



UOHSX003WIG1

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R9/2009/VZ-18805/2011/310/JHr

V Brně dne: 22. 11. 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 1. 2009, podaném zadavatelem

- společností Krajská zdravotní a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, za něhož jednájí Mgr. Radek Scherfer předseda představenstva a Ing. René Budjač, místopředseda představenstva

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7. 1. 2009, ve věci přezkoumání postupu zadavatele učiněného při úkonech směřujících k zadání veřejné zakázky na služby „provádění laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie, toxikologie a transfúzní služba“, jejíž zadávání bylo zahájeno písemnou výzvou ze dne 20. 5. 2008,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 2. 2011 č. j. 62 Ca 31/2009 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7. 1. 2009

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) obdržel dne 11. 8. 2008 podnět, ve kterém stěžovatel napadal postup Krajské zdravotní a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, (dále jen „**zadavatel**“) při uzavírání „Smlouvy o nájmu části podniku“ (dále jen „**nájemní smlouva**“).
2. V rámci šetření podnětu Úřad zjistil, že zadavatel písemnou výzvou ze dne 20. 5. 2008 oslovil tři subjekty - OLYMPUS C & S spol. s r. o., člen koncernu Obchodní zkratka OCS, Praha, SYNLAB.CZ s. r. o., Praha, a Medizinisches Versorgungszentrum für Laboratoriumsmedizin und Mikrobiologie, a vyzval je k jednání a konzultacím s cílem formulace základních principů případné spolupráce při zajištění optimalizace provozu laboratoří nemocnic v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba (s vyloučením skladování a obchodu s krví a krevními deriváty). Zahájení případné spolupráce zadavatel předpokládal nejpozději ve 3. čtvrtletí roku 2008, přičemž přípravu a podpis smluvní dokumentace předpokládal v nejbližších měsících.
3. Z předloženého zápisu z jednání představenstva zadavatele č. 15/2008 ze dne 9. 6. 2008 vyplynulo, že na výzvu zadavatele reagovaly všechny oslovené subjekty, a že po zhodnocení jejich nabídek představenstvo zadavatele rozhodlo o projednání nabídky společnosti SYNLAB.CZ s. r. o., Praha, resp. podmínek případné nájemní smlouvy.
4. Návrh nájemní smlouvy, který byl předložen Úřadu, obsahoval závazek společnosti SYNLAB.CZ s. r. o. (dále jen „**nájemce**“) provozovat v pronajaté části podniku dosavadní předmět činnosti jako zadavatel, zejména provádět laboratorní testy v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba (čl. 10 „Povinnosti a práva nájemce“ odst. 10.4. smlouvy). Současně nájemní smlouva obsahovala závazek zadavatele zadávat veškeré své žádanky o provedení laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba u nájemce. Dle smlouvy bude zadavatel povinen u lékařů, se kterými má příslušný smluvní vztah, učinit taková opatření, jejichž důsledkem bude směřování žádanek těchto

lékařů na provedení laboratorních testů v těchto oborech na nájemce. Zadavatel nebude moci po dobu trvání nájmu části podniku provozovat žádné jiné zdravotnické zařízení s předmětem činnosti provádění laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba.

5. Po přezkoumání podkladů poskytnutých zadavatelem v rámci šetření podnětu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední. Jako účastníka správního řízení podle § 116 zákona označil zadavatele. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. S285/2008/VZ-20675/2008/510/chm ze dne 16. 10. 2008. Rozhodnutím č. j. S285/2008/VZ-20650/2008/510/ch ze dne 15. 10. 2008 Úřad zadavateli uložil jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu na nájem laboratoří, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7. 1. 2009 rozhodnutí č. j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm, (dále jen „**napadené rozhodnutí**“) kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nepoužil zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad za uvedené porušení zákona uložil zadavateli dle § 118 zákona nápravné opatření ve formě zrušení zadání předmětné veřejné zakázky. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel písemnou výzvou ze dne 20. 5. 2008 vyzval tři subjekty k jednání o spolupráci při zajištění provozu laboratoří zadavatele. V rámci takto zahájeného „zadávacího řízení“ zadavatel, jakožto pronajímatel vstoupil do jednání se společností Klinické laboratoře Chomutov s. r. o., jejímž jediným společníkem je nájemce (společnost SYNLAB.CZ s. r. o.) o uzavření nájemní smlouvy. Úřad z obsahu smlouvy zjistil, že na jejím základě budou prováděny služby dle požadavků zadavatele. Vzhledem k tomuto zjištění Úřad dospěl k závěru, že je splněna podmínka pro definici veřejné zakázky dle § 7 odst. 1 zákona. Ohledně druhého pojmového znaku veřejné zakázky „úplatnosti“ Úřad uvedl, že se v daném případě jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele za služby. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatoval, že v daném případě byly naplněny všechny zákonem stanovené definiční znaky veřejné zakázky.
7. Pokud se jedná o předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, zde Úřad vycházel z podkladů pro dřívější období, konkrétně celkového objemu výnosů laboratoří za rok 2007, který činil 352 179 329,60 Kč. Úřad vzhledem k době trvání smlouvy (od 1. 10. 2008 do 31. 12. 2023) konstatoval, že se v daném případě bezpochyby jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.
8. Další otázkou, kterou se Úřad v rámci napadeného rozhodnutí zabýval bylo, zda by se v daném případě nemohlo jednat o koncesi, resp. koncesní smlouvu dle § 16 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, v platném znění (dále jen „koncesní zákon“). Po vyhodnocení definičních znaků koncesní smlouvy v kontextu definice veřejné zakázky, dospěl Úřad k závěru, že se v daném případě nejedná o koncesní smlouvu, neboť nedošlo k přenesení podstatné části rizik na koncesionáře (nájemce).

9. Úřad na základě všech shora uvedených skutečností konstatoval, že v daném případě došlo k zahájení zadávání veřejné zakázky na služby, avšak mimo režim zákonného zadávacího řízení. Vzhledem ke zjištěnému porušení zákona Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření ve formě zrušení zadání předmětné veřejné zakázky. K uložení nápravného opatření Úřad uvedl, že toto opatření zvolil v souladu s § 118 zákona a s ohledem na závažné pochybení zadavatele.

II. Námitky rozkladu

10. Úřad obdržel od zadavatele proti shora uvedenému rozhodnutí dne 26. 1. 2009 rozklad. Nesprávnost napadeného rozhodnutí zadavatel spatřuje v chybném posouzení skutkového stavu věci. Zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že ze strany zadavatele došlo dopisem ze dne 20. 5. 2008 k zahájení zadávacího řízení podle zákona. Zadavatel dále namítá, že se Úřad v napadeném rozhodnutí žádným způsobem nevypořádal s tvrzením zadavatele, že v šetřeném případě není možné posuzovat jednání zadavatele jako zadání veřejné zakázky. K tomu zadavatel dále uvádí, že dle stanov rozhoduje o koncepci podnikatelské činnosti valná hromada, přičemž představenstvo následně schvaluje její strategické plány. V daném případě dle zadavatele nedošlo k projednávání věci tak, aby byl učiněn konečný závěr, zda se laboratoře pronajmou či nikoliv. Zadavatel tvrdí, že se v rámci rozhodování o koncepci podnikatelské činnosti a případného schválení strategického plánu zabíral jen možností pronajmout laboratoře třetí osobě. Dopisem ze dne 20. 5. 2008 se pak zadavatel dle jeho vyjádření pouze dotazoval dotčených obchodních společností, zda jeho úvahy o možném pronájmu mohou mít reálný podklad a zda a za jakých podmínek by bylo žádoucí laboratoře pronajmout. Až následně prostřednictvím zadávacího řízení by se řešila otázka, komu by se laboratoře pronajaly. Zadavatel s ohledem na uvedené namítá, že není možné zrušit zadání veřejné zakázky, když k zadání veřejné zakázky nedošlo.

Závěr rozkladu

11. Na základě všech shora uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil.

III. Řízení o rozkladu

Rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

12. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

13. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
14. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7. 1. 2009 rozhodl o porušení zákona a jako nápravné opatření uložil zadavateli zrušit zadání předmětné veřejné zakázky, rozhodl v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí předseda Úřadu v podrobnostech rozvedl důvody, proč nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladu

15. Rozklad zadavatele směřuje výhradně proti skutečnosti, že v daném případě nedošlo k zahájení zadávání veřejné zakázky. Předmětem řízení o rozkladu tudíž není přezkum otázky, zda se v daném případě jedná o veřejnou zakázku či ne, neboť předseda Úřadu má za to, že zadavatel se závěry Úřadu ohledně naplnění definice veřejné zakázky ztotožňuje a nezpochybňuje jejich správnost, ani zákonnost.
16. Klíčovou otázkou z hlediska námitek rozkladu tedy zůstává, zda v daném případě došlo k zahájení zadávání veřejné zakázky či nikoliv. Tato otázka byla již posuzována v rámci řízení před Úřadem, přičemž Úřad v napadeném rozhodnutí zohlednil i námitky, které zadavatel opětovně uvádí v podaném rozkladu. Se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí ohledně zahájení zadávání předmětné veřejné zakázky se předseda Úřadu ztotožnil a dodal následující. Zásadním dokumentem pro posouzení této otázky je výzva ze dne 20. 5. 2008, kterou zadavatel vyzval tři subjekty k jednání a konzultacím s cílem formulace základních principů případné spolupráce při zajištění optimalizace provozu laboratoří nemocnic v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba (s vyloučením skladování a obchodu s krví a krevními deriváty).
17. V písemné výzvě zadavatel požadoval schopnost poskytovat služby laboratoří v nejvyšší kvalitě, v současném rozsahu a jejich zvýšení dle potřeb klinických částí nemocnic zadavatele a souvisejícího trhu a dále odborný, organizační, finanční a personální potenciál umožňující splnění požadavků zadavatele podložený současnou tržní pozicí dodavatele. Zahájení případné spolupráce zadavatel předpokládal nejpozději ve 3. čtvrtletí roku 2008, přičemž přípravu a podpis smluvní dokumentace plánoval uzavřít v nejbližších měsících. Z textu výzvy je tedy zřejmé, že zadavatel požadoval předložení nabídky na zajištění provozu laboratoří nemocnic, resp., že zadavatel vyzval tyto subjekty k jednání o veřejné zakázce na poskytování služeb. Tuto skutečnost je nutno považovat za okamžik zahájení zadávání veřejné zakázky ve smyslu § 26 zákona.
18. Ze zápisu z jednání představenstva zadavatele č. 15/2008 ze dne 9. 6. 2008 vyplývá, že na výzvu zadavatele reagovaly všechny oslovené subjekty, a že po zhodnocení jejich nabídek

představenstvo zadavatele rozhodlo o projednání nabídky nájemce, resp. podmínek případné nájemní smlouvy. Co se týká obsahu nájemní smlouvy, je nepochybné, že se v daném případě jednalo o veřejnou zakázku, a to veřejnou zakázku nadlimitní. V tomto předseda Úřadu zcela odkázal na závěry uvedené v napadeném rozhodnutí, s nimiž se plně ztotožnil.

19. K námitce zadavatele, že předmětné zadání veřejné zakázky nebylo dosud řešeno na úrovni řídicích orgánů zadavatele předseda Úřadu uvedl, že pro posouzení otázky, zda došlo k zadávání veřejné zakázky není podstatné, zda měla o záměru pronajmout laboratoře či zadat veřejnou zakázku rozhodnout valná hromada nebo představenstvo. Statutárním orgánem zadavatele je představenstvo, které řídí společnost, jedná jménem zadavatele se třetími subjekty a zabezpečuje obchodní vedení společnosti. Obchodním vedením společnosti se zejména rozumí organizování a řízení podnikatelské činnosti společnosti, včetně rozhodování o podnikatelských záměrech. Představenstvo se řídí zásadami a pokyny schválenými valnou hromadou, pokud jsou v souladu s právními předpisy a stanovami. Jejich porušení nemá vliv na účinky jednání členů představenstva vůči třetím osobám. Z podkladů předložených zadavatelem vyplývá, že na základě rozhodnutí představenstva, jakožto statutárního orgánu oprávněného jednat jménem zadavatele s třetími osobami a oprávněného zabezpečovat obchodní vedení společnosti, došlo k oslovení tří subjektů za účelem podání nabídky na spolupráci a poté k následnému jednání o uzavření smlouvy na pronájem. S ohledem na uvedené skutečnosti, nelze než konstatovat, že zadavatel učinil krok, kterým bylo zahájeno zadávací řízení, jakožto i další kroky vedoucí k uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku.
20. Pokud se týká další námitky zadavatele, že veškeré zadavatelem učiněné kroky byly pouze předběžným průzkumem, předseda Úřadu k tomu konstatoval, že ze zápisů z jednání představenstva tato skutečnost nevyplývá. Z obsahů zápisů je naopak zřejmé, že zadavatel vstoupil do jednání o podmínkách uzavření konkrétní smlouvy s konkrétním subjektem.
21. K uloženému opatření k nápravě pak předseda Úřadu uvedl, že byly splněny zákonné podmínky pro jeho uložení, když bylo zjištěno, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že porušení zákona sahalo do nejranějších fází zadávacího řízení, protože již od samého počátku probíhalo mimo režim zákonem stanovených postupů, bylo nutné přistoupit k jeho zrušení. Pro úplnost předseda Úřadu dodal, že nápravným opatřením ve formě zrušení zadání předmětné veřejné zakázky je míněno, zrušení veškerých kroků učiněných zadavatelem v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky, ne pouze výběr nejvhodnější nabídky.

