

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Barbary Pořízkové a JUDr. Petra Mikeše, Ph.D., v právní věci žalobkyně: **Vojenská zdravotní pojišťovna České republiky**, se sídlem Drahobejlova 1404/4, Praha 9, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 5. 1. 2015, č. j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 7. 2016, č. j. 62 Af 13/2015 - 147,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 7. 2016, č. j. 62 Af 13/2015 - 147, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Včas podanou kasační stížností napadla žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) shora označený rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), jímž byla zamítnuta její žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 5. 1. 2015, č. j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy, kterým byl zamítnut její rozklad proti rozhodnutí žalovaného ze dne 25. 3. 2014, č. j. ÚOHS-S474/2013/VZ-6346/2014/523/Opi.

[2] Posledně zmíněným správním rozhodnutím žalovaný stěžovatelce uložil pokutu ve výši 1 800 000 Kč dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v rozhodné době (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Stěžovatelka dostala pokutu za svá jednání, která se uskutečnila v roce 2011 a v roce 2012. V roce 2011 uzavřela čtyři smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení, které tvoří jednu veřejnou zakázku, aniž by ji zadala v jednom z druhů zadávacích řízení dle § 21 zákona o veřejných

zakázkách, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V roce 2012 uzavřela jednu smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení, aniž by ji zadala v jednom z druhů zadávacích řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[3] Krajský soud v napadeném rozsudku, který je dostupný z www.nssoud.cz, zhodnotil, že stěžovatelka je veřejným zadavatelem dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož je veřejným zadavatelem *„jiná právnická osoba, pokud*

1. *byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a*
2. *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.*“

[4] Ve věci nebylo sporu o tom, že stěžovatelka byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu [§ 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona o veřejných zakázkách]. Spor se vedl o naplnění bodu 2. v citovaném ustanovení. Žalovaný shledal, že stěžovatelka je ovládána státem, neboť stát má faktický vliv na výkon její činnosti, k čemuž poukázal na právní regulaci její činnosti. Krajský soud zhodnotil, že takto pojímané „ovládání státem“ obstát nemůže, jelikož podmínka povolení pro výkon činnosti stěžovatelky jako zdravotní pojišťovny, možnost jeho odnětí, pravomoc k výkonu kontroly a pravomoc stanovit omezující podmínky pro výkon činnosti je příznačná pro řadu oblastí. Pouhá skutečnost veřejnoprávní regulace činnosti ke znaku ovládání státem nepostačuje.

[5] Krajský soud však shledal, že již v prvostupňovém správním rozhodnutí žalovaný zmínil financování stěžovatelky, které je bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění. Krajský soud v návaznosti na tuto argumentaci uvedl, že stěžovatelka je financována převážně státem [§ 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona o veřejných zakázkách]. Opíral se přitom o závěry, k nimž dospěl Soudní dvůr Evropské unie (dříve Evropský soudní dvůr, dále jen „Soudní dvůr“) v rozsudku ze dne 11. 6. 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik*, C-300/07, s. I-04779 (dále jen „*Hans & Christophorus Oymanns*“), a rovněž v rozsudcích ze dne 13. 12. 2007, *Bayerischer Rundfunk a další*, C-337/06, s. I-11173, (dále jen „*Bayerischer Rundfunk a další*“), a ze dne 3. 10. 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, s. I-08035 (všechna zde citovaná rozhodnutí Soudního dvora jsou dostupná z http://curia.europa.eu).

[6] Jednou z podmínek pro odpovědnost za jiný správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, který stěžovatelka spáchala, je skutečnost, že nedodržení stanoveného postupu vyústilo v podstatné ovlivnění nebo možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud uvedl, že obecně nelze přijmout výklad, že znak ovlivnění je naplněn již tím, že žádné zadávací řízení neproběhlo. Shledal však, že s ohledem na okolnosti posuzované věci bylo možno se s touto myšlenkovou konstrukcí spokojit, jelikož v posuzovaném případě šlo o běžné plnění, které na trhu dodává celá řada dodavatelů. Krajský soud nepřisvědčil námitce, že k ovlivnění výběru nejvhodnější námitky nemohlo dojít, neboť všechny smlouvy byly uzavřeny za stejných podmínek. Pokud by se totiž soutěžilo, mohly být smlouvy uzavřeny za výhodnějších podmínek. Dále pak v reakci na žalobní námitky dodal, že zákon o veřejných zakázkách umožňuje uzavření smlouvy s více dodavateli, při volbě základního hodnotícího kritéria ekonomické

výhodnosti nemusela být hodnotícím kritériem ani cena, hodlala-li ji stěžovatelka stanovit fixně, jak tvrdila.

[7] Dále se krajský soud zabýval odůvodněním výše uložené pokuty. Připomněl, že Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 71/2016 - 28 (všechna zde citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná z www.nssoud.cz), vydaném v dané věci shledal, že odůvodnění pokuty ve správních rozhodnutích je přezkoumatelné. K námitce, že za polehčující okolnost mělo být považováno to, že stěžovatelka byla precedenčně postižena za jednání zcela běžné mezi zdravotními pojišťovnami, krajský soud odkázal na závěr Nejvyššího správního soudu, že o polehčující okolnost nejde. Z téhož důvodu za polehčující okolnost krajský soud nepovažoval tvrzenou překvapivost napadeného rozhodnutí. Krajský soud dále uvedl, že došlo k vyloučení soutěžního prostředí, jelikož neproběhlo-li vůbec zadávací řízení, šlo o nejzávažnější porušení zákona o veřejných zakázkách. Opakované jednání stěžovatelky v roce 2012 za situace, kdy mohla na základě údajů vztahujících se k roku 2011 rozumně předpokládat, že hodnota plnění ve vztahu k roku 2012 bude výrazně vyšší, než jaká je hranice pro zakázku malého rozsahu, představuje přitěžující okolnost.

[8] Krajský soud vyhodnotil žalobu jako nedůvodnou, proto ji zamítl dle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

II. Obsah kasační stížnosti

[9] Stěžovatelka namítla, že krajský soud se nezabýval její žalobní námitkou směřující proti tomu, že žalovaný v rozhodnutí o rozkladu shledal naplnění podmínky, že „*stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu*“ [§ 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona o veřejných zakázkách]. V žalobě poukázala na to, že musí jít přímo o její vlastní orgán a že za její kontrolní orgán tak nelze považovat Ministerstvo zdravotnictví či Ministerstvo financí, které provádí kontrolu externě.

[10] Krajský soud sice dal stěžovatelce za pravdu v tom, že znak ovládání státem není naplněn, nicméně poté rozvinul sám z vlastní iniciativy nový důvod, proč je stěžovatelka veřejným zadavatelem. Shledal totiž, že je financována převážně státem. Nahradil tak činnost správních orgánů a poprvé až v rozsudku byl uveden důvod, který není patrný ze správních rozhodnutí. Stěžovatelka takový postup považuje za procesně nepřijatelný, jelikož je jí poprvé dána možnost bránit se proti novému hodnocení až v kasační stížnosti.

[11] Dle předchozího zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, byly mezi veřejného zadavatele výslovně zařazeny zdravotní pojišťovny, v současném zákoně o veřejných zakázkách (č. 137/2006 Sb.) však byl tento výčet opuštěn a bylo zde uvedeno obecné vymezení. Stěžovatelka si vyhodnotila, že veřejným zadavatelem není. Přiléhavé jí nepřišlo ani naplnění kritéria ovládání státem v § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, jak o něm žalovaný pojednal ve svém rozhodnutí ze dne 7. 3. 2008, č. j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va. Stěžovatelce není jasné, proč žalovaný opustil svou argumentaci uvedenou ve zmíněném rozhodnutí a přijal ještě širší výklad v její věci. Následně uvedla, že během 8 let účinnosti zákona o veřejných zakázkách žalovaný ani jiný

správní orgán nedal najevo, že zaměstnanecké zdravotní pojišťovny podléhají zákonu o veřejných zakázkách. Za těchto 8 let tak svou praxí žalovaný potvrzoval výklad, že zaměstnanecké pojišťovny nepodléhají danému zákonu.

[12] Stěžovatelka namítla, že k uložení pokuty došlo na základě neurčité právní normy, která měla předobraz v neurčité normě práva Evropské unie, proto bylo třeba, aby správní praxe tuto nejasnost odstranila svou konzistentností. Dle stěžovatelky však správní praxe žalovaného byla natolik roztříštěná, že neexistoval základ pro správní trestání. K danému odkázala na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 2. 2015, č. j. 1 As 113/2012 - 133 (publ. pod č. 3222/2015 Sb. NSS).

[13] Stěžovatelka nesouhlasí s tím, že krajský soud mohl užít v jejím případě eurokonformní výklad zákona o veřejných zakázkách. V řešeném kontextu lze hovořit pouze o tzv. nepřímém účinku sekundárního práva Evropské unie, který spočívá v povinnosti orgánů aplikujících právo vykládat právní normy v souladu s příslušnými směrnicemi. To má dle stěžovatelky své limity. Odkázala přitom na rozsudek Soudního dvora ze dne 26. 9. 1996, *Luciano Arcaro*, C-168/95, s. I-04705, dle něhož závazek soudu členského státu přihlížet při interpretaci relevantních pravidel vnitrostátního práva k obsahu směrnice dosahuje limitu tam, kde takováto interpretace vede k uložení povinnosti jednotlivci stanovené směrnicí, která nebyla dostatečně transponována. Tato podmínka dle stěžovatelky nebyla splněna, jelikož do českého zákona o veřejných zakázkách nebyl promítnut osobní rozsah směrnice, ale jen překlad části směrnice rozporný s jejími cíli. Není možné, aby jednotlivci byla na základě netransponované směrnice uložena povinnost, a vůbec není možné na základě netransponované směrnice zostřovat trestněprávní či správněprávní odpovědnost. Dle stěžovatelky lze formou eurokonformního výkladu postupovat pouze ve prospěch jednotlivce, nikoli v jeho neprospěch. V dané souvislosti poukázala na rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 10. 2008, č. j. 7 Afs 54/2006 - 155, publ. pod č. 1778/2009 Sb. NSS), dle něhož je eurokonformní výklad druhem výkladu teleologického, který nemůže korigovat obsah norem v neprospěch daňového subjektu.

[14] Stěžovatelka v kasační stížnosti pojednala o tom, proč na její případ není možné aplikovat závěry vyslovené v rozsudcích Soudního dvora ve věcech C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns,* a C-337/06, *Bayerischer Rundfunk a další.*

[15] Současně namítla, že nenaplnila materiální stránku deliktu. Otevřenost, transparentnost a relativní neformálnost celého procesu kontraktace vedla k úspěšnosti náborových akcí. Postup podle zákona o veřejných zakázkách by měl přesně opačný efekt, jelikož by odradil řadu akceptantů, především malých podnikatelů, studentů či zaměstnanců, kteří mají potenciál získat jen několik málo nových pojištěnců. Celkovou efektivitu náborových akcí stěžovatelka vyhodnocovala se závěrem o jejich výhodnosti. Náklady na náborové akce byly dále hrazeny výhradně z prostředků provozního fondu stěžovatelky, který neslouží k úhradám zdravotní péče pojištěnců, ale používá se výhradně k úhradě nákladů na činnost pojišťovny.

[16] V rozsudku ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 71/2016 - 28, Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že odůvodnění pokuty ve správních rozhodnutích je přezkoumatelné. Za této situace měl soud dle stěžovatelky odůvodnění pokuty přezkoumat, ale krajský soud s odvoláním na rozsudek Nejvyššího správního soudu na přezkum rezignoval. Stěžovatelka

namítla, že krajský soud na straně 17 svého rozsudku opětovně přitakává některým žalobním námitkám (opakování téže přitěžující okolnosti, nevypořádání polehčujících okolností, existující praxe žalovaného), ale na druhou stranu dodává, že vázán rozhodnutím Nejvyššího správního soudu jim nemůže dát za pravdu.

[17] Nelze připustit, aby jedna a tatáž skutečnost byla použita jako součást jednání naplňujícího skutkovou podstatu deliktu a poté ještě dvakrát jako přitěžující okolnost. Kdyby stěžovatelka měla nějaké náznaky za 8 let účinnosti zákona, že by mohla být veřejným zadavatelem, správní delikt by nespáchala. Pokud to nevěděla, je tu současně správní delikt a hned několik přitěžujících okolností ze stejné příčiny.

[18] Stěžovatelka k rozsudku krajského soudu uvedla, že nepoukazuje na fakt, že jiné pojišťovny nebyly potrestány způsobem, jako když se řidič vymlouvá, že jel stejně rychle jako ostatní. Stěžovatelka pouze uvádí, že za 8 let účinnosti zákona se nevyskytly relevantní náznaky, ze kterých by měla usuzovat, že je veřejným zadavatelem, což mělo být zohledněno. Dále namítla, že majetkové poměry mohou být brány v potaz při zjištění, zda pokuta není likvidační, ale rozhodně nemohou být použity v neprospěch účastníka při ukládání pokuty. Na závěr navrhla, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil.

III. Vyjádření žalovaného a replika stěžovatelky

[19] Žalovaný nepovažuje za důvodnou námitku, že krajský soud překročil své pravomoci, když posuzoval znak financování státem v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách. Již prvostupňové správní rozhodnutí obsahuje úvahy o tom, že stěžovatel je převážně financován státem. Stěžovatelka se tak proti tomuto názoru mohla bránit v řízení před krajským soudem.

[20] K námitce nepřípustnosti eurokonformního výkladu žalovaný uvedl, že stěžovatelka poukazuje na situace, kdy nedošlo k transpozici směrnic do právního řádu členského státu. Do zákona o veřejných zakázkách však byla příslušná směrnice zakomponována. Žalovaný má dále za to, že krajský soud při samotném posouzení, zda jde o veřejného zadavatele, použil zcela přiléhavá rozhodnutí Soudního dvora. Uvedl, že ve správním řízení bylo prokázáno, že jednání stěžovatelky ohrozilo spravedlivou a otevřenou soutěž, proto je nedůvodná námitka o nenaplnění materiálního znaku jiného správního deliktu. Žalovaný nesouhlasí ani s argumentací o procesních vadách.

[21] Žalovaný uvedl, že v částech kasační stížnosti stěžovatelka vznáší námitky, k nimž již Nejvyšší správní soud vyslovil závazný právní názor. Je tak sporné, zda je v těchto částech kasační stížnost přípustná. Navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost odmítl jako nepřípustnou, případně aby ji zamítl.

[22] V replice stěžovatelka sdělila, že nesouhlasí s vyjádřením žalovaného a trvá na svém stanovisku vyjádřeném v kasační stížnosti.

IV. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[23] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost je podána osobou k tomu oprávněnou, je podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná. Za stěžovatelku jedná její zaměstnanec, který má vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Důvody kasační stížnosti odpovídají důvodům podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, zároveň zkoumal, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.). Přitom dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

IV. a) Námitka, že krajský soud překročil meze přezkumu správního rozhodnutí

[24] Nejvyšší správní soud se zabýval námitkou, že krajský soud dovodil naplnění znaků veřejného zadavatele u stěžovatelky na základě úvah, které nemají předobraz ve správních rozhodnutích.

[25] Obecně lze konstatovat, že v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu (§ 65 a násl. s. ř. s.) soud přezkoumává správní rozhodnutí v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.). V tomto řízení se přezkumná role soudu koncentruje na posouzení zákonnosti správního rozhodnutí a řízení, které mu předcházelo, přičemž soud rozhoduje na kasačním principu. Výjimkou je moderace uložené pokuty, k níž lze přistoupit pouze na návrh (§ 65 odst. 3 s. ř. s. a 78 odst. 2 s. ř. s.).

[26] Hodnocení, zda stěžovatelka je veřejným zadavatelem, spadalo v nynější věci pod přezkum zákonnosti správního rozhodnutí, které je vystavěno na kasačním principu. Při posuzování této otázky bylo úkolem krajského soudu posoudit, zda správní rozhodnutí obstojí (zde se vychází z toho, že prvostupňové správní rozhodnutí a rozhodnutí o odvolání, resp. o rozkladu tvoří jeden celek), není však možné, aby soud nahrazoval ve správních rozhodnutích neuvedené úvahy správních orgánů a domýšlel jejich odůvodnění (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 6. 2016, č. j. 7 As 267/2015 - 57). Odůvodnění správního rozhodnutí musí samo o sobě obstát v předestření důvodů, jež vedly správní orgán k rozhodnutí vyjádřenému ve výrokové části, a musí být v souladu s obsahem správních spisů (viz např. bod 16. rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 8. 2013, č. j. 8 Afs 58/2012 - 44, a bod 40. rozsudku ze dne 24. 9. 2014, č. j. 8 Afs 34/2013 - 68).

[27] Není tedy úkolem soudu, aby v případě přezkumu zákonnosti rozhodnutí správního orgánu dotvářel a domýšlel jeho odůvodnění. Tím by zcela popřel svou roli přezkumného orgánu, jehož řízení je založeno na rovnosti účastníků (čl. 37 odst. 3 Listiny základních práv a svobod). Nelze připustit, aby krajský soud ve svém rozsudku, místo přezkoumání správnosti rozhodnutí správního orgánu, vytvářel zcela nové myšlenkové úvahy, kterými úvahu správního orgánu nahradí. Nejvyšší správní soud shledal, že takového nepřípustného postupu se krajský soud dopustil při hodnocení, zda stěžovatelka je veřejným zadavatelem.

[28] Dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je veřejným zadavatelem právnická osoba neuvedená v § 2 odst. 2 písm. a) až c) daného zákona, pokud

1. *byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a*
2. *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.*

[29] Logická výstavba citovaného ustanovení vychází z toho, že veřejným zadavatelem je právnická osoba neuvedená v § 2 odst. 2 písm. a) až c) zákona o veřejných zakázkách, jsou-li současně splněny charakteristiky v bodech 1. a 2. v § 2 odst. 2 písm. d) daného zákona. V bodu 2. jsou uvedeny alternativně tři dílčí podmínky. K naplnění požadavku v bodu 2. stačí naplnění byť jediné ze tří dílčích podmínek zde uvedených. [srov. bod 49 rozsudku Soudního dvora C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, a čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, kde jsou tyto tři dílčí podmínky pro větší názornost odděleny středníky: „*je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen; nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty*“].

[30] Ve věci není sporu o tom, že stěžovatelka naplňuje podmínku v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách, tj. založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Strany sporu jsou však nejednotné v hodnocení, zda stěžovatelka naplňuje alespoň jednu z alternativních dílčích podmínek v bodu 2. daného ustanovení.

[31] Tři alternativní dílčí podmínky v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách jsou tyto:

i) *je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem*;
ii) *je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána*;
iii) *stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu*.

[32] Stěžovatelka tvrdí, že žádnou z těchto tří dílčích podmínek nenaplňuje. Rozhodnutí žalovaného vycházela z toho, že stěžovatelka naplňuje podmínku ovládání státem či jiným veřejným zadavatelem [ad ii)] a podmínku, že stát volí více než polovinu členů v kontrolním orgánu [ad iii)]. O naplnění podmínky ad ii) pojednávalo již prvostupňové správní rozhodnutí, naplněním podmínky ad iii) se zabývalo až rozhodnutí o rozkladu (jeho bod 49.).

[33] Krajský soud v napadeném rozsudku shledal, že žalovaný pochybil, když shledal naplněné dílčí podmínky ad ii) a ad iii). Dovodil však, že stěžovatelka je převážně financována státem či jiným veřejným zadavatelem [ad i)]. Nejvyšší správní soud souhlasí s kasační námitkou, že správní rozhodnutí nedovozují naplnění podmínky převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem [ad i)] a že její naplnění shledal poprvé ve věci až krajský soud.

[34] Úvahy krajského soudu nelze považovat za přezkum či rozvinutí hodnocení patrného již z prvostupňového správního rozhodnutí (body 72. až 78.), které se zmiňovalo o financování stěžovatelky na základě přerozdělování zdravotního pojištění. Prvostupňové správní rozhodnutí zde odkazovalo na § 20 až § 21a zákona č. 592/1992 Sb., o pojistném na veřejné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pojistném na veřejné zdravotní pojištění“). Jde o právní úpravu zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění, který zřizuje Všeobecná zdravotní pojišťovna a jehož prostřednictvím se zmírňují rozdíly ve finančních dopadech hrazení zdravotní péče mezi jednotlivými zdravotními pojišťovnami plynoucí z rozdílných průměrných nákladů na zdravotní péči u jednotlivých věkových skupin pojištěnců členěných dle pohlaví a rozdílných příjmů ze zdravotního pojištění u těchto skupin pojištěnců. Dále se prostřednictvím zvláštního účtu zdravotního pojištění zmírňují dopady úhrady zvlášť nákladné péče u pojištěnců. Způsob výpočtu částek odváděných na zvláštní účet či z něj přijímaných je předem určen. Správcem účtu je Všeobecná zdravotní pojišťovna, která jednotlivým pojišťovnám oznamuje částku, kterou mají na zvláštní účet odvést nebo z něj obdržet. Na základě úpravy zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění a s tím související rolí Všeobecné zdravotní pojišťovny žalovaný v prvostupňovém správním rozhodnutí dospěl k závěru, že Všeobecná zdravotní pojišťovna, kterou žalovaný označil za veřejného zadavatele, má vliv na výkon činnosti stěžovatelky, čímž podkládal své závěry o naplnění podmínky ovládání státem či jiným veřejným zadavatelem [dílčí podmínka ad ii)].

[35] Krajský soud shledal, že stěžovatelka je převážně financována státem [dílčí podmínka ad i)], stěžejní část argumentace vedoucí k tomuto závěru však vycházela ze zcela jiné právní úpravy než je úprava zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění. Krajský soud totiž ve smyslu rozsudku Soudního dvora ve věci C-337/06, *Bayerischer Rundfunk a další*, uvedl, že u převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem postačí financování nepřímé. V napadeném rozsudku pak shledal, že jde o nepřímé financování státem za stavu, kdy jsou zdravotní pojišťovny v České republice z jasně převažující části financovány z veřejného zdravotního pojištění, které je stanoveno zákonem, platby nejsou odvozovány od jakéhokoli soukromoprávního ujednání mezi pojištěnci a pojišťovnami, případně je hrazeno státem, pojistné je hrazeno bez jakéhokoli přímého protiplnění (ve smyslu bodů 23. až 25. rozsudku Soudního dvora ve věci C-380/98, *University of Cambridge*) a vybrané prostředky ze zákona plynou do veřejných rozpočtů.

[36] Z porovnání argumentace žalovaného o zvláštním účtu veřejného zdravotního pojištění a krajského soudu o převážném financování stěžovatelky státem je patrné, že jde o rozdílnou právní úvahu. Jednak žalovaný z pojednání o zvláštním účtu výslovně dovozoval ovládání stěžovatelky Všeobecnou zdravotní pojišťovnou, kterou označil za jiného veřejného zadavatele [srov. podmínku ad ii)], nikoli převážné financování státem či jiným veřejným zadavatelem [podmínka ad i)]. Jednak středobod úvah krajského soudu o naplnění podmínky převážného financování státem vycházel z regulace výběru pojistného na veřejné zdravotní pojištění, které žalovaný naopak nerozebíral.

[37] Samotnou skutečností, že zdrojem příjmů stěžovatelky mohou být i platby ze zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění, nelze dle hodnocení Nejvyššího správního soudu odůvodnit postup krajského soudu, který hodnotil podmínku převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem. Ze zvláštního účtu totiž neplyne stěžovatelce převážná část příjmů, která naopak plyne z plateb pojistného. Na základě

samotné úpravy zvláštního účtu (§ 20 až § 21a zákona o pojistném na veřejné zdravotní pojištění) tak nelze k závěru o převážném financování státem či jiným veřejným zadavatelem dospět. K závěru o převážném financování státem, jak jej učinil krajský soud, lze dospět jen na základě hodnocení právní regulace placení pojistného na zdravotní pojištění, což však nepředstavuje přezkum, ale nepřípustné dotváření závěrů, které správní orgán ve svém rozhodnutí neuvedl.

[38] Nejvyšší správní soud tak shrnuje, že krajský soud žalobu zamítl, přičemž závěr o tom, že stěžovatelka je veřejným zadavatelem, o který se zamítnutí žaloby opírá, nepředstavuje přezkum správního rozhodnutí, ale jeho dotvoření za správní orgán, k němuž není příslušný soud v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu.

[39] Za situace, kdy se krajský soud nemohl zabývat naplněním podmínky financování převážně státem či jiným veřejným zadavatelem v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách, nemá smysl, aby se k jeho hodnocení Nejvyšší správní soud věcně vyjadřoval. Nejvyšší správní soud proto nechává zcela stranou kasační námitky, které se týkají nepřímého financování stěžovatelky státem. Současně pozbylo smyslu vyjadřovat se k námitce, že krajský soud nemohl užít eurokonformní výklad zákona o veřejných zakázkách, jelikož judikatury Soudního dvora (rozsudků ve věcech C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk a další,* a C-380/98, *University of Cambridge*) se krajský soud dovolával při posuzování podmínky financování převážně státem či jiným veřejným zadavatelem.

IV. b) Přezkoumatelnost rozsudku krajského soudu

[40] Stěžovatelka uvedla, že krajský soud se nezabýval její námitkou (v odstavci 7 žaloby), že pod pojem kontrolní orgán ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách v třetí dílčí podmínce („*stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu*“) nemůže spadat Ministerstvo financí či Ministerstvo zdravotnictví, jelikož zájmeno „jejím“ svědčí o tom, že musí jít o orgán v rámci organizační struktury posuzovaného subjektu. Touto žalobní námitkou stěžovatelka brojila proti závěru v bodu 49. rozhodnutí o rozkladu, kde žalovaný shledal naplnění právě citované třetí podmínky v tom, že Ministerstvo zdravotnictví a Ministerstvo financí představují dle jeho názoru kontrolní orgány stěžovatelky.

[41] Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu jako nepřezkoumatelný nevyhodnotil. Z napadeného rozsudku (ze čtvrtého odstavce na straně 8) je patrné, že krajský soud dílčí podmínku ad ii), tj. „*je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána*“, a podmínku iii), tj. „*stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu*“, pojal souhrnně a pojednával o nich jako o tom, že „*právnická osoba 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*“. Souhrnně pak tyto dílčí podmínky vypořádal na přelomu stran 8 a 9 svého rozsudku.

[42] Zde krajský soud zmiňoval, že pravomoc k výkonu kontroly (vedle nutnosti povolení k činnosti zdravotní pojišťovny, možnosti jeho odnětí a pravomoci státních

orgánů stanovit omezující podmínky) nemusí nutně vyvolat závěr o tom, že jde o veřejného zadavatele. Dodal, že veřejnoprávní regulace, jak ji popisuje žalovaný, nemůže v dané věci postačovat, jinak by byl zadavatel kdokoli, jehož činnost je vrchnostensky regulována, je-li současně naplněna podmínka v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud konstatuje, že v rozsudku krajského soudu lze nalézt úvahu, že žalovaným popisovaná pravomoc k výkonu kontroly ze strany státních orgánů nepostačuje v posuzované věci k závěru o tom, že stěžovatelka je veřejným zadavatelem. Z napadeného rozsudku tak lze seznat, že krajský soud vyhověl žalobní námitce, která napadala závěr žalovaného, že Ministerstvo financí a Ministerstvo zdravotnictví jsou kontrolními orgány stěžovatelky ve smyslu podmínky ad iii) v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách (tj. podmínky, že „*stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu*“). Jakkoli Nejvyšší správní soud připouští, že v posuzované části napadeného rozsudku krajský soud zdůrazňuje, že se nesouhlasně vymezuje proti závěru o „ovládání státem“, pojednává zde dílem i o pravomoci k výkonu kontroly, kterou lze vztáhnout i ke kontrolnímu orgánu.

[43] Vzhledem k tomu, že žalobní námitka napadající závěr žalovaného o kontrolním orgánu byla tvořena jedinou větou obsahující projednatelnou právní argumentaci (tj. že kontrolní orgán ve smyslu vykládaného ustanovení musí být dle stěžovatelky součástí organizační struktury posuzovaného subjektu), lze vypořádání krajského soudu z hlediska přezkoumatelnosti považovat za dostačující. Byť Nejvyšší správní soud připouští, že souhrnné vypořádání dílčích podmínek ad ii) a ad iii) v rozsudku krajského soudu klade na pozornost adresáta jeho rozsudku o něco větší nároky, neshledal, že by napadený rozsudek byl nepřezkoumatelný.

[44] Nad rámec zhodnocení přezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu se Nejvyšší správní soud věcně k podmínkám ad ii) a ad iii) nevyjadřoval, jelikož k tomu nevedly kasační námitky.

IV. c) Námitky týkající se ekonomického efektu pro stěžovatelku

[45] Stěžovatelka v kasační stížnosti uplatnila námitky navazující na hodnocení krajského soudu, které se týkalo § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, konkrétně hodnocení, že postup stěžovatelky mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[46] Krajský soud shledal, že zadávací řízení vůbec neproběhlo, přičemž šlo o běžné plnění (získávání nových pojištěnců pro stěžovatelku), jež na trhu dodává řada dodavatelů. Uvedl dále, že neproběhla-li žádná soutěž o získání zakázky, o možnosti získat veřejnou zakázku se nemuseli potenciální dodavatelé ani dozvědět a žádné reálné hodnocení nabídek neproběhlo. Krajský soud pak v reakci na žalobní námitky dodal, že zákon o veřejných zakázkách umožňuje uzavření smlouvy s více dodavateli, při volbě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nemusela být hodnotícím kritériem ani cena, hodlala-li ji stěžovatelka stanovit fixně, jak tvrdila (ve vztahu k ceně stěžovatelka tvrdila, že příliš vysoká odměna za získaného pojištěnce by mohla ovlivnit ekonomickou výhodnost náběru pojištěnců a naopak nízká odměna motivaci kontrahentů k získávání nových pojištěnců). Krajský soud uzavřel, že nevyčerpání celé poptávky, jak tvrdila stěžovatelka, a ochota stěžovatelky k uzavření smlouvy s kýmkoli neznamenají, že nedošlo k vyloučení soutěžního prostředí, jelikož podmínky byly určeny nesoutěžně.

[47] Nejvyšší správní soud konstatuje, že stěžovatelka v kasační stížnosti neuvedla argumentaci napadající závěr krajského soudu o tom, že zákon o veřejných zakázkách umožňuje uzavření smlouvy s více dodavateli a že při volbě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nemusela být hodnotícím kritériem ani cena. Namítla však, že rozšíření kontraktačního procesu o režim zákona o veřejných zakázkách by mohl svou formálností odradit řadu akceptantů, kteří byli schopni stěžovatelce získat jen málo nových pojištěnců (např. z okruhu své rodiny či přátel), což by v konečném důsledku snížilo ekonomický efekt pro stěžovatelku. Nejvyšší správní soud konstatuje, že pokud ze zákona o veřejných zakázkách vyplývá povinnost postupovat dle tohoto zákona, není možné se z této povinnosti vyvázat na základě spekulativního tvrzení, že část zájemců by byla odrazena formálním režimem dle daného zákona a o zakázku by se vůbec neucházela. Na základě takového spekulativního tvrzení totiž není možné negovat právní úpravu danou zákonem o veřejných zakázkách. Je však vhodné zdůraznit, že otázku, zda stěžovatelka byla povinna postupovat dle zákona o veřejných zakázkách (konkrétně pak, zda je veřejným zadavatelem), Nejvyšší správní soud v nynějším případě nehodnotil, jelikož pro to nebyly podmínky s ohledem na postup krajského soudu [viz část IV. a) tohoto rozsudku].

[48] Ani tvrzení o tom, že stěžovatelka ekonomické dopady náboru nových pojištěnců opakovaně a průběžně analyzovala s výsledkem, že náborové akce jsou pro ni výhodné, nemůže jakkoli svědčit o nesprávnosti závěrů krajského soudu o tom, že mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, když se o podmínkách smluv vůbec nesoutěžilo.

[49] Zcela irelevantní je pak argumentace, že náklady na náborové akce byly hrazeny z prostředků provozního fondu, nikoli ze základního fondu zdravotního pojištění. To, zda mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky, není vůbec závislé na otázce, ze kterého stěžovatelčina fondu byly prostředky hrazeny.

IV. d) Námitky k pokutě

[50] Nejvyšší správní soud se námitkami, které se vztahují k odůvodnění výše uložené pokuty, blíže nezabýval. V návaznosti na předešlé kasační námitky v nynější kasační stížnosti totiž v podmínkách daného případu není ještě vůbec procesně bezvadným způsobem postaveno najisto, zda stěžovatelka je veřejným zadavatelem a zda jí tedy mohla být uložena pokuta. Naplnění znaků veřejného zadavatele, z nichž vycházel ve svých rozhodnutích žalovaný [tj. dílčích podmínek ad ii) a ad iii), jak byly vymezeny v bodě [31] shora], krajský soud označil za nesprávné, což nebylo napadeno ani v nynější kasační stížnosti ani v předchozí kasační stížnosti, kterou v této věci podal žalovaný a o níž bylo rozhodnuto v rozsudku ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 71/2016 - 28. K závěru o naplnění podmínky ad i) tak, jak k němu krajský soud dospěl v napadeném rozsudku, neměl vůbec přistoupit vzhledem k absenci hodnocení této podmínky ve správních rozhodnutích.

[51] Za této procesní situace se jeví nadbytečným hodnotit námitky k výši uložené pokuty. Nejvyšší správní soud tak nemusel zkoumat např. to, jak se slučuje tvrzení stěžovatelky, že za 8 let účinnosti zákona o veřejných zakázkách nebyly žádné náznaky, že by jako zdravotní pojišťovna dle zákona č. 280/1992 Sb. měla být veřejným zadavatelem, s tím, že již v rozkladu (dále v žalobě i kasační stížnosti) poukazovala na rozhodnutí žalovaného ze 7. 3. 2008, č. j. S393/2007/VZ-04080/2008/530/Va, v němž byla Hutnická

zdravotní pojišťovna v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele označena za veřejného zadavatele a jehož se týká tisková zpráva na stránkách žalovaného datovaná dnem 6. 10. 2008 s názvem *zdravotní pojišťovny jsou veřejnými zadavateli.*

V. Závěr a náklady řízení

[52] Nejvyšší správní soud z důvodů uvedených v části IV. a) tohoto rozsudku dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná. Napadený rozsudek proto dle § 110 odst. 1, věty první, s. ř. s. zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

[53] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí (§ 110 odst. 3, věta první, s. ř. s.).

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

V Brně dne 16. února 2017

JUDr. Radan Malík
předseda senátu