společnosti, které se řízení mohou účastnit, nebo jejich nabídkové ceny.¹⁰² Je otázkou, jaká by měla být architektura dohody, kterou ve svém rozhodnutí předvídá Evropská komise, domnívám se však, že svou povahou by se dohodám o bid riggingu velmi blížila.

⁹⁹ Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci., op.cit., bod 24.

¹⁰⁰ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 232.

¹⁰¹ Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850, ze dne 14. 7. 2010, op. cit., bod 153.

¹⁰² JONES, Alison. SUFRIN, Brenda, op. cit., str. 818.

3.5. Výjimky ze zákazu uplatnitelné pro dohody o bid riggingu

Aplikace výjimek ze zákazu znamená, že některé dohody jinak naplňující znaky zakázané dohody nebudou po výsledném posouzení považovány za zakázané. České i evropské právo obsahuje jak legální výjimky, tj. výjimky, které se uplatňují přímo ze zákona, tak blokové výjimky stanovované prováděcím předpisem.¹⁰³ Na bid rigging lze v současné době uplatnit pouze dvě legální výjimky, které jsou předmětem dalšího výkladu.

Ze zákazu obsaženého v generální klauzuli ZOHS i SFEU jsou vyňaty ty (jinak zakázané) dohody, jejichž dopady na hospodářskou soutěž jsou pouze zanedbatelné.¹⁰⁴ Toto ustanovení představuje zákonný základ uplatňování obecné výjimky *de minimis*, která byla v současné podobě do právní úpravy zavedena s účinností od 1. 9. 2009.¹⁰⁵

Konformně s evropskou úpravou¹⁰⁶ bylo Úřadem k posuzování výjimek *de minimis* vydáno oznámení¹⁰⁷ ve formě *soft law*, podmínky aplikace výjimky *de minimis*. Dle tohoto oznámení nelze výjimku *de minimis* aplikovat na dohody obsahující tvrdá omezení, které mají za cíl zejména určování cen, omezování nebo kontrolu výroby, odbytu, výzkumu a vývoje nebo investic, nebo rozdělení trhů či nákupních zdrojů.¹⁰⁸ I když bid rigging není v oznámení samostatně, uveden, lze mít za to, že vzhledem k jeho obsahovým souvislostem se stanovenými případy by na něj výjimku *de minimis* možné uplatnit. Odpovídá tomu například

¹⁰³ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 191.

¹⁰⁴ Ust. § 3 odst. 1 ZOHS.

¹⁰⁵ Zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁶ Oznámení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství. Evropská komise. Oznámení č. 2001/C 368/07.

¹⁰⁷ Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný ze dne 8. 9. 2009, dostupné z <<https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/oznameni-o-dohodach-de-minimis.html>>.

¹⁰⁸ Tamtéž, bod 13.

názor Krajského soudu v Brně, který se v tomto smyslu již vyjádřil při posuzování žaloby podané jedním s účastníků bid riggingu ve věci *Vojenských ubytoven*.¹⁰⁹

Druhou uplatnitelnou výjimkou je legální výjimka dle ustanovení § 3 odst. 4 ZOHS. Tato výjimka nahradila původní systém udělování individuálních výjimek.¹¹⁰ Podle ní jsou ze zákazu vyňaty ty dohody, které přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvojem, a současně vyhrazují spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho plynoucích. Zároveň však tyto dohody nemohou soutěžitelům ukládat omezení, která nejsou k takovému přispívání nezbytná, a nesmějí soutěžitelům umožnit vyloučení hospodářské soutěže na podstatné části trhu zboží, jehož dodávka nebo nákup je předmětem dohody.¹¹¹ Uvedené ustanovení pomocí dvou pozitivních a dvou negativních podmínek umožňuje posouzení konkrétně stanovených „prosoutěžních“ dopadů, které mohou některé jinak zakázané dohody vykazovat, a posoudit, zda takové dopady nevyváží jejich dopady protisoutěžní.¹¹² Je nutné konstatovat, že je vysoce nepravděpodobné, aby jakákoli dohoda o bid riggingu, podobně jako jiné dohody obsahující tvrdá omezení, mohla mít takové pozitivní dopady, a uvedenou legální výjimku tak naplnit. Nicméně ustanovení § 3 odst. 4 ZOHS připouští aplikaci výjimky na jakékoli typy dohod, včetně dohod obsahujících tvrdá omezení a s absolutní platností tuto možnost tudíž není možné vyloučit.¹¹³

¹⁰⁹ Rozhodnutí Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Af 61/2011 – 245 ze dne 12. 6. 2013, bod IV.a).

¹¹⁰ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 194.

¹¹¹ Srov. ust. § 3 odst. 4 ZOHS.

¹¹² KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 195.

¹¹³ MUNKOVÁ, Jindřiška, KINDL, Jiří. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2009, ISBN: 978-80-7400-173-4, str. 62.

Z výše uvedeného vyplývá, že v případě spolehlivého prokázání existence bid riggingu za naplnění jeho pojmových znaků¹¹⁴ bude bid rigging v kontextu české právní úpravy téměř bezvýjimečně vždy považován za dohodu narušující hospodářskou soutěž ve smyslu §3 odst. 1 ZOHS. Ačkoliv uplatnění některých výjimek není pojmově vyloučeno, v praxi bude spíše unikátem.

¹¹⁴ Srov. kapitulu 2.2.

4. Projevy bid riggingu ve veřejných zakázkách

4.1. **Zákaz bid riggingu v zákoně o veřejných zakázkách**

Ačkoliv je úprava veřejných zakázek relativně rozsáhlá, podrobná, a často novelizovaná, zákon č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (ZVZ), neobsahoval až do 1. 4. 2012 žádné ustanovení o zákazu bid riggingu, a ani v současné době neformuluje zákaz bid riggingu výslovně.

Novelou ZVZ účinnou od 1. 4. 2012¹¹⁵ byl do právní úpravy zaveden nový požadavek na obsah nabídky, podle kterého uchazeči musejí v rámci nabídky předložit i prohlášení o tom, že neuzavřeli a neuzavřou zakázanou dohodu podle zvláštního předpisu, kterým je ZOHS.¹¹⁶ Pokud uchazeč takové prohlášení v rámci své nabídky nepředloží, hodnoticí komise jej vyzve k jeho dodatečnému doložení, a v případě nesplnění uchazečovu nabídku vyřadí.¹¹⁷

I když tomuto nově zavedenému a vysoce formálnímu požadavku zjevně nelze přisuzovat výraznější odstrašující účinek, domnívám se, že v praxi může mít určité pozitivní dopady spočívající v prevenci některých, v určitém smyslu „nevědomých“, případů bid riggingu. Tyto dopady lze ilustrovat na konkrétním případě, o kterém se ve svém pojednání o souvislostech mezi veřejnými zakázkami a hospodářskou soutěží zmiňuje Moldén.¹¹⁸

¹¹⁵ Zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, čl. III.

¹¹⁶ Ust. § 68 odst. 3 písm. c) ZVZ, poznámka pod čarou.

¹¹⁷ Ust. § 76 odst. 3 ZVZ.

¹¹⁸ MOLDÉN, Robert: *Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective – Some Proposals for Better Interaction*, 2012, Europarättslig tidskrift č. 4, ISSN: 1403-8722, dostupné z <<http://www.ert.se/content.asp?id=60>>, str. 557.

Moldén se v roce 2012 na konferenci týkající se veřejných zakázek stal svědkem toho, jak se jeden z řečníků veřejně vyjádřil ke svým pozitivním zkušenostem s účastí v některých veřejných zakázkách po předchozí domluvě se svými konkurenty, zejména s ohledem na významné úspory času i energie, bez toho, aby si byl vědom, že takové jednání představuje bid rigging a může být i trestní. Jak Moldén uvádí, zejména mezi malými a středními podnikateli může být povědomí o zákazu a sankcionování bid riggingu velmi nízké, a tito podnikatelé se tak mohou dopustit porušení zákona se závažnými důsledky i bez toho, aby si to předem vůbec uvědomili.¹¹⁹

Z tohoto pohledu se tedy zavedení výše uvedeného požadavku na předložení čestného prohlášení o neuzavření zakázané dohody podle ZOHS jeví jako vhodné, i když materiálně zákaz bid riggingu plyne, jak již bylo vyloženo, primárně ze ZOHS.

4.2. Dopady bid riggingu na veřejné zakázky z pohledu principů hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti

Jak bylo uvedeno v kapitole 2.2 výše, bid rigging není pouze problémem veřejných zakázek, ale tendrů obecně. Nicméně lze mít za to, že právě v oblasti veřejných zakázek má nejhmatatelnější účinky. Výdaje v rámci veřejných zakázek v České republice činily v roce 2012 více než 264 miliard Kč.¹²⁰ Jde tedy o obrovský objem prostředků, a vzhledem tomu, že se jedná o prostředky z veřejných rozpočtů, nelze pochybovat o tom, že tyto prostředky musejí být vynakládány co nejefektivněji.

¹¹⁹ Tamtéž, str. 567.

¹²⁰ Srov. Souhrnný statistický přehled veřejných zakázek - Podrobné statistiky veřejných zakázek za rok 2012 [online], Ministerstvo pro místní rozvoj, dostupné z <<http://www.portal-vz.cz/cs/Informacni-systemy-a-elektronicke-vzdelavani/Information-System-on-Public-Contracts/Statistical-Outputs-on-Public-Contracts/Souhrnny-statisticky-prehled-verejnych-zakazek>>.

Zásady vztahující se k efektivnosti vynakládání veřejných prostředků nejsou v zákoně o veřejných zakázkách výslovně stanoveny,¹²¹ nicméně ze zákona č. 320/2001 Sb., zákona o finanční kontrole, ve znění pozdějších předpisů, pro vymezené zadavatele vyplývá povinnost dodržovat principy hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti¹²² při nakládání s veřejnými prostředky.¹²³ Metodické pokyny státních orgánů usměrňují zadavatele při aplikaci těchto principů, a označují je jako tzv. *3E principy*.¹²⁴ Pro účely zadávání veřejných zakázek je význam 3E principů možné shrnout tak, že každý zadavatel by se vždy měl pokusit o získání co nejkvalitnějšího plnění za co nejnižší cenu, resp. optimálním způsobem tyto dva zájmy vyvážit podle konkrétních okolností.

Následující výklad se zabývá otázkou, do jaké míry ovlivňuje bid rigging naplnění těchto principů ve veřejných zakázkách a jaké jsou jeho faktické dopady na veřejné zakázky.

Zdá se, že ideálním způsobem zajištění maximální efektivnosti vynakládání veřejných prostředků je aplikace principů hospodářské soutěže. Podle ekonomicko-právních teorií hospodářské soutěže jsou výsledkem dokonale fungující soutěže (ve srovnání s monopolem) nižší ceny, lepší produkty, širší možnosti výběru a vyšší efektivnost, než kterých by bylo

¹²¹ Srov. ust. § 6 ZVZ, které stanovuje pouze zásadu transparence, zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace.

¹²² Hospodárností se podle legislativní definice rozumí „*použití veřejných prostředků k zajištění stanovených úkolů s co nejnižším vynaložením těchto prostředků, a to při dodržení odpovídající kvality plněných úkolů*“, efektivností „*použití veřejných prostředků, kterým se dosáhne nejvýše možného rozsahu, kvality a přínosu plněných úkolů ve srovnání s objemem prostředků vynaložených na jejich plnění*“, a účelnost je definovaná jako „*takové použití veřejných prostředků, které zajistí optimální míru dosažení cílů při plnění stanovených úkolů*“. Srov. zákon č. 320/2001 Sb., zákon o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, ust. § 2 písm. m) až o).

¹²³ Tamtéž, ust. § 4 odst. 1 písm. d).

¹²⁴ Například metodický text Ministerstva pro místní rozvoj. Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek [online], Ministerstvo pro místní rozvoj, 2008, dostupné z <<http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Ruzne/Sbornik-autorskych-textu-Jak-zohlednovat-principy>>.

dosaženo za podmínek monopolu.¹²⁵ Význam konkurenčního prostředí ve výběrových řízeních obecně uznala Evropská komise již v roce 1973, kdy se poprvé zabývala jednáním blízcím se bid riggingu v případě *Cooperatieve vereniging 'Suiker Vnie' VA and Others v. Commission*. Evropská Komise se v svém rozhodnutí vyslovila, že hospodářská soutěž je vlastní podstatou tendrových systémů.¹²⁶ Jak Komise dále uvádí, pokud konkurenti v tendru nejednají samostatně na základě své vlastní ekonomické kalkulace, soutěž je vyloučena, nebo alespoň omezena.¹²⁷

Tomu odpovídá i účinná právní úprava veřejných zakázek. Zajištění účinné konkurence je například podle Rause a Nerudy (2007) jedním z účelů zákonné úpravy veřejných zakázek formou veřejnoprávních předpisů.¹²⁸ Jurčík přímo uvádí, že hospodárné vynakládání veřejných prostředků je hlavním důvodem existence ZVZ.¹²⁹

Dohody o bid riggingu spočívají právě v koordinaci účastníků výběrového řízení a v jejich společné kalkulaci. Dohoda o bid riggingu uzavřená v rámci veřejné zakázky je tak již ze své podstaty nevyhnutelně v rozporu s principy zadávání veřejných zakázek; v konečném důsledku totiž maří snahu zadavatele zvolit na základě pravidel hospodářské soutěže dodavatele, který je schopen mu nabídnout plnění za nejvýhodnějších podmínek.¹³⁰ Konceptně je tedy jakákoli dohoda o bid riggingu z hlediska právní úpravy veřejných zakázek nepřípustná.

¹²⁵ WHISH, Richard. BAILEY, David, op. cit., str. 4.

¹²⁶ V anglickém originálu: “*In a system of tendering, competition is of the essence. If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted.*”
Rozhodnutí Evropské komise č. 73/109/EEC ze dne 2. 1. 1973, dostupné z < <http://eur-lex.europa.eu/>>.

¹²⁷ Tamtéž.

¹²⁸ RAUS, David. NERUDA (2007), op. cit., str. 21.

¹²⁹ JURČÍK, Radek, op. cit., str. 7.

¹³⁰ RAUS, David. NERUDA (2006), op. cit., str. 101.

Z ekonomického hlediska ale nemusí být škodlivost dohod o bid riggingu v některých konkrétních případech vůbec zřejmá. Podle názorů v odborné literatuře je obecně výsledkem dohod o bid riggingu ve veřejných zakázkách plnění, které z hlediska veřejných rozpočtů není tak výhodné, jako kdyby bylo zadáno v konkurenčním prostředí předvídaném úpravou ZVZ.¹³¹ V drtivé většině případů tomu tak nepochybně bude. Lze si nicméně představit i (v každém případě velmi omezený) okruh situací, kdy nemusí být konkrétní případ bid riggingu z pohledu konkrétní veřejné zakázky tak výrazně škodlivý, jak je obecně vnímáno.

Účast ve veřejných zakázkách se sebou přináší určité časové i finanční náklady. Účastníci musejí věnovat čas vyhledávání příležitostí, prostudování zadávací dokumentace, přípravě podkladů i kalkulaci optimální nabídkové ceny. I když úprava zadávání veřejných zakázek počítá s určitými způsoby snižování těchto nákladů,¹³² nelze náklady nikdy snížit na nulu a v případě neúspěšné účasti jakkoli navrátit. Tyto náklady se tedy musejí v konečném výsledku odrážet i v nabídkové ceně.

Pokud by na trhu výrobců srovnatelných produktů nebo poskytovatelů srovnatelných služeb došlo k dohodě o bid riggingu ve formě přidělení trhu, tj. dohody o tom, že se všichni z nich budou účastnit pouze vymezeného okruhu veřejných zakázek za účelem snížení těchto nákladů, bez jakékoli další dohody o ceně, za kterou bude jejich plnění poskytováno, a bez jakékoli její úpravy oproti předchozím řízením, faktická škodlivost by z pohledu konkrétní veřejné zakázky zřejmě nebyla vůbec prokazatelná, jelikož stát by poptávané plnění získával nadále za přiměřenou cenu.

Rovněž si lze představit situaci, kdy soutěžitelé uzavřou dohodu o bid riggingu za takových podmínek, že výsledná hodnota plnění bude dokonce nižší, než je cena tržní.

¹³¹ RAUS, David. NERUDA (2007), op. cit., str. 67.

¹³² Například institut zápisu do seznamu kvalifikovaných dodavatelů, srov. ust. § 125 ZVZ.

Obdobná byla konec konců i situace v případě *Vojenských ubytoven*, kdy dle znaleckého posudku byla nejnižší nabízená cena výrazně nižší, než cena v daném místě a čase na daném trhu obvyklá.¹³³ Z pohledu konkrétní veřejné zakázky tedy nelze říct, že by měla předmětná dohoda o bid riggingu na její výsledek negativní ekonomické dopady.

Ekonomické dopady bid riggingu na jednotlivé veřejné zakázky tedy mohou být v konkrétních případech diskutabilní, a je obtížné je posuzovat na tak nízkém počtu odhalených případů, jaký v České republice, nebo i v EU zaznamenáváme.

Konečně považuji za důležité uvést, že zákon o veřejných zakázkách obsahuje určité instituty, které se svými účinky v některých situacích mohou přibližovat dohodám o bid riggingu, a přesto nejsou podle zákona nijak sankcionovány.¹³⁴

Výše uvedené závěry samozřejmě nemají žádný vliv na to, že bid rigging představuje jednání, které je již svojí podstatou v hrubém rozporu s principy fungování hospodářské soutěže, a měl by být podle norem soutěžního práva postihován.

4.3. Účast konsorcií ve veřejných zakázkách

Zákon o veřejných zakázkách výslovně počítá s podáním společných nabídek vícero dodavatelů,¹³⁵ tedy ve formě konsorcií. Takový postup je vnímán jako jeden ze způsobů snížení finančních nákladů, jakož i prostředek lepší přípravy v odborně náročných veřejných zakázkách,¹³⁶ který však nemění nic na tom, že všichni dodavatelé podávající společnou nabídku musejí samostatně prokázat naplnění základních kvalifikačních kritérií a profesních

¹³³ Rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-R 97/98,101,102/2010/HS-11415/2011/320/KPo ze dne 15.8.2011, dostupné z <www.uohs.cz> , bod 103-104.

¹³⁴ Srov. kapitoly 4.3. a 4.4. níže.

¹³⁵ Ust. § 69 odst. 4 ZVZ.

¹³⁶ RAUS, David. NERUDA (2007), op. cit., str. 514.

kvalifikačních kritérií,¹³⁷ navíc požaduje po všech dodavatelích společnou a nerozdílnou odpovědnost¹³⁸ a proto je v praxi obecně přijímán pozitivně.

Zajímavé však je, že fakticky může být situace při podání zákonem předvídané společné nabídky vícerych dodavatelů téměř totožná se situací vzniklou na základě zákonem penalizované dohody o bid riggingu. Na rizikovost podávání společných nabídek upozorňuje například Šimeček, když uvádí, že ani skutečnost, že ZVZ podávání společných nabídek předpokládá, nevylučuje, že podání konkrétní nabídky nebude posouzeno jako bid rigging.¹³⁹

Lze si představit situaci, kdy by se konkurenti na omezeném trhu za účelem obejít zákaz bid riggingu rozhodli účastnit jedné konkrétní veřejné zakázky právě formou konsorcia, tedy jako jediný účastník. Zákonná úprava takovému jednání nijak nebrání. I odborná literatura připouští, že se může jednat i o dodavatele působící ve stejném oboru.¹⁴⁰ Nabídková cena by v daném případě byla stanovena nesoutěžně a byla by nadhodnocena tak, aby zároveň nepřekračovala maximální přípustnou cenu stanovenou zadavatelem, členové by se tedy rozhodli uzavřít dohodu o bid riggingu ve formě krycích nabídek. Pokud se předmětné veřejné zakázky budou účastnit i další uchazeči, bude v určité míře soutěžní prostředí zachováno, a společná nabídka ostatních uchazečů nebude mít na výsledek veřejné zakázky tak zásadní vliv.¹⁴¹ Pokud se však další uchazeči veřejné zakázky účastnit nebudou, zadavatel

¹³⁷ RAUS, David. NERUDA (2007), op. cit., str. 397.

¹³⁸ Ust. § 51 odst. 6 ZVZ.

¹³⁹ Šimeček dále uvádí: *“Porušení pravidel hospodářské soutěže by mohlo nastat zejména v případě, kdy nabídku podá společně více významných dodavatelů - konkurentů, přestože každý z nich sám je schopen realizovat celou zakázku vlastními kapacitami, a neexistuje objektivní potřeba takového spojení. Takové spojení bude velmi rizikové.”* ŠIMEČEK, Ivo: op. cit.

¹⁴⁰ RAUS, David. NERUDA (2007), op. cit., str. 396.

¹⁴¹ V každém případě půjde o porušení předmětných ustanovení ZOHS.

bude sice mít povinnost takovou veřejnou zakázku zrušit,¹⁴² nicméně následně bude oprávněn ji vypsat nanovo za stejných podmínek, s možností posoudit i tuto jedinou společnou nabídku jako nabídku nejvýhodnější.¹⁴³

Obdobně si lze představit situaci, kdy se několik soutěžitelů spoléhají na to, že tato možnost je zákonem předvídaná, rozhodne podat společnou nabídku výhradně z důvodu zamýšlené úspory nákladů, tj. zcela bez snahy tento postup utajit či jakkoli netransparentně manipulovat výsledek veřejné zakázky, a bez vědomí, že toto jednání může být podle jiných předpisů zakázané.

Je otázkou, jak by tyto situace bylo nutné posoudit v kontextu české právní úpravy. Je možné argumentovat, že vzhledem k tomu, že takové jednání z hlediska ZVZ jednáním povoleným a dokonce procesně upraveným, nemělo by být za konkrétních okolností považováno za porušení jiné právní normy v tomtéž právním řádu. Taková argumentace nicméně není zcela spolehlivá a například i v kontextu švédské právní úpravy dopadající na totožnou otázku a v základních rysech odpovídající české právní úpravě byla vyřešena opačně.

Ve věci *Tyre Case* se švédský soutěžní úřad ve svém rozhodnutí č. 605/2010 ze dne 24. 11. 2010 vyslovil, že společná nabídka dvou účastníků, kteří měli možnost podat nabídky i samostatně, představuje bid rigging, a to i přesto, že tato nabídka byla transparentní a neutajovaná, a účastníci měli za to, že se zakázaného jednání nedopouštějí. Švédská právní úprava přitom podání společné nabídky víceroch uchazečů umožňuje bez výslovného zakotvení tohoto požadavku,¹⁴⁴ právě tak, je tomu v případě české úpravy. Soutěžní úřad

¹⁴² Srov. ust. § 84 odst. 1 odst. 1 písm. e) ZVZ.

¹⁴³ Srov. ust. § 71 odst. 6 písm. c) ZVZ.

¹⁴⁴ MOLDÉN, Robert, op. cit., str. 576.

v daném případě vyvinul jakousi „doktrínu nutnosti“, tj. posouzení, že podání společnými dodavateli je možné pouze tehdy, když by tito dodavatelé nebyly schopni nabídku podat odděleně. Nelze vyloučit, že obdobným způsobem by tento problém mohl být vyřešen i v kontextu české právní úpravy. Ostatně tomu odpovídá i názor Šimečka, který uvádí, že podstatnou otázkou bude, zda postup zvolení dodavateli vede k rozšíření nebo zúžení potenciálního počtu uchazečů.¹⁴⁵ Domnívám se, že i když takový závěr nepochybně odpovídá rozumnému uspořádání vztahů a užitečně vyplňuje prostor pro spekulativní jednání, může být v praxi problémový zejména pro menší podnikatele, kteří nemusejí disponovat dostatečnou znalostí právní úpravy a být si nutnosti uvedeného postupu vědomí.

Pro vyloučení obdobných spekulací a rizik si lze představit relativně jednoduchou změnu zákonné úpravy, která by výslovně stanovila, že podání společné nabídky několika konkurentů je možné jen za podmínky, že tito konkurenti nejsou schopni podat své nabídky samostatně. Obdobný požadavek již konec konců existuje například v rakouské, italské i rumunské právní úpravě.¹⁴⁶

4.4. Účast majetkově propojených osob ve veřejných zakázkách

V praxi může docházet k tomu, že veřejné zakázky se účastní vícero samostatných subjektů, které jsou však vzájemně majetkově či personálně propojeny. Z takových vztahů nutně vyplývá určitý stupeň koordinace zájmů, a absolutní nezávislost a konkurenční vztah těchto osob jsou tak z logiky věci vyloučeny. V rámci veřejné diskuze bylo upozorněno na to,

¹⁴⁵ ŠIMEČEK, Ivo, op. cit.

¹⁴⁶ ALBANO, Gian. SPAGNOLO, Giancarlo. ZANZA, Matteo: *Regulating Joint Bidding in Public Procurement*, Journal of Competition Law & Economics, 2008, vyd. 5, č. 2., Online ISSN 1744-6422, s. 348.

že tato praxe představuje jakousi tolerovanou formu koordinace ve veřejných zakázkách,¹⁴⁷ což nicméně Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve svém nezávazném stanovisku odmítl.¹⁴⁸ Jak vyplývá z dřívější rozhodovací činnosti Úřadu, u personálně či majetkově propojených osob nelze uvažovat o jejich konkurenčním vztahu, a pojmově se tak takové subjektu nemohou dopustit jednání, které by bylo za zakázanou dohodu považováno.¹⁴⁹

Z nezávazného stanoviska nicméně dále vyplývá, že Úřad by se nebránil novele zákona o veřejných zakázkách, která by účast vícerych propojených osob sankcionovala.¹⁵⁰ Domnívám se, že takové legislativní řešení by nebylo zcela vhodné. Pravdou sice je, že ve veřejné zakázce, ve které zadavatel nepřipustí varianty nabídek,¹⁵¹ a zejména pokud je jako základní hodnotící kritérium stanovena ekonomická výhodnost nabídky,¹⁵² mohou mít propojené osoby na první pohled jistou výhodu spočívající v možnosti podat několik obsahově odlišných nabídek, a zvýšit tak šance na úspěch některé z propojených osob, přičemž z takového výsledku budou v konečném výsledku profitovat všechny z nich. Nicméně fakticky by taková situace neměla mít na výsledek veřejné zakázky významnější dopady.

¹⁴⁷ Viz *Majetkově a personálně propojené osoby aneb legální bid rigging?* [online], bezkorupce.cz, vydáno 10. 2. 2014, dostupné z <<http://www.bezkorupce.cz/blog/2014/02/10/majetkove-a-personalne-propojene-osoby-aneb-legalni-bid-rigging/>>.

¹⁴⁸ Viz nezávazné stanovisko Úřadu [online], č.j. ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe, ze dne 3. 2. 2014, dostupné z <http://www.bezkorupce.cz/wp-content/uploads/2014/02/178930779_0_D051_2014_Bid_rigging_a_majetkove_propojene_osoby_oziveni.pdf>.

¹⁴⁹ Například Rozhodnutí Úřadu, č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850 ze dne 14. 7. 2010, op. cit., bod. 127.

¹⁵⁰ Viz nezávazné stanovisko Úřadu, č.j. ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe, ze dne 3. 2. 2014, op. cit.

¹⁵¹ Ust. § 70 odst. 1 ZVZ.

¹⁵² Ust. § 78 odst. 1 písm. a) ZVZ.

Jedinou situací, která by z tohoto hlediska mohla na první pohled činit určité problémy, by byl případ, kdyby se konkrétní veřejné zakázky účastnily pouze vzájemně propojené osoby jako několik samostatných subjektů. Zákon pro tento případ neposkytuje zadavateli možnost veřejnou zakázku zrušit,¹⁵³ a jeden z těchto subjektů tak bude zaručeně zvolen jako nejvhodnější uchazeč. Taková situace by materiálně odpovídala výsledku veřejné zakázky, ve které by byla přítomná dohoda o bid riggingu.

Nicméně, ani zákaz účasti propojených osob by tento problém neřešil zcela, protože v případě jeho platnosti by se jeden ze samostatných subjektů tvořících součást koncernu jako jediný uchazeč mohl stát úspěšným uchazečem.¹⁵⁴

Hlavním důvodem, proč změnu zákona v tomto smyslu nepovažuji za vhodnou však je, že zákaz účasti vzájemně propojených osob v téže veřejné zakázce by jistě působil i zásadní praktické potíže ohledně prokazování naplnění tohoto požadavku. Účastníci konkrétní veřejné zakázky nemohou mít předem vědomost o tom, jaké další subjekty se budou této veřejné zakázky účastnit, tudíž nemohou prokazovat, že s těmito subjekty nejsou nijak propojeni. Otázkou je i hranice podílu, resp. míra propojení, která by již měla být pro účely účasti ve veřejné zakázce nepřípustná.

Naplnění požadavku by tak zřejmě bylo nutné prokazovat pouze formou obecného čestného prohlášení účastníků, že se konkrétní veřejné zakázky nebude účastnit jiná, s nimi propojená osoba. Zadavatel by pak musel být oprávněn, a tedy i pověřen ke kontrole pro případ pochybností o pravdivosti prohlášení, a zákon by musel stanovit postup pro případ porušení tohoto požadavku. V souhrnu by takové legislativní řešení dle mého názoru mohlo

¹⁵³ Viz obligatorní a fakultativní důvody pro zrušení veřejné zakázky podle ust. § 84 ZVZ.

¹⁵⁴ Ust. § 71 odst. 6 písm. c) ZVZ.

značným způsobem stěžovat a prodlužovat dotčené veřejné zakázky a v neposlední řadě i zvyšovat již teď vysoké nároky na zadavatele.

4.5. Možnosti předcházení bid riggingu ve veřejných zakázkách

Ačkoli ZVZ obsahuje, jak bylo výše nastíněno, určité faktory, které mohou potenciálně výskyt bid riggingu i posilovat, obsahuje i řadu institutů, které je naopak možné dobře využít k prevenci bid riggingu.

OECD uvádí šest základních doporučení pro nastavení veřejných zakázek. Patří sem informovanost zadavatele před vyhlášením veřejné zakázky; maximalizace konkurence; jasná formulace požadavků a vyhnutí se předvídatelnosti; efektivní snížení komunikace mezi soutěžiteli; pečlivý výběr hodnotících kritérií; a zvýšení povědomí zaměstnanců.¹⁵⁵

Základním předpokladem prevence bid riggingu je tedy informovanost zadavatele. Zadavatel by měl být schopen rozpoznat prostředí, které má pro vznik bid riggingu vyšší potenciál, a podmínky konkrétní veřejné zakázky této identifikaci přizpůsobit. Na bid rigging mohou být speciálně náchylná některá odvětví, resp. trhy některých produktů a služeb.¹⁵⁶ I když bid rigging se může vyskytovat i u menších veřejných zakázek, riziko jeho výskytu je vyšší zejména u veřejných zakázek, ve kterých soutěžitelé usilují o získání velkých kontraktů.¹⁵⁷ Informovanost zadavatele by v ideálním případě měla zahrnovat i poznatek o tržních cenách plnění.

¹⁵⁵ Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku, OECD, op. cit., str. 4-1.

¹⁵⁶ Srov. kapitolu 2.3.

¹⁵⁷ WHISH, Robert. BAILEY, David, op. cit., str. 536.

V případě veřejných zakázek dotýkajících se náchylných trhů a velkých kontraktů by proto zadavatelé měli být zvláště pečliví při posuzování znaků napovídajících o existenci bid riggingu.

Dalším ze základních doporučení OECD je, aby zadavatelé nastavili podmínky veřejné zakázky způsobem, který co nejvíce stimuluje konkurenční prostředí. Zadavatelé by zejména neměli stanovovat omezující požadavky nad rámec těch, které jsou nutné. To se týká například i finančních záruk, které, pokud jsou příliš vysoké, mohou zejména menší subjekty od účasti ve veřejné zakázce odrazovat a tím konkurenční prostředí omezovat.¹⁵⁸

V prostředí právní úpravy ZVZ lze například doporučit, aby zadavatelé omezovali kvalifikační předpoklady na nutné minimum, a ty skutečnosti, které jsou sice pro výsledné plnění důležité, avšak například stačí jejich naplnění na určité úrovni, formulují spíše jako hodnotící kritéria. Tento požadavek je již v konečném důsledku v určité formě v ZVZ obsažen.¹⁵⁹ Za nástroj napomáhající zvyšování konkurenčního prostředí považují dále i možnost zadavatele stanovit minimální počet uchazečů¹⁶⁰, který může dopomoci prevenci bid riggingu ve formě utlumování nabídek. Obecně je z pohledu bid riggingu zcela nevhodné využití jednacího řízení bez uveřejnění¹⁶¹ a uplatnění institutu omezení počtu zájemců v užším řízení a jednacím řízení s uveřejněním¹⁶², které z povahy věci počet uchazečů o veřejnou zakázku omezují.

¹⁵⁸ Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku, OECD, op. cit., str. 5.

¹⁵⁹ Ust. § 50 odst. 4 ZVZ zakazuje zadavatelům stanovit takové kvalifikační předpoklady, které výrazněji omezují hospodářskou soutěž.

¹⁶⁰ Ust. § 84 odst. 2 písm. a) ZVZ.

¹⁶¹ Ust. § 34 ZVZ.

¹⁶² Ust. 66 ZVZ.

Ke zvyšování rizika výskytu bid riggingu přispívá i neměnná a předvídatelná poptávka ze strany zadavatele,¹⁶³ což by si zadavatelé měli uvědomovat zejména v případě opakujících se veřejných zakázek na obdobná plnění. Pozitivní roli zde může sehrát například nastavení hodnoticích kritérií tak, aby tyto umožňovali uplatnění substitutů k standardně dodávaným produktům.

Je velmi důležité, aby se zadavatel při svém postupu snažil omezit možnosti vzájemného kontaktu uchazečů. ZVZ obsahuje několik institutů, které mohou mít vliv na míru kontaktu mezi uchazeči. V jednacím řízení s uveřejněním má například zadavatel možnost jednat o nabídkách se všemi uchazeči společně, čímž ale riziko koordinace zvýší. Proto je vhodnější zvolit dílčí jednání s každým soutěžitelem jednotlivě.¹⁶⁴ V určitých situacích mají zadavatele možnost poskytnout uchazečům prohlídku místa plnění.¹⁶⁵ Při takové prohlídce může rovněž docházet k navazování kontaktů mezi uchazeči, čehož by si tudíž zadavatel měl být vědom, a měl tuto možnost uchazečům poskytnout jen v případě, že je to opravdu nutné.

OECD konečně uvádí i několik praktických znaků, které mohou indikovat přítomnost bid riggingu v dané veřejné zakázce, jako jsou například stejné zbytečné chyby u vícerych nabídek nebo obdobná poštovní razítka. I když tyto znaky jsou z právního hlediska těžko uchopitelné, v praxi mohou být takové indikace klíčové pro identifikaci případů bid riggingu. Zadavatelé hrají při odhalování bid riggingu nezastupitelnou roli jako osoby, které mají k dispozici největší množství materiálů umožňujících identifikaci bid riggingu, a při snaze

¹⁶³ Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku, op. cit., str. 6.

¹⁶⁴ Ust. § 30 odst. 7 ZVZ.

¹⁶⁵ Ust. § 49 odst. 5 ZVZ.

zaměřit se i na mimoprávní aspekty průběhu veřejné zakázky tak mohou nejsnadněji k odhalení bid riggingu přispět.

I v případě bid riggingu platí, že prevence je tím nejlepším prostředkem ochrany, a to zejména vzhledem k tomu, jak náročné je jeho odhalování a posuzování v praxi. Ačkoliv je bid rigging jednáním primárně upraveným normami soutěžního práva, domnívám se, že právní úprava veřejných zakázek poskytuje zejména vzhledem k výše uvedenému širší nástroje pro jeho prevenci. Tyto nástroje přitom nemusejí mít formu novely ZVZ, či jinak zasahovat do úpravy veřejných zakázek. K prevenci bid riggingu je možné úspěšně přispět i jinými způsoby, jako například vydáváním informačních směrnic či pokynů pro zadavatele a jejich zaměstnance, a zvyšováním obecného povědomí veřejnosti.

5. Veřejnoprávní důsledky porušení zákazu bid riggingu

5.1. **Obecný výklad k veřejnoprávním důsledkům porušení zákazu bid riggingu**

Úprava správních a trestněprávních nástrojů ochrany vůči bid riggingu není primárním zaměřením této práce, považuji však za nutné ji alespoň okrajově shrnout, a to vzhledem k jejich nepostrádatelnosti při vymáhání zákazu bid riggingu, jakož i pro účely systematiky dalšího výkladu týkajícího se soukromoprávních důsledků porušení zákazu bid riggingu.

Jak bylo výše pojednáno, bid rigging se dotýká jak problematiky ochrany hospodářské soutěže, tak problematiky veřejných zakázek, a tudíž podléhá zároveň režimu ZVZ a ZOHS, jako předpisům práva správního; má však i své trestněprávní souvislosti s důsledky předvídanými v trestním zákoníku.¹⁶⁶ Předmětem dalšího výkladu proto bude stručné shrnutí důsledků porušení zákazu bid riggingu z pohledu jednotlivých zákonů.

5.2. **Důsledky zjištěného porušení zákazu bid riggingu z pohledu ZOHS**

Základním důsledkem porušení zákazu bid riggingu je z pohledu soutěžního práva automatická neplatnost předmětné dohody o bid riggingu, a tedy i všech právních poměrů z ní vzniklých. Tento důsledek vyplývá ze samotného znění ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS, kdy zákon neplatnost všech zakázaných dohod konstatuje, aniž by pro závěr o neplatnosti vyžadoval naplnění jakékoli další podmínky.¹⁶⁷ Tato neplatnost se pak promítá i do

¹⁶⁶ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶⁷ Obdobně jsou za od počátku neplatné považovány i veškeré dohody zakázané podle čl. 101 odst. 1 SFEU, viz čl. 102 SFEU.

soukromoprávních vztahů, a znamená, že právní vztahy z dohody vzniklé není možné nijak vynucovat.

Pokud jde o problém dichotomie relativní a absolutní neplatnosti vlastní českému soukromému právu a s ní související otázku určení povahy této neplatnosti, ta není ve veřejnoprávních předpisech nijak řešena.¹⁶⁸ Ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS formou poznámky pod čarou odkazuje na ustanovení § 39 dnes již neúčinného zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, který upravoval neplatnost absolutní.¹⁶⁹ V kontextu účinné právní úpravy je absolutní neplatnost dohody o bid riggingu nutné dovozovat zejména z ustanovení § 580 a 588 OZ, které obsahově na úpravu zrušené právní úpravy navazují. Podle této nové úpravy je neplatné právní jednání, které odporuje zákonu, přičemž soud přihlédne i bez návrhu k neplatnosti takového právního jednání, které odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek. Z povahy věci by samozřejmě odporovalo logice, aby právní poměry vzniklé za zakázané dohody bylo možné za předpokladu nenamítání neplatnosti jakkoli prosadit a vynutit, proto lze takovou konstrukci považovat za vhodnou.

Pokud Úřad zjistí existenci dohody o bid riggingu, vydá rozhodnutí, ve kterém tuto skutečnost uvede, a do budoucna zakáže plnění této dohody.¹⁷⁰ Jak uvádí Munková, bylo by snad vhodnější, kdyby výrok rozhodnutí Úřadu o uzavření zakázané dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS zněl tak, že se do budoucna zakazuje pokračovat v jednání narušujícím hospodářskou soutěž, a neužívat dále pojmu dohody. Vzhledem k absolutní neplatnosti těchto dohod, včetně dohod o bid riggingu, totiž není zcela namístě o dalším plnění takové dohody hovořit.¹⁷¹ Tento

¹⁶⁸ KINDL, Jiří In MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA, Pavel, op. cit., str. 185-186.

¹⁶⁹ ŠVESTKA, Jiří. SPÁČIL, Jiří. ŠKÁROVÁ, Marta. HULMÁK, Milan: *Občanský zákoník: komentář*, 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2009, 2 sv. ISBN 978-80-7400-108-6, str. 350.

¹⁷⁰ Srov. § 7 odst. 1 ZOHS.

¹⁷¹ MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří, op. cit., str. 97.

problém lze nicméně považovat spíše za pojmový problém bez jakéhokoli dopadu na materiální posuzování věci.

Úřad dále ve svém rozhodnutí může uložit opatření k nápravě¹⁷², pravděpodobnějším výsledkem řízení Úřadu ale zřejmě bude uplatnění represivních nástrojů, kterými jsou pokuty za přestupky fyzických osob¹⁷³ anebo správní delikty právnických osob¹⁷⁴. Pokuty pro fyzické osoby mohou činit až 10 mil. Kč, pro právnické osoby dále až 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období,¹⁷⁵ která může být v mnoha případech mnohem vyšší, než obecně stanovená maximální výše pokuty.

S účinností od 1. 12. 2012 bylo do ZOHS zákonem č. 360/2012 Sb. začleněno ustanovení zakotvující podmínky tzv. *leniency programu* neboli programu shovívavosti.¹⁷⁶ Toto ustanovení dává v současné podobě Úřadu pravomoc upustit od uložení pokuty anebo snížit pokutu ukládanou subjektu, který se účastnil zakázané dohody, pokud tento subjekt naplní zákonem stanovené podmínky.

Základní předpokladem uplatnění programu shovívavosti je, že subjekt Úřadu poskytne informace o utajované horizontální dohodě, které předtím Úřadu nebyly známé, a které buďto prokážou existenci takové dohody, anebo alespoň odůvodní vykonání místního šetření

¹⁷² Ust. § 20 odst. 4 ZOHS.

¹⁷³ Ust. § 22 ZOHS.

¹⁷⁴ Ust. § 22a ZOHS.

¹⁷⁵ Ust. § 22 odst. 2 ZOHS a § 22a odst. 2 ZOHS.

¹⁷⁶ Viz Důvodovou zprávu k zákonu č. 360/2012 Sb., zákon, kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Úřadem podle předmětných ustanovení zákona.¹⁷⁷ Subjekt musí Úřadu poskytnout veškeré nutné podklady a informace o dohodě.¹⁷⁸

Podmínky programu jsou dále nastaveny tak, aby nemohly být účastníky zakázaných dohod zneužívány. Upuštění od pokuty je tak možné jen v případě prvního soutěžitele, který se rozhodne Úřadu výše popsanou formu součinnosti poskytnout, a jen za podmínky, že tento subjekt nečiní na ostatní soutěžitele nátlak, aby se dohody účastnili.¹⁷⁹

Program shovívavosti tak má sloužit jako motivační prostředek k odhalování zakázaných dohod. Zároveň v něm lze spatřovat i určitou preventivní funkci, když někteří soutěžitelé mohou být od uzavření dohody o bid riggingu odrazeni obavou z toho, že by jiný účastník této možnosti využil.

Od novely ZOHS provedené zákonem č. 360/2012 Sb., ve znění pozdějších předpisů, a účinné od 1. 12. 2012, byla do ZOHS zavedena nová sankce za správní delikt právnických osob¹⁸⁰ mířící právě na postih bid riggingu.¹⁸¹ Podle účinné právní úpravy, právnické osoby, které uzavřou zakázanou dohodu podle § 3 odst. 1 ZOHS v souvislosti se zadávacím řízením nebo uzavíráním smlouvy na plnění veřejných zakázek malého rozsahu, budou kromě pokuty potrestány i uložením zákazu plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.¹⁸² Tato sankce má tedy i výrazně preventivní charakter.

¹⁷⁷ Ust. § 22ba odst. 1 písm. a) bod 1. ZOHS.

¹⁷⁸ Ust. § 22ba odst. 1 písm. a) bod 4. ZOHS.

¹⁷⁹ Ust. § 22ba odst. 1. ZOHS.

¹⁸⁰ Zákon č. 360/2012 Sb., op. cit.

¹⁸¹ Důvodová zpráva k zákonu č. 360/2012 Sb., op. cit., bod 24.

¹⁸² Ust. § 22 odst. 4 ZOHS.

V souhrnu je možné uzavřít, že ZOHS poskytuje dostatečně komplexní prostředky postihu porušení zákazu bid riggingu, kterých aplikace není stěžována žádnými zjevnými překážkami.

5.3. Důsledky zjištěného porušení zákazu bid riggingu z pohledu ZVZ

Jak již bylo výše uvedeno, ZVZ neobsahoval až do 1. 4. 2012 žádné ustanovení mířící na zákaz či postih bid riggingu. Novelou ZVZ provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. byla do právní úpravy zavedena povinnost uchazečů připojit k nabídce i prohlášení o tom, že neuzavřeli či neuzavřou zakázanou dohodu podle zvláštního předpisu, tj. právě dohodu o bid riggingu.¹⁸³ Toto prohlášení se tak stalo součástí předpokladů zadání veřejné zakázky¹⁸⁴ a otevřelo prostor pro sankcionování bid riggingu i prostřednictvím ZVZ. Pokud podle stávající právní úpravy Úřad vydá pravomocné rozhodnutí o tom, že uchazeč se dopustil bid riggingu ve smyslu §3 odst. 1 ZOHS, bude to mít dopad i na posouzení kvalifikace uchazeče, a uchazeč se tak kromě porušení soutěžních pravidel zároveň dopustí i správního deliktu podle § 120a odst. 1 ZVZ.¹⁸⁵ V důsledku toho mu hrozí finanční sankce až do výše 20.000.000 Kč, ale i sankce zákazu plnění veřejných zakázek na dobu 3 let,¹⁸⁶ odpovídající tudíž sankci později zavedené i do úpravy ZOHS.¹⁸⁷

V úvahu přichází i sankce vyřazení nabídky uchazeče zadavatelem z důvodu nenaplnění zákonných požadavků na obsah nabídky při posouzení hodnotící komisí,¹⁸⁸ samozřejmě pouze

¹⁸³ Srov. kapitolu 4.1.

¹⁸⁴ Ust. § 68 odst. 1 ZVZ.

¹⁸⁵ KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou*. Praha: Linde, 2013, 1253 s., ISBN: 978-80-7201-888-8. 2013, str. 606.

¹⁸⁶ Ust. § 120a odst. 2 ZVZ.

¹⁸⁷ Srov. kapitolu 5.2.

¹⁸⁸ Ust. § 76 ZVZ.

za předpokladu, že by se Úřadu podařilo bid rigging identifikovat, prokázat a pravomocně rozhodnout o jeho existenci ještě před ukončením předmětné veřejné zakázky, což bude v praxi zřejmě reálné jen výjimečně.

V porovnání se ZOHS tedy ZVZ obsahuje jen omezené možnosti postihování bid riggingu, které mají spíše doplňkový charakter.

5.4. Trestněprávní sankce za porušení zákazu bid riggingu

Porušení zákazu bid riggingu může mít i své trestněprávní důsledky.

Jak uvádí Šámal, při posuzování bid riggingu podle trestněprávních předpisů přichází v úvahu jak skutková podstata trestného činu porušení pravidel hospodářské soutěže¹⁸⁹, tak skutková podstata trestného činu pletich při zadání veřejné zakázky a veřejné soutěži¹⁹⁰, přičemž zpravidla bude první uvedená kvalifikace vyloučena z důvodu vztahu speciality skutkových podstat.¹⁹¹ Za jednání vymezené v aplikovaném ustanovení hrozí fyzickým osobám trest odnětí svobody až na deset let anebo zákaz činnosti.¹⁹² Kromě toho je bid rigging kriminalizován i ve vztahu k právnickým osobám¹⁹³ a může být potrestán i jejich zrušením.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Ust. § 248 TZ.

¹⁹⁰ Ust. § 257 TZ.

¹⁹¹ ŠÁMAL, Pavel: Trestněprávní postih tzv. horizontálních kartelů podle nového trestního zákoníku, Bulletin advokacie č. 7-8/2010, ISSN 1210-6348, s. 19.

¹⁹² Ust. § 257 TZ.

¹⁹³ Zákon č. 418/2011 Sb., zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů, ust. § 7.

¹⁹⁴ Zákona č. 418/2011 Sb., op. cit., ust. §15 odst. 1.

Pro úplnost lze dodat, že na evropské úrovni práva není bid rigging jako jedna ze zakázaných dohod podle článku 101 odst. 1 SFEU nijak kriminalizován, v důsledku čehož mohou být podle národního práva trestány i dohody s komunitárním prvkem.¹⁹⁵

¹⁹⁵ KINDL, Jiří v MUNKOVÁ, Jindřiška. KINDL, Jiří. SVOBODA. Pavel, op. cit., str. 575.

6. Soukromoprávní vymáhání nároků vyplývajících z porušení zákazu bid riggingu v soutěžním právu

6.1. Subjektivní nároky vyplývající z porušení soutěžního práva

Soudní dvůr EU se soukromoprávním vymáháním soutěžního práva poprvé zabýval až ve věci *Courage Ltd. v. Crehan*, když ve svém rozhodnutí potvrdil, že v jeho judikatuře jakož i v právních úpravách většiny členských států je obecně platný princip, že žádný subjekt nemá profitovat ze svého protiprávního jednání, a proto musí existovat prostředek, jakým se domoci ochrany z porušení norem. Soudní dvůr EU v rozhodnutí dále uvedl, že vzhledem k tomu, že evropské soutěžní právo neobsahuje žádné ustanovení o možnosti vymáhat porušení soutěžně-právních norem soukromoprávními prostředky, kompetence k jejich rozhodování náleží členským státům, a musí být jimi zajištěna.¹⁹⁶

Principiálně tedy musí v právu každého členského státu existovat způsob, jak se domáhat práva na náhradu škody vzniklé z porušení soutěžního práva.¹⁹⁷ Tento závěr byl Evropským soudním dvorem dále rozvinut ve věci *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*,¹⁹⁸ kde tento mimo jiné dodává, že v případě nároků na náhradu škody musí být vymahatelná nejen samotná škoda, ale i případný ušlý zisk a úroky.¹⁹⁹ Všechny tyto závěry je samozřejmě možné aplikovat i na případy bid riggingu. Pokud v důsledku úspěšně realizované dohody o bid riggingu vznikne konkrétním subjektům prokazatelná škoda, musí být subjekt, který ji utrpěl, schopen domoci se její náhrady.

¹⁹⁶ Rozsudek Soudního dvora EU, C-453/99 ze dne 20. 9. 2001, dostupné z <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-453/99>>, [cit. 27. března 2014].

¹⁹⁷ JONES, Alison. SUFRIN, Brenda, op. cit., str. 1205.

¹⁹⁸ Rozsudek Soudního dvora EU, C-259-298/04 ze dne 13. 7. 2006, bod 95.

¹⁹⁹ Tamtéž, bod 95-100.

Soukromoprávní vymáhání subjektivních nároků vyplývajících ze soutěžního práva nemá v Evropské unii a potažmo ani v České republice tradici. V případě bid riggingu bychom dokonce mohli říct, že vývoj této oblasti ještě vůbec nezapočal, vzhledem k tomu, že v EU zatím žádný případ bid riggingu nebyl soukromoprávně vymáhán.²⁰⁰

Tendence k rozvoji této oblasti nicméně prokazuje zejména Zelená kniha²⁰¹ a Bílá kniha,²⁰² obě vydané Evropskou komisí, a zejména pak návrh směrnice o náhradách škod způsobených porušením soutěžního práva,²⁰³ který by měl do právního řádu členských vnést harmonizovanou úpravu prostředků vymáhání subjektivních nároků a ulehčit jejich prosazování. Potenciální dopady takové úpravy v případě jejího přijetí jsou však nejasné i s ohledem na vymáhání porušení soutěžního práva obecně, natož v tak specifických případech, jakými jsou dohody o bid riggingu. Prozatím tak nelze dobře odhadnout, zda může mít na soukromoprávní prosazování subjektivních nároků z nich vyplývajících významnější vliv a zda budou v budoucnu prosazovány častěji.

6.2. Oprávněné subjekty

Vzhledem ke své spojitosti s tendry má bid rigging mezi dohodami narušujícími soutěž specifickou povahu, která se odráží i ve specifitě subjektů, které mohou být potenciálně

²⁰⁰ MACI, Marsela. *Bid Rigging in the EU Public Procurement Market*. 2010, Queen Mary University of London, dostupné z <<http://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.528469>>.

²⁰¹ Zelená kniha Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES, Evropská komise, KOM (2005) 672 final, 2005.

²⁰² Bílá kniha o žalobách o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES. Evropská komise, KOM (2008) 165 final, 2008.

²⁰³ Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o určitých pravidlech upravujících žaloby o náhradu škody podle vnitrostátního práva v případě porušení právních předpisů členských států a Evropské unie v oblasti hospodářské soutěže, Evropská komise, COM (2013) 404 final, 2013.

dohodou dotčeny, a které tak mohou mít subjektivní nároky na náhradu škody z této dohody vzniklé.

Oprávněnými subjekty mohou obecně být ty subjekty, které protiprávním jednáním utrpěli újmu. Jak uvádí Maci (2012), v případě bid riggingu je okruh potenciálně dotčených osob rozdělen na dvě základní kategorie. Tou první je stát, konkrétněji zadavatel, jako odběratel plnění, a tou druhou jsou ostatní soutěžitelé, kteří nebyli součástí dohody o bid riggingu a kteří v důsledku toho neuspějí v předmětném výběrovém řízení. Vzhledem k jejich odlišné povaze jako subjektů veřejného, resp. soukromého práva, je postavení těchto osob při soukromoprávním vymáhání bid riggingu částečně odlišné.²⁰⁴

Jak Maci (2012) dále uvádí, hlavní obětí bid riggingu je nepochybně stát, nikoli jednotlivci či podniky, a proto právě konkrétní zadavatelé by měli být ti, kteří budou možné nároky vymáhat. Výše těchto nároků by přitom měla činit přinejmenším rozdíl mezi skutečnou cenou poptávaného plnění, a jeho uměle navýšenou hodnotou.²⁰⁵

Z tohoto pohledu budou zajímavé případy bid riggingu, jak tomu bylo i v případě *Vojenských ubytoven*, kde výsledná hodnota plnění je nižší, než jeho tržní cena, protože spíš než získat nepoměrně vysoký zisk si účastník (účastníci) dohody chtěli pouze zabezpečit získání možnosti plnit v předmětné veřejné zakázce. Lze očekávat, že v takovém případě by žádný soukromoprávní nárok nebylo ze strany zadavatele vůbec možné vznést,²⁰⁶ ačkoliv se i přesto jedná o závažné porušení norem soutěžního práva, které narušuje či dokonce vylučuje hospodářskou soutěž.

²⁰⁴ MACI, Marsela: *Private Enforcement in Bid-Rigging Cases in the European Union*, European Competition Journal, vyd. 8, č. 1, 2012, str. 211-227(17), ONLINE ISSN: 1757-8396, str. 213.

²⁰⁵ Tamtéž.

²⁰⁶ Potenciálně jiná by mohla být situace v jiných členských zemích EU, kterých právní řád rozeznává koncept tzv. *punitive damages*. Srov. MACI, Marsela (2012), op. cit. str. 215-218.

Pokud jde o jiné soutěžitele, ti se mohou soukromoprávních nároků z bid riggingu domáhat v případě, že jim ve veřejné zakázce nebyla smlouva udělena, a že mají za to, že bez přítomnosti bid riggingu by jim udělena byla.²⁰⁷ To znamená, že za předpokladu dodržení zákonného postupu ze strany zadavatele, kdy zadavatel řádně vyhodnotí veškeré podané nabídky (včetně zmanipulované nabídky) a vybere nabídku s nejnižší nabídkovou cenou anebo ekonomicky nejvýhodnější nabídku, bude subjektivní nárok na náhradu škody zpravidla náležet uchazeči, který zpomezi zbylých uchazečů nabídl nejnižší cenu, resp. ekonomicky nejvýhodnější nabídku.

6.3. Použitelná úprava v České republice

Soukromoprávním vymáháním soutěžního práva lze v kontextu české úpravy dle Rause a Nerudy (2006) obecně rozumět postup, kdy se soukromoprávní subjekt dovolává nároku z porušení soutěžního práva v soukromoprávním sporu, přičemž činí nárok na náhradu utrpěné škody, vydání bezdůvodného obohacení nebo prohlášení o neplatnosti smlouvy.²⁰⁸ Vzhledem k absolutní povaze neplatnosti dohod o bid riggingu²⁰⁹ přicházejí v této souvislosti v úvahu pouze první dva z uvedených nároků.

Zákon o ochraně hospodářské soutěže č. 63/1991 Sb., který byl účinný do 30. 6. 2001,²¹⁰ výslovně upravoval spory z nedovolené soutěže ve svém oddílu šestém. Tento zákon poskytoval výčet nároků, které náležely těm, jejichž práva byla porušena nedovoleným

²⁰⁷ Maci poukazuje na některé problémy soukromoprávního vymáhání nároků z bid riggingu v případě, že účastníci dohody jsou zároveň v určitém spojení se zadavatelem, zejména v případě veřejných zakázek velké hodnoty. Pro navržení těchto zakázek zadavatelé často využívají služeb subjektů propojených s následnými uchazeči o veřejnou zakázku. Srov. MACI, Marsela (2012), op. cit., str. 219.

²⁰⁸ RAUS, David. NERUDA, Robert (2006), op. cit., str. 18.

²⁰⁹ Srov. kapitolu 5.2.

²¹⁰ Ust. § 31 ZOHS.

omezením soutěže, a odkazoval pro jejich uplatnění na ustanovení občanskoprávních předpisů. Podle zákona mohla dotčená osoba požadovat, aby se rušitel zdržel jednání, odstranil závadný stav, poskytl přiměřené zadostiučinění, nahradil škodu a/nebo vydal neoprávněný majetkový prospěch.²¹¹ Úprava současného ZOHS tuto úpravu nepřevzala, což sice nemá na možnost soukromoprávního vymáhání bid riggingu materiální dopady, nicméně by takové „usměrnění“ dotčených osob nepochybně nebylo na škodu ani v nové právní úpravě ZOHS.

Občanskoprávní, resp. obchodněprávní úprava účinná do 31. 12. 2013²¹² stavěla možnost uplatnění subjektivních nároků z porušení soutěžních pravidel na ustanoveních, která zakazovala zneužití účasti v hospodářské soutěži, a odkazovala na zvláštní zákon, kterým byl právě ZOHS.²¹³ Na základě tohoto odkazu pak úprava dovozovala možnost aplikovat na vymáhání porušení soutěžních pravidel ustanovení o náhradě škody. Takový odkaz na ZOHS není v účinné právní úpravě obsažen v účinném zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, zaveden, což nicméně opět není na újmu možnosti dotčených osob domáhat se svých subjektivních práv.

Základ pro vymáhání subjektivních nároků vyplývajících z porušení soutěžního práva v účinné právní úpravě je obsažen v ustanovení § 2972 zákona č. 89/2012, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého je zakázáno omezovat účast jiných v hospodářské soutěži. Pokud k takovému omezení dojde, dotčené subjekty mají právo požadovat, aby rušitel

²¹¹ Zákon o ochraně hospodářské soutěže, zákon č. 63/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, ust. 17 odst. 1.

²¹² Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů-

²¹³ Tamtéž, ust. § 41 a § 42.

odstranil závadný stav, uhradil přiměřené zadostiučinění, náhradu škody anebo vydal bezdůvodné obohacení.²¹⁴

Z výše uvedeného je patrné, že česká právní úprava obsahuje dostatečný právní základ pro vymáhání subjektivních nároků vyplývajících z porušení zákazu bid riggingu. Ekonomické a faktické možnosti dotčených subjektů tyto nároky skutečně vymáhat jsou však samostatnou otázkou.

Jak uvádí Maci (2010), i když v poslední době došlo v řadě členských států EU ke zlepšení, obecně lze říct, že právní a procesní překážky kladené malým podnikatelům, zahrnující zejména nutnost podrobných ekonomických analýz, nevyrovnané důkazní možnosti, či nepříznivý vztah rizika a potenciálního zadostiučinění, jsou zkrátka příliš velké, a právní jistota ohledně výsledku příliš nízká.²¹⁵

Účinné soukromoprávní prosazování bid riggingu v České republice a obecněji i v Evropské unii je tak prozatím spíše hudbou budoucna.

²¹⁴ Ust. 2988 a 2990 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

²¹⁵ MACI, Marsela, 2010, str. 143.

7. Závěr

Cílem této práce bylo poskytnout ucelený právní výklad o bid riggingu a analyzovat jeho dopady ve veřejných zakázkách v České republice, s přihlédnutím k evropské právní úpravě.

Bid rigging je definován jako nikoliv nevyhnutná koordinace soutěžitelů v prostředí výběrových řízení, která má za následek podání nabídek těmito soutěžiteli za podmínek mezi nimi akceptovaných. Riziko jeho výskytu je vyšší na trzích, kde působí omezené množství soutěžitelů, nicméně se může vyskytnout na jakýchkoli trzích. Byť je bid rigging považován za jedno z nejškodlivějších protisoutěžních jednání, nedaří se jeho případy zatím ve větší míře odhalovat a prokazovat.

Z hlediska soutěžního práva představuje bid rigging zakázanou dohodu narušující hospodářskou soutěž, která má charakter tzv. *hard-core* kartelu. Bid rigging se může projevat v řadě forem, vždy má však za následek závažné narušení, nebo dokonce vyloučení hospodářské soutěže. Právní úprava veřejných zakázek na bid rigging reaguje jen v omezeném rozsahu a obsahuje několik aplikačních nejasností. Nicméně v souhrnu její instituty, pokud budou pečlivě aplikovány, poskytují relativně široké možnosti prevence bid riggingu ve veřejných zakázkách, jakož i možnosti jeho snadnějšího odhalování. Z pohledu úpravy *de lege ferenda* se navrhuje doplnění účinné právní úpravy zejména o limitaci možnosti podat společnou nabídku pouze na ty případy, kdy by soutěžitelé podávající společnou nabídku nebyli schopni podat nabídky odděleně.

Současná právní úprava podrobně upravuje veřejnoprávní důsledky porušení zákazu bid riggingu. Zahrnuje jak nástroje preventivní, tak nástroje represivní povahy, a lze ji tak v tomto směru považovat za komplexní a vyváženou.

Předpisy práva občanského obsahují dostatečný právní základ pro případné soukromoprávní vymáhání subjektivních nároků vyplývajících z porušení zákazu bid riggingu. Na druhou stranu je nutné konstatovat, že praktické využití tohoto základu je znesnadněno ekonomickými i průkaznými překážkami do té míry, že její využití bude, alespoň v následujících několika letech, zřejmě spíše unikátem.

SEZNAM ZKRATEK

EU	Evropská unie
OECD	Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
Úřad	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ZOHS	zákon č. 143/2001 Sb., zákon o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů
ZVZ	zákon č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

POUŽITÉ ZDROJE

Monografie

JONES, Alison. SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 4. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2011. 1287 str. ISBN:978-0-19-957273-1

JURČÍK, Radek: *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck: 2012. 832 str., ISBN: 978-80-7179-222-2

KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou*. Praha: Linde, 2013, 1253 str., ISBN: 978-80-7201-888-8. 2013

MUNKOVÁ, Jindřiška, KINDL, Jiří. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2009, ISBN: 978-80-7400-173-4

MUNKOVÁ, Jindřiška; KINDL, Jiří; SVOBODA, Pavel. *Soutěžní Právo*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, 619 str. ISBN: 978-80-7400-424-7

PETR, Michal. DOSTAL, Ondřej: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže – Edice zákonů s judikaturou*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007. 300 str. ISBN: 978-80-7179-574-2

PETR, Michal. et kol: *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2010. 607 str., ISBN: 978-80-7400-307-3

PETR, Michal. DOSTÁL, Ondřej. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže – Edice zákonů s judikaturou*. Praha, C. H. Beck, 1. vyd. 2007, ISBN: 978-80-7179-574-2

RAUS, David. ORŠULOVÁ, Andrea: *Kartelové dohody*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009. 355 str. ISBN:978-80-7400-016-4

RAUS, David. NERUDA, Robert: *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 1. vyd. Praha: Linde, 2007. 895 str. ISBN: 978-80-7201-677-8

RAUS, David. NERUDA, Robert: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže: komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vyd. Praha: Linde, 2006. 671 str. ISBN: 80-7201-563-X

ŠVESTKA, Jiří. SPÁČIL, Jiří. ŠKÁROVÁ, Marta. HULMÁK, Milan: *Občanský zákoník: komentář*, 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2009, 2 sv., ISBN 978-80-7400-108-6

TICHÝ, Luboš: *Soukromé vymáhání kartelového práva*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze v nakl. Eva Rozkotová 2009. 236 str. ISBN: 978-80-904209-5-3

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2012. 1015 str. ISBN: 978-0-19-958655-4

Odborné články

ALBANO, Gian. SPAGNOLO, Giancarlo. ZANZA, Matteo: Regulating Joint Bidding in Public Procurement, *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, vyd. 5, č. 2, Online ISSN 1744-6422

KINDL, Jiří: *Některé problémy zavedení trestného činu „kartelu“ v novém trestním zákoníku*. *Právní rozhledy* 17/2010, ISSN 1210-641

KINDL, Jiří. *Soutěžně-právní posuzování horizontálních dohod*. *Právní rádce: Měsíčník Hospodářských novin*. Praha: *Economia*, 2006, 14(8).

MACEK, Ivo: *Odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže se zaměřením na bid rigging*, In COFOLA 2011 Sborník příspěvku z mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity 29. 4. – 1. 5. 2011 v Brně. ŽATECKÁ, Eva. KOVÁČOVÁ, Lucie. HORECKÝ, Jan. VOMÁČKA, Vojtěch, 1. vyd., Brno: Masarykova Univerzita, 2011, ISBN: 978-80-210-5582-7, dostupné z <https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/sbornik.html> , [cit. 27. března 2014]

MACI, Marsela: *Private Enforcement in Bid-Rigging Cases in the European Union*, *European Competition Journal*, vyd. 8, č. 1, 2012, str. 211-227(17), Online ISSN: 1757-8396

MIKULECKÝ, David: *K problematice kartelových dohod při veřejných zakázkách*. *Právní rozhledy*, Roč. 15, 15/2007, ISSN 1210-641

MOLDÉN, Robert: *Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective – Some Proposals for Better Interaction*, 2012, *Europarättslig tidskrift* č. 4, ISSN: 1403-8722, str. 557, dostupné z < <http://www.ert.se/content.asp?id=60> > [cit. 27. března 2014]

PETR, Michal: *Prostorové a časové souvislosti zásady ne bis in idem aneb může vstup ČR do EU znamenat beztrestnost pro účastníky kartelu?* *Právní rozhledy* 8/2009, ISSN 1210-641

RAUS, David: *Zákaz dohod narušujících hospodářskou soutěž a výjimky z tohoto zákazu po poslední novele zákona o ochraně hospodářské soutěže* *Právní rozhledy*, 2009, ISSN 1210-641

SÁNCHEZ, Graells, Albert. *Public Procurement: An Overview of EU and National Case Law (from an EU Competition Law Perspective)* [online]. *e-Competitions: National Competition Laws Bulletin*, 2011, č. 40647, dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=1968371>>, [cit. 27. 3. 2014]

ŠÁMAL, Petr: *Trestněprávní postih tzv. horizontálních kartelů podle nového trestního zákoníku*. *Bulletin advokacie* 7-8/2010, 1210-6348

ŠIMEČEK, Ivo: 77947. Bid rigging. *Epravo.cz* [online], 2011, dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/bid-rigging-77947.html> >, [cit. 27. března 2014]

Kvalifikační práce

MACI, Marsela. *Bid Rigging in the EU Public Procurement Market*. 2010, Queen Mary University of London, dostupné z <<http://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.528469>>, [cit. 27. března 2014].

Rozhodnutí Úřadu

Rozhodnutí jsou dostupná z <www.uohs.cz>

Rozhodnutí Úřadu č.j. UOHS-S222/06-3113/2007/710 ze dne 9. 2. 2007

Rozhodnutí Úřadu č.j. R 059-070, 075-078/2007/01-08115/2007/310 ze dne 26. 4. 2007

Rozhodnutí Úřadu, č.j. S159/2009/KD-4325/2010/850 ze dne 14.7.2010

Rozhodnutí Úřadu č.j. R 97,98,101,102/2010/HS-11415/2011/320/KPo ze dne 15.8.2011

Rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S300/2011/VZ-15541/2011/510/MLa ze dne 8. 11. 2011

Rozhodnutí Evropské Komise

Rozhodnutí Evropské komise č. 73/109/EEC ze dne 2. 1. 1973

Rozhodnutí Evropské komise ve věci IV/31.572 a 32.571 ze dne 5. 2. 1992

Rozhodnutí Evropské komise ve věci IV/35.691/E-4, ze dne z 21.10 1998

Rozhodnutí Evropské komise ve věci COMP/C.38.281/B.2 ze dne 20. 10. 2005

Rozhodnutí Evropské komise ve věci COMP/F/38.899 ze dne 24. 1. 2007

Judikatura

Rozhodnutí Soudního dvora EU č. T-305/94 ze dne 20. 4. 1990

Rozsudek Soudního dvora EU, C-453/99 ze dne 20. 9. 2001

Rozsudek Soudního dvora EU, C-259-298/04 ze dne 13. 7. 2006

Rozhodnutí Soudního dvora EU v spojených věcech C-239/11 P, C-489/11 P a C-498/11 P ze dne 19. 12. 2013

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 2 A 19/2002 ze dne 12.5.2005

Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 40-2007-204 ze dne 30. 9. 2008

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 1 Afs 78/2008 – 721, ze dne 25. 2. 2009

Rozsudek Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Ca 15/2007 – 519 ze dne 8. 1. 2008

Rozsudek Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Af 61/2011 – 245 ze dne 12. 6. 2013

Právní předpisy

Důvodová zpráva k zákonu č. 360/2012 Sb., zákon, kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Nařízení Rady č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy

Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o určitých pravidlech upravujících žaloby o náhradu škody podle vnitrostátního práva v případě porušení právních předpisů členských států a Evropské unie v oblasti hospodářské soutěže, COM (2013) 404 final, 2013

SLOVENSKÁ REPUBLIKA, zákon č. 136/2001 Z.z., zákon o ochrane hospodárskej súťaže, v znení nehorších predpisov, ust. § 4 odst. 3 písm. f), dostupné z <
<http://www.antimon.gov.sk/zakon-o-ochrane-hospodarskej-sutaze/>>, [cit. 27. března 2014]

Smlouva o fungování evropské unie

Zákon o ochraně hospodářské soutěže, zákon č. 63/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 143/2001 Sb., zákon o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 320/2001 Sb., zákon o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 418/2011 Sb., zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 89/2012, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Soft law

Bílá kniha o žalobách o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES. Evropská komise, KOM (2008) 165 final, 2008

Oznámení Komise č. 2001/C 368/07 o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství

Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný ze dne 8. 9. 2009, dostupné z <<https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/oznameni-o-dohodach-de-minimis.html>>, [cit. 27. března 2014]

Sdělení Komise č. 2011/C 11/01 - Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci

Zelená kniha Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES, Evropská komise, KOM (2005) 672 final, 2005

Další zdroje:

Collusion and Corruption in Public Procurement 2010. Policy Roundtable [online], OECD, 2010, dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/35/16/46235399.pdf>>, [cit. 27. března 2014]

Fighting Bid Rigging in Public Procurement [online], OECD, 2009, dostupné z <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>>, [cit. 27. března 2014]

Informace Competition Bureau, kanadský soutěžní úřad [online], dostupné z <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00110.html>, [cit. 27. března 2014]

Informace Úřadu [online], vydáno dne 17. 3. 2011, dostupné z <<https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/statistiky/prehled-nejvyssich-pokut-ulozenych-v-oblasti-hospodarske-souteze.html>>, [cit. 27. března 2014]

Informační list *Bid Rigging* [online], Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, dostupné z <<http://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/informacni-listy.html>>, [cit. 27. března 2014]

Majetkově a personálně propojené osoby aneb legální bid rigging? [online], bezkorupce.cz, vydáno 10. 2. 2014, dostupné z <<http://www.bezkorupce.cz/blog/2014/02/10/majetkove-a-personalne-propojene-osoby-aneb-legalni-bid-rigging/>>, [cit. 27. března 2014]

Metodický text: Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek [online], Ministerstvo pro místní rozvoj, 2008,

dostupné z <<http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Ruzne/Sbornik-autorskych-textu-Jak-zohlednovat-principy>>, [cit. 27. března 2014]

Nezávazné stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže [online], č.j. ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe, ze dne 3. 2. 2014, dostupné z <http://www.bezkorupce.cz/wp-content/uploads/2014/02/178930779_0_D051_2014_Bid_rigging_a_majetkove_propojene_osoby_oziveni.pdf>, [cit. 27. března 2014]

Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku [online], OECD, 2009, dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/29/44/42886665.pdf>>, [cit. 27. března 2014]

Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement [online], OECD, 2012, dostupné z <<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>>, [cit. 27. března 2014]

Souhrnný statistický přehled veřejných zakázek - Podrobné statistiky veřejných zakázek za rok 2012 [online], Ministerstvo pro místní rozvoj, dostupné z <<http://www.portal-vz.cz/cs/Informacni-systemy-a-elektronicke-vzdelavani/Information-System-on-Public-Contracts/Statistical-Outputs-on-Public-Contracts/Souhrnny-statisticky-prehled-verejnych-zakazek>>, [cit. 27. března 2014]

Resumé

Práce se zabývá uceleným právním výkladem o bid riggingu a jeho projevech ve veřejných zakázkách. Bid rigging definován jako nikoli nevyhnutá koordinace soutěžitelů ve výběrových řízeních, která je realizována tím, že tito soutěžitelé podávají nabídky podle podmínek mezi nimi akceptovaných. Práce stručně shrnuje dostupné poznatky o výskytu bid riggingu a to zejména s ohledem na jedině dva případy bid riggingu, které se do dnešního dne v České republice podařilo identifikovat, prokázat a potrestat. Tyto poznatky dokládají, že ačkoliv je riziko výskytu bid riggingu vyšší zejména na trzích s omezeným počtem účastníků, může se vyskytovat na jakýchkoli trzích.

Práce dále poskytuje výklad o bid riggingu jako zakázané dohodě narušující hospodářskou soutěž, která má vždy za následek narušení nebo vyloučení soutěže, a představuje tak jedno z nejzávažnějších protisoutěžních jednání, které může působit obrovské ekonomické škody. Samostatná kapitola je věnována projevům bid riggingu ve veřejných zakázkách. Tato kapitola analyzuje právní základ zákazu bid riggingu ve veřejných zakázkách, jeho dopady na principy hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti ve veřejných zakázkách, a poukazuje na faktory, které mohou výskyt bid riggingu podporovat. S ohledem na tuto analýzu práce formuluje několik doporučení pro prevenci bid riggingu ve veřejných zakázkách a návrhů *de lege ferenda*.

Konečně se práce zabývá veřejnoprávními a soukromoprávními důsledky vyplývajícími z porušení zákazu bid riggingu. Práce shrnuje, že ačkoliv účinná právní úprava poskytuje dostatečný právní základ jak pro veřejnoprávní, tak pro soukromoprávní prosazování zákazu bid riggingu, účinnost soukromoprávních prostředků je značně omezena ekonomickými a faktickými překážkami, které bude i do budoucna náročně překonat.

Summary

The thesis provides for a comprehensive legal overview of bid rigging and its manifestation in public procurement. Bid rigging is defined as coordination of competitors in tenders which is not necessary and which is executed when these competitors submit bids according to the conditions agreed among them. The thesis briefly sums up available information on occurrence of bid rigging with emphasis on the only two cases of bid rigging that have been identified, proved and sanctioned in the Czech Republic. This information suggests that despite the fact that the risk of bid rigging is higher at certain markets, notably markets with limited number of competitors present thereon, it may take place in any market.

Bid rigging is further analysed as a prohibited agreement distorting competition which always distorts or prevents competitions and as such is considered one of the most serious anti-competitive practices capable of causing immense economic damage. A separate chapter tackles bid rigging in public procurement. This chapter analyses legal basis of prohibition of bid rigging in public procurement, its impact on principles of efficiency, effectiveness and expediency, and points out factors that may support occurrence of bid rigging. With regards to this analysis, the thesis formulates several recommendations for prevention of bid rigging in public procurement and proposals *de lege ferenda*.

Finally, the thesis tackles consequences arising from violations of the prohibition of bid rigging, including both public and private law instruments and provides for a brief analysis of the potency of their applicability. The thesis finally concludes that despite the fact that applicable legal regulation provides for sufficient legal basis for both public and private enforcement of the prohibition of bid rigging, effectiveness of the private enforcement is significantly limited by the economic and factual obstacles which may be hard to overcome even in the future.

Název práce: Bid rigging ve veřejných zakázkách

Klíčová slova: bid rigging, hospodářská soutěž, veřejné zakázky, kartel,

Title of the thesis: Bid rigging in public procurement

Key words: bid rigging, competition, public procurement, cartel,