

STANOVISKO



Posouzení povinnosti vylučovat obchodní společnosti náležící do koncernu společnosti AGROFERT, a.s. ze zadávacích řízení vyhlášených státním podnikem Lesy České republiky, s. p.



OBJEDNATEL: **Lesy České republiky, s.p.** | se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové

ZPRACOVATEL: **CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář** | se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4

DATUM ZPRACOVÁNÍ: 28. července 2021

OBSAH

1. ZADÁNÍ	3
2. PRÁVNÍ POSOUZENÍ	3
2.1. Vzájemný vztah mezi ust. § 4b ZSZ a ZZVZ.....	3
2.2. Dosavadní postup při zadávání veřejných zakázek	7
2.3. Dopady ZESM na výklad ust. § 4b ZSZ	8
2.3.1. Osoba s koncovým vlivem	9
2.3.2. Koncový příjemce	10
2.3.3. Osoby v právním uspořádání (svěřenském fondu).....	10
2.3.4. Současný stav	11
2.4. Postup státního podniku Lesy ČR v zadávacích řízeních	12
2.4.1. Posouzení způsobilosti účastníků zadávacího řízení z hlediska ust. § 4b ZSZ	12
2.4.2. Zjišťování skutečného majitele dle ZZVZ	16
3. ZÁVĚR A DOPORUČENÍ PRO ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK.....	17

1. ZADÁNÍ

Státní podnik Lesy České republiky, s. p. (dále jen „Lesy ČR“) jako veřejný zadavatel ve smyslu ust. § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“)¹, uzavírá smlouvy na veřejné zakázky² na základě výsledků zadávacích řízení, kterých se zpravidla účastní společnost UNILES, a.s.³, náležící do koncernu společnosti AGROFERT, a.s.⁴ Vzhledem k této skutečnosti se státní podnik Lesy ČR obrátil na CÍSAŘ, ČESKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář (dále jen „Zpracovatel“) s dotazem, zda má v zadávacích řízeních zahájených dle ZZVZ povinnost vylučovat Společnosti (zejm. společnost UNILES) dle ust. § 4b zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZSZ“).

2. PRÁVNÍ POSOUZENÍ

Zpracovatel úvodem konstatuje, že ke dni zpracování tohoto stanoviska nebylo vydáno pravomocné (a tedy ani právně závazné) rozhodnutí příslušného českého ani unijního orgánu veřejné moci o nezpůsobilosti Společností jako účastníků zadávacího řízení podle ust. § 4b ZSZ. Subjekty podléhající ZZVZ (nebo jej dobrovolně aplikující ve smyslu ust. § 4 odst. 5 ZZVZ) se však dlouhodobě potýkají s nejasnostmi výkladu ust. § 4b ZSZ, resp. vzájemného vztahu mezi ZZVZ a ust. § 4b ZSZ. V nedávné době pak na úrovni vnitrostátní legislativy došlo k dalšímu vývoji, který může mít zásadní dopady na výklad, resp. aplikaci, ust. § 4b ZSZ. Konkrétně dne 1. června 2021 nabyl účinnosti zákon č. 37/2021 Sb., o evidenci skutečných majitelů (dále jen „ZESM“), který zavádí zásadní změny právní úpravy evidování skutečných majitelů, spočívající mj. ve zpřesnění legislativní definice skutečného majitele.

Obsahem tohoto stanoviska je proto posouzení povinnosti, resp. oprávnění, státního podniku Lesy ČR vyloučit Společnosti (včetně společnosti UNILES) ze zadávacích řízení na veřejné zakázky pro jejich nezpůsobilost ve smyslu ust. § 4b ZSZ, a to zejména v kontextu výkladu vzájemného vztahu ust. § 4b ZSZ a ZZVZ (včetně existujících závěrů soudní rozhodovací praxe), dosavadního postupu státního podniku Lesy ČR, aktuálního vývoje právně-legislativní situace (zejm. nabytí účinnosti ZESM) a dalších relevantních dokumentů.

2.1. VZÁJEMNÝ VZTAH MEZI UST. § 4b ZSZ A ZZVZ

Podle ust. § 4b ZSZ se zadávacího řízení dle ZZVZ nesmí účastnit obchodní společnosti, ve kterých **veřejný funkcionář**, uvedený v ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ (tj. člen vlády nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu, v jehož čele není člen vlády), **nebo jím ovládaná osoba vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka v obchodní společnosti**. Pakliže se taková obchodní společnost zadávacího řízení na veřejnou zakázku účastní (tj. podá nabídku), je zadavatel povinen ji ze zadávacího řízení **vyloučit**, přičemž jí nesmí zadat ani veřejnou zakázku malého rozsahu ve smyslu ust. § 31 ZZVZ.

Ust. § 4b bylo do ZSZ vloženo prostřednictvím Zákona č. 14/2017⁵, s účinností od 9. února 2017. Zpracovatel podotýká, že předmětné ustanovení nebylo součástí původního vládního návrhu Zákona č. 14/2017 a bylo do tohoto zákona vloženo až v průběhu jeho projednávání poslaneckým pozměňovacím návrhem, který však byl v průběhu legislativního procesu průběžně měněn a upravován. **Důvodová zpráva k předmětné**

¹ Srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. května 2011, č. j. 1 Afs 98/2010 – 399.

² Státní podnik Lesy ČR každoročně vyhlašuje lesnické veřejné zakázky, jejichž předmětem je poskytování služeb spočívajících v činnostech souvisejících zejména s hospodařením v lesích ve smyslu ust. § 2 písm. d) zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně některých zákonů (lesní zákon), ve znění pozdějších předpisů. Jednotlivé veřejné zakázky jsou rozdělovány na několik částí podle smluvních územních jednotek, přičemž na každou část veřejné zakázky je uzavřena samostatná smlouva s jedním dodavatelem.

³ IČO: 473 07 706, se sídlem Jiříkovská 913/18, Rumburk 1, 408 01 Rumburk (dále jen „UNILES“).

⁴ IČO: 261 85 610, se sídlem Pyšelská 2327/2, Chodov, 149 00 Praha 4 (dále jen „AGROFERT“; společnosti, které jsou součástí koncernu AGROFERT, včetně společnosti UNILES, dále též „Společnosti“).

⁵ Zákon č. 14/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (dále jen „Zákon č. 14/2017“).

nově ZSZ proto neobsahuje žádné bližší odůvodnění tohoto ustanovení a neposkytuje tak žádná výkladová vodítka.

V této souvislosti je třeba zdůraznit, že ze strany příslušných ústředních orgánů státní správy doposud nebylo vydáno jakékoliv oficiální (veřejně dostupné) stanovisko či jednotný metodický pokyn k výkladu ust. § 4b ZSZ. Výklad ust. § 4b ZSZ současně nevyplývá ani z dostupné judikatury či rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) či jiných relevantních správních orgánů.

Střet zájmů ve smyslu ZSZ je nicméně nutno vykládat v souladu s jeho smyslem a účelem vyjádřeným v ust. § 1 písm. a) ZSZ, dle kterého je předmětem tohoto zákona zakotvení povinnosti „**veřejných funkcionářů vykonávat svoji funkci tak, aby nedocházelo ke střetu mezi jejich osobními zájmy a zájmy, které jsou povinni z titulu své funkce prosazovat nebo hájit**“. Hlavním účelem ZSZ je tedy docílit toho, aby veřejní funkcionáři při výkonu funkce neupřednostňovali svůj osobní zájem, resp. aby (byť hypoteticky) neohrozili zájem veřejný.^{6,7} Z textace řešeného ustanovení ZSZ (viz výše), jakož i ze samotného účelu ZSZ⁸ pak vyplývá, že **smyslem ust. § 4b ZSZ je zabránit určitému okruhu osob, které se přímo nepodílí na průběhu zadávacího řízení, a nemohou tedy ovlivnit jeho výsledek** (tj. veřejným funkcionářům ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ), **ve zneužívání svěřené moci k prosazování vlastních zájmů**. Je přitom primárně povinností veřejného funkcionáře, potažmo dotčené obchodní společnosti, toto omezení (resp. zákaz) respektovat.

Kromě ust. § 4b ZSZ je střet zájmů (byť kvalitativně odlišný; viz níže) upraven v ust. § 44 ZZVZ⁹, které jej definuje¹⁰ jako situaci, kdy finanční či jiné osobní zájmy osob, které se podílejí na průběhu zadávacího řízení nebo mají reálný či potenciální vliv na jeho výsledek, ohrožují nestrannost nebo nezávislost těchto osob v souvislosti se zadávacím řízením. V případě, že zadavatel prokáže, že došlo ke střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 odst. 2 ZZVZ a jiné opatření k nápravě (kromě zrušení zadávacího řízení) není možné, je zadavatel oprávněn na základě ust. § 48 odst. 5 písm. b) ZZVZ dotčeného účastníka zadávacího řízení vyloučit pro nezpůsobilost. Pokud by došlo k prokazatelnému vzniku střetu zájmů dle ust. § 44 odst. 2 ZZVZ u vybraného dodavatele, je zadavatel povinen vybraného dodavatele v souladu s ust. § 124 odst. 3 ZZVZ ze zadávacího řízení vyloučit.

Odborná literatura ve vztahu k této otázce dovozuje, že pojem „střet zájmů“ ve smyslu ust. § 44 odst. 2 ZZVZ lze chápat jako stav, kdy „**se u jednoho subjektu koncentrují dvě nebo více různých pozic (funkcí, statusů), přičemž z těchto pozic vyplývají pro daný subjekt navzájem výrazně protichůdné zájmy** (např. z důvodu osobního finančního zájmu, navzájem protichůdných povinností uložených právními předpisy apod.). Střet zájmů může být takto založen např. účelovým přizpůsobením zadávacích podmínek osobou, která vedle zadavatele spolupracuje rovněž s některým z potenciálních dodavatelů, případně

⁶ Srovnej JANTOŠ, M.; TĚŽKÝ, V.; POSPÍŠIL, P. *Zákon o střetu zájmů. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, str. 2.

⁷ Účel ZSZ následně předurčuje další oblasti tohoto předpisu, konkrétně (i) oznamovací povinnost veřejných funkcionářů o některých skutečnostech, jenž umožňuje veřejnou kontrolu jejich činností konaných vedle výkonu funkce veřejného funkcionáře, (ii) omezení některých činností veřejných funkcionářů a neslučitelnost výkonu funkce veřejného funkcionáře s jinými funkcemi a (iii) odpovědnost veřejných funkcionářů za porušení povinností stanovených ZSZ (srov. ust. § 1 písm. b) - d) ZSZ).

⁸ Podle důvodové zprávy k ZSZ je účelem tohoto právního předpisu, resp. právních nástrojů v něm obsažených, preventivně předcházet situacím, které mohou vyvolávat snahu preferovat individuální či skupinový zájem veřejných funkcionářů nad zájmem celku. Veřejní funkcionáři se totiž v rámci své činnosti pravidelně dostávají do situací, kdy v souvislosti s výkonem své funkce rozhodují o významných věcech veřejného zájmu. V této činnosti však mohou nastávat situace, kdy se tento veřejný zájem může dostat do rozporu s jejich vlastními (osobními) zájmy.

⁹ Prostřednictvím ZZVZ byla do českého právního řádu implementována mj. Směrnice 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 2014/24/EU**“), která v čl. 24 ukládá členským státům povinnost zajistit, „**aby veřejní zadavatelé přijali vhodná opatření k účinné prevenci, odhalování a nápravě střetu zájmů, ke kterému dochází v průběhu zadávacího řízení, a zamezili tak narušení hospodářské soutěže a zajistili rovné zacházení se všemi hospodářskými subjekty.**“ Ke střetu zájmů ve smyslu čl. 24 Směrnice 2014/24/EU pak dochází minimálně v případě, kdy osoby, které se podílely na straně veřejného zadavatele na přípravě či „**vedení zadávacího řízení nebo by mohli ovlivnit jeho výsledek, přímo či nepřímo vykazují finanční, hospodářský nebo jiný osobní zájem, který by bylo možno považovat za zájem ohrožující jejich nestrannost a nezávislost v souvislosti s daným zadávacím řízením.**“

¹⁰ Na rozdíl od zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 30. září 2016, používá ZZVZ na místo pojmu „podjatost“ nově pojem „střet zájmů“. Materiální obsah pojmu nicméně zůstal zachován.

*i majetková účast zadavatele v dodavateli a s ní spojený ekonomický zájem zadavatele na tom, aby právě s tímto dodavatelem došlo k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky.*¹¹

Rozhodovací praxe ÚOHS pak v návaznosti na výše popsané zákonné (a doktrinální) vymezení střetu zájmů nepřímo dovozuje, že „střet zájmů“ ve smyslu ZZVZ z materiálního hlediska představuje fakticky „podjatost“.¹² Podjatostí se přitom s ohledem na ustálenou judikaturu obecně rozumí „**nezpůsobilost rozhodující osoby k nestrannému a nezaujatému posuzování záležitostí jiných a rozhodování o nich, která je zapříčiněna zejména subjektivním poměrem k dané věci a nebo účastníkům**“, avšak „nemusí se v tomto ohledu jednat pouze o osoby, které přímo o věci rozhodují, ale podjatost obecně může být shledána i u osob, které pro rozhodující osoby předkládají podklady“.¹³ Zpracovatel v této souvislosti rovněž poukazuje na rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 1. srpna 2017, č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-22103/2017/321/Oho/Edy, který k výkladu ust. § 44 ZZVZ mj. uvedl, že „[h]rozbu střetu zájmů [...] zákonodárce vnímá primárně v personální rovině na straně osob, které připravují zadávací řízení či které rozhodují v jeho průběhu.“ **Ust. § 44 ZZVZ se tedy vztahuje na osoby, které se přímo podílí na průběhu zadávacího řízení nebo mohou ovlivnit jeho výsledek** (např. zaměstnanci zadavatele, administrátoři veřejné zakázky, členové hodnotící komise apod.).¹⁴

Vzhledem ke shora uvedenému lze podle názoru Zpracovatele konstatovat, že **střet zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ je nutno považovat za kvalitativně (materiálně) a obsahově odlišný pojem od pojmu střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 odst. 2 ZZVZ**. Tento závěr Zpracovatel dovozuje zejména ze skutečnosti, že předpokladem aplikace omezení vyplývajících ze střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 ZZVZ je **zapojení konkrétní „podjaté“ osoby do zadávacího řízení na veřejnou zakázku** ve fázi jeho přípravy či realizace a z něj vyplývající potenciální ohrožení hospodářské soutěže (tj. „interní“ ohrožení nestrannosti nebo nezávislosti průběhu zadávacího řízení ze strany osob s přímým vlivem na jeho průběh a výsledek), přičemž povinnost činit opatření k prevenci takto definovaného střetu zájmů je stanovena všem veřejným zadavatelům. Ust. § 4b ZSZ naproti tomu obsahuje imperativní zákaz účasti určitého okruhu subjektů (ve kterých má veřejný funkcionář majetkovou účast, nebo které může ovládat) v zadávacích řízeních, a to bez ohledu na reálnou možnost veřejného funkcionáře zadávací řízení jakkoliv ovlivnit. **Střet zájmů dle ZSZ je tedy s ohledem na smysl a účel právní úpravy významně širším a obsahově odlišným pojmem oproti střetu zájmů ve smyslu ZZVZ, neboť jeho cílem není ochrana hospodářské soutěže, ale veřejného zájmu jako neuzavřeného celku**. ZSZ současně stanovuje povinnosti a omezení vyplývající ze střetu zájmů primárně samotným veřejným funkcionářům.

Nad rámec výše uvedeného Zpracovatel akcentuje, že **ZZVZ nebyl (a ke dni zpracování tohoto stanoviska stále není) provázán s ust. § 4b ZSZ ani s právními důsledky vyplývajícími z jeho případného porušení**. Ze strany zákonodárce zejména nedošlo k rozšíření okruhu důvodů pro vyloučení účastníka (dodavatele) ze zadávacího řízení¹⁵ o povinnost vyloučení dotčeného dodavatele v případě porušení ust. § 4b ZSZ. Základní teze, jež mohou mít vliv na výklad vzájemného vztahu mezi ust. § 4b ZSZ a ZZVZ, resp. na posouzení povinnosti státního podniku Lesy ČR vylučovat Společnosti ze zadávacích řízení na veřejné zakázky, je nicméně možné čerpat z nálezu pléna Ústavního soudu ze dne 11. února 2020, sp. zn. Pl. ÚS 4/17-2 (dále jen „Nález 4/17“).

Nález 4/17 byl Ústavním soudem vydán v návaznosti na návrh prezidenta republiky ze dne 15. února 2017 podle ust. § 64 odst. 1 písm. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů, na zrušení ust. § 4a až § 4c ZSZ (a dalších ustanovení tohoto zákona)¹⁶. **S ohledem na charakter**

¹¹ Viz PODEŠVA, V.; SOMMER, L.; VOTRUBEC, J.; FLAŠKÁR, M.; HARNACH, J.; MĚKOTA, J. a JANOUSEK, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

¹² Srovnej například rozhodnutí ÚOHS ze dne 8. října 2020, č. j. ÚOHS-31493/2020/512/ŠMr.

¹³ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. dubna 2013 č. j. 1 Afs 103/2012 – 46.

¹⁴ Srovnej DVOŘÁK, D. a kol. § 44 [Střet zájmů]. In: DVOŘÁK, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, str. 273.

¹⁵ Srovnej ust. § 48 a § 122 ZZVZ.

¹⁶ Dne 8. března 2017 podala skupina čtyřiceti čtyř (44) poslanců Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky návrh na zrušení těchto ustanovení ZSZ; oba návrhy Ústavní soud následně spojil k projednání v rámci jednoho řízení vedeného pod sp. zn. Pl. ÚS 4/17.

vedeného řízení proto Ústavní soud prováděl toliko abstraktní kontrolu ústavnosti napadených ustanovení ZSZ. V této souvislosti je třeba podotknout, že v rámci této kontroly není Ústavní soud oprávněn podávat výklad „obyčejného“ zákona¹⁷, ani vyhodnocovat možné dopady napadených ustanovení ZSZ na konkrétní případy¹⁸. Závěry uvedené v Nálezu 4/17 proto bez dalšího nelze aplikovat při posouzení zcela konkrétních situací.

V Nálezu 4/17 Ústavní soud mj. konstatoval, že povinnost zamezit vzniku střetu zájmů (resp. přijmout vhodná opatření, která zamezí jeho vzniku) ve vztahu k finančním operacím s prostředky z rozpočtu Evropské unie stanovuje členskému státu imperativně čl. 61 odst. 1 a čl. 63 Nařízení 2018/1046¹⁹. Ve vztahu k zadávání veřejných zakázek je pak stejná povinnost dovozována s odkazem na čl. 24 Směrnice 2014/24/EU. V této souvislosti Ústavní soud vyjádřil názor, že „[v]ysoká míra abstrakce ustanovení unijních předpisů, ukládajících členským státům povinnost přijmout vhodná opatření, která zamezí střetu zájmů [tj. čl. 61 odst. 1 a čl. 63 Nařízení 2018/1046 a čl. 24 Směrnice 2014/24/EU], *poté vyžaduje konkretizaci vnitrostátním normativním nástrojem. Tím však samotný § 3 zákona o střetu zájmů bez napadených ustanovení § 4a až 4c pro svou obecnost může být jen částečně.*“²⁰ **Ústavní soud tedy vyjádřil názor, že střet zájmů, resp. povinnost členských států zamezit jeho vzniku, je v rámci Nařízení 2018/1046 definována natolik „obecně“, že bez bližší konkretizace vnitrostátním předpisem je sama o sobě aplikovatelná pouze částečně;** tato nezbytná „konkretizace“ je přitom v rámci právního řádu České republiky prováděna prostřednictvím ZSZ. To ostatně explicitně potvrzuje také závěr Ústavního soudu, že „**ustanovení § 4b a 4c zákona o střetu zájmů jsou prováděcími opatřeními sankčně procesního a kontrolního typu k implementaci právních předpisů Evropské unie, tj. především (nyní) finančního nařízení [tj. Nařízení 2018/1046] a směrnice č. 2014/24/EU.**“²¹

Zpracovatel v této souvislosti pro úplnost uvádí, že shora citované části odůvodnění nelze vytrhávat z kontextu celého Nálezu 4/17 a obě materiálně odlišené kategorie střetu zájmů slučovat či zaměňovat. Nelze totiž opomenout skutečnost, že Ústavní soud prováděl abstraktní kontrolu ústavnosti napadených ustanovení ZSZ, přičemž se problematikou střetu zájmů zabýval obecně, a to zejména v rovině, zda ústavně konformní a eurokonformní výklad ust. § 4b a § 4c ZSZ nevede „*k vzájemně si odporujícím výsledkům již s ohledem na imperativnost pokynu (nejde o doporučení) členským státům*“; **tedy zda ústavně konformní výklad ust. § 4b ZSZ (a ust. § 4c ZSZ) neodporuje unijní právní úpravě.** Na základě provedeného posouzení pak Ústavní soud konstatoval, že čl. 61 odst. 1 Nařízení 2018/1046 a čl. 24 Směrnice 2014/24/EU upravují pouze „minimální standard“ prevence střetu zájmů, pročež dotčená ustanovení ZSZ nelze považovat za odporující dotčeným unijním předpisům.

