

Č. j.: S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm

V Brně dne 7. ledna 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17. 10. 2008 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel - Krajská zdravotní a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, za niž jedná Ing. René Budjač, předseda představenstva a MUDr. Tomáš Indra, místopředseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce 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, **rozhodl** podle § 118 cit. zákona takto:

I.

Zadavatel - Krajská zdravotní a. s. - nedodržel postup stanovený v § 21 zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky „provádění laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie, toxikologie a transfúzní služba“ nepoužil zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 cit. zákona **ruší zadání předmětné veřejné zakázky.**

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, 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, se zadavateli - Krajská zdravotní a. s. - **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč** (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2850850001.

Odůvodnění

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 napadá postup Krajské zdravotní a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, za niž jedná Ing. René Budjač, předseda představenstva a MUDr. Tomáš Indra, místopředseda představenstva (dále jen „zadavatel“) při uzavírání „Smlouvy o nájmu části podniku“ (dále jen „nájemní smlouva“).

V rámci šetření podnětu, který byl zaevidován pod č.j. P484/2008, 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). V písemné výzvě zadavatel požaduje 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 předpokládal v nejbližších měsících.

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 společnosti SYNLAB.CZ s. r. o., Praha, resp. podmínek případné nájemní smlouvy, a jednat se společností SYNLAB.CZ s. r. o., Praha a OLYMPUS C & S spol. s r. o., člen koncernu Obchodní zkratka OCS, Praha, o technologické spolupráci.

Návrh nájemní smlouvy, který byl předložen Úřadu, přičemž smlouva měla být uzavřena mezi společností Klinické laboratoře Chomutov s. r. o., jejíž jediným společníkem je SYNLAB.CZ s. r. o., Praha, (dále jen „nájemce“) a zadavatelem, obsahuje závazek 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 obsahuje závazek zadavatele zadávat veškeré své žádanky o provedení laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba u nájemce. Dále je zadavatel povinen u lékařů, se kterými má příslušný smluvní vztah, učinit taková opatření, jejichž důsledkem bude směřování žadanek těchto lékařů na provedení laboratorních testů v těchto

oborech na nájemce. Zadavatel nesmí 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. Tento zákaz se vztahuje i na osoby se zadavatelem ekonomicky a personálně propojené (čl. 12 „Konkurenční doložka“ odst. 12.1. a odst. 12.4 smlouvy).

Dne 8. 9. 2008 obdržel Úřad od zadavatele stanovisko, ve kterém uvádí, že „záměr pronajmout část podniku není porušením zákona, a to bez možnosti pozdější účinné nápravy stavu“. Dále uvádí, že návrh smlouvy o nájmu části podniku nelze za návrh smlouvy považovat. Předmětný dokument je pouhým čistě pracovním materiálem, který vypracoval dlouhodobý obchodní partner na základě výzvy zadavatele. Jedná se pouze o teoretické uvažování nad možným pronájmem podniku, bez jakýchkoliv právních závazků. Zadavatel ve svém stanovisku odkazuje na zákon o veřejných zakázkách a konstatuje, že v souladu s ustanoveními zákona je třeba pod pojmem veřejná zakázka rozumět úmysl uzavřít smluvní vztah, na základě kterého má zadavatel prostředky vydávat, nikoli získat.

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.

Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.

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/chm 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.

Usnesením č. j. S285/2008/VZ-20674/2008/510/chm ze dne 16. 10. 2008 Úřad rovněž stanovil účastníkovi správního řízení lhůtu, ve které je podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu v návaznosti na § 39 odst. 1 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 správního řádu v návaznosti na § 39 odst. 1 správního řádu může vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dne 24. 10. 2008 obdržel Úřad od zadavatele stanovisko, ve kterém opět uvádí, že dokument (nazvaný smlouva o nájmu části podniku) je pouze čistě pracovním materiálem, který vypracoval dlouhodobý obchodní partner. Výzvu k předložení koncepce a návrhu obsahu úpravy smluvních vztahů při případném řešení externího provozu laboratoří zadavatele zaslal i dalším subjektům. Zadavatel je přesvědčen, že záměr pronajmout část podniku není porušením zákona. Jednalo se pouze o oslovení stávajících a potenciálních obchodních partnerů, aby sdělili své představy možné budoucí spolupráce. Vedení zadavatele požádalo a očekávalo oponenturu a teprve mělo rozhodnout o dalším postupu. Dále zadavatel uvádí, že dokument označený „návrh smlouvy o nájmu části podniku“, tak jak byl předložen, ještě nelze považovat za návrh smlouvy. Návrhem smlouvy může být určitá listina obsahující potřebné náležitosti a navrhovatelem podepsaná, neboť bez podpisu nejde o projev vůle se záměrem, aby byl tímto návrhem vázán. V závěru svého stanoviska zadavatel uvádí, že se jednalo pouze o teoretické uvažování nad možným pronájmem části podniku, bez jakýchkoliv dalších právních závazků.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, obsahu nájemní smlouvy, stanoviska zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

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. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.

K tomu dále Úřad poznamenává, že za veřejnou zakázku se nepovažuje samotná smlouva, smlouva je pouze právním dokumentem, na základě kterého se veřejná zakázka realizuje. Uzavření písemné smlouvy je výsledkem zadávacího řízení. Základními pojmovými znaky veřejné zakázky vyplývajícími z ustanovení § 7 zákona jsou předmět a úplatnost. Veřejné zakázky se podle předmětu dělí na veřejné zakázky na dodávky, veřejné zakázky na služby a veřejné zakázky na stavební práce.

Zadavatel písemnou výzvou ze dne 20. 5. 2008 vyzval tři subjekty k jednání o spolupráci při zajištění provozu laboratoří zadavatele. Z textu výzvy je však 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 pro zadavatele s předmětem plnění - zajištění laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba.

V rámci takto zahájeného „zadávacího řízení“ zadavatel jakožto pronajímatel vstoupil do jednání se společností Klinické laboratoře Chomutov s. r. o. o uzavření smlouvy o nájmu části podniku (dále jen „nájemní smlouva“). Samotný pronájem části podniku, kdy zadavatel je v pozici pronajímatele, by z obecného hlediska nebyl veřejnou zakázkou, pokud by zadavatel pouze pronajímал své volné kapacity k využití jiné osobě, z čehož by mu plynul příjem. Z obsahu smlouvy je však zřejmé, že se nejedná pouze o pronájem části podniku. Zadavatel si tímto způsobem hodlá zajistit služby spočívající v provádění veškerých laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba, což dokládá závazek nájemce provozovat v pronajaté části podniku dosavadní předmět činnosti zadavatele, zejména provádění laboratorních testů, a na druhé straně závazek zadavatele k zadávání veškerých svých žádanek o provedení laboratorních testů u nájemce. Jedná se tedy o smlouvu, na jejímž základě budou prováděny služby na základě požadavků zadavatele.

V případě druhého pojmového znaku veřejné zakázky - úplatnosti - se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele (např. nepeněžitě protiplnění, jiná forma úhrady - prostřednictvím třetích osob). Z obsahu předložených podkladů je zřejmé, že výkony učiněné při provádění laboratorních testů jsou zadavateli hrazeny zdravotními pojišťovnami. Z obsahu návrhu nájemní smlouvy vyplývá, že nájemce bude zadavateli a třetím subjektům „dodaným“ zadavatelem poskytovat služby – provádění laboratorních testů, za což mu bude plynout příjem, přestože ve smlouvě není výslovně upravena cena služeb ani způsob její úhrady. De facto se jedná o úplatné poskytování služeb ve prospěch zadavatele.

Předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby se podle § 15 odst. 1 resp. § 14 odst. 1 písm. a) zákona stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za dobu účinnosti smlouvy, má-li být smlouva uzavřena na dobu určitou.

Z podkladů poskytnutých zadavatelem Úřad zjistil, že celkový objem výnosů laboratoří za rok 2007 činil 352 179 329,60 Kč, a že smlouva o nájmu části podniku měla být uzavřena na dobu určitou od 1. 10. 2008 do 31. 12. 2023. Z toho vyplývá, že celková předpokládaná hodnota šetřené veřejné zakázky měla být stanovena na základě předpokládané výše výnosů laboratoří za dobu účinnosti smlouvy o nájmu části podniku, přičemž je zřejmé, že se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.

Úřad se rovněž zabýval i otázkou, zda se v šetřeném případě jedná o veřejnou zakázku či o koncesní smlouvu dle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), tj. zda návrh nájmní smlouvy nenaplnuje znaky koncesní smlouvy uvedené v § 16 odst. 1 a 2 tohoto zákona.

Koncesní zákon v § 16 odst. 1 uvádí, že koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užítky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Z uvedeného vyplývá, že předmětem koncesní smlouvy jsou služby nebo stavební práce, tedy obdobně jako předmět veřejné zakázky, s tím rozdílem, že předmětem koncesní smlouvy nemohou být dodávky. Rovněž způsob úhrady může být obdobný, neboť koncesní zákon připouští, že braní užiteků může mít vzhledem k výše uvedenému formu úplaty poskytovanou koncesionáři zadavatelem.

Rozdíl v definicích veřejné zakázky a koncesní smlouvy lze nalézt v § 16 odst. 2 koncesního zákona, podle něhož podstatnou část rizik spojených s braním užiteků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva.

V šetřeném případě se jedná o pronájem již existujících a funkčních laboratoří se značným rozsahem činností. Zadavatel v rámci konkurenční doložky (čl. 12 „Konkurenční doložka, odst. 12.1. nájmní smlouvy) se zavazuje zajistit pro nájemce poptávku po laboratorních testech a rovněž se zavazuje, že po dobu trvání nájmu nebude provozovat žádné jiné zdravotnické zařízení s předmětem činnosti provádění laboratorních testů v oborech lékařská mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba, čímž zadavatel eliminuje prvek rizika na straně nájemce – dodavatele služeb.

Vzhledem k tomu, že Úřad v rámci šetření neshledal podstatnou část rizik na straně nájemce, vyloučil s odkazem na § 16 odst. 2 koncesního zákona možnost, že se v daném případě jedná o koncesní smlouvu a konstatuje, že v šetřeném případě se jedná o veřejnou zakázku.

Zákon v ustanovení § 21 odst. 1 zákona upravuje druhy zadávacích řízení, a to otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, soutěžní dialog, zjednodušené řízení podlimitní. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro

zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

Z výše uvedených skutečností je zcela zřejmé, že ze strany zadavatele došlo k zahájení zadávání veřejné zakázky na služby, avšak nikoliv v některém zákonem stanoveném druhu zadávacího řízení. V rozporu se zákonem nedošlo k vyhlášení zadávacího řízení, které by zadavateli umožnilo vybrat si dodavatele s nejlepšími smluvními podmínkami. Zadavatel pouze písemně vyzval k podání nabídek tři subjekty.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 zákona, když nezadal veřejnou zakázku na služby v zadávacím řízení stanoveném zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Uložení nápravného opatření

Zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ust. § 21 zákona, když nezadal veřejnou zakázku na služby v zadávacím řízení dle zákona, nýbrž pouze vyzval k podání nabídky tři dodavatele. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohli by podat nabídky i další dodavatelé, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že mohli nabídnout výhodnější nabídky pro zadavatele než jím vyzvané subjekty.

Úřad uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil tím, že nezadal veřejnou zakázku na služby v zadávacím řízení dle zákona, rozhodl Úřad o zrušení zadání veřejné zakázky tak, jak je uvedeno ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení:

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč. Úřad proto uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení, jak je uvedeno v bodu 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, 604 55 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. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

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

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

