



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jarmily Ďáskové v právní věci žalobce: **Krajská zdravotní, a.s.**, se sídlem Ústí nad Labem, Sociální péče 3316/12A, zastoupený JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem ROWAN LEGAL s.r.o., se sídlem Praha 4, Na Pankráci 1683/127, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16.4.2009, č.j. ÚOHS-R9/2009/VZ-4563/2009/310-ASc,

## takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16.4.2009, č.j. ÚOHS-R9/2009/VZ-4563/2009/310-ASc, **se zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žádnému z účastníků řízení se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

## O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí žalovaného ze dne 16.4.2009, č.j. ÚOHS-R9/2009/VZ-4563/2009/310-ASc, kterým bylo potvrzeno předchozí rozhodnutí žalovaného vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7.1.2009 a zamítnut rozklad žalobce, který proti tomuto rozhodnutí podal.

### I. Podstata věci

Žalovaný dospěl ve správním řízení k závěru, že žalobce coby zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), tím, že při zadávání veřejné zakázky nepoužil zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za toto porušení ZVZ uložil žalovaný žalobci nápravné opatření ve formě zrušení zadání veřejné zakázky. Žalobci bylo rovněž uloženo nahradit náklady správního řízení ve výši 30 000,- Kč.

Podstata žalobcova deliktu spočívá podle žalovaného v tom, že žalobce (zadavatel) písemnou výzvou ze dne 20.5.2008 mimo režim ZVZ vyzval tři subjekty (dodavatele) k jednání o spolupráci při zajištění provozu laboratoří zadavatele. V rámci těchto jednání žalobce jednal se společností Klinické laboratoře Chomutov s.r.o. o uzavření smlouvy o nájmu části podniku, přitom z obsahu návrhu této smlouvy žalovaný dovodil, že na základě této smlouvy mají být prováděny služby dle požadavků žalobce. Oproti těmto službám nemělo být plněno přímo od žalobce, nýbrž od třetích osob, nicméně žalovaný dovodil, že se jedná fakticky o nepřímou úhradu od žalobce. Z těchto skutečností žalovaný dovodil, že jsou splněny definiční znaky veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 ZVZ. Vzhledem k tomu, že celkový objem výnosů laboratoří, které měly být předmětem nájmu, dosáhl v roce 2007 částky 352 179 329,60 Kč, a že smlouva měla být uzavřena na dobu určitou od 1.10.2008 do 31.12.2023, jednalo se podle žalovaného o nadlimitní veřejnou zakázku, která měla být zadávána v režimu ZVZ.

### II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce ve své žalobě tvrdí a podrobnou argumentací zdůvodňuje, že neučinil žádné kroky přímo vedoucí k uzavření smluvního vztahu s jakoukoli osobou, pouze se v rámci rozhodování o koncepci své podnikatelské činnosti zabýval možností pronajímat laboratoře třetí osobě; postup žalobce tedy nelze považovat za zadávání veřejné zakázky.

Ani v případě realizace žalovaným posuzované smlouvy o nájmu části podniku by podle žalobce nebylo možné považovat plnění nájemce podle této smlouvy za plnění v rámci veřejné zakázky, neboť nájemní vztah, v němž je žalobce coby veřejný zadavatel pronajímatelem, nesplňuje základní znak veřejné zakázky, a sice poskytování dodávek či služeb nebo provedení stavebních prací pro žalobce coby zadavatele.

Žalobce dále zpochybňuje závěr žalovaného, že by nájemce ze smlouvy o nájmu části podniku poskytoval žalobci služby spočívající v provádění laboratorních testů, neboť tyto služby jsou poskytovány přímo pacientům – jde o zdravotní výkony. Služby laboratorních testů, jak je žalovaný podává, nejsou rovněž podle žalobce poskytovány žalobci coby zadavateli úplatně, neboť podle textu smlouvy o nájmu části podniku žalobce neměl nájemci jakoukoli úplatu za tyto služby poskytovat. Tato úplata směřující k nájemci měla pocházet od zdravotních pojišťoven (z veřejného zdravotního pojištění), popř. přímo od pacientů, nikoli od žalobce. Pak tedy nelze

hovořit ani o „nepřímé úhradě“ nájemci coby poskytovateli těchto služeb ze strany zadavatele. Pak tedy v případě takto nastaveného smluvního vztahu (smlouva o nájmu části podniku) chybí prvek úplatnosti ze strany zadavatele poskytovateli služeb.

Dále žalobce namítá, že mu bylo uloženo nápravné opatření „zrušení zadání veřejné zakázky“, to mu však žalovaný uložit nemohl, neboť žalobce žádnou veřejnou zakázku nezadal – nerozhodl totiž o výběru nejvhodnější nabídky.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení. Na tomto svém stanovisku žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

Žalovaný se k žalobním tvrzením vyjádřil nesouhlasně. Setrává na svém závěru, k němuž dospěl ve správním řízení.

Zejména žalovaný zdůrazňuje, že z obsahu smlouvy o nájmu části podniku vyplývá, že se nejedná pouze o samotný pronájem části podniku, na jehož základě by žalobce jako pronajímatel pouze poskytl své volné prostory k využití nájemci, nýbrž že si žalobce takto zamýšlel zajistit výkon služeb spočívajících v provádění veškerých testů v určitých oblastech. Zároveň se žalobce zavazoval provádět všechny tyto laboratorní testy u nájemce. Na základě této smlouvy tedy mají být poskytovány služby spočívající v provádění laboratorních testů. Nic na tom nemění fakt, že zadavatel bude tyto služby hradit prostřednictvím třetích osob – zdravotních pojišťoven. Nájemce bude žalobci a rovněž třetím subjektům dodaným žalobcem poskytovat služby laboratorních testů a za tuto činnost bude nájemci plynout příjem bez ohledu na to, že ve smlouvě o nájmu části podniku není cena služeb ani způsob úhrady výslovně upravena.

Nápravným opatřením „zrušení zadání veřejné zakázky“ je míněno zrušení všech kroků učiněných zadavatelem, nikoli pouze výběr nejvhodnější nabídky.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém stanovisku po celou dobu řízení před zdejší soudem.

### III. Podstatné skutečnosti

Mezi žalobcem a žalovaným je nesporné, že žalobce žádné zadávací řízení v souvislosti s nájmem části podniku – „laboratoří“ – v režimu ZVZ nezahájil a ani je nevedl; žalobce tedy podle ZVZ vůbec nepostupoval.

Mezi žalobcem a žalovaným je dále nesporné, že žalobce je zadavatelem podle § 2 odst. 2 ZVZ.

Z obsahu správního spisu (částečně v podobě listinné, částečně na CD, které je ve správním spisu založeno) vyplývají následující skutečnosti:

Žalobce dne 20.5.2008 odeslal třem subjektům „Výzvu k jednání – optimalizace provozu laboratoří“. Obsahem tohoto dokumentu je sdělení žalobce, že připravuje projekt optimalizace provozu laboratoří nemocnic v oborech lékařská

mikrobiologie, klinická biochemie, lékařská genetika, hematologie a transfúzní služba a že se rozhodl obrátit na významné podnikatelské subjekty v tomto oboru a vyzvat je k jednání a konzultacím s cílem formulace základních principů případné spolupráce. Účelem zamýšlené optimalizace provozu laboratoří bylo podle obsahu uvedeného dokumentu zejména udržení a zvýšení kvality a rozsahu spektra vyšetření laboratoří poskytovaných klinickým částem nemocnic sdružených v žalobci, zajištění financování nutných investic do vybavení laboratoří, minimalizace podnikatelských rizik souvisejících s poskytováním služeb laboratoří, dlouhodobá stabilizace ekonomických přínosů z provozování laboratoří vyšší než současný předpoklad, zajištění vzdělávání pracovníků laboratoří a pracovníků klinických částí nemocnic žalobce jako odběratelů poskytovaných služeb. Není vyloučeno ani případné provozování laboratoří externím provozovatelem.

Z toho podle obsahu uvedeného dokumentu vyplývají základní požadavky žalobce: schopnost poskytování služeb laboratoří v nejvyšší kvalitě, v současném rozsahu a jejich zvýšení dle potřeb klinických částí nemocnic žalobce a souvisejícího trhu, odborný, organizační, finanční a personální potenciál umožňující splnění požadavků žalobce, podložený současnou tržní pozicí dodavatele, zejména závazek dodávek služeb v nejvyšší kvalitě a v požadovaném (i rozšířeném) rozsahu, závazek požadované míry investic do vybavení laboratoří, závazek personální kontinuity a stabilizace, závazek investic do odborného vzdělávání, zejména pracovníků žalobce jako žadatelů o vyšetření, záruka za všechny závazky dodavatele finančně silným subjektem a ekonomické přínosy pro žalobce vyšší než současný stav.

Zahájení případné spolupráce bylo předpokládáno ve třetím čtvrtletí roku 2008, příprava a podpis smluvní dokumentace byla předpokládána „v nejbližších měsících“.

Z výňatku ze zápisu z jednání představenstva žalobce ze dne 9.6.2008 („č. 15/2008“, bod 5 programu) vyplývá, že od všech tří oslovených subjektů přišly odpovědi; jeden z oslovených měl zájem „...pouze o odkup...“, druhý z nich „...nemá dostatečné zázemí k provozování laboratoří v požadovaném rozsahu...“, pouze „Synlab CZ s.r.o.“ podle textu zápisu „...předložil nabídku tak, aby mohlo být komplexně zajištěno provozování laboratoří...“. Dále bylo na jednání představenstva zmíněno, že „...zatím nejsou k dispozici všechny komplexní podklady k tomu, aby mohlo být předáno k přezkoumání krajským odborníkům...“. Dále se v textu zápisu uvádí, že „...proběhla rozsáhlá diskuse s cílem zajištění maximálně důkladných a spolehlivých informací pro další rozhodování představenstva...“. Řediteli žalobce pak bylo uloženo „...projednat podmínky případné nájemní smlouvy se společností Synlab CZ s.r.o. na základě jí předložené nabídky a předložit výsledky jednání představenstvu...“ s termínem do 16.6.2008.

Z textu Smlouvy o nájmu části podniku, kde jako pronajímatel je uváděn žalobce a jako nájemce je uváděna společnost Klinické laboratoře Chomutov s.r.o., vyplývá, že pronajímatel se zavazuje přenechat část svého podniku nájemci do nájmu k samostatnému provozování, řízení na vlastní náklad a nebezpečí a pobírání užitků a nájemce se zavazuje zaplatit pronajímateli nájemné ve výši 33 000 000,- Kč bez DPH ročně (čl. 2.1. a 4. smlouvy). Nájem se sjednává na dobu určitou od 1.10.2008 do

31.12.2023 (čl. 3. smlouvy). Nájemce je povinen na svůj náklad provádět školení zaměstnanců pronajímatele zadávajících nájemci žádanky o provedení laboratorních testů (čl. 10.3. smlouvy). Nájemce se dále zavazuje provozovat v najaté části podniku dosavadní předmět činnosti jako pronajímatel nejméně v rozsahu, v jakém jej provozoval pronajímatel před uzavřením této smlouvy, zejména je povinen provozovat tuto činnost v nepřetržitém režimu (čl. 10.4. smlouvy). Pronajímatel je po dobu trvání nájmu části podniku povinen zadávat veškeré své žádanky o provedení laboratorních testů v těchto oborech u nájemce (čl. 12.1. smlouvy).

Žalovaný zahájil správní řízení, v jeho rámci žalobce argumentoval (stanovisko ze dne 24.10.2008) tak, že smlouva o nájmu části podniku je čistě pracovním materiálem, výzva byla oslovením stávajících i potenciálních obchodních partnerů, aby sdělili své představy možné budoucí spolupráce. Vedení žalobce očekávalo oponenturu a teprve mělo rozhodnout o dalším postupu. Jednalo se tedy jen o teoretické uvažování nad možným pronájmem části podniku, bez jakýchkoliv dalších právních závazků.

Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí uvádí, že jediným společníkem společnosti Klinické laboratoře Chomutov s.r.o. je SYNLAB.CZ s.r.o. Tuto skutečnost žalobce ve správním řízení ani nyní v žalobě nezpochybňuje.

Žalovaný ve správním řízení dospěl k závěru, že výzva ze dne 20.5.2008 je výzvou k předložení nabídky na zajištění provozu laboratoří nemocnic, resp. že žalobce vyzval adresáty 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*“. Podle žalovaného samotný pronájem části podniku, kdy zadavatel je v pozici pronajímatele, by z obecného hlediska nebyl veřejnou zakázkou, pokud by zadavatel pouze pronajímal své volné kapacity k využití jiné osobě, z čehož by mu plynul příjem. Z obsahu smlouvy je však podle žalovaného zřejmé, že se nejedná pouze o pronájem části podniku. Zadavatel si tímto způsobem hodlá zajistit služby spočívající v provádění veškerých laboratorních testů v určitých oblastech, jedná se tedy o smlouvu, na jejímž základě budou prováděny služby podle požadavků zadavatele. Pokud jde o podmínku úplatnosti smluvního vztahu, v případě veřejných zakázek se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, nelze však vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele (např. nepeněžitě protiplnění, jiná forma úhrady – prostřednictvím třetích osob). Z obsahu předložených podkladů je podle 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 – 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. Podle celkového objemu výnosů laboratoří jde o veřejnou zakázku nadlimitní, a tedy kontraktace smlouvy o nájmu části podniku měla v tomto případě podle žalovaného proběhnout v zadávacím řízení podle § 21 ZVZ. Ze strany žalobce tedy došlo k zahájení zadávání veřejné zakázky na služby, avšak nikoli v některém ze druhů zadávacího řízení podle § 21 ZVZ. Nedošlo k vyhlášení zadávacího řízení, které

by zadavateli umožnilo vybrat si dodavatele s nejlepšími smluvními podmínkami, zadavatel pouze oslovil k podání nabídky tři subjekty.

Tyto závěry žalovaného jsou napadeny žalobou.

#### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Soud rozhodoval o žalobě bez jednání za podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s.ř.s. a dospěl k závěru, že žaloba je částečně důvodná.

Nejprve se zdejší soud zabýval otázkou, zda žalobce skutečně výzvami ze dne 20.5.2008 zahájil kroky k uzavření smlouvy o nájmu části podniku, jejíž text je součástí správního spisu. Žalobce totiž namítá, že k žádnému „zadávání“ nedošlo, neboť žalobce se v rámci rozhodování o koncepci své podnikatelské činnosti a případného schválení strategických plánů pouze zaobíral možností pronajímat laboratoře třetí osobě a nečinil žádné kroky přímo vedoucí k uzavření smluvního vztahu s jakoukoli třetí osobou.

Podle zdejšího soudu text kontrahované smlouvy vznikl v reakci na výzvu žalobce ze dne 20.5.2008. Text smlouvy se jednak týká věcně téhož; je způsobem, který může naplňovat zájem žalobce pronajímat laboratoře třetí osobě v rámci jeho plánů ohledně optimalizace jeho další podnikatelské činnosti, deklarovaný ve výzvě ze dne 20.5.2008. Vznik tohoto textu navíc zapadá do časové posloupnosti kroků žalobce po uskutečnění výzvy ze dne 20.5.2008; podle výzvy bylo zahájení případné spolupráce předpokládáno ve třetím čtvrtletí roku 2008, příprava a podpis smluvní dokumentace byla předpokládána „v nejbližších měsících“, představenstvo žalobce o reakcích na výzvu ze dne 20.5.2008 jednalo dne 9.6.2008 a na jednání představenstva žalobce bylo řediteli žalobce uloženo projednat podmínky případné nájemní smlouvy se společností „Synlab CZ s.r.o.“ na základě jí předložené nabídky a předložit výsledky jednání představenstvu. Skutečnost, že text smlouvy je krokem navazujícím na výzvu ze dne 20.5.2008 (účinnost smlouvy je uvedena od 1.10.2008), nezpochybňoval ve správním řízení ani žalobce (ve vyjádření doručeném žalovanému dne 23.10.2008 faxem a dne 24.10.2008 poštou ani v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí souvislost s výzvou ze dne 20.5.2008 není nikterak zpochybňována, žalobce argumentoval tak, že se jednalo prozatím pouze o „teoretické uvažování“). Žalobce v průběhu správního řízení zastával názor, že se na nájem části podniku nevztahuje ZVZ. Přestože zvolenou variantu řešení žalobce konstantně označuje za „teoretické uvažování“ a nikoli skutečný návrh smlouvy, kterou by žalobce hodlal uzavřít, a přestože tomu, že text smlouvy založené ve správním spisu skutečně nemusí vyjadřovat vůli žalobce uzavřít ji přesně za těch podmínek, které jsou v ní obsaženy,

má zdejší soud za prokázané, že žalobcovy kroky po 20.5.2008 jasně směřují k tomu, aby svého záměru deklarovaného ve výzvě ze dne 20.5.2008 v následujících měsících roku 2008 dosáhl – a sice uzavřením smlouvy, jejíž (byť i pracovní) text je součástí správního spisu, mimo režim ZVZ. Již ve výzvě ze dne 20.5.2008 žalobce zdůrazňoval potřebu poskytování služeb laboratoří v nejvyšší kvalitě, v současném rozsahu a jejich zvýšení dle potřeb klinických částí nemocnic žalobce, a smluvní vztah, který měl být založen kontrahovanou smlouvou, věcně tuto potřebu žalobce pokrývá.

Podle § 17 písm. k) ZVZ se zadáním (veřejné zakázky) rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení.

Podle § 17 písm. m) ZVZ se zadáváním rozumí závazný postup zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení.

Jestliže tedy žalovaný dospěl ve správním řízení k závěru, že ze strany žalobce došlo k zahájení zadávacího řízení, nikoli však v některém ZVZ stanoveném druhu zadávacího řízení, neboť v rozporu se ZVZ nedošlo k vyhlášené zadávacího řízení, a jestliže okamžik zahájení tohoto zadávacího řízení žalovaný váže na odeslání třech výzev k podání nabídek ze dne 20.5.2008, pak jde o závěr odpovídající zjištěným skutečnostem. Soud nezpochybňuje, že ke dni 20.5.2008 nebyla známa pravidla, podle nichž měl žalobce k jednotlivým reakcím na jeho výzvu ze dne 20.5.2008 přistupovat, z jeho postupu po 20.5.2008 (a po doručení reakcí na tři jeho výzvy) je však zřejmé, že v důsledky výzvy ze dne 20.5.2008 měla být uzavřena smlouva o nájmu části podniku, na základě které měly být laboratoře provozovány subjektem od žalobce odlišným, a to v rozsahu, kterým bude zajištěno poskytování provozu laboratoře i pro samotného žalobce; tyto skutečnosti vyplývající z textu kontrahované smlouvy odpovídají představám žalobce deklarovaným ve výzvě ze dne 20.5.2008. Žalobce totiž nehodlal „laboratoře prodat“; na jednání představenstva žalobce dne 9.6.2008 se výslovně zmiňuje zájem „...*pouze o odkup*...“ jedním z oslovených subjektů a nadále se o spolupráci s tímto subjektem při takovém způsobu provozování laboratoří již nehovoří. Naopak žalobce hodlal zajistit provoz laboratoří tak, že je hodlal nechat komplexně provozovat třetím subjektem; na jednání představenstva dne 9.6.2008 se totiž výslovně zmiňuje, že druhý z oslovených subjektů nich „...*nemá dostatečné zázemí k provozování laboratoří v požadovaném rozsahu*...“, pouze „Synlab CZ s.r.o.“ „...*předložil nabídku tak, aby mohlo být komplexně zajištěno provozování laboratoří*...“; laboratoře tedy měly být i nadále provozovány podle představ žalobce komplexně jako dosud, což odpovídá tomu, co žalobce deklaroval ve výzvě ze dne 20.5.2008.

Zdejší soud tedy postup žalobce od 20.5.2008 hodnotí tak, že přestože se z pohledu žalobce nejednalo o postup směřující k uzavření smlouvy o nájmu části podniku za předem jasně stanovených podmínek, žalobce k uzavření smlouvy, jejímž předmětem mělo být komplexní provozování laboratoří, jež mají zůstat i nadále v majetku žalobce, i pro samotného žalobce, směřoval, byť za okolností, jež nejsou z obsahu správního spisu zcela čitelné. Podstatná je pro zdejší soud ovšem skutečnost,

že z obsahu správního spisu nevyplývá, že by kontraktace smlouvy již byla dokončena. Z kontextu rozhodnutí žalovaného i z argumentace žalobce ve správním řízení i nyní v žalobě naopak plyne, že ještě uzavřena nebyla, a tedy pokud by měl žalobce skutečně při této kontraktaci postupovat podle ZVZ (k tomu níže), k „zadání“, tedy k ukončení procedury, jež měla být podle žalovaného uskutečňována podle ZVZ, ještě nedošlo. Jestliže tedy žalovaný ve druhé části výroku I. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného, jako opatření k nápravě „*ruší zadání předmětné veřejné zakázky*“, pak takový závěr ve vztahu k právě popsaným skutečnostem nemůže obstát. Není totiž prokázáno, že žalobce o výběru nejvhodnější nabídky a o uzavření smlouvy již rozhodl.

Ustanovení § 118 ZVZ (ve znění účinném do novely provedené zákonem č. 417/2009 Sb.), podle něhož žalovaný nápravné opatření uložil, stanoví, že nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, žalovaný uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví. V právě souzené věci žalovaný rozhodoval ve fázi před uzavřením smlouvy, a tedy nápravné opatření mohlo mít podle doslovného gramatického výkladu § 118 ZVZ dvojí podobu: buď mohlo být zrušeno „*zadání veřejné zakázky*“ anebo mohl být zrušen „*jednotlivý úkon zadavatele*“. Díkce § 118 ZVZ je ovšem velmi problematická, což znemožňuje postupovat výlučně podle jeho doslovného gramatického výkladu. Může-li být totiž celé ustanovení aplikováno výlučně tehdy, nedošlo-li ještě k uzavření smlouvy, a zároveň rozumí-li se podle § 17 písm. k) ZVZ „*zadáním veřejné zakázky*“ rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, pak nedošlo-li ještě k uzavření smlouvy, přichází v úvahu toliko zrušit výběr nejvhodnější nabídky, což se ovšem kryje s prvním z obou uvedených způsobů rozhodnutí podle § 118 ZVZ, tj. se zrušením jednotlivého úkonu zadavatele, jímž je právě rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Systematickým výkladem § 118 ZVZ v kontextu § 17 písm. k) ZVZ, jež je klíčovým výkladovým ustanovením pro celý ZVZ, je tak třeba dovozovat, že zrušení zadání veřejné zakázky podle § 118 ZVZ před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku nepřichází fakticky v úvahu a nápravné opatření podle tohoto ustanovení bude vždy spočívat v rušení jednotlivých úkonů zadavatele, které v rozporu se ZVZ (nebo zcela mimo režim ZVZ) zadavatel uskutečnil.

Zdejší soud nikterak nezpochybňuje oprávnění žalovaného zabývat se postupy zadavatelů i ve fázi probíhající kontraktace plnění, jež je podle žalovaného veřejnou zakázkou, avšak není-li prokázáno ukončení této kontraktace uzavřením smlouvy, nelze považovat plnění za „*zadané*“ (ve smyslu § 17 písm. k) ZVZ), a tedy nelze neexistující „*zadání*“ rozhodnutím žalovaného „*rušit*“. Argumentace obsažená v napadeném rozhodnutí (bod 21.), že zrušením zadání veřejné zakázky je míněno zrušení veškerých kroků učiněných zadavatelem v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky, ne pouze výběr nejvhodnější nabídky, není podle zdejšího soudu správná. Dospěl-li žalovaný k závěru, že postup žalobce měl být uskutečněn podle ZVZ, avšak nebyl, a hodlal-li zrušit kroky učiněné v rámci zadávání, jak vysvětluje v bodu 21.

napadeného rozhodnutí, pak tak měl v uvedené výrokové části prvostupňového rozhodnutí učinit.

Část výroku I. prvostupňového rozhodnutí ukládající nápravné opatření „zrušení zadání“, napadeným rozhodnutím potvrzeného, je tedy založena na nesprávném výkladu § 118 ZVZ. Odůvodnění této části prvostupňového rozhodnutí (str. 6, druhý odstavec zdola) je zkreslující, neboť žalobcovo pochybení nemohlo spočívat v tom, že žalobce veřejnou zakázku nezadal podle ZVZ, nezadal-li ji ještě vůbec. „Dovysvětlení“ této části prvostupňového rozhodnutí v bodu 21. napadeného rozhodnutí, přestože se zřejmě nejvíce blíží způsobu, jakým měl žalovaný ve skutečnosti rozhodnout, pak jeho dikci neodpovídá; jde fakticky o argumentaci ke druhé variantě nápravného opatření, tj. ke zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, ovšem bez konkretizace takových jednotlivých úkonů. Pak výroková část I. prvostupňového rozhodnutí nemůže obstát ani materiálně, neboť ve skutečnosti z této části prvostupňového rozhodnutí není zřejmé, co se ve skutečnosti ruší.

Jestliže napadené rozhodnutí potvrzovalo prvostupňové rozhodnutí jako celek, pak tato skutečnost je důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. pro nezákonnost založenou nesprávnou aplikací § 118 ZVZ a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s.

V první části je tedy žaloba důvodnou. Právě uvedené je však jediným pochybením žalovaného.

Ve zbytku žaloba důvodnou není.

Samostatnou je otázka, zda žalobce měl vůbec podle ZVZ postupovat. Nezpochybňuje-li ani žalobce, že je zadavatelem podle ZVZ, pak klíčovou spornou otázkou mezi žalobcem a žalovaným je otázka, zda plnění spočívající v „provozování laboratoří“ třetí osobou za shora popsaného skutkového stavu je veřejnou zakázkou či nikoli.

Podle § 7 odst. 1 ZVZ 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 § 13 odst. 1 ZVZ se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky 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.

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

Podle § 15 odst. 1 ZVZ se § 14 odst. 1 ZVZ pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby použije obdobně.

Z ustanovení § 7 odst. 1 ZVZ zdejší soud obecně dovozuje znaky veřejné zakázky následovně: a) vzniká smluvní vztah mezi zadavatelem (který je vymezen v ust. § 2 ZVZ) a dodavatelem (event. dodavateli), b) předmětem veřejné zakázky jsou dodávky, služby nebo stavební práce (plnění veřejné zakázky), c) zadavatel požaduje získání plnění veřejné zakázky, d) dodavatel (event. dodavatelé) poskytuje plnění veřejné zakázky, e) dodavatel za poskytnutí plnění veřejné zakázky požaduje úplatu (úplata je znakem tohoto „obchodu“) a f) zadavatel za poskytnutí plnění veřejné zakázky poskytuje dodavateli (event. dodavatelům) úplatu.

Konkrétní zakázka tedy nabývá charakteru veřejné zakázky podle ZVZ tehdy, pokud plnění veřejné zakázky, které naplňuje znaky jednotlivých druhů veřejných zakázek vymezených podle předmětu v souladu s § 8 až 10 ZVZ, poptává zadavatel, pokud plnění veřejné zakázky se zavazuje poskytnout zadavateli dodavatel a zároveň pokud zadavatel za poskytnuté plnění veřejné zakázky zaplatí dodavateli úplatu. Zjednodušeně to obecně znamená, že fakticky „ve směru od zadavatele pro dodavatele plyne úplata“ a „ve směru od dodavatele pro zadavatele plyne plnění veřejné zakázky“. Absolutizovat tento model na všechna plnění, jež jsou založena závazkovými vztahy, do nichž zadavatelé vstupují, však není namístě. Zdejší soud na straně jedné souhlasí se žalobcem, že znakem veřejné zakázky je její „úplatnost“ (to ostatně nepopírá ani žalovaný), na straně druhé však zdejší soud souhlasí se žalovaným, že s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, jež má být pro zadavatele realizováno, nemusí být vždy ze strany zadavatele plněno přímo. Aby se jednalo o „*plnění zadavatele*“ coby znak veřejné zakázky, nemusí se tedy vždy jednat výlučně o zadavatelův přímý peněžitý závazek; celkovým peněžitým závazkem zadavatele (slovy § 14 odst. 1 ZVZ aplikovatelného podle § 15 odst. 1 ZVZ i na veřejné zakázky na služby) je tedy zadavatelem předpokládána výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky (slovy § 13 odst. 1 ZVZ), jež vyplývá ze zadavatelem (na straně objednatele, kupujícího, odběratele atd.) uzavřené smlouvy.

Přestože tedy obecně platí, že výše úhrady za splnění veřejné zakázky (tedy „*úplata ve směru od zadavatele k dodavateli*“) je zásadně shodná s cenou obsaženou v nabídce vítězného uchazeče, která se zpravidla vyjadřuje v penězích, a že platba ve směru od zadavatele k dodavateli je uskutečňována přímo zadavatelem a k jeho tíži, neznamená to, že je-li úhrada plnění „*ve prospěch zadavatele*“ podle zadavatelem uzavřené smlouvy uskutečněna na základě jiného mechanismu (byť i fakticky jinými subjekty, plyne-li pro ně povinnost k této úhradě ze zadavatelem uzavřené smlouvy), přestává být takové plnění veřejnou zakázkou. Je-li podle zdejšího soudu plnění, přímo odvislé od uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, plněním z veřejných prostředků, pak musí být vytvořeny všechny předpoklady, aby smluvní vztah, je-li jeho důsledkem plnění z veřejných prostředků, byl ze strany zadavatele uzavřen při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení pravidel vyplývajících ze ZVZ – a tedy při zajištění kontroly způsobem, který ZVZ předvídá. Stejně jako nelze povahu kontrahovaného smluvního vztahu z pohledu ZVZ posuzovat podle formálního podřazení uzavřené smlouvy pod konkrétní smluvní typ (k tomu se Nejvyšší správní soud vyjádřil v rozsudku ze dne 31.5.2010, sp. zn. 8 Afs 60/2009, [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)), nelze ji posuzovat ani podle toho, zda plnění z veřejných prostředků

související s předmětem smlouvy a s dodržáním práv a povinností podle této smlouvy jejími smluvními stranami má být fakticky realizováno pouze těmito jejími smluvními stranami nebo subjekty jinými. Přestože jsou obecně častější situace, kdy plnění z veřejných prostředků realizuje sám zadavatel (z „*jemu svěřených*“ veřejných prostředků), nelze naplnění znaků veřejné zakázky omezovat pouze na tyto případy.

Pokud zdejší soud v právě souzené věci uváží, že je to právě žalobce (coby zadavatel, to není žalobně zpochybňováno), kdo před zahájením kontraktace směřující k uzavření smlouvy o nájmu části podniku (laboratoří) tyto laboratoře provozuje, a komu tedy plynou výnosy z jejich provozování, že to má být právě žalobce, který kontrahovanou smlouvou má přenechat provoz laboratoří, a tedy i možnost výnosů z jejich provozování, nájemci, že se žalobce má v kontrahované smlouvě zavázat zadávat veškeré své žádanky o provedení laboratorních testů vtěchto oborech u nájemce, jak plyne ze čl. 12.1. textu kontrahované smlouvy, a že je to tedy žalobce, který kontrahovanou smlouvou fakticky určí, že prostředky vynakládané třetími subjekty půjdou po dobu účinnosti této smlouvy ve prospěch nájemce, a že jde z podstatné části o prostředky veřejné (pocházející z veřejného zdravotního pojištění, což ani žalobce nepochybnuje), pak tyto skutečnosti ve svém souhrnu znamenají, že žalobce sice přímo nebude oproti provozu laboratoře vydávat „*své*“ prostředky (resp. veřejné prostředky, jimiž disponuje on), avšak budou z podstatné části vydávány z veřejných prostředků třetími subjekty, aniž by tyto subjekty, přinejmenším ty, které mají platit za provedení laboratorních testů nájemcem na základě povinně vystavovaných žádanek žalobce, disponovaly faktickou možností skutečně se svobodně rozhodnout, zda o provedení laboratorních testů požádají nájemce. Zdejšímu soudu je logicky vzdálena představa, že by pacienti nemocnice provozované žalobcem, u nichž bude požádáno o provedení laboratorních testů, si tyto testy sami hodlali nechat provést jinde, než u nájemce. Příjem z veřejných prostředků subjektu, který má být podle kontrahované smlouvy nájemcem, má být založen kontrahovanou smlouvou, o jejímž uzavření má rozhodovat žalobce.

Pokud jde tedy o podmínku úplatnosti smluvního vztahu, v případě veřejných zakázek se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, nelze však vyloučit ani „*nepřímou*“ úhradu zadavatele, jak dovozuje žalovaný. Posouzení smluvních vztahů, na něž je navázána povinnost takové nepřímé úhrady třetími subjekty, je z pohledu ZVZ posouzením složitějším, než v případech, kdy zadavatelé hradí dodavatelům úhradu podle podmínek smluvního vztahu sami – přímo, a takové posouzení musí zohledňovat konkrétní okolnosti. Jestliže ovšem žalovaný v právě souzené věci dovodil, že výkony uskutečňované při provádění laboratorních testů jsou před uzavřením smlouvy zadavatelem hrazeny zdravotními pojišťovnami a že po uzavření smlouvy v tom znění, v jakém je zachycena ve správním spisu, mají být zdravotními pojišťovnami hrazeny nájemci, a tedy že nájemce má žalobci a třetím osobám „*dodaným*“ žalobcem poskytovat služby spočívající v provádění laboratorních testů, za což mu bude plynout příjem, pak se jedná o závěr správný a zjištěným skutečnostem odpovídající. Není třeba, aby kontrahovaná smlouva přesně popisovala výši a způsob úhrady ve prospěch nájemce, má-li právě na základě kontrahované smlouvy po dobu více než 15 let (od 1.10.2008 do 31.12.2023) plynout příjem též z veřejných prostředků (platby zdravotních pojišťoven) nájemci. Je to zadavatel, kdo

má na takovémto uspořádání vztahů zájem, kdo fakticky určí tento způsob směřování plateb kontrahovanou smlouvou a kdo také fakticky určí, komu bude z veřejných prostředků na základě kontrahované smlouvy plněno.

Jestliže tedy žalobce tvrdí, že samotný nájem části podniku není veřejnou zakázkou, soud s ním obecně souhlasí, avšak v právě posuzované věci se ztotožňuje se závěrem žalovaného, že se nejedná „pouze“ o nájem části podniku; konkrétní nastavení vzájemných vztahů mezi nájemcem, pacienty a zdravotními pojišťovnami, garantující nájemci příjem i z veřejných prostředků, ze vztahu mezi žalobcem a nájemcem nečiní „pouhý“ nájemní vztah, z něhož by žalobci coby zadavateli „pouze“ plynul příjem – nájemné.

Jestliže žalobce namítá, že provádění laboratorních testů není službou poskytovanou žalobci, pak zdejší soud dospívá k závěru, že jde o službu poskytovanou třetím osobám, avšak na základě rozhodnutí žalobce (jím provozovaných zdravotnických zařízení – nemocnicích coby odštěpných závodech) ohledně provedení laboratorních testů konkrétním pacientům. Byť je faktickým příjemcem služeb nájemce pacient, jak uvádí žalobce, jde o služby uskutečňované fakticky „na základě poptávky“ žalobce; má jít přitom o poptávku po dobu účinnosti kontrahované smlouvy povinnou, neboť se k ní žalobce zavazuje v čl. 12.1. textu kontrahované smlouvy.

Tvrdí-li žalobce, že provádění laboratorních testů nemá být hrazeno (přímo) žalobcem, i to je tvrzení správné, avšak nelze přehlédnout, že před případnou účinností kontrahované smlouvy je to právě žalobce, kdo za provádění laboratorních testů získává prostředky od třetích osob (a to z podstatné části od zdravotních pojišťoven, tedy prostředky veřejné), zatímco po uzavření smlouvy mají tyto prostředky plynout nájemci. K platbám od zdravotních pojišťoven by po účinnosti kontrahované smlouvy došlo právě na základě pravidla stanoveného kontrahovanou smlouvou; pokud by totiž žalobce postupoval podle čl. 12.1. kontrahované smlouvy a zadával by veškeré své žádanky o provedení laboratorních testů v těchto oborech u nájemce (a to by podle smlouvy měl), pak vztah mezi pacientem (a zdravotní pojišťovnou) na straně jedné a nájemcem na straně druhé, v rámci něhož by docházelo k platbám ve prospěch nájemce, by byl primárně determinován právě kontrahovanou smlouvou, která by nájemcovo oprávnění získat platby za provedení laboratorních testů fakticky zakládala. Nemůže obstát argumentace vycházející z takového výkladu § 13 odst. 1 a § 14 odst. 1 na základě § 15 odst. 1 ZVZ, podle něhož předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku, který vyplývá z plnění veřejné zakázky výlučně (vždy pouze) pro zadavatele. Takto izolovaně jazykový výklad založený fakticky na použití slov „...výše celkového peněžitého závazku zadavatele ...“ v § 14 odst. 1 ZVZ (§ 13 odst. 1 ZVZ se o tom, že by muselo výlučně jít o přímý závazek zadavatele, nezmiňuje) by podle zdejšího soudu mohl nesprávně vyloučit aplikaci ZVZ na případy specifických kontraktů, v nichž zadavatel sice objednává plnění a nese za jeho objednání a realizaci v rámci svých úkolů uvnitř veřejné správy odpovědnost, nicméně protiplnění nejde z jím spravovaných rozpočtových prostředků, nýbrž z veřejných prostředků spravovaných jinými subjekty (jež ovšem také mohou být v postavení zadavatelů). Z pohledu výkladu jak § 7 odst. 1,

tak § 13 odst. 1 a navazujícího § 14 odst. 1 za použití § 15 odst. 1 ZVZ, je podle zdejšího soudu třeba přiznat zásadní význam skutečnosti, že nájemci se na základě smlouvy, byla-li by uzavřena v tom znění, v jakém je zachycena ve správním spisu, dostalo protiplnění z veřejných prostředků, a že ti, kteří by nájemci za provedení laboratorních testů fakticky plnili (zdravotní pojišťovny), by takto plnit fakticky museli, neboť jejich povinnost by byla založena provedením laboratorních testů na základě požadavku žalobce.

Ve vztahu k posouzení splnění znaků veřejné zakázky má tedy zdejší soud zato, že znakem veřejné zakázky je její úplatnost (§ 7 odst. 1 ZVZ), avšak s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, jež má být na základě požadavku zadavatele realizováno, nemusí být vždy ze strany zadavatele úplatně plněno přímo. Nemusí se tedy vždy jednat výlučně o zadavatelův přímý peněžitý závazek. Celkovým peněžitým závazkem zadavatele je pak souhrn veškerého plnění z veřejných prostředků vyjádřitelného v penězích směřujícího proti plnění veřejné zakázky dodavatelem.

Otázka předpokládané hodnoty veřejné zakázky přitom žalobně zpochybňována není, proto ji zdejší soud předmětem přezkumu (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) neučinil.

Zdejší soud souhlasí se žalobcem, pokud jde o specifika vztahu „*pacient – zdravotnické zařízení*“. V odpovědi na otázku, zda v právě souzené věci s ohledem na konkrétní zjištěné okolnosti byly naplněny znaky veřejné zakázky ve smyslu § 7 odst. 1 ZVZ, se však soud ztotožňuje se závěrem žalovaného. Žalovaný dospěl k závěru, že okamžikem odeslání výzvy ze dne 20.5.2008 došlo ze strany žalobce k zahájení kontraktace plnění, které bylo podle podmínek zachycených v textu smlouvy o nájmu části podniku veřejnou zakázkou. Nezahájil-li žalobce tuto kontraktaci v některém ze zadávacích řízení podle § 21 ZVZ, postupoval v rozporu se ZVZ. Tento závěr je závěrem skutkovým zjištěním odpovídajícím a zákonným.

#### V. Shrnutí závěrů soudu

Soud tedy uzavírá, že napadené rozhodnutí je zatíženo nezákonností v části, kde potvrzuje tu část předchozího prvostupňového rozhodnutí, kterou bylo ukládáno nápravné opatření. Potud je žaloba důvodná a tato skutečnost je důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí potvrzujícího předchozí prvostupňové rozhodnutí jako celek. Ve zbytku žaloba důvodná není.

Ke zrušení prvostupňového rozhodnutí soud důvody neshledal, neboť nápravy může být dosaženo v řízení druhostupňovém. Případné zrušení prvostupňového rozhodnutí v řízení o rozkladu nechť je ponecháno na úvahách předsedy žalovaného.

V dalším řízení bude zapotřebí, aby žalovaný správně aplikoval § 118 ZVZ a na základě shora podaného výkladu posoudil, zda jsou splněny podmínky pro postup podle uvedeného ustanovení. Budou-li tyto podmínky splněny a bude-li žalovaný rozhodovat o nápravném opatření, nejvýše bude oprávněn zrušit jednotlivé úkony zadavatele uskutečněné v rámci zadávání veřejné zakázky mimo režim ZVZ, jež bude ovšem zapotřebí konkretizovat.

### VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Napadené rozhodnutí se sice zrušuje, tento výsledek sporu však úspěšnost ve věci obou účastníků řízení objektivně nevyjadřuje. Žalobce byl úspěšný pouze částečně, převažující část žaloby soud důvodnou neshledal. Za této situace rozhodl soud o nákladech řízení tak, že žalobci ani žalovanému náhradu žádných nákladů řízení nepřiznal.

**Poučení:** Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 3.2.2011

David Raus, v.r.  
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:  
Lucie Gazdová