Ústavní soud v Nálezu 4/17 dále judikoval, že **ústředním orgánem státní správy**, který má v souvislosti s problematikou střetu zájmů povinnost dbát o zachování zákonnosti a činit opatření potřebná k nápravě, je na základě ust. § 11 odst. 5 ve spojení s ust. § 24 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „kompetenční zákon“), a ust. § 13 ZSZ **Ministerstvo spravedlnosti.**²² Z tohoto závěru lze dovozovat, že **právní úprava střetu zájmů podle ZSZ není z věcného hlediska součástí právní úpravy pro zadávání veřejných zakázek (ZZVZ)**, jejímž gestorem je Ministerstvo pro místní rozvoj. **Ve prospěch tohoto závěru pak svědčí i skutečnost, že ačkoliv je ÚOHS orgánem dohledu při zadávání veřejných zakázek²³, v rámci své rozhodovací praxe konstatoval svou věcnou nepříslušnost k přezkumu možného**

¹⁷ Srovnej např. odst. 182. Nálezu 4/17.

¹⁸ Srovnej např. odst. 94. a 100. Nálezu 4/17.

¹⁹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU, Euratom) 2018/1046 ze dne 18. července 2018, kterým se stanoví finanční pravidla pro souhrnný rozpočet Unie, mění nařízení (EU) č. 1296/2013, (EU) č. 1301/2013, (EU) č. 1303/2013, (EU) č. 1304/2013, (EU) č. 1309/2013, (EU) č. 1316/2013, (EU) č. 223/2014 a (EU) č. 283/2014 a rozhodnutí č. 541/2014/EU a zrušuje nařízení (EU, Euratom) č. 966/2012 (dále jen „Nařízení 2018/1046“).

²⁰ Viz odst. 104. Nálezu 4/17.

²¹ Viz odst. 108. Nálezu 4/17.

²² Srovnej odst. 145. Nálezu 4/17. Zpracovatel upozorňuje, že v písemném vyhotovení Nálezu 4/17 jsou v odst. 145. uvedeny odkazy na nesprávná ustanovení kompetenčního zákona.

²³ Srovnej ust. § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

porušení ust. § 4b ZSZ ze strany veřejného zadavatele.²⁴ Ačkoliv si je Zpracovatel vědom skutečnosti, že uvedené vyjádření ÚOHS není právně závazné, je nutné jej považovat za **relevantní vyjádření právního názoru správního orgánu k otázce ZSZ, které nebylo ze strany jiných institucí či odborné veřejnosti dosud zpochybněno.**

V neposlední řadě se Ústavní soud v Nálezu 4/17 vyjádřil ke vztahu mezi ZSZ a jinými právními předpisy, kterých se úprava střetu zájmů materiálně dotýká. V této souvislosti Ústavní soud dospěl k názoru, že ZSZ „**je zvláštním zákonem (lex specialis), který upravuje povinnost veřejných funkcionářů, přičemž jeho výklad nesmí být zmařen výkladem s ním souvisejících zákonů**“, a proto je na základě pravidla „*lex specialis derogat legi generali, tím spíše v jeho obměně jako lex specialis posterior derogat legi generali prior, nutno dojít k závěru, že úmyslem zákonodárce [...] nebylo stanovit pravidla pro střet zájmů s tím, že jim bude moci být uniknuto použitím s nimi nesladěných jiných zákonů, takže jejich ustanovení nelze použít tam, kde by se dostala do rozporu s účelem úpravy v zákoně speciálním, který stanoví pro zvláštní předmět regulace, tedy střet zájmů, zvláštní pravidla*“.²⁵

V návaznosti na výše uvedené je možné shrnout, že střet zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ představuje kvalitativně (materiálně) a obsahově odlišný pojem od pojmu střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 odst. 2 ZZVZ (tj. *de facto* podjatosti). Z hlediska důvodů pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení navíc doposud nedošlo k provázání ZZVZ s ust. § 4b ZSZ (zejm. s právními důsledky při jeho porušení). Podle názoru Ústavního soudu prezentovaného v Nálezu 4/17 je však v případě kolize ZSZ s jinými obecnými právními předpisy nutné upřednostnit aplikaci speciální úpravy.

Ust. § 4b ZSZ se tedy jako samostatně stojící okolnost (důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení) uplatní nad rámec důvodů pro vyloučení účastníka zadávacího řízení podle ust. § 48 ZZVZ a zcela nezávisle na posuzování střetu zájmů z hlediska ust. § 44 ZZVZ.

2.2. DOSAVADNÍ POSTUP PŘI ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Vzhledem k tomu, že o výkladu a aplikaci ust. § 4b ZSZ panují objektivní nejasnosti, docházelo v průběhu času na straně státního podniku Lesy ČR k postupnému vývoji interních procesů a postupů při zadávání veřejných zakázek.

ZSZ ani ZZVZ nesvěřuje zadavatelům jakékoliv (natož dostatečné a efektivní) oprávnění, na jehož základě by byli schopni ověřovat možné naplnění hypotézy ust. § 4b ZSZ. **Státní podnik Lesy ČR proto jako vůbec první zadavatel v České republice** v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „*Lesnické činnosti s prodejem dříví 2020+*“, ev. č. ve Věstníku veřejných zakázek Z2019-033404, které bylo zahájeno dne 23. září 2019, stanovil jako zadávací podmínku povinnost předložit čestné prohlášení o neexistenci střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ. **Shodným způsobem státní podnik Lesy ČR postupuje i v současnosti, a to ve všech dalších zadávacích řízeních.** Předmětnou zadávací podmínku nicméně státní podnik Lesy ČR již dále nezohledňuje ve smlouvách uzavíraných na základě zadávacích řízení (např. prostřednictvím ujednání opravňujícího státní podnik Lesy ČR odstoupit od smlouvy či ujednání ukládajícího dodavateli povinnost uhradit státnímu podniku Lesy ČR smluvní pokutu, která by byla navázána na uvedení nepravdivého prohlášení o neexistenci střetu zájmů ze strany dodavatele apod.).

Dne 14. srpna 2020 zahájil státní podnik Lesy ČR zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „*Lesnické činnosti bez prodeje dříví 2021+*“, ev. č. ve Věstníku veřejných zakázek Z2020-028773. Na základě výsledku předmětného zadávacího řízení se jedním z vybraných dodavatelů (opakovaně) stala společnost UNILES. V návaznosti na výsledky tohoto zadávacího řízení dne 24. září 2020 podal stěžovatel podnět k ÚOHS k zahájení přezkumu úkonů zadavatele z moci úřední ve smyslu ust. § 249 *in fine* ZZVZ. Stěžovatel přitom

²⁴ Srovnej Vyjádření ÚOHS sp. zn. ÚOHS-P0476/VZ/2020, str. 10.

²⁵ Viz odst. 205. Nálezu 4/17.

brojil proti postupu zadavatele, resp. výsledku zadávacího řízení s tím, že společnost UNILES je ovládána Ing. Andrejem Babišem, tj. veřejným funkcionářem ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ, pročez by tato měla být ze zadávacího řízení s odkazem na ust. § 4b ZSZ vyloučena.

ÚOHS v rámci přezkumu podnětu zjistil, že zadavatel (státní podnik Lesy ČR) stanovil jako zadávací podmínku předložení čestného prohlášení o neexistenci střetu zájmů (jež společnost UNILES v nabídce doložila), a dále ověřil, že skutečným majitelem společnosti UNILES zapsaným v evidenci skutečných majitelů je Ing. Zbyněk Průša, tj. správce svěřenského fondu AB private trust I. **ÚOHS proto konstatoval, že zadavatel neměl žádnou informaci o tom, že by společnost UNILES mohla být ovládána Ing. Andrejem Babišem. Vzhledem k tomu ÚOHS uzavřel, že neexistoval důvod pro vyloučení společnosti UNILES ze zadávacího řízení, pročez zadavatel nepostupoval v rozporu se ZZVZ, když tak neučinil.**²⁶

Lze proto konstatovat, že ÚOHS de facto aproboval dosavadní postup dlouhodobě uplatňovaný státním podnikem Lesy ČR k zamezení možnosti vzniku střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ, jako dostačující a zcela souladný se ZZVZ.

2.3. DOPADY ZESM NA VÝKLAD UST. § 4b ZSZ

Jak již bylo výše uvedeno, ZZVZ v rámci stanovených důvodů pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení explicitně nezohledňuje právní důsledky vyplývající z porušení ust. § 4b ZSZ. Zadavatel je nicméně podle ust. § 122 odst. 4 ZZVZ povinen u vybraného dodavatele (je-li tento českou právnickou osobou) zjistit údaje o jeho skutečném majiteli z evidence skutečných majitelů podle ZESM. Smyslem a účelem předmětného ustanovení je však primárně ověření splnění povinnosti zápisu skutečného majitele pro účely jeho zjišťování tzv. povinnými osobami při kontrole klienta v rámci postupů podle zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoAML“). Pokud však zadavatel v rámci procesu ověření splnění povinnosti zápisu skutečného majitele zjistí, že vybraný dodavatel byl ve střetu zájmů dle ust. § 44 odst. 2 a odst. 3 ZZVZ, je povinen jej dle ust. § 124 odst. 3 ZZVZ ze zadávacího řízení vyloučit. **V této souvislosti je přitom nutné zdůraznit, že tuto povinnost má zadavatel s ohledem na dikci ust. § 124 odst. 3 ZZVZ pouze v případě identifikace střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 ZZVZ** (tj. pokud by na přípravě nebo vedení zadávacího řízení participovala osoba, která byla ve vztahu ke skutečnému majiteli vybraného dodavatele „podjatá“), **nikoliv dle ust. § 4b ZSZ.**

Zpracovatel má za to, že ačkoliv evidence skutečných majitelů primárně neslouží k posouzení způsobilosti účastníků zadávacího řízení z hlediska právní úpravy střetu zájmů ust. § 4b ZSZ, je možné ji (spolu s dalšími vhodnými nástroji) pro účely tohoto posouzení využít. V této souvislosti je však třeba upozornit, že **evidence skutečných majitelů není veřejným rejstříkem²⁷, nýbrž toliko informačním systémem veřejné správy, v němž se ve vztahu k zapsaným údajům neuplatní zásada materiální publicity.** Údaje zapsané v evidenci skutečných majitelů proto nelze bez dalšího považovat za úplné, pravdivé a správné. V případě existence pochybností o úplnosti či pravdivosti zapsaných údajů je tedy nezbytné si příslušné údaje ověřit jiným způsobem (např. z jiných zdrojů).

Pro posouzení, zda má státní podnik Lesy ČR povinnost vylučovat Společnosti ze zadávacích řízení na veřejné zakázky s odkazem na ust. § 4b ZSZ, **bude i po nabytí účinnosti ZESM nezbytné vyhodnotit konkrétní skutkové okolnosti ve vztahu ke každému účastníkovi zadávacího řízení individuálně.** Za důvod pro vyloučení Společnosti ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle ust. § 4b ZSZ tak bude i nadále třeba považovat vlastnictví stanoveného podílu (25 %) veřejným funkcionářem ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ nebo jím ovládané osoby. **Ze samotného zápisu veřejného funkcionáře jako skutečného**

²⁶ Srovnej Vyjádření ÚOHS sp. zn. ÚOHS-P0476/2020/VZ, str. 11.

²⁷ Srovnej *a contrario* ust. § 1 odst. 1 zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů.

majitele účastníka zadávacího řízení (dodavatele) nicméně nelze bez dalšího dovodit naplnění podmínek aplikace ust. § 4b ZSZ (viz níže).^{28,29}

ZESM rozlišuje dva základní rovnocenné způsoby vymezení skutečného majitele v materiálním smyslu, a to na základě kritéria koncového vlivu a koncového příjmu. **Fyzická osoba je skutečným majitelem, pokud je koncovým příjemcem nebo osobou s koncovým vlivem.**³⁰ Přestože v obchodní společnosti zpravidla budou oba předpoklady (tj. koncový vliv a koncový příjem) splněny zároveň, v určitých situacích mohou být kritéria koncového vlivu a koncového příjmu naplněna osobami odlišnými. **Pro účely vymezení skutečného majitele je proto třeba obě uvedené varianty posuzovat odděleně.** ZESM dále stanoví podrobnější kritéria pro určení osoby skutečného majitele, přičemž zohledňuje i případy řetězení a větvení struktur obchodních korporací.

Vedle materiálního vymezení ZESM vymezuje skutečného majitele také ve formálním smyslu. **Fyzická osoba je pak v zákonem stanovených případech skutečným majitelem též pouze na základě určité pozice, kterou v právnické osobě či právním uspořádání zastává.**³¹

2.3.1. OSOBA S KONCOVÝM VLIVEM

Osobou s koncovým vlivem je každá osoba, která může bez pokynů jiného přímo nebo nepřímo uplatňovat rozhodující vliv v právnické osobě nebo na správu právního uspořádání.³² V obchodní korporaci je takovou osobou každá fyzická osoba, která je ovládající osobou podle zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOK“).³³ Důvodová zpráva k ZESM k tomu uvádí, že „*pojmem osoby s koncovým vlivem lze v kontextu obchodních korporací ztotožnit s pojmem ovládající osoby. Ačkoli u ovládní chybí výslovné zdůraznění konečnosti vlivu, je doktrínou a judikaturou dovozováno. Ovládající osoba ve smyslu § 74 a násl. zákona o obchodních korporacích [tj. ZOK] tedy je osobou s koncovým vlivem, je-li posuzovaná právníkou osobou obchodní korporace*“. Zákonodárce tak v případě obchodních korporací ztotožňuje pojem osoby s koncovým vlivem s pojmem ovládající osoby. **Pro účely aplikace ust. § 4b ZSZ je tedy osoba s koncovým vlivem ovládající osobou ve smyslu ust. § 74 a násl. ZOK. A contrario tedy platí, že ovládající osobou ve smyslu ust. § 74 a násl. ZOK není skutečný majitel zapsaný z titulu koncového příjemce či toliko na základě svého postavení zakladatele a/nebo obmyšleného svěřenského fondu.** Tento závěr potvrzuje rovněž existence Legislativních návrhů, neboť pokud by za ovládající osobu ve smyslu ust. § 74 a násl. ZOK bylo možné považovat i skutečného majitele zapsaného na základě jiného právního důvodu než z titulu osoby s koncovým vlivem (např. koncového příjemce), nebylo by třeba prostřednictvím Legislativních návrhů věcný rozsah ust. § 4b ZSZ jakkoliv dále upravovat (resp. rozšiřovat).

Ve stručnosti lze shrnout, že bude-li veřejný funkcionář ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ zapsán z titulu osoby s koncovým vlivem (tj. z titulu ovládající osoby) jako skutečný majitel Společností nebo obchodní společnosti, která vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka ve Společnostech, budou současně splněny podmínky aplikace ust. § 4b ZSZ.

²⁸ Zpracovatel v této souvislosti upozorňuje na pozměňovací návrh poslance Jakuba Michálka č. 8165 ze dne 14. dubna 2021 k návrhu skupiny poslanců na vydání zákona, kterým se mění ZSZ (srovnej [Sněmovní tisk č. 956](#)), který se ke dni zpracování tohoto stanoviska nachází ve 3. čtení v Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR. V případě přijetí projednávaného návrhu ve znění pozměňovacího návrhu by v důsledku nahrazení pojmu „ovládající osoba“ za „skutečný majitel“ došlo k **rozšíření věcného rozsahu ust. § 4b ZSZ**. Obsahově shodný pozměňovací návrh poslance Mikuláše Ferjenčíka č. 8812 ze dne 8. července 2021 k projednávanému vládnímu návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů (srovnej [Sněmovní tisk č. 1230](#)) ve třetím čtení nebyl přijat (dále společně jen „[Legislativní návrhy](#)“).

²⁹ Níže uvedené závěry zcela korespondují s právní argumentací uvedenou ve stanovisku Ministerstva spravedlnosti ze dne 27. dubna 2021, č. j. MSP-46/2021-OSZ-SP/2.

³⁰ Srovnej ust. § 2 písm. e) ZESM.

³¹ Srovnej ust. § 5 a § 6 ZESM.

³² Právním uspořádáním se pro účely ZESM rozumí svěřenský fond nebo zahraniční svěřenský fond (srovnej ust. § 2 písm. b) ZESM).

³³ Srovnej ust. § 4 odst. 1 ZESM.

V takovém případě bude státní podnik Lesy ČR povinen ze zadávacích řízení vylučovat Společnosti, a to včetně společnosti UNILES.

2.3.2. KONCOVÝ PŘÍJEMCE

Koncovým příjemcem je každá osoba, která může mít přímo nebo nepřímo prostřednictvím jiné osoby nebo právního uspořádání podstatnou část z celkového majetkového prospěchu tvořeného při činnosti nebo likvidaci právnické osoby nebo tvořeného při správě nebo zániku právního uspořádání, a tento prospěch dále nepředává.³⁴ V obchodní korporaci je koncovým příjemcem každá osoba, která má přímo nebo nepřímo právo na podíl na zisku, jiných vlastních zdrojích nebo likvidačním zůstatku obchodní korporace větší než 25 %, a tento podíl dále nepředává, přičemž se má za to, že podíl na prospěchu předáván není.³⁵

Přestože kritéria osoby s koncovým vlivem i koncového příjemce bude zpravidla naplňovat shodná osoba, lze si s ohledem na obecnou přípustnost existence různých druhů podílů v kapitálových obchodních společnostech (například podíly s odlišným nastavením hlasovacích práv či podíly s vyšším podílem na zisku) představit i situaci opačnou. Osoba s koncovým vlivem tedy nemusí být vždy současně koncovým příjemcem a naopak. **Jinými slovy, jako skutečný majitel obchodní společnosti může být z titulu koncového příjemce zapsána i osoba**, resp. veřejný funkcionář ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ, **kteřá nebude osobou s koncovým vlivem** (tj. ovládající osobou ve smyslu ust. § 74 a násl. ZOK). **V takovém případě nelze pro účely aplikace ust. § 4b ZSZ pojem skutečný majitel (koncový příjemce) ztotožnit s pojmem ovládající osoba.**

Bude-li tedy veřejný funkcionář ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ zapsán jako skutečný majitel Společností nebo obchodní společnosti, která vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka ve Společnostech toliko z titulu koncového příjemce, nebudou splněny podmínky aplikace ust. § 4b ZSZ (absence prvku ovládnutí). Státní podnik Lesy ČR v takovém případě nebude povinen, resp. oprávněn, vylučovat Společnosti, včetně společnosti UNILES, ze zadávacích řízení.

2.3.3. OSOBY V PRÁVNÍM USPOŘÁDÁNÍ (SVĚŘENSKÉM FONDU)

Jak již bylo výše uvedeno, pro stanovení skutečného majitele obchodní korporace je rozhodující materiální pojetí (existence koncového vlivu či koncového příjmu). V případě právních uspořádání jsou za skutečného majitele považovány rovněž fyzické osoby, které v rámci daného právního uspořádání zastávají některou z vybraných funkcí, a to zcela bez ohledu na materiální obsah jejich práv. Pro účely vymezení skutečného majitele právního uspořádání je tak materiální i formální pojetí postaveno naroveň.³⁶

Při existenci komplikovanější struktury vztahů (spočívající např. v podílu na jiné osobě) je pro určení povahy skutečného majitele obchodní společnosti (tj. osoby s koncovým vlivem či konečného příjemce) nutno identifikovat další osoby či právní uspořádání, jejichž prostřednictvím lze uplatňovat koncový vliv nebo získávat prospěch. Stejně tak je nezbytné identifikovat i případné další vztahy, které jsou pro určení skutečného majitele relevantní. Struktura vztahů přitom existuje, je-li postavení příjemce prospěchu nebo osoby s koncovým vlivem založeno **nepřímo**, tedy prostřednictvím další osoby nebo osob, fyzických či právnických, a právních uspořádání.

V případě svěřenského fondu je skutečným majitelem každá fyzická osoba, která je koncovým příjemcem nebo osobou s koncovým vlivem (materiální hledisko), a vždy také každá fyzická osoba, která je (i) jeho zakladatelem, (ii) jeho svěřenským správcem, (iii) oprávněná k výkonu dohledu nad svěřenským fondem a která může jmenovat nebo odvolat svěřenského správce nebo obmyšleného, (iv) jeho obmyšleným nebo (v) z okruhu osob, v jejichž hlavním zájmu bylo právní uspořádání zřízeno nebo je spravováno, není-li

³⁴ Srovnej ust. § 2 písm. c) ZESM.

³⁵ Srovnej ust. § 3 odst. 2 ZESM.

³⁶ Skutečným majitelem právního uspořádání je osoba s koncovými vlivem a koncový příjemce (materiální pojetí), jakož i osoba zastávající některou z vybraných funkcí (formální pojetí).

Posouzení povinnosti vylučovat obchodní společnosti náležící do koncernu společnosti AGROFERT, a.s. ze zadávacích řízení vyhlášených státním podnikem Lesy České republiky, s. p.

obmyšleným (formální hledisko).³⁷ **Skutečným majitelem svěřenského fondu tak může být zapsána i osoba, resp. veřejný funkcionář ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ, která nebude osobou s koncovým vlivem, tj. ovládající osobou ve smyslu ust. § 74 a násl. ZOK.**³⁸ V takovém případě **nelze pro účely aplikace ust. § 4b ZSZ pojem skutečný majitel ztotožnit s pojmem ovládající osoba.**

Účastníkem zadávacího řízení, resp. dodavatelem, se rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně.³⁹ Svěřenský fond tvoří autonomní vlastnictví majetku, nezávislé na vlastnictví jakékoliv osoby, včetně osoby zakladatele, obmyšleného i správce.⁴⁰ **Vzhledem ke skutečnosti, že svěřenský fond nemá právní osobnost (není osobou), nemůže být ani účastníkem zadávacího řízení, resp. dodavatelem.**⁴¹ V případě společnosti AGROFERT, jejíž akcie (tj. 100% podíl) jsou vloženy do svěřenských fondů AB private trust I, svěřenský fond⁴² a AB private trust II, svěřenský fond⁴³ (dále jen „Svěřenské fondy AB“), pak není účast v zadávacích řízeních pravděpodobná, neboť v rámci obchodní vztahů s ní státní podnik Lesy ČR dosud žádnou smlouvu na poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací neuzavřel.

S přihlédnutím k dosavadním zkušenostem státního podniku Lesy ČR s realizací zadávacích řízení na veřejné zakázky lze však důvodně předpokládat, že se těchto zadávacích řízení bude i nadále účastnit společnost UNILES. Z tohoto důvodu je nezbytné se dále zabývat možnými dopady zápisu skutečného majitele společnosti UNILES podle nové právní úpravy ve vztahu k možnému naplnění hypotézy ust. § 4b ZSZ.

2.3.4. SOUČASNÝ STAV

Na základě předchozí právní úpravy byl jako skutečný majitel společnosti UNILES zapsán Ing. Zbyněk Průša, tj. svěřenský správce AB private trust I, svěřenský fond. **Po nabytí účinnosti ZESM nicméně společnost UNILES na základě požadavků stanovených ZESM změnila zapsané údaje tak, že za své skutečné majitele zapsala všechny členy představenstva společnosti AGROFERT⁴⁴, jakožto osoby s koncovým vlivem ve smyslu ust. § 2 písm. d) ve spojení s ust. § 5 odst. 3 ZESM⁴⁵ a Ing. Andreje Babiše, jakožto koncového příjemce ve smyslu ust. § 2 písm. c) ve spojení s ust. § 3 odst. 2 ZESM (tj. obmyšleného Svěřenských fondů AB).**⁴⁶ Skutečnými majiteli společnosti AGROFERT jsou pak zapsáni Ing. Andrej Babiš z titulu koncového příjemce a Ing. Zbyněk Průša z titulu osoby s koncovým vlivem.

V návaznosti na výše uvedené lze shrnout, že zápis Ing. Andreje Babiše (jakožto veřejného funkcionáře ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ) jako skutečného majitele Společností (včetně společnosti UNILES) nebo obchodní společnosti, která vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka ve Společnostech (tj. společnosti AGROFERT) toliko z titulu koncového příjemce, nemá žádný vliv na povinnost, resp. oprávnění, státního podniku Lesy ČR vylučovat společnost UNILES ze zadávacích řízení na veřejné zakázky, neboť nejsou splněny

³⁷ Srovnej ust. § 6 odst. 3 ZESM.

³⁸ Například zakladatel svěřenského fondu, který již nemůže do jeho správy jakkoliv zasahovat.

³⁹ Srovnej ust. § 5 ZZVZ.

⁴⁰ Srovnej SVEJKOVSKÝ, J.; MAREK, R. a kol. *Správa cizího majetku v novém občanském zákoníku*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, str. 389.

⁴¹ Lze konstatovat, že pokud by zákonodárce zamýšlel umožnit svěřenskému fondu účast v zadávacím řízení, výslovně by tak učinil v ust. § 5 ZZVZ. Tento postup byl ostatně zvolen i ve vztahu k pobočce závodu, které byl explicitně přiznán status dodavatele i přesto, že obchodní závod ani jeho pobočka nemají právní osobnost.

⁴² Spravovaného Ing. Zbyněkem Průšou, svěřenským správcem.

⁴³ Spravovaného JUDr. Alexejem Bílkem, svěřenským správcem.

⁴⁴ Členy představenstva společnosti AGROFERT jsou Ing. Zbyněk Průša, Ing. Josef Mráz, Ing. Petr Cingr, Ing. Jiří Haspeklo, Ing. Jaroslav Kurčík, PhDr. Simona Sokolová, Ing. Petra Procházková, JUDr. Alexej Bílek, CSc. a Mg. Libor Němeček, Dr.

⁴⁵ Tj. členy představenstva řídicí osoby v plnohodnotném koncernu, jenž umožňuje představenstvu řídicí osoby vykonávat v řízených osobách rozhodující vliv.

⁴⁶ Společnost UNILES vyrozuměla státní podnik Lesy ČR o změně zapsaných údajů o skutečných majitelích prostřednictvím dopisu ze dne 1. června 2021.

podmínky aplikace ust. § 4b ZSZ (z důvodu absence prvku ovládnutí).⁴⁷ Státní podnik Lesy ČR tedy není povinen, resp. oprávněn, vyloučit společnost UNILES ze zadávacích řízení toliko na základě jeho zápisu skutečným majitelem společnosti UNILES z titulu koncového příjemce.

Nelze nicméně vyloučit, že Ing. Andrej Babiš bude zapsán (dobrovolně či na základě výsledku řízení o nesrovnalosti⁴⁸) jako skutečný majitel Společností (včetně společnosti UNILES) rovněž z titulu osoby s koncovým vlivem (tj. materiální kritérium). **V takovém případě budou současně splněny podmínky aplikace ust. § 4b ZSZ a státní podnik Lesy ČR bude povinen, resp. oprávněn, společnost UNILES ze zadávacích řízení vyloučit.**

2.4. POSTUP STÁTNÍHO PODNIKU LESY ČR V ZADÁVACÍCH ŘÍZENÍCH

Ačkoliv ZZVZ v taxativním výčtu důvodů pro vyloučení účastníka zadávacího řízení právní důsledky vyplývající z porušení ust. § 4b ZSZ explicitně nezohledňuje, nelze s ohledem na výše uvedené závěry Nálezu 4/17 bez dalšího dovodit, že se předmětné ustanovení ZSZ neuplatní. Zadavatel je tedy v rámci každého zadávacího řízení povinen posoudit způsobilost účastníků zadávacího řízení dle ust. § 4b ZSZ, a to s ohledem na relevantní (právní i skutkové) okolnosti.⁴⁹

2.4.1. POSOUZENÍ ZPŮSOBILOSTI ÚČASTNÍKŮ ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ Z HLEDISKA UST. § 4B ZSZ

Vzhledem ke skutečnosti, že ZSZ ani ZZVZ nesvěřuje zadavateli žádný právní nástroj, jehož prostřednictvím by bylo možné posoudit způsobilost účastníků zadávacího řízení dle ust. § 4b ZSZ, musí zadavatel tuto svoji zákonnou povinnost zajistit jiným způsobem. K zajištění souladu postupu zadavatele s ust. § 4b ZSZ se z praktického hlediska jeví jako vhodné, aby státní podnik Lesy ČR v rámci zadávací dokumentace veřejných zakázek explicitně stanovil **žadavací podmínku** ve smyslu ust. § 37 ZZVZ, že se zadávacího řízení nesmí účastnit obchodní společnost (jako dodavatel ani poddodavatel prokazující kvalifikaci), ve které veřejný funkcionář ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ nebo jím ovládaná osoba vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka v takové obchodní společnosti.

Neexistence střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ je negativní skutečností, kterou lze prokázat pouze prostřednictvím jiné (pozitivní) skutečnosti, která se s tvrzenou negativní skutečností vylučuje. Vzhledem k tomu, že ze strany orgánů veřejné moci není vydáváno žádné potvrzení o neexistenci střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ (či jiný obdobný dokument), nezbyvá, než aby státní podnik Lesy ČR požadoval k prokázání této od dodavatelů (a poddodavatelů prokazujících kvalifikaci) **předložení čestného prohlášení o neexistenci střetu zájmů** ve smyslu ust. § 4b ZSZ^{50,51}. Současně by měl státní podnik Lesy ČR požadovat i čestné prohlášení o **pravdivosti údajů o skutečném majiteli**, neboť podmínky aplikace ust. § 4b ZSZ budou naplněny mj. též v případě zápisu veřejného funkcionáře ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ jako skutečného majitele společnosti UNILES (případně společnosti AGROFERT) z titulu osoby s koncovým vlivem (viz výše). Právě předložení uvedených čestných prohlášení ze strany účastníků zadávacího řízení přitom lze

⁴⁷ Srovnej čl. 2.4.2. tohoto stanoviska.

⁴⁸ Srovnej ust. § 42 a násl. ZESM.

⁴⁹ Srovnej stanovisko Ministerstva spravedlnosti ze dne 23. dubna 2020, č. j. MSP-32/2020-OSZ-SP/3: „*Posouzení podmínek pro aplikaci citovaných ustanovení [tj. ust. § 4b a § 4c ZSZ] tedy z jejich povahy náleží příslušným aplikačním orgánům [tj. zadavatelům veřejných zakázek a poskytovatelům dotací (investičních pobídek)], a to incidenčně pro každé řízení a s ohledem na konkrétní okolnosti případu. Pro toto posouzení pak příslušné procesní předpisy zásadně přiznávají dotčeným aplikačním orgánům potřebné procesní nástroje.*“

⁵⁰ Taková žadavací podmínka přitom zcela vyhovuje textaci ust. § 4b ZSZ, neboť informace o neexistenci střetu zájmů účastníka zadávacího řízení ve smyslu ust. § 4b ZSZ bude aktuální ke dni podání nabídky. Dle předmětného ustanovení se dotčená obchodní společnost nemůže zadávacího řízení dle ZZVZ vůbec účastnit (ust. § 4b ZSZ nepředpokládá, že bude vyloučena např. v okamžiku, kdy by se mohla stát vybraným dodavatelem); účast dodavatele v zadávacím řízení přitom v praxi vzniká zejména podáním nabídky (srov. ust. § 47 odst. 1 ZZVZ).

⁵¹ Stejným způsobem účastníci zadávacích řízení prokazují splnění podmínek základní způsobilosti ve smyslu ust. 74 odst. 1 písm. c), písm. d) ZZVZ, tj. neexistenci splatného daňového nedoplatku ve vztahu ke spotřební dani, resp. neexistenci splatného nedoplatku na pojistném nebo na penále na veřejné zdravotní pojištění (srovnej ust. § 75 odst. 1 písm. c), písm. d) ZZVZ).

Posouzení povinnosti vylučovat obchodní společnosti náležící do koncernu společnosti AGROFERT, a.s. ze zadávacích řízení vyhlášených státním podnikem Lesy České republiky, s. p.

(s přihlédnutím k doporučení Komise k předcházení střetu zájmů v oblasti zemědělství⁵² a zadávání veřejných zakázek⁵³) považovat za **dostačující (resp. s ohledem na zákonné možnosti jediný objektivně možný) nástroj k prevenci vzniku střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ.**

Splnění zadávacích podmínek ze strany účastníků zadávacího řízení (včetně předložení čestného prohlášení) ověřuje zadavatel již ve fázi posuzování nabídek. Při posuzování splnění podmínek účasti v zadávacím řízení na základě nabídek předložených účastníky zadávacího řízení může státní podnik Lesy ČR v souladu se zásadou presumpce poctivosti v právním styku⁵⁴ vycházet z předpokladu, že čestná prohlášení o neexistenci střetu zájmů a pravdivosti údajů o skutečném majiteli předložená Společnostmi odpovídají faktickému stavu. Státní podnik Lesy ČR by nicméně neměl ve vztahu k údajům uvedeným v čestném prohlášení zůstat bez dalšího zcela pasivní. Existují-li **důvodné pochybnosti o pravdivosti předloženého čestného prohlášení o neexistenci střetu zájmů** (případně čestného prohlášení o pravdivosti údajů o skutečném majiteli, které by mohly mít zejména vliv na posouzení z hlediska ust. § 4b ZSZ), **je třeba** dotčeného účastníka zadávacího řízení **vyzvat (a to i opakovaně) k objasnění či doplnění údajů** uvedených v čestném prohlášení.⁵⁵

V této souvislosti Zpracovatel uvádí, že dne 23. dubna 2021 Evropská komise (dále jen „Komise“) oficiálně zveřejnila Závěrečnou zprávu o auditu č. REGC414CZ0133 ze dne 29. listopadu 2019 (dále jen „Závěrečná auditní zpráva“ a „Auditní šetření“), zaměřeného na řídicí a kontrolní mechanismy týkající se vyloučení střetu zájmů při poskytování dotací z evropských strukturálních a investičních fondů.⁵⁶

V návaznosti na zjištění učiněná v průběhu Auditního šetření auditori Komise v Závěrečné auditní zprávě dovedli, že s ohledem na vnitřní strukturu Svěřenských fondů AB, kterou Ing. Andrej Babiš z pozice jejich zakladatele vytvořil, jakož i s přihlédnutím k rozsahu jeho oprávnění vůči svěřenským správcům, je právě Ing. Andrej Babiš schopen ve Svěřenských fondech AB uplatňovat rozhodující vliv. Podle auditorů Komise je proto nutné považovat Ing. Andreje Babiše za ovládající osobu nejen Svěřenských fondů AB, ale jejich prostřednictvím také za ovládající osobu společnosti AGROFERT a Společností. Na základě tohoto výkladu dospěli auditori Komise k závěru, že poskytnutí dotací Společnostem je v rozporu s ust. § 4c ZSZ. Vzhledem k podmínkám aplikace ust. § 4b a § 4c ZSZ lze důvodně předpokládat, že auditori Komise by obdobný výklad aplikovali rovněž ve vztahu k posuzování způsobilosti Společností jako účastníků zadávacího řízení ve smyslu ust. § 4b ZSZ.

Výše uvedené (byť oficiálně zveřejněné) závěry Závěrečné auditní zprávy nicméně **dle názoru Zpracovatele nelze považovat za závazné k posouzení způsobilosti účastníka zadávacího řízení podle ust. § 4b ZSZ. Za všeobecně závazné by totiž bylo možné považovat až případné rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie**, v jehož rámci by byly závěry Závěrečné auditní zprávy aprobovány jako správné.⁵⁷ Právní posouzení uvedené v Závěrečné auditní zprávě navíc vychází z dřívějšího (tj. nikoliv aktuálního) skutkového stavu. Nelze tedy vyloučit existenci více či méně významných odlišností současného skutkového stavu oproti skutkovému stavu dřívějšímu. Vzhledem k tomu, že je zadavatel v rámci každého zadávacího

⁵² Srovnej čl. 4.1 Identifying conflicts of interests in the Agricultural Sector: A practical guide for funds managers. *Evropská komise* [online], publikováno 18. prosince 2015 [cit. 28. července 2021]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/sfc/sites/default/files/sfc-files/IdentifyingConflictsInterestsAgriculturalSector.pdf>.

⁵³ Srovnej čl. 2 Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions: A practical guide for managers. *Evropská komise* [online], publikováno 13. prosince 2013 [cit. 28. července 2021]. Dostupné z: https://eufunds.gov.mt/en/EU%20Funds%20Programmes/Migration%20Funds/Documents/Presentations/2013_11_12%20Final%20guid%20on%20conflict%20of%20interests.pdf.

⁵⁴ V této souvislosti lze odkázat např. na rozhodnutí ÚOHS ze dne 20. srpna 2020, č. j. ÚOHS-17233/2020/531/JHL, dle něhož „zadavatel není povinen ověřovat veškeré údaje ze všech dostupných zdrojů, nýbrž v rámci zásady presumpce poctivosti dle ustanovení § 7 občanského zákoníku [tj. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů] je oprávněn přiměřeně okolnostem důvěřovat dodavateli“.

⁵⁵ Srovnej ust. § 46 ZZVZ.

⁵⁶ Oficiální verze Závěrečné auditní zprávy je dostupná zde: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/reports/2021/final-report-on-the-audit-of-the-functioning-of-the-management-and-control-systems-in-place-to-avoid-conflict-of-interest-in-czechia.

⁵⁷ Soudní dvůr Evropské unie je oprávněn vykládat také vnitrostátní právní normy členských států, srovnej odst. 101. Nálezu 4/17.

řízení povinen posoudit způsobilost účastníků zadávacího řízení (a to i z hlediska ust. § 4b ZSZ) individuálně a s přihlédnutím ke konkrétním právním i skutkovým okolnostem, **nelze Závěrečnou auditní zprávu, resp. její závěry, bez dalšího považovat za dostačující pro vyloučení dodavatele podle ust. § 4b ZSZ.** Zadavatel by nicméně v důsledku této skutečnosti měl být o to více pečlivý a obezřetný při ověřování údajů uvedených Společnostmi (včetně společnosti UNILES) v čestném prohlášení o neexistenci střetu zájmů.

V souvislosti s čestným prohlášením o pravdivosti údajů o skutečném majiteli by se zadavatel v rámci posuzování splnění zadávacích podmínek mohl taktéž blíže zabývat údaji zapsanými v evidenci skutečných majitelů a do určité míry zkoumat úplnost, pravdivost či správnost jejich zápisu, neboť ve vztahu k těmto údajům se neuplatní zásada materiální publicity (viz výše).⁵⁸ Rovněž v tomto případě je třeba případné nejasnosti v prohlašovaných skutečnostech s dotčenými účastníky zadávacího řízení vyjasnit prostřednictvím výzev ve smyslu ust. § 46 ZZVZ. Na základě tohoto postupu by následně státní podnik Lesy ČR mohl učinit závěr o (ne)splnění zadávací podmínky ve vztahu k čestnému prohlášení o neexistenci střetu zájmů, resp. pravdivosti údajů o skutečném majiteli, ze strany dotčených účastníků zadávacího řízení a případně je ze zadávacího řízení vyloučit⁵⁹. V takovém případě budou moci dotčení účastníci zadávacího řízení využít všechny dostupné prostředky obrany proti postupu zadavatele v zadávacím řízení, čímž bude zajištěna ochrana jejich práv.

Bude-li mít státní podnik Lesy ČR v rámci posuzování splnění podmínek účasti ze strany účastníků řízení (včetně Společností) **důvodné pochybnosti** o tom, zda zapsané údaje o skutečném majiteli odpovídají skutečnému stavu, může podat příslušnému rejstříkovému soudu⁶⁰ **podnět k zahájení řízení o nesrovnalosti**. V této souvislosti je třeba podotknout, že má-li orgán veřejné moci důvodně za to, že při výkonu své činnosti zjistil nesrovnalost, je povinen tuto skutečnost příslušnému rejstříkovému soudu oznámit.⁶¹ Přestože na základě gramatického výkladu nelze státní podnik Lesy ČR považovat za orgán veřejné moci, důvodová zpráva k ust. § 42 ZESM mj. uvádí, že „[I]ze předpokládat, že **oznámení budou podávat např. správci daně, policie či veřejní zadavatelé.**“ Pokud se tedy v budoucnu (např. v rozhodovací praxi soudů nebo v důsledku novelizace ZESM) uplatní širší definice orgánu veřejné moci ve smyslu důvodové zprávy, může být státní podnik Lesy ČR považován za orgán veřejné moci ve smyslu ust. § 42 odst. 1 ZESM, tj. za subjekt povinný oznámit zjištěnou nesrovnalost rejstříkovému soudu. Jedná se však spíše o otázku právně-teoretického významu, neboť **na zahájení řízení o nesrovnalosti není právní nárok.**

Bez ohledu na to, zda ke zjištění nesrovnalosti došlo na základě oznámení orgánu veřejné moci ve smyslu ust. § 42 odst. 1 ZESM či obecného podnětu fyzické či právnické osoby k zahájení řízení z moci úřední totiž soud nejprve předběžně vyhodnotí význam a rizikovost posuzované nesrovnalosti, přičemž řízení o nesrovnalosti zahájí pouze tehdy, je-li to vhodné k ochraně práv třetích osob.⁶² V rozhodnutí soud uvede den vzniku nesrovnalosti, a které údaje v evidenci skutečných majitelů neodpovídají skutečnému stavu, popřípadě uvede údaje odpovídající skutečnému stavu, pokud tyto vyšly v řízení najevo.⁶³ V případě, že je nesrovnalost v řízení o nesrovnalosti potvrzena, soud po nabytí právní moci rozhodnutí mj. vymaže nesprávné platné údaje a запиše údaje odpovídající skutečnému stavu, vyšly-li v řízení najevo.⁶⁴ V této souvislosti Zpracovatel nicméně podotýká, že **předmětem řízení o nesrovnalosti není posouzení způsobilosti účastníků zadávacího řízení z hlediska ust. § 4b ZSZ.**

⁵⁸ Konkrétní podobu zapsaných údajů o skutečném majiteli Společností (včetně společnosti UNILES) či společnosti AGROFERT je třeba posoudit vždy v rámci každého jednotlivého zadávacího řízení. Vždy totiž budou relevantní údaje o skutečném majiteli zapsané k okamžiku posouzení splnění předmětné zadávací podmínky ze strany účastníka zadávacího řízení, resp. k okamžiku podání nabídky.

⁵⁹ Srovnej ust. § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ.

⁶⁰ K zahájení řízení o nesrovnalosti je příslušný soud, který je příslušný k zápisu skutečného majitele právnické osoby, tj. krajský soud, v jehož obvodu je obecný soud příslušné právnické osoby (srovnej ust. § 44 odst. 1 ve spojení s ust. § 19 odst. 1 ZESM).

⁶¹ Srovnej ust. § 42 odst. 1 ZESM.

⁶² Srovnej důvodová zpráva k ust. § 42 ZESM.

⁶³ Srovnej ust. § 48 odst. 2 ZESM.

⁶⁴ Srovnej ust. § 49 odst. 2 písm. b), písm. c) ZESM.

Zadavatel je rovněž oprávněn v zadávací dokumentaci požadovat **předložení údajů o majetkové struktuře účastníka zadávacího řízení nebo jeho poddodavatele**.⁶⁵ Pokud si však zadavatel tento požadavek v zadávací dokumentaci vyhradí, budou k předložení požadovaných údajů, resp. dokladů o jejich majetkové struktuře **povinni všichni účastníci zadávacího řízení**. Současně je třeba podotknout, že zadavatel musí jednoznačně typově specifikovat, jaké údaje, resp. doklady, bude od účastníků zadávacího řízení (příp. jejich poddodavatelů) požadovat. Odborná literatura v této souvislosti dovozuje, že využití tohoto požadavku zadavatelem bude zásadně **limitováno zásadou přiměřenosti**; požadavky zadavatele by proto neměly být přísnější než rozsah dokumentace, jejíž předložení je zadavatel povinen vyžadovat od vybraného dodavatele.^{66,67} **Zadavatel tedy za účelem zjištění majetkové struktury účastníka zadávacího řízení nemůže v zadávací dokumentaci požadovat předložení zcela libovolných dokladů**. Z dokumentů, jejichž předložení si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit, navíc zřejmě nebude možné zjistit skutečnosti významné pro účely případné aplikace ust. § 4b ZSZ, neboť tyto s největší pravděpodobností nebudou v rozporu s údaji zapsanými v evidenci skutečných majitelů a skutečnostmi uvedenými v čestném prohlášení o pravdivosti údajů o skutečném majiteli. Zejména s ohledem na nutnost předběžné specifikace požadovaných údajů o majetkové struktuře účastníka zadávacího řízení nebo jeho poddodavatele proto **nelze tento postup považovat za vhodný pro účely posouzení způsobilosti účastníka zadávacího řízení z hlediska ust. § 4b ZSZ, neboť z těchto údajů nemusí vyplývat, kdo je ovládající osobou účastníka zadávacího řízení ve smyslu ust. § 74 a násl. ZOK, resp. jeho skutečným majitelem z titulu osoby s koncovým vlivem**.

Nad rámec výše uvedeného Zpracovatel uvádí, že zadavatel je ve vztahu k účastníkům zadávacího řízení povinen ověřit splnění zadávacích podmínek, jakož i podmínek stanovených zákonem (ZZVZ/ZSZ). Pokud jde o podmínky účasti v zadávacím řízení obsažené přímo v ZZVZ (např. základní způsobilosti dodavatele) specifikuje ZZVZ současně i způsob jejího prokázání.⁶⁸ Stanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci zadávací podmínky ve smyslu ust. § 37 ZZVZ, je třeba splnění této podmínky ze strany účastníků zadávacího řízení prokázat. Za tímto účelem však zadavatel musí konkrétně určit, jakým způsobem tak mohou účastníci zadávacího řízení učinit, neboť podle ust. § 39 odst. 5 ZZVZ **zadavatel provádí posouzení podmínek účasti v zadávacím řízení „na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení**.“ Jinými slovy, pokud by zadavatel v zadávacím řízení nestanovil způsob, jakým účastníci prokážou splnění podmínky dle ust. § 4b ZSZ, nemohl by její naplnění objektivně posoudit. Důvodem je skutečnost, že dle ust. § 39 odst. 5 ZZVZ je zadavatel oprávněn posoudit splnění zadávací podmínky toliko na základě dokladů poskytnutých účastníkem. **S ohledem na výše uvedené (a absenci zákonné úpravy) lze konstatovat, že individuální posouzení případného naplnění ust. § 4b ZSZ je možné toliko na podkladě konkrétně specifikovaného dokumentu (dokladu) předloženého účastníkem zadávacího řízení. Za tímto účelem Zpracovatel považuje za nejvhodnější dokument čestné prohlášení o neexistenci střetu zájmů, resp. čestné prohlášení o pravdivosti údajů o skutečném majiteli.**

⁶⁵ Srovnej ust. § 103 odst. 1 písm. d) ZZVZ.

⁶⁶ DVOŘÁK, D.; MACHUREK, T.; NOVOTNÝ, P.; ŠEBESTA, M. a kol. § 103 [Podmínky sestavení a podání nabídek]. In: DVOŘÁK, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, str. 628.

⁶⁷ Podle ust. § 104 odst. 2 ZZVZ, ve znění účinném do 31. prosince 2017, byl zadavatel povinen v zadávací dokumentaci požadovat od vybraného dodavatele, který je právnickou osobou, aby jako podmínku pro uzavření smlouvy předložil a) identifikační údaje všech osob, které jsou jeho skutečným majitelem podle ZoAML a b) doklady, z nichž vyplývá vztah všech osob podle písmene a) k dodavateli; těmito doklady byly zejména výpis z obchodního rejstříku nebo jiné obdobné evidence, seznam akcionářů, rozhodnutí statutárního orgánu o vyplacení podílu na zisku, společenská smlouva, zakladatelská listina nebo stanovy.

Na základě zákona č. 368/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (dále jen „*Zákon č. 368/2016*“), byla tato povinnost s účinností od 1. ledna 2018 přesunuta z ust. § 104 odst. 2 ZZVZ do ust. § 122 odst. 4 ZZVZ. Předmětné ustanovení bylo následně dále modifikováno v souvislosti s nabytím účinnosti ZESM. Rozsah dokumentů, které je zadavatel po účastnících zadávacího řízení oprávněn požadovat za účelem doložení údajů o majetkové struktuře ve smyslu ust. § 103 odst. 1 písm. d) ZZVZ nicméně zůstal dle názoru Zpracovatele nedotčen.

⁶⁸ Srovnej ust. § 75 ZZVZ.

2.4.2. ZJIŠŤOVÁNÍ SKUTEČNÉHO MAJITELE DLE ZZVZ

V případě vybraného dodavatele (je-li tento českou právnickou osobou) je zadavatel povinen **zjistit údaje o jeho skutečném majiteli** z evidence skutečných majitelů podle ZESM.^{69,70} V případě, že tyto údaje není možné zjistit, je zadavatel povinen takového dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit; k zápisu zpřístupněnému v evidenci skutečných majitelů po odeslání oznámení o vyloučení dodavatele se nepřihlíží.⁷¹

Jak již bylo výše uvedeno, smyslem a účelem předmětného ustanovení je především ověření splnění povinnosti zápisu skutečného majitele vybraného dodavatele pro účely jeho zjišťování tzv. povinnými osobami při kontrole klienta v rámci postupů podle ZoAML a případného naplnění podmínek ust. § 44 odst. 2 a 3 ZZVZ. Posouzení způsobilosti účastníka zadávacího řízení (vybraného dodavatele) podle ust. § 4b ZSZ tedy s postupem zadavatele podle ust. § 122 ZZVZ nikterak nesouvisí. Nutno podotknout, že postup zadavatele vůči vybranému dodavateli **umožňuje toliko zjistit údaje o skutečném majiteli, nikoliv ověřit jejich správnost**. ZZVZ v této fázi zadávacího řízení zadavateli navíc ani **neumožňuje**⁷² (při pochybnostech o správnosti zapsaných údajů) **vyzvat** vybraného dodavatele **k objasnění či doplnění údajů k objasnění či doplnění údajů** ve smyslu ust. § 46 ZZVZ.⁷³

Případné probíhající řízení o nesrovnalosti ve smyslu ust. § 42 a násl. ZESM pak **nemá vliv na průběh zadávacího řízení**, neboť zjistí-li zadavatel (např. na základě pravomocného rozhodnutí rejstříkového soudu v řízení o nesrovnalosti), že o dodavateli byly v průběhu zadávacího řízení uvedeny v evidenci skutečných majitelů nepravdivé údaje, je **oprávněn smlouvu** uzavřenou s dotčeným účastníkem zadávacího řízení (vybraným dodavatelem) **vypovědět nebo od ní odstoupit bez zbytečného odkladu** poté, co zjistil, že neměla být uzavřena; to neplatí, pokud si dodavatel nepravdivosti nebyl a nemohl být vědom, nebo pokud nepravdivost spočívala v chybě psaní či v jiné nepodstatné okolnosti.⁷⁴ Právě možnost zadavatele vypovědět smlouvu nebo od ní odstoupit v případě uvedení nepravdivých údajů v evidenci skutečných dodavatelů by účastníky zadávacího řízení měla motivovat k tomu, aby zapsané údaje o jejich skutečném majiteli odpovídaly skutečnému stavu. Je to přitom právě **účastník zadávacího řízení** (daná právnická osoba), která **odpovídá za správnost údajů uvedených v žádosti o zápis do evidence skutečných majitelů** (a to i přesto, že se ve vztahu k zapsaným údajům neuplatňuje zásada materiální publicity – viz výše). Ve vztahu k uvedení nepravdivých údajů z hlediska ust. § 4b ZSZ však platné a účinné právní předpisy oprávnění zadavatele vypovědět smlouvu nebo od ní odstoupit neobsahují. **Za správnost čestného prohlášení nicméně odpovídá výhradně účastník zadávacího řízení**, který by tak měl být (obdobně jako v případě zápisu do evidence skutečných majitelů) motivován k tomu, aby jeho obsah odpovídal skutečnému vztahu. Vzhledem k tomu je dle názoru Zpracovatele vhodné konstruovat analogický postup také ve vztahu k čestnému prohlášení o neexistenci střetu zájmů a zakotvit princip ust. § 223 odst. 3 ZZVZ přímo v rámci uzavíraných smluv.

S ohledem na shora popsanou zákonnou úpravu je zjevné, že nelze vyloučit riziko, že dodavatel v průběhu plnění veřejné zakázky zjistí, že v evidenci skutečných majitelů byly o dodavateli v průběhu zadávacího řízení uvedeny nepravdivé údaje. Využití postupu dle ust. § 223 odst. 3 ZZVZ by tak pro zadavatele znamenalo

⁶⁹ Srovnej ust. § 122 odst. 4 ZZVZ.

⁷⁰ V rámci legislativního vývoje ZZVZ byla povinnost zadavatele k zjištění údajů o skutečném majiteli vybraného dodavatele (v případě právnické osoby) prostřednictvím Zákona č. 368/2016 přesunuta z ust. § 104 odst. 2 ZZVZ do ust. § 122 odst. 4 ZZVZ. Důvodová zpráva k Zákona č. 368/2016 nicméně neobsahuje žádné bližší odůvodnění této novelizace ani jejích důsledků, neboť předmětná legislativní změna byla do textace předmětného zákona vložena pozměňovacím návrhem v průběhu druhého čtení v Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky.

⁷¹ Srovnej ust. § 122 odst. 7 písm. a) ZZVZ.

⁷² Pochybnosti o správnosti zapsaných údajů o skutečném majiteli účastníka zadávacího řízení lze nicméně odpovídajícím způsobem vypořádat již v rámci posouzení nabídek prostřednictvím čestného prohlášení o pravdivosti údajů o skutečném majiteli (viz výše).

⁷³ V návaznosti na novelizaci ZZVZ provedenou Zákonem č. 368/2016 (viz výše) lze podle ust. § 122 odst. 6 ZZVZ ve vztahu k vybranému dodavateli postupovat podle ust. § 46 ZZVZ pouze v případě výzvy podle ust. § 122 odst. 3 nebo odst. 5 ZZVZ, tj. nikoliv podle ust. § 122 odst. 4 ZZVZ, na jehož základě je zadavatel povinen zjistit u vybraného dodavatele údaje o skutečném majiteli.

⁷⁴ Srovnej ust. § 223 odst. 3 ZZVZ. Zůstává však otázkou, jaké okolnosti na straně dodavatele vztahující se k možné vědomosti o nepravdivosti zapsaných budou pro vyloučení možnosti zadavatele vypovědět smlouvu (nebo od ní odstoupit) relevantní. Předpoklady aplikace ust. § 223 odst. 3 ZZVZ je proto vhodné blíže specifikovat přímo ve smlouvě uzavírané s vybraným dodavatelem.

ukončení probíhajícího plnění a realizaci nového zadávacího řízení se stejným předmětem (potenciálně pouze v menším rozsahu). Vzhledem k tomu se z časového hlediska a kontinuity plnění veřejné zakázky jeví jako vhodné umožnit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Nahrazení dodavatele v případě předčasného ukončení smlouvy je však možné pouze za podmínek stanovených v ust. § 222 odst. 10 písm. a) ZZVZ, tedy v případě, že tato změna proběhne na základě vyhrazené změny závazku sjednané ve smlouvě na veřejnou zakázku (resp. na základě zadávacích podmínek) podle ust. § 100 odst. 2 ZZVZ.⁷⁵ Tento mechanismus by tak bylo nezbytné upravit v rámci zadávací dokumentace.

3. ZÁVĚR A DOPORUČENÍ PRO ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

V návaznosti na shora uvedené závěry je možné ve stručnosti shrnout, že **státní podnik Lesy ČR v současné době není bez dalšího povinen, resp. oprávněn, vylučovat Společnosti, včetně společnosti UNILES, ze zadávacích řízení.**

Z provedené analýzy vzájemného vztahu ust. § 4b ZSZ a ZZVZ vyplývá, že střet zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ představuje kvalitativně a obsahově odlišný pojem od pojmu střetu zájmů ve smyslu ust. § 44 odst. 2 ZZVZ (tj. *de facto* podjatosti). Současně dosud nedošlo k provázání ZZVZ s ust. § 4b ZSZ (zejm. s právními důsledky při jeho porušení), a to zejména z hlediska důvodů pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení. S přihlédnutím k závěrům Ústavního soudu vyjádřeným v Nálezu 4/17 je však třeba dovodit, že ust. § 4b ZSZ se jako samostatně stojící okolnost uplatní nad rámec důvodů pro vyloučení účastníka zadávacího řízení podle ust. § 48 ZZVZ, a to zcela nezávisle na posuzování střetu zájmů z hlediska ust. § 44 ZZVZ.

Vzhledem ke skutečnosti, že ZSZ ani ZZVZ nesvěřuje zadavateli žádný právní nástroj, jehož prostřednictvím by bylo možné posoudit způsobilost Společností, včetně společnosti UNILES, dle ust. § 4b ZSZ, je třeba zajistit splnění této zákonné povinnosti jiným způsobem. Státní podnik Lesy ČR proto jako první veřejný zadavatel stanovil dodavatelům v rámci zadávacích podmínek veřejných zakázek povinnost předložit čestné prohlášení o neexistenci střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ. Tento postup, který je ze strany státního podniku Lesy ČR uplatňován i v současnosti, byl navíc ze strany ÚOHS v minulosti *de facto* aprobován jako dostačující a zcela souladný se ZZVZ.

V návaznosti na vyhodnocení dopadů ZESM na výklad ust. § 4b ZSZ lze konstatovat, že **pro účely aplikovatelnosti ust. § 4b ZSZ není rozhodující, zda je veřejný funkcionář** ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ **skutečným majitelem** obchodní společnosti vlastníci podíl představující alespoň 25 % účasti společníka ve Společnostech, **nýbrž skutečnost, zda takový veřejný funkcionář danou společnost ovládá.** Tato podmínka je v posuzovaném případě splněna pouze tehdy, je-li veřejný funkcionář ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ zapsán jako skutečný majitel Společností nebo obchodní společnosti, která vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka ve Společnostech (tj. společnosti AGROFERT) z titulu osoby s koncovým vlivem (tj. ovládající osoby). Jinak řečeno, **zápis Ing. Andreje Babiše** jako skutečného majitele Společností (včetně společnosti UNILES) nebo obchodní společnosti, která vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka ve Společnostech (tj. společnosti AGROFERT) **toliko z titulu koncového příjemce, není důvodem pro aplikaci ust. § 4b ZSZ vůči Společnostem.**

Vzhledem k tomu, že podmínky aplikace ust. § 4b ZSZ budou naplněny mj. v případě zápisu veřejného funkcionáře ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. c) ZSZ jako skutečného majitele společnosti UNILES (případně společnosti AGROFERT) z titulu osoby s koncovým vlivem nicméně **Zpracovatel doporučuje státnímu podniku Lesy ČR provést aktualizaci čestného prohlášení o neexistenci střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ, resp. doplnění tohoto čestného prohlášení o prohlášení o pravdivosti údajů o skutečném majiteli ve smyslu ZESM** (včetně jeho zohlednění v rámci uzavíraných smluv).

⁷⁵ Zpracovatel pro úplnost dodává, že ust. § 222 odst. 10 písm. b) ZZVZ pokrývá situace, kdy ke změně v osobě dodavatele dochází na základě právních skutečností, které bezprostředně nesouvisí s danou veřejnou zakázkou, resp. smlouvou. Jedná se tedy o situace, kdy dochází ke změně v osobě dodavatele v důsledku právního nástupnictví (i) přeměnou dodavatele, (ii) smrtí dodavatele nebo (iii) převodem závodu či jeho části. V případě nutnosti změny dodavatele z důvodu předčasného ukončení smlouvy proto nelze uvažovat o jeho aplikaci.

Jelikož ani po nabytí účinnosti ZESM, který zpřesňuje legislativní definici skutečného majitele, nedošlo ke zvýšení právní jistoty adresátů ve vztahu k ust. § 4b ZSZ, je třeba příslušná rizika z tohoto stavu vyplývající řešit přímo v rámci uzavíraných smluv. **Zpracovatel proto státnímu podniku Lesy ČR doporučuje včlenit do uzavíraných smluv (i) ujednání opravňující zadavatele smlouvu vypovědět nebo od ní odstoupit, (ii) ujednání ukládající dodavateli povinnost uhradit zadavateli smluvní pokutu, která budou navázána na uvedení nepravdivého prohlášení o neexistenci střetu zájmů ve smyslu ust. § 4b ZSZ a/nebo nepravdivého prohlášení o skutečném majiteli ve smyslu ZESM ze strany dodavatele, jakož i (iii) ujednání ukládající dodavateli informační povinnosti ohledně veškerých relevantních změn prohlašovaných skutečností.**

Závěrem lze státnímu podniku Lesy ČR rovněž doporučit, aby se v podrobnostech zabýval povahou případné neplatnosti smluv uzavřených v rozporu s ust. § 4b ZSZ a jejím vlivem na vypořádání vzájemných práv a povinností smluvních stran tak, aby měl z důvodu předběžné opatrnosti připravené interní procesy a postupy pro případ, kdy by byla pravomocným rozhodnutím orgánu veřejné moci (českého či unijního) ve vztahu k některé ze Společností konstatována nezpůsobilost k účasti v zadávacích řízeních ve smyslu ust. § 4b ZSZ.

CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář vyhotovila toto právní stanovisko s využitím svých odborných znalostí a zkušeností, při zohlednění platné právní úpravy, dosavadní rozhodovací praxe, odborné literatury a všech podkladů a informací, které jí byly za účelem zpracování tohoto stručného stanoviska poskytnuty klientem.

CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář vždy uvažuje všechny okolnosti, které orgány veřejné moci při rozhodování zohledňují nebo by zohlednit měly. Konečný a závazný výklad právních norem je však oprávněn učinit pouze příslušný orgán veřejné moci, přičemž nelze vyloučit, že jeho právní názor bude v konkrétních otázkách odlišný.

Vyslovené závěry se mohou dále měnit dle dodatečně poskytnutých podkladů, či jiných zjištěných informací.

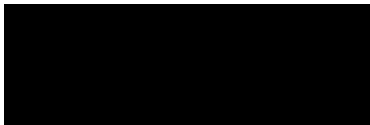
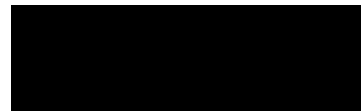
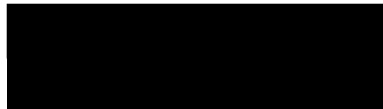
Tento dokument má důvěrnou povahu a je určen výhradně pro interní potřeby Objednatele. Ke zveřejnění jakékoliv části tohoto stanoviska či k jeho užití pro jiné účely je nutný předchozí písemný souhlas Zpracovatele.

STANOVISKO

Posouzení povinnosti vylučovat obchodní společnosti náležící do koncernu společnosti AGROFERT, a.s. ze zadávacích řízení vyhlášených státním podnikem Lesy České republiky, s. p.



—



**CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o.,
ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ**

ADRESA: HVĚZDOVA 1716/2b, 140 00 PRAHA 4

E-MAIL: AK@AKCCS.CZ

TELEFON: +420 224 827 884

WEB: WWW.AKCCS.CZ