



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudkyň Mgr. Daniely Zemanové a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci žalobce: **THERMAL-F, a.s.**, se sídlem I. P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary, zastoupený JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem se sídlem Polská 4, Karlovy Vary, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3. 12. 2007, č. j. R129/2007/02-22149/2007/310-Hr, ve věci uložení pokuty, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 12/2008 - 61,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 12/2008 - 61, **se zrušuje a věc se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Včas podanou kasační stížností se žalobce (dále též „stěžovatel“) domáhá zrušení výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) ze dne 3. 12. 2007, č. j. R129/2007/02-22149/2007/310-Hr. Tímto rozhodnutím žalovaný potvrdil prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 15. 6. 2007, č. j. S 108/2007-09052/2007/540-Šm, kterým byla žalobci uložena pokuta ve výši 100 000 Kč pro nedodržení postupu stanoveného v § 25 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „starý ZVZ“).

Stěžovatel v kasační stížnosti uplatňuje námitku podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů

(dále jen „s. ř. s.“), tedy nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky v předcházejícím řízení.

Stěžovatel souhlasí s krajským soudem v tom ohledu, že otázka posouzení toho, zda je stěžovatel veřejným zadavatelem (dále též „zadavatel“) podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „nový ZVZ“), je klíčovou pro posouzení celého předchozího řízení a jedná se o zásadní spornou skutečnost mezi stěžovatelem a žalovaným. Nesouhlasí však, jak se s touto právní otázkou krajský soud vypořádal. Stěžovatel tvrdí, že krajský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru, že i podle nového ZVZ naplňoval definici zadavatele, v důsledku čehož vyloučil možnost použití nového ZVZ s ohledem na interpretaci ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), ve kterém je stanoveno, že se použije pro pachatele nový zákon v případě, že je pro něj výše trestu příznivější.

Podle stěžovatele nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu podle nového ZVZ, neboť nebyl právníkou osobou, jež byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a tedy nemůže být pachatelem správního deliktu podle nového ZVZ, který je třeba ve věci aplikovat. Stěžovatel tvrdí, že nebyly naplněny náležitosti subjektu (pachatele) správního deliktu podle citovaného právního předpisu. Nesprávné právní posouzení krajským soudem tak podle stěžovatele mohlo mít za následek rozhodnutí o nedůvodnosti jím podané žaloby.

Krajský soud v první řadě dospěl k mylnému závěru, že stěžovatel byl právníkou osobou, jež byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu; stěžovatel se neztotožňuje *„s extenzivním výkladem krajského soudu v tom směru, že by veřejný zájem, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, byl v tomto případě ze strany žalobce poskytován a tudíž by měl žalobce spadat pod definici veřejného zadavatele“*.

Stěžovatel dále rozporuje přesvědčení krajského soudu, že stát přebírá odpovědnost za podnikání stěžovatele. K tomu podotýká, že ze strany státu se jedná pouze o kapitálovou účast (správa kapitálového majetku a výkon akcionářských práv s cílem dosažení výnosu z kapitálového majetku) podle obchodního zákoníku a stanov stěžovatele, s níž nejsou spojeny žádné záruky, garance či jiné formy ingerence státu do jeho podnikání. Stěžovatel namítá, že si obstarává svoji podnikatelskou činnost sám a míra podpory a kontroly státu je naprosto zanedbatelná. Navzdory tomu, že je stát držitelem veškerých akcií stěžovatele, nikterak nezasahuje do obchodně závazkových vztahů stěžovatele a podíl státu na žalobcově podnikání je natolik nevýznamný, že ani výkladem largo sensu nelze hovořit ve vztahu ke stěžovateli o obstarávání věcí veřejného zájmu v takovém rozsahu, jak o tom pojednává právní posouzení krajského soudu, podle kterého by měl stěžovatel vystupovat jako státní podnikatel, který je státem ovládán a jehož

podnikatelská činnost je fakticky státem kontrolována. Stěžovatel zdůrazňuje, že vystupuje jako standardní kapitálová společnost, jako podnikatel podle obchodního zákoníku, která vykonává svoji podnikatelskou činnost samostatně, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku, aniž by delegoval tuto činnost nebo odpovědnost na stát, či jeho organizační složku. Odpovědnost za obchodní vedení společnosti je plně v rukou statutárního orgánu společnosti, tedy představenstva, který nejen odpovídá za podnikatelskou činnost a obchodní vedení stěžovatele, nýbrž i organizuje a realizuje podnikatelskou činnost. Nelze ani souhlasit s krajským soudem, že stát za podnikatelské aktivity stěžovatele ručí. Navíc stěžovatel dodává, že výnos z podnikatelské činnosti připadá stěžovateli, a nikoli státu. Právní posouzení krajského soudu, spočívající ve snaze dovodit, že stěžovatel fakticky disponuje se státním majetkem a jedná vlastně v zastoupení státu, považuje stěžovatel za nesprávné.

V souvislosti s názorem krajského soudu, že by potřeby, jež stěžovatel uspokojuje, měly mít povahu jinou než průmyslovou či obchodní, namítá, že přesto, že vykonával v rozhodné době činnost založenou na provozování nestátního zdravotnického zařízení (s druhem a rozsahem zdravotní péče: FBLR – poskytování komplexní ústavní a ambulantní lázeňské péče – preventivní, kurativní a rehabilitační), jedná se též o činnost obchodní. Pokračuje, že „*krajský soud nezdůvodnil, proč by naplňování veřejného zájmu poskytováním lázeňských služeb ze strany žalobce mělo být povahy, jež není obchodní nebo průmyslová*“. Stěžovatel podotýká, že lázeňství se stává výlučně ziskovou činností, kterou nepokrývá co do nákladů zcela nebo často vůbec veřejné zdravotní pojištění. Nelze tedy ani v tomto ohledu hovořit o státním podnikateli. Navíc jeho klientelu tvoří převážně pojištěnci neveřejných zdravotních pojišťoven a zejména samoplátcí. Proto z faktické stránky věci nevyplývá, že by měl stěžovatel charakter státního podnikatele, jak tvrdí krajský soud, který nerespektuje skutečný stav věci (obchodní povaha podnikatele) a drží se striktně stavu zápisů v obchodním rejstříku. Stěžovatel také uvádí, že „*získává-li jen velmi nepatrnou, tj. bagatelní část ze svého výnosu prostřednictvím plateb z veřejného zdravotního pojištění, nemůže to znamenat, že by byl státem fakticky ovládán, a byl by tak nástrojem státu pro uspokojování veřejného zájmu*“.

Stěžovatel má naopak za to, že jeho poskytování služeb veřejnosti se uskutečňuje ryze za účelem dosažení zisku, tj. že tato činnost má zcela a čistě obchodní povahu, navíc jeho činnost není financována státem ani jiným veřejným zadavatelem. Již v žalobě stěžovatel řádně dokládá, že příjmy stěžovatele z veřejného zdravotního pojištění za poskytování služeb pojištěncům zdravotních pojišťoven jsou zcela bagatelní k celkovým výnosům z hospodářské činnosti, a dále že jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru.

Stěžovatel se tedy domáhá závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu na rozpor v otázce toho, zda stěžovatel je či není zadavatelem i podle nového

ZVZ, včetně z toho vyplývající premisy pro uložení sankce za správní delikt. Na základě výše uvedeného stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Ze správního spisu vyplývá, že po obdržení podnětu od Policie ČR zahájil Úřad dne 19. 4. 2007 správní řízení, č. j. S108/2007-07853/2007/540 Šm, ve věci přezkoumávání postupu stěžovatele při zadání veřejné zakázky na halové a bezpečnostní služby (dále jen „zakázka“), neboť z dokumentace předložené na žádost pojal podezření, že stěžovatel postupoval při zadání předmětné zakázky nezákonně, neboť dokumentace, která měla doložit dodržení zákonného postupu stěžovatele při zadání veřejné zakázky, byla k dispozici pouze z části, na základě které nebylo možno postup stěžovatele přezkoumat. Z dané dokumentace pouze vyplývalo, že stěžovatel uzavřel se společností SBA – Expert, a. s. (dále jen „společnost SBA“), tři samostatné smlouvy ze dne 28. 4. 2006 tvořící předmětnou zakázku. Stěžovatel byl také poučen o vedení správního řízení podle starého ZVZ s ohledem na § 158 nového ZVZ.

Stěžovatel v rámci svého vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení a usnesení Úřadu obsahující výzvu k doručení chybějící dokumentace Úřadu sdělil, že žádné jiné dokumenty k doplnění či předložení nemá možnost zajistit a uznal své pochybení, že nezaručil archivaci dokumentace po zákonem stanovenou dobu pěti let. Stěžovatel požádal Úřad o shovívavé rozhodnutí vzhledem k tomu, že se dosud žádného jiného provinění nedopustil.

Úřad však dospěl k závěru, že stěžovatel je vinným ze správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) starého ZVZ, neboť nedodržel postup stanovený v § 25 citovaného zákona a veřejnou zakázku, kterou uzavřel se společností SBA, nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v citovaném ustanovení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za tento správní delikt stěžovateli uložil pokutu ve výši 100 000 Kč.

Proti výroku o výši pokuty brojil stěžovatel rozkladem, ve kterém tvrdí, že uložená částka je s ohledem na skutkový stav věci nepřiměřeně vysoká. Stěžovatel namítal, že Úřad nepřihlédl při svém rozhodování k velmi významné okolnosti spočívající v tom, že v okamžiku rozhodování o uložení pokuty byl již účinný nový ZVZ, podle kterého stěžovatel již nenaplňoval definici veřejného zadavatele. To znamená, že předmětné jednání stěžovatele, za něž byla pokuta uložena, by již podle nového ZVZ sankci nepodléhalo, neboť by stěžovatel za zadavatele nebyl vůbec považován. Stěžovatel namítal, že z tohoto důvodu nemůže být naplněna represivní ani preventivní funkce pokuty. V souvislosti s tím uvedl, že Úřad měl vzít při zvažování výše pokuty na vědomí také to, že smlouvy uzavřené pro předmětnou zakázku byly podepsány jen pouhé dva měsíce před účinností nového ZVZ, podle kterého by totožná situace byla zhodnocena zcela odlišně. Proto navrhl, aby bylo od uložení pokuty upuštěno, popř. aby byla pokuta snížena.

Žalovaný rozkladu stěžovatele nevyhověl a potvrdil zákonnost postupu Úřadu i výši jím udělené pokuty. Navzdory tomu, že žalovaný s ohledem na § 82 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), nebyl z procesního hlediska povinen se zabývat nově uvedenými námitkami v rozkladu vztahujícími se k posouzení statutu stěžovatele podle nového ZVZ, pro úplnost věci doplnil, že zákonná definice zadavatele v novém ZVZ se neliší od zákonné definice ve starém ZVZ do té míry, že by zásadně statut stěžovatele jako zadavatele měnila. Proto se s námitkou stěžovatele, že podle nového ZVZ již nemá statut zadavatele, neztotožnil.

Proti rozhodnutí žalovaného podal stěžovatel žalobu, v níž brojil proti názoru žalovaného, že stěžovatel má povahu veřejného zadavatele i podle nového ZVZ. Krajský soud se ztotožnil s názorem žalovaného a obsáhle zdůvodnil, proč stěžovatel i podle nového ZVZ zaujímá statut zadavatele. Žádnou jinou vadu správního řízení neshledal, napadené rozhodnutí naopak shledal zákonným a přezkoumatelným, a proto žalobu zamítl.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů v souladu s § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

Stěžovatel namítá, že krajský soud nesprávně posoudil právní otázku týkající se předchozího řízení a podává kasační stížnost z důvodů obsažených v § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.; konkrétně vyjádřeno se jedná o nesprávné posouzení právní otázky definice zadavatele podle nového ZVZ, které mělo podle stěžovatele negativní vliv na výsledek daného správního řízení.

Stěžovatel tvrdí, že vzhledem k tomu, že svou činnost vykonává ryze za účelem dosažení zisku, veškerá jeho činnost má povahu obchodní, není financován státem, jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru, za porušení svých obchodních závazků odpovídá celým svým majetkem a stát nad stěžovatelem nevykonává kontrolu, ani ho nikterak nepodporuje v jeho podnikatelské činnosti, nenaplnuje podmínky definice veřejného zadavatele podle nového ZVZ. V důsledku toho má stěžovatel za to, že v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny měl žalovaný tuto skutečnost při svém rozhodování ve věci zohlednit.

Krajský soud se ztotožnil s tvrzením žalovaného, přičemž v napadeném rozsudku uvedl, že i podle nového ZVZ stěžovatel naplňuje podmínky definice veřejného zadavatele, a proto se čl. 40 odst. 6 Listiny na danou věc neuplatnil.

Dříve než se zdejší soud zabýval výkladem samotné definice, považoval za nutné vypořádat se s otázkou oprávněnosti aplikace čl. 40 odst. 6 Listiny na daný správní delikt, který svou povahou spadá do kategorie jiných správních deliktů.

Tento článek stanoví, že „trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější“. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002 - 27, publikovaném pod č. 461/2005 Sb. NSS, bylo rozhodnuto, že „ústavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty.“ Vzhledem k tomu, že se v citovaném rozsudku jednalo o správní delikt spáchaný právnickou osobou, je zřejmé, že se judikatura Nejvyššího správního soudu přiklání k extenzivnímu výkladu trestnosti v čl. 40 odst. 6 Listiny, což je i v souladu s judikaturou Ústavního soudu (k tomu srovnej například nálezy Ústavního soudu ze dne 13. 6. 2002, sp. zn. III. ÚS 611/01, nebo nálezy ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05). Z daného vyplývá, že je nutno aplikovat citovaný článek i na nyní projednávaný případ. Lze tedy souhlasit s krajským soudem, že zodpovězení otázky, zda stěžovatel je zadavatelem i podle nového ZVZ, je pro posouzení daného případu skutečně klíčové, neboť v případě, že by se dospělo k závěru, že stěžovatel není podle nového ZVZ veřejným zadavatelem, postup žalovaného při rozhodování v dané věci by byl nezákonný, jelikož žalovaný vůbec ve svém rozhodnutí aplikaci čl. 40 odst. 6 Listiny nezohlednil, ačkoli tak učinit měl.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu s ohledem na právní úpravu nového ZVZ a dospěl k závěru, že s některými aspekty odůvodnění napadeného rozsudku se nelze ztotožnit. Toto stanovisko zdejší soud zdůvodňuje následovně.

Z ustanovení § 2 starého ZVZ vyplývá, že podle citovaného zákona postupují tito zadavatelé veřejných zakázek: a) veřejný zadavatel, kterým je 1. Česká republika, 2. státní příspěvková organizace, 3. územní samosprávný celek a v případě hlavního města Prahy a statutárních měst též městský obvod nebo městská část, a jimi řízené a zřizované příspěvkové organizace, 4. Pozemkový fond České republiky, státní fond, Česká národní banka, Český rozhlas, Česká televize, Česká konsolidační agentura, zdravotní pojišťovna, dobrovolný svazek obcí a jiná právnická osoba, pokud byla zřízena zákonem nebo na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu a je financována převážně veřejnými zadavateli, nebo je veřejnými zadavateli řízena nebo veřejní zadavatelé jmenují více než polovinu členů v jejím správním, řídicím nebo kontrolním orgánu, b) jiná právnická nebo fyzická osoba, zadává-li zakázku na dodávky, služby nebo stavební práce, která je z více než 50 % financována veřejným zadavatelem, nebo c) podnikatel, jestliže je ovládán veřejným zadavatelem, nebo jehož podnikání je podmíněno udělením oprávnění, které mu poskytuje zvláštní nebo výhradní práva, a vykonává některou z činností uvedených v § 3.

Z nového ZVZ a jeho ustanovení § 2 upravujícího definici veřejného zadavatele vyplývá, že zadavatelem veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona

považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel, přičemž veřejným zadavatelem je Česká republika, státní příspěvková organizace, územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek nebo jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň 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.

Z výše uvedeného je zřejmé, že starý ZVZ považuje za zadavatele právnickou osobu, která byla mimo jiné zřízena zákonem nebo na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu. Nový ZVZ byl v této části doplněn o dodatek, že tyto potřeby nemají mít průmyslovou nebo obchodní povahu. Z daného plyne, že dodatek „nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“ v definici veřejného zadavatele zakotvené v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. nového ZVZ okruh veřejných zadavatelů oproti definici veřejného zadavatele stanovené ve starém ZVZ zúžil. Je tedy možné, že tento dodatek ovlivnil statut stěžovatele, a proto je nutno tuto otázku posoudit.

Nejvyšší správní soud má za to, že není pochyb o tom, že stěžovatel, jako právnická osoba, potřeby ve veřejném zájmu uspokojoval, a to jak v době zřízení, tak v době předmětné, což pramení především z toho, že vedle jiných služeb poskytoval také služby v oboru lázeňství. S námitkou stěžovatele, že neuspokojoval potřeby ve veřejném zájmu, se tedy zdejší soud neztotožňuje. Veřejný zájem je nutno chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný zájem či obecně prospěšný zájem (k tomu srovnej nálezy Ústavního soudu ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95). Zdraví patří k prioritním hodnotám nejen jednotlivce, ale i rodiny a celé společnosti, je základním předpokladem jejich sociální a ekonomické úspěšnosti a podmínkou jejich kvality života. Je tedy zřejmé, že zdraví je zájmem obecně prospěšným. Účelem lázeňství je zlepšování zdravotního stavu lidí, přičemž není pochyb o tom, že naplňování takového účelu je uspokojováním potřeb ve veřejném zájmu. Přestože Nejvyšší správní soud dospěl k tomuto závěru na základě odlišné argumentace než krajský soud v napadeném rozsudku, nemění to nic na tom, že ve výsledku se oba soudy shodly, že poskytováním služeb v oboru lázeňství jsou uspokojovány potřeby ve veřejném zájmu. Otázkou však zůstává, zda tyto potřeby mají či nemají obchodní nebo průmyslovou povahu.

Krajský soud vychází z judikatury Evropského soudního dvora dospěl k závěru, že klíčovými právními a skutkovými okolnostmi, jejichž zohlednění je nutné k posouzení povahy potřeb uspokojovaných stěžovatelem a podle nichž lze dospět k závěru, že se v případě potřeb uspokojovaných stěžovatelem jedná o potřeby, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jsou okolnosti zřízení

stěžovatele (státem), výkon kontroly nad jeho činností (státem), použití prostředků z veřejného zdravotního pojištění na úhradu části jeho činností a nikoli primárně ekonomický cíl stěžovatelovy činnosti (cílem je podle krajského soudu reprezentativní v kombinaci se zájmem státu o zajištění kontroly nad činností, jež pro stát či pro některý z jeho regionů může být považována za příznačnou).

Nejvyšší správní soud neshledal, že by v důsledku uvedených relevantních skutečností mohl být učiněn tak jednoznačný závěr, že se v daném případě jedná o potřeby nemající průmyslový nebo obchodní charakter.

Je sice pravdou, že stěžovatel byl zřízen státem, což vyplývá ze zápisu v obchodním rejstříku, kde je uvedeno, že dne 1. 3. 1999 založil Fond národního majetku ČR (dále jen „FNM“) jako jediný zakladatel na základě notářského zápisu sepsaného dne 24. 3. 1999 akciovou společností THERMAL-F, a.s., bez výzvy k upsání akcií. Po zrušení FNM byl všechen jeho majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem stěžovatele se tak stalo Ministerstvo financí ČR. Nejvyšší správní soud vycházející ze správního a soudního spisu však neshledal, že by stát v době předmětné, přestože byl stoprocentním akcionářem, jakýmkoliv způsobem do činnosti stěžovatele aktivně zasahoval či ho finančně podporoval. Podle judikatury Evropského soudního dvora je mezi relevantními okolnostmi pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele skutečně uváděna okolnost zřízení subjektu, jak ji uvádí i krajský soud, nicméně je zároveň považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu vykonávána v předmětné době (k tomu srovnej rozsudky Soudního dvora ES ze dne 10. dubna 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, Sb. rozh. s. I-2339, ze dne 22. května 2003, *Korhonen a další*, C-18/01, Recueil, s. I-5321, či ze dne 27. února 2003, ve věci *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, Recueil, s. I-01931). Zdejší soud nezastává názor, že by se pouze na základě toho, že stát je zřizovatelem a jediným akcionářem stěžovatele, mohlo dospět k závěru, že potřeby, které stěžovatel uspokojuje, mají povahu jinou než obchodní či průmyslovou. Pouhá skutečnost, že stoprocentním akcionářem stěžovatele je stát, který je ze zákona veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. a) nového ZVZ, neznamená, že by měl být považován za veřejného zadavatele také. Tento závěr lze dovodit také z rozsudku Soudního dvora ES ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C – 44/96, Recueil, s. I-00073, ve kterém je uvedeno, že za veřejnoprávní subjekt či veřejného zadavatele nemůže být nějaká společnost označena pouze proto, že jejím většinovým vlastníkem je veřejný zadavatel, nebo že na tuto společnost byly převedeny prostředky, které veřejný zadavatel získal činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu (překlad Nejvyššího správního soudu). Zdejší soud má za to, že je třeba v souvislosti s okolnostmi zřízení důkladně zkoumat a vzájemně porovnat podmínky, za nichž je činnost konkrétního subjektu vykonávána v předmětné době. Především je nutno zjistit, zda si stát vyhradil kontrolu podnikatelské činnosti subjektu, je-li patrný zájem

státu na jeho rozvoji spočívající například ve státních dotacích stěžovatele, zda se stát aktivně podílí na podnikatelské činnosti subjektu atd.

Podle krajského soudu si stát kontrolu nad činností stěžovatele vyhradil. To zdůvodňuje za prvé tím, že stát je jediným akcionářem, za druhé tím, že stěžovatel působí v rámci trhu s výraznými státními ingerencemi. Podle Nejvyššího správního soudu však v daném případě stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně do činnosti stěžovatele zasahoval či jej finančně podporoval, nebo si ponechával nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice zásadní vliv. Nejvyšší správní soud si není ani vědom, že by trh, na kterém stěžovatel působí, tedy hospodářský trh s lázeňskými službami, byl trhem s výraznými ingerencemi státu, jak tvrdí krajský soud. Zdejší soud proto považuje za nutné znovu přezkoumat a zdůvodnit, jakým způsobem stát do předmětného trhu zasahuje, v čem konkrétně krajský soud výrazné ingerence státu spatřuje a jaký mají tyto ingerence vliv na posouzení povahy potřeb ve smyslu neprůmyslové či neobchodní povahy, a to s ohledem na další relevantní právní a skutkové okolnosti. Podle Nejvyššího správního soudu je třeba při těchto úvahách odlišit ingerence státu ve smyslu konkrétním (zasahování do podnikatelské činnosti konkrétního subjektu) a ingerence ve smyslu obecném (obecná kontrola státu ve veřejném zájmu nad činností všech zdravotnických zařízení za účelem zaručení určité kvality jimi poskytovaných služeb, spočívající v kontrole nad dodržováním zákonem stanovených podmínek pro provoz zdravotnických zařízení a výkonem zdravotnických služeb).

Zdejší soud nepovažuje za přesvědčivou ani argumentaci krajského soudu, že skutečnost, že část činnosti stěžovatele je hrazena z veřejného zdravotního pojištění, podporuje závěr, že potřeby uspokojované stěžovatelem mají jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu. Nejvyšší správní soud vychází z toho, že platby za úhradu zdravotní péče v rozsahu poskytovaném na základě všeobecného zdravotního pojištění podle smluv uzavřených se zdravotnickými zařízeními jsou výdaji zdravotní pojišťovny a její příjmy zahrnují zejména platby pojistného od pojištěnců, zaměstnavatelů a státu. Úhrada poskytnuté zdravotní péče v systému zdravotního pojištění je založena na vzájemném plnění – poskytování zdravotní péče pojištěncům zdravotní pojišťovny zdravotnickým zařízením oproti úhradě nákladů s tím spojených zdravotní pojišťovnou. Samotná skutečnost, že na základě smluv uzavřených dle zákona o veřejném zdravotním pojištění se převážně realizuje poskytování a úhrada zdravotní péče, a že jejich prostřednictvím tak dochází k uspokojování veřejných potřeb, neznamená, že vztahy těmito smlouvami založené mají veřejnoprávní charakter. Žádná ze smluvních stran totiž nemá vrchnostenské postavení a jen samotná skutečnost, že předmětem těchto smluv jsou statky, na jejichž zachování a rozvíjení má stát natolik intenzivní zájem, že nařizuje a určuje jejich přerozdělování a které jsou hrazeny z veřejných rozpočtů, neposouvají tyto smlouvy do roviny veřejného práva, jak by tomu bylo u smluv

veřejnoprávních. Na základě toho se zdejší soud ztotožňuje s názorem stěžovatele, že jeho vztahy se zdravotními pojišťovnami jsou obchodního charakteru, což zdejší soud považuje za skutečnost, která nepochybně nepodporuje povahu uspokojovaných potřeb nemajících průmyslovou nebo obchodní povahu. Na daném nic nemění ani to, že je to stát, kdo rozhoduje o určení toho, které služby budou z veřejného zdravotního pojištění hrazeny, neboť toto určení se shodně dotýká všech subjektů provozujících zdravotnické služby, které jsou oprávněny na základě smluv se zdravotními pojišťovnami domáhat se úhrady poskytnutých služeb z veřejného zdravotního pojištění.

Nejvyšší správní soud dále dodává, že je nutno při zvažování povahy potřeb brát zřetel na to, že stěžovatel je nestátním zdravotnickým zařízením - právnickou osobou, která jedná samostatně, jako každá jiná obchodní společnost, a ze správního či soudního spisu není patrné, jak již bylo mnohokrát podotknuto, že by stát do činnosti stěžovatele jakkoli zasahoval či stěžovatele finančně podporoval. Navzdory tomu, že je stát stoprocentním akcionářem stěžovatele, nemá stěžovatel statut státního zdravotnického zařízení, o jehož statutu veřejného zadavatele by nebylo pochyb. Dle § 11 odst. 1 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů, zdravotní péči poskytují zdravotnická zařízení státu, obcí, fyzických a právnických osob. Z § 2 odst. 1 zákona č. 160/1992 Sb., o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon č. 160/1992 Sb.), vyplývá, že nestátním zdravotnickým zařízením se rozumí jiné zdravotnické zařízení, než zdravotnické zařízení státu. Stěžovatel je právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku, poskytující zdravotní péči. Z daného tedy skutečně jednoznačně vyplývá, že stěžovatel je nestátním zdravotnickým zařízením, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž „soutěží“ o své klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že stěžovatel není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu předmětných zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění. Všechny fyzické a právnické osoby mají možnost v souladu se shora uvedeným zákonem č. 160/1992 Sb. získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vymezených v § 9 citovaného zákona, které se vztahují k osobě provozovatele, a to jak z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti, tak i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídající druhu a rozsahu zdravotní péče poskytované příslušným zařízením podle zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Podle § 17 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, mají nestátní zdravotnická zařízení možnost za zákonem stanovených podmínek uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami. S ohledem na právě predestinované zdejší soud opakuje, že není pochyb o tom, že stěžovatel je subjektem působícím v hospodářské soutěži, přestože na zcela specifickém relevantním trhu, kterým je trh s lázeňskými

službami. Není ani pochyb o tom, že na tomto specifickém trhu působí za stejných podmínek, jako ostatní subjekty, které poskytují stejné či zaměnitelné služby, a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.

Podle judikatury Evropského soudního dvora skutečnost, že subjekt provozuje svoji činnost v rámci hospodářské soutěže, sama o sobě nemůže vést k závěru, že daný subjekt naplňuje potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou nebo obchodní povahu (k tomu srovnej rozsudek ze dne 27. 2. 2003 ve věci *Adolf Truley GmbH*, C - 373/00, Recueil, s. I-01931), neboť i přesto, že určitý subjekt působí v hospodářské soutěži, je financován a kontrolován státem, územními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, může se v rámci svého výběru rozhodovat podle jiných než ekonomických kritérií (k tomu srovnej rozsudek ze dne 10. 11. 1998 ve věci *BFI Holding*, C - 360/96, Recueil, s. I-06821). Nicméně okolnost, že subjekt působí v hospodářské soutěži, je významným indikátorem toho, že by se o potřeby mající průmyslovou nebo obchodní povahu jednat mohlo (k tomu srovnej rozsudek ze dne 22. 5. 2003 ve věci *Korhonen a další*, C - 18/01, Recueil, s. I-5321 a rozsudek ze dne 10. 11. 1998 ve věci *BFI Holding*, C - 360/96, Recueil, s. I-06821), což je nutno při úvahách o povaze uspokojovaných potřeb jako relevantní skutečnost zohlednit.

Nejvyšší správní soud ve světle výše uvedeného konstatuje, že v případě zjištění, že subjekt vykonává svou činnost v hospodářské soutěži, je nutno zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu potvrdí, či vyvrátí. V souvislosti s tím je nutno především posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při své činnosti rozhoduje. Jednalo-li by se o účel dosažení zisku a kritéria ekonomická, má zdejší soud za to, že je jen velmi málo pravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. Okolnost toho, že subjekt svou činnost provozuje výlučně za účelem zisku, je skutečností, jež je nutno při úvaze o jeho charakteru v souvislosti se statutem veřejného zadavatele vždy zohlednit, což lze vyvodit z rozsudku Soudního dvora ES ze dne 11. 6. 2009 ve věci *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopedie Schuhtechnik proti AOK Rheinland/Hamburg*, C - 300/07 (dosud neuvedena strana ve Sbírce rozhodnutí), ve kterém je uvedeno, že „dotčené veřejné zdravotní pojišťovny jsou totiž právníckými osobami veřejného práva, jsou vytvořeny zákonem výslovně k plnění potřeb souvisejících s veřejným zdravím, což jsou potřeby obecného zájmu, a tyto potřeby mají jinou povahu než průmyslovou nebo obchodní, jelikož služby jsou takovými pokladnami poskytovány s neziskovým cílem“. Z daného a *contrario* vyplývá, že poskytování služeb s cílem dosažení zisku v posuzování povahy uspokojovaných potřeb zaujímá velmi důležitou roli.

Podle krajského soudu stěžovatel vykonává svou činnost za nikoli primárně ekonomickým cílem. Primárním účelem činnosti stěžovatele je podle něj cíl reprezentativní v kombinaci se zájmem státu o zajištění kontroly nad činností, jež je pro stát či pro některý z jeho regionů považována za příznačnou. Ze soudního a správního spisu není však patrné, že by stát považoval stěžovatelovu činnost za natolik významnou, že by se na jeho činnosti v tomto smyslu aktivně podílel, aby mohl být takový závěr učiněn. Proto zdejší soud považuje za nezbytné znovu přezkoumat, za jakým primárním účelem stěžovatel svou činnost poskytuje. Navíc Nejvyšší správní soud upozorňuje v souvislosti s tvrzením, že primárním účelem činnosti stěžovatele je „reprezentace státu či regionu“, že je třeba zohlednit z obchodního rejstříku patrný záměr FNM v roce 1993 prodat předmětný subjekt soukromé společnosti JASMÍN, s. r. o. Je totiž otázkou, zda v případě primárního reprezentativního cíle činnosti stěžovatele by se stát takový subjekt prodat vůbec kdy snažil. Pokud se jedná o zájem státu na zajištění kontroly nad činností stěžovatele, k danému se zdejší soud vyjádřil již výše.

S ohledem na přdestřené Nejvyšší správní soud rozhodl, že je nutno, aby krajský soud znovu přezkoumal povahu předmětných potřeb. V souladu s judikaturou Evropského soudního dvora je třeba při zvažování toho, zda dotčený subjekt veřejným zadavatelem je, či nikoli, zohlednit veškeré relevantní právní a skutkové okolnosti, přičemž má zdejší soud za to, že následně je nutno provést poměrný test významu jednotlivých skutečností s ohledem na konkrétní dotčený subjekt a okolnosti, za nichž svou činnost vykonává. Přesto, že krajský soud v daném případě respektoval tento „návod“ vycházející z judikatury Evropského soudního dvora, zdejší soud dospěl k závěru, že jeho posouzení předmětné právní otázky nebylo na základě výše uvedeného ve všech ohledech správné, ani dostatečné.

Při svém dalším posuzování je třeba, aby krajský soud zohlednil výše uvedené úvahy Nejvyššího správního soudu v souladu s § 110 odst. 3 s. ř. s. Především zdejší soud zdůrazňuje, že je nutno, aby krajský soud znovu posoudil skutečnost, za jakým účelem stěžovatel primárně svou činnost v předmětné době provozoval a tuto skutečnost zohlednil ve vztahu s okolností, že stěžovatel je subjektem hospodářské soutěže. V tomto ohledu pak považuje zdejší soud v souladu s rozsudkem Soudního dvora ES ze dne 22. května 2003, *Korhonen a další*, C - 18/01, Recueil, s. I-5321, za nutné zohlednit i to, zda stěžovatel nese ztráty vzešlé ze své činnosti, či nikoli. Nejvyšší správní soud má v souladu s citovaným rozsudkem Evropského soudního dvora za to, že kdyby krajský soud v dalším řízení zjistil, že stěžovatel provozuje svoji činnost primárně za účelem dosažení zisku, jak tvrdí stěžovatel, a že nese ztráty vzešlé ze své činnosti, tyto skutečnosti, v souvislosti s působením stěžovatele v rámci hospodářské soutěže za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu, by byly natolik příznačné pro povahu uspokojování potřeb, které mají průmyslovou nebo

obchodní povahu, že by bylo jen velmi málo pravděpodobné, že by tyto potřeby byly takového charakteru, jak stanoví § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ.

S ohledem na závěry výše přdestřené Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

V novém řízení krajský soud v souladu s § 110 odst. 2 s. ř. s. rozhodne rovněž o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 10. září 2009

JUDr. Radan Malík
předseda senátu