

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 18. 9. 2008.

Č. j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va

V Brně dne 7. března 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 27. 12. 2007 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Hutnická zaměstnanecká pojišťovna, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava, Vítkovice, zastoupená Ing. Zdeňkem Vrožinou, ředitelem, ve správním řízení dále zastoupená na základě plné moci ze dne 3. 1. 2008 JUDr. Milanem Vašíčkem, advokátem, se sídlem Lidická 57, 602 00 Brno,
- dodavatel – společnost WALMARK, a. s., IČ 00536016, se sídlem Oldřichovice č. 44, 739 61 Třinec, za niž jedná Mgr. Adam Walach, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele při uzavírání kupní smlouvy na dodávku vitaminových přípravků pro děti ze dne 3. 10. 2007,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení ve věci přezkoumání postupu Hutnické zaměstnanecké pojišťovny, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava, Vítkovice, která **je veřejným zadavatelem** ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) citovaného zákona při uzavírání kupní smlouvy na dodávku vitaminových přípravků pro děti ze dne 3. 10. 2007, se v souladu s § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., **zastavuje**, neboť nebylo shledáno porušení citovaného zákona o veřejných zakázkách.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely

zákonu o veřejných zakázkách, zadavateli nevzniká povinnost nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět k přezkoumání postupu Hutnické zaměstnanecké pojišťovny, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava, Vítkovice, zastoupené Ing. Zdeňkem Vrožinou, ředitelem, ve správním řízení dále zastoupené na základě plné moci ze dne 3. 1. 2008 JUDr. Milanem Vašíčkem, advokátem, se sídlem Lidická 57, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“). Obsahem obdrženého podnětu, který byl zaevidován pod spisovou značkou P554/2007/VZ/530-Va, byla žádost o přezkoumání postupu jmenovaného zadavatele při uzavírání kupní smlouvy na dodávku vitaminových přípravků pro děti ze dne 3. 10. 2007.

Z obsahu podnětu mimo jiné vyplývá, že ve výzvě zájemcům k podání nabídky zadavatel stanovil termín doručení nabídek 26. 9. 2007 a termín otevírání obálek pak datem 26. 8. 2007 s tím, že tyto údaje považuje pisatel podnětu za zmatečné. Dále pisatel podnětu uvedl, že zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci, aby vitaminový přípravek pro děti obsahoval vitamin C, přičemž v následné tabulce již tento vitamin obsažen není. Současně pisatel podnětu uvádí, že zadavatel nestanovil ve výzvě ani v zadávací dokumentaci předpokládanou hodnotu zakázky, neboť je v těchto dokumentech pouze uvedeno množství balení požadovaných přípravků a doba trvání smlouvy, přičemž „stanovení horní hranice ceny může nemalou měrou přispět k naplnění účelu veřejné soutěže“. Jako poslední skutečnost pisatel podnětu uvádí, že jako jedno z dílčích kritérií hodnocení zvolil zadavatel i podporu marketingových aktivit zadavatele s vahou 20 %. Pisatel se domnívá, že takto stanovené dílčí kritérium nesplňuje zákonné podmínky a diskriminuje menší společnosti.

V návaznosti na obdržený podnět vyzval Úřad zadavatele, aby ve stanovené lhůtě předložil písemnosti k uvedené smlouvě se vztahující a současně vyzval zadavatele, aby se vyjádřil ke skutečnostem uvedeným v tomto podnětu. Na výzvu Úřadu reagoval zadavatel svým dopisem ze dne 12. 10. 2007 č. j. ŘL/4449/07, ze kterého mimo jiné vyplývá, že „Při zadávání zakázek HZP postupuje podle interního předpisu, v rámci kterého sice HZP zvolila jako svou metodiku zákon o veřejných zakázkách, není však v postavení veřejného zadavatele podléhajícího dohledu Úřadu ve smyslu uvedeného zákona“.

Vzhledem k tomu, že na základě obsahu podnětu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“), přistoupil Úřad k zahájení správního řízení z moci úřední.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- společnost WALMARK, a. s., IČ 00536016, se sídlem Oldřichovice č. 44, 739 61 Třinec, za niž jedná Mgr. Adam Walach, předseda představenstva (dále jen „WALMARK“), se kterou zadavatel uzavřel dne 3. 10. 2007 kupní smlouvu na dodávku vitaminových přípravků pro děti.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. S393/2007/VZ-23937/2007/530/Va ze dne 19. 12. 2007, ve kterém ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, současně Úřad tomuto účastníku řízení usnesením č. j. S393/2007/VZ-23942/2007/530/Va z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dále Úřad stanovil zadavateli i lhůtu, ve které byl povinen předložit Úřadu dokumentaci týkající se smlouvy na dodávku vitaminových přípravků pro děti.

Dne 27. 12. 2007, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno ve věci správní řízení.

Dne 11. 1. 2008 Úřad obdržel dopis od zadavatele, v němž se vyjadřuje k zahájenému správnímu řízení a v němž mimo jiné uvedl, že Úřadu není dána pravomoc pro přezkoumávání postupu Hutnické zaměstnanecké pojišťovny, neboť ji nelze považovat za zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Dále zadavatel uvádí, že „dle bodu 1. zmíněného odstavce je veřejným zadavatelem právnická osoba, která byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Jelikož služby, které zdravotní pojišťovna poskytuje, jsou poskytovány mimo jiné za účelem realizace poskytování zdravotní péče a ochrany veřejného zdraví, lze tuto podmínku pravděpodobně pokládat za splněnou“. K ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona dále zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že „Na ustavení orgánů zdravotní pojišťovny má tedy stát prostřednictvím vlády přímý vliv pouze při jmenování a odvolávání 5 členů správní rady a tří členů dozorčí rady. Z poměru počtu členů orgánů zdravotní pojišťovny, na jejichž ustavení má vliv stát, a těch, jejichž obsazení je v rukou zaměstnavatelů a pojištěnců dané zdravotní pojišťovny, je patrné, že stát jmenuje pouze jednu třetinu osob v rozhodujících orgánech, přičemž ředitele nejmenuje vůbec. Podmínka ovládnutí a podmínka jmenování nadpoloviční většiny členů v orgánech zadavatele tedy není splněna“. K financování zdravotní pojišťovny zadavatel dále sděluje, že „Financování zdravotních pojišťoven je ovšem od státu odděleno. Na chod zdravotních pojišťoven stát ze státního rozpočtu ničím nepřispívá. Naopak, peněžní fondy zdravotní pojišťovny jsou generovány platbami soukromých osob. Jelikož je tedy příjem zdravotní pojišťovny tvořen v naprosto převažujícím rozsahu zdravotním pojištěním plynoucím přímo od plátců pojistného na veřejné zdravotní pojištění, které je placené dle zákona č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, nikoli přísunem peněz ze státního rozpočtu, nelze kvalifikovat zdravotní pojišťovnu jako subjekt, který je financovaný státem či jiným veřejným zadavatelem – neboť je financován svými pojištěnci“. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad uskutečnil ústní jednání ve věci a dále navrhuje, aby Úřad zahájené správní řízení zastavil.

Dne 14. 1. 2008 Úřad obdržel od zadavatele požadovanou zadávací dokumentaci vztahující se k šetřené veřejné zakázce.

Po přezkoumání obsahu předložené zadávací dokumentace Úřad oznámil svým dopisem č. j. S393/2007/VZ-00952/2008/530/Va ze dne 15. 1. 2008 zahájení správního řízení také druhému účastníku řízení – společnosti WALMARK, a dále téhož dne vydal usnesení č. j. S393/2007/VZ-00950/2008/530/Va, kterým oznamuje, že se kromě zadavatele stává účastníkem řízení i jmenovaná společnost a současně Úřad oběma účastníkům řízení stanovil lhůtu k navržení důkazů a k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Dne 28. 1. 2008 se na žádost zástupce zadavatele uskutečnilo nahlížení do správního spisu vedeného v předmětné záležitosti.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění uvádí, že rozhodl o zastavení správního řízení, k čemuž dále uvádí následující rozhodné skutečnosti.

I. K problematice postavení Hutnické zaměstnanecké pojišťovny jakožto veřejného zadavatele ve smyslu zákona

Jak již bylo uvedeno výše, Hutnická zaměstnanecká pojišťovna opakovaně sdělila Úřadu, že se nepovažuje za veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm.d) bod 1. a 2. zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu,
2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Veřejným zadavatelem je tedy právnická osoba, pokud uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a současně veřejný zadavatel (stát či jiná osoba naplňující znaky veřejného zadavatele) může ovlivňovat její činnost (pomocí financování, ovládání nebo jmenování nadpoloviční většiny členů orgánů této právnické osoby). K naplnění definice veřejného zadavatele pak stačí naplnění podmínky uvedené v bodu 1. tohoto ustanovení zákona a alespoň jedné z podmínek uvedených v bodu 2. výše citovaného ustanovení zákona.

Za účelem zjištění, zda Hutnická zaměstnanecká pojišťovna naplňuje znaky veřejného zadavatele ve smyslu výše uvedeného ustanovení § 2 zákona, bylo nutné vycházet i z právní úpravy, která se k postavení zdravotní pojišťovny vztahuje. Úřad tedy dále vycházel při svém rozhodování o postavení Hutnické zaměstnanecké pojišťovny zejména ze zákona č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zdravotních pojišťovnách“), ze zákona č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pojistném“), a zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejném zdravotním pojištění“). Současně Úřad vycházel i ze Statutu Hutnické zaměstnanecké pojišťovny, který byl schválen Ministerstvem zdravotnictví dne 29. 5. 2007, a který je uveden ve Sbírce listin v Obchodním rejstříku (dále jen „statut“).

V šetřeném případě je první zákonná podmínka (§ 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona) bezesporu naplněna, neboť Hutnická zaměstnanecká pojišťovna v souladu s § 2 zákona o zdravotních pojišťovnách provádí všeobecné zdravotní pojištění, a tím uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Také článek 2, bod 4. statutu Hutnické zaměstnanecké pojišťovny uvádí, že „HZZP je ve smyslu platných právních předpisů nositelkou veřejného zdravotního pojištění pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni“, podle článku 4 statutu je předmětem činnosti Hutnické zaměstnanecké pojišťovny mimo jiné „Poskytování veřejného zdravotního pojištění pojištěnců, kteří jsou u ní zaregistrováni“ a „Výběr pojistného na veřejné zdravotní pojištění a kontrola tohoto výběru“. Uvedenou skutečnost ostatně nepovažuje za spornou ani sám zadavatel, který ve svém

vyjádření ze dne 10. 1. 2008 k otázce založení či zřízení právnické osoby za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu uvedl, že „Jelikož služby, které zdravotní pojišťovna poskytuje, jsou poskytovány mimo jiné za účelem realizace poskytování zdravotní péče a ochrany veřejného zdraví, lze tuto podmínku pravděpodobně pokládat za splněnou“.

Otázka financování státem či jiným veřejným zadavatelem

Pokud se týká hospodaření těchto pojišťoven, podle § 12 zákona o zdravotních pojišťovnách příjmy pojišťovny zahrnují platby pojistného od pojištěnců, zaměstnavatelů pojištěnců a státu. Podle § 15 tohoto zákona je pojišťovna povinna předložit Ministerstvu zdravotnictví a Ministerstvu financí návrh zdravotně pojistného plánu na následující kalendářní rok, účetní závěrku a návrh výroční zprávy za minulý kalendářní rok a zprávu auditora. Zdravotně pojistný plán obsahuje plán příjmů a výdajů pojišťovny.

Podle § 20 zákona o pojistném je Všeobecná zdravotní pojišťovna ČR povinna zřídit zvláštní účet všeobecného zdravotního pojištění, který slouží k financování zdravotní péče plně nebo částečně hrazené zdravotním pojištěním na základě přerozdělování pojistného a dalších příjmů. Všeobecná zdravotní pojišťovna ČR je správcem tohoto účtu. Z § 21 zákona o pojistném pak dále vyplývá, že správce účtu mimo jiné oznamuje jednotlivým zdravotním pojišťovnám celkové částky na ně připadající s tím, že přesahuje-li pojistné vybrané příslušnou zdravotní pojišťovnou celkovou částku, která na ni připadá, odvede tato pojišťovna přebývající finanční prostředky na zvláštní účet a nedosahuje-li toto pojistné celkovou částku, správce účtu poukáže příslušné zdravotní pojišťovně chybějící finanční prostředky. Podle § 21a zákona o pojistném slouží zvláštní účet dále k přerozdělování pojistného a dalších příjmů zvláštního účtu podle výskytu pojištěnců, na něž byla příslušnými zdravotními pojišťovnami uhrazena zvláště nákladná zdravotní péče s tím, že příslušná zdravotní pojišťovna má nárok na úhradu 80 % částky, o kterou nákladná péče překročí částku, jejíž výše je vymezena v odstavci 2 tohoto ustanovení zákona, pokud správci účtu vyúčtuje a řádně doloží případy nákladné péče.

Výše citovaný zákon o pojistném dále upravuje i výši pojistného na všeobecné zdravotní pojištění, penále a způsob jejich placení.

Podle článku 4, bod 8 statutu je předmětem činnosti Hutnické zaměstnanecké pojišťovny mimo jiné i „Výkon práva hospodaření s majetkem jí svěřeným a hospodaření s vlastním majetkem. Svěřený majetek může být využíván pouze k účelu, pro který je určen platnými právními předpisy. Svěřený majetek pořízený z prostředků veřejného zdravotního pojištění nesmí být předmětem podnikání a nesmí být k podnikání využíván“. Podle článku 10 statutu nesmí Hutnická zaměstnanecká pojišťovna podnikat s prostředky plynoucími z veřejného zdravotního pojištění, a to ani v případě zprostředkovatelské činnosti s tím, že pokud vykonává činnosti podnikatelského charakteru, vede o této činnosti oddělené účetnictví.