V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

22. Proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 4. 2009 č. j. ÚOHS-R9/2009/VZ-4563/2009/310-ASc (dále jen „**žalobou napadené rozhodnutí**“) podal zadavatel (v soudním řízení též „**žalobce**“) dne 19. 7. 2009 žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kde je soudní řízení vedeno pod č. j. 62 Ca 31/2009.

23. Soud žalobou napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů, přičemž uvedl, že v daném případě je nesporné, že žalobce žádné zadávací řízení v souvislosti s nájmem laboratoří, jako částí podniku, v režimu zákona nezahájil a žalobce tedy podle zákona vůbec nepostupoval. Rovněž je nesporné, že žalobce je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 zákona. Soud dále v části III. rozsudku – „Podstatné skutečnosti“ uvedl, že dne 20. 5. 2008 zaslal žalobce třem subjektům „Výzvu k jednání - optimalizace provozu laboratoří“. Z této výzvy žalobce je zřejmé, že žalobce připravoval projekt optimalizace provozu laboratoří nemocnic při zajišťování laboratorních testů v lékařských oborech jmenovaných ve výzvě. Účelem zamýšlené optimalizace bylo dle výzvy zejména udržení a zvýšení kvality a rozsahu spektra vyšetření laboratoří poskytovaných klinickým částem nemocnic, které žalobce sdružuje, zajištění financování potřebných investic do vybavení laboratoří, stabilizace ekonomických přínosů plynoucích z provozování laboratoří a zajištění vzdělávání pracovníků laboratoří i pracovníků klinických částí nemocnic žalobce, jako odběratelů poskytovaných služeb. Z výše uvedeného obsahu výzvy tedy vyplývají i základní požadavky zadavatele (žalobce) na subjekty oslovené výzvou zadavatele. Ve správním řízení žalobce argumentoval tím, že nájemní smlouva je čistě pracovním materiálem a jednalo se tedy o „teoretické uvažování“ nad možným pronájmem části podniku bez jakýchkoliv dalších právních závazků. Žalovaný však ve správním řízení dospěl k závěru, že výzvou ze dne 20. 5. 2008 žalobce vyzval adresáty k jednání o veřejné zakázce na poskytování služeb pro zadavatele. Z obsahu nájemní smlouvy je dle žalovaného zřejmé, že se nejedná pouze o pronájem části podniku, neboť zadavatel si tímto způsobem hodlá zajistit služby spočívající v provádění veškerých laboratorních testů dle požadavků zadavatele. Pokud jde o podmínku úplatnosti smluvního vztahu, pak v případě veřejných zakázek se zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, nelze však vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele prostřednictvím třetích osob. V daném případě je dle žalovaného zřejmé, že výkony učiněné při provádění laboratorních testů jsou zadavateli hrazeny zdravotními pojišťovnami. Z obsahu smlouvy vyplývá, že nájemce bude zadavateli a třetím osobám „dodaným“ zadavatelem poskytovat služby v podobě provádění laboratorních testů, za což mu bude plynout příjem, přestože ve smlouvě není výslovně upravena cena služeb. Podle celkového objemu výnosu laboratoří se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku a kontraktace nájemní smlouvy tedy měla dle žalovaného proběhnout v zadávacím řízení dle § 21 zákona. Ze strany žalobce tedy došlo k zahájení zadávání veřejné zakázky na služby, avšak nikoliv v některém z druhů zadávacího řízení upravených v § 21 zákona. Nedošlo ani k vyhlášení zadávacího řízení, které by zadavateli umožnilo vybrat si dodavatele s nejlepšími smluvními podmínkami.
24. Protože tyto závěry žalovaného byly napadeny žalobou, soud posoudil věc v části IV. rozsudku následovně. Především soud učinil závěr, že žaloba je částečně důvodná. Nejprve se soud zabýval otázkou, zda žalobce skutečně výzvami ze dne 20. 5. 2008 zahájil kroky k uzavření nájemní smlouvy. Žalobce totiž namítl, že k žádnému zadávání nedošlo, neboť se v rámci rozhodování o koncepci své podnikatelské činnosti pouze zaobíral možností pronajímat laboratoře třetí osobě a nečinil tedy žádné kroky k uzavření konkrétního smluvního vztahu s jakoukoliv třetí osobou. Podle názoru soudu vznikl text kontrahované nájemní smlouvy v reakci na výzvu žalobce ze dne 20. 5. 2008, která navíc zapadá do časové posloupnosti kroků žalobce činěných po uskutečnění výzvy. Skutečnost, že text nájemní

smlouvy je krokem navazujícím na výzvu ostatně nezpochybňoval ve správním řízení ani sám žalobce. Zde má soud za prokázané, že kroky žalobce, učiněné po odeslání výzvy ze dne 20. 5. 2008 jasně směřují k tomu, aby svého záměru deklarovaného ve výzvě v následujících měsících roku 2008 dosáhl – a sice uzavřením nájemní smlouvy mimo režim zákona. Pokud tedy žalovaný dospěl ve správním řízení k závěru, že ze strany žalobce došlo k zahájení zadávacího řízení, nikoliv však v některém zákonem stanoveném druhu zadávacího řízení, neboť k vyhlášení zadávacího řízení v rozporu se zákonem nedošlo, a jestliže okamžik zahájení zadávacího řízení váže žalovaný na odeslání výzev k podání nabídek ze dne 20. 5. 2008, pak jde dle soudu o závěr, který zcela odpovídá zjištěným skutečnostem. Soud nezpochybňuje, že ke dni odeslání výzvy nebyla známa pravidla, podle nichž měl žalobce k jednotlivým reakcím na jeho výzvu přistupovat, z jeho postupu po odeslání výzvy ze dne 20. 5. 2008 je však zřejmé, že v důsledku výzvy měla být uzavřena smlouva o nájmu části podniku, na základě které měly být laboratoře provozovány subjektem odlišným od žalobce, a to v rozsahu, kterým bude zajištěno poskytování provozu laboratoří i pro samotného žalobce. Žalobce totiž hodlal zajistit provoz laboratoří tak, že jej hodlal nechat provozovat komplexně třetím subjektem a laboratoře tedy měly být i nadále provozovány podle představ žalobce jako dosud, což plně odpovídá záměru deklarovanému žalobcem právě ve výzvě ze dne 20. 5. 2008.

25. Postup žalobce od odeslání výzvy ze dne 20. 5. 2008 byl tedy soudem vyhodnocen tak, že žalobce k uzavření nájemní smlouvy směřoval, byť za okolností, jež nejsou z obsahu správního spisu zcela jasně čitelné. Podstatná však je dle názoru soudu skutečnost, že ze správního spisu nevyplývá, že by kontraktace smlouvy byla již dokončena a uzavřena a k „zadání“ veřejné zakázky, tedy k dokončení procedury, jež měla být dle žalovaného uskutečňována podle zákona, ještě nedošlo. Z toho soud dovodil, že jestliže žalovaný ve druhé části výroku č. I. rozhodnutí prvního stupně jako opatření k nápravě „ruší zadání předmětné veřejné zakázky“, pak takový závěr žalovaného ve vztahu k uvedeným skutečnostem nemůže obstát, neboť není prokázáno, že žalobce o výběru nejvhodnější nabídky a o uzavření smlouvy již rozhodl.
26. Soud dále v rozsudku podává výklad ustanovení § 118 zákona ve znění účinném do novely provedené zákonem č. 417/2009 Sb., podle něhož žalovaný nápravné opatření uložil. Nápravné opatření žalovaný dle uvedeného ustanovení uloží tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele. V posuzované věci rozhodoval žalovaný ve fázi před uzavřením smlouvy a nápravné opatření mohlo mít dle doslovného gramatického výkladu § 118 zákona dvojí podobu: buď mohlo být zrušeno zadání veřejné zakázky nebo mohl být zrušen jednotlivý úkon zadavatele. Díkce § 118 zákona, která je dle soudu značně problematická, znemožňuje postupovat dle zmíněného gramatického výkladu tohoto ustanovení. Pokud totiž ustanovení § 118 zákona může být aplikováno pouze tehdy, nedošlo-li ještě k uzavření smlouvy a pokud se současně zadáním veřejné zakázky podle § 17 písm. k) zákona rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, pak za stavu, kdy ještě nedošlo k uzavření smlouvy, přichází v úvahu pouze zrušit výběr nejvhodnější nabídky. To se ovšem kryje se zrušením jednotlivého úkonu zadavatele, jímž je právě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Systematickým výkladem § 118 zákona v kontextu § 17 písm. k) zákona, je dle stanoviska soudu třeba

dovozovat, že zrušení zadání zakázky dle § 118 zákona, ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku nepřichází fakticky v úvahu. Nápravné opatření podle tohoto ustanovení zákona bude vždy spočívat ve zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, které v rozporu se zákonem zadavatel učinil.

27. Za stavu, kdy nebylo prokázáno ukončení kontraktace plnění uzavřením smlouvy, nelze plnění považovat za zadané ve smyslu § 17 písm. k) zákona a nelze tedy ani neexistující zadání rozhodnutím žalovaného zrušit. Z uvedeného soud vyvozuje, že pokud žalovaný dospěl k závěru, že postup žalobce měl být učiněn podle zákona, avšak nebyl, a pokud žalovaný hodlal zrušit kroky provedené žalobcem v rámci zadávání, jak plyne zejména z bodu 21. žalobou napadeného rozhodnutí, pak tak měl ve druhé části výroku č. I. prvostupňového rozhodnutí učinit. Zmíněná část výroku č. I. rozhodnutí prvního stupně, ukládající nápravné opatření „zrušení zadání předmětné veřejné zakázky“, je tedy založena na nesprávném výkladu § 118 zákona. Odůvodnění této části prvostupňového rozhodnutí žalovaného, uvedené v části nazvané „Uložení nápravného opatření“ (str. 6 druhý odstavec) považuje tedy soud za zkreslující, neboť pochybení žalobce nemohlo spočívat v tom, že žalobce veřejnou zakázku nezadal dle zákona, nezada-li ji ještě vůbec. Bod 21. žalobou napadeného rozhodnutí, který vysvětluje tuto část rozhodnutí prvního stupně, pak jeho dikci neodpovídá a jde fakticky o argumentaci ke zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, avšak bez bližší konkretizace těchto úkonů. Výroková část I. rozhodnutí prvního stupně nemůže obstát ani materiálně, neboť z této části správního rozhodnutí prvního stupně není zřejmé, co se ve skutečnosti ruší. Žalobou napadeným rozhodnutím bylo rozhodnutí prvního stupně potvrzeno jako celek. Tato skutečnost je tedy důvodem pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí pro nezákonnost založenou nesprávnou aplikací § 118 zákona. Soud tedy žalobu v této části považuje za důvodnou, což však označil za jediné pochybení žalovaného. Ve zbytku žaloba důvodná není.
28. V daném případě je dle stanoviska krajského soudu mezi žalobcem a žalovaným klíčovou spornou otázkou, zda plnění spočívající v „provozování laboratoří“ třetí osobou je veřejnou zakázkou či nikoliv. Krajský soud obecně dovozuje znaky veřejné zakázky dle ust. § 7 odst. 1 zákona. Soud zejména uvedl, že konkrétní zakázka nabývá charakteru veřejné zakázky tehdy, pokud plnění, které naplňuje znaky jednotlivých druhů veřejných zakázek vymezených podle jejich předmětu v souladu s § 8 až § 10 zákona poptává zadavatel a zároveň pokud se dodavatel plnění zadavateli poskytnout a pokud zadavatel za poskytnuté plnění zaplatí dodavateli úplatu. Současně však soud stanovil, že vztahovat tento obecný model na všechna plnění, do nichž zadavatel vstupuje, nelze. S ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, které má být pro zadavatele realizováno, nemusí být ze strany zadavatele plněno přímo, nemusí se tedy vždy jednat o přímý peněžitý závazek zadavatele. Je-li úhrada plnění „ve prospěch zadavatele“ podle zadavatelem uzavřené smlouvy uskutečněna na základě jiného mechanismu, neznamená to, že takové plnění přestává být veřejnou zakázkou. Přestože jsou obecně častější situace, kdy plnění z veřejných prostředků realizuje sám zadavatel, nelze naplnění znaků veřejné zakázky omezovat pouze na tyto případy.

29. Soud dále uvážil, že je to žalobce, coby zadavatel, kdo před zahájením kontraktace směřující k uzavření smlouvy o nájmu části podniku (tedy laboratoří) tyto laboratoře provozuje, že žalobce má smlouvou přenechat provoz laboratoří nájemci, a že žalobce se má v kontrahované smlouvě rovněž zavázat zadávat veškeré své žádanky na provedení laboratorních testů u nájemce. Z toho soud dovodil, že žalobce touto smlouvou fakticky určí, že prostředky vynakládané třetími osobami, půjdou po dobu účinnosti smlouvy ve prospěch nájemce, přičemž z podstatné části jde o prostředky veřejné (pocházející z veřejného zdravotního pojištění). Tyto skutečnosti znamenají, že žalobce nebude oproti provozu laboratoře vydávat veřejné prostředky, jimiž disponuje sám, ale budou z podstatné části vydávány z veřejných prostředků třetích subjektů. Není třeba, aby kontrahovaná smlouva přesně popisovala způsob a výši úhrady ve prospěch nájemce, má-li na základě smlouvy plynout příjem též z veřejných prostředků (plateb zdravotních pojišťoven) nájemci. Je to zadavatel, kdo určí způsob směřování plateb kontrahovanou smlouvou a určí komu bude z veřejných prostředků na základě smlouvy plněno. Nastavení vzájemných vztahů mezi nájemcem, pacienty a zdravotními pojišťovnami nečiní ze vztahu mezi žalobcem a nájemcem pouhý nájemní vztah. V případě provádění laboratorních testů jde podle stanoviska soudu o službu poskytovanou třetím osobám, avšak na základě rozhodnutí žalobce, respektive jím provozovaných zdravotnických zařízení ohledně provedení laboratorních testů konkrétním pacientům. Byť je faktickým příjemcem služeb nájemce pacient, jde o služby uskutečňované na základě poptávky žalobce, která je po dobu účinnosti smlouvy povinná, neboť se k ní žalobce čl. 12. 1. kontrahované smlouvy zavázal.
30. Soud dále poukazuje na skutečnost, že před případnou účinností kontrahované smlouvy získával za provádění testů prostředky od třetích osob (a to v podstatné části od zdravotních pojišťoven) právě žalobce, zatímco po uzavření smlouvy mají tyto prostředky plynout nájemci. K platbám od zdravotních pojišťoven by po účinnosti smlouvy došlo na základě čl. 12. 1. smlouvy. Podle tohoto článku smlouvy by měl žalobce zadávat veškeré své žádanky o provedení laboratorních testů v příslušných oborech u nájemce. Vztah mezi pacientem a jeho zdravotní pojišťovnou na jedné straně a nájemcem na straně druhé, byl primárně determinován právě kontrahovanou smlouvou, která by oprávnění nájemce získat platby za provedení laboratorních testů zakládala. Argumentace vycházející z takového výkladu § 13 odst. 1 a § 14 odst. 1 zákona na základě § 15 odst. 1 zákona, podle něhož předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku, který vyplývá z plnění veřejné zakázky výlučně (vždy pouze) pro zadavatele tedy nemůže obstát. Takový jazykový výklad založený fakticky na použití slov...výše celkového peněžitého závazku zadavatele...“ dle § 14 odst. 1 zákona, by podle názoru soudu mohl nesprávně vyloučit aplikaci zákona případy specifických kontraktů, v nichž zadavatel sice objednává plnění a za jeho objednání nese v rámci svých úkolů uvnitř veřejné správy odpovědnost, avšak protiplnění pochází z veřejných prostředků spravovaných jinými subjekty. Zásadní význam je dle soudu třeba přiznat skutečnosti, že nájemci se na základě smlouvy, jak byla zachycena ve správním spisu, dostalo protiplnění z veřejných prostředků za provedení laboratorních testů od zdravotních pojišťoven, které by takto plnit musely, neboť jejich povinnost by byla založena provedením laboratorních testů na základě požadavků žalobce. Znakem veřejné zakázky je tedy její úplatnost (viz § 7 odst. 1 zákona) avšak s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, nemusí být ze strany zadavatele

plněno přímo, nemusí jít vždy výlučně o přímý peněžitý závazek zadavatele. Soud tedy uzavřel, že byly naplněny znaky veřejné zakázky ve smyslu ve smyslu § 7 odst. 1 zákona. Odesláním výzvy ze dne 20. 5. 2008 došlo ze strany žalobce k zahájení kontraktace plnění, které bylo podle textu smlouvy o nájmu části podniku veřejnou zakázkou. Pokud tedy žalobce nezahájil tuto kontraktaci v některém ze zadávacích řízení podle § 21 zákona, postupoval v rozporu se zákonem.

31. V závěru rozsudku krajský soud shrnul, že žalobou napadené rozhodnutí je zatíženo nezákonností v části, kdy potvrzuje tu část předchozího správního rozhodnutí prvního stupně, kterou bylo uloženo nápravné opatření. Potud je tedy žaloba důvodná a tato skutečnost je důvodem pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí. Převažující část žaloby soud důvodnou neshledal. Žalobou napadené rozhodnutí bylo soudem zrušeno a věc byla žalovanému vrácena k dalšímu řízení, v němž je soud vázán právním názorem Krajského soudu v Brně.

Stanovisko předsedy Úřadu

32. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise stejně jako s přihlédnutím k právním závěrům soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.
33. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. S 285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7. 1. 2009 nepostupoval v souladu se zákonem, když rozhodl, že zadavatel, který nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, tím, že při zadávání veřejné zakázky nepoužil některý z druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a za uvedené porušení zákona uložil zadavateli dle § 118 zákona nápravné opatření ve formě zrušení zadání veřejné předmětné zakázky. Současně byla zadavateli podle § 119 odst. 2 zákona v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč. Z uvedeného důvodu jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení výše citovaného napadeného rozhodnutí a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 31/2009 ze dne 3. 2. 2011 a tímto rozhodnutím.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

34. V šetřeném případě Krajský soud v Brně citovaným rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS- R9/2009/VZ-4563/2009/310-ASc ze dne 16. 4. 2009 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, ve kterém je Úřad vázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu. Soud především učinil v dané věci podstatný závěr v tom smyslu, že okamžik zahájení zadávacího řízení se datuje ode dne odeslání výzvy k podání nabídek dne 20. 5. 2008.

Zadávací řízení však nebylo zahájeno způsobem předvídaným v § 21 zákona. Z obsahu výzvy je zřejmé, že zadavatel požaduje, aby výzvou oslovené subjekty byly schopny poskytovat v příslušných oborech služby poskytování laboratorních testů v nejvyšší kvalitě i schopnost jejich dalšího zdokonalení dle potřeb klinických částí nemocnic zadavatele v souladu s požadavky relevantního trhu. Soud v rozsudku dospěl k závěru, že kontraktace smlouvy o nájmu části podniku (laboratoří) byla započata již odesláním výzvy a jejím cílem bylo poskytování plnění ve formě služeb. Tyto skutečnosti lze z textu výzvy jednoznačně dovodit. Žalobce tedy k uzavření smlouvy na základě výzvy směřoval a učinil k tomu odpovídající postupné kroky, ze správního spisu je však patrné, že k dokončení procedury uzavření smlouvy nedošlo a stejně tak nebylo dokončeno ani zadání veřejné zakázky. Soud ve shodě s žalovaným dospěl dále k závěru, že okamžikem odeslání výzvy došlo ze strany žalobce k zahájení kontraktace plnění, které bylo podle podmínek zachycených v textu smlouvy o nájmu části podniku veřejnou zakázkou. V uvedeném případě Úřad ve druhé části výroku č. I. uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadání předmětné veřejné zakázky podle § 118 odst. 1 zákona, ačkoliv zadání veřejné zakázky nebylo ještě dokončeno. Úřad tedy § 118 zákona aplikoval nesprávným způsobem, neboť zrušení zadání veřejné zakázky jako celku nepřicházelo do úvahy v době, kdy k dokončení zadání zakázky dosud nedošlo. V uvedeném případě tedy bude třeba znovu zvážit, zda jsou splněny podmínky pro postup podle uvedeného ustanovení zákona. V případě, že Úřad bude rozhodovat o uložení nápravného opatření za porušení § 21 zákona, bude třeba konkrétně určit, kterými jednotlivými úkony zadavatele, učiněnými od odeslání výzvy (tedy od zahájení zadávacího řízení), došlo k porušení zákona a pouze takto přesně specifikované úkony bude Úřad oprávněn zrušit. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným právním názorem soudu jsou rovněž závěry učiněné v napadeném prvostupňovém rozhodnutí Úřadu, a vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. V dalším řízení vydá Úřad rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně.

VI. Závěr

35. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu
pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- Krajská zdravotní a. s., se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem

Vypraveno dne :

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy