ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Miloslava Výborného a soudců JUDr. Michala Mazance a JUDr. Petra Mikeše, Ph.D., v právní věci žalobkyně: **Výzkumný Ústav Železniční, a.s.**, se sídlem Novodvorská 1698, Praha 4, zast. Mgr. Radovanem Kubáčem, advokátem se sídlem Olivova 2096/4, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 12. 2015, čj. ÚOHS-R287/2014/VZ-44125/2015/322/DRu, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 9. 2017, čj. 31 Af 13/2016-144,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalobkyni **se** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává**.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 18. 7. 2014, čj. ÚOHS-S757/2012/VZ-15188/2014/523/Krk/Mkb, shledal žalobkyni vinnou ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách"), kterého se dopustila tím, že nedodržela postup stanovený v § 21 zákona o veřejných zakázkách, neboť veřejnou zakázku „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od

km 6,800 do km 13,170“ nezadala v některém ze zadávacích řízení, takový postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 11. 11. 2010 uzavřela smlouvu. Za tento správní delikt uložil žalovaný žalobkyni pokutu ve výši 100 000 Kč. Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 16. 12. 2015, čj. ÚOHS-R287/2014/VZ-44125/2015/322/DRu, rozhodnutí žalovaného potvrdil a proti němu podaný rozklad zamítl.

[2] Krajský soud shora specifikovaným rozsudkem obě správní rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[3] Krajský soud se zabýval otázkou, zda je žalobkyně veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Dospěl přitom k závěru, že poskytování služby v podobě provedení zkušebního provozu drážního vozidla podle § 43b odst. 4 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách (dále jen „zákon o drahách“) nepředstavuje uspokojování potřeb veřejného zájmu. Stát žalobkyni významně finančně nepodporuje ani do její činnosti bezprostředně nezasahuje. Činnost žalobkyně je orientována na dosažení zisku, rozhoduje se na základě ekonomických kritérií. Monopol žalobkyně na provádění zkušebního provozu podle § 43b odst. 4 zákona o drahách je důsledkem aktuálního faktického stavu trhu, nikoliv důsledkem zákonné úpravy. Žalobkyně tak neuspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, nelze ji proto pokládat za veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách.

II. Kasační stížnost

[4] Žalovaný (dále jen „stěžovatel“) v kasační stížnosti namítl, že krajský soud opomenul skutečného beneficienta toho, že drážní vozidlo vyhovuje požadovaným specifikacím. Tímto beneficientem jsou osoby, které drážní vozidlo užívají k přepravě. Ochrana předem neurčitého počtu osob je učebnicovým příkladem veřejného zájmu a činnost podílející se na takové ochraně lze označit za službu veřejného zájmu. Na uvedené nemá vliv, že při činnosti žalobkyně dochází i k uskutečnění úplatného obchodněprávního vztahu mezi subjektem, který zamýšlí drážní vozidlo provozovat, a žalobkyní.

[5] Podle stěžovatele je osvědčení, které vydává žalobkyně, podkladem pro proces schvalování drážního vozidla, má proto vliv na rozhodnutí drážního úřadu o (ne)schválení vozidla. Krajský soud však dospěl k závěru, podle kterého stanovisko žalobkyně není podkladem pro rozhodování drážního úřadu, aniž uvedené doložil.

[6] Ke kontrole ze strany státu, jako ke kritériu při posuzování služby veřejného zájmu, stěžovatel uvedl, že jediným akcionářem žalobkyně jsou České dráhy, a.s., které vlastní Česká republika. Stěžovatel rovněž odkázal na § 75 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech upravující ovládání mezi dvěma subjekty. Z uvedeného stěžovatel dovodil, že stát má vliv na chod žalobkyně a ovládá ji, a proto nelze přijmout závěr krajského soudu, podle kterého si stát nad výkonem předmětné činnosti neponechal vliv.

[7] Stěžovatel nesouhlasí se závěrem krajského soudu, podle kterého je činnost žalobkyně ovládána ekonomickými kritérii. Krajský soud nesprávně vyložil rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 111/2008-91. Žalobkyně nyní

vykonává činnost v prostředí nulové konkurence, nelze proto tvrdit, že je její činnost ovlivněna ekonomickými kritérii. Stěžovatel odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 10. 2017, čj. 31 Af 20/2016-59, podle kterého působí-li subjekt v roli „partnera státu“ při výkonu byť jen části činnosti, lze usoudil, že tato činnost nemá obchodní či průmyslový charakter. V souzeném případě žalobkyně zastávala roli „partnera státu“. Závěr krajského soudu postrádá konkretizaci toho, co lze považovat za ekonomická kritéria, nelze s ním proto polemizovat.

[8] Krajský soud podle stěžovatele správně dovodil, vycházeje z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 22. 5. 2003 ve věci *Ritta Korhonen*, C-18/01, že klíčovým vodítkem pro to, aby bylo možno označit činnost subjektu za mající podnikatelský či průmyslový charakter je, zda subjekt vykonává činnost v normálním tržním prostředí; tato okolnost však nepostačuje, aby bylo možné vyřknout závěr, že činnost má obchodní nebo průmyslovou povahu, je nutné posoudit i další okolnosti. Stěžovatel nerozporoval, že do hospodářského prostředí, v němž žalobkyně působí, mohou vstoupit i její konkurenti. Nelze však absolutně odhlédnout od toho, že proměnlivost či živelnost tohoto hospodářského prostředí je velmi malá, až téměř ustrnulá do nynějšího statu quo. Nelze proto kategoricky tvrdit, že se (byť je zánik monopolu možný) žalobkyně pohybuje v běžném tržním prostředí ve smyslu výše uvedeného rozsudku Soudního dvora Evropské unie. Krajský soud ani nepostavil najisto, že by žalobkyně sama nesla případnou finanční ztrátu. Fakt, že se jí doposud nedostalo finanční podpory například ze strany výlučného akcionáře určené ke krytí finanční ztráty, neprokazuje to, že je taková podpora vyloučena, a to zejména z toho důvodu, že se žalobkyně doposud ve ztrátě nenacházela.

[9] Stěžovatel uzavřel, že krajský soud nedostatečně prokázal a podložil dílčí kritéria, na základě kterých lze usoudit na průmyslový nebo obchodní charakter činnosti; jeho závěr, podle kterého má činnost žalobkyně průmyslovou nebo obchodní povahu, proto není správný.

[10] Stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

[11] Žalobkyně se ke kasační stížnosti nevyjádřila.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[12] Nejvyšší správní soud nenalezl žádné formální vady či překážky projednatelnosti kasační stížnosti, a proto přezkoumal jí napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a v rámci kasační stížností uplatněných důvodů; ověřil při tom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[13] V souzeném případě je stěžejní posoudit, zda je žalobkyně veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Byla-li by jím, musela by veřejnou zakázku „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“ zadat v některém ze zadávacích řízení podle § 21 zákona o veřejných zakázkách a nepostupovala-li by podle zákona o veřejných zakázkách, mohl by jí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže postihnout za správní delikt.

[14] Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách *[v]eřejným zadavatelem je d) 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.*

[15] Shodně veřejného zadavatele definovala i Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle čl. 1 odst. 9 se *„[v]eřejnými zadavateli" rozumí stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním či více takovými orgány nebo jedním či více veřejnoprávními subjekty. „Veřejnoprávním subjektem" se rozumí jakýkoli subjekt: a) založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu; b) který má právní subjektivitu a c) 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.* Obdobnou definici veřejného zadavatele obsahuje i Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, podle čl. 2 odst. 1 bod 4) *„veřejnoprávními subjekty" se rozumějí subjekty se všemi těmito vlastnostmi: a) jsou založeny za zvláštním účelem spočívajícím v uspokojování potřeb obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu; b) mají právní subjektivitu a c) jsou financovány převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo podléhají řídicímu dohledu těchto orgánů nebo subjektů; nebo je v jejich správním, řídícím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty.* Soudní dvůr Evropské unie citované konstantně vykládá tak, *„že ‚veřejnoprávním subjektem' se rozumí jakýkoli subjekt, který je zaprvé založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, zadruhé má právní subjektivitu a zatřetí je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen nebo je v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty. Podle judikatury Soudního dvora mají tyto tři podmínky kumulativní povahu."* (srov. rozsudek SDEU ze dne 10. 4. 2008, ve věci *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH*, C-393/06, bod 36, a judikaturu v něm citovanou).

[16] Cílem směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek je mimo jiné vyloučit možnost, že se subjekt financovaný nebo řízený státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nechá vést jinými než hospodářskými úvahami (srov. rozsudek SDEU ze dne 10. 4. 2008, ve věci *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH*, C-393/06, a judikaturu v něm citovanou). Zákon o veřejných zakázkách podřazením tzv. jiných právnických osob pod veřejné zadavatele rovněž sleduje zamezení nehospodárnému nakládání s veřejnými prostředky. Při posuzování, zda konkrétní právnická osoba je či není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, je proto třeba vyloučit ty právnické osoby, které jsou činné na vlastní účet a odpovědnost a

za účelem dosažení zisku. Snaha o dosažení zisku by totiž sama o sobě měla zaručovat hospodárné nakládání s prostředky bez nutnosti zákonné regulace.

[17] V souzeném případě je sporné naplnění 1. bodu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, tj. zda byla žalobkyně založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Podle krajského soudu žalobkyně neuspokojuje potřeby veřejného zájmu a její činnost má obchodní povahu. Podle stěžovatele žalobkyně naopak uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a splňuje i podmínku podle 2. bodu uvedeného ustanovení, neboť je ovládána státem.

[18] Citovaná část definice veřejného zadavatele má dvě složky. Nejprve je třeba posoudit, zda činnost subjektu směřuje k uspokojování potřeb veřejného, resