

Florentinum, recepcce A
Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, Česká republika
Tel.: +420 255 000 111

Titanium Business Complex
Nové sady 996/25, 602 00 Brno, Česká republika
Tel.: +420 545 423 420

Poděbradova 2738/16, 702 00 Ostrava, Česká republika
Tel.: +420 596 110 300

Centrum Zuckermandel
Žižkova 7803/9, 811 02 Bratislava, Slovenská republika
Tel.: +421 232 113 900

DŮVĚRNÉ

Pracovní návrh ze dne 31. 8. 2018.

Podklad k interní diskuzi.

MEMORANDUM

Datum: 31. 8. 2018
Komu: Autobusy LK, s.r.o., U Jezu 525/4, 460 01 Liberec, Liberec IV-Perštýn
Od: HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář
Předmět: **Posouzení naplnění podmínek pro zadání sektorové veřejné zakázky při transakcích souvisejících s nabytím akcií či (části) závodu**

Předmětem memoranda je shrnutí závěrů předběžného posouzení

- postavení společnosti Autobusy LK s.r.o. („**Autobusy LK**“) a případně též Libereckého kraje jako jejího zřizovatele z pohledu naplnění definice zadavatele dle § 151 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („**ZZVZ**“);
- rizik případné transakce spočívající v nákupu akcií ČSAD Liberec, a.s. („**ČSAD Liberec**“) společností Autobusy LK.

Toto memorandum je zpracováno pro interní potřebu společnosti Autobusy LK a Libereckého kraje („**Kraj**“), jakožto jediného zřizovatele a společníka této společnosti, jako podklad pro další diskuzi a interní projednání závěrů předběžné analýzy, tak jak jsou uvedeny v memorandu. Nejedná se o komplexní posouzení situace.

1. VÝCHOZÍ POPIS SITUACE

Společnost Autobusy LK byla založena na základě usnesení zastupitelstva Kraje č. 40/18/ZK ze dne 30. 1. 2018, kterým Kraj rozhodl o založení této společnosti za účelem vytvoření vnitřního dopravce, jehož jediným společníkem bude Kraj.

Aktuálně tvoří společnost pouze jeden jednatel a členové dozorčí rady; rozumíme, že tato společnost zatím nemá další zaměstnance. Účelem společnosti Autobusy LK je dle zápisu ze zasedání zastupitelstva Kraje dne 30. 1. 2018 „*zpracování harmonogramu procesu zajištění obslužnosti formou vnitřního dopravce na zelené louce, včetně zpracování finanční analýzy, na základě které bude rozhodnuto o velikosti oblasti, zázemí dopravce a podrobném harmonogramu zahájení zajištění dopravní obslužnosti vnitřním dopravcem.*“

Požadovaným cílovým stavem je zajištění dostatečných technických i pracovních kapacit a zdrojů k tomu, aby byla společnost Autobusy LK schopna zajišťovat dopravní obslužnost Kraje jako jeho „vnitřní dopravce“. Společnost Autobusy LK vznikla tzv. na zelené louce a zatím nemá k dispozici žádné autobusy a další technické vybavení, potřebný odborný personál a

nedisponuje nezbytnými licencemi pro zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Jejím cílem je získat potřebné vybavení a kapacity co možná efektivně a funkčně tak, aby mohla zahájit činnosti spojené se zajištěním dopravní obslužnosti Kraje co nejdříve.

Zvažovanou variantou je akvizice existující dopravní společnosti, a to konkrétně společnosti ČSAD Liberec formou nabytí 76 380 kusů jejích akcií, jejichž souhrnná jmenovitá hodnota činí 85,879 % základního kapitálu společnosti ČSAD Liberec. Způsob získání kapacit formou akvizice již existující společnosti je na trhu obvyklý a osvědčený.

Předmětem tohoto memoranda v tuto chvíli není posouzení jiných případných variant nebo jejich srovnání.

2. PŘEDPOKLADY A VÝCHODISKA

S ohledem na předmět posouzení a základní popis situace vycházíme pro účely tohoto memoranda z následujících předpokladů a východisek:

- Kraj a Autobusy LK naplňují definici veřejného zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ;
- po převodu zamýšleného počtu akcií společnosti ČSAD Liberec na společnost Autobusy LK by vlastníkem zbylých akcií, jejichž jmenovitá hodnota odpovídá 14,121 % základního kapitálu společnosti ČSAD Liberec, byli pouze (ovládající) veřejní zadavatelé;
- předmětem memoranda jsou výhradně otázky uvedené výše (další budou či mohou být předmětem samostatného posouzení v návaznosti na diskusi o předběžných závěrech dle tohoto memoranda).

3. MANAŽERSKÉ SHRUTÍ

- a) Veřejný zadavatel postupuje v případě, že zadává veřejnou zakázku při výkonu relevantní činnosti, dle pravidel pro zadávání sektorových veřejných zakázek, stanovených v § 151 a násl. ZZVZ. V případě sektorových veřejných zakázek je zadavatel povinen postupovat v režimu ZZVZ v případě nadlimitních sektorových veřejných zakázek – tj. v případě plnění, které převyšují následující aktuálně platné finanční limity sektorových zakázek:
- | | |
|--|------------------|
| (i) sektorová veřejná zakázka na dodávky: | 11.915.000,- Kč |
| (ii) sektorová veřejná zakázka na služby: | 11.915.000,- Kč |
| (iii) sektorová veřejná zakázka na stavební práce: | 149.224.000,- Kč |
- b) Ve vztahu k společnosti Autobusy LK bude rozhodující výkon relevantní činnosti dle § 153 odst. 1 písm. f) ZZVZ, tedy „*činnosti související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány*“. Dané ustanovení se vztahuje jak na správce dopravní sítě (resp. vlastníka vykonávajícího činnosti spojené s poskytováním dopravních sítí), tak i na dopravce samotného. Za základní znak poskytované služby (relevantní činnosti) je třeba považovat její výkon pro veřejnost, a to za podmínek stanovených příslušným dopravním úřadem, zejm. dle získané licence na příslušnou linku, schváleného jízdního řádu apod.
- c) Úřad pro ochranu hospodářské soutěže („Úřad“) ve svých rozhodnutích nezpochybňuje skutečnost, že výkon veřejných služeb v přepravě cestujících a zajišťování dopravní obslužnosti na území obcí a krajů ze strany dopravních společností a dopravních podniků (zde společnosti Autobusy LK) je relevantní činností dle § 153 odst. 1 písm. f) ZZVZ¹ a

¹ Srov. např. rozhodnutí Úřadu č. j. **ÚOHS-S0197/2013/VZ-03200/2016/552/DBo** ze dne 27. 1. 2016. Obdobně také komentářová literatura DVORÁK, a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2017:

společnost Autobusy LK tak bude v postavení zadavatele sektorové zakázky. Aniž by to pro transakci (viz dále) bylo nutně relevantní, platí zároveň, že samotný zřizovatel dopravce – zde Kraj - veřejné služby v přepravě cestujících fakticky nevykonává, neposkytuje tuto činnost na základě výhradního práva dle podmínek stanovených rozhodnutím příslušného dopravního úřadu, a tedy zůstane v postavení veřejného zadavatele dle § 4 odst. 1 písm. d) ZZVZ.

- d) V současné době zatím společnost Autobusy LK relevantní činnost spojenou s poskytováním veřejných služeb v přepravě cestujících fakticky nevykonává. Rozumíme, že aktuálně společnost Autobusy LK analyzuje koncepce zajištění dopravní obslužnosti Kraje a činí *přípravné kroky* směřující k možnosti poskytovat veřejné služby v přepravě cestujících. V daném momentě společnost Autobusy LK bude primárně v postavení veřejného zadavatele dle § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ. Pokud však bude společnost Autobusy LK poptávat plnění směřující k *vytvoření materiálně technického zázemí pro výkon relevantní činnosti* (typicky při nákupu autobusů, výstavbě plnicí stanice apod.), bude oprávněna postupovat v režimu platném pro zadávání sektorových veřejných zakázek. Jak totiž vyplývá z rozhodovací praxe Úřadu, také v případech, pokud zadavatel ještě nevykonává relevantní činnost, avšak již činí kroky bezprostředně směřující k zahájení výkonu relevantní činnosti, a za tím účelem zadává veřejnou zakázku, pohlíží se na zadavatele již v tento okamžik jako na tzv. sektorového zadavatele.²
- e) Ve vztahu k nabytí akcií jsme přesvědčeni, že tato plnění bez dalšího nenaplnují definiční znaky veřejné zakázky a při jejich pořízení tak zadavatelé nejsou povinni automaticky postupovat v zadávacím řízení dle ZZVZ. Uvedené vyplývá z evropské úpravy zadávání veřejných zakázek, která byla implementována rovněž do vnitrostátního ZZVZ a ze které vyplývá, že veřejné zakázky na dodávky představují pouze takové smlouvy, jejich prostřednictvím jsou pořizovány „výrobky“ ve smyslu „zboží“ obchodovaného na daném relevantním trhu. Je však nezbytné zohlednit aktuálně pravomocné rozhodnutí Úřadu³, ve kterém Úřad konkrétně ve vztahu k nabytí akcií společnosti ČSAD Liberec konstatoval, že tyto činnosti naplňují definici veřejné zakázky na dodávky dle § 14 odst. 1 ZZVZ a Kraj byl povinen je poptávat postupem stanoveným v ZZVZ. Ač se s věcnými závěry tohoto rozhodnutí o rozkladu neztotožňujeme a za věcně a právně správné považujeme závěry původního prvostupňového rozhodnutí⁴, doporučujeme z důvodu právní jistoty (než bude tato otázka definitivně vyřešena v řízení před Krajským soudem v Brně) při nabytí akcií postupovat v zadávacím řízení dle ZZVZ.
- f) V případě akvizice společnosti ČSAD Liberec (formou nákupu akcií) by se dle našeho názoru uvedeného výše jednalo o realizaci kroků bezprostředně směřujících k výkonu relevantní činnosti dle § 153 odst. 1 písm. f) ZZVZ. Společnost Autobusy LK bude mít

*„Typickými zadavateli sektorových veřejných zakázek v odvětví dopravy jsou například České dráhy, a.s., Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, nebo **municipální dopravní společnosti** typu provozovatelů městské hromadné dopravy (například Dopravní podnik hl. m. Prahy, aj.)“*

² Srov. rozhodnutí Úřadu č. j. **ÚOHS-S104/2012/VZ-5607/2012/510/MLr** ze dne 3. 8. 2012, které byl potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. **ÚOHS-R231/2012/VZ-4105/2013/310/MMI** ze dne 6. 3. 2013. Na uvedené rozhodnutí odkázal Úřad také ve svém pozdějším rozhodnutí č. j. **ÚOHS-R296/2014/VZ-27813/2016/323/RBu/BRy** ze dne 7. 7. 2016, ve kterém Úřad posuzoval právě pořízení plnění směřujícího k zajišťování dopravní obslužnosti, ač zadavatel při zadání veřejné zakázky relevantní činnost ještě nevykonával, když nevlastnil ani neprovozoval žádný autobus či žádné jiné vozidlo, které by využíval k výkonu své relevantní činnosti. Předseda Úřadu v tomto rozhodnutí uvedl, že i v takovém případě, kdy zadavatel ještě nevykonává relevantní činnost, se na něj při uzavření smlouvy na realizaci plnicí stanice CNG pohlíží již v tento okamžik jako na sektorového zadavatele, neboť tato jeho činnost bezprostředně směřuje k zahájení výkonu relevantní činnosti ve vztahu k provozu dopravní sítě.

³ Rozhodnutí Úřadu č. j. **ÚOHS-S0330/2017/VZ-08408/2018/521/Mži** ze dne 19. 3. 2018, které bylo potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. **ÚOHS-R0057/2018/VZ-18785/2018/323/Ebr** ze dne 25. 6. 2018.

⁴ Srov. rozhodnutí Úřadu č. j. **ÚOHS-S0330/2017/VZ-29881/2017/521/Mži** ze dne 13.10.2017, které bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. **ÚOHS-R0194/2017/VZ-00305/2018/323/EBr** ze dne 4.1.2018 a nenabývalo tak právní moci.

povinnost postupovat v režimu ZZVZ při zadávání nadlimitní sektorové veřejné zakázky (tj. u dodávek u plnění, jehož předpokládaná hodnota převyšuje částku 11.915.000,- Kč).

- g) V postupu spočívajícím v nákupu akcií společnosti ČSAD Liberec společností Autobusy LK spatřujeme následující možná právní rizika:
- (i) Riziko obcházení zákazu plnění smlouvy Krajem: ačkoli akcie společnosti ČSAD Liberec by nabývala společnost Autobusy LK, existuje zde dle našeho názoru riziko, že v případě přezkumu tohoto postupu ze strany Úřadu shledá Úřad v tomto postupu obcházení zákona a jeho rozhodnutí, kterým Kraji takový postup zakázal. To zejména s ohledem na fakt, že jediným společníkem společnosti Autobusy LK je Kraj a že o jejím zřízení Kraj rozhodl teprve v lednu 2018; podle našeho názoru toto platí zejména v situaci, kdy veškeré kroky při akvizici by byly závislé na rozhodování v orgánech Kraje a na financování ze strany Kraje.
 - (ii) Riziko stanovení předpokládané hodnoty akcií: ohledem na absenci rozhodovací či výkladové praxe (nakolik je téma nabývání akcií dle ZZVZ nové a překvapivé) není jednoznačně, zda v případě nákupu akcií bude předpokládanou hodnotou veřejné zakázky jen samotná hodnota akcií, nebo je do ní nezbytné zahrnout veškerou hodnotu, kterou tyto akcie představují, včetně případné hodnoty autobusů, pracovníků a dalšího nezbytného vybavení. Vzhledem k tomu, že Úřad ve výše citovaném rozhodnutí operoval výhradně s hodnotou samotných akcií, se však domníváme, že stejným způsobem (tedy výhodnějším pro transakci) lze kalkulovat i zde;
 - (iii) Riziko předpokládané hodnoty spojené s převzetím pohledávek: podobně není zřejmý ani výklad toho, zda postoupení pohledávek předvídané v rámci transakce bude spadat pod ZZVZ také. Ve světle citovaného rozhodnutí Úřadu je třeba počítat s tím, že ano. Z poskytnutých podkladů zároveň rozumíme, že současný vlastník akcií podmiňuje jejich prodej (jako tzv. závislé smlouvy) právě postoupením pohledávek, které vznikly na základě smluv o půjčce poskytnuté společníkem společnosti ČSAD Liberec. Pokud byly tyto půjčky využity na výkon relevantní činnosti (např. nákup autobusů, mzdy řidičů apod.), bude dle všeho třeba sečíst jejich hodnotu společně s hodnotou akcií. Pokud pohledávky nesouvisí s relevantní činností, existuje riziko, že by se na ně nahlíženo separátně a spadaly by pod (přísnější) režim veřejného zadavatele. Bude vhodné zvážit další alternativy řešení pohledávek, se zohledněním i daňových a korporátních dopadů;
 - (iv) Riziko postupu při zadání nadlimitní veřejné zakázky: pokud by došlo k naplnění rizika výpočtu (součtu) předpokládané hodnoty, jednalo by se o nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku (nad 11.915.000,- Kč), v důsledku čehož by společnost Autobusy LK byla povinna postupovat při uzavření smluv v režimu ZZVZ, tedy s výrazně vyšší časovou a formální náročností. Lze zároveň těžko předvídat, zda by takový postup byl slučitelný s obchodní povahou tohoto typu akvizice. Doporučujeme i toto jako důvod pro hledání jiného řešení pohledávek, než jejich převzetí v rámci transakce.
 - (v) Riziko veřejné podpory: z poskytnutého dopisu Úřadu č. j. **ÚOHS-P0567/2017/VP-02062/2018/420/GKi** ze dne 31. 1. 2018 vyplývá, že převod akcií společnosti ČSAD Liberec může představovat nedovolenou veřejnou podporu. Doporučujeme toto riziko řešit separátním posouzením v detailu.

* * *

Florentinum, recepcce A
Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, Česká republika
Tel : +420 255 000 111

Titanium Business Complex
Nové sady 996/25, 602 00 Brno, Česká republika
Tel : +420 545 423 420

Poděbradova 2738/16, 702 00 Ostrava, Česká republika
Tel : +420 596 110 300

Centrum Zuckermandel
Žitkova 7603/9, 811 02 Bratislava, Slovenská republika
Tel : +421 232 113 900

DŮVĚRNÉ

Liberecký kraj

k rukám Mgr. Karla Ulmanna, vedoucího právního odboru

U Jezu 642/2a

461 80 Liberec

doručeno e-mailem

V Praze dne 16. října 2018

Vážený pane vedoucí,

advokátní kancelář HAVEL & PARTNERS s.r.o. byla Libereckým krajem („Kraj“) požádána o posouzení společnosti Autobusy LK, s.r.o. („Autobusy LK“) ve smyslu naplnění podmínek tzv. sektorového zadavatele dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („ZZVZ“), s ohledem na zamýšlené transakce související s nabytím akcií společnosti ČSAD Liberec, a.s. („ČSAD Liberec“). Předmětem memoranda, které naše kancelář poskytla Kraji dne 31. 8. 2018, bylo rovněž posouzení rizik případné transakce spočívající v nákupu akcií ČSAD Liberec společností Autobusy LK.

V rámci tohoto posouzení jsme identifikovali několik právních rizik zamýšleného převodu akcií. V rámci realizace samotné transakce, kdy s ohledem na vysokou míru provázanosti ČSAD Liberec se sesterskou společností Autocentrum Nord a.s. („ACN“) bylo rozhodnuto o akvizici akcií obou společností, byla tato identifikovaná rizika průběžně zohledňována se snahou tato rizika zcela eliminovat či do nejvyšší možné míry minimalizovat. Níže uvádíme přehled jednotlivých identifikovaných rizik a jejich vypořádání.

1) Riziko obcházení zákazu plnění smlouvy Krajem:

V memorandu jsme identifikovali riziko, že v případě přezkumu postupu ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („Úřad“), Úřad shledá v tomto postupu obcházení zákona, kdy by Úřad mohl svým rozhodnutím Kraji následně takový postup zakázat.

Ačkoli uvedené riziko zde i nadále přetrvává, dle našeho názoru se jedná o poměrně nízké riziko, a to zejména z toho důvodu, že (i) společnost Autobusy LK je samostatnou právní entitou, s vlastními orgány společnosti, které rozhodují relativně samostatně a při rozhodování musí jednat s péčí řádného hospodáře, a to ve prospěch samotné společnosti, nikoli svého společníka, a (ii) získání kapacit, autobusů, technického vybavení a odborného personálu (kterými společnost Autobusy LK nedisponuje), je nezbytné pro to, aby mohla společnost Autobusy LK zahájit výkon své relevantní činnosti a naplnit účel, pro který byla zřízena – tj. zajištění dopravní obslužnosti Kraje. Akvizice existující společnosti se na základě analýza provedené statutárním orgánem Autobusy LK ukázala jako rychlý, efektivní, funkční a výhodný způsob, jakým získat potřebné vybavení a kapacity, přičemž se jedná o způsob, který je na trhu obvyklý a osvědčený.

2) Riziko stanovení předpokládané hodnoty akcií:

Obdobně toto riziko, ač sice v teoretické rovině přetrvává, je dle našeho názoru velmi nízké, protože v rámci transakce nedochází ke koupi závodu, ale akcií společností ČSAD Liberec a ACN. Ačkoli rozhodovací či výkladová praxe v otázce stanovení předpokládané hodnoty akcií absentuje, je zde možné vycházet z rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0330/2017/VZ ze dne 19. 3. 2018, v němž samotný Úřad operoval výhradně s peněžní hodnotou samotných akcií, bez zohlednění hodnoty závodu, kterou tyto akcie zohledňují. Stejným způsobem by tedy měl Úřad postupovat i v daném případě.

3) Riziko předpokládané hodnoty spojené s převzetím pohledávek:

Toto identifikované riziko bylo v rámci připravované transakce odstraněno tím, že k podmíněnému postoupení pohledávek stávajícího akcionáře a jeho spřízněných osob za společnostmi ČSAD Liberec a ACN, vůbec nedojde. Závazky z těchto pohledávek tak zůstávají v účetnictví ČSAD Liberec, resp. Autocentrum Nord, a.s. a hodnota těchto závazků z pohledávek byla zohledněna zpracovatelem znaleckého posudku v rámci ocenění obvyklé ceny převáděných akcií společností ČSAD Liberec a ACN, což v konečném důsledku vedlo ke snížení kupní ceny nabývaných akcií.

4) Riziko postupu při zadání nadlimitní veřejné zakázky:

V návaznosti na předchozí body došlo k odstranění tohoto rizika, neboť hodnota převáděných akcií společnosti ČSAD Liberec a ACN, určená znaleckým posudkem, nepřesahuje částku 11,915 mil. Kč; svou hodnotou se tedy jedná o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku, kterou zadavatel s ohledem na § 158 odst. 1 ZZVZ není povinen zadávat v zadávacím řízení.

5) Riziko veřejné podpory:

Vzhledem k tomu, že nabytí akcií společností ČSAD Liberec a ACN nebude podléhat hospodářské soutěži v rámci realizovaného zadávacího řízení, z hlediska principů veřejné podpory musí kupní cena odpovídat ceně obvyklé na trhu, stanovené znaleckým posudkem tak, aby nebyla druhé straně poskytnuta výhoda ve formě nepřiměřené nadhodnoty na převáděném majetku. V posuzovaném případě bylo v rámci připravované transakce dané riziko eliminováno tím, že cena nabývaných akcií obou společností byla stanovena ve výši obvyklé, a to na základě odborně zpracovaného znaleckého posudku zohledňujícího různé oceňovací metody vedoucí k tomu, aby hodnota akcií odpovídala ceně, kterou by za stejný předmět koupě dal jiný soukromoprávní subjekt pohybující se v tržním hospodářství.

V případě jakýchkoliv doplňujících dotazů k výše uvedenému se na nás, prosím, kdykoliv obraťte.

V úctě,



HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář