

Liberecký kraj
U Jezu 642/2a
461 80 Liberec

k rukám **Ing. Vladimíra Koudelky**
e-mailem na: vladimir.koudelka@kraj-lbc.cz

k rukám **Mgr. Karla Ulmanna**
e-mailem na: karel.ulmann@kraj-lbc.cz

V Praze, dne 13. června 2014

Věc: Právní stanovisko – možnost zadat veřejnou zakázku provozovatele Lůžkového hospice v Libereckém kraji v jednacím řízení bez uveřejnění

Vážený pane inženýre, vážený pane magistře

dle Vašich pokynů Vám níže předkládám právní stanovisko naší advokátní kanceláře k otázce, zda výběr provozovatele „**Lůžkového hospice v Libereckém kraji**“ může být proveden prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách (dále též jen „**ZVZ**“).

1. Předchozí stanoviska a předmět této analýzy

Tato analýza navazuje na:

- stanovisko naší advokátní kanceláře ze dne 6. března 2014, jež obsahovalo závěr, že smluvní partner, který bude zajišťovat provoz hospice, musí být vybrán na základě zadávacího řízení, a
- stanovisko naší advokátní kanceláře ze dne 14. dubna 2014, podle kterého povaze dané věci odpovídá spíše zadávací řízení podle zákona o veřejných zakázkách, než podle koncesního zákona.

Cílem této analýzy je na základě jednání Expertní skupiny provozování hospice, které se konalo dne 4. června 2014 a dalších dodatečně získaných podkladů rozhodnout, zda může být výběr smluvního partnera, jehož povinností bude provozovat „**Lůžkový hospic v Libereckém kraji**“, proveden prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona o veřejných zakázkách.

Arzinger & Partneři, s.r.o.
advokátní kancelář
Dušní 8/11
CZ – 110 00 Praha 1
IČ: 276 13 917
tel.: + 420 222 320 153
fax: + 420 222 320 146
mail@arzinger.cz

Raiffeisenbank a.s.
Číslo účtu: 2472961001/5500
IBAN: CZ915500000000
2472961001
BIC: RZBC CZ PP

datová schránka:
Arzinger & Partneři, s.r.o.:
3cbnkd4
Mgr. Tomáš Mařatka:
brwgv8s
JUDr. Jakub Svoboda, Ph.D.:
r7igahw

Společnost zapsána
v obchodním rejstříku, vedeném
Městským soudem v Praze
oddíl C, vložka 118977.

2. Použité podklady

Při přípravě této analýzy jsme v první řadě čerpali z dokumentů a informací, které byly naší advokátní kanceláří předloženy Libereckým krajem. Jedná se o:

- Metodiku způsobu zadávání veřejných zakázek na poskytování sociálních služeb v Královéhradeckém kraji v rámci individuálních projektů financovaných z ESF – OP LZZ, zpracovanou sdružením advokátů Holec, Zuzka & Partneři
- právní stanovisko doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D. ze dne 9. června 2014
- právní stanovisko advokátní kanceláře Pásek, Honěk & Partners ze dne 9. června 2014
- informace odboru zdravotnictví krajského úřadu Libereckého kraje k problematice vydávání oprávnění k poskytování zdravotních služeb, obsažené v e-mailu ze dne 6. června 2014
- informace získané při jednání Expertní skupiny provozování hospice ze dne 4. června 2014
- informace získané při jednání s klientem.

Závěry prezentované v této analýze berou v úvahu níže uvedenou významnou judikaturu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a soudů České republiky:

- rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. února 2010, vydané pod sp. zn. S242/2009/VZ-2169/2010/530/JWe
- rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. září 2005, vydaný pod sp. zn. 31 Ca 101/2004
- rozsudek Vrchního soudu v Olomouci, vydaný dne 5. listopadu 2002 pod sp. zn. 2 A 3/2002
- rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, vydaný pod sp. zn. 5 Afs 42/2012

Zohlednili jsme též relativně novou evropskou legislativu pro zadávání veřejných zakázek, konkrétně směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

3. Shrnutí významných skutečností

Pro závěry obsažené v této analýze vycházíme na základě dostupných dokumentů z následujících významných skutečností:

- V současné době je Liberecký kraj před podpisem smlouvy, na jejímž základě by měla proběhnout rekonstrukce budovy, v níž by měl být hospic provozován. Rekonstrukce budovy bude provedena dodavatelem stavebních prací vybraným v zadávacím řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek.

- Budovu hospice bude možné užívat až po úspěšném získání kolaudačního souhlasu. Doba výstavby je plánována na cca 10 měsíců. Dokončení rekonstrukce je plánováno nejpozději do 30. června 2015.
- Předmětem plnění provozovatele hospice (a tedy předmětem veřejné zakázky) bude poskytování zdravotních služeb podle zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a sociálních služeb podle zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách.
- Veřejnou zakázku na výběr provozovatele hospice bude možné realizovat po dokončení rekonstrukce, neboť do této doby nemohou být vydána oprávnění nezbytná k provozování hospice.
- V současné době nemá žádný subjekt potřebná oprávnění, aby mohl plnit předmět veřejné zakázky.

4. Právní posouzení

4.1. Povaha jednacího řízení bez uveřejnění

Jednací řízení bez uveřejnění, jako samostatný druh zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách, představuje svojí povahou výjimečný postup zadavatele. Je tomu tak zejména z těchto důvodů:

- zadavatel nemá povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencionálních dodavatelů, zadavatel oslovuje pouze předem určené subjekty
- zadavatel nemusí dodržovat některá procesní pravidla stanovená zákonem o veřejných zakázkách
- dokud nedojde k uzavření smlouvy, zadávací řízení vedené prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění může být zadavatelem bez udání důvodu kdykoliv zrušeno.

Vzhledem ke specifčnosti a výjimečnosti tohoto postupu platí, že zadavatel je povinen správnost a vhodnost použití tohoto druhu zadávacího řízení v daném případě vždy řádně zdůvodnit. Zadavatel musí být zároveň bez dalšího schopen prokázat, že jím zvolený postup byl v souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

4.2. Zákonné podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění

Komplexní úprava podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je obsažena v § 23 ZVZ. Zadavatel je tedy oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění pouze v případech v tomto ustanovení taxativně vypočtených. Z jiných, než zde stanovených důvodů, nemůže být tento druh zadávacího řízení využit.

Okolnosti připouštějící zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zahrnuté do § 23 ZVZ lze velice stručně shrnout takto:

- odst. 1, 2, 3, 6 a 7 se vztahují pouze na situace, kdy již bylo vedeno předchozí zadávací řízení, ať již úspěšně (odst. 6 a 7), či neúspěšně (odst. 1, 2 a 3)

- odst. 5 upravuje použití jednacího řízení bez uveřejnění pouze pro veřejnou zakázku na dodávky, tedy takovou, jejímž předmětem je nákup zboží
- odst. 8 a 9 se vztahují pouze na sektorového zadavatele
- odst. 10, 11 a 12 upravují použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě zadávání veřejné zakázky v oblasti obrany a bezpečnosti.

Na základě nám dostupných informací není možné tato ustanovení aplikovat, neboť:

- v minulosti nebylo vedeno zadávací řízení s daným předmětem plnění
- nejedná se o veřejnou zakázku na dodávky (ale na služby)
- Liberecký kraj není sektorový zadavatel (ve skutečnosti je veřejným zadavatelem)
- podle povahy plnění se nejedná o veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

Zbývá tedy podrobněji prozkoumat poslední odstavec, tj. odst. 4. Podle tohoto ustanovení může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže:

- a) veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem, nebo
- b) veřejnou zakázku je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.

Písmeno b) upravuje případy, kdy zadavatel naléhavě potřebuje získat plnění v krátkém časovém horizontu. Musí se ovšem jednat o potřebu objektivní, kterou nejen, že nezpůsobil zadavatel vlastní vinou či přičiněním, ale ani nemohl dopředu předvídat. Domníváme se, že takový popis neodpovídá danému případu, kdy z objektivního hlediska nelze konstatovat časovou tíseň, a patrně ani naléhavou potřebu hospicových služeb tak, jak ji má na mysli zákon.

Zbývá tedy posoudit ustanovení pod písm. a). To upravuje případy, kdy může být plnění dodáno pouze určitým dodavatelem, a to z důvodů:

- technických
- uměleckých
- ochrany výhradních práv
- vyplývajících ze zvláštního právního předpisu.

Specifikem jednacího řízení bez uveřejnění vedeného z výše uvedených důvodů je, že veřejná zakázka může být splněna pouze dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. Musí tedy být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli¹. Objektivní nemožnost v

¹ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, komentář k ustanovení § 23 ZVZ.

uvedeném smyslu je pak třeba zkoumat k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění², přičemž zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky³.

Domníváme se, že v daném případě nelze uvažovat o jedinečném technickém řešení, na kterém by byl provoz hospice závislý. To samé se pak týká důvodů uměleckých. K posouzení tedy zbývá ochrana výhradních práv a tzv. zákonný monopol.

4.3. Ochrana výhradních práv

Co se týče ochrany výhradních práv, cílí zde zákon zejména na práva vyplývající z duševního, resp. průmyslového vlastnictví, tedy autorská práva, práva k patentu, užitému vzoru, průmyslovému vzoru apod.⁴ Domníváme se však, že *a priori* nelze vyloučit ani jiná práva.

V každém případě se může jednat o taková práva, která dodavatel nabyt jak nezávisle na zadavateli, z povahy věci však půjde i o situace, kdy práva vznikla v důsledku předchozí činnosti dodavatele pro zadavatele. Z judikatury lze pro ilustraci citovat případ, kdy byl výběr smluvního partnera omezen na jediného dodavatele s ohledem na práva tohoto dodavatele k informačnímu systému, do kterého mělo být v rámci veřejné zakázky zasaženo. Jiní dodavatelé by zásahem do informačního systému bez souhlasu jeho autora porušili zákon. V takovém případě Nejvyšší správní soud uznal nutnost použití jednacího řízení bez uveřejnění⁵.

Od posledně uvedeného případu je třeba odlišit situace, kdy dodavatel nabyt výhradní práva díky předchozímu postupu zadavatele. Vychází se zde z premisy, že jednací řízení bez uveřejnění lze využít pouze tehdy, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Z toho vyplývá, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jednomu určitému dodavateli, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit⁶.

² K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, vydaný pod sp. zn. 5 Afs 42/2012.

³ Vizte rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, vydané dne 15. února 2010 pod sp. zn. S242/2009/NZ-2169/2010/530/JWe, ze kterého lze citovat: „O aplikaci příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná ze strany orgánu dohledu.“

⁴ V tomto smyslu podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle našich informací splněny nejsou.

⁵ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, vydaný pod sp. zn. 5 Afs 42/2012.

⁶ Tamtéž. V této souvislosti lze dále odkázat např. na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. ledna 2002, vydaný pod sp. zn. 2 A 3/2002 – 75.

Při rozhodování otázky, zda se jedná o stav exkluzivity vytvořený zadavatelem, který by bránil zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, je třeba v souladu s citovaným rozhodnutím Nejvyššího správního soudu rozlišovat, zda předchozí postup zadavatele je zaviněný, či pouze nešikovný. Na dosavadní jednání zadavatele je třeba hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Nejvyšší správní soud rovněž uvedl, že pro posouzení charakteru jednání zadavatele, a tedy i rozhodnutí otázky, zda si sám zadavatel vytvořil právní omezení bránící použití jednacího řízení bez uveřejnění, je významné, zda v jednání zadavatele lze spatřovat znaky účelového jednání směřujícího k porušení či obejití zákona o veřejných zakázkách při zadávání následných veřejných zakázek⁷.

4.4. Důvody vyplývající ze zvláštního právního předpisu

V daném případě jsou dalším možným důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění požadavky kladené zvláštními právními předpisy. V daném případě je nezbytné zkoumat, zda by jimi mohly být předpisy upravující poskytování hospicových služeb, konkrétně tedy:

- zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách
- zákon č. 108/2006 Sb., o sociálních službách.

Oba výše zmíněné zákony upravují povinnost získat zvláštní oprávnění pro poskytování služeb daného typu. Konkrétně zákon o zdravotních službách v § 11 stanoví, že poskytovatel může až na výslovně vypočtené výjimky poskytovat pouze zdravotní služby uvedené v oprávnění k poskytování zdravotních služeb. Obdobně § 78 zákona o sociálních službách uvádí, že sociální služby lze poskytovat jen na základě oprávnění k poskytování sociálních služeb, není-li v zákoně stanoveno jinak; toto oprávnění vzniká rozhodnutím o registraci.

Oprávnění k poskytování zdravotních, resp. sociálních služeb souvisejících s provozem hospice podle našeho názoru představuje profesní kvalifikační předpoklad ve smyslu ustanovení § 54 ZVZ. Toto oprávnění je zákonným předpokladem pro provoz hospice, tedy pro plnění předmětu veřejné zakázky. Prokázání existence profesního kvalifikačního předpokladu je zadavatel povinen vyžadovat od každého uchazeče o veřejnou zakázku, přičemž jeho splnění se zkoumá k přesně stanovenému okamžiku, kterým je konec lhůty pro podání nabídek. Z toho plyne, že jakýkoli uchazeč, má-li být v zadávacím řízení úspěšný, musí v rámci své nabídky předložit příslušná oprávnění vydaná podle zákona o zdravotních službách a zákona o sociálních službách.

Z ustanovení § 19 ZZS ovšem plyne, že příslušné oprávnění k poskytování zdravotních služeb se vydává pro konkrétní prostory. Pouze v těchto prostorách mohou být zdravotní služby podle oprávnění následně poskytovány. Z toho důvodu je vyžadováno, aby žadatel společně se žádostí o udělení oprávnění předložil doklad, z něhož vyplývá oprávnění žadatele užívat prostory k poskytování zdravotních služeb. Podobnou úpravu obsahuje i zákon o sociálních službách.

S ohledem na výše uvedené docházíme k závěru, že každý uchazeč, který by se chtěl účastnit veřejné zakázky provozu hospice, bude muset být držitelem oprávnění

⁷ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, vydaný pod sp. zn. 5 Afs 42/2012, zejména str. 12.

k poskytování zdravotních a sociálních služeb, které je zákonnou podmínkou umožňující jejich poskytování, a tedy i plnění veřejné zakázky. Tato skutečnost je způsobilá omezit počet potencionálních dodavatelů, a může tak dle našeho názoru představovat důvod pro zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacního řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu může být veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem.

4.5. Rozhodná právní úprava

V souladu s neurčitým časovým výhledem na konání zadávacího řízení si dovoluujeme upozornit také na připravované změny v předpisech upravujících veřejné investování, které mohou mít vliv na závěry zde učiněné.

V prvé řadě je třeba poukázat na přijetí směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Tato směrnice byla dne 28. března 2014 publikována v Úředním věstníku Evropské unie. Podle jejího článku 90 uvedou členské státy právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí nejpozději do 18. dubna 2016.

Z nové směrnice je významný především článek 74, který značně zjednodušuje zadávání veřejných zakázek na sociální a jiné zvláštní služby uvedené v příloze XIV směrnice, jejichž hodnota nedosahuje finančního limitu € 750.000. Nelze vyloučit, že daná veřejná zakázka bude spadat do této kategorie.

Dále lze na základě vyjádření zástupců příslušných správních orgánů očekávat, že bude připraven nový zákon o veřejných zakázkách, který bude vycházet z citované směrnice a který nahradí aktuálně platnou úpravu zadávání veřejných zakázek. Ačkoli v současné době není možné s jistotou konstatovat, že nový zákon bude skutečně přijat a vstoupí v účinnost, natož kdy se tak stane, nelze s ohledem na vázanost předmětné veřejné zakázky na dokončení rekonstrukce budovy hospice vyloučit, že zadávací řízení se bude řídit již novou právní úpravou.

4.6. Doporučení k dalším postupu

Jak už bylo řečeno výše, podmínky pro použití toho kterého zadávacího řízení je třeba striktně zkoumat ke dni zahájení zadávacího řízení. S ohledem na nám dostupné informace lze reálně o zahájení zadávacího řízení uvažovat někdy v období poloviny příštího roku. Z tohoto důvodu tak bude nezbytné, aby posouzení vhodnosti použití jednacního řízení bez uveřejnění bylo provedeno až v této době, neboť předpoklady, z nichž vychází naše právní stanovisko, se mohou významným způsobem změnit. Posouzení vhodnosti takového postupu by před zadáním veřejné zakázky mělo obsahovat:

- analýzu právních předpisů, které budou použitelné pro zadávací řízení, a to zejména s přihlédnutím k chystaným změnám právní úpravy v této oblasti, o nichž pojednáváme v článku 4.5. tohoto právního stanoviska
- identifikaci potencionálních poskytovatelů služeb, které budou předmětem veřejné zakázky, v daném případě tedy držitelů příslušných oprávnění podle zvláštních právních předpisů

- prověření, zda se zadavatel nenachází v jím nedovoleně vytvořeném „stavu exkluzivity“, jak bylo popsáno v čl. 4.3. tohoto stanoviska.

V návaznosti na tato zjištění bude poté zadavatel schopen rozhodnout, jakou formou zadat předmětnou veřejnou zakázku, tedy i vyřešit otázku, zda bude možné zadat veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění. V případě, že se zadavatel rozhodne zadat veřejnou prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, bude povinen správnost a vhodnost použití tohoto druhu zadávacího řízení řádně zdůvodnit. Zadavatel musí být zároveň bez dalšího schopen prokázat, že jím zvolený postup byl v souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

5. Reakce na další právní stanoviska

5.1. Reakce na právní stanovisko Doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D.

Stanovisko doc. Jurčíka, zpracované na základě objednávky obecně prospěšné společnosti Hospicová péče svaté Zdislavy, o.p.s. obsahuje závěr, že provoz hospice je s ohledem na vazby na dotační projekt Regionálního operačního programu NUTS II Severovýchod veřejnou zakázkou. V tomto směru podporuje námi již dříve formulovaný závěr, obsažený v našem stanovisku ze dne 6. března 2014.

Docent Jurčík dále usuzuje na možnost zadat tuto veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť jsou podle jeho názoru naplněny předpoklady obsažené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, protože veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů pouze jedním dodavatelem, kterým je právě obecně prospěšná společnost Hospicová péče svaté Zdislavy, o.p.s. Technické důvody spatřuje doc. Jurčík konkrétně v uzavření smlouvy o výpůjčce, na základě které je jediným subjektem oprávněným užívat budovu hospice obecně prospěšná společnost Hospicová péče svaté Zdislavy, o.p.s.

S tímto závěrem se nemůžeme bez dalšího zcela ztotožnit. Stanovisko totiž nevysvětluje, proč dříve uzavřené smlouvy představují technické důvody. Stanovisko rovněž neobsahuje rozbor otázky, zda zadavatel podmínky pro konání jednacího řízení bez uveřejnění, tedy „stav exkluzivity“, nevytvořil nedovoleným způsobem sám.

Stanovisko dále neřeší absenci potřebného oprávnění k poskytování zdravotních a sociálních služeb, souvisejících s provozem lůžkového hospice, v němž naopak důvody, které by mohly vést k použití jednacího řízení bez uveřejnění, spatřuje naše advokátní kancelář. Rovněž tak stanovisko nereflektuje současnou situaci, kdy na trhu není žádný dodavatel, který by byl nyní oprávněn poskytovat služby, jež mají být předmětem veřejné zakázky.

5.2. Reakce na právní stanovisko advokátní kanceláře advokátní kanceláře Pásek, Honěk & Partners

Advokáti kanceláře Pásek, Honěk & Partners dospívají na rozdíl od obou dalších dostupných stanovisek k závěru, že provozování hospice není veřejnou zakázkou. Argumentují především nedostatkem reciprocity plnění mezi vybraným dodavatelem

a Libereckým krajem, typickým pro veřejnou zakázku, a dále absencí tomu odpovídajících právních závazků, zajišťujících mimo jiné vynutitelnost plnění.

Podle našeho názoru stanovisko advokátní kanceláře Pásek, Honěk & Partners nemůže obstát, neboť pomíjí celou řadu významných skutečností.

Pokud je provoz hospice veřejnou zakázkou, je Liberecký kraj povinen vybrat dodavatele v zadávacím řízení. Výsledkem tohoto zadávacího řízení bude smlouva, která nepochybně bude obsahovat závazek dodavatele vůči Libereckému kraji provozovat hospic (tedy k veškerým plněním s tím souvisejícím), sankce za nesplnění tohoto závazku i možnost domáhat se plnění. Rovněž k této otázce nemůžeme souhlasit se závěrem, že za znak reciprocity nelze považovat závazek Libereckého kraje užívat darované nemovitosti v souladu s účelem vymezeným v darovací smlouvě, neboť by se mělo jednat dle advokátní kanceláře Pásek, Honěk & Partners pouze o sjednanou podmínku vrácení daru. Z uvedené darovací smlouvy přitom vyplývá jednoznačný závazek Libereckého kraje zajistit, aby byly převáděné nemovitosti využity k provozu hospice (viz čl. II. odst. 4 poslední věta darovací smlouvy).

Jak bylo vysvětleno v naší analýze ze dne 6. března 2014, skutečnost že plnění bude poskytováno (i) ve prospěch Libereckého kraje, vyplývá z toho, že tímto způsobem budou plněny povinnosti Libereckého kraje vůči poskytovateli dotace, tedy mimo jiné dosahovány předepsané indikátory atd. Bez tohoto plnění by byl Liberecký kraj vystaven citelným finančním sankcím, plnění provozovatele hospice pro něj tedy má v tomto směru značný význam.

Naopak protiplnění, tedy úplatu za poskytované služby, bude dodavatel čerpat převážně od jiných osob, než je Liberecký kraj. Jestliže advokátní kancelář Pásek, Honěk & Partners uvádí, že judikatura, jež se vztahuje k úplatě poskytované nepřímým způsobem, vychází ze situace, kdy třetí osoby uzavíraly smlouvy se zadavatelem, nikoli dodavatelem, pak je tato poznámka jistě pravdivá, sama o sobě však nevylučuje opačný model.

I proto považujeme za významné, že stanovisko advokátní kanceláře Pásek, Honěk & Partners neobsahuje žádné závěry k posouzení daného případu jako (primárně) koncesního vztahu, pro který je naopak typické, že v něm existuje písemná smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, kterou se dodavatel zavazuje po určitou dobu poskytovat služby. Úplatu (tedy užitky) za poskytování služeb ale dodavatel čerpá od třetích osob – zákazníků.

Jak bylo vysvětleno v naší analýze ze dne 14. dubna 2014, a jak uvádí ve svém stanovisku též doc. Jurčík, důvody pro nepoužití koncesního řízení mohou spočívat rovněž v tom, že v daném případě absentuje ekonomické riziko, resp. jeho přenos na eventuálního koncesionáře. V takovém případě musí být služby zadány jako veřejná zakázka.

6. Závěr

Na základě výše popsaných důvodů si k otázce, zda výběr provozovatele hospice v Libereckém kraji může být proveden prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění podle zákona o veřejných zakázkách, dovolujeme zaujmout následující stanovisko:

- I. Podle informací dostupných naší advokátní kanceláři v současné době neexistuje dodavatel, který by byl oprávněn služby provozu poskytovat. Za těchto okolností nelze v současné době danou veřejnou zakázku nikomu zadat a tedy ani zahájit zadávací řízení.
- II. Splnění podmínky pro konání jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ spočívající v důvodu vyplývajícího ze zvláštního právního předpisu lze spatřovat v té skutečnosti, že existuje pouze určitý potenciální dodavatel, který disponuje oprávněním podle zákona č. 372/2011 Sb. o zdravotních službách a zákona č. 108/2006 Sb. o sociálních službách, jež tvoří zákonnou podmínku pro provozování hospice.
- III. Ke dni zpracování tohoto stanoviska nelze provést doporučení zadavateli směřující k rozhodnutí o určení konkrétního zadávacího řízení, neboť nejsou dosud splněny podmínky pro jeho konání. Stav splnění podmínek pro zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění, či jinou formou zadávacího řízení, je přitom nezbytné zkoumat vždy k okamžiku zahájení zadávacího řízení.

7. Upozornění

Tato právní analýza obsahuje informace a argumenty, které jsou určeny pro vnitřní potřebu Libereckého kraje.

Při přípravě této analýzy jsme vycházeli z dokumentů, které byly naší advokátní kanceláři předloženy před jejím zpracováním. Nelze vyloučit, že z jiných dokumentů, které naše advokátní kancelář neměla před zpracováním této analýzy k dispozici, mohou vyplývat skutečnosti, které by mohly mít vliv na závěry učiněné v této analýze.

Při formulaci našich závěrů obsažených v této analýze jsme dále zohlednili rozhodnutí soudních a správních orgánů i závěry odborné literatury. Vzhledem k tomu, že některé otázky řešené v tomto stanovisku nejsou zákonem výslovně upraveny, a ani v rozhodovací praxi orgánů dohledu nejsou spolehlivě vyřešeny, nelze vyloučit, že v budoucnu budou závazným způsobem vyřešeny odchylně v rámci soudního, či jiného řízení.

Tato analýza byla zpracována dle právního stavu ke dni 12. června 2014. Nelze vyloučit, že případné budoucí změny právního řádu budou mít dopad na naše závěry.

V případě jakýchkoli dotazů či nejasností jsme Vám rádi k dispozici.

S pozdravem,

JUDr. Jakub Svoboda, Ph.D.
advokát