K otázce svého financování zadavatel uvedl, že podle § 8 zákona o veřejném zdravotním pojištění se pojistné na veřejné zdravotní pojištění platí zdravotní pojišťovně, u které je pojištěnec pojištěn. K tomu zadavatel dále uvedl, že aby byla naplněna zákonná podmínka financování státem, musely by na provoz pojišťovny plynout prostředky ze státního rozpočtu. „Financování zdravotních pojišťoven je ovšem od státu odděleno. Na chod zdravotních pojišťoven stát ze státního rozpočtu ničím nepřispívá. Naopak, peněžní fondy zdravotní pojišťovny jsou generovány platbami soukromých osob“. Závěrem pak zadavatel

k této otázce uvedl, že jelikož je příjem pojišťovny v naprosto převažujícím rozsahu tvořen zdravotním pojištěním plynoucím přímo od plátců pojistného, nelze pojišťovnu kvalifikovat jako subjekt financovaný státem.

K výše uvedenému Úřad sděluje, že § 8 zákona o veřejném zdravotním pojištění skutečně stanoví, že se zdravotní pojištění platí příslušné zdravotní pojišťovně. Z konstrukce zdravotního pojištění však jednoznačně vyplývá, že se v případě tohoto pojištění nejedná o „dobrovolnou“ platbu, ale jedná se o povinný odvod jehož výše i způsob vybírání je stanoven a podrobně upraven příslušným zákonem. Skutečnost, že pojištěnci jsou povinni zákonem stanovené pojištění hradit na účet příslušné zdravotní pojišťovny neznamená, že by se jednalo o příjem pojišťovny, se kterým by tato mohla volně a dle svého uvážení disponovat, naopak, je povinna s ním dále nakládat v souladu se zákonem o pojistném. I když tedy činnost Hutnické zaměstnanecké pojišťovny není hrazena ze státního rozpočtu, je její financování bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění prováděné veřejným zadavatelem – Všeobecnou zdravotní pojišťovnou ČR, a že tedy nelze říci, že by byla Hutnická zaměstnanecká pojišťovna při svém financování nezávislá na státu či na jiném veřejném zadavateli, neboť stát určuje jak výši pojistného, tak i reguluje způsob hospodaření s vybraným pojistným.

Otázka „ovládání“ státem či jiným veřejným zadavatelem

Podle ustanovení § 43 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění zdravotní pojišťovny podléhají kontrole státních orgánů České republiky. Podle § 45a tohoto zákona zdravotní pojišťovně, která neuzavře smlouvu o poskytování zdravotní péče s veřejným neziskovým ústavním zdravotnickým zařízením podle § 17 odst. 2 tohoto zákona se uloží pokuta do 10 mil. Kč.

Jak uvedeno již výše, podle § 3 zákona o zdravotních pojišťovnách je k provádění všeobecného zdravotního pojištění třeba povolení s tím, že o udělení povolení rozhoduje Ministerstvo zdravotnictví po vyjádření Ministerstva financí. Podle § 9 tohoto zákona organizační strukturu, postavení správní a dozorčí rady a ostatních orgánů zaměstnanecké pojišťovny upraví statut, který schvaluje Ministerstvo zdravotnictví.

Podle § 15 zákona o zdravotních pojišťovnách je pojišťovna povinna v návaznosti na termíny stanovené Ministerstvem financí pro předkládání návrhu státního rozpočtu a státního závěrečného účtu předložit Ministerstvu zdravotnictví a Ministerstvu financí mimo jiné návrh zdravotně pojistného plánu na následující kalendářní rok. Ministerstvo zdravotnictví a Ministerstvo financí posoudí předložený návrh zdravotně pojistného plánu z hlediska souladu s právními předpisy a z hlediska souladu s veřejným zájmem s tím, že pokud tento návrh není s těmito hledisky v rozporu, předloží návrh plánu vládě. Návrh zdravotně pojistného plánu, účetní závěrku a návrh výroční zprávy za minulý rok schvaluje na návrh vlády Poslanecká sněmovna Parlamentu v návaznosti na termíny projednávání návrhu státního rozpočtu a státního závěrečného účtu. V případě, že nebyl zdravotně pojistný plán schválen před 1. lednem příslušného kalendářního roku, řídí se činnost pojišťovny do schválení zdravotně pojistného plánu provizoriem stanoveným Ministerstvem zdravotnictví v dohodě s Ministerstvem financí.

Ustanovení § 6 zákona o zdravotních pojišťovnách dále upravuje zánik a zrušení zaměstnanecké pojišťovny s tím, že návrh na výmaz podává zanikající zdravotní pojišťovna nebo likvidátor, přičemž podle odstavce 6 tohoto ustanovení zákona se zaměstnanecká

pojišťovna zrušuje s likvidací mimo jiné, jestliže jí bylo Ministerstvem zdravotnictví odejmuto povolení k provádění všeobecného zdravotního pojištění. Ministerstvo zdravotnictví pak může povolení odejmout mimo jiné, jestliže opatření jím uložená k nápravě nedostatků v hospodaření zaměstnanecké pojišťovny nespĺnila svůj účel a tento účel nemohl být splněn ani zavedením nucené správy. Podle § 6a zákona o zdravotních pojišťovnách, který upravuje likvidaci zaměstnanecké pojišťovny, jedná ode dne zápisu do obchodního rejstříku jménem zaměstnanecké pojišťovny v likvidaci likvidátor, kterého jmenuje Ministerstvo zdravotnictví.

Podle § 7 zákona o zdravotních pojišťovnách, který upravuje nucenou správu, provádí kontrolu činnosti zaměstnanecké pojišťovny Ministerstvo zdravotnictví v součinnosti s Ministerstvem financí s tím, že pokud zjistí Ministerstvo zdravotnictví závažné nedostatky v činnosti zaměstnanecké pojišťovny, je oprávněno vyžadovat, aby zaměstnanecká pojišťovna ve stanovené lhůtě zjednala nápravu nebo zavést nucenou správu na dobu nejvýše jednoho roku. Podle § 7 odst. 2 tohoto ustanovení zákona v případě nucené správy podléhají rozhodnutí a právní úkony ředitele zaměstnanecké pojišťovny a dalších orgánů zaměstnanecké pojišťovny schválení nuceného správce, jinak jsou neplatná. Nucený správce je oprávněn činit rozhodnutí a právní úkony, které jinak přísluší řediteli zaměstnanecké pojišťovny nebo jinému orgánu zaměstnanecké pojišťovny.

K problematice „ovládání“ Úřad dále považuje za nutné uvést, že samotný pojem „ovládání“ není zákonem o veřejných zakázkách definován, je však možné na výklad tohoto pojmu použít příslušná ustanovení zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“). Podle § 66a odst. 2 obchodního zákoníku je ovládající osobou osoba, která fakticky nebo právně vykonává přímo nebo nepřímo rozhodující vliv na řízení nebo provozování podniku jiné osoby. Ustanovení § 66a odst. 3 obchodního zákoníku pak obsahuje nevyvratitelné domněnky, kdy je určitou osobu nutno považovat za ovládající – ovládající osobou je vždy osoba, která je většinovým společníkem, disponuje většinou hlasovacích práv, může prosadit jmenování nebo volbu nebo odvolání většiny osob v příslušných orgánech. Uvedené nevyvratitelné domněnky se však vztahují pouze na situace tzv. přímého ovládání. Pojem „ovládání“ je však nutno chápat obecněji a širěji než jak vyplývá z uvedených domněnek, neboť jeho podstatou je výkon rozhodujícího vlivu na řízení podniku jiné osoby, tedy situace, kdy fakticky v určitých otázkách nerozhoduje statutární orgán právnické osoby, ale v podstatě jiná osoba, která má dlouhodobý a zásadní vliv na řízení nebo provozování podniku (k tomu také i viz Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník, Komentář. Díl I., Polygon, Pha 2002).

V souvislosti s pojmem „ovládání“ Úřad dále poznamenává, že je při zadávání veřejných zakázek i v rozhodovací pravomoci Úřadu nutné přihlížet i k právu evropských společenství, a to včetně případných rozhodnutí Evropského soudního dvora (tato rozhodnutí jsou zveřejňována na internetových stránkách <http://curia.europa.eu>), neboť zákon mimo jiné zpracovává příslušné předpisy Evropských společenství (viz § 1 zákona). Vycházejí např. z rozsudku ESD ze dne 17. 12. 1998, Connemara Machine Turf. Co. Ltd. vs. Coillte Teoranta C-306/97, Sbírka rozhodnutí 1998, s. I – 08761, body 30.-35., a dále rozsudku ze dne 1. 2. 2001, Evropská komise vs. Francouzská republika, C-237/99, Sbírka rozhodnutí 2001, s. I- 00939, body 51.-59. (pozn. Úřadu – ačkoliv se obě citovaná rozhodnutí vztahují k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, jejich závěry lze použít i na současnou právní úpravu), je základním účelem úpravy postupů pro zadávání veřejných zakázek na komunitární úrovni odstranit překážky volnému pohybu zboží. K naplnění této základní zásady je nutné vykládat pojem zadavatele v jeho funkčním smyslu. Evropský soudní dvůr pak v otázce „ovládání“ dospěl k závěru, že za veřejného zadavatele je nezbytné

považovat takovou osobu, u níž má stát být i jen nepřímý vliv na její rozhodování o zadávání zakázek. V případě rozsudku ESD C-237/99 takový závěr Evropský soudní dvůr učinil v případě, kdy stát měl (limitovaná) oprávnění dohlížet nad činností posuzované osoby, obdobně jako je tomu v případě oborových zdravotních pojišťoven v České republice.

K otázce ovládnutí Hutnické zaměstnanecké pojišťovny státem či jiným veřejným zadavatelem Úřad dále uvádí, že z výše uvedených citací právních předpisů vyplývá, že stát má faktický vliv na výkon činnosti Hutnické zaměstnanecké pojišťovny, neboť její činnost v oblasti „veřejného zdravotního pojištění“ nefunguje nezávisle na státu, ale podléhá kromě příslušných zákonů i postupům určovaným státem. Hutnická zaměstnanecká pojišťovna tedy nepůsobí jako subjekt, jehož činnost není ovládána státem. V daném případě je podmínka ovládnutí Hutnické zaměstnanecké pojišťovny ze strany státu a veřejného zadavatele (Všeobecná zdravotní pojišťovna ČR) splněna, neboť „ovládání“ představuje schopnost státu či veřejného zadavatele ovlivňovat jednání ovládané osoby, k čemuž v daném případě dochází.

Otázka jmenování či volby více než poloviny členů v rozhodujících orgánech zdravotní pojišťovny státem či jiným veřejným zadavatelem

Ze zákona o zdravotních pojišťovnách dále mimo jiné vyplývá, že je zaměstnanecká pojišťovna právnickou osobou, která vystupuje svým jménem a je nositelem všeobecného zdravotního pojištění pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni. Podle § 9 zákona o zdravotních pojišťovnách organizační strukturu a orgány pojišťovny upravuje její statut, který schvaluje Ministerstvo zdravotnictví.

Podle § 9a zákona o zdravotních pojišťovnách je statutárním orgánem pojišťovny ředitel, kterého jmenuje a odvolává Správní rada. Podle § 10 tohoto zákona jsou orgány pojišťovny ředitel, Správní rada a Dozorčí rada. Správní radu tvoří 5 členů jmenovaných vládou a 10 členů volených zaměstnavateli a pojištěnci pojišťovny. Členy Správní rady jmenované vládou jmenuje a odvolává vláda na návrh ministra zdravotnictví. Dozorčí radu pojišťovny pak tvoří 3 členové, které jmenuje a odvolává vláda a 6 členů, kteří jsou voleni zaměstnavateli a pojištěnci pojišťovny.

Podle článku 6 statutu jsou orgány Hutnické zaměstnanecké pojišťovny správní a dozorčí rada a ředitel s tím, že pojištěnci, zaměstnavatelé pojištěnců a stát jsou zastoupeni ve správní radě a v dozorčí radě každý jednou třetinou hlasů. Podle článku 7 statutu je nejvyšším orgánem Hutnické zaměstnanecké pojišťovny správní rada, kterou tvoří 5 členů jmenovaných a odvolávaných vládou a 10 členů volených a odvolávaných zaměstnavateli a pojištěnci pojišťovny. Podle článku 8 statutu tvoří dozorčí radu 3 členové, které na návrh ministra financí, ministra práce a sociálních věcí a ministra zdravotnictví jmenuje a odvolává vláda, a 6 členů volených a odvolávaných zaměstnavateli a pojištěnci pojišťovny.

Ve sdělení ze dne 10. 1. 2008 k předmětné otázce zadavatel uvedl, že „Na ustavení orgánů zdravotní pojišťovny má tedy stát prostřednictvím vlády přímý vliv pouze při jmenování a odvolávání 5 členů správní rady a tří členů dozorčí rady“ a dále uvedl, že podmínka ovládnutí a podmínka jmenování nadpoloviční většiny členů v orgánech zadavatele tedy není splněna“.

Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že v případě Hutnické zaměstnanecké pojišťovny stát či jiný veřejný zadavatel nejmenuje či nevolí více než polovinu členů v jejím

statutárním, dozorčím či kontrolním orgánu. Uvedená podmínka tedy není v tomto případě splněna.

Závěr

Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že Hutnická zaměstnanecká pojišťovna naplňuje znaky veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Kromě toho, že zaměstnanecká zdravotní pojišťovna uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu (provádí všeobecné zdravotní pojištění), její činnost je ovládána státem a je v návaznosti na stát či veřejného zadavatele i financována (viz výše). Jelikož Hutnická zaměstnanecká pojišťovna naplňuje dvě ze tří podmínek § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona a současně naplňuje i podmínku bodu 1. citovaného ustanovení zákona, je veřejným zadavatelem ve smyslu tohoto ustanovení zákona.

II. K postupu zadavatele při uzavírání kupní smlouvy na dodávku vitaminových přípravků pro děti.

Jak vyplývá z předložené dokumentace, zadavatel vyzval k podání nabídky a prokázání kvalifikace svou výzvou 5 dodavatelů. Výzva k podání nabídek byla též zveřejněna po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. Z výzvy vyplývá, že předmětem zakázky je dodávka vitaminových přípravků pro děti s tím, že smlouva bude uzavřena na dobu určitou od 1. 10. 2007 do 31. 12. 2009. Jako lhůtu pro podání nabídek stanovil zadavatel datum 26. 9. 2007. Jako termín otevírání obálek pak zadavatel uvedl datum 26. 8. 2007. Jako kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel uvedl ekonomickou výhodnost nabídky s tím, že v zadávací dokumentaci stanovil dílčí kritéria hodnocení, a to nabídková cena (váha 60 %), grafický návrh obalu (váha 20 %) a podpora marketingových aktivit zadavatele (váha 20 %). Zadávací dokumentace v bodu I. obsahuje informaci, že smlouva bude uzavřena na dobu určitou, a to od 1. 10. 2007 do 31. 12. 2009. V článku 1. této zadávací dokumentace pak zadavatel mimo jiné uvedl, že se má jednat o „vitaminový přípravek s ovocnou příchutí pro děti s obsahem vitamínu C a minimálně sedmi dalších vitaminů“. Součástí tohoto článku je dále tabulka obsahující přehled denní dávky vitaminů, v němž však již nebyl uveden požadovaný vitamin C.

Po odeslání textu výzvy a na základě upozornění zájemců o veřejnou zakázku provedl zadavatel opravu textu výzvy, kdy jako datum otevírání obálek uvedl 26. 9. 2007. Současně byl opraven i text zadávací dokumentace, kdy do tabulky v článku 1. byl do seznamu vitaminů doplněn i vitamin C. Uvedené opravy byly oznámeny zájemcům (dne 14. 9. 2007 a dne 18. 9. 2007) a současně byly i uveřejněny.

Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel pouze jedinou nabídku, a to nabídku firmy WALMARK. Vzhledem k tomu, že uvedená nabídka splňovala požadavky zadavatele na dodávku vitaminových přípravků, zadavatel dne 1. 10. 2007 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a následně dne 3. 10. 2007 uzavřel s firmou WALMARK kupní smlouvu. Dle článku II. smlouvy činí nabídková cena za 3 roky částku 5 670 000,- Kč bez DPH, což je 5 953 500,- Kč včetně DPH. V souladu s článkem IX. kupní smlouvy je tato uzavřena na dobu tří let s platností ode dne podpisu smlouvy.

Dne 26. 10. 2007 zadavatel zveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách oznámení o zadání veřejné zakázky (evidenční číslo 60012231).

Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.

Podle § 8 odst. 1 zákona veřejnou zakázkou na dodávky je veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen „zboží“), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing).

Podle § 12 odst. 5 zákona se rozumí podlimitní veřejnou zakázkou zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nejméně 2 mil. Kč bez DPH a nedosáhne finančního limitu mimo jiné podle odstavce 3 (tj. u zadavatelů uvedených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona částku 6 607 000,- Kč – pozn. Úřadu).

Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty. Podle odstavce 2 citovaného ustanovení zákona stanoví zadavatel předpokládanou hodnotu v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění.

Podle § 14 odst. 1 písm. a) zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy na dodávky, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou.

Podle § 25 písm. a) zákona může veřejný zadavatel použít zjednodušené podlimitní řízení pro zadání podlimitní veřejné zakázky na dodávky.

Ustanovení § 38 zákona pak upravuje podmínky, které musí zadavatel dodržet při zadávání veřejné zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení. Mimo jiné musí vyzvat nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace a tuto výzvu musí uveřejnit vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. V odstavci 4 tohoto ustanovení zákona jsou pak uvedeny minimální požadavky na text výzvy, kterými jsou identifikační údaje o zadavateli, informace o druhu a předmětu veřejné zakázky, zadávací dokumentace, lhůta a místo pro podání nabídek, požadavky na prokázání splnění kvalifikace podle § 62 zákona (u podlimitních veřejných zakázek je zadavatel povinen požadovat prokázání splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů – pozn. Úřadu) a údaje o hodnotících kritériích, pokud nejsou uvedeny v zadávací dokumentaci.

K výše uvedenému Úřad uvádí, 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).

Pisatel podnětu (viz P554/2007/VZ/530-Va) upozornil Úřad na skutečnost, že zadavatel zmatečně stanovil ve výzvě 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. Jak uvedeno již výše,

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.

Dále pisatel podnětu považuje za porušení zákona skutečnost, že zadavatel neuvedl ve výzvě ani v zadávací dokumentaci předpokládanou hodnotu zakázky. K tomu Úřad uvádí, že povinné náležitosti výzvy k podání nabídek stanoví § 38 odst. 4 zákona, přičemž v minimálních požadavcích na obsah výzvy není uvedeno, že zadavatel musí ve výzvě uvést i předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Nelze tedy považovat za porušení zákona, když zadavatel tuto skutečnost ve výzvě výslovně neuvede. Jak vyplývá z § 13 odst. 1 zákona (citace viz výše), vymezení předpokládané výše hodnoty veřejné zakázky musí zadavatel provést ještě před zahájením příslušného zadávacího řízení a jeho hlavním smyslem je určení výše finanční hodnoty veřejné zakázky tak, aby zadavatel v návaznosti na tuto výši mohl zvolit i správný způsob zadání veřejné zakázky. V šetřeném případě si zadavatel jako způsob zadání veřejné zakázky zvolil v návaznosti na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky 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).

K poslední skutečnosti uvedené v podnětu, tedy že zadavatel v rozporu se zákonem zvolil jako dílčí kritérium hodnocení podporu marketingových aktivit zadavatele, Úřad sděluje následující.

Podle § 78 odst. 4 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.

V šetřeném případě zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci (bod V., písm. d) část 9.), že dodavatel v nabídce mimo jiné uvede „popis nabízené podpory marketingových aktivit (např. marketingových soutěží HZP, možnost inzerce v klientsky orientovaných časopisech dodavatele, inzerce na webových stránkách dodavatele. Vše bude vyjádřeno ve finančním objemu za dobu trvání zakázky. Tato částka bude předmětem hodnocení“. Vybraný dodavatel pak v souladu s požadavkem zadavatele ve své nabídce v krycím listu nabídky na straně 2 uvedl částku, která bude určena na podporu marketingových aktivit zadavatele a dále na straně 13 své nabídky provedl popis nabízené podpory těchto aktivit, v němž nabízí inzerci v časopisu, spolupráci v oblasti propagačních akcí zadavatele, zejména dodání cen pro vítěze a propagaci zadavatele na svých internetových stránkách.

Z citace § 78 odst. 4 zákona je zřejmé, že dílčí kritéria hodnocení se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a dále, že zde vyjmenovaná dílčí kritéria hodnocení jsou pouze demonstrativní, zadavatel tedy může v rámci zadávání konkrétní veřejné zakázky zvolit i jiná dílčí kritéria hodnocení. Úřad se zkoumáním tohoto dílčího kritéria hodnocení dále nezabýval, neboť v daném případě by se eventuální neurčitost uvedeného dílčího kritéria hodnocení mohla projevit při hodnocení nabídek uchazečů o veřejnou zakázku, zadavatel

však nepřistoupil k hodnocení nabídek dle dílčích kritérií hodnocení, neboť obdržel pouze jedinou nabídku.

Závěrem Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při uzavírání smlouvy na dodávku vitaminových přípravků pro děti neshledal porušení zákona, a proto správní řízení v souladu s § 118 zákona zastavil.

Pro úplnost k žádosti zadavatele o ústní jednání ve věci Úřad závěrem uvádí, že nepřistoupil k návrhu zadavatele k provedení ústního jednání ve věci. Podle § 49 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), nařídí správní orgán ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelů řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Z předmětného ustanovení správního řádu vyplývá, že v případech, kdy zákon nestanoví nutnost konání ústního jednání, záleží na posouzení správního orgánu, zda se mu konání ústního jednání v konkrétním případě jeví jako vhodné a potřebné, zejména z důvodu splnění účelu správního řízení či k uplatnění práv účastníků tohoto řízení. V šetřeném případě Úřad nevyhověl návrhu zadavatele, aby se konalo ve věci ústní jednání, neboť s přihlédnutím k obligatornímu písemnému průběhu zadávání veřejných zakázek, kdy měl Úřad k dispozici úplnou zadávací dokumentaci veřejné zakázky, neshledal nutnost o věci ústně jednat. Pokud se týká problematiky postavení Hutnické zaměstnanecké pojišťovny jakožto veřejného zadavatele, ani v tomto případě Úřad neshledal nutnost ústně jednat, protože postavení jmenovaného zadavatele přímo vychází z příslušné právní úpravy (viz výše citované právní předpisy) a případné ústní jednání by nemohlo na této situaci nic změnit. Úřad má za to, že nesvoláním ústního jednání ve věci nedošlo k narušení práv zadavatele, neboť zadavateli je znám obsah zadávací dokumentace i příslušná právní úprava vymezující jeho postavení a zadavatel měl možnost se v příslušném správním řízení vyjádřit (což učinil svým dopisem ze dne 10. 1. 2008) a měl možnost i nahlédnout do správního spisu vedeného v předmětné záležitosti (což také učinil – viz protokol o nahlížení do spisu ze dne 28. 1. 2008).

Náklady řízení

Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Protože Úřad správní řízení zastavil, nevznikla zadavateli ani povinnost hradit náklady řízení.

Z uvedeného důvodu Úřad rozhodl o nákladech řízení tak, jak je uvedeno v bodě II. výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
II. místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

JUDr. Milan Vašíček, advokát, Lidická 57, 602 00 Brno

WALMARK, a. s., Oldřichovice č. 44, 739 61 Třinec

Na vědomí:

Hutnická zaměstnanecká pojišťovna, Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava, Vítkovice

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce