

**Univerzita Palackého v Olomouci**  
**Právnická fakulta**

**Tomáš Vít**

**Účast konsorcií ve veřejných soutěžích z pohledu soutěžního  
práva**  
**Diplomová práce**

**Olomouc 2019**

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma Účast konsorcií ve veřejných soutěžích z pohledu soutěžního práva vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 28.3. 2019

.....

Tomáš Vít

Chtěl bych zde poděkovat JUDr. Michalu Petrovi, PhD., za odborné vedení mé diplomové práce, za užitečné rady a připomínky, které mi vždy ochotně poskytl.

## Obsah

Seznam použitých zkratk	6
Úvod	7
<b>1 Podání společné nabídky v rámci konsorcia</b>	<b>9</b>
1.1 Pojem	9
1.2 Důvody pro sdružování se za účelem společné nabídky na straně účastníků konsorcia	10
1.3 Benefity a rizika pro hospodářskou soutěž	10
1.4 Smlouva o konsorciu a povaha uskupení v právním řádu ČR	11
1.5 Účast konsorcií dle právních předpisů upravujících veřejné zakázky	13
<b>2 Vymezení soutěžněprávní úpravy použitelné na consortium bidding</b>	<b>15</b>
2.1 Vymezení vůči aplikaci právní úpravy koncentrací	15
2.2 Unijní úprava zakázaných dohod	17
2.3 Národní úprava zakázaných dohod	18
2.4 Aplikace úpravy zakázaných dohod	19
<b>3 Posouzení možnosti narušení hospodářské soutěže dle čl. 101 odst. SFEU a § 3 odst. 1 ZOHS</b>	<b>20</b>
3.1 Konkurent (schopnost podat vlastní nabídku na základě vlastních zdrojů)	23
3.1.1 Alokované zdroje	24
3.1.2 Posouzení záměru	25
3.1.3 Posouzení rizika	25
3.2 Potencionální konkurent (schopnost samostatně podat nabídku bez dispozice s dostatečnými zdroji)	26
3.2.1 Posouzení reálné schopnosti podat nabídku	26
3.2.2 Schopnost podat nabídku na část rozdělené zakázky	29
3.2.3 Dílčí závěr	30
3.3 Forma omezení soutěže	31
3.3.1 Obecné rozlišení forem narušení hospodářské soutěže	31
3.3.2 Forma omezení hospodářské soutěže v důsledku Consortium biddingu	32
<b>4 Výjimky vyplývající z právní úpravy soutěžního práva</b>	<b>38</b>
4.1 Aplikace doktríny <i>de minimis</i>	38
4.2 Blokové výjimky	39
4.3 Aplikace výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU a § 3 odst. 4 ZOHS	39
4.3.1 Růst efektivnosti	40
4.3.2 Přínos efektivnosti pro spotřebitele	41
4.3.3 Nemožnost dosažení efektivnosti jinou cestou (nezbytnost)	42
4.3.4 Nedochází k potlačení soutěže	44
<b>Závěr</b>	<b>46</b>
<b>Bibliografie</b>	<b>49</b>
Monografie a komentáře	49
Odborné články	49
Internetové zdroje	50
Právní předpisy	52
Rozhodnutí	53
Ostatní	53
<b>Abstrakt</b>	<b>55</b>
<b>Abstract</b>	<b>56</b>

<b>Klíčová slova .....</b>	<b>57</b>
<b>Key words .....</b>	<b>57</b>
<b>Přílohy.....</b>	<b>58</b>
Příloha č. 1.....	58

## Seznam použitých zkratk

<b>CCPC</b>	Competition and Consumer Protection Commission (Irský soutěžní úřad)
<b>ČR</b>	České republika
<b>DCCA</b>	Danish Competition and Consumer Authority
<b>EEA</b>	Dohoda o Evropském hospodářském prostoru
<b>EU</b>	Evropská unie
<b>Komise</b>	Evropská komise
<b>OZ</b>	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
<b>Pokyny</b>	Sdělení Komise – Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci
<b>Rada</b>	Rada Evropské unie
<b>SD EU</b>	Soudní dvůr Evropské unie
<b>SFEU</b>	Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie
<b>Soud EFTA</b>	Soudní dvůr Evropského sdružení volného obchodu
<b>SOZ</b>	Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
<b>ÚHOS</b>	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
<b>ZOHS</b>	Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže
<b>ZVZ</b>	Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

## Úvod

Účast konsorcií ve veřejných soutěžích je situace, kdy se dva nebo více podnikatelů (soutěžitelů) sdruží za účelem podání společné nabídky do veřejných soutěží, tedy vytvoří nabídkové konsorcium, jehož prostřednictvím podají nabídku a soutěží o zakázku (i.e konsorciijní podání nabídky či consortium bidding). Veřejnou soutěží pro účely této práce je zejména soutěž o veřejnou zakázku dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek a soutěž vyhlášenou soukromým subjektem. Legislativou umožňující podání společných nabídek, je národní a unijní právní úprava veřejných zakázek, která výslovně povoluje účast dodavatelských sdružení bez ohledu na jejich právní status. Zmíněná úprava přináší sdruženým podnikatelům možnost účastnit se soutěže i v případech, kdy by nebyli samostatně schopni podat nabídku, čímž dochází k zvýšení konkurenceschopnosti podnikatelů a zároveň k zvýšení soutěže. Z konsorciijního podávání nabídek mohou profitovat jak podnikatelé, tak zadavatelé. Proto je uvedený způsob kooperace mezi podnikateli hojně využíván napříč evropskými státy včetně ČR. Nicméně, podávání společných nabídek v rámci konsorcia může být v určitých situacích protiprávní z pohledu soutěžního práva EU a ČR, a to i přesto, že jde o povolenou praxi z pohledu právní úpravy veřejných zakázek. Podáním společné nabídky v rámci konsorcia, které je tvořeno soutěžiteli, může potencionálně dojít k narušení nebo eliminaci hospodářské soutěže. I přes četnost consortium biddingu není problematika možné kolize s pravidly hospodářské soutěže dosud specificky řešena v rámci judikatury EU. Nicméně existuje několik poměrně aktuálních odborných publikací, které se zabývají souladností consortium biddingu se soutěžním právem EU. Lze mít za to, že zvýšený zájem o toto téma vyvolalo ojedinělé rozhodnutí Soudu EFTA ve věci norských taxikářů. K podrobnějšímu náhledu na danou problematiku podstatným způsobem přispěly také pokyny vydané DCCA a CCPC. Za důležitý zdroj lze také označit Pokyny vydané Komisí, jež odrážejí rozhodovací praxi EU ve vztahu k horizontálním dohodám. V této práci budou zejména představeny a analyzovány jednotlivé názory a přístupy k posouzení consortium biddingu z pohledu soutěžního práva.

Cílem této diplomové práce je analyzovat úpravu soutěžního práva EU dopadající na consortium bidding a určit kritéria stanovující souladnost consortium biddingu se soutěžním právem EU. Vzhledem k podobnosti unijní a národní úpravy soutěžního práva bude analýza současně probíhat s ohledem na právní úpravu ČR. Z důvodu limitujícího rozsahu této práce, bude zároveň soutěžněprávní analýza zaměřena pouze na horizontální dohody mezi soutěžiteli.

Diplomová práce je obsahově rozdělená do čtyř kapitol. V první kapitole bude představena praxe podávání společných nabídek spolu s motivačními faktory k takovéto činnosti a možnými

dopady na hospodářskou soutěž. Zároveň bude vymezen pojem konsorcium jako forma sdružení, neboť v praxi je tento termín často využíván, přičemž není právně definován a konsorcium pak reálně může představovat řadu různých forem sdružení. Dále bude představena právní úprava veřejných zakázek dopadající na společné podávání nabídek, která spolu s výše uvedeným v rámci první kapitoly vytvoří obecný vhled do problematiky. V druhé kapitole bude prioritně vymezen právní rámec aplikovatelné soutěžněprávní úpravy na Consortium bidding. Pro stanovení právního rámce bude provedena analýza aplikovatelnosti právní úpravy spojování soutěžitelů, a především právní úpravy zakázaných dohod. Třetí kapitola představuje stěžejní část této práce. V té budou analyzována specifická kritéria, na jejichž základě je možné určit, zda v rámci consortium biddingu došlo nebo může dojít k narušení hospodářské soutěže dle čl. 101 odst. 1 SFEU (§ 3 odst. ZOHS). Zároveň bude zkoumáno, jakou formou může consortium bidding narušit soutěž. Zejména, zda lze consortium bidding považovat *a priori* za dohodu s cílem omezit hospodářskou soutěž, u které není nutné zkoumat faktické účinky na soutěž. V rámci čtvrté kapitoly budou představeny tři výjimky a jejich specifické podmínky, které v případě zjištění narušení soutěže dle kritérií uvedených v předchozí kapitole, mohou zajistit souladnost consortium biddingu se soutěžním právem.



# 1 Podání společné nabídky v rámci konsorcia

## 1.1 Pojem

Praxi podávání společné nabídky lze vymezit jako situaci, kdy dva nebo více soutěžitelů společně a otevřeně podají nabídku do veřejné soutěže.<sup>1</sup> Soutěžitelé se za tímto účelem sdružují do konsorcií na základě smlouvy o konsorciu nebo jiné smluvní formy. Samotný pojem konsorcium však v současné právní úpravě ČR není zakotven, a proto bude níže konkrétněji vymezen. V zahraničí bývá pojem konsorcium spojován právě s podáváním společných nabídek, kde je tato praxe označována jako „*consortium bidding*“.<sup>2</sup> Dále je možné se setkat s označením „*joint bidding*“,<sup>3</sup> „*clubbing*“<sup>4</sup> v případě Spojených států nebo „*joint tendering*“. I když, dle Rittra, pojem joint tendering z pohledu soutěžního práva zároveň zahrnuje, kromě nabídek podaných konsorciem, také subdodavatelství.<sup>5</sup>

Joint bidding lze pokládat za široce rozšířenou praxi.<sup>6</sup> O četnosti využívání v rámci Evropy svědčí fakt, že v řadě zemí byly ze strany úřadů dohlížejících na hospodářskou soutěž vydány pokyny pro podávání společných nabídek. Například lze poukázat na pokyny vydané pro Irskou Republiku<sup>7</sup> nebo pro Wales<sup>8</sup>. Za zmínku stojí zejména pokyny vydané DCCA v roce 2018, které lze považovat za nejpropracovanější ve vztahu k joint biddingu. Uvedené pokyny konstatují, že právě společné nabídky jsou v Dánsku běžnou praxí, jež může být přínosem pro veřejné i privátní zadavatele. Jak dokládá Věstník veřejných zakázek, ČR není v rozšířenosti podávání společných nabídek skrze konsorcia výjimkou.<sup>9</sup> Nicméně ze strany ÚOHS prozatím žádné pokyny vydány nebyly, a proto je vhodné se inspirovat právě pokyny a rozhodovací praxí ze sousedních zemí.

---

<sup>1</sup> THOMAS, Christopher. Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, roč. 6, č. 9, s. 629.

<sup>2</sup> SLAUGHTER AND MAY. *Private equity and competition law: consortium bids* [online]. Slaughterandmay.com, 1. dubna 2014 [cit. 4. ledna 2019]. Dostupné na <<http://www.slaughterandmay.com/what-we-do/publications-and-seminars/publications/newsletters-and-briefings/2014/private-equity-and-competition-law-consortium-bids.aspx>>; obdobně COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION COMMISSION. *How to comply with competition law when tendering as part of a consortium A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)* [online]. ccpc.ie, prosinec 2014 [cit. 12. února. 2019]. Dostupné na <[https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide\\_0.pdf](https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide_0.pdf)>; DANISH COMPETITION AND CONSUMER AUTHORITY. *Joint bidding guidelines* [online]. en.kfst.dk, 5. června. 2018 [cit. 6. ledna. 2019]. Dostupné na <[https://www.en.kfst.dk/media/50765/050718\\_joint-bidding-guidelines.pdf](https://www.en.kfst.dk/media/50765/050718_joint-bidding-guidelines.pdf)>.

<sup>3</sup> THOMAS: Two Bids..., s. 629.

<sup>4</sup> SLAUGHTER AND MAY. *Private equity* ...

<sup>5</sup> RITTER, Cyril. *Joint tendering under EU competition law* [online]. papers.ssrn.com, 1. února 2017 [cit. 6. ledna 2019]. Dostupné na <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2909572&fbclid=IwAR2H7GDZzMsYpsfWpPjOmHcPK2Qrj7IZLE524x7t4O282EiK5kUHjiGjG4](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572&fbclid=IwAR2H7GDZzMsYpsfWpPjOmHcPK2Qrj7IZLE524x7t4O282EiK5kUHjiGjG4)>. s. 2.

<sup>6</sup> ALBANO, Gian Luigi, SPAGNOLO, Giancarlo, ZANZA, Matteo. Regulating joint bidding in public procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, roč. 5, č. 2, s. 335.

<sup>7</sup> CCPC. *How to comply...*

<sup>8</sup> WELSH GOVERNMENT. *Joint Bidding Guide* [online]. gov.wales, 19. listopad. 2015 [cit. 6. ledna. 2019]. Dostupné na <<https://gov.wales/docs/dpsp/publications/valuewales/151119-bidding-guide-en.pdf>>.

<sup>9</sup> PETR, Michal. Konsorcia ve výběrových řízeních z hlediska soutěžního práva. *Antitrust : revue soutěžního práva*, 2017, roč. 2017, č. 4, s. 115.

## 1.2 Důvody pro sdružování se za účelem společné nabídky na straně účastníků konsorcia

Motivačních faktorů, které vedou k rozhodnutí se sdružit za účelem podání společné nabídky, může na straně podnikatelů existovat celá řada. Důvodem může být, jak stanovil CCPC, nemožnost podnikatele se samostatně účastnit tendru. Může jít o případy, kdy podnikatel nemá samostatně dostatečný obrát, finanční kapacitu či předchozí zkušenosti požadované zadavatelem. Dále podnikateli může chybět dostatečný zeměpisný dosah, technické vybavení, dovednosti nebo odborné znalosti pro plnění zakázky.<sup>10</sup> V důsledku toho jsou pak určité pokyny pro joint bidding zaměřeny na malé a střední podniky, u kterých se uvedené nedostatky předpokládají.<sup>11</sup>

I v situaci, kdy je podnikatel schopen samostatně podat nabídku, mohou existovat důvody pro kooperaci za účelem podání společné nabídky. Mezi ně patří například rozdělení rizika, ušetření nákladů, zvýšení investic, sloučení know-how, zvýšení jakosti a rozmanitosti produktů a urychlení inovace. Tohoto lze dosáhnout spojením doplňujících činností, odborností a aktivitami.<sup>12</sup> Tyto faktory pak mohou zvýšit atraktivitu nabídky a zároveň tak zvýšit pravděpodobnost úspěchu v soutěži. Za motivační faktor lze považovat také záměr podnikatele nealokovat všechny prostředky pro jednu zakázku a ponechat si je pro jiné budoucí projekty. Benefitem pro podnikatele může být dále skutečnost, že vytvoření konsorcia bez právní osobnosti na smluvním podkladě je legislativně a organizačně podstatně jednodušší, než založení nové obchodní společnosti (viz níže). Samozřejmě se může ze strany podnikatelů jednat o motivaci úmyslně zakrýt protiprávní činnost nebo si zjednat nelegální výhodu ve vztahu k veřejné soutěži.

Je důležité, že většina ze zmíněných motivačních faktorů je zároveň klíčovými prvky v posouzení, zda se nejedná o protiprávní podání společné nabídky z pohledu soutěžního práva.

## 1.3 Benefity a rizika pro hospodářskou soutěž

Výše uvedené faktory zároveň přímo souvisí at' už s pozitivními nebo negativními dopady na hospodářskou soutěž. Umožněním podání společné nabídky podnikatelům může mít pro i proti soutěžní efekt. Podnikatelům neschopným samostatně podat nabídku, umožňuje konsorcium spojit své zdroje a překonat tím překážku bránící účasti v soutěži. V přímém důsledku pak dochází k navýšení soutěže. Na druhou stranu zde vzniká možnost, že společnou nabídku podají společnosti, které jsou schopny podat nabídku i samostatně, čímž naopak dochází k redukci soutěže.<sup>13</sup> V průběhu posledních několika desetiletí bylo publikováno několik ekonomických analýz zabývajících se pro nebo proti soutěžním efektem joint biddingu v rámci různých forem veřejných

---

<sup>10</sup> CCPC. *How to comply...*, s.3-4.

<sup>11</sup> WELSH GOVERNMENT. *Joint Bidding...*; CCPC. *How to comply...*

<sup>12</sup> Pokyny s. 4.

<sup>13</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 4.

soutěží. Za zmínku stojí například závěry studie, která zkoumala pro a proti soutěžní účinky joint biddingu v rámci specifických zakázek. Tyto zakázky se týkaly elektrárenské, vodárenské, silniční a kanalizační infrastruktury. Ve studii bylo konstatováno, že se rozsah využívání joint biddingu liší v závislosti na různých státech a odvětvích. Nicméně, až na výjimky nebyly zjištěny žádné důkazy o kompatibilitě joint biddingu s hospodářskou soutěží. Mezi výjimky patří kooperace mezi lokálními a zahraničními podnikateli v oblasti silničních zakázek. Dále bylo zjištěno, že joint bidding v zakázkách týkajících se kanalizační a vodárenské infrastruktury přiměl podnikatele k předložení cenově výhodnějších nabídek. Z analýzy zároveň vyplynulo, že sdružování výhradně zahraničních podnikatelů je značně protisoutěžní, neboť se nabídky zdají být systematicky zvýšené. Naopak v případě sdružování zahraničních podnikatelů s lokálními dochází k pozitivním efektu na soutěž.<sup>14</sup>

Joint bidding může zároveň sloužit jako nástroj nebo zástěrka jednání narušující hospodářskou soutěž.<sup>15</sup> Ze strany podnikatelů může například docházet k činnosti, kdy zpravidla v důsledku tajné a zakázané dohody mezi soutěžiteli dochází ke zvýšení ceny, snížení kvality zboží nebo služeb (i.e. bid rigging).<sup>16</sup> Zároveň může sloužit jako prostředek okamžitého sdílení profitu mezi účastníky podílejících se na bid riggingu.<sup>17</sup> Tento názor sdílí i OECD, která v pokynech pro boj proti bid riggingu označuje společné nabídky jako jeden ze signálů napovídajících o existenci bid riggingu. Současně nabádá k ostražitosti i v případech, kdy podnikatelé nejsou schopni podat samostatnou nabídku.<sup>18</sup>

## 1.4 Smlouva o konsorciu a povaha uskupení v právním řádu ČR

Pro účely této diplomové práce lze také považovat za vhodné věnovat pozornost i postavení konsorcia v právním řádu a jeho vývoji. Jak již bylo zmíněno, pojem konsorcium je v českém i zahraničním prostředí velmi často využíván. Obecně je tento termín používán pro smluvní sdružení osob sdružených za společným účelem, přičemž si každý účastník zachovává vlastní právní status.<sup>19</sup> Zároveň se ze své podstaty jedná o provizorní uskupení, které na rozdíl od svých

---

<sup>14</sup> ESTACHE, Antonio, LIM, Atsushi. Joint Bidding in Infrastructure Procurement. *World Bank Policy Research Working Paper No. 4664* [online]. 1. července 2008 [cit. 8. 1. 2019]. Dostupné na <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1232760](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1232760)> s. 26 – 27.

<sup>15</sup> Tamtéž s. 26

<sup>16</sup> ÚOHS. *Zadávání veřejných zakázek a zakázané dohody dodavatelů* [online]. uohs.cz, [cit. 6. února. 2019]. Dostupné na <<https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/osveta-a-transparentnost-verejnych-zadavatelu/publikace.html>> s. 74.

