

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 18.9.2008

Č. j.: R079/2008/02-18312/2008/310-Hr

V Brně dne 15. září 2008

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 21.3.2008 zadavatelem

- **Hutnická zaměstnanecká pojišťovna, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava – Vítkovice**, zast. ředitelem Ing. Zdeňkem Vrožinou, ve správním řízení právně zast. advokátem JUDr. Milanem Vašíčkem, se sídlem AK Lidická 57, 602 00 Brno

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.3.2008 č. j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va o přezkoumání úkonů zadavatele – Hutnické zaměstnanecké pojišťovny, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava – Vítkovice, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Dodávka vitaminových přípravků pro děti**“ formou zjednodušeného podlimitního řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a uzavřením kupní smlouvy dne 3.10.2007, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení společnost

- **WALMARK, a .s., IČ 00536016, se sídlem Oldřichovice č. 44, 739 61 Třinec**, zast. předsedou představenstva Mgr. Adamem Walachem, se kterou byla uzavřena kupní smlouva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. března 2008 č. j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 26.9.2007 podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Hutnické zaměstnavatelské pojišťovny, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava, Vítkovice, zast. ředitelem Ing. Zdeňkem Vrožinou, ve správním řízení právně zast. advokátem JUDr. Milanem Vašíčkem, se sídlem AK Lidická 57, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“), při zadání veřejné zakázky „Dodávka vitaminových přípravků pro děti“, jejíž oznámení uveřejnil zadavatel podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“), dne 26.10.2007 v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60012231.
2. V návaznosti na obdržený podnět vyzval Úřad zadavatele, aby předložil písemnosti vztahující se k uvedené kupní smlouvě a vyjádřil se rovněž ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Na tuto výzvu Úřadu reagoval zadavatel dopisem ze dne 12.10.2007 z něhož mimo jiné plyne, že při zadávání veřejných zakázek postupuje podle interního předpisu, v rámci kterého sice zvolil jako svou metodiku zákon o veřejných zakázkách, není však v postavení veřejného zadavatele podléhajícího doзору Úřadu ve smyslu uvedeného zákona.
3. Vzhledem k tomu, že Úřad získal na základě podnětu pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a společnost WALMARK, a. s., IČ 00536016, se sídlem Oldřichovice č. 44, 739 61 Třinec, zast. předsedou představenstva Mgr. Adamem Walachem, se kterou byla dne 3.10.2007 uzavřena kupní smlouva. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 27.12.2007 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

4. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7.3.2008 rozhodnutí č. j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va, kterým správní řízení zastavil, neboť v poustupu zadavatele nezjistil porušení zákona.
5. V odůvodnění svého rozhodnutí se Úřad primárně zabýval posouzením právního postavení zadavatele, tedy hledal odpověď na otázku, zda zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele ve smyslu zákona. K tomu pak Úřad uzavírá, že zadavatel naplňuje znaky veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu (provádí všeobecné zdravotní pojištění) a současně je jeho činnost ovládána státem a je v návaznosti na stát či veřejného zadavatele i financován.
6. K postupu zadavatele během zadání veřejné zakázky pak Úřad konstatoval, že po přezkoumání obsahu zadávací dokumentace neshledal, že by zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil zákon, neboť v návaznosti na finanční limit mohl použít k zadání této zakázky zjednodušené podlimitní řízení. Ze strany zadavatele pak byly

dodrženy faktické požadavky na zjednodušené podlimitní řízení (výzva a zadávací dokumentace obsahovaly náležitosti stanovené zákonem).

7. K námitce obsažené v původním podnětu, že zadavatel ve výzvě zmatečně stanovil termín otevírání obálek (měsíc před termínem pro doručení nabídek) a dále, že v zadávací dokumentaci v přehledu vitaminů vymezených v tabulce neuvedl požadavek na vitamin C, i když ho požadoval, Úřad konstatoval, že zadavatel tato svá pochybení napravil a ještě v dostatečně dlouhé době před termínem pro doručení nabídek provedl opravu těchto nesrovnalostí. Případní uchazeči tak měli včas k dispozici veškeré potřebné informace pro vypracování svých nabídek.
8. K námitce podnětu, že zadavatel neuvedl ve výzvě ani v zadávací dokumentaci předpokládanou hodnotu zakázky, Úřad konstatoval, že toto není povinná náležitost výzvy, proto nelze považovat za porušení zákona, když zadavatel tuto skutečnost ve výzvě výslovně neuvede. Určení předpokládané ceny má vliv na správné určení formy zadání veřejné zakázky, přičemž v šetřeném případě si zadavatel jako způsob zadání veřejné zakázky zvolil zjednodušené podlimitní řízení (finanční limit pro tento způsob zadání činí 6 607 700,- Kč bez DPH), přičemž z výsledku zadávacího řízení je zřejmé, že takto zvolený způsob zadání nebyl v rozporu se zákonem (cena zakázky dle kupní smlouvy nedosahuje výše možného finančního limitu).
9. K poslední skutečnosti uvedené v podnětu, tedy že zadavatel v rozporu se zákonem zvolil jako dílčí kritérium hodnocení podporu marketingových aktivit zadavatele, Úřad konstatoval, že se zkoumáním tohoto dílčího kritéria hodnocení dále nezabýval, neboť v daném případě by se eventuální neurčitost uvedeného dílčího kritéria hodnocení mohla projevit pouze při hodnocení nabídek uchazečů o veřejnou zakázku, avšak zadavatel nepřistoupil k hodnocení nabídek dle dílčích kritérií hodnocení, neboť obdržel pouze jedinou nabídku.

II. Námitky rozkladu

10. Dne 21.3.2008 obdržel Úřad od zadavatele rozklad, v němž zadavatel znovu opakuje, že není veřejným zadavatelem ve smyslu zákona, neboť nesplňuje ani jednu ze dvou alternativně stanovených podmínek ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 2 zákona, tedy že není převážně financován státem či jiným veřejným zadavatelem, ani není státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán.
11. Úřad v otázce financování, tak i v otázce ovládání tzv. zaměstnaneckých pojišťoven vychází dle názoru zadavatele z velmi extenzivního a účelového výkladu zákona, jdoucího nad rámec přípustnosti výkladu veřejného (administrativního) práva. Zákon přitom dle názoru zadavatele představuje právní předpis, který omezuje autonomii vůle účastníků právních vztahů. Autonomie vůle nachází oporu i v ústavní zásadě spočívající v tom, že dovoleno je vše co není zákonem zakázáno. Při výkladu předpisů veřejného práva omezujících svobodu vůle, je dle názoru zadavatele třeba postupovat v duchu uvedené ústavní zásady a takový právní předpis interpretovat spíše restriktivně než extenzivně. Úřad se však přiklonil k druhé výkladové variantě a nechal v potaz povahu zákona, který výrazně limituje svobodu vůle účastníků právních vztahů.
12. K naplnění podmínky převážného financování státem nebo jiným veřejným zadavatelem by dle názoru zadavatele musely na jeho provoz plynout převážně prostředky ze státního

rozpočtu. Na chod zaměstnaneckých zdravotních pojišťoven však stát ničím ze státního rozpočtu nepřispívá a jejich financování je od státu odděleno. Příjem zadavatele je proto v převažujícím rozsahu tvořen zdravotním pojištěním plynoucím přímo od plátců pojistného na veřejné zdravotní pojištění, a tedy jej nelze kvalifikovat jako subjekt, který je převážně financovaný státem či jiným veřejným zadavatelem. Nic na tom nemění ani skutečnost, že subjekty platící zdravotní pojištění tak nečiní dobrovolně, jak odůvodňuje Úřad v napadeném rozhodnutí, neboť tyto subjekty nejsou jakkoli nuceny platit pojištění konkrétní zdravotní pojišťovně, ale výběr konkrétní zdravotní pojišťovny závisí zcela na jejich svobodném rozhodnutí. Zákon o veřejných zakázkách výslovně požaduje pro zařazení určitého subjektu do kategorie veřejných zadavatelů naplnění kritéria převážného financování státem a pouze právnická osoba financovaná jedine státem nebo jiným veřejným zadavatelem může být považována za veřejného zadavatele. Zákon naopak nic nehovoří o tom, že se vztahuje i na zaměstnanecké zdravotní pojišťovny.

13. K naplnění podmínky „ovládání“ státem zadavatel shrnuje, že podle § 43 odst. 1 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o VZP“), zdravotní pojišťovny podléhají kontrole státních orgánů. Podle ustanovení § 45a téhož zákona je možno ze strany státu uložit zdravotní pojišťovně, která odmítne uzavřít s veřejným neziskovým ústavním zdravotnickým zařízením smlouvu, pokutu do výše 10 mil. Kč. K provádění všeobecného zdravotního pojištění je třeba mít povolení od Ministerstva zdravotnictví vydané po vyjádření Ministerstva financí. Postavení orgánů zdravotní pojišťovny upravuje statut schvalovaný Ministerstvem zdravotnictví. Z těchto skutečností Úřad dle názoru zadavatele nesprávně dovozuje, že HZP je ovládána státem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2 zákona.
14. Úřad dle názoru zadavatele chybně zaměňuje zákonný pojem „ovládání“ s pojmem „kontrola“, ačkoliv tyto pojmy mají přitom odlišný obsah. Zadavatel připouští, že postavení tzv. zaměstnaneckých zdravotních pojišťoven je více právně regulováno než postavení ostatních subjektů, z této skutečnosti však dle jeho názoru nelze učinit právní závěr o tom, že jsou zaměstnanecké zdravotní pojišťovny „ovládány“ státem ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona. Pojem „ovládání“ není zákonem definován a zadavatel se tedy neztotožňuje s názorem Úřadu, že pro výklad tohoto pojmu je možno apriori použít definice obsažené v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který z hlediska věcné působnosti dopadá na jiné společenské vztahy, než jsou vztahy z veřejnoprávního zákona o veřejných zakázkách. I kdyby však byla přípustěna aplikace obchodního zákoníku pro nalezení obsahu pojmu „ovládání“ ve smyslu zákona, dochází zadavatel k závěru, že ovládající osobou je pouze osoba, která je schopna uplatnit „rozhodující vliv“, nikoliv pouze „vliv“ na řízení podniku jiné osoby. Zadavatel tedy zastává názor, že Úřadem uváděná kontrolní oprávnění nepředstavují rozhodující vliv v tomto smyslu, a zadavatele proto nelze považovat za osobu ovládanou dle obchodního zákoníku a ve smyslu zákona.
15. V další části rozkladu zadavatel uvádí, že zákon č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zaměstnaneckých pojišťovnách“), ani žádný jiný zákon nestanoví, že zaměstnanecká pojišťovna je podřízena státu a je státem ovládána. Zadavatel naopak zdůrazňuje, že zaměstnanecká pojišťovna je ve smyslu § 1 zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách samostatným subjektem práva a v právních vztazích vystupuje vlastním jménem. V této souvislosti zadavatel obšírně vyjmenovává způsoby

výkonu kontroly zaměstnaneckých pojišťoven státem podle § 7 odst. 1 zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách. Mezi těmito kontrolními pravomocemi státu uvádí zadavatel povinnost zaměstnanecké pojišťovny podávat Ministerstvu zdravotnictví a Ministerstvu financí zprávy o svém hospodaření a v případě zjištění závažných nedostatků v činnosti zaměstnanecké pojišťovny, zejména nerovnováhy v hospodaření nebo nenaplnění rezervního fondu a nedodržování předpisů o všeobecném zdravotním pojištění a nedodržování schváleného zdravotně pojistného plánu, oprávnění Ministerstva zdravotnictví požadovat sjednání nápravy. Dále zadavatel uvádí, že rozhodnutí a právní úkony ředitele zaměstnanecké pojišťovny a dalších orgánů pojišťovny podle § 7 odst. 2 zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách v případě nucené správy podléhají schválení nuceného správce, jinak jsou neplatná a nucenému správci přísluší rovněž činit tato rozhodnutí a právní úkony namísto ředitele a dalších orgánů zaměstnanecké pojišťovny. Tato oprávnění nuceného správce však podle zadavatele znamenají, že stát vykonává kontrolu hospodaření zaměstnaneckých pojišťoven pouze v rozsahu předpokládaném zákonem o zaměstnaneckých pojišťovnách a zde uvedenými prostředky. Zadavatel má tedy za to, že pouhým uplatněním zákonem předepsané kontroly nedochází ještě k ovládnutí zdravotní pojišťovny. Za skutečné ovládnutí lze podle zadavatele považovat teprve situaci předpokládanou § 7 odst. 2 zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách, tedy stav, kdy je na zaměstnaneckou pojišťovnu uvalena nucená správa. Zadavatel tedy v rozkladu uzavírá, že veškeré nástroje, které Úřad považuje za „ovládání“, nejsou faktickým ovládnutím, nýbrž pouze obecnou povinností dodržovat právní předpisy ze strany zaměstnaneckých pojišťoven. Pokud by byla připuštěna argumentace Úřadu, pak by veřejným zadavatelem byl každý podnikatel, neboť i ten musí dodržovat zákony a i nad ním vykonává stát kontrolní pravomoc.

16. S ohledem na svá výše uvedená tvrzení zadavatel v závěru rozkladu požaduje, aby předseda Úřadu změnil výrok napadeného rozhodnutí tak, že zadavatel není veřejným zadavatelem ve smyslu zákona.

III. Řízení o rozkladu

17. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou 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 jsem dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 7.3.2008 č.j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va konstatoval, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a současně správní řízení dle § 118 zákona zastavil, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K postavení zadavatele jako veřejného zadavatele podle zákona

20. Zadavatel v podaném rozkladu zásadním způsobem nesouhlasí se závěry napadeného rozhodnutí ohledně jeho právního postavení jako veřejného zadavatele ve smyslu zákona. Zadavatel má za to, že nebyly naplněny dva ze základních znaků veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona, a to že je financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán.
21. K námitce zadavatele uvádím, že v napadeném rozhodnutí bylo úplným a vyčerpávajícím způsobem doloženo, že zadavatel naplňuje znak dle bodu 1. výše citovaného ustanovení zákona (tedy že byl jakožto právnická osoba založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu) a současně i dva ze tří alternativních znaků veřejného zadavatele dle bodu 2. odkazovaného ustanovení zákona. S těmito závěry Úřad se pak v plné míře ztotožňuje.
22. Není proto možno souhlasit s tvrzením zadavatele, že jeho financování je odděleno od státu. Ze samotné konstrukce veřejného zdravotního pojištění je zřejmé, že v tomto případě jde vlastně o finanční plnění, se kterým nemůže pojišťovna libovolně nakládat, ale které se dále přerozděluje podle přesně stanovených pravidel. V konečném důsledku tedy může dojít k situaci, že na chod určité zdravotní pojišťovny přispívají i pojištěnci jiných zdravotních pojišťoven. V této souvislosti mohou odkázat na § 21 zákona o VZP, podle kterého pokud nedosahuje pojistné vybrané příslušnou pojišťovnou celkovou částku na ni připadající, správce účtu poukáže této pojišťovně chybějící finanční prostředky, tedy finanční prostředky, které vznikly přerozdělením pojistného vybraného také od jiných zdravotních pojišťoven. Argument zadavatele, že výběr pojišťovny závisí na svobodném rozhodnutí pojištěnců považuji tedy za irelevantní, neboť i když si pojištěnec má právo vybrat určitou zdravotní pojišťovnu, nemůže si sám zvolit, jakou minimální výši pojistného a v jakém termínu bude platit.
23. Stejně tak je irelevantní další argument zadavatele, že zákonodárce v § 2 zákona neuvedl jako veřejného zadavatele výslovně i zaměstnanecké zdravotní pojišťovny. Výčet veřejných zadavatelů obsažený v § 2 odst. 2 zákona je konkrétní pouze pod písmeny a) až c), kdy označuje za veřejné zadavatele subjekty (respektive skupiny subjektů) u jejichž definování a označení není žádná interpretační pochybnost, neboť jejich právní postavení je definováno právními předpisy. Ostatní subjekty, které jsou sice veřejnými zadavateli, ale z důvodu jejich různorodosti a neurčitého počtu není legislativně možné podat jejich úplný výčet, zákonodárce definoval jako „jiné právnické osoby“, které naplňují znaky dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Z absence výslovného zákonného označení zaměstnaneckých pojišťoven jako veřejných zadavatelů tedy nelze dovozovat, že tyto pojišťovny zadavateli nejsou, neboť jejich postavení je jednoznačně dáno výše odkazovanou definicí „jiné právnické osoby“.
24. Stejně tak i problematika „ovládání“ zadavatele státem je již dostatečným způsobem rozebrána v rámci napadeného rozhodnutí. V této souvislosti tedy znovu opakuji, že podstatou „ovládání“ je výkon rozhodujícího vlivu na řízení podniku jiné osoby (tedy i zadavatele), a to ve faktickém smyslu. Úřad ve správním řízení přesvědčivě prokázal a popsal „ovládání“ zadavatele státem, a to prostřednictvím výkonu kontrolních a dozorových činností, blíže specifikovaných v napadeném rozhodnutí v čl. I, v části

„Otázka ovládnutí státem či jiným veřejným zadavatelem“. Výkon těchto kontrolních pravomocí státu je pak třeba hodnotit komplexně, nikoliv pouze izolovaně a nezávisle na sobě, jak to učinil zadavatel. Mám tedy za to, že uvedený pojem je třeba chápat obecněji, než jak uvádí zadavatel ve svém rozkladu, který za skutečné „ovládání“ považuje pouze situaci předpokládanou ustanovením § 7 odst. 2 zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách, tedy stav, kdy je na pojišťovnu uvalena nucená správa.

25. K poznámce zadavatele, že na základě výše uvedených tvrzení by mohl být považován za veřejného zadavatele i každý podnikatel v České republice, uvádím, že takový závěr není správný. Aby totiž mohla být např. podnikající právnická osoba pokládána za „jinou právnickou osobu“ ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, a tedy za veřejného zadavatele ve smyslu zákona, musela by zejména naplňovat znak dle bodu 1. uvedeného ustanovení zákona. To je ovšem v přímém rozporu se smyslem založení podnikající právnické osoby, neboť podnikáním se podle § 2 obchodního zákoníku rozumí soustavná činnost prováděná podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. Účelem založení podnikající právnické osoby podle obchodního zákoníku je tak dosažení zisku, nikoliv uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a proto již z toho důvodu by takový podnikatelský subjekt nemohl být „jinou právnickou osobou“ ve smyslu zákona.

V. Závěr

26. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
27. Vzhledem k výše uvedenému jsem tedy rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Milan Vašíček, advokát se sídlem AK Lidická 57, 602 00 Brno
2. WALMARK, a .s., se sídlem Oldřichovice č. 44, 739 61 Třinec, zast. Mgr. Adamem Walachem
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce