

Bid rigging a jeho prevence v praxi soutěžní compliance

PAVEL KOUKAL

ADVOKÁT, RÖDL & PARTNER, ADVOKÁTI, S.R.O., PRAHA



Pro soutěžitele, kteří se jako dodavatelé zboží, služeb anebo stavebních prací a jiných výkonů pravidelně účastní výběrových řízení na veřejné zakázky, má v kontextu soutěžní compliance nezastupitelné místo prevence těch kvalifikovaných soutěžních rizik, jež souvisejí s kartelovými dohodami, jejichž cílem nebo výsledkem je ovlivnění výsledku výběrového řízení (bid rigging). Tento článek se zabývá těmi vybranými otázkami a možnými problémy, které je v této specifické oblasti soutěžní compliance třeba v praxi řešit nejčastěji.

Úvodem

Prevenici kvalifikovaných soutěžních rizik spojených s *bid riggingem* je třeba na jedné straně chápat jako nedílnou součást širší soutěžní compliance (*Antitrust & Competition Compliance*), ale současně je zde nezbytné vnímat i nutnost uplatňování řady specifických přístupů a opatření.

V tomto směru tak lze soutěžní compliance na úseku *bid rigging* definovat jako tu část integrovaného systému soutěžní compliance, která definuje pravidla a systémové požadavky na soutěžně konformní chování soutěžitelů v právním postavení uchazeče o veřejnou zakázku (dodavatele), průběžně identifikuje a vyhodnocuje relevantní soutěžní compliance rizika spojená s touto účastí ve výběrových (zadávacích) řízeních, a v návaznosti na to pak i stanoví, realizuje a zpětně monitoruje účinnost přijatých postupů a opatření sledujících minimalizaci této specifické skupiny compliance rizik.¹

Pokud se přitom v těchto souvislostech zabýváme standardním vymezením obsahu *funkce compliance*² v podnikatelské činnosti soutěžitelů, tak je tato funkce „zajišťování souladu“ rovněž u soutěžní compliance na úseku *bid rigging* zaměřena na průběžné plnění tří základních skupin požadavků, a to jednak požadavků spojených se závaznou regulací a související právní úpravou (*soutěžní regulace*), dále poža-

davků obsažených v interních normativních aktech soutěžitelů (*interní směrnice*) a konečně i požadavků vyplývajících z „osvědčené praxe“ (*best practice*).

V těchto souvislostech je přitom podstatnou určující skutečností, že v rámci širšího kontextu vlastní *soutěžní regulace* je třeba zohledňovat i zvláštní právní předpisy upravující veřejné zadávání, zejména zákon o zadávání veřejných zakázek a související právní předpisy.³

Co do relevantního kontextu *best practice* je pak pro praxi soutěžní compliance na úseku *bid rigging* velmi významná i soustavná a dlouhodobá pozornost, která je této problematice věnována na mezinárodní, unijní i vnitrostátní úrovni, a to od OECD přes evropskou Komisi až po český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „Úřad“), byť jde o metodické anebo školící materiály primárně nastavené z pohledu zadavatelů a nikoliv dodavatelů.

Význam soutěžní compliance na úseku *bid rigging* je ve shora popsaných souvislostech nezastupitelný, a to nejen z toho důvodu, že prevence protiprávního jednání v tomto směru vede k minimalizaci compliance rizik v podobě pokut a negativních reputačních důsledků. Vedle toho totiž zabráňuje i těm případným důsledkům, kdy by dodavatel mohl být i úplně vyloučen z účasti na veřejných zakázkách, a to ať již z právního důvodu *podezřelého účastníka zadávacího řízení* anebo na základě Úřadem uloženého *zákazu plnění veřejných zakázek a poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících*.⁴

Bid rigging a jeho formy

Za *bid rigging* je považováno zakázané jednání dodavatelů, kteří v rámci zadávacího řízení utajeně dohodnou či jinak vzájemně koordinují svůj postup, a to s cílem ovlivnit výsledek zadávacího řízení ve svůj prospěch, se snahou o zachování zdání „spravedlivého a transparentního prostředí“ pro výběr nejlepší nabídky ve smyslu zadávacích podmínek.

Z pohledu soutěžního práva přitom není podstatná, stejně jako u jiných dohod, vnější forma takového zakázaného jednání, když se v drtivé většině případů dnes jedná o zcela

¹ Bid rigging jako zakázaná forma dohod soutěžitelů se obecně týká nejen oblasti veřejných zakázek, ale i účasti na výběrových řízeních mimo režim veřejného zadávání, byť jsou zde takové dohody spíše výjimečné. Tento článek je přitom zaměřen pouze na compliance aspekty spojené s účastí dodavatelů v zadávacích řízeních.

² V daných souvislostech je zde „funkce compliance“ chápána ve smyslu průběžné realizace a naplňování funkčního cíle compliance a nikoliv ve smyslu institucionálním, jako osoba pověřená funkcí compliance (Compliance Officer).

³ Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Z dalších právních předpisů je třeba uvést zákon č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících, ve znění pozdějších předpisů.

⁴ Zde srov. § 48 odst. 5 a 6 zákona o zadávání veřejných zakázek a § 22a odst. 6 až 8 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

neformální dohody anebo o jednání ve vzájemné shodě, které často ani nevykazují skutečnosti či přímé důkazy prokazující výslovnou „domluvu“ dodavatelů na společném postupu v zadávacím řízení.

Pokud jde o možné projevy *bid riggingu*, tak k němu dochází v zásadě na třech odlišných úrovních, a to buď na úrovni prosté *cenové koordinace* (např. koordinované sestavování položkového rozpočtu nebo celkové nabízené ceny plnění), nebo na vyšší úrovni *koordinace účasti dodavatelů na veřejné zakázce* (např. záměrné nepodání nabídky anebo podání nezpůsobilé či nekonkurenceschopné nabídky) a případně i na úrovni vlastního *ovlivnění pořadí nabídek* (např. záměrné odstoupení vítězného dodavatele z prvního místa v pořadí uchazečů anebo odmítnutí vítězného uchazeče uzavřít smlouvu).

Bid rigging tak může na těchto jednotlivých úrovních spočívat v celé řadě konkrétních typových jednání dodavatelů, když v praxi zřejmě nejčastěji jde o podávání „*krycích nabídek*“, které jsou také někdy označovány jako „doplňkové“, „zdvořilostní“ anebo „symbolické“ nabídky. S podáváním „*krycích nabídek*“ je pak úzce spojena i svým způsobem systémová „*rotace vítězných nabídek*“ mezi dodavateli, což je typické zejména u těch oblastí veřejného zadávání, u kterých je okruh možných dodavatelů dlouhodobě omezen.

Shora popsaná široká škála možných úrovní, typů a forem zakázaných jednání spojených s účastí na veřejných zakázkách je přitom z pohledu soutěžní compliance sama o sobě velkým problémem, neboť vyžaduje ve všech fázích fungování compliance management systému přijímat často velmi složitá a náročná prevenční, detekční a reakční opatření.

Identifikace a analýza soutěžních rizik

Základem a výchozí fází soutěžní compliance je vždy identifikace a analýza relevantních soutěžních rizik (*Compliance-Risk Identification & Analysis*) a jinak tomu samozřejmě není ani na úseku *bid rigging*.

Pokud jde o vlastní identifikaci soutěžních rizik, tak ta je logicky zaměřena na přípravu a podávání nabídek do zadávacích řízení, ve kterých přitom může soutěžitel vystupovat, případ od případu, nejen v právním postavení dodavatele, ale i subdodavatele anebo případně i jako člen sdružení dodavatelů (konsorcía). Pochopitelně, že hlavní rizika jsou spojena s účastí dodavatele, který podává sám za sebe jedinou nabídku a je také za její obsah a podání přímo odpovědný. Určitá compliance rizika ale mohou být spojena i s účastí na zadávacím řízení v postavení subdodavatele a člena konsorcía, byť zpravidla pouze v širším kontextu zapojení a účasti na jiných zadávacích řízeních, u kterých se lze setkat s podáváním „*krycích nabídek*“ a s „*rotací*“ vítězných uchazečů.

Identifikace a analýza compliance rizik na úseku *bid rigging* je neodmyslitelně spojena s výchozím zmapováním

všech hlavních činností (dodávky zboží, služeb, stavebních prací a jiných výkonů), které dodavatel provádí, a typů zadávacích řízení, kterých se účastní, včetně hodnocení osoby zadavatele a standardní podoby zadávací dokumentace.

Součástí celkového hodnocení by přitom určitě měla být i analýza dotčeného *relevantního trhu*, a to zejména z hlediska stavu konkurenčního prostředí, pokud jde o v úvahu přicházející dodavatele (co do jejich počtu, zaměření apod.), a to s cílem identifikace a analýzy s tím spojených rizik (pravděpodobnost vzájemných kontaktů, riziko výměny či sdílení informací včetně položkových a jiných cen apod.).

Identifikačně analytická fáze soutěžní compliance na úseku *bid rigging* přitom musí průběžně zohledňovat i nové pohledy a přístupy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, které v řadě případů při absenci důkazů o přímých kontaktech uchazečů o veřejnou zakázku dovozují naplnění skutkové podstaty dohody nebo jednání ve vzájemné shodě ve smyslu ustanovení § 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže ze „*sladování a realizace společného záměru soutěžitelů*“, a své skutkové a právní závěry činí na základě vlastních srovnávacích analýz struktury a dílčích položek podaných nabídek, a to ve spojení s nepřímými důkazy.

Interní postupy, opatření a nástroje v rámci implementační fáze

V rámci implementační fáze compliance management systému (*Compliance Procedures & Measures & Implements*) je vhodné na úseku *bid rigging* věnovat při stanovení vhodných postupů a opatření zvýšenou pozornost zejména metodickým návodům a doporučením Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, které jsou v praxi soutěžní compliance velmi dobře využitelné.

V tomto směru lze přitom smysluplně a efektivně využívat v první řadě ty výkladové a metodické dokumenty, které jsou založeny i na konkrétních odkazech a citacích z rozhodovací praxe Úřadu a navazující soudní judikatury, jako jsou např. informační listy Úřadu č. 1/2012 (*Bid rigging – zakázaná dohoda o ovlivňování nabídek*) a č. 3/2017 (*Neohlášená místní šetření a bid rigging*) anebo starší, ale stále prakticky použitelná publikace *Zadávání veřejných zakázek a zakázané dohody dodavatelů*.⁵

Vedle toho lze pro účely podpůrných provádění compliance opatření, zejména interních školení (*compliance training*), používat i méně odborné a svou povahu spíše interaktivní podklady a nástroje poskytované Úřadem, jako je konkrétně brožura *Bid rigging – „zakázkový kartel“* anebo instruktážní video materiál *Co je to bid rigging*, který lze využít jako informační zdroj pro vstupní seznámení se zaměstnanců

⁵ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno. Vše dostupné na: <https://uohs.gov.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody/bid-rigging/publikace-k-bid-riggingu.html>

s touto problematikou.⁶ K tomu všemu je třeba doplnit i e-learningový kurs, který Úřad připravil včetně závěrečného testu.

Pokud jde o volbu konkrétních postupů a opatření v rámci implementační fáze, tak je primárně třeba vhodným způsobem nastavit samotný *interní compliance proces*, spojený s prevencí případného protisoutěžního jednání na úseku *bid rigging*.

Východím předpokladem zde samozřejmě je nastavení interních pravidel chování a tomu odpovídajících povinností zaměstnanců, a to prostřednictvím závazného příkazu dokumentu (*interní compliance směrnice*), která reflektuje jak aktuální právní úpravu zákona o ochraně hospodářské soutěže a zákona o zadávání veřejných zakázek, tak i s nimi spojeného *soft law* a navazující *best practice*.

V rámci organizační struktury soutěžitele by mělo jasné stanovení, které konkrétní úseky, oddělení a pracovní pozice jsou do interního procesu zajišťování účasti na veřejných zakázkách zapojeny, jaké jsou jejich konkrétní úkoly, působnost, povinnosti a odpovědnost. Nezastupitelné místo zde musí vždy hrát osoba pověřená funkcí *compliance (Compliance Officer)* anebo alespoň kompetentní pracovník právního úseku anebo jiná osoba s právníkům vzděláním, která je schopna posoudit a vyhodnotit případná soutěžně právní rizika a jejich možné důsledky.

Vedle toho je třeba v rámci opatření implementační fáze doporučit aktivně využívat standardní *compliance nástroje*, jako *compliance posuzování vybraných částí zadávací dokumentace*, smluv se subdodavateli anebo členy konsorcia a již připravených finálních nabídek (*Compliance Contract Assessment*), nástroje spojené s kontrolou a hodnocením obchodních parterů v postavení člena konsorcia anebo subdodavatele (*Know Your Partner, KYP*) a samozřejmě i všech nástrojů interní komunikace včetně vnitřního oznamovacího systému (*Whistleblowing*).

Samozřejmě platí, že by i v praxi soutěžní *compliance* na úseku *bid rigging* měl být kladen zásadní význam na oblast podpůrných *compliance procesů (Support)*, zejména pokud jde o *compliance kompetence* zaměstnanců zajišťované formou nejenom pravidelných interních školení (*compliance training*), ale již v rámci vstupního procesu přijímání nových zaměstnanců, pokud je jejich pracovní náplň nějakým způsobem spojena se zajišťováním účasti zaměstnavatele na veřejných zakázkách. Každý *compliance training* by přitom měl být po předání nezbytných vstupních informací zaměřen na konkrétní praktické otázky, přizpůsobené na příslušné postupy u dodavatele a na aktivní formy zapojení všech účastníků.

⁶ Co je to *bid rigging*. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno. Dostupné na: <https://uohs.gov.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody/bid-rigging.html>

Opatření v rámci kontrolní fáze

Pokud jde o konkrétní opatření v rámci kontrolní fáze *compliance management systému (Monitoring)*, tak by měl být v praxi soutěžní *compliance* na úseku *bid rigging* kladen důraz zejména na průběžné sledování a vyhodnocování informací, výstupů a zjištění z jednotlivých zadávacích řízení, kterých se dodavatel aktuálně účastní anebo v minulosti zúčastnil.

Tento *red-flag monitoring* by přitom měl být primárně zaměřen na osobní či e-mailovou komunikaci zaměstnanců vedenou ve věci dané zakázky včetně případných kontaktů a komunikace se zaměstnanci ostatních uchazečů, na případné časté „rotace“ vítězných účastníků obdobných veřejných zakázek, nestandardní subdodavatelské vazby mezi uchazeči apod.

Závěr

Závěrem lze konstatovat, že *compliance rizika* dodavatelů na úseku *bid rigging* patří v kontextu platné právní úpravy mezi nejzávažnější soutěžní rizika, a to z řady zásadních důvodů. Ve své podstatě se totiž jedná o vždy zakázané dohody na horizontální úrovni, které jsou spojeny nejen s rizikem případné vysoké pokuty za protisoutěžní jednání a s negativními reputačními důsledky, ale současně i se zásadním rizikem ohrožení samotné podnikatelské činnosti soutěžitele, a to z důvodu možného uložení zákazu plnění veřejných zakázek anebo vyloučení z výběrového řízení na základě posouzení dodavatele jako podezřelého účastníka výběrového řízení.

Všechny skutečnosti popsané v tomto příspěvku vedou k závěru o nezastupitelném významu zavedení efektivních interních postupů a opatření v rámci soutěžní *compliance* na úseku *bid rigging*, neboť pouze takto nastavený *compliance management systém* zaručuje významné snížení anebo eliminaci s *bid riggingem* spojených soutěžních rizik.

ABSTRACT:

[PAVEL KOUKAL: BID RIGGING AND ITS PREVENTION IN COMPETITION COMPLIANCE PRACTICE]

This article deals with selected issues of competition compliance practice in the area of bid rigging. In this regard, attention is focused both on initial general questions, such as the concept of bid rigging and its forms within public procurement procedures, and subsequently on practical issues related to the identification and analysis of competition risks, the implementation of adopted procedures and measures, as well as the control of their fulfillment (monitoring). Significant attention is also paid in the article to methodological guidelines and recommendations, which are also available on the website of the Office for the Protection of Competition.