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, 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 žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 4. 2010, č. j. 62 Ca 12/2008 - 199,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Včas podanou kasační stížností se žalovaný (dále jen „stěžovatel“) domáhá zrušení shora uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 12. 2007, č. j. R129/2007/02-22149/2007/310-Hr, a věc mu byla vrácena k dalšímu řízení. Uvedeným rozhodnutím předseda žalovaného 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 ve své kasační stížnosti uplatnil důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s."), tj. nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.

Konkrétně stěžovatel uvádí, že se neztotožňuje s názorem krajského soudu, že by žalobce nenaplňoval definici veřejného zadavatele z hlediska všech zákonných požadavků. Za stěžejní považuje zodpovězení otázky, zda činnost žalobce má nebo nemá průmyslovou nebo obchodní povahu. Nejvyšší správní soud zavázal krajský soud k přezkoumání otázky ingerence státu v rámci předmětu plnění a to z hlediska podílu na činnosti žalobce, i z hlediska finančního. K hledisku ingerence státu v rámci činnosti žalobce stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že by stát aktivně nezasahoval do činnosti žalobce a že by nevykonával kontrolu nad jeho činností. Vzhledem k tomu, že předmět činnosti (lázeňské služby) jsou v daném případě vykonávány ve veřejném zájmu, je nutné posuzovat tyto činnosti jako činnosti, nad kterými si stát ponechává svoji kontrolu. V této souvislosti stěžovatel uvádí, že systém zdravotního pojištění je totiž vyjádřením zájmu státu na regulaci zdravotní péče, který má zajišťovat její kvalitu a dostupnost. Stát tedy vykonává svůj vliv zprostředkovaně, prostřednictvím pojišťoven, které také nadstandardně kontroluje, a v tomto ohledu je soutěžní prostředí limitováno. Žalobce v této části své činnosti nepůsobí na plně tržním prostředí. Stěžovatel nesouhlasí ani s tvrzením, že smlouvy, které žalobce uzavírá se zdravotními pojišťovnami, mají čistě obchodní charakter. Dle stěžovatele právě tyto smlouvy vyjadřují kontrolu státu nad činností daného subjektu, přičemž systém zdravotních pojišťoven je nastaven tak, že tyto pojišťovny si samy vybírají, s kým uzavřou předmětné smlouvy o vzájemném plnění, a proto nelze hovořit o volné soutěži. Ingerenci státu spatřuje stěžovatel rovněž v tom, že činnost zdravotních pojišťoven ze zákona podléhá kontrole státních orgánů České republiky.

K otázce, zda mají platby za úhradu zdravotní péče veřejnoprávní povahu či nikoli, stěžovatel uvádí, že v případě zdravotního pojištění se nejedná o dobrovolnou platbu, ale jde o povinný odvod, jehož výše i způsob vybírání jsou stanoveny a podrobně upraveny příslušným zákonem, přičemž přestože není činnost zdravotní pojišťovny hrazena ze státního rozpočtu, je její financování bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění podle zákona o pojistném. Nelze tedy říci, že by zdravotní pojišťovna byla při svém financování nezávislá na státu, neboť stát určuje jak výši pojistného, tak i reguluje způsob hospodaření s vybraným pojistným. Stěžovatel dále pokračuje, že nemůže být zpochybněn určitý vliv státu z hlediska jeho 100% účasti na vlastnictví žalobce, když stát jmenuje jeho řídící orgány a podílí se na jeho majetkové účasti z hlediska vkladu peněžitého i nepeněžitého základního kapitálu.

Na závěr stěžovatel upozorňuje na to, že se krajský soud nedostatečně vypořádal s otázkou definice zadavatele ve vztahu k judikatuře Soudního dvora ES. Dle něj z judikatury tohoto soudu vyplývá, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele v plném rozsahu své činnosti. V daném případě, jak bylo konstatováno také krajským soudem a Nejvyšším správním soudem, je podmínka výkonu činnosti ve veřejném zájmu bezpochyby naplněna, přičemž dle vyjádření žalobce činí výkon této činnosti 80 %. Vzhledem k této skutečnosti nemůže stěžovatel souhlasit s názorem, že by výkon obchodní činnosti, který je součástí činností žalobce, měl být důvodem, pro něž by žalobce nenaplňoval definici veřejného zadavatele, přičemž dle stěžovatele tento závěr vyplývá z judikátu Soudního dvora ES ve věci Mannesmann Anlagenbau ze dne 15. 1. 1998. Dále stěžovatel podotýká, že dle judikatury uvedeného soudu, konkrétně rozsudku ze dne 22. 5. 2003, ve věci Arkkitenhtuuritoimisto Riiiita Korhonen Oy, C-18/01, je nutno při posuzování, zda uspokojování potřeb má průmyslový nebo obchodní charakter, zohlednit okolnosti, které převládaly, když byla společnost vytvořena, a podmínky, za nichž provozuje svoji činnost. Protože žalobce vykonává činnost ve veřejném zájmu, která činí 80 % jeho celkové činnosti, není pochyb o tom, že i dle tohoto judikátu jsou podmínky pro naplnění definice veřejného zadavatele naplněny.

Ve zbytku kasační stížnosti stěžovatel odkázal na text napadeného i prvostupňového rozhodnutí a navrhl zrušení napadeného rozsudku krajského soudu.

Žalobce se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

Ze správního a soudního spisu je patrno, 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 žalobce při zadání veřejné zakázky na halové a bezpečnostní služby (dále jen „zakázka“), neboť z dokumentace předložené na žádost pojal podezření, že žalobce postupoval při zadání předmětné zakázky nezákonně, neboť dokumentace, která měla doložit dodržení zákonného postupu žalobce při zadání veřejné zakázky, byla k dispozici pouze z části, na základě které nebylo možno postup žalobce přezkoumat. Z dané dokumentace pouze vyplývalo, že žalobce uzavřel se společností SBA - Expert, a. s. (dále jen „společnost SBA“), tři samostatné smlouvy ze dne 28. 4. 2006 tvořící předmětnou zakázku. Žalobce byl také poučen o vedení správního řízení podle starého ZVZ s ohledem na § 158 nového ZVZ.

Žalobce Úřadu sdělil, že žádné jiné dokumenty k doplnění či předložení nemá možnost zajistit. Po přezkoumání věci Úřad dospěl k závěru, že žalobce 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 žalobci uložil pokutu ve výši 100 000 Kč.

Proti výroku o výši pokuty brojil žalobce rozkladem, ve kterém tvrdil, že uložená částka je s ohledem na skutkový stav věci nepřiměřeně vysoká. Namítal, že Úřad nepřihlédl při svém rozhodování k velmi významné okolnosti spočívající v tom, že v okamžiku rozhodování o uložení pokuty byl již účinný zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „nový ZVZ“), podle kterého žalobce již nenaplňoval definici veřejného zadavatele. To znamená, že předmětné jednání žalobce, za něž byla pokuta uložena, by již podle nového ZVZ sankci nepodléhalo, neboť by žalobce za zadavatele nebyl vůbec považován. Žalobce podotkl, 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.

Stěžovatel rozkladu nevyhověl a potvrdil zákonnost postupu Úřadu i výši jím udělené pokuty. Zároveň vyjádřil názor, že zákonná definice zadavatele v novém ZVZ se neliší od zákonné definice ve starém ZVZ do té míry, že by zásadně statut žalobce jako zadavatele měnila. Proto se s námitkou žalobce, že podle nového ZVZ již nemá statut zadavatele, neztotožnil.

Proti rozhodnutí stěžovatele podal žalobce žalobu, v níž brojil proti rozhodnutí stěžovatele, že by měl povahu veřejného zadavatele i podle nového ZVZ. Krajský soud se ztotožnil s názorem stěžovatele a obsáhle zdůvodnil, proč žalobce i podle nového ZVZ zaujímá statut zadavatele. V rozsudku vycházel především z úvah, že povaha žalobce naplňuje všech pět podmínek, za nichž lze subjekt považovat za veřejného zadavatele, tj. žalobce je osobou právnickou, byl zřízen na základě zákona, účelem jeho zřízení je uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, přičemž tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a naposledy, že žalobce je financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem, nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán, či stát nebo jiný veřejný zadavatel jmenuje více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu. Konkrétně pak uvedl, že žalobce lze považovat za veřejného zadavatele, neboť byl zřízen státem, výkon nad činností žalobce provádí stát, žalobce využívá prostředky z veřejného zdravotního pojištění na úhradu své základní činnosti a není zde primárně ekonomický cíl žalobcovy činnosti (jedná se totiž o cíl reprezentativní v kombinaci se zájmem státu o zajištění kontroly nad jeho činností, jež pro stát či některý z regionů může být považována za příznačnou). Proto žalobu rozhodnutím ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 12/2008 - 61, zamítl.

Proti tomuto rozsudku krajského soudu podal žalobce kasační stížnost, ve které především namítal, že krajský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru, že i podle nového ZVZ naplňoval definici zadavatele. Žalobce trval na tom, že nebyl právnickou osobou, jež byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Žalobce k povaze svého statutu uvedl, že má za to, že přestože poskytuje služby veřejnosti, vykonává je ryze za účelem dosažení zisku, z čehož usuzoval, že tato jeho činnost má zcela a čistě obchodní povahu. Navíc poznamenal, že jeho činnost není financována státem ani jiným veřejným zadavatelem. Jeho příjmy z veřejného zdravotního pojištění za poskytování služeb pojištěncům zdravotních pojišťoven jsou zcela bagatelní k celkovým výnosům z hospodářské činnosti a jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost byla důvodná a rozsudek krajského soudu ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 12/2008 - 61, zrušil rozsudkem ze dne 10. 9. 2009, č. j. 9 Afs 111/2008 - 91. Věc krajskému soudu vrátil k novému řízení, přičemž svými názory v rozsudku uvedenými zavázal krajský soud pro nové řízení. Především dospěl k tomu, že bylo nutno znovu posoudit, zda uspokojování potřeb žalobcem je uspokojováním potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslový nebo obchodní charakter. V této souvislosti považoval zdejší soud 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. Za přesvědčivou Nejvyšší správní soud nepovažoval ani argumentaci krajského soudu, že skutečnost, že část činnosti žalobce je hrazena z veřejného zdravotního pojištění, měla podporovat závěr, že potřeby uspokojované stěžovatelem mají jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu. Nejvyšší správní soud zdůraznil, že je nutno znovu posoudit, za jakých okolností žalobce svou činnost provozuje, resp. za jakým účelem primárně svou činnost v předmětné době provozoval, a podle jakých kritérií se při své činnosti v rozhodné době řídil. V této souvislosti uvedl, že závěr, ke kterému krajský soud dospěje, je potom nutno zohlednit ve vztahu k okolnosti, že žalobce je subjektem hospodářské soutěže na relevantním trhu. Nejvyšší správní soud uzavřel, že 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 žalobce uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu.

V novém řízení krajský soud znovu přezkoumal skutkové a právní skutečnosti daného případu a na základě provedení nového důkazního řízení dospěl k závěru, že podmínka, že žalobce uspokojuje svou činností potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, není v daném případě naplněna. Zjistil totiž, že žalobce vykonává svou činnost sice ve veřejném zájmu,

nicméně za primárním účelem dosažení zisku jako subjekt relevantního hospodářského trhu, který se specificky vyznačuje tím, že je jeho činnost částečně hrazena z veřejného zdravotního pojištění. Jako takový subjekt pak nabízí své služby (stejné či zaměnitelné) jako ostatní subjekty tohoto relevantního trhu, přičemž žalobce má stejně jako tyto ostatní subjekty stejné možnosti uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných služeb z veřejného zdravotního pojištění. Navíc se v daném případě jednalo o bagatelní část činnosti žalobce takto hrazené. Krajský soud dále uvedl, že při zkoumání rozhodovacích postupů žalobce neshledal žádný specifický znak, jenž by byl příznačný pro subjekt veřejného práva, naopak je patrno, že se žalobce při své činnosti rozhodoval na základě podnikatelských principů směřujících primárně k dosažení zisku. Krajský soud dále konstatoval, že z dokazování před stěžovatelem, ani při novém dokazování během soudního jednání, nebyly zjištěny žádné ingerence státu, kterými by do činnosti žalobce aktivně zasahoval či jej finančně podporoval. Z výkazu zisku a ztrát za inkriminované roky 2005 a 2006 nevyplývá, že by Česká republika poskytla žalobci jakoukoli kompenzaci za jeho ztráty, ani že by se na žalobcově činnosti v souvislosti s kompenzací ztrát jakkoli podílela, z čehož je patrno, že ztráty nese sám. Žádné výhody žalobci na základě skutečnosti, že Česká republika je jediným jeho akcionářem, nevyplývají. Krajský soud své odůvodnění uzavřel tak, že žalobce vykonává potřebu, která má „běžnou“ průmyslovou nebo obchodní povahu, a jím vykonávaná činnost nevykazuje žádný znak takového charakteru, jak jej stanoví § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ, a proto na žalobce nelze podle nového ZVZ pohlížet jako na veřejného zadavatele. Ve světle předestřeného proto rozhodnutí stěžovatele zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

S tímto závěrem ovšem stěžovatel nesouhlasil a podal kasační stížnost z výše uvedených důvodů.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu z důvodů v této stížnosti uplatněných a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Nejvyšší správní soud při přezkoumání rozhodnutí krajského soudu zjistil, že krajský soud při svém rozhodování znovu posuzoval, zda žalobce naplňuje veškeré podmínky definující veřejného zadavatele podle nového ZVZ, které jsou stanoveny v § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ. Podle tohoto ustanovení za veřejného zadavatele je nutno, mimo veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. a), b) a c) nového ZVZ, považovat rovněž právnickou osobu, která byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a která je zároveň 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.

Spornou otázkou v daném případě je skutečnost, zda potřeby, jež žalobce uspokojoval v předmětné době ve veřejném zájmu, bylo lze rovněž považovat za potřeby nemající průmyslový nebo obchodní charakter. Z výše uvedeného vyplývá, že krajský soud po novém přezkoumání věci dospěl k závěru, že žalobce vykonává svou činnost primárně za účelem zisku, pohybuje se v rámci hospodářské soutěže za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu (poskytování služeb v lázeňství), přesto, že je stát 100% akcionářem žalobce, žalobce sám nese ztráty vzešlé ze své činnosti, působí jako „běžný“ podnikatelský subjekt a jako takový není nijakým způsobem ve své rozhodovací činnosti ovlivňován státem či jiným veřejným zadavatelem. Na základě toho pak dospěl k závěru, že potřeby, jež žalobce uspokojuje, resp. uspokojoval, nelze považovat za potřeby uspokojované ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Následkem toho dospěl rovněž k závěru, že žalobce nelze považovat podle nového ZVZ za veřejného zadavatele.

Stěžovatel v kasační stížnosti namítá, že nesouhlasí s názorem, že stát aktivně nezasahuje do činnosti žalobce a nevykonává kontrolu nad jeho činností. Naopak vzhledem k tomu, že předmět činnosti (lázeňské služby) jsou v daném případě vykonávány ve veřejném zájmu a jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění, je nutné je posuzovat jako činnosti, nad kterými si stát ponechává svoji kontrolu. V této souvislosti stěžovatel uvádí, že systém zdravotního pojištění je totiž vyjádřením zájmu státu na regulaci zdravotní péče, který má zajišťovat její kvalitu a dostupnost. Stát tedy vykonává svůj vliv zprostředkovaně, prostřednictvím pojišťoven, které také nadstandardně kontroluje, a v tomto ohledu je soutěžní prostředí limitováno. Žalobce v této části své činnosti nepůsobí na plně tržním prostředí. Stěžovatel nesouhlasí ani s tvrzením, že smlouvy, které žalobce uzavírá se zdravotními pojišťovnami, mají čistě obchodní charakter. Dle stěžovatele právě tyto smlouvy vyjadřují kontrolu státu nad činností daného subjektu, přičemž systém zdravotních pojišťoven je nastaven tak, že tyto pojišťovny si samy vybírají, s kým uzavřou předmětné smlouvy o vzájemném plnění, a proto nelze hovořit o volné soutěži. Ingerenci státu spatřuje stěžovatel rovněž v tom, že činnost zdravotních pojišťoven ze zákona podléhá kontrole státních orgánů České republiky.

Nejvyšší správní soud je toho názoru, že část výše uvedených námitek byla již v jeho předchozím rozsudku zodpovězena. Především se zdejší soud vyjádřil k otázce ingerence z pohledu toho, že se jedná právě o poskytování lázeňských služeb, i k otázce povahy smluv uzavíraných mezi subjekty lázeňské služby poskytujícími a zdravotními pojišťovnami. Tyto názory pak byly rovněž přejaty krajským soudem. V tomto ohledu proto Nejvyšší správní soud považuje tyto stížní námitky za nepřípustné, neboť podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. platí, že kasační stížnost je nepřípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem. Toto ustanovení tedy zajišťuje, aby se Nejvyšší správní soud nemusel znovu zabývat věcí, u které již jedenkrát svůj právní názor na výklad hmotného práva závazný pro nižší soud

vyslovil, a to v situaci, kdy se nižší soud tímto právním názorem řídil (k tomu srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 6. 2008, č. j. 2 Afs 26/2008 - 119). S ohledem na celé znění výše uvedeného odstavce obsahujícího dílčí námitky stěžovatele je však nutno se zabývat dosud nevypořádaným názorem stěžovatele uvedeným v kasační stížnosti, a to tím, zda kontrola státu nad zdravotními pojišťovnami je natolik limitující soutěžní prostředí, že by již nebylo lze o volné soutěži uvažovat. V této souvislosti Nejvyšší správní soud upozorňuje na to, že v daném případě není předmětem přezkumu povaha kontroly ze strany státu vůči zdravotním pojišťovnám, nýbrž vztahy zdravotních pojišťoven vůči nestátním zdravotnickým zařízením poskytujícím služby v oboru lázeňství, jejichž část je hrazena na základě obchodněprávních smluv mezi těmito subjekty a zdravotními pojišťovnami ze zdravotního pojištění. V této souvislosti má Nejvyšší správní soud za to, že kontrola zdravotních pojišťoven ze strany státu je kontrolou ve vztahu k žalobci obecnou, jedná se o kontrolu státu ve veřejném zájmu nad činností zdravotních pojišťoven za účelem zaručení určité kvality a účelnosti přerozdělování veřejných statků, která se však stejným způsobem dotýká ostatních subjektů předmětného relevantního trhu, a to jen v ohledu čerpání úhrad ze zdravotního pojištění. Stěžovateli nelze přisvědčit v tom, že by vliv státu zprostředkovaný prostřednictvím zdravotních pojišťoven bylo lze považovat za ingerenci státu takového charakteru, že by limitovala soutěžní prostředí, v němž se žalobce pohybuje, takovým způsobem, že by se nejednalo o volnou soutěž subjektů podnikajících za výše uvedených totožných podmínek. Povaha této kontroly ze strany státu nemá totiž charakter ingerence státu ve smyslu konkrétním (zasahování do podnikatelské činnosti konkrétního subjektu), přičemž Nejvyšší správní soud má za to, že jen existenci konkrétní kontroly nad subjektem by bylo nutno při úvahách o povaze soutěžního prostředí, potažmo o povaze žalobce ve prospěch naplnění definičního znaku veřejného zadavatele, zohlednit.

V této souvislosti je nutno zohlednit, že žalobce je nestátním zdravotnickým zařízením - právnickou osobou, která jedná samostatně, jako každá jiná obchodní společnost. 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. Žalobce je právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku, která poskytuje zdravotní péči, avšak 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. Navíc 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. Lze tedy konstatovat, že žalobce je subjektem působícím na zcela specifickém relevantním trhu, kterým je trh s lázeňskými službami, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž „soutěží" o své klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. 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. Na tom nic nemění skutečnost, že zdravotní pojišťovny podléhají státní kontrole, neboť předmětem přezkumu není vztah mezi státem a zdravotními pojišťovnami. Naopak, co se týká vztahu státu a žalobce, není ze správního a soudního spisu možno dovodit, že by žalobce podléhal státní kontrole ve smyslu konkrétního zasahování státu do jeho podnikatelské činnosti, která by spočívala v ovlivňování jeho rozhodování při vedení předmětného podniku ve veřejném zájmu. Naopak je patrno, že se žalobce o své činnosti rozhoduje sám a to zcela na základě běžných podnikatelských principů, ztráty svého hospodaření nese sám a svoji činnost vykonává primárně za účelem zisku. Je tedy nutno konstatovat, že Nejvyšší správní soud se zcela ztotožňuje se závěry krajského soudu, který dospěl k tomu, že ingerenci státu v daném případě nelze považovat za ingerenci takového charakteru, na základě níž by bylo nutno žalobce považovat za subjekt kontrolovaný jiným veřejným zadavatelem, zde státem, ve smyslu konkrétní kontroly. Stížní námitku o nesprávném posouzení povahy ingerence státu do činnosti žalobce vzhledem k jeho výkonu kontroly nad zdravotními pojišťovnami považuje Nejvyšší správní soud za nedůvodnou.

Stěžovatel dále k otázce, zda mají platby za úhradu zdravotní péče veřejnoprávní povahu či nikoli, uvádí, že v případě zdravotního pojištění se nejedná o dobrovolnou platbu, ale jde o povinný odvod, jehož výše i způsob vybírání jsou stanoveny a podrobně upraveny příslušným zákonem, přičemž přestože není činnost zdravotní pojišťovny hrazena ze státního rozpočtu, je její financování bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění podle zákona o pojistném a nelze tedy říci, že by zdravotní pojišťovna byla při svém financování nezávislá na státu, neboť stát určuje jak výši pojistného, tak i reguluje způsob hospodaření s vybraným pojistným, lze s tímto tvrzením souhlasit. To však nic nemění na tom, že určení toho, které služby budou z veřejného zdravotního pojištění hrazeny, se totožně dotýká všech subjektů provozujících lázeňské služby (tj. subjektů působících na předmětném relevantním trhu), které jsou oprávněny se na základě smluv se zdravotními pojišťovnami domáhat úhrady poskytnutých služeb z veřejného zdravotního pojištění, a že tuto formu kontroly ze strany státu

nelze považovat za kontrolu ve smyslu konkrétního vlivu státu na rozhodování žalobce při jeho podnikatelské činnosti. Z tohoto pohledu je pak rovněž zcela irelevantní, zda je část úhrady za lázeňské služby hrazena z veřejných zdrojů, či nikoli, neboť subjekty soutěžící na tomto relevantním trhu mají stejné možnosti získat klientelu přinášející platby pocházející z veřejného zdravotního pojištění. Ve světle předestřeného nelze vyhovět ani této stížní námitce.

Stěžovatel dále v kasační stížnosti upozornil na to, že nemůže být zpochybněn určitý vliv státu z hlediska jeho 100% účasti na vlastnictví žalobce, když stát jmenuje jeho řídící orgány a podílí se na jeho majetkové účasti z hlediska vkladu peněžitého i nepeněžitého základního kapitálu. K danému zdejší soud podotýká, že rovněž tato námitka byla již v předcházejících řízeních zodpovězena, a proto ji je nutno považovat za nepřípustnou z výše uvedených důvodů. Přesto Nejvyšší správní soud nad rámec doplňuje, že, jak již bylo uvedeno výše, pro posouzení povahy žalobce ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ je nutno *kumulativně* posoudit, zda byl žalobce založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň alternativně, zda je financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Pokud tedy potřeby, jež jsou žalobcem, resp. byly žalobcem v předmětné době uspokojovány, byly potřebami uspokojovanými ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou nebo obchodní povahu, potom v souladu s výše předestřeným nemůže Nejvyšší správní soud než konstatovat, že tento závěr, o němž navíc nemá zdejší soud pochyb, má ve vztahu k pouhé 100% akciové účasti státu na žalobci, která se nijak aktivně neprojevuje, za následek, že ani splnění ostatních definičních znaků veřejného zadavatele na věci nemůže nic změnit. Jistý vliv státu plynoucí z jeho 100% účasti na vlastnictví žalobce a jeho podíl na majetkové účasti z hlediska vkladu peněžitého i nepeněžitého základního kapitálu nemůže totiž s ohledem na ostatní skutkové a právní skutečnosti (žalobce se pohybuje na relevantním trhu, vykonává činnost primárně za účelem zisku, nese sám hospodářské ztráty) vyloučit skutečnost, že potřeby žalobcem uspokojované mají povahu průmyslovou nebo obchodní.

Na závěr se Nejvyšší správní soud musel vypořádat se stěžovatelovou stížní námitkou, že se krajský soud nedostatečně vypořádal s otázkou definice zadavatele ve vztahu k judikatuře Soudního dvora ES. Dle něj z judikatury tohoto soudu vyplývá, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele v plném rozsahu své činnosti. Stěžovatel upozorňuje, že v daném případě bylo konstatováno jak krajským soudem, tak Nejvyšším správním soudem, že podmínka výkonu činnosti ve veřejném zájmu naplněna byla, přičemž dle vyjádření žalobce činí výkon této činnosti 80 %. Vzhledem k této skutečnosti nemůže stěžovatel souhlasit s názorem, že by výkon obchodní činnosti, který je

součástí činností žalobce, měl být důvodem, pro něž by žalobce nenaplňoval definici veřejného zadavatele Při těchto úvahách stěžovatel odkázal na rozsudek Soudního dvora ES ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C – 44/96, Recueil, s. I-00073. Zdejší soud má za to, že stěžovatel toto tvrzení postavil na zcela zužujícím výkladu předmětného rozsudku Soudního dvora ES. Podle Nejvyššího správního soudu stěžovatel pominul skutečnost, že přestože je v tomto rozsudku vyjádřena úvaha, že pro posouzení povahy subjektu jako veřejného zadavatele je irelevantní, pokud je činnost subjektu související s naplňováním veřejných potřeb pouze relativně malým výsekem ze širšího spektra aktivit daného subjektu, je nutno dané posuzovat v kontextu dalších požadavků na uspokojované potřeby, tj. na požadavek, že potřeby takto posuzované musejí být nejen uspokojovány ve veřejném zájmu, nýbrž musejí být vždy také neprůmyslové nebo neobchodní povahy. Potřeby ve veřejném zájmu, které byly jen v malé míře uspokojovány subjektem daného případu vedeného u Soudního dvora ES vedle ostatních obchodních činností, byly rovněž potřeby, které neměly průmyslovou nebo obchodní povahu (odst. 24 citovaného rozsudku). A právě v tom zdejší soud spatřuje diametrální rozdíl od právě projednávaného případu, v němž krajský soud dospěl k závěru, že potřeby žalobcem uspokojované sice byly uspokojovány ve veřejném zájmu, nicméně měly povahu průmyslovou nebo obchodní v celém svém rozsahu. Rovněž ze systematiky ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ (které odpovídá zněním směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES, ale rovněž staršímu znění směrnic Rady 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS) vyplývá, že pro posouzení povahy subjektu ve výše uvedeném smyslu tento subjekt musí mimo jiné splňovat jak podmínku, že je právnickou osobou, která byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, tak že tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Z právě předestřeného tedy a contrario vyplývá, že pokud potřeby uspokojované určitou právnickou osobou mají průmyslovou a obchodní povahu, je zcela irelevantní, že činnost vykonávaná ve veřejném zájmu je zastoupena 90% či 5%. Proto zdejší soud neshledal ani tuto námitku stěžovatele za důvodnou.

Stěžovatel je dále toho názoru, že jím uvedené potvrzuje také rozsudek ze dne 22. 5. 2003 ve věci *Korhonen a další*, C – 18/01, Recueil, s. I-5321. Navíc z daného rozsudku dle stěžovatele vyplývá, že při posuzování, zda uspokojování potřeb má průmyslový nebo obchodní charakter, je nutno zohlednit okolnosti, které převládaly, když byla společnost vytvořena, a podmínky, za nichž provozuje svoji činnost. Stěžovatel v souvislosti s judikaturou Soudního dvora ES požadoval, aby se Nejvyšší správní soud těmito judikáty ve vztahu ke klíčové otázce definice veřejného zadavatele podrobně zaobíral. Zdejší soud má za to, že ve svém rozsudku ze dne 10. 9. 2009, č. j. 9 Afs 111/2008 - 91, dostatečně při svém rozhodování judikaturu Soudního dvora ES zohlednil, a právě na základě v ní uvedených závěrů při svém rozhodování postupoval. Stejně tak postupoval také krajský soud.

V posledně citovaném rozsudku Soudního dvora ES bylo uvedeno, že s ohledem na ustálenou judikaturu tohoto soudu se status veřejnoprávního subjektu neodvíjí od toho, jakou výseč z činnosti tohoto subjektu představuje naplňování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu. Rozsudek v této souvislosti odkazuje na výše citovaný rozsudek Soudního dvora ES ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C – 44/96, Recueil, s. I-00073, konkrétně na jeho body 25, 26 a 31; a dále na rozsudky ze dne 10. 11. 1998, ve věci *BFI Holding*, C - 360/96, Recueil, s. I-06821, body 55 a 56; a ze dne 27. 2. 2003, ve věci *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, Recueil, s. I-01931, bod 56. Nejvyšší správní soud v této souvislosti plně odkazuje na své odůvodnění v předchozích odstavcích. Ve vztahu ke zbývajícímu tvrzení, že pro zjištění, zda uspokojování potřeb má průmyslový nebo obchodní charakter, je nutno zohlednit okolnosti, které převládaly, když byla společnost vytvořena, a podmínky, za nichž provozuje svoji činnost, zdejší soud konstatuje, že z rozsudku krajského soudu je patrno, že se vyčerpávajícím způsobem všemi právními a skutkovými okolnostmi relevantními pro posuzování klíčové otázky povahy žalobce ve vztahu k novému ZVZ zabýval. Ve svém rozsudku pak podrobně rozebral jak okolnosti zřízení (založení) žalobce, tak okolnosti, za nichž žalobce v inkriminované době předmětné potřeby uspokojoval. Takový postup je rovněž zcela v souladu se závěry uvedenými právě v rozsudku Soudního dvora ES ze dne 22. 5. 2003 ve věci *Korhonen a další*, C - 18/01, Recueil, s. I-5321, ve kterém se předmětný soud zabýval otázkou, zda akciová společnost Taitotalo byla v daném případě založena za specifickým účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Za problematické v daném případě Soudní dvůr ES pokládal posouzení toho, zda společností uspokojované potřeby v obecném zájmu jsou potřebami, které nemají výlučně obchodní nebo průmyslový charakter. V tomto konkrétním případě neposkytl předmětný soud žádnou konkrétní odpověď, nýbrž „návod“ k posouzení pro národní soud, když uvedl, že *potřeby v obecném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jsou obecně takové potřeby, jež jsou uspokojovány jinak než prostřednictvím dostupnosti zboží a služeb na trhu, a z toho důvodu, že jejich uspokojování je nahlíženo jako obecný zájem, se stát rozhodl sám tyto úkoly vykonávat nebo si nad jejich vykonáváním alespoň podržet potřebnou kontrolu. Při posuzování toho, zda se jedná o takové potřeby v obecném zájmu, musejí být brány do úvahy všechny relevantní právní i faktické skutečnosti, jako např. konkrétní okolnosti převažující v době, kdy byl daný subjekt zakládán, a podmínky, za kterých vykonává svou aktivitu. Obzvláště musí být zohledněno, zda daný subjekt vykonává svou činnost v podmínkách hospodářské soutěže, neboť existence takové soutěže může indikovat, že obecná potřeba má průmyslový nebo obchodní charakter. Pokud daný subjekt působí v normálních tržních podmínkách, jeho cílem je vytváření zisku a nese ztráty vzešlé ze své činnosti, je jen velmi málo pravděpodobné, že potřeby, které uspokojuje, jsou takových kvalit, jak uvádí směrnice, tedy nejsou obchodní ani průmyslové povahy. Za takových okolností není použití dané směrnice na daný případ nutné, neboť subjekt jednající za účelem vytvoření zisku a nesoucí sám ztráty vzešlé z vlastní podnikatelské činnosti nebude zpravidla vést zadávací řízení za podmínek, které by nebyly z ekonomického hlediska*

opodstatněné. Soudní dvůr ES tak v daném případě uzavřel, že pro odpověď na otázku týkající se povahy potřeb uspokojovaných předmětným subjektem je stěžejní posoudit okolnosti, které převládaly v době založení společnosti a které doprovázely její činnost. Vzít v potaz je nutno především to, že společnost nebyla založena primárně za účelem vytváření zisku a že zcela sama nenese náklady související se svou činností, stejně jako je nutno zohlednit jakékoli financování její činnosti z veřejných zdrojů (viz body 55 až 59 rozsudku).

Zdejší soud má za to, že se krajský soud dostatečně závěry v tomto rozhodnutí uvedenými zabýval a zohlednil návod v předmětném rozsudku nastíněný. Patrno je to především z odůvodnění jeho rozsudku, kde se podrobně zabýval otázkou zřízení žalobce a charakterem jeho činnosti v inkriminované době (str. 7 rozsudku). Dále se krajský soud podrobně na str. 9 odůvodnění svého rozsudku zabýval ve smyslu citovaného rozhodnutí Soudního dvora ES skutečností, zda žalobce uspokojuje potřeby primárně za účelem zisku, a rovněž skutečností, zda žalobce provozuje svoji činnost v rámci hospodářské soutěže. V neposlední řadě se zabýval také tím, zda žalobce nesl ztráty vzešlé ze své činnosti či nikoli. Dospěl přitom k závěru, že žalobce provozuje svoji činnost primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzešlé ze své činnosti a působí v rámci hospodářské soutěže za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu a přesto, že byl zřízen státem a stát je 100% akcionářem žalobce, není ovlivňován kontrolními ani finančními ingerencemi státu.

Nejvyšší správní soud napadený rozsudek soudu přezkoumal a ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, proto ji podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. O věci přitom rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 1 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel v soudním řízení úspěch neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Účastníkovi řízení podle obsahu spisu žádné náklady řízení nevznikly, proto soud rozhodl tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 21. října 2010

JUDr. Radan Malík
předseda senátu