<sup>17</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 2

<sup>18</sup> OECD. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* [online]. oecd.org, 2009 [cit. 8. 1. 2019]. Dostupné na <<https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>> s. 12.

<sup>19</sup> EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE. *What is a joint venture or a consortium?* [online]. eui.eu, 17. srpna 2017 [cit. 4. ledna. 2019]. Dostupné na <<https://www.eui.eu/About/ProcurementattheEUI/FAQs/What-is-a-joint-venture-or-a-consortium>>

členů není předmětem registrace a nevyžaduje vlastní označení a sídlo.<sup>20</sup> Nicméně v současné době v rámci ČR žádný právní institut pod názvem konsorcium neexistuje. Pod pojmem konsorcium se tak může skrývat celá řada různorodých forem uskupení. Historicky bylo konsorcium jako právní institut upraveno v § 106za zákona č. 109/1964 Sb., hospodářského zákoníku, ve znění zákona č. 539/1991 Sb. účinném ke dni 20. prosince 1991 (dále jen „Hospodářský zákoník“), který definoval konsorcium jako smluvní sdružení osob k provedení jednoho nebo více obchodních případů na společný účet, které se nezapisuje do podnikového rejstříku. Současně všichni účastníci konsorcia přispívají stejnou měrou k provedení společného obchodního případu.<sup>21</sup> Dle Hospodářského zákoníku se jednalo o formu způsobu podnikání.

Hospodářský zákoník byl zrušen zákonem č. 513/1991, obchodním zákoníkem, čímž přestal v právním řáde pojem konsorcium existovat. Nicméně úprava sdružení byla převzata SOZ s účinností k 1. 1. 1992, která byla platná i pro sdružení v oblasti podnikání.<sup>22</sup> Základní atributy sdružení vzniklé na základě smlouvy o sdružení dle § 829 a násl. SOZ zůstaly v zásadě stejné jako u konsorcia s tou výjimkou, že zákonná úprava sdružení se již netýkala pouze podnikatelského prostředí. Současně došlo k podrobnějšímu vymezení práv a povinností účastníků. Sdružení dle zmíněné úpravy odpovídalo charakteristice konsorcia, jak bylo obecně vymezeno na základě zahraničních zdrojů (viz výše).

S přijetím OZ došlo k 1. 1. 2014 k další změně v právní úpravě sdružení. Smlouva o sdružení byla nahrazena společností dle § 2716 a násl. OZ. Právní úprava společnosti zachází do větších detailů úpravy práv a povinností účastníků, než tomu bylo v SOZ v rámci smlouvy o sdružení. V souvislosti se soutěžním právem lze pokládat za zajímavý poznatek zmíněný v komentáři k § 2716, kde Sedláček ve vztahu k účelu společnosti poznamenal, že se nesmí „[...] *jednat o účel zákonem zakázaným, neboť v takovém případě by společenská smlouva byla neplatná. Příkladem zakázaného účelu mohou být např. dohody mezi soutěžiteli narušující soutěž podle § 3 OHS*“.<sup>23</sup> Otázkou pak může být, jaké důsledky by taková neplatnost měla na vliv plnění zakázky. Vhodné je také vyzdvihnout explicitní zákaz konkurenčního jednání společníků bez souhlasu ostatních společníků stanovený v § 2727 OZ. Zákaz platí ve vztahu k účelu smlouvy. Společníci se v případě porušení mohou dožadovat zdržení konkurenčního jednání negatorní žalobou.<sup>24</sup> Samotná právní úprava společnosti tedy může mít vliv na soutěž mezi soutěžiteli.

---

<sup>20</sup> SZYDLO, Wojciech. Consortium Agreements As A Way For Joint Bidding For A Public Contract In The Polish Public Procurement Law. *Eurasian Journal of Social Sciences*, 2018, roč. 6, č. 3, s. 1.

<sup>21</sup> Zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník, ve znění zákona č. 539/1991 Sb. účinném ke dni 20. prosince 1991

<sup>22</sup> MACEK, Jiří. In ŠVESTKA, Jiří a kol. *Občanský zákoník I, II.* 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 2325 (§ 829).

<sup>23</sup> SEDLÁČEK, Dušan. In HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)* 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, (§ 2716) s. 1245.

<sup>24</sup> Tamtéž, s. 1253.

Z výše uvedeného vyplývá, že v současné době je možné setkat se s dosud platnými konsorcií vzniklými na základě smlouvy o sdružení dle § 829 SOZ a zároveň s konsorcií ve formě společnosti dle § 2716 OZ. Nicméně, jak vyplývá ze smluv zveřejněných v souvislosti s účastí konsorcií ve veřejných zakázkách, podnikatelé často vytvářejí konsorcia na základě inominátních smluv s odkazem na § 1746 odst. 2 OZ. Zajímavostí je, že někteří účastníci ve smlouvách explicitně stanovují, že konsorcium vzniklé na základě dané smlouvy není společností dle § 2716 OZ. Příkladem může být smlouva o konsorciu KPMG a Deepview vzniklá za účelem účasti ve veřejné zakázce s číslem 27/2017.<sup>25</sup>

Pro účely této diplomové práce lze považovat všechny z výše uvedených forem za konsorcia, neboť se jedná o kooperační uskupení podnikatelů vzniklá na základě smlouvy, za určitým účelem a bez právní osobnosti.

## 1.5 Účast konsorcií dle právních předpisů upravujících veřejné zakázky

I přesto, že je téma diplomové práce zaměřeno na podávání společných nabídek z pohledu soutěžního práva, lze pokládat za vhodné představit joint bidding ve světle právní úpravy veřejných zakázek. Na úrovni právní úpravy EU se především jedná o Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**Směrnice**“), která joint bidding v obecné rovině výslovně umožnila. Nicméně specifická kritéria Směrnice neuvádí a dává tak členským státům impulz k provedení vlastní úpravy a zároveň prostor k bližší specifikaci dané problematiky. Na národní úrovni upravuje možnost podání společných nabídek ZVZ, který 1. 1. 2016 nahradil zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

Směrnice v čl. 19 odst. 2 stanovuje ve vztahu k možnosti účasti na veřejné zakázce následující: „*Skupiny hospodářských subjektů včetně dočasných sdružení se mohou účastnit zadávacích řízení. Veřejní zadavatelé od nich nemohou vyžadovat určitou právní formu k tomu, aby mohly podat nabídku nebo žádost o účast*“. Hospodářský subjekt je přitom v čl. 2 odst. 10 definován jako „*[...] jakákoli fyzická nebo právnická osoba nebo veřejný subjekt nebo skupina těchto osob nebo subjektů, včetně dočasných sdružení podniků, které na trhu nabízejí provedení stavebních prací nebo stavby, dodání výrobků nebo poskytování služeb.*“<sup>26</sup> Z uvedené úpravy jasně vyplývá možnost konsorcií jako skupin ekonomických subjektů participovat v soutěži o veřejnou zakázku, neboť Směrnice nevyžaduje specifickou právní formu,

---

<sup>25</sup> REGISTR SMLUV. *Generální finanční ředitelství – Smlouva o dílo\_Rámcová dohoda o poskytování služeb (ePPAK) (AVISme 2018001161)* [online]. smlouvy.gov.cz, 14. listopadu 2018 [cit. 7. ledna. 2019]. Dostupné na <<https://smlouvy.gov.cz/smlouva/7311975>>.

<sup>26</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. Věst. L 94, 28. března 2014.

kteřou by konsorcium muselo splňovat. Jedinou výjimku obsahuje čl. 19 odst. 3 Směrnice, který stanovuje, že veřejní zadavatelé mohou pro získání zakázky vyžadovat, aby skupina hospodářských subjektů přijala, je-li to nezbytné pro plnění zakázky, určitou právní formu.<sup>27</sup>

Problematiku veřejných zakázek v současné době na území ČR upravuje především ZVZ, jenž je slučitelný s uvedenou Směrnicí.<sup>28</sup> Možnost spojení se a podání společné nabídky lze přímo dovodit z § 5 ZVZ, který stanovuje, že „[d]odavatelem se rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně.“ Z uvedeného vyplývá, že za jediného dodavatele ZVZ považuje i situaci, kdy je na dodavatelské straně více subjektů nezávisle na právní formě sdružení, zároveň není ani důležité, zda se jedná o ad hoc sdružení nebo sdružení trvalé. I přesto, že na základě gramatického výkladu by bylo možné dovodit, že ZVZ přiznává práva a povinnosti skupinám subjektů označeným jako dodavatel, tedy i subjektům, které právní osobnost nemají, nelze tento výklad přijmout, neboť termín dodavatel je spíše legislativní zkratkou a nositeli práv a povinností jsou vždy subjekty s právní osobností, jež sdružení tvoří. Uvedený výklad zároveň vyplývá z ustanoveních § 82 a § 84 ZVZ, které pro účely kvalifikace striktně rozlišují mezi jednotlivými dodavateli.<sup>29</sup> Ustanovení § 84 ZVZ je zároveň klíčové ve vztahu k joint biddingu tím, že umožňuje dodavateli, který sám není schopen splnit technické nebo ekonomické kvalifikační předpoklady, a tedy podat samostatnou nabídku, spojit se s jiným dodavatelem a prokázat kvalifikační předpoklady společně, pokud zadavatel neurčí jiná pravidla. Pro kontext lze doplnit, že ustanovení § 82 ZVZ naopak stanovuje, že základní a profesní způsobilost prokazují společní podavatelé nabídky samostatně.

Problematiku podávání společných nabídek dále upravuje § 103 ZVZ, který stanovuje, že v případě podání společné nabídky může zadavatel požadovat, aby dodavatelé v rámci společné nabídky doložili, jak bude rozdělená odpovědnost v případě plnění zakázky. Případně může zadavatel vyžadovat, aby dodavatelé odpovídali společně a nerozdílně. V případě pasivity zadavatele je čistě na sdružení, jak budou práva a povinnosti mezi účastníky rozděleny.

Posledním významným ustanovením dotýkajícím se problematiky společných nabídek je ustanovení § 58 odst. 4 ZVZ, které upravuje institut užšího řízení. Užší řízení je formou zadávání veřejné zakázky, ve které v první fázi zadavatel vyzývá neomezený počet dodavatelů k prokázání kvalifikace a ve druhé fázi vyzývá kvalifikované dodavatele k podání nabídky.<sup>30</sup> V rámci uvedeného způsobu zadávání veřejné zakázky je explicitně zakázáno podat ze strany vyzvaných dodavatelů společnou nabídku. Z důvodové zprávy vyplývá, že tento zákaz podávání společných nabídek

---

<sup>27</sup> Tamtéž

<sup>28</sup> Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek. Sněmovní tisk 637/0. s. 289

<sup>29</sup> DVOŘÁK, David, a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, (§5) s. 39.

<sup>30</sup> Tamtéž, s.354 (§ 58).

vyzvaných účastníků má zabránit zakázaným dohodám dodavatelů a zajistit dostatečnou soutěž o veřejnou zakázku.<sup>31</sup> Nicméně autoři komentáře i přesto vyzývají k obezřetnosti a upozorňují, že i přes uvedený zákaz může docházet k bid riggingu, neboť zákon neupravuje formu kooperace soutěžitelů a určitá kooperace může existovat i mimo rámec společných nabídek (např. subdodavatelské smlouvy).<sup>32</sup>

## 2 Vymezení soutěžněprávní úpravy použitelné na consortium bidding

První kapitola vymezila situaci, která bude v této a následujících kapitolách rozebrána z pohledu soutěžního práva. Jedná se o situaci, kdy se dva nebo více samotných subjektů (podnikatelů) rozhodnou smluvně sdružit do konsorcia jako právně různorodého uskupení bez právní osobnosti (viz kapitola 1.4) za účelem podání společné nabídky do veřejné soutěže (dále jen „Consortium bidding“). Vzhledem k tomu, že se jedná o kooperaci na základě dohody mezi podnikateli, tak i přes legálnost dle úpravy veřejných zakázek může být tato forma kooperace považována za protiprávní na základě ustanovení upravujícího zakázané dohody mezi soutěžiteli.

### 2.1 Vymezení vůči aplikaci právní úpravy koncentrací

Pro účely této práce lze považovat za vhodné nejprve krátce vymezit konsorcium jako formu kooperace za účelem podání společné nabídky vůči joint venture, které je v určitých případech posuzováno podle stejných pravidel jako jsou posuzovány fúze a akvizice, tedy dle unijní a národní úpravy koncentrací.

Anglický pojem joint venture je v praxi používán různorodě, představuje celou řadu uskupení a jednotná obecná definice pravděpodobně neexistuje. Nicméně Komise, jak uvedla ve svém dřívějším sdělení, za joint venture považuje každého soutěžitele, který je kontrolovaný dvěma nebo více soutěžiteli, kdy tento pojem zahrnuje široké rozpětí jednání od fúzí podobným operacím až po dílčí spolupráci týkající se výzkumu a vývoje, produkce a distribuce.<sup>33</sup> Joint venture je pak soutěžitelem, kterým jsou standardně právnické osoby, nicméně soutěžitelem může zároveň být i jiná entita bez právní osobnosti.<sup>34</sup> Do takto široce vymezeného pojmu je teoreticky možné i zařadit sdružení na základě dohody ve formě konsorcia tak, jak bylo představeno výše. Uvedené sdělení komise nahradilo sdělení komise, které rozlišovalo dva typy joint venture, a to koncentrativní

---

<sup>31</sup> Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek. Sněmovní tisk 637/0. s. 345

<sup>32</sup> DVOŘÁK: *Zákon o zadávání...*, s. 354 (§58).

<sup>33</sup> Sdělení Komise o pojmu plně funkčních společných podniků podle nařízení Rady (EHS) č. 4064/89 o kontrole spojování podniků. Úř. věst. C 66, 2. března 1998.

<sup>34</sup> KINDL, Jiří, MUNKOVÁ, Jindřiška. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, s. 263 (§ 12).

a kooperační.<sup>35</sup> Zjednodušeně řečeno koncentrativní joint venture spadá pod úpravu spojování soutěžitelů a kooperační forma joint venture spadá pod úpravu zakázaných dohod. Samotné dělení a kritéria dělení jsou předmětem mnoha odborných publikací, nicméně pro účely této práce je důležité jasně stanovit, že konsorcium, které je nedílnou součástí Consortium biddingu, nespadá do kategorie koncentrativního joint venture.

Unijní úprava koncentrací stanovuje v článku čl. 3 odst. 4 nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004, o kontrole spojování podniků (dále jen „**Nařízení č. 139/2004**“), že „[v]ytvoření společného podniku plnícího na trvalém základě všechny funkce samostatné hospodářské jednotky zakládá spojení ve smyslu odst. 1 písm. b).“<sup>36</sup> Česká právní úprava označuje v § 12 odst. 5 ZOHS<sup>37</sup> joint venture pojmem „společně kontrolovaný soutěžitel“. Uvedené ustanovení jasně uvádí, že společně kontrolovaný soutěžitel je dle ZOHS považován za spojení, a přistupuje k němu obdobně jako unijní úprava. Koncentrativní joint venture pak v případě naplnění obratových kritérií spadá dle čl. 4 Nařízení č. 139/2004 pod notifikační povinnost vůči Komisi, případně dle § 13 a násl. ZOHS notifikační povinnost vůči ÚOHS. V obou případech se jedná o joint venture, které splňuje jedno konkrétní kritérium. Dle Konsolidovaného sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků (2008/C 95/01) (dále jen „Konsolidované sdělení“) je základním kritériem pro rozhodnutí, zda se na joint venture uplatní Nařízení č. 139/2004 plná funkčnost joint venture, tedy kdy plní všechny základní funkce samostatné hospodářské jednotky na trvalém základě.<sup>38</sup> Ve vztahu k Nařízení č. 139/2004 se kritérium plné funkčnosti skládá z následujících podmínek. Joint venture musí mít zdroje postačující k nezávislému vystupování na trhu (musí zde být prvek řídicí každodenní operace a dostatečné zdroje, jako jsou finanční prostředky, zaměstnanci a hmotné i nehmotné majetkové hodnoty). Dále musí mít činnost mimo rámec specifických funkcí mateřských společností, nezávislý vztah k mateřské společnosti týkající se nákupu a prodeje a musí existovat záměr provozovat joint venture na dlouhodobém základě.<sup>39</sup>

Dlouhodobost je pro plně funkční joint venture klíčovým kritériem. A právě toto kritérium vymezuje konsorcium založené za účelem vysoutěžení zakázky mimo právní rámec úpravy koncentrací, neboť konsorcium, v rámci něhož dochází ke Consortium biddingu je typ konsorcia,

<sup>35</sup> Sdělení Komise o rozdílu mezi koncentračními a kooperativními společnými podniky. Úř. věst. C 385/1, 31. prosince 1994.

<sup>36</sup> Nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků (Nařízení ES o spojování). Úř. věst. L 24, 29. ledna 2004.

<sup>37</sup> § 12 odst. 5 ZOHS: „Spojením je i založení soutěžitele, který je společně kontrolován více soutěžiteli a který dlouhodobě plní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky (dále jen „společně kontrolovaný soutěžitel“).“

<sup>38</sup> Konsolidované sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků. Úř. věst. C 95, 16. dubna 2008, bod 91–94.

<sup>39</sup> Tamtéž



kteřý je vytvořen jen za určitým a dočasným krátkodobým účelem, a to pro podání nabídky a případně splnění zakázky. Tento závěr podporuje Konsolidované sdělení v bodě 104: „*Společné podniky, které jsou zakládány pouze na omezenou krátkou dobu nelze naopak považovat za podniky provozované na dlouhodobém základě. O tento případ by se jednalo například tehdy, je-li zakládán společný podnik k dosažení určitého cíle, například výstavby elektrárny, který se nicméně nemá po dokončení stavby na provozu elektrárny podílet.*“<sup>40</sup>

Podmínka plně funkčního joint venture se nachází po evropském vzoru i v rámci české úpravy. Tedy plně funkční joint venture dle § 12 odst. 5 ZOHS, které bude dlouhodobě plnit funkci samostatné hospodářské jednotky.<sup>41</sup>

Konsorcium představené v první kapitole se v určitých případech může překrývat s pojmem částečně funkčního joint venture, neboť jde o vytvořeného soutěžitele dvěma nebo více soutěžiteli. A zároveň mají účastníci konsorcia možnost vytvořit konsorcium o různém stupni integrace. Může tak dojít k tomu, že konsorcium naplní některé z výše uvedených kritérií plné funkčnosti a tím se zařadí do kategorie částečně funkčních joint venture. Například podmínka dostatečných zdrojů k nezávislému vystupování na trh může být splněna v případě, kdy dojde k založení společnosti dle § 2716, do které mohou společníci vložit majetek a společnost skrze svého správce může tímto majetkem společností disponovat. V případě splnění jen některých podmínek, zařazuje teorie takové uskupení do kategorie kooperativních joint venture, na které se neaplikuje právní úprava spojování soutěžitelů, ale právní úprava zakázaných dohod.<sup>42</sup> Zmíněná možnost podřazení konsorcia pod pojem částečně funkční joint venture je pak v souladu s následující aplikací úpravy zakázaných dohod a není proto nutné nabídkové konsorcium vůči částečně funkčnímu joint venture dále vymezovat.

Lze dojít k závěru, že Consortium bidding nebude standardně posuzován dle právní úpravy koncentrací, i když v praxi samozřejmě může nastat situace, kdy dojde k vytvoření dlouhodobého konsorcia, které bude sloužit k širšímu účelu než vysoutěžení jedné konkrétní zakázky, například k účasti na více oddělených zakázkách. V takovém případě by samozřejmě mohlo dojít k aplikaci právní úpravy koncentrací.

## 2.2 Unijní úprava zakázaných dohod

Z pohledu právní úpravy EU může v důsledku Consortium biddingu docházet k porušení čl. 101 SFEU, který v prvním odstavci zakazuje „*veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné sbodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž účelem*

---

<sup>40</sup> Tamtéž odst. 104.

<sup>41</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 264 (§12).

<sup>42</sup> FAULL, Jonathan. NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 1. vydání. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 349.

nebo důsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu [...].“ Jedná se o generální klauzuli, která je poté následována demonstrativním výčtem typizovaných skutkových podstat. Ustanovení obecně zakazuje koluzivní jednání alespoň dvou podniků, jež deformuje zdravé soutěžní prostředí. Jedná se o koluzivní jednání ve formě dohody, rozhodnutí sdružení se a jednání ve vzájemné shodě. Z pohledu unijní úpravy mají ve všech třech případech stejnou povahu a odlišuje je pouze forma a intenzita, jakou se projevují.<sup>43</sup> Zároveň evropská rozhodovací praxe ani nepřistupuje k zjevnému odlišování těchto třech forem.<sup>44</sup>

Pro účely unijního práva tak není natolik zásadní přesně určit, zda Consortium bidding odpovídá jedné z výše uvedených třech forem koluzivního jednání. Consortium bidding ve formě, v jaké byl popsán výše, nepochybně spadá pod jednu z výše uvedených forem kooperace. Smlouva mezi jednotlivými účastníky nabídkového konsorcia upravující vztahy bude v naprosté většině případů spadat do kategorie dohody a tím i Consortium bidding jakožto jednání v souladu se smlouvou o konsorciu.

Aplikovatelnost čl. 101 SFEU na Consortium bidding zároveň potvrzuje většina dostupných zdrojů zabývajících se touto problematikou.<sup>45</sup> Z pohledu čl. 101 SFEU ke Consortium biddingu přistupují také zahraniční úřady zabývající se ochranou hospodářské soutěže. Příkladem lze uvést již zmíněné pokyny z Dánska, Irska nebo Walesu, které stanovují, že Consortium bidding může být v rozporu s čl. 101 SFEU nebo jeho národní verzí, jež je ve většině případů téměř totožná s unijní úpravou.<sup>46</sup> Z tohoto důvodu lze využít poznatků a závěrů z jiných zemí EU. Hlavním rozdílem oproti národním úpravám zakázaných dohod je nadnárodní prvek obsažený v generální klauzuli čl. 101 SFEU, který jeho použitelnost omezuje pouze na dohody, jež „by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy“. Jedná se tedy o kvalifikovanější a více závažnější formu narušení soutěže. Omezení pouze na nadnárodní přesah dohod zároveň vychází ze zaměření SFEU jako primární právo EU, a to na ochranu vnitřního trhu unie.<sup>47</sup>

### 2.3 Národní úprava zakázaných dohod

V ČR je úprava zakázaných dohod věcně totožná s unijní úpravou.<sup>48</sup> Problematiku zakázaných dohod upravuje § 3 ZOHS, který vychází téměř doslovně z čl. 101 SFEU. Vhodné je také poukázat na rozdílnost terminologie, kdy unijní právní úprava pracuje s pojmem „podnik“

<sup>43</sup>PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2010, s. 156.

<sup>44</sup>KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 74 (§ 3).

<sup>45</sup>RITTER: *Joint tendering...*, s.2; SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. vydání. Oxford: Hart Publishing, 2015, s. 338, THOMAS: *Two Bids...*, s.629

<sup>46</sup>DCCA. *Joint bidding...*; CCPC. *How to comply...*; WELSH GOVERNMENT. *Joint Bidding...*

<sup>47</sup>Čl. 4 odst. 2 písm. a SFEU

<sup>48</sup>RAUS, David, ORŠULOVÁ, Andrea. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014. s.73.

a česká právní úprava naopak pracuje s pojmem „soutěžitel“. Jedná se o pojmy téměř totožné, a i přes možné potencionální odlišnosti lze díky širokému a pružnému vymezení soutěžitele v § 2 ZOHS tyto rozdíly interpretačně překlénout.<sup>49</sup> Proto bude s ohledem na zaměření této práce a pro snazší orientaci nadále „podnik“ zahrnut v pojmu „soutěžitel“.

Lze tedy uzavřít, že pro posouzení protiprávnosti Consortium biddingu z pohledu soutěžněprávní úpravy je vhodné aplikovat úpravu zakázaných dohod a analyzovat, zda byly naplněny další podmínky vyplývající z čl. 101 SFEU a § 3 ZOHS, zejména zda, jakou formou a za jakých podmínek může v důsledku Consortium biddingu dojít k narušení hospodářské soutěže.

## 2.4 Aplikace úpravy zakázaných dohod

Aplikace ustanovení čl. 101 SFEU a § 3 ZOHS se skládá ze dvou základních kroků. V prvním kroku dochází k posouzení, zda dochází k narušení hospodářské soutěže a v jaké formě k takovému narušení dochází, tedy zda se jedná o cílovou dohodu nebo výsledkovou. Ke druhému kroku se pak přistupuje jen v případě, kdy je v prvním kroku shledáno narušení soutěže. V tomto bodě se pak posuzují pro soutěžní benefity a zda jsou schopny převážit narušení hospodářské soutěže.<sup>50</sup>

Je důležité zmínit, že posouzení dle ustanovení zakázaných dohod spadá do takzvaného self assesmentu. Každý soutěžitel má tak povinnost posoudit souladnost svého jednání s pravidly zakázaných dohod. Pro komplexnost je třeba uvést přístup k důkaznímu břemenu ve vztahu k čl. 101 SFEU a § 3 ZOHS., neboť při posuzování Consortium biddingu, dle soutěžní úpravy, může důkazní břemeno vyvolávat určitá specifika. Dle čl. 2 nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy důkazní břemeno nese při posouzení dle čl. 101 odst. 1 SFEU orgán, který vznesl obvinění z porušení daného ustanovení. Naopak, pokud se soutěžitel dovolává výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU, musí prokázat, že splnil podmínky pro aplikaci.<sup>51</sup> Důkazní břemeno se zároveň může přelévat v průběhu řízení v závislosti na tvrzeních a skutečnostech, kdy může být po druhé straně požadováno, aby poskytla vysvětlení nebo ospravedlnění.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 51 (§ 2).

<sup>50</sup> Sdělení Komise – Pokyny o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy. Úř. věst. C 101, 27. dubna 2004, odst. 11.

<sup>51</sup> Obdobně v rámci 3 ZOHS, KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 136–137 (§ 3).

<sup>52</sup> KALINTIRI, Andriani. The Allocation of the Legal Burden of Proof in Article 101 TFEU Cases: A ‘Clear’ Rule with Not-So-Clear Implications. *Yearbook of European Law*, 2015, roč. 34, č. 1, s. 238.

### 3 Posouzení možnosti narušení hospodářské soutěže dle čl. 101 odst. SFEU a § 3 odst. 1 ZOHS

K posouzení, zda Consortium bidding má potenciál narušit hospodářskou soutěž, je zapotřebí vzít v úvahu Komisí vydaný dokument reflektující dosavadní judikaturu SD EU ve vztahu k horizontálním dohodám. Jedná se o Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování EU na dohody o horizontální spolupráci, které patří do kategorie soft law, z čehož vyplývá, že nejsou právně závazné, ale napomáhají nejen k výkladu a aplikaci čl. 101 SFEU, ale i ustanovení zakázaných dohod na národní úrovni. Komise stanovila, že účelem těchto Pokynů je stanovení analytického rámce na základě ekonomických a právních kritérií pro nejčastější typy dohod na bázi horizontální spolupráce, jako jsou dohody o výzkumu a vývoji, dohody o výrobě, dohody o obchodním využití, subdodavatelské dohody a další dohody.<sup>53</sup>

Ve vztahu ke Consortium biddingu je podstatné, že Pokyny pracují přímo s pojmem dohody o konsorciu, jež je zmíněna v rámci dohod o obchodním využití. Pokyny vymezují dohody o obchodním využití jako dohody, které „*zahrnují spolupráci mezi soutěžiteli při prodeji, distribuci nebo propagaci jejich náhradních výrobků. Tento druh dohody může mít velmi proměnlivý rozsah podle různých funkcí obchodního využití, na něž se spolupráce vztahuje. Na jednom konci spektra, dohody o společném prodeji mohou vést ke společnému určování všech obchodních hledisek spojených s prodejem produktu, včetně ceny. Na druhém konci stojí omezenější dohody, jež se zabývají pouze jednou zvláštní funkcí obchodního využití, jako je distribuce, poprodejní servis nebo reklama.*“<sup>54</sup> Ve vztahu k výše uvedenému lze konstatovat, že většina dohod o konsorciu bude ve vztahu k zakázce zaměřena právě na prodej. Nicméně je důležité zmínit, že dohoda o konsorciu, a tedy i Consortium bidding, může mít v praxi více rozměrů než jen ten prodejní, jenž může zařadit dohodu o konsorciu pod dohody jiné. Jedná se například o dohody o výrobě, případně dohody o vědě a výzkumu.

V případech, kdy spolupráce obsahuje více různých stupňů spolupráce, je důležité zohlednit pokyny vztahující se na všechny tyto stupně spolupráce. Avšak v situaci, kdy se pokyny k jednotlivým stupňům spolupráce budou rozcházet, například ve vztahu k určení, zda je daná dohoda v souladu s pravidly hospodářské soutěže tzv. bezpečný přístav, nebo jakou formou dohoda omezuje hospodářskou soutěž, je nezbytné určit těžiště spolupráce a posoudit dohody podle takové spolupráce, která převažuje.<sup>55</sup>

Obecný přístup k posouzení Consortium biddingu z pohledu soutěžněprávní úpravy, jak vyplývá z odborné literatury a pokynů vydaných národními úřady,<sup>56</sup> však následuje pokyny

---

<sup>53</sup> Pokyny s. 4 odst. 5.

<sup>54</sup> Tamtéž s. 49 odst. 225.

<sup>55</sup> Tamtéž s. 6 odst. 13-14.

<sup>56</sup> PETR: Konsorcia ve výběrových..., s. 113.; THOMAS: Two Bids..., s.632.

vztahující se k dohodám o obchodním využití. Pokyny konstatují, že „Dohoda o obchodním využití obvykle nevvolává obavy z narušení hospodářské soutěže, je-li **objektivně nezbytná**, aby se jedné straně umožnil přístup na trh, na něž by jinak samostatně vstoupit nemohla, nebo při omezenějším počtu stran, než jsou strany, které se skutečně podílejí na spolupráci, například z důvodu s tím spojených nákladů. **Zvláštním použitím této zásady by byly dohody o konsorciu, které zúčastněným společností umožňují účastnit se projektů, jež by jinak nebyly schopny jednotlivě provést. Jelikož strany dohody o konsorciu nejsou potenciálními soutěžiteli při provádění projektu, neexistuje ani omezení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 101 odst. 1.**“<sup>57</sup> Z uvedeného plyne obecné pravidlo, že k narušení hospodářské soutěže nedojde, je-li kooperace mezi účastníky konsorcia objektivně nezbytná. Z tohoto pravidla pak vyplývá první a klíčové kritérium ve vztahu k posouzení, zda v důsledku Consortium biddingu může dojít k narušení hospodářské soutěže. Tímto kritériem je schopnost člena konsorcia podat samostatně nabídku. Jinými slovy je nezbytné posoudit, zda se jedná o konkurenty nebo potencionální konkurenty ve vztahu k určité zakázce jakožto relevantnímu trhu. V případě, že účastník konsorcia není schopen podat nabídku sám, je taková kooperace objektivně nezbytná a dochází k narušení soutěže, lze takovou situaci považovat za souladnou s pravidly zakázaných dohod, tzv. „bezpečný přístav“.

Tento přístup je zároveň v souladu s doporučením OECD, které říká, že by Consortium bidding neměl být povolen v případě, kdy mají členové konsorcia dostatečné zdroje a podmínky pro podání vlastní nabídky.<sup>58</sup> Uvedené kritérium je zároveň přebíráno jednotlivými národními úřady dohlížejícími na hospodářskou soutěž a potvrzeno soudními rozhodnutími.<sup>59</sup> Jako příklad lze uvést případ ze Švédska týkající se účasti konsorcia na zakázce na dodání a servis pneumatik pro policii.<sup>60</sup> Kritérium schopnosti podat nabídku je také přímo zákonně reflektováno v legislativě některých evropských států. Například v případě Rakouska, Rumunska a Itálie je podání společné nabídky výslovně zakázáno, pokud jsou schopny podat samostatnou nabídku.<sup>61</sup>

Lze předpokládat, že ÚOHS zvolí podobný přístup. Tento názor lze podpořit odkazem na pravděpodobně jediný případ, který ÚOHS řešil ve vztahu ke konsorciím. Jednalo se o případ, kdy ÚOHS prověřoval možnou existenci zakázané dohody na základě podobnosti nabídek podaných konsorciem advokátních kanceláří DLA Piper – DPP a advokátní kanceláří Weinhold

<sup>57</sup> Pokyny s. 50 odst. 237 (zvýraznění doplněno)

<sup>58</sup> OECD. *Policy roundtables public procurement 2007* [online]. oecd.org, 8. ledna 2008 [cit. 20. leden 2019]. Dostupné na <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>> s. 9.

<sup>59</sup> CCPC. *How to comply...*, s. 12; DCCA. *Joint bidding...*, s. 9.

<sup>60</sup> Stockholms Tingsrätts: Rozsudek ze dne 21. prosince 2014, *Konkurrensverket v Däckia/Euromaster*. sp. zn. T 18896–10. IN KONKURRENSVERKET. *Tire service chains ordered to pay fines for illegal joint tendering* [online].

konkurrensverket.se, 21. ledna 2014 [cit. 8. 2. 2019]. Dostupné na <<http://www.konkurrensverket.se/en/news/tire-service-chains-ordered-to-pay-fines-for-illegal-joint-tendering/>>.

<sup>61</sup> ALBANO: *Regulating joint...*, s. 338-341.

Legal do veřejné zakázky na poskytování právních služeb Ministerstvu obrany. Jednalo se o podobnost týkající se nabízené ceny a podobnosti obsahu cvičného právního stanoviska. Bylo zjištěno, že podobnost ceny byla způsobena stanovením faktického cenového omezení ze strany zadavatele. Úřad dále došel k závěru, že podobnost stanoviska byla zapříčiněna dřívější spoluprací mezi advokátními kancelářemi Dána, Pergl a Partneři (dále jen „DPP“) a Weinhold Legal, které se sdružily za účelem podání společné nabídky dle § 51 ZVZ, neboť samostatně nesplňovaly kvalifikační předpoklady předmětné zakázky. Nicméně v průběhu spolupráce na přípravě nabídky bylo zjištěno, že ani společně nejsou schopni splnit kvalifikační předpoklady, a proto došlo mezi kancelářemi k ukončení vzájemné spolupráce. DPP se následně sdružilo s DLA Piper a podalo vlastní nabídku. Weinhold Legal si za účelem splnění kvalifikačních předpokladů a podání vlastní nabídky přibralo advokáta JUDr. Petra Jonáše jako svého subdodavatele.<sup>62</sup>

Podstatné je, že ÚOHS posuzoval spolupráci v rámci konsorcia advokátních kanceláří DPP a Weinhold Legal a shledal, že v případě, kdy účastníci konsorcia nebyli samostatně schopni podat vlastní nabídku, lze takovou spolupráci považovat za souladnou s pravidly hospodářské soutěže. ÚOHS konstatoval, že „[j]eich vzájemná spolupráce, zahrnující rovněž přípravu cvičného právního stanoviska, tak byla ekonomicky ospravedlnitelná, z hlediska hospodářské soutěže tak měla vést k podání konkurenceschopné nabídky do veřejné zakázky.“<sup>63</sup> I přesto, že se jedná o ojedinělé rozhodnutí, lze vzhledem k četnosti využívání konsorcií v ČR přepokládat, že podobných případů se bude objevovat více a kritérium schopnosti podat samostatnou nabídku bude hlouběji rozebráno, neboť podrobnější aspekty posouzení schopnosti podat nabídku nejsou v rámci českého prostředí známy.

V rámci EU určité pokusy o konkrétnější vymezení existují, a to jak ze strany odborné veřejnosti, tak ze strany národních úřadů dohlížejících na hospodářskou soutěž, nicméně je nelze považovat za zcela jednotné. To lze přičítat i širší koncepci Pokynů, jenž nezachází do podrobnějšího rozboru zmíněného kritéria ve vztahu k dohodám o konsorciu a poskytují pouze obecné vymezení konkurentů (pozn. v Pokynech uveden jako soutěžitelů) a potenciálních konkurentů (soutěžitelů).<sup>64</sup> Dle názoru Thomase, uvedeného v jeho článku, je jednoduché aplikovat Pokyny na situaci, kdy se jednotliví členové konsorcia (soutěžitelé) vzhledem k zakázce zaměřují na odlišné produkty, které jsou dohromady nezbytné ke splnění zakázky.<sup>65</sup> Jako příklad lze uvést situaci, kdy podnikatel zaměřující se na prodej uniforem podá společnou nabídku

---

<sup>62</sup> ÚOHS: Rozhodnutí ze dne 13. června 2014, sp. zn. ÚOHS-S605/2013/KD

<sup>63</sup> Tamtéž s. 9 odst. 29.

<sup>64</sup> „Dvě společnosti se považují za skutečné soutěžitele, působí-li na stejném relevantním trhu. Společnost se považuje za potenciálního soutěžitele jiné společnosti, je-li při neexistenci dohody v případě malého, avšak trvalého zvyšování relativních cen pravděpodobné, že tato první uvedená společnost v krátké době ( 3 ) uskuteční potřebné dodatečné investice nebo vynaloží jiné nezbytné náklady přechodu za účelem vstupu na relevantní trh, na němž působí jiná společnost. Toto posouzení musí být založeno na reálných důvodech, pouhá teoretická možnost vstupu na trh nepostačuje.“ Pokyny s. 5 odst. 10

<sup>65</sup> THOMAS: Two Bids..., s. 632.

do veřejné zakázky o kompletní výstroj Policie ČR s podnikatelem prodávajícím odolnou obuv. V takovém případě nelze považovat jednotlivé podnikatele za konkurenty.

Thomas shledává nedostatek Pokynů v tom, že konkrétněji nepopisují, kdy lze považovat soutěžitele za neschopného podat vlastní nabídku. A to zejména v praxi ve vztahu k častějším případům, které vyžadují různorodé produkty a technologie a soutěžitel disponuje většinou z nich. Dle Thomase se na první pohled může zdát, že v případě, kdy nedisponuje všemi požadavky zakázky, tak není schopen podat nabídku. Nicméně tento způsob by nebral v potaz možnost podat vlastní nabídku, jež vzniká obstaráním dodatečných zdrojů zvenčí.<sup>66</sup>

Schopnost podat nabídku tedy lze rozdělit na kritéria vztahující se k posouzení, zda se jedná o konkurenta, a kritéria, podle kterých se určí, zda se jedná o potencionálního konkurenta. V situaci, kdy na základě zmíněných kritérií dojde posuzující úřad k závěru, že ve vztahu k zakázce jsou soutěžitelé konkurenty nebo potencionálními konkurenty, pak zde není objektivní nezbytnost kooperace. V první případě se tedy posuzuje schopnost podat zakázku na základě dostatečných kapacit. V druhém případě se pak posuzuje, zda měl soutěžitel reálnou možnost tyto kapacity zajistit. Je tedy nezbytné odpovědět na otázku, jak se tyto kapacity posuzují a co zahrnuje reálnou možnost obstarat zdroje a podat nabídku.

### **3.1 Konkurent (schopnost podat vlastní nabídku na základě vlastních zdrojů)**

Schopnost podat samostatnou nabídku znamená schopnost splnit požadavky dané zakázky.<sup>67</sup> Z pohledu české právní úpravy veřejných zakázek, která umožňuje společné prokázání ekonomické kvalifikace dle § 78 ZVZ a technické kvalifikace dle § 79 ZVZ (viz kapitola 1.5.), patří mezi relevantní požadavky pro posouzení schopnosti podat samostatnou nabídku zejména požadavek na určitý obrat, který spadá pod ekonomické kritérium. Dále požadavek na technické zdroje, jež jsou potřebné k provedení zakázky v určeném čase, požadavek na lidské zdroje, odborné schopnosti a zkušenosti potřebné pro plnění veřejné zakázky. Přestože ekonomická kvalifikace dle ZVZ vyžaduje pouze určitý obrat, lze považovat za vhodné posoudit další ekonomické aspekty soutěžitele. Mezi takové může patřit dispozice s dostatečnými peněžními prostředky pro výdaje spojené s plněním zakázky a další ekonomické faktory. Současně je zapotřebí mít na vědomí, že Consortium bidding může probíhat i v rámci soutěže o privátní zakázku, a proto zde může existovat téměř neomezená škála požadavků, které je nutné posuzovat.

---

<sup>66</sup> Tamtéž

<sup>67</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 7.

### 3.1.1 Alokované zdroje

Důležitou a zároveň spornou otázkou je, zda do posouzení schopnosti podat individuální nabídku zahrnout kapacity alokované na běžící, připravované nebo budoucí projekty a zakázky. Thomas zastává názor, že pro posouzení, zda je objektivně možné podat samostatnou nabídku, není nutné prokázat, že je to snadné nebo dosažitelné bez podstatných obětí, jako je vzdání se projektů, kterým je příslušná kapacita v dané době věnována. Z uvedeného vyplývá, že v rámci posouzení možnosti podat nabídku se započítávají i kapacity věnované jiným projektům.<sup>68</sup> S tímto názorem výslovně nesouhlasí Sanchez, který považuje takový přístup za příliš restriktivní, a zdůrazňuje, že vyžadovat vzdání se alternativních projektů pro posouzení soutěžitele jako objektivně schopného podat nabídku, by bylo zjevně excesivní.<sup>69</sup> K tomuto negativnímu postoji se později přiklonil i Ritter.<sup>70</sup>

Podobný přístup k posouzení zdrojů konkurenta zároveň zastává DCCA. Ten při posouzení kapacit soutěžitele zkoumá pouze aktuální zdroje, kterými konkurent disponuje, případně zdroje, které budou k dispozici v době plnění zakázky. Zdroje, které jsou vázány již podepsanými kontrakty, se tedy již do posouzení schopnosti podat nabídku nezapočítávají, neboť v době, kdy by mělo dojít k plnění zakázky, budou tyto zdroje vázány jinde. Pokyny DCCA zároveň poskytují negativní stanovisko k situaci, kdy si soutěžitel ponechává některé zdroje pro budoucí projekty, které nejsou smluvně vázány. Zdroje pro budoucí projekty se tak považují za volné zdroje, které má soutěžitel v době podání nabídky k dispozici, a proto není důvod, proč by takové zdroje neměly být započítány. Jako výjimku lze dle pokynů DCCA považovat případ, kdy nelze započítat zdroje budoucích zakázek ve vztahu ke klíčovým zákazníkům, u kterých je možné doložit pomocí dokumentů, že takové zakázky jsou běžné a opakující se.<sup>71</sup> Dánský Námořní a obchodní soud k tomu uvedl, že si soutěžitel může ponechat určité zdroje pro zákazníky, u kterých je předpoklad, že podají poptávku. Opačný závěr by vedl k obchodně nezodpovědnému jednání.<sup>72</sup>

Rozdělení zdrojů podle toho, zda jsou vázány na probíhající nebo budoucí zakázky, které se budou časově překrývat se soutěženou zakázkou, se může zdát jako nejjednodušší způsob pro určení volných zdrojů. Nicméně zde vzniká možnost účelového alokování projektů na jiné

---

<sup>68</sup> THOMAS: *Two Bids...*, s. 632.

<sup>69</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015)* [online]. howtocrackanut.com, 2. prosince 2015 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na <<http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html?fbclid=IwAR0LMwov46Z/ZZ1p90eGTc6jrTmKnZuErXYn6RXn-VvsbNxyW8u50wJHBOFs>>.

<sup>70</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 8.

<sup>71</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 17-18.

<sup>72</sup> Námořní a obchodní soud (Sø-og Handelsretten): Rozsudek ze dne 27. srpna 2018, Eurostar Danmark A/S and GVC O A/S, sp zn. U- 2-16 og U-3-16.IN LANGGAARD STAGE, Kristine. *The danish maritime and commercial high court repeals a decision by the danish competition appeals tribunal* [online]. en.kromannreumert.com, 30. srpna 2018 [cit. 2. března 2019]. Dostupné na <<https://en.kromannreumert.com/News/2018/08/The-Danish-Maritime-and-Commercial-High-Court-repeals-a-decision-by-the-Danish-Competition-Ap>>.



zakázky, neboť soutěžitel za účelem ospravedlnění kooperace může v době přípravy a podání nabídky smluvně svázat zdroje s jinou zakázkou, která v konečném výsledku vůbec nemusí proběhnout, nebo fakticky nedojde k využití všech alokovaných zdrojů. Pozice dohlížejícího úřadu při prokázání narušení soutěže může být v takovém případě velmi složitá, a to vzhledem k důkaznímu břemenu, z něhož zároveň vyplývá nutnost úřadu prokázat, že se jedná o naoko vázané prostředky (fakticky volné) nebo prokázat, že nejde o obchodně zodpovědné ponechání zdrojů pro očekávané poptávky zejména klíčových zákazníků.

### 3.1.2 Posouzení záměru

Dále je důležité vyzdvihnout názor, že posouzení schopnosti podat samostatnou nabídku by mělo být založeno na objektivních faktech a nikoliv s ohledem na záměr soutěžitele samostatnou nabídku podat.<sup>73</sup> Objektivní fakta by měla vyplývat z dokumentů vzniklých *in tempero no suspecto*, tedy v době, kdy lze přepokládat, že jsou pravdivé.<sup>74</sup> Takový okamžik pravděpodobně referuje do doby přípravy zakázky. Argumentem proti zahrnutí záměru soutěžitele do posouzení schopnosti podat nabídku je možné *ex post* tvrzení soutěžitele, že by ji nepodal, a posuzující úřad by tudíž neměl znovuposuzovat (*second-guess*) podnikatelský úsudek daného soutěžitele. Záměr soutěžitele by neměl být součástí posuzování ani v případě, kdy vyplývá z interních dokumentů soutěžitele, neboť by si mohly takový dokument předem vytvořit jako „štit“ pro případ vyšetřování ze strany úřadu.<sup>75</sup>

### 3.1.3 Posouzení rizika

S objektivním posouzením schopnosti podat vlastní nabídku zároveň souvisí otázka, zda lze posuzovat i přiměřené riziko pro soutěžitele s tím spjaté a nutnost toto riziko rozložit. Ritter se domnívá, že riziko je příliš subjektivní faktor a mohl by být zneužíván *ex post* ospravedlnění.<sup>76</sup> Nicméně posouzení rizika lze dosáhnout i na základě objektivních faktů dostupných v době podání nabídky a může tak sehrát roli v posouzení, zda je kooperace objektivně nezbytná.

Riziko může být důležitým bodem v posouzení schopnosti podat nabídku zejména ve vztahu k zakázkám, které obnáší značné náklady a je zde velké riziko neúspěchu. Například v případě vývoje nového produktu.<sup>77</sup> Tento postoj lze podpořit s odkazem na rozhodnutí Komise v případě Konsorcium ECR 900, kde Komise v případě nového a extrémně finančně náročného společného vývoje systému GSM pro mobilní komunikaci konstatovala s ohledem na další specifika zakázky a trhu, že „[t]oto skutečné a vážné ekonomické riziko může být postoupeno, pouze pokud strany dohody ponesou

<sup>73</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 7., obdobně DCCA. *Joint bidding...*, s. 12.

<sup>74</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 7.

<sup>75</sup> Tamtéž s. 7.

<sup>76</sup> Tamtéž s. 7.

<sup>77</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s.19.

*náklady společně.*<sup>78</sup> Nicméně rizika spojená s jinými podnikatelskými aktivitami, externími faktory nebo riziko možného neúspěchu v soutěži, nelze v rámci posouzení schopnosti podat nabídku zohledňovat. Určité formy rizika mohou být později zohledněny v rámci prokázání pro soutěžní výhody.<sup>79</sup>

### **3.2 Potencionální konkurent (schopnost samostatně podat nabídku bez dispozice s dostatečnými zdroji)**

Schopnost podat samostatnou nabídku je nutné posuzovat i v případě, kdy soutěžitel v rozhodné době nesplňuje požadavky určité zakázky, tedy posoudit, zda se nejedná o potencionálního konkurenta.

Obecná definice potencionálního konkurenta<sup>80</sup> dle Pokynů není ve vztahu Consortium biddingu příliš vhodná. Vhodnější je obecně označit potencionálního konkurenta dle judikatury SD EU, tedy jako soutěžitele, který měl skutečnou a konkrétní možnost vstoupit na trh.<sup>81</sup> Posouzení má být založeno na reálných důvodech, kdy pouhá teoretická možnost vstupu na trh nestačí.<sup>82</sup>

Podobný přístup k posouzení potencionálního konkurenta na základě realistických odhadů přebírá i česká komentářová literatura,<sup>83</sup> proto nelze předpokládat rozdílné pozice v rámci české a evropské úpravy. Pokyny, v rámci dohod o konsorciu, zužují posouzení potencionálního konkurenta jen na určitý projekt, v případě Consortium biddingu jde o konkrétní zakázku. Musí tedy existovat skutečná (reálná) a konkrétní možnost podat vlastní nabídku. Posouzení potencionálního konkurenta v zásadě ve všech dostupných zdrojích pracuje s reálnou možností rozšířit si kapacity potřebné pro zakázku a podat vlastní nabídku.<sup>84</sup>

#### **3.2.1 Posouzení reálné schopnosti podat nabídku**

Dle Thomase je nutné posoudit, zda by si soutěžitel, za normálního běhu okolností, obstaral zdroje zvenčí, případně posoudit, zda jsou potřebné zdroje dostupné v době přípravy nabídky za přijatelných podmínek v rámci spolupráce se soutěžitelem, který není konkurentem.<sup>85</sup> Podobný postoj sdílí i Ritter, který navrhuje posoudit, zda měl soutěžitel reálnou možnost obstarat dostatečné zdroje, tedy přijmout víc personálu, pronajmou nebo nakoupit technické vybavení nebo

<sup>78</sup>Rozhodnutí Komise IV/32.688 Konsorcium ECR 900 ze dne 27. června 1990 (vlastní překlad).

<sup>79</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 19.

<sup>80</sup> Pokyny s. 5 odst. 10.

<sup>81</sup> Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 8. září 2016, *Lundbeck v. Komise*, T-472/13, bod 99; Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 29. června 2016, *E.ON Ruhrgas a E.ON v. Komise*, T-360/09, bod 85.

<sup>82</sup> Pokyny s. 5 odst. 10, Lundbeck v. Komise bod 104 a 160; E.ON Ruhrgas a E.ON v. Komise bod 106,

<sup>83</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s.168 (§ 5).

<sup>84</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 7.; DCCA. *Joint bidding...*, s.11.

<sup>85</sup> THOMAS: *Two Bids...*, s. 632.

se spojit s nějakým jiným soutěžitelem, ať už formou dohody o konsorciu nebo dohody o subdodávkách. Oba autoři předkládají zjednodušenou otázku k posouzení, zda dochází k narušení soutěže, a to, zda by v případě nepodání společné nabídky bylo reálně podáno více nabídek.<sup>86</sup>

Ritter dodává, že k posouzení, zda je některá z výše uvedených variant reálně možná, bude příslušný úřad posuzovat na základě předchozích zkušeností u daného soutěžitele při plnění podobných zakázek, pokud takové zkušenosti existují.<sup>87</sup> Závěr ohledně zohledňování předchozí zkušenosti ze strany úřadů podtrhuje DCCA ve svých pokynech: „*Bude také zohledněno, zda společnost dříve plnila zakázku o podobném rozsahu bez spolupráce s jinými*“.<sup>88</sup> Nicméně, takovýto postup může být dvousečnou zbraní a nabádá k opatrnému posuzování na základě předchozí zkušenosti, s čímž lze souhlasit, neboť přesto, že inspirace předchozích zkušeností může indikovat schopnost obstat si dodatečné zdroje, fakt, že soutěžitel pro předchozí zakázku najal více personálu, neznamena, že je takovýto postup možný i pro zakázku novou.<sup>89</sup>

S uvedeným způsobem posouzení schopnosti podat nabídku nesouhlasí Sanchez. Ten považuje přístup, který posuzuje možnost kooperace s jiným soutěžitelem nebo doplnit zdroje jiným způsobem (zvenčít), za příliš restriktivní. Jako problém zejména uvádí posouzení možnosti spojit se s jiným soutěžitelem, neboť už jen to, že soutěžitel není schopný podat vlastní nabídku bez úplné závislosti na třetí straně, samo osobě prokazuje, že není schopný podat nabídku. Z toho důvodu nepovažuje za vhodné posuzovat, zda zde existují alternativní potencionální partneři. Takový test by zároveň vyžadovalo značnou míru znovuposouzení podnikatelského úsudku ze strany posuzujícího úřadu, které nemusí být ze strany úřadu vždy vhodné.<sup>90</sup> Dále dodává, že příliš přísný přístup tak, jak byl nastíněn ze strany Thomase a Rittra, by mohl vést k závěru, že ve většině případů Consortium biddingu by existovala možnost potencionálního narušení soutěže.<sup>91</sup>

Argument Sancheze, že neschopnost podat nabídku zcela nezávisle na třetí straně sama o sobě znamená, že soutěžitel není schopný podat vlastní nabídku, se zdá být v rozporu s konceptem potencionálního konkurenta. Neboť potencionální konkurent se může reálně účastnit soutěže a právě proto, že si může obstat zdroje zvenčít, tedy v závislosti na třetí osobách. Nicméně

---

<sup>86</sup> Tamtéž; RITTER: *Joint tendering...*, s. 7.

<sup>87</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 9.

<sup>88</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 12 (vlastní překlad)

<sup>89</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 8-9.

<sup>90</sup> SÁNCHEZ GRAELLS: *Joint bidding...*

<sup>91</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *New analysis of joint tendering under EU competition law: a few comments on Ritter (2017)* [online]. howtocrackanut.com, 20. února 2017 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na <<http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/2/20/new-analysis-of-joint-tendering-under-eu-competition-law-ritter-2017?rq=joint%20bid&fbclid=IwAR03xFctq3nH4FKjKWEFTWvtUFRJd9cgcQkNx1O41kVHifw7ukuRQEe9MrY>>.

lze souhlasit s tím, že posoudit, zda by soutěžitel mohl podat nabídku s někým jiným, by vyžadovalo značnou míru znovuposouzení podnikatelského úsudku ze strany úřadu. Zároveň samotné posouzení, zda soutěžitelé mají nebo mohou obstarat dostatečné zdroje samostatně pro podání nabídky, může být u komplexnějších zakázek velmi složité a časově náročné. Zahnutím nutnosti posuzovat reálnou možnost podat zakázku s předem neurčitým počtem alternativních partnerů by bylo příliš restriktivní. Zároveň je vhodné v tomto místě podotknout, že dle některých názorů se posuzuje možnost podat nabídku s jiným partnerem v rámci testu podmínek pro výjimku dle 101 odst. 3 SFEU (§ 3 odst. 4 ZOHS) v rámci posouzení, zda k dosažení efektivity existovala méně restriktivní alternativa. V takovém případě by docházelo k dvojímu posouzení stejné skutečnosti, kde by jen důkazní břemeno leželo pokaždé na jiné straně.<sup>92</sup>

Nicméně posouzení možnosti podat nabídku s alternativním partnerem, který není konkurentem, bude v praxi pravděpodobně součástí celkového posouzení schopnosti podat nabídku. V případě společné nabídky společností Dackia AB a Euromaster ve dvou zakázkách na dodání pneumatik a jejich servis bylo soudem dovozeno, že společnost Dackia AB měla dostatečné kapacity na samostatnou nabídku. Naopak společnost Euromaster dostatečné zdroje neměla, ale mohla uzavřít méně restriktivní dohodu s jiným partnerem a podat další nabídku, čímž došlo k narušené hospodářské soutěži.<sup>93</sup>

Uvedený případ pak částečně odpovídá na otázku, zda lze považovat za nesouladné s pravidly hospodářské soutěže Consortium bidding, kterého se účastní více soutěžitelů, než je objektivně nezbytné. Například se může jednat o situaci, kdy je konsorcium složeno ze 3 soutěžitelů A, B a C a pro podání nabídky postačí spojení zdrojů společností A a B. Pro posouzení takové spolupráce je tak nezbytné posoudit, zda by se C mohl účastnit soutěže s někým jiným, a tedy být považován za potencionálního konkurenta A a B. V případě, že C nemůže být ani potencionálním konkurentem, nedochází tak k narušení soutěže, neboť není smyslem zajistit, aby se soutěže účastnilo co nejvíce soutěžitelů, ale zajistit existenci co nejvíce možných nabídek.<sup>94</sup>

DCCA se prostřednictvím pokynů snaží nastínit podrobnější kritéria pro posouzení reálné možnosti podat nabídku. Konkrétně uvádí, že realistické posouzení schopnosti podat vlastní nabídku musí být založené na konkrétních okolnostech, struktuře a aktuální velikosti trhu. Zároveň je důležité posoudit v každém individuálním případě, zda lze považovat nezbytné navýšení kapacity za udržitelnou ekonomickou strategii pro soutěžitele a zvážit, zda by byla individuální nabídka zisková.<sup>95</sup> Nicméně kritérium udržitelnosti se vzhledem k jednorázové nebo krátkodobé

---

<sup>92</sup> Tamtéž

<sup>93</sup> Konkurrensverket v Däckia/Euromaster IN DCCA. *Joint bidding...*, s. 22.

<sup>94</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 7.

<sup>95</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 12.

až střednědobé povaze většiny zakázek nedá považovat za vhodné kritérium k posouzení. Stejně tak posouzení ziskovosti nabídky není úplně vhodné, protože ziskovost lze posoudit až později.<sup>96</sup>

Pokyny DCCA současně nabízejí podrobnější posouzení potencionálního konkurenta i ve vztahu k jednotlivým požadavkům zakázek. V případě, kdy soutěžitelé chybí technické vybavení, je považován za potencionálního konkurenta za předpokladu, že má reálný přístup k finančním prostředkům pro investování do nové techniky a to v zakázkou daném časovém rámci. V případě nedostatečné personální kapacity bude individuálně posuzováno, zda lze reálně najmout kvalifikované pracovníky. V obou případech by se mělo brát v úvahu, zda je v daném odvětví běžná obchodní praxe zajistit dodatečnou techniku a personál kvůli větším zakázkám.<sup>97</sup>

Pokyny DCCA a CCPA zároveň konstatují, že považují za potencionálního konkurenta soutěžitele, který nemá dostatečné zdroje pro samostatnou nabídku, ale je pro něj **relativně snadné** si takové zdroje obstarat. Co je relativně snadné, musí být posouzeno případ od případu a musí být založeno na faktech, že taková možnost je vzhledem k zakázce reálná.<sup>98</sup> Je otázkou, zda lze kritérium relativní snadnosti obstarat zdroje považovat za jinak formulovaný ekvivalent ke skutečné a konkrétní možnosti si zdroje obstarat. Vzhledem k přístupu, jakým pokyny DCCA posuzují možnost podat nabídku, tomu tak pravděpodobně bude. Nicméně lze pro kontrast uvést názor Thomase, který tvrdí, že k objektivnímu posouzení, zda je soutěžitel schopný podat nabídku není třeba důkazu, že je to snadné.<sup>99</sup> Kritérium relativní snadnosti ve vztahu k podrobnějšímu posouzení potencionálního konkurenta pak pro praxi vyvolává více otázek, než jich zodpovídá.

### 3.2.2 Schopnost podat nabídku na část rozdělené zakázky

V rámci Consortium biddingu může také dojít ke specifické situaci, kdy je veřejná zakázka rozdělená do více částí. V rámci ČR tato praxe vychází z ustanovení § 35 ZVZ,<sup>100</sup> které je v souladu s čl. 46 Směrnice. V takové situaci je možné podat nabídku pouze na část zakázky nebo na všechny části zároveň. I když podání na všechny části zakázky může být více atraktivní varianta, mělo by být posouzení schopnosti podat nabídku vztaženo pouze na otázku, zda mohl soutěžitel reálně podat nabídku alespoň do části zakázky s tím, že posouzení zvýšené atraktivity v důsledku kooperace je poté zkoumáno v rámci posuzování pro soutěžních benefitů.<sup>101</sup> Podobný postoj

---

<sup>96</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Comments to Danish draft guidelines on joint tendering* [online]. howtocrackanut.com, 2. červenec 2017 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na [http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/7/7/0p5ahpp86745j76bemm6dflw6hwloz?rq=joint%20bidding&fbclid=IwAR2-XqmYfc4FLv4c5X7AEn47j4\\_Ik4aHfyIOPZhgMpczo9E4Z-IVrcbi4Fw](http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/7/7/0p5ahpp86745j76bemm6dflw6hwloz?rq=joint%20bidding&fbclid=IwAR2-XqmYfc4FLv4c5X7AEn47j4_Ik4aHfyIOPZhgMpczo9E4Z-IVrcbi4Fw).

<sup>97</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 16.

<sup>98</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 11.; CCPC. *How to comply...*, s. 13.

<sup>99</sup> THOMAS: *Two Bids...*, s. 632.

<sup>100</sup> § 35 ZVZ „Zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na více částí, pokud tím neobejde povinnosti stanovené tímto zákonem. Pokud zadavatel zadává více částí veřejné zakázky v jednom zadávacím řízení, vymezí rozsah těchto částí a stanoví pravidla pro účast dodavatele v jednotlivých částech a pro zadání těchto částí.“

<sup>101</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 8.

zastává i DCCA. Ten nepovažuje kooperaci za nezbytnou v případě, kdy vlastní zdroje soutěžitele umožňují podat samotnou nabídku na část zakázky. Příkladem může být případ konsorcia dvou největších soutěžitelů, kteří se účastnili zakázky týkající se silničního značení. Uvedená zakázka umožňovala podat nabídku na celou zakázku pro tři okresy, nebo jen na jednotlivé okresy. DCCA konstatoval, že rozhodující je, zda je objektivně možné předložit dílčí nabídku. V souvislosti s uvedeným pak DCCA došel k závěru, že soutěžitelé byli konkurenty či případně i konkurenty potencionálními, neboť jak vyplývalo z business plánu společností, bylo reálně možné najmout více zaměstnanců.<sup>102</sup> Uvedené rozhodnutí bylo v roce 2016 potvrzeno v odvolacím řízení. Nicméně dánským Námořním a obchodním soudem bylo 27. srpna 2018 uvedené rozhodnutí zamítnuto. Soud konstatoval, že skutečnost, že společnost nemá dostatečné zdroje k podání nabídky na celou zakázku, ale pouze na její části, nemůže bránit takové společnosti, aby vstoupila do konsorcia a podala společnou souhrnnou nabídku. Omezení vyplývající z posouzení schopnosti podat dílčí nabídku by nemuselo vést ke zvýšení soutěže. Soud zároveň uvedl, že posouzení schopnosti podat nabídku nemůže být založeno na hypotetických teoriích o možnosti obstarat dodatečnou techniku nebo najmout personál, ale musí zde existovat důkaz, že je to možné a komerčně životaschopné rozhodnutí.<sup>103</sup>

### 3.2.3 Dílčí závěr

Přesto, že existují snahy podrobněji kvalifikovat a dát návod, jak přistoupit ke kritériu určujícímu potencionálního konkurenta ve vztahu k soutěži o určitou zakázku, panuje obecná shoda pouze na kritériu reálné možnosti podat vlastní nabídku, kde způsob posouzení reálné možnosti již jednotný není. Už samotné slovo reálné evokuje, že posouzení bude v každém případě probíhat individuálně. Avšak lze obecně přisvědčit podobnější úvaze o posouzení reálné možnosti podat nabídku, že nelze posuzovat pouze to, zda měl soutěžitel prostředky k investicím do potřebných zdrojů pro zakázku, ale i to, zda obstarání dodatečných kapacit bylo racionální rozhodnutí z podnikatelského pohledu.<sup>104</sup> Posouzení by mělo proběhnout pouze na základě objektivních faktů, které byli objektivně soutěžiteli dostupné v době příprav podání nabídky. A to i přesto, že takové posouzení přináší znovuposouzení podnikatelského úsudku ze strany úřadu.

Při posouzení výše uvedených kritérií nese posuzující úřad důkazní břemeno. Na první pohled se může zdát, že důvodu komplexnosti uvedených kritérií je důkazní břemeno pro prokázání narušení soutěže příliš těžké. Avšak, jak bylo uvedeno výše, důkazní břemeno

---

<sup>102</sup> Dánský soutěžní úřad (DCCA): Rozhodnutí ze dne 24. června 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium. IN DCCA. *Joint bidding...*, s. 12

<sup>103</sup> LANGGAARD: *The danish...*

<sup>104</sup> SÁNCHEZ GRAELLS: *Comments to Danish...*

se může v rámci řízení přesouvat. Tedy v případě, kdy posuzující úřad přinese důkaz o reálné možnosti obstatat si dodatečnou techniku, je na soutěžiteli, aby přinesl důkaz o opaku.

### 3.3 Forma omezení soutěže

#### 3.3.1 Obecné rozlišení forem narušení hospodářské soutěže

K narušení hospodářské soutěže může, jak vyplývá z čl. 101 SFEU a § 3 ZOHS, dojít ve dvou formách, a to formou dohody, která má za cíl (účel) narušit hospodářskou soutěž nebo jejímž výsledkem (účinkem) je takové narušení. Jedná se o dvě alternativní formy, které jsou nezbytné pro naplnění skutkové podstaty zakázané dohody. Podstatným rozdílem mezi cílovou a výsledkovou dohodou je, že pokud dojde ke zjištění protisoutěžního cíle dohody, přičemž k posouzení dochází „na základě obecných zkušeností s určitými typy dohod anebo, dle některých autorů, i na základě objektivně zjištěného (tj. dle jeho vnější manifestace) úmyslu stran posouzení vychází“,<sup>105</sup> tak již není nutné zkoumat faktické účinky na hospodářskou soutěž. V případě, kdy dohoda není posouzena jako účelově narušující soutěž, je nezbytné posoudit, zda má taková dohoda narušující účinek ve vztahu k soutěži. Posouzení účinku se děje na základě konkrétních měřitelných výsledků trhu v případě zkoumání skutečného narušení soutěže nebo na základě věrohodné ekonomické analýzy v případě zkoumání potencionálního narušení soutěže.

Za dohody s cílem narušit hospodářskou soutěž lze považovat pouze takové dohody, které ze své podstaty směřují k jejímu narušení. Ostatní dohody, které do této kategorie nespádají, je pak nutné posoudit z pohledu dohod výsledkových.<sup>106</sup> Ve vztahu k určování účelových dohod jsou judikatorně ustálené typické dohody, které mají protisoutěžní účel. V rámci horizontálních dohod se jedná zejména o dohody o fixování cen, o rozdělení trhu, o omezování výroby či prodeje nebo kolektivní bojkot.<sup>107</sup> Současně sem spadají i dohody o manipulaci zakázek (bid rigging) a vzájemná výměna informací o cenové politice.<sup>108</sup> Tyto dohody standardně nemají žádný pozitivní efekt a vznikají jen za účelem narušení soutěže.<sup>109</sup> Nicméně i přesto, že tyto dohody mají status takzvaných „obvyklých podezřelých“, může se stát, že v konkrétních případech nebude ve výsledku účel narušit hospodářskou soutěž dovozen.<sup>110</sup> K označení dohody za cílovou musí dohoda vykazovat dostatečný stupeň škodlivosti ve vztahu k hospodářské soutěži. K takovému závěru

---

<sup>105</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 98 (§ 3).

<sup>106</sup> Tamtéž s. 99.

<sup>107</sup> Tamtéž s.100.

<sup>108</sup> RAUS: *Zákon o ochraně...*, s. 94.

<sup>109</sup> FAULL: *The EC Lam...*, s. 82.

<sup>110</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 100 (§ 3).

musí dojít na základě obsahu dohod a jejich ustanovení a cílů spolu s posouzením hospodářského a právního kontextu, do kterého dohoda spadá.<sup>111</sup>

Závěr o tom, zda je posuzovaná dohoda považována za cílovou nebo výsledkovou, není významný pouze k rozdílnému způsobu prokazování narušení hospodářské soutěže, ale také k aplikaci doktríny *de minimis* (podrobněji níže), neboť v případě existence cílové dohody nelze toto pravidlo aplikovat a nemůže tak dohodě nabídnout „bezpečný přístav“ na základě zanedbatelného dopadu dohody na hospodářskou soutěž.<sup>112</sup>

### 3.3.2 Forma omezení hospodářské soutěže v důsledku Consortium biddingu

Je nutné posoudit, zda se Consortium bidding řadí do dohod se statutem „obvyklých podezřelých“. Jeden z možných přístupů je stanovit, že podání společné nabídky konsorciem konkurentů, případně potencionálních konkurentů, ze své podstaty obsahuje dohodu o společném prodeji (podtyp dohod o obchodním využití), neboť v porovnání s případy, kdy by konkurující soutěžitelé podali vlastní nabídku, by tato dohoda omezovala soutěž mezi členy konsorcia prakticky ve všech aspektech, včetně ceny a kvality.<sup>113</sup> Dohody o společném prodeji budou zároveň ve většině případů spadat do dohod o fixaci cen, dle § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS a čl. 101 odst. 1 písm. a) SFEU, které jsou považovány za dohody nejvíce narušující soutěž.<sup>114</sup>

Dohody zahrnující dohody o společném prodeji lze rozdělit na dvě kategorie. Do první kategorie spadají dohody, u kterých je prodej jen výsledkem vyplývajícím z pravidla z dohody o společné výrobě. A ve druhé jsou to pak dohody, které mají prodej jako hlavní prvek kooperace.<sup>115</sup> Dohody o společném prodeji mohou být vedlejší součástí například dohody o výrobě nebo mohou stát samotně. Přístup Komise při posouzení uvedených dohod jako cílových je rozdílný. Z Pokynů vyplývá, že dohody o společném prodeji jsou zpravidla považovány za dohody s cílem narušit soutěž, neboť mohou vyloučit cenovou soutěž mezi soutěžiteli anebo vést k omezení celkového objemu výrobků, které mají být stranami dodávány v rámci systému pro přidělování objednávek.<sup>116</sup>

Naopak v situaci, kdy je dohoda o společném prodeji jen vedlejší a nezbytnou součástí dohody o výrobě, není Komisi posuzována jako cílová. Pokyny výslovně stanovují dva příklady

---

<sup>111</sup> Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 11. září 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) v Komise*, C-67/13 P. bod 49,53; Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 20. ledna 2016, *Toshiba Corporation v Komise*, C-373/14 P. bod. 29.

<sup>112</sup> Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení *de minimis*) 2014/C 291/01 Bod 2 a 13; ÚOHS. *Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný* [online]. uohs.cz, 24. dubna 2018 [cit. 6. března. 2019]. Dostupné na <<https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/oznameni-o-dohodach-de-minimis.html>>. s. 2.

<sup>113</sup> RITTER: *Joint tendering*..., s. 11.

<sup>114</sup> KINDL: *Zákon o ochraně*..., s. 119 (§ 3).

<sup>115</sup> FAULL: *The EC Law* ..., s. 397.

<sup>116</sup> Pokyny s.50 odst. 234.



dohody o výrobě, které obsahují prvky dohody o společném prodeji (omezení výroby a fixování ceny), kdy se nejedná o cílovou dohodu.<sup>117</sup> A to v případě, kdy „se strany dohodnou na objemu výroby přímo souvisejícím s dohodou o výrobě (například kapacitě a objemu výroby společného podniku nebo dohodnutém objemu externě zajištěných výrobků), pokud nejsou vyloučeny ostatní parametry hospodářské soutěže“ nebo v případě, kdy „dohoda o výrobě, která zajišťuje rovněž společnou distribuci společně vyrobených výrobků, předpokládá společné stanovení prodejní ceny těchto výrobků, a pouze jich, za předpokladu, že toto omezení je nezbytné pro společnou výrobu, což znamená, že strany by jinak neměly pobídku, aby uzavřely v první řadě dohodu o výrobě.“<sup>118</sup> Pro doplnění lze uvést, že dohody o výzkumu a vývoji nejsou standardně považovány za cílené dohody za předpokladu, že neslouží jako nástroj k jinak zakázanému stanovování cen, omezování objemu výroby nebo rozdělování trhů. Stejně tak dohoda, která zahrnuje využití budoucích výsledků, není považována za cílovou.<sup>119</sup>

Z uvedeného vyplývá nutnost určit pro zařazení nebo vyřazení Consortium biddingu mezi cílové dohody, že se jedná o „čistou“ dohodu o společném prodeji nebo o dohodu o výrobě s prvky dohody o společném prodeji. Pro určení je nezbytné posoudit těžiště integrované spolupráce na základě dvou základních faktorů, a to: „za první, výchozí bod spolupráce a za druhé, míra integrace jednotlivých funkcí, které jsou spojeny.“<sup>120</sup> Určení těžiště zahrnuje posouzení, zda dochází k faktickému slučování prostředí soutěžitelů.<sup>121</sup> Například pokud kooperace v rámci Consortium biddingu zahrnuje určitou integraci výrobních aktiv, kupříkladu založení nového závodu, byla by taková dohoda považována za dohodu o výrobě. Naproti tomu v případě, kdy je Consortium bidding pouze nástrojem prodeje jednotlivých produktů stran konsorcia, bude se jednat o dohodu o společném prodeji. V případě služeb musí být posouzení odlišné, neboť chybí možnost integrace výrobních aktiv, nicméně platí pravidlo, že čím hlouběji je spolupráce integrována, tím spíše se posoudí jako dohoda o výrobě.<sup>122</sup>

Tento přístup k posouzení Consortium biddingu jako cílové dohody ve své podstatě pouze na základě určení těžiště dohody tenduje k automatizmu, kterého by se úřady dohlížející na hospodářskou soutěž měly vyvarovat. Na druhou stranu v případě, kdy je prokázáno, že konsorciální nabídka je pouze nástroj společného prodeje, čímž dochází nezbytně k fixaci ceny není důvod neoznačit takovou dohodu jako cílovou.

Thomas přistupuje k posouzení Consortium biddingu jako cílové dohody odlišným způsobem, kdy nepřirovnává Consortium bidding k dohodám o společném prodeji a nedovozuje,

---

<sup>117</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 111.

<sup>118</sup> Pokyny s. 37–38, odst. 160.

<sup>119</sup> Pokyny str. 29, odst. 128.

<sup>120</sup> Pokyny s. 6, odst. 14

<sup>121</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 26.

<sup>122</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 11-12.

tak jejich „cílovost“.<sup>123</sup> Odkazuje na rozsudek ve věci CB v Komise, kde soud konstatoval, že cílové dohody musí vykazovat dostatečný stupeň škodlivosti pro soutěž a jako příklad cílové dohody uvedl horizontální ceny fixující kartely, u kterých předchozí zkušenosti ukázaly, že narušují soutěž snižováním produkce, navyšováním ceny atd.<sup>124</sup> Thomas posuzuje Consortium bidding jako specifickou formu dohody, u které vzhledem k jejím potencionálním přínosům pro zákazníka nelze dojít k závěru, že by taková dohoda spadala pod příklad uvedený v rozsudku CB v Komise. Výjimkou může být případ, kde existuje dostatečný důkaz o širším bid rigging kartelu. Consortium bidding tak v zásadě Thomas považuje za výsledkové dohody, u kterých je nutné posoudit, zda mají potenciál citelně narušit hospodářskou soutěž.<sup>125</sup> Jinými slovy Consortium bidding je specifický případ dohody, u kterého dosud nebyl posuzován a prokázán negativní dopad na hospodářskou soutěž, tedy nelze s ohledem na předchozí zkušenosti stanovit, že Consortium bidding lze považovat za cílovou dohodu. Nicméně vzhledem k pozdějšímu rozhodnutí Lundbeck, kde tribunál konstatoval, že „není požadováno, aby tentýž druh dohod byl již Komisí odsouzen proto, aby tento druh dohod mohl být považován za omezení hospodářské soutěže „z hlediska účelu“,“<sup>126</sup> není Thomasův názor zcela přesvědčivý.

Jaký přístup se ve vztahu Consortium biddingu v praxi prosadí, není vzhledem k chybějící unijní judikatuře jasné. Určitou indicií může být rozhodnutí soudu EFTA ve věci norských taxikářů, kde se soud zabýval praxí joint biddingu z pohledu narušení hospodářské soutěže dle článku 53 EEA, který je téměř identický s čl. 101 SFEU.

V uvedeném případě společnosti Ski Taxi a Follo Taxi založily v roce 2001 společný podnik SFD, ve kterém měla každá společnost poloviční podíl. SFD měla za úkol vykonávat technické správní činnosti společného zájmu a předkládat společné nabídky do veřejných zakázek, kde by v případě úspěchů Ski Taxi a Follo Taxi byly subdodavateli SFD. Nejedná se tedy o standardní formu Consortium biddingu, jak byla vymezena v této práci, nicméně z pohledu aplikace úpravy zakázaných dohod se tento případ nyní neodlišuje. SFD podala společnou nabídku na veřejnou zakázku Univerzitní nemocnice v Oslu (dále jen „Nemocnice“), která byla rozdělena do dvou částí. Pro absenci jiných soutěžitelů o zakázku Nemocnice podala k norskému soutěžnímu úřadu (dále jen „NSÚ“) stížnost proti jednání SFD. NSÚ shledal, že koordinace společníků v rámci SFD představuje dohodu s cílem omezit soutěž. Případ se skrze opravné prostředky dostal k norskému

---

<sup>123</sup> THOMAS: *Two Bids...*, s. 633.

<sup>124</sup> CB v Komise, C-67/13 P, bod 51.

<sup>125</sup> THOMAS: *Two Bids...*, s. 633.

<sup>126</sup> Lundbeck v. Komise, bod 438.

nejvyššímu soudu, který se obrátil na soud EFTA s otázkou týkající se posouzení cílových dohod s upřesněním kritérií ve vztahu k joint biddingu.<sup>127</sup>

Argumentace taxi společností byla velmi podobná argumentaci uvedené Thomasem, a to, že v souladu s rozhodnutím ve věci CB v Komise je k posouzení dostatečného stupně škodlivosti nezbytné posoudit obsah dohody a její ustanovení, cíle, kterých má dosáhnout, jakož i hospodářský a právní kontext, do kterého spadá. S tím, že nelze rozhodnout pouze na základě kontextu, neboť v případě právního kontextu neexistuje judikatura ani rozhodnutí Komise, které by joint bidding za cílovou dohodu označilo a hospodářský kontext nebyl v daném případě řádně zvážen. Ve vztahu k existenci cenové fixace byl předložen argument, že stanovení ceny je nezbytnou součástí joint biddingu a nelze jí přirovnat k pouhé dohodě o fixaci cen.<sup>128</sup>

Naproti tomu NSÚ argumentoval, že i v případě, kdy dohoda obsahuje jen z části tvrdé omezení (hard core restriction), je nutné považovat dohodu za cílenou. Zároveň NSÚ konstatoval, s odkazem na Pokyny, že joint bidding by měl být posuzován jako dohoda o obchodním využití, která v případě cenové koordinace, jak bylo uvedeno výše, pravděpodobně dává vzniknout cílové dohodě, s výjimkou případů, kdy existuje objektivní nezbytnost pro kooperaci<sup>129</sup> Odůvodnění cílové dohody dle NSÚ lze pak přirovnat k prvně představenému přístupu k posouzení Consortium biddingu skrze dohody o obchodním využití.

V první řadě Soud EFTA konstatoval, že pro posouzení, zda kooperace formou joint biddingu vyvolává narušené hospodářské soutěže, je třeba zkoumat nezbytnost kooperace. Soud tedy stanovil nutnost posoudit, zda jsou strany skuteční nebo potenciální konkurenti,<sup>130</sup> čímž potvrdil aplikaci kritérií uvedených v kapitole 3.1 a 3.2.

V případě pozitivního zjištění schopnosti podat nabídku pak Soud EFTA konstatoval, že pokud společná nabídka obsahuje cenovou fixaci, která je výslovně zakázána dle § 53 odst. 1 EEA, posouzení ekonomického a právního kontextu dohody může být omezeno na nezbytné minimum, které je potřebné k prokázání cílové dohody. Z rozhodnutí tak vyplývá, že v případě dovození schopnosti podat vlastní nabídku bude Consortium bidding spíše považován za cílovou dohodu. Soud zároveň pozoruhodně konstatoval, že otevřenost a veřejnost informace o kooperaci může indikovat, že strany neměly v úmyslu narušit hospodářskou soutěž. Záměr stran může být při posouzení cílovosti brán v potaz, ale nejedná se o klíčový faktor.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Soud EFTA: Rozhodnutí ze dne 22. prosince 2016, *Ski Taxi/SA Follo Taxi SA/Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet*, sp. zn. Case E-3/16.

<sup>128</sup> Tamtéž bod 68–70.

<sup>129</sup> Tamtéž bod 74–76.

<sup>130</sup> Tamtéž bod 97.

<sup>131</sup> Tamtéž bod 101,105-108.

Rozhodnutí Soudu EFTA lze přirovnat v určitých bodech k přístupu, který dovozuje, že Consortium bidding lze spíše považovat za cílovou dohodu, neboť jeho nedílnou součástí je cenová fixace. Soud však nijak nezohlednil nutnost posouzení těžiště spolupráce. To lze pravděpodobně přisuzovat povaze daného případu, kdy obsahem zakázky byla přeprava pacientů Nemocnice pomocí taxi služby. Vzhledem k argumentaci Soudu EFTA s odkazem na Pokyny a přirovnání joint biddingu k dohodám o obchodním využití lze konstatovat, že názor Soudu EFTA v případě norských taxikářů podpořil aplikovatelnost prvně uvedeného přístupu. Nicméně poznatek soudu indikující necílovou povahu dohody, jež lze dovodit z veřejné kooperace značící, že záměrem účastníků dohody nebylo omezení hospodářské soutěže, není zcela relevantní, a to zejména z důvodu, že Consortium bidding je svou povahou veřejnou kooperací, a proto nemůže svědčit o záměru stran. Zároveň veřejnost dohody nijak neovlivňuje ekonomický dopad na soutěž o zakázku.<sup>132</sup>

Dle některých názorů je přístup k posouzení Consortium biddingu v uvedeném rozhodnutí příliš tvrdý a společné nabídky prakticky znemožňuje.<sup>133</sup> Respektive v případě společné nabídky reálných i potencionálních konkurentů musejí strany konsorcia prokázat splnění podmínek k aplikaci výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU (resp. § 3 odst. 4 ZOHS). Lze poukázat na časté argumenty proti posouzení Consortium biddingu *a priori* jako cílové dohody. Prvním argumentem je, že v situaci, kdy se soutěže o zakázku účastní velký počet soutěžitelů, fakticky nedochází k významnému narušení soutěže. Nicméně, dle Rittra, tento argument nelze považovat za relevantní, a to proto, že i při velkém počtu ostatních soutěžitelů může Consortium bidding vykazovat dostatečný stupeň škodlivosti, neboť tím zaniká soutěžní tlak mezi účastníky konsorcia a zároveň se snižuje množství podaných nabídek. Navíc úprava zakázaných dohod nemá zabránit pouze protisoutěžním účinkům dohody, ale má současně ochraňovat standardní běh soutěže. Podobnou argumentací je třeba odmítnout i druhý argument proti, který tvrdí, že v případě zanedbatelného podílu kooperujících soutěžitelů by dohoda soutěžitelů měla být považována za neškodnou stejně jako je to u spojování soutěžitelů. K tomu lze navíc dodat, že z pohledu soutěžního práva vykazují kartely větší stupeň nevěrohodnosti, než je tomu u spojování podniků.<sup>134</sup>

Podobnou argumentací pro cílovou povahu joint biddingu následně užil norský Nejvyšší soud, který na základě rozhodnutí Soudu EFTA rozhodoval případ norských taxikářů. Norský Nejvyšší soud stanovil, že v případě podání společné nabídky i přes schopnost podat vlastní nabídku zaniká konkurenční tlak mezi soutěžiteli, a proto považuje joint bidding za činnost

---

<sup>132</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 12.

<sup>133</sup> PETR: *Konsorcia ve výběrových...*, s. 114; SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, roč. 8, č. 7, s. 163.

<sup>134</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 14.

poškozující hospodářskou soutěž. K závěru o narušení soutěže v daném případě také přispěl interní dokument, jenž výslovně zmiňoval snížení soutěže mezi soutěžiteli, a to i v oblasti cenové politiky v rámci zakázek.<sup>135</sup> Soud uzavřel, že v daném případě kooperace soutěžitelů formou joint biddingu vykazuje dostatečný stupeň škodlivosti a lze jej považovat za cílovou dohodu.

Posouzení Consortium biddingu jako cílové dohody v případě schopnosti podat individuální nabídku lze pozorovat v praxi i napříč členskými státy EU. Například ve Francii v případě podání společné nabídky na školní autobusovou dopravu, ve Španělsku v případě zakázky na železniční výhybky nebo v Litvě v případě zakázky na rekonstrukci mateřské školy, dále pak ve Švédsku v případě zakázky na dodávku pneumatik.<sup>136</sup> K závěru o cílovosti dohody dospěl také DCCA ve výše uvedeném případě silničního značení, nicméně toto rozhodnutí bylo změněno odvolacím soudem, který nedovodil u členů konsorcia schopnost podat vlastní nabídku.<sup>137</sup>

Pro kontrast k uvedené tendenci posuzovat Consortium bidding jako cílovou dohodu lze poukázat na to, že například dle soutěžního práva Hong Kongu, které je v základních bodech podobné evropskému soutěžnímu právu, není Consortium bidding *a priori* považován za cílovou dohodu, a je tak ve většině případů nutné posoudit protisoutěžní účinek<sup>138</sup>

Ve vztahu k posouzení Consortium biddingu jako cílové dohody lze uzavřít, že praxe jednotlivých členských států zařazuje Consortium bidding mezi cílové dohody, což nahrává aplikaci prvně nastíněnému přístupu. Tedy, že Consortium bidding bude ve většině případů posuzován jako cílová dohoda, neboť ze své povahy obsahuje dohodu o společném prodeji včetně dohody o stanovení cen. Avšak existují případy, kdy je stanovení cen jen vedlejším a nezbytným prvkem například dohody o výrobě, a v takovém případě nelze dovodit cílovosti dohody a je nutné posoudit, zda je výsledkem dané dohody narušení soutěže. Tento závěr potvrzuje postup zvolení v pokynech DCCA.<sup>139</sup>

Posouzení, zda se v případě Consortium biddingu jedná o cílovou nebo výsledkovou dohodu, je podstatné pro určení bezpečných přístavů zaručujících souladnost kooperace účastníků konsorcia se soutěžním právem. V případě cílové povahy Consortium biddingu je jediným bezpečným přístavem aplikace výjimky dle čl. 101odst. 3 SFEU resp. § 3 odst. 4 ZOH. Zatímco

---

<sup>135</sup> Nejvyšší soud Norska (Norges Høyesterett): Rozsudek ze dne 22. června 2017, Ski Taxi SA/Follo Taxi SA/Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet, sp. zn. HR-2017-1229-A. bod 45–47.

<sup>136</sup> DCCA. *Joint bidding*..., s. 24–25.

<sup>137</sup> LANGGAARD: *The danish maritime*...,

<sup>138</sup> HONG KONG COMPETITION COMMISSION. *Guideline The first conduct rule* [online]. compcomm.hk, 27. července 2015 [cit. 7. března 2019]. Dostupné na

[https://www.compcomm.hk/en/legislation\\_guidance/guidance/first\\_conduct\\_rule/files/Guideline\\_The\\_First\\_Conduct\\_Rule\\_Eng.pdf](https://www.compcomm.hk/en/legislation_guidance/guidance/first_conduct_rule/files/Guideline_The_First_Conduct_Rule_Eng.pdf)>. s. 55.

<sup>139</sup> DCCA. *Joint bidding*..., s. 23–26.

v případě posouzení Consortium biddingu jako výsledkové dohody existuje navíc možnost bezpečného přístavu, kterou mohou poskytnout aplikace doktríny *de minimis* nebo případně blokové výjimky.

## 4 Výjimky vyplývající z právní úpravy soutěžního práva

### 4.1 Aplikace doktríny *de minimis*

Doktrína *de minimis* se vyvinula z rozhodovací praxe Komise. Dle této doktríny nelze za zakázanou dohodu dle čl. 101 SFEU považovat takové dohody, který mají zanedbatelný dopad na hospodářskou soutěž.<sup>140</sup> Pro určení hranice zanedbatelnosti dopadu dohod vydala Komise Sdělení *de minimis*,<sup>141</sup> jež stanovilo hranice tržních podílů účastníků dohod. V případě národní úpravy je vynětí dohod se zanedbatelným dopadem na soutěže výslovně stanoveno v § 3 odst. 1 ZOHS a pro stanovení hraničních podílů ÚOHS vydal téměř identické oznámení založené na Sdělení *de minimis*.<sup>142</sup>

Hranice uvedené v oznámeních nejsou závazné a ani nepřekročitelné, nicméně poskytují soutěžitelům určitý komfort, že v případě dodržení podmínek v Sdělení *de minimis* bude Komise nebo ÚOHS respektovat princip legitimního očekávání a nebude zahajovat sankční řízení.<sup>143</sup> Hranice podílů pro horizontální dohody nesmí překračovat 10 % na kterémkoli z relevantních trhů ovlivněných dohodou, jestliže je dohoda uzavřena mezi soutěžiteli, kteří jsou konkurenty nebo potenciaálními konkurenty na kterémkoli z těchto trhů. Pro aplikaci doktríny *de minimis* je tedy nezbytné stanovit dotčené relevantní trhy v souladu s pravidly uvedenými ve Sdělení Komise o definici relevantního trhu.<sup>144</sup>

Lze mít za to, že relevantním trhem bude soutěž o konkrétní zakázku, vůči které se soutěžitelé vymezovali jako konkurenti nebo potenciaální konkurenti. Pro aplikaci *de minimis* však může být brán v potaz i „širší“ relevantní trh, na nějž může mít spolupráce na zakázce efekt. Pokyny DCCA k aplikaci doktríny *de minimis* konstatují, že posouzení podílu se provádí případ od případu a je nezbytné posoudit, zda je zadání zakázky výchozím bodem pro definici trhu nebo zda je trh definován širěji. Posouzení závisí na konkrétních podmínkách trhu a četnosti transakcí na daném trhu, kdy je možné retrospektivním pohledem na určité období vytvořit přesnější obraz o postavení soutěžitelů na relevantním trhu.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> PETR: *Zakázané dohody...*, s. 183.

<sup>141</sup> Sdělení Komise – Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení *de minimis*). Úř. věst. C 291, 30. srpna 2014.

<sup>142</sup> ÚOHS: Oznámení Úřadu...

<sup>143</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 108 (§ 3).

<sup>144</sup> Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství. Úř. věst. C 372, 9. prosince 1997.

<sup>145</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 26.

## 4.2 Blokové výjimky

Blokové výjimky představují soubor nařízení vydaných Radou na návrh Komise, které shrnují a zobecňují stanoviska Komise k nejčastějším ujednáním v kooperačních dohodách mezi soutěžiteli. Blokové výjimky mohou být označeny jako doplněk obecných legálních výjimek dle čl. 101 odst. 3 SFEU.<sup>146</sup> Každá bloková výjimka vymezuje kategorie dohod, na které dopadá a zároveň stanoví konkrétní podmínky, které v případě splnění vyjmou dohodu ze zákazu stanoveného dle čl. 101 odst. 3 SFEU. Blokové výjimky lze obecně rozdělit dle jejich obsahu na horizontální, vertikální a ostatní.<sup>147</sup> Pro doplnění lze dodat, že dle § 4 ZOHS dopadají blokové výjimky také na dohody, které nemají vliv na obchod mezi členskými státy.

Ve vztahu ke Consortium biddingu lze uvažovat o aplikaci horizontálních blokových výjimek, tedy o výjimkách vztahujících se na oblast specializačních dohod a dohod o výzkumu a vývoji.<sup>148</sup> Pokyny vydané DCCA zejména zmiňují možnost aplikace blokové výjimky pro jednostranné a reciproční specializační dohody nebo dohody o společné výrobě v rámci oblasti specializačních dohod.<sup>149</sup> Vzhledem k povaze většiny, zejména veřejných, zakázek je pravděpodobnost uplatnění blokových výjimek zanedbatelná, nicméně takovou možnost nelze vyloučit.

## 4.3 Aplikace výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU a § 3 odst. 4 ZOHS

V situaci, kdy bylo shledáno narušení hospodářské soutěže dle čl. 101 odst. 1 SFEU nebo § 3 ZOHS, neboť v daném případě nebyla shledána nezbytnost kooperace a současně nebyly splněny podmínky aplikace doktríny *de minimis* nebo blokové výjimky, může bezpečný přístav poskytnout legální výjimku stanovenou v čl. 101 odst. 3 nebo § 3 odst. 4 ZOHS. V této fázi se posuzuje, zda dohoda omezující hospodářskou soutěž přináší pozitivní účinky na soutěž a současně zda tyto pozitivní účinky převáží nad omezujícími účinky. V případě Consortium biddingu mohou účastníci spojením svých sil nabídnout zvýšenou spolehlivost, zkušenosti nebo kvalitnější a rychlejší dokončení prací.<sup>150</sup> Tyto a další jiné pozitivní aspekty kooperace mohou vyjmout Consortium bidding ze zakázaných dohod. Za tímto účelem soutěžitelé musejí dle čl. 2 Nařízení 1/2003 prokázat splnění následujících kumulativních podmínek:

- „dohoda musí přispět ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků nebo k podpoře technického či hospodářského pokroku, tj. vést k růstu efektivity,

<sup>146</sup> KINDL: *Zákon o ochraně...*, s. 148. (§ 4).

<sup>147</sup> PETR: *Zakázané dohody...*, s. 198-199.

<sup>148</sup> Nařízení Komise (EU) č. 1217/2010 ze dne 14. prosince 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie dohod o výzkumu a vývoji. Úř. věst. L 335, 18. prosince 2010; Nařízení Komise (EU) č. 1218/2010 ze dne 14. prosince 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie specializačních dohod. Úř. věst. L 335, 18. prosince 2010.

<sup>149</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 35.

<sup>150</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 15.

- *spotřebitelé musí mít přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících, tj. růst efektivnosti, včetně růstu kvalitativní efektivnosti, dosažený nezbytnými omezeními musí být dostatečně přenesen na spotřebitele, takže těm jsou přinejmenším vynabrázeny omezující účinky dohody; nepostačuje proto pouze efektivnost, která svědčí stranám dohody; pro účely těchto pokynů zahrnuje pojem „spotřebitelé“ potenciální a/ nebo skutečné zákazníky stran dohody [...],*
- *omezení musí být nezbytná k dosažení těchto cílů, tj. růstu efektivnosti,*
- *dohoda nesmí stranám umožnit vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části produktů, které jsou těmito dohodami dotčeny.<sup>151</sup>*

Aplikaci uvedených podmínek vyplývajících z čl. 101 odst. 3 SFEU na případ Consortium biddingu je možné pozorovat například v pokynech vydaných DCCA a CCPC. Podobný náhled sdílí také Ritter a v určitých aspektech také Thomas,<sup>152</sup> naproti tomu Sanchez vidí v aplikaci zmíněných podmínek ve vztahu k Consortium biddingu určité nedostatky, které budou představeny níže ve specifických částech.

#### 4.3.1 Růst efektivnosti

Existuje obecná shoda na nutnosti prokázání reálného a měřitelného zvýšení efektivnosti (přínosů) v důsledku podání společné nabídky. Růst efektivnosti by zároveň měl být dostatečně velký, aby převážil omezení soutěže.<sup>153</sup> Přínosy lze rozdělit na přínosy nákladové (kvantitativní) a přínosy kvalitativní povahy, nicméně z dohod mohou vyplývat různé kategorie přínosů, které nemusí nutně spadat do jedné ze dvou výše uvedených kategorií.<sup>154</sup> Nákladový přínos může vzniknout například ze spojení doplňujících odborností a aktiv jednotlivých soutěžitelů, které přispějí k efektivnějšímu vývoji a výrobě. Dále mohou soutěžitelé v případě společné výroby nebo distribuce ušetřit náklady, které by jinak musely být vynaloženy dvakrát. Mohou vyrábět s nižšími náklady, pokud jim spolupráce umožňuje zvýšit výrobu, při níž mezní náklady klesají s objemem výroby, tj. úspory z rozsahu.<sup>155</sup> Podstatné je, že „*růst efektivnosti nesmí představovat úspory vyplývající z pouhého vyloučení nákladů, které jsou neodmyslitelnou součástí hospodářské soutěže, nýbrž musí být výsledkem spojení hospodářských činností.*“<sup>156</sup>

Spojení doplňujících odborností, know-how nebo technologií může zároveň vést ke kvalitativním přínosům. Mezi takové lze zařadit zvýšení jakosti výrobku nebo urychlení vývoje produktu.<sup>157</sup> Růst efektivnosti musí být zároveň doložitelný ze strany soutěžitelů. V případě

<sup>151</sup> Pokyny s.12, odst. 49. (pozn. změněno pořadí jednotlivých bodů)

<sup>152</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 28-35.; CCPC. *How to comply...*, s. 17-18.; Ritter s. 16

<sup>153</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 29.

<sup>154</sup> PETR: *Zakázané dohody...*, s. 195.

<sup>155</sup> Pokyny odst. 141,183,246.

<sup>156</sup> Pokyny s. 52, odst. 247.

<sup>157</sup> Pokyny 141,183,246.



prokázání efektivnosti v důsledku společné výroby by například měla existovat kalkulace investic, které by musely být učiněny v případě individuální nabídky, výše nákladů, jež by měli soutěžitelé před kooperací, a výše předpokládaných nákladů v rámci kooperace.<sup>158</sup>

K růstu efektivnosti může také přispět sdílení rizika, které se může projevit například ve snížení nákladů pro plnění určité zakázky. V případě existence značného rizika může být tento faktor relevantní pro posouzení schopnosti podat samostatnou nabídku (viz kapitola 3.1.3). Nicméně normální riziko ve vztahu k plnění určité zakázky nemůže vyjmout soutěžitele z možnosti podat vlastní nabídku, ale může vést k vytvoření atraktivnější nabídky. V takovém případě musí účastníci prokázat, že konkrétní nárůst efektivnosti je přímo spojený se sdílením rizika v rámci konsorcia. Příkladem může být pojištění rizika, které by si soutěžitel za normálních okolností obstaral. V takovém případě by standardně promítl cenu pojistného do finální nabídky. Naproti tomu v případě kooperace by byla cena pojistného nižší nebo by zde nebyla nutnost pojištění vůbec.<sup>159</sup> Podobným případem může být podnikatelský úvěr, kdy v důsledku kooperace soutěžitelů může banka nabídnout nižší úročení úvěru.

#### 4.3.2 Přínos efektivnosti pro spotřebitele

Samotný růst efektivnosti nestačí, ale musí být přenesen na spotřebitele, resp. zadavatele zakázky. Úspora nákladů a jiné benefity vyplývající z kooperace musejí být transformovány v nižší nabídku, vyšší kvalitu produktu (služby), inovativní řešení, různorodost nabízených produktů, a to v míře, která převáží omezující účinky Consortium biddingu.<sup>160</sup> Obecně platí, že čím vyšší je tržní síla účastníků konsorcia, tím menší je pravděpodobnost přenesení růstu efektivnosti na spotřebitele v dostatečné míře.<sup>161</sup> Ve vztahu ke Consortium biddingu tedy platí, že čím větší je předpoklad, že se soutěže zúčastní více soutěžitelů, tím spíše se promítne růst efektivnosti do nižších ceny podané nabídky.<sup>162</sup> Současně by mělo být nahlíženo s větším podezřením na společnou nabídku, jež nabízí spíše jen privátní rozdělení zakázky na jednotlivé části, kdy každou část této zakázky plní každý účastník samostatně.<sup>163</sup> Příkladem může být zakázka na výstavbu komplexu čtyř administrativních budov, kde každý ze čtyř účastníků konsorcia pracuje výhradně na stavbě jedné budovy. Thomas zároveň předeštlá otázku, zda může mít souhlas zákazníka význam pro posouzení splnění výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU. V té souvislosti konstatuje, že právě zákazník je ten, kdo může nejlépe posoudit, zda pro soutěžní benefity (růst efektivnosti) může vyvážit, resp. převážit omezení soutěže. A proto by měl být souhlas pro posouzení splnění

---

<sup>158</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 31.

<sup>159</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 32.

<sup>160</sup> CCPC. *How to comply...*, s.17; Pokyny

<sup>161</sup> Pokyny s. 40, odst. 185.

<sup>162</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 33.

<sup>163</sup> THOMAS: *Two Bids...*, s. 635.

výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU relevantní, nikoliv však nezbytný nebo dostatečný. Jako příklad Thomas uvádí situaci, kdy dva potencionální soutěžitelé o zakázku uvažují o podání společné nabídky. Svůj záměr představí zákazníkovi se všemi benefity, které koordinací může získat. V situaci, kdy zákazník vyjádří souhlas s Consortium biddingem, by pak takový souhlas měl mít značnou relevanci. Souhlas by dle Thomase měl být zároveň informovaný.<sup>164</sup> Vůči uvedenému názoru vyjádřil negativní postoj Sanchez, který uvádí, že taková praxe není slučitelná s aplikovatelnou úpravou veřejných zakázek.<sup>165</sup> S tímto názorem lze souhlasit, neboť si lze ve většině nabídkových řízení jen těžko představit předběžné konzultace potencionálních soutěžitelů s veřejným zadavatelem ohledně alternativních variant obsahu nabídky. Naopak v případě privátních zakázek by mohlo být možné považovat souhlas zákazníka za relevantní.

### 4.3.3 Nemožnost dosažení efektivity jinou cestou (nezbytnost)

Za sporný bod lze považovat nutnost prokázání podmínky nezbytnosti. Pokyny obecně stanovují, že omezení, která jdou dále než je nezbytně nutné k dosažení růstu efektivity v důsledku dohody, nesplňují kritéria čl. 101 odst. 3 SFEU. Kritérium nezbytnosti je zvláště důležité u dohod, které zahrnují stanovení cen nebo rozdělení trhů, což může být výjimečně považováno za nezbytné.<sup>166</sup>

CCPC rozděluje podmínku nezbytnosti do dvou základních pravidel. Za prvé růst efektivity by nebyl možný bez omezení soutěže a za druhé omezení nesmí přesáhnout hranici toho, co je nezbytné k umožnění Consortium biddingu.<sup>167</sup> Pokyny DCCA uvádějí, že zde nesmí existovat jiný ekonomicky životaschopný a méně omezující způsob dosažení efektivity, jako je podat individuální nabídku nebo podat nabídku s jiným soutěžitelem než současným partnerem, a současně se kooperace musí držet v mezích toho, co je nezbytně nutné k provedení zakázky.<sup>168</sup> Obdobný názor sdílí Ritter, který ve vztahu ke Consortium biddingu shrnuje, že růst efektivity nemůže být dosažen méně omezující alternativou. Mezi tyto zařazuje obstarání dodatečného personálu, techniky nebo spojení se s jiným soutěžitelem, který není konkurentem.<sup>169</sup> Posouzení možných alternativ pro kooperaci bylo již obsahem testu schopnosti podat individuální nabídku dle čl. 101 odst. 1 SFEU. Na problém dvojího posuzování stejných skutečností poukazuje zejména Sanchez, který uvádí, že posouzení schopnosti podat nabídku včetně posouzení možnosti

<sup>164</sup> Tamtéž s.635.

<sup>165</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015)* [online]. howtocrackanut.com, 2. prosince 2015 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na <<http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html?fbclid=IwAR0LMwov46ZZZ1p90eGTc6jtTmKnZuErXYn6RXn-VvsbNxyW8u50wJHBOFs>>.

<sup>166</sup> Pokyny s. 52, odst. 248.

<sup>167</sup> CCPC. *How to comply...*, s. 17; obdobně DCCA. *Joint bidding...*, s. 34.

<sup>168</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s. 34.

<sup>169</sup> RITTER: *Joint tendering...*, s. 16.

spolupracovat s jiným soutěžitelem lze použít ke stanovení statusu potencionálních konkurentů ve vztahu k zakázce, ale nelze tato kritéria použít k posouzení podmínky nezbytnosti dle čl. 101 odst. 3 SFEU, neboť v případě Consortium biddingu dvou (potencionálních) konkurentů lze konstatovat, že zde vždy existuje méně omezující způsob, protože každý z účastníků konsorcia mohl podat vlastní nabídku. Takový závěr by fakticky znemožnil všem konsorciím složeným z potencionálních konkurentů aplikaci výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU. Naopak v případě konsorcia složeného ze soutěžitelů, kteří nejsou (potencionálními) konkurenty, nepřipadá test dle čl. 101 odst. 3 SFEU v úvahu, neboť, jak bylo uvedeno výše, Consortium bidding nekonkurentů neomezuje soutěž.<sup>170</sup>

Sanchez nabízí alternativní postup pro aplikaci výjimky. Účastníci Consortium biddingu by měli být schopni prokázat, že jsou schopni podat nabídku jen spolu nebo že podmínky nabídky jsou podstatně lepší, než podmínky, jaké by mohli nabídnout individuálně. Musí prokázat specifický a měřitelný nárůst efektivnosti vyplývající ze společné kooperace a přenesení této efektivnosti na zadavatele. Navíc by zadavatelé měli být pozorní k možným negativním dopadům na soutěž a zbytečným omezením obsažených v dokumentech konsorcia.<sup>171</sup> I přesto, že lze chápat záměr Sancheze přistupovat k Consortium biddingu méně restriktivně a zamezit dvojímu posuzování stejných faktů, tak s jeho argumenty nelze zcela souhlasit.

V první řadě posouzení možnosti obstatat dodatečné zdroje nebo se spojit s jiným soutěžitelem v testu dle čl. 101 odst. 1 SFEU vypovídá o možnosti podat individuální nabídku, naproti tomu v případě testu dle čl. 101 odst. 3 SFEU slouží k prokázání, že zde neexistovala jiná možnost jak dosáhnout efektivnosti. Nelze tedy konstatovat, že v případě Consortium biddingu dvou soutěžitelů musí způsobit nemožnost aplikace výjimky dle 101 odst. 3 SFEU.

Uvedené lze znázornit na následujícím příkladu. Na základě testu dle 101 odst. 1 došla Komise k závěru, že oba účastníci konsorcia mohli objektivně rozšířit své zdroje koupí nové techniky, a tudíž mohli podat vlastní nabídku. Tito potencionální konkurenti však stále mohou prokázat, že v důsledku jejich kooperace (spojením technických zdrojů) dosáhli růstu efektivnosti, které by koupí nové techniky (i.e. méně restriktivní alternativy) nedosáhli. V určitých případech však může být pro účastníky konsorcia složité prokázat, že neexistoval nekonkurující soutěžitel, který by zajistil stejnou nebo vyšší efektivnost jako v případě posuzovaného konsorcia a zároveň by byl ochotný ke kooperaci. Je tedy otázkou, jaké důkazy by účastníci konsorcia měli přinést, aby prokázali neexistenci méně omezující alternativy. Zda postačí e-mailová komunikace dokazující

---

<sup>170</sup> SÁNCHEZ GRAELLS: *Comments to Danish...*

<sup>171</sup> SÁNCHEZ GRAELLS: *Public Procurement...*, s. 339.

oslovení možných partnerů nebo předložení základní kalkulace ceny nabídky v případě najmutí potřebných pracovníků.

S ohledem na výše uvedené je možné se přiklonit k názoru, že účastníci Consortium biddingu by měli prokázat, že zde neexistuje méně omezující alternativa, který by zajistila stejný nebo větší přínos. Zároveň lze podotknout, že důkazní břemeno ležící na účastnících konsorcia by nemělo v očích posuzujícího úřadu být příliš těžké.

#### 4.3.4 Nedochozí k potlačení soutěže

Poslední podmínkou je, aby účastníci konsorcia nevyloučili hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části dané zakázky nebo k možným vedlejším trhům. Nevyloučení podstatné části soutěže v rámci zakázky může být poněkud problematické, neboť nelze zcela předvídat množství potencionálních soutěžitelů o zakázku. Pokyny vydané DCCA konstatují, že je třeba posoudit společný podíl účastníků konsorcia na trhu s ohledem na ostatní možné soutěžitele o zakázku. I přesto, že účastníci konsorcia standardně neví a ani by vědět neměli počet skutečných soutěžitelů o zakázku, mají obvykle dobrou představu o počtu soutěžitelů, kteří jsou schopni podat nabídku.<sup>172</sup> S tímto přístupem však nelze zcela souhlasit, neboť v rámci zakázek, u kterých jsou například jen tři soutěžitelé, kteří jsou očividně schopni samostatně podat nabídku, ale zároveň zde může existovat nespočet potencionálních nabídek od soutěžitelů, kteří se sdruží do konsorcia nebo investují do rozšíření svých kapacit. Jak vyplývá z kapitoly 3.1 a 3.2, posouzení schopnosti podat nabídku je velice komplexní a nelze požadovat po jiném soutěžiteli, který nemá a ani by mít neměl přístup ke konkrétním datům kondici všech potencionálních konkurentů, aby reálně předvídal i jen rámcově počet nabídek.

Navíc je zde element subjektivního rozhodnutí ostatních soutěžitelů neúčastnit se soutěže vůbec, kdy například v případě šesti skutečných konkurentů podají dva konkurenti společnou nabídku a další čtyři nepodají nabídku vůbec, v takovém případě, i když jsou schopni prokázat splnění předešlých podmínek, nemohou splnit uvedenou podmínku z důvodu podstatného potlačení soutěže. Navíc ke zjištění neschopnosti splnit uvedenou podmínku dochází až po podání všech nabídek. Samozřejmě například v případě, kdy v rámci regionu existují tři autobusoví dopravci a je naprosto zjevná absence dalších konkurentů, nemůže konsorcium dvou dopravců splnit podmínku uvedené nabídky. Obdobný závěr může být viděn v případě švédských cementáren, kde vytvořily konsorcium dvě společnosti za účelem dodání cementu pro stavbu mostu.

---

<sup>172</sup> DCCA. *Joint bidding...*, s.35.

Tyto společnosti měly podíl na trhu mezi 80 až 100 procenty, což zároveň ztěžovalo vstup dalšího soutěžitele.<sup>173</sup>

Vzhledem ke specifické povaze Consortium biddingu by mělo být k nutnosti prokázání této podmínky přístupováno shovívavě, neboť v opačném případě by prokázání této podmínky po soutěžiteli vyžadovalo dispozici s údaji o jiných potencionálních konkurentech a posuzování jejich podnikatelský záměrů podat nabídku.

---

<sup>173</sup> Švédský soutěžní úřad (Konkurrensverket): Rozhodnutí ze dne 12. května 1995, *Icke-ingripandebesked/ undantag avseende samarbete i ett konsortium i cementbranschen*. IN DCCA. *Joint bidding...*, s. 35.

## Závěr

Cílem této diplomové práce bylo analyzovat úpravu soutěžního práva EU dopadající na Consortium bidding a určit kritéria stanovující souladnost Consortium biddingu se soutěžním právem EU. Závěry uvedené analýzy jsou z důvodu podobnosti úpravy současně platné pro národní úpravu soutěžního práva ČR. Pro dosažení stanoveného cíle bylo v první řadě nezbytné představit praxi společného podávání nabídek v rámci konsorcia, a to jak v obecné rovině spolu s vymezením konsorcia jako subjektu dle právního řádu ČR, tak z pohledu právní unijní a národní úpravy veřejných zakázek. Dále bylo nezbytné vymezit konkrétní ustanovení soutěžního práva, jež jsou aplikovatelná na Consortium biddingu. Po stanovení použitelnosti právní úpravy zakázaných dohod dle čl. 101 SFEU a § 3 ZOHS došlo k analýze interpretační a aplikační praxe v rámci Komise, SD EU a relevantních národních soudů a úřadů dohlížejících na hospodářskou soutěž. V první řadě byla zkoumána kritéria, podle nichž je možné určit, zda v důsledku Consortium bidding může dojít nebo došlo k narušení hospodářské soutěže, a v druhé řadě pak byla zkoumána kritéria, která v případě zjištění narušení soutěže zaručí souladnost s pravidly hospodářské soutěže tzv. bezpečný přístav.

Na základě analýzy provedené v této práci lze konstatovat, že Consortium bidding je situace, kdy se soutěžitelé sdruží do konsorcia za účelem podání společné nabídky do soutěže o privátní nebo veřejnou zakázku. Zde lze konsorcium považovat za kooperační uskupení podnikatelů vzniklé na základě smlouvy za určitým účelem a bez právní osobnosti, které v praxi může představovat různé právní formy od inominátních smluv až po společnost založenou dle § 2716 NOZ. Kooperace ve formě Consortium biddingu přináší značné výhody jak pro sdružené soutěžitelé, tak pro zadavatele zakázek. Mezi benefity na straně soutěžitelů lze zařadit možnost podání nabídky v případě nedostatku vlastních zdrojů nebo možnost rozdělení rizika, ušetření nákladů, zvýšení investic, sloučení know-how, zvýšení jakosti a rozmanitosti produktů a urychlení inovace. Na straně zadavatele je benefitem možnost většího výběru mezi nabídkami, případně zvýšení atraktivity podaných nabídek. Consortium bidding může však zároveň sloužit jako nástroj nebo zástěrka jednání narušující hospodářskou soutěž. Vliv Consortium biddingu na soutěž nelze jednotně označit za pozitivní. Právě z důvodu potencionálního nebezpečí pro hospodářskou soutěž může Consortium bidding, i přes souladnost s právní úpravou veřejných zakázek dle čl. 19 odst. 2 Směrnice a § 5 ve spojení s § 82 a § 84 ZVZ, být v rozporu s unijní a národní úpravou chránící hospodářskou soutěž.

V první řadě byla posuzována možnost aplikace právní úpravy koncentrací dle čl. 3 odst. 4 Nařízení č. 139/2004 a § 12 odst. 5 ZOHS. Použitelnost uvedené úpravy nebyla dovozena, neboť Consortium bidding tak, jak byl vymezen v této práci, nesplňuje ze své podstaty zejména podmínku

dlouhodobého charakteru, a tedy jej nelze označit za plně funkční joint venture spadající do úpravy koncentrací. Následně byla posouzena možnost aplikace právě úpravy zakázaných dohod vyplývajících z čl. 101 SFEU a § 3 ZOHS, která byla vzhledem k smluvnímu charakteru konsorcia dovozena.

Za základní kritérium, které určí souladnost Consortium biddingu s aplikovatelnou soutěžněprávní úpravou, lze považovat schopnost soutěžitele podat samostatnou nabídku, tedy zda jsou účastníci konsorcia ve vztahu k zakázce považováni za konkurenty nebo potencionální konkurenty. Na tomto obecném kritériu panuje všeobecná shoda. Avšak konkrétní způsob, jakým se schopnost podat vlastní nabídku posuzuje již dle dostupných zdrojů týkajících se problematiky Consortium biddingu, není zcela jednotný. Na základě analýzy relevantních zdrojů lze však dojít k závěru, že je v první řadě nezbytné určit, zda je soutěžitel schopen splnit požadavky dané zakázky, a to na základě vlastních finančních, personálních, technických zdrojů, odborných schopností a zkušeností, kterými disponuje a bude disponovat v době případného plnění zakázky. Do těchto zdrojů se tak nezapočítávají zdroje již smluvně vázané na jiné projekty a takové zdroje, u nichž je obchodně zodpovědné ponechat si je pro očekávané poptávky zejména klíčových zákazníků. Posouzení schopnosti podat nabídku je zároveň nutné posoudit pouze na základě objektivních faktů bez ohledu na záměr soutěžitele. Dalším elementem při posouzení schopnosti podat nabídku je, zda je soutěžitel schopen unést riziko spjaté se zakázkou. Riziko je však relevantní jen v případě existence značného rizika vyvolaného zakázkou, jako jsou vysoké náklady spolu s velkou pravděpodobností neúspěchu při plnění zakázky.

V případě, kdy není soutěžitel schopen podat vlastní nabídku, je nutné posoudit, zda existuje reálná možnost, aby si dodatečné zdroje pro splnění požadavků zakázky obstaral zvenčí a to včetně možnosti podání nabídky s jiným soutěžitelem, jenž není konkurentem. Zahrnutí možnosti kooperovat s alternativním partnerem do posouzení schopnosti podat nabídku však vyžaduje značnou míru znovuposouzení podnikatelského úsudku ze strany úřadu a zároveň značnou důkazní zátěž. Nicméně dosavadní zahraniční praxe se spíše přiklání k zahrnutí zkoumání existence alternativních partnerů do celkového posouzení potencionálního konkurenta. Posouzení reálné možnosti obstarati si zdroje zvenčí bude zjišťováno v každém případě individuálně. Nicméně lze konstatovat, že existence dostatečných finančních prostředků k investicím do dodatečných zdrojů nestačí k závěru o schopnosti podat samostatnou nabídku, ale musí být prokázáno, že obstarání dodatečných kapacit je racionálním rozhodnutím z podnikatelského pohledu.

Dále bylo zkoumáno, zda lze Consortium bidding *a priori* posuzovat jako dohodu s cílem omezit hospodářskou soutěž. K tomu lze konstatovat, že Consortium bidding ze své podstaty obsahuje dohodu o společném prodeji, v rámci které dochází k dohodě o stanovení ceny.

V případech, kdy je Consortium bidding pouze nástrojem ke společnému prodeji, není důvod neoznačit Consortium bidding jako cílovou dohodu. Nicméně v případech, kdy Consortium bidding obsahuje komplexnější formu kooperace, která například zahrnuje dohodu o výrobě nebo vědě a výzkumu, je nutné posoudit těžiště integrované spolupráce. V situaci, kdy je těžiště spolupráce například v dohodě o výrobě, tak společný prodej zahrnující fixaci cen může být jen nezbytnou součástí kooperace a nepovede k závěru o cílovosti Consortium biddingu. Nicméně ve většině případů bude ke Consortium biddingu přistupováno jako k cílové dohodě, o čemž svědčí dosavadní zahraniční praxe.

Posouzení, zda Consortium bidding omezuje hospodářskou soutěž ve formě cílové nebo výsledkové dohody, je podstatné zejména pro možnost aplikaci výjimky dle doktríny *de minimis* a blokových výjimek, které nabízejí bezpečný přístav zakázaným dohodám, jež nemají formu cílové dohody a zároveň splní další podmínky. Bezpečný přístav může Consortium biddingu, na kterém participují konkurenti (případně potencionální konkurenti) ve vztahu k zakázce, se soutěžním právem poskytnout výjimku dle čl. 101 odst. 3, případně § 3 odst. 4 ZOHS, a to bez ohledu na formu omezení soutěže. Pro aplikaci výjimky musí účastníci prokázat, že dochází k nárůstu efektivnosti a tím přináší například nákladové úspory. Růst efektivnosti musí být přenesen na zadavatele například ve formě nižší ceny. Benefity z růstu efektivnosti současně musí převážet omezení soutěže. Účastníci Consortium biddingu musí dále prokázat, že neexistuje jiný méně omezující způsob dosažení růstu efektivnosti. Uvedená podmínka obnáší posouzení, zda nebylo možné obstarat dodatečný personál, techniku nebo spojit se s jiným soutěžitelem, který není konkurentem. I přesto dochází k posuzování stejných faktů jako u posouzení schopnosti podat individuální nabídku, ale prokazuje se jimi jiná skutečnost. Nicméně požadavky na prokazování neexistence vhodnějšího partnera by neměly být bezbřehé. Poslední podmínkou je nutnost prokázat, že kooperace neomezí soutěž podstatným způsobem. Tato podmínka vzhledem k často nepředvídatelnému počtu fakticky podaných nabídek se zdá být poněkud problematická, nicméně je logickou součástí testu dle čl. 101 odst. 3 SFEU a její vynětí by mohlo mít za následek absurdní následky. Důkazní břemeno by u posledních dvou podmínek nemělo být příliš těžké, a to z důvodu specifické povahy Consortium biddingu.

Stanovený cíl diplomové práce lze považovat za splněný, neboť byla určena kritéria vyplývající z právní úpravy soutěžního práva EU, která vymezují souladnost Consortium biddingu s touto úpravou. Pro přehledné znázornění soutěžněprávních kritérií viz Příloha č. 1. Bude otázkou budoucí rozhodovací praxe, zda budou tato kritéria obecně přijata.



## Bibliografie

### Monografie a komentáře

- DVOŘÁK, David, a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s.
- FAULL, Jonathan. NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 1. vydání. Oxford: Oxford University Press, 1999, 960 s.
- HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, (§ 2716) 2080 s.
- KINDL, Jiří, MUNKOVÁ, Jindřiška. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, 864 s.
- PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2010. 624 s.
- RAUS, David, ORŠULOVÁ, Andrea. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014. 680 s.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. vydání. Oxford: Hart Publishing, 2015. 624 s.
- ŠVESTKA, Jiří a kol. *Občanský zákoník I, II*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, 2528 s.

### Odborné články

- ALBANO, Gian Luigi, SPAGNOLO, Giancarlo, ZANZA, Matteo. Regulating joint bidding in public procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, roč. 5, č. 2, s. 335–360.
- KALINTIRI, Andriani. The Allocation of the Legal Burden of Proof in Article 101 TFEU Cases: A ‘Clear’ Rule with Not-So-Clear Implications. *Yearbook of European Law*, 2015, roč. 34, č. 1, s. 232–256.
- PETR, Michal. Konsorcia ve výběrových řízeních z hlediska soutěžního práva. *Antitrust : revue soutěžního práva*, 2017, roč. 2017, č. 4, s. 112 – 115.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, roč. 8, č. 7, s. 161–163
- SZYDLO, Wojciech. Consortium Agreements As A Way For Joint Bidding For A Public Contract In The Polish Public Procurement Law. *Eurasian Journal of Social Sciences*, 2018, roč. 6, č. 3, s. 1–8.

- THOMAS, Christopher. Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, roč. 6, č. 9, s. 629–638.

### Internetové zdroje

- COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION COMMISSION. *How to comply with competition law when tendering as part of a consortium A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)* [online]. ccpc.ie, prosinec 2014 [cit. 12. února. 2019]. Dostupné na <[https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide\\_0.pdf](https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide_0.pdf)>. 30 s.
- DANISH COMPETITION AND CONSUMER AUTHORITY. *Joint bidding guidelines* [online]. en.kfst.dk, 5. června. 2018 [cit. 6. ledna. 2019]. Dostupné na <[https://www.en.kfst.dk/media/50765/050718\\_joint-bidding-guidelines.pdf](https://www.en.kfst.dk/media/50765/050718_joint-bidding-guidelines.pdf)>. 39 s.
- ESTACHE, Antonio, LIMI, Atsushi. Joint Bidding in Infrastructure Procurement. World Bank Policy Research Working Paper No. 4664 [online]. 1. července 2008 [cit. 8. 1. 2019]. Dostupné na <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1232760](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1232760)> 30 s.
- EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE. *What is a joint venture or a consortium?* [online]. eui.eu, 17. srpna 2017 [cit. 4. ledna. 2019]. Dostupné na <<https://www.eui.eu/About/ProcurementattheEUI/FAQs/What-is-a-joint-venture-or-a-consortium/>>.
- HONG KONG COMPETITION COMMISSION. *Guideline The first conduct rule* [online]. compcomm.hk, 27. července 2015 [cit. 7. března 2019]. Dostupné na <[https://www.compcomm.hk/en/legislation\\_guidance/guidance/first\\_conduct\\_rule/files/Guideline\\_The\\_First\\_Conduct\\_Rule\\_Eng.pdf](https://www.compcomm.hk/en/legislation_guidance/guidance/first_conduct_rule/files/Guideline_The_First_Conduct_Rule_Eng.pdf)>.
- KONKURRENSVERKET. *Tire service chains ordered to pay fines for illegal joint tendering* [online]. konkurrensverket.se, 21. ledna 2014 [cit. 8. 2. 2019]. Dostupné na <<http://www.konkurrensverket.se/en/news/tire-service-chains-ordered-to-pay-fines-for-illegal-joint-tendering/>>
- LANGGAARD STAGE, Kristine. *The danish maritime and commercial high court repeals a decision by the danish competition appeals tribunal* [online]. en.kromannreumert.com, 30. srpna 2018 [cit. 2. března 2019]. Dostupné na <<https://en.kromannreumert.com/News/2018/08/The-Danish-Maritime-and-Commercial-High-Court-repeals-a-decision-by-the-Danish-Competition-Ap>>.

- OECD. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* [online]. oecd.org, 2009 [cit. 8. 1. 2019]. Dostupné na <<https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>> 16 s.
- OECD. *Policy roundtables public procurement 2007* [online]. oecd.org, 8. ledna 2008 [cit. 20. leden 2019]. Dostupné na <<http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>>.
- REGISTR SMLUV. *Generální finanční ředitelství - Smlouva o dílo\_Rámcová dohoda o poskytování služeb (ePPAK) (AVISme 2018001161)* [online]. smlouvy.gov.cz, 14. listopadu 2018 [cit. 7. ledna. 2019]. Dostupné na <<https://smlouvy.gov.cz/smlouva/7311975>>.
- RITTER, Cyril. *Joint tendering under EU competition law* [online]. papers.ssrn.com, 1. února 2017 [cit. 6. ledna 2019]. Dostupné na <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2909572&fbclid=IwAR2H7GDZzMsYpsfWpPjOmHcPK2Qrj7IZLE524x7t4O282EiK5kUHjiGjG4](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572&fbclid=IwAR2H7GDZzMsYpsfWpPjOmHcPK2Qrj7IZLE524x7t4O282EiK5kUHjiGjG4)>. 17 s.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Comments to Danish draft guidelines on joint tendering* [online]. howtocrackanut.com, 2. červenec 2017 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na <[http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/7/7/0p5ahpp86745j76bemm6dflw6hwlz?rq=joint%20bidding&fbclid=IwAR2-XqmYfc4FLv4c5X7AEn47j4\\_Ik4aHfyIOPZhgMpczo9E4Z-IVrcbi4Fw](http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/7/7/0p5ahpp86745j76bemm6dflw6hwlz?rq=joint%20bidding&fbclid=IwAR2-XqmYfc4FLv4c5X7AEn47j4_Ik4aHfyIOPZhgMpczo9E4Z-IVrcbi4Fw)>.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015)* [online]. howtocrackanut.com, 2. prosince 2015 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na <<http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html?fbclid=IwAR0LMwov46ZZZ1p90eGTc6jtTmKnZuErXYn6RXn-VvsbNxyW8u50wJHBOFs>>.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *New analysis of joint tendering under EU competition law: a few comments on Ritter (2017)* [online]. howtocrackanut.com, 20. února 2017 [cit. 25. února 2019]. Dostupné na <<http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/2/20/new-analysis-of-joint-tendering-under-eu-competition-law-ritter-2017?rq=joint%20bid&fbclid=IwAR03xFctq3nH4FKjKWEFTWvtUFRJd9cgcQkNx1O41kVHifw7ukuRQEe9MrY>>.
- SLAUGHTER AND MAY. *Private equity and competition law: consortium bids* [online]. Slaughterandmay.com, 1. dubna 2014 [cit. 4. ledna 2019]. Dostupné na <<http://www.slaughterandmay.com/what-we-do/publications-and-seminars/publications/newsletters-and-briefings/2014/private-equity-and-competition-law-consortium-bids.aspx>>.

- ÚOHS. *Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný* [online]. uohs.cz, 24. dubna 2018 [cit. 6. března. 2019]. Dostupné na <<https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuzeni-dominance/oznameni-o-dohodach-de-minimis.html>>.
- ÚOHS. *Zadávání veřejných zakázek a zakázané dohody dodavatelů* [online]. uohs.cz, [cit. 6. února. 2019]. Dostupné na <<https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/osveta-a-transparentnost-verejnych-zadavatelu/publikace.html>> 92 s.
- ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE. *Zakázané dohody – kartely* [online]. uohs.cz, 2012 [cit. 20. prosince 2018]. Dostupné na <<https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/osveta-a-transparentnost-verejnych-zadavatelu/zakazane-dohody-bid-rigging/zakazane-dohody-kartely.html>>.
- WELSH GOVERNMENT. *Joint Bidding Guide* [online]. gov.wales, 19. listopad. 2015 [cit. 6. ledna. 2019]. Dostupné na <<https://gov.wales/docs/dpsp/publications/valuewales/151119-bidding-guide-en.pdf>>.

### **Právní předpisy**

- Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie, Úř. Věst C 326, 26. října 2012, s. 47—390.
- Nařízení Komise (EU) č. 1217/2010 ze dne 14. prosince 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie dohod o výzkumu a vývoji. Úř. věst. L 335, 18. prosince 2010, s. 36—42.
- Nařízení Komise (EU) č. 1218/2010 ze dne 14. prosince 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie specializačních dohod. Úř. věst. L 335, 18. prosince 2010, s. 43—47.
- Nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků (Nařízení ES o spojování). Úř. věst. L 24, 29. ledna .2004, s. 1—22.
- Nařízení Rady č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy. Úř. Věst. L 1, 4. ledna 2003, s. 1–25.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. Věst. L 94, 28. března 2014, s. 65–242.
- Zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník, ve znění zákona č. 539/1991 Sb. účinném ke dni 20. prosince 1991.
- Zákon č. 143/2001, o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

### **Rozhodnutí**

- Dánský soutěžní úřad (DCCA): Rozhodnutí ze dne 24. června 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*.
- Námořní a obchodní soud (Sø-og Handelsretten): Rozsudek ze dne 27. srpna 2018, *Eurostar Danmark A/S a GVCO A/S*, sp. zn. U- 2-16 og U-3-16.
- Nejvyšší soud Norska (Norges Høyesterett): Rozsudek ze dne 22. června 2017, *Ski Taxi SA/Follo Taxi SA/Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet*, sp. zn. HR-2017-1229-A.
- Rozhodnutí Komise IV/32.688 *Konsorcium ECR 900* ze dne 27. června 1990
- Soud EFTA: Rozhodnutí ze dne 22. prosince 2016, *Ski Taxi SA/Follo Taxi SA/Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet*, sp. zn. Case E-3/16.
- Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 11. září 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) v Komise*, C-67/13 P.
- Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 20. ledna 2016, *Toshiba Corporation v Komise*, C-373/14 P.
- Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 29. června 2016, *E.ON Ruhrgas a E.ON v. Komise*, T-360/09.
- Soudní dvůr: Rozsudek ze dne 8. září 2016, *Lundbeck v. Komise*, T-472/13.
- Stockholms Tingsrätt: Rozsudek ze dne 21. prosince 2014, *Konkurrensverket v Däckia/Euromaster*, sp. zn. T 18896–10.
- Švédský soutěžní úřad (Konkurrensverket): Rozhodnutí ze dne 12. května 1995, *Icke-ingripandebesked/undantag avseende samarbete i ettkonsortium i cementbranschen*.
- ÚOHS: Rozhodnutí ze dne 13. června 2014, sp. zn. ÚOHS-S605/2013/KD

### **Ostatní**

- Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek. Sněmovní tisk 637/0, 444 s.
- Konsolidované sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků. Úř. věst. C 95, 16. dubna 2008, s. 1—48.

- Sdělení Komise – Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci. Úř. věst. C 11, 14. ledna 2011, s. 1—72.
- Sdělení Komise – Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezuji hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis). Úř. věst. C 291, 30. srpna 2014, s. 1—4.
- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství. Úř. věst. C 372, 9. prosince 1997, s. 5—13.
- Sdělení Komise o pojmu plně funkčních společných podniků podle nařízení Rady (EHS) č. 4064/89 o kontrole spojování podniků. Úř. věst. C 66, 2. března 1998, s. 1—4.
- Sdělení Komise o rozdílu mezi koncentračními a kooperativními společnými podniky. Úř. věst. C 385/1, 31. prosince 1994, s. 1—4

## Abstrakt

Diplomová práce se zaměřuje na problematiku účasti konsorcií ve veřejných soutěžích z pohledu soutěžního práva. Účast konsorcií ve veřejných soutěžích je situace, kdy se soutěžitelé sdruží za účelem podání společné nabídky do veřejné soutěže. Dva nebo více soutěžitelů uzavřou dohodu tzv. smlouvu o konsorciu, jež dá základ subjektu bez právní osobnosti, ve kterém si každý účastník zachová svůj právní status (konsorcium). Consortium bidding lze považovat za běžnou a rozšířenou praxi napříč evropskými státy. Nicméně přesto, že se jedná o běžnou praxi, jež je zároveň povolena na základě unijní a národní právní úpravy veřejných zakázek, může být tato forma kooperace protiprávní z pohledu soutěžního práva. Cílem této diplomové práce je analyzovat úpravu soutěžního práva EU dopadající na Consortium bidding a určit kritéria stanovující souladnost Consortium biddingu se soutěžním právem EU. Consortium bidding může být v rozporu s čl. 101 SFEU nebo jeho národním ekvivalentem. Hlavní kritériem vyplývajícím z čl. 101 SFEU pro rozlišení mezi protiprávním a legálním Consortium biddingem je, zda lze soutěžitele považovat za konkurenty nebo potencionální konkurenty ve vztahu k určité zakázce, tedy zda jsou schopni podat samostatnou nabídku. Ke Consortium biddingu bude ze své podstaty ve většině případů přistupováno jako k dohodě s cílem omezit soutěž. V případě, kdy jsou účastníci konsorcia schopni podat vlastní nabídku, může být Consortium bidding stále považován za souladný s právem, a to pokud splní podmínky pro aplikaci blokové výjimky, výjimky dle doktríny *de minimis* a výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU. Pro aplikaci výjimky dle čl. 101 odst. 3 SFEU musí účastníci konsorcia prokázat, že dochází k nárůstu efektivnosti, která je přenesena na zadavatele. Zároveň není jiný méně omezující způsob dosažení růstu efektivnosti a kooperace nesmí omezit soutěž podstatným způsobem. Nicméně důkazní břemeno by u posledních dvou podmínek nemělo být příliš těžké, neboť Consortium bidding vykazuje určitá specifika.

## Abstract

Diploma thesis is focused on the issue of „Participation of consortia in public tenders, from the competition law perspective“. Participation of consortia in public tenders is a situation where undertakings join their forces in order to submit a single bid (i.e. Consortium bidding) and win a particular public tender. Two or more undertakings conclude a contract called consortium agreement, which forms subject without legal entity (“consortium”), where each participant maintains separate legal status. Consortium bidding can be considered as a common practice, which is widespread throughout Europe. Even though Consortium bidding is common practice and also allowed according to EU and national public procurement law, this form of cooperation might be unlawful from the competition law perspective. The aim of this thesis is to analyze the competition rules that apply to Consortium bidding and to suggest criteria that determine the lawfulness of Consortium bidding according to EU competition law and consequently according to competition law of Czech Republic. Consortium bidding agreement can particularly violate Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European (TFEU) or its national equivalent. Main criterion arising from Article 101 of TFEU for distinguishing between a legal and an illegal Consortium bidding is, whether the undertakings can be considered as competitors or potential competitor with regard to the tender. Assessment is based on the ability of each undertaking to bid individually. If undertakings are able to bid on their own, then Consortium bidding is unlawful due to the restriction of competition. The consortium will more likely restrict competition by object, but not necessarily. Even though each member can bid individually, Consortium bidding can be legal if it fulfils conditions of block exception, de minimis doctrine exception or exception under Article. 101 para. 3 of TFEU. Particularly in order to apply exception under Article. 101 para. 3 of TFEU consortium have to be able to prove that the cooperation gains efficiency which is beneficial for consumers, there is no other less restrictive way how to achieve the efficiency (“Indispensability“) and the cooperation does not substantially eliminate particular a part of competition. However, the burden of proof should not be too heavy with regard to the last two conditions, as the Consortium bidding shows certain specifics.



## **Klíčová slova**

konsorcium, soutěžní právo, evropské právo, společná nabídka, konsorcijská nabídka, veřejná zakázka, konkurent, potenciální konkurent, sdružení, narušení hospodářské soutěže, soutěžitel, podnik, narušení soutěže

## **Key words**

consortium, competition law, european law, joint bidding, consortium bidding, , public procurement, competitor, potential competitor, undertaking, distortion of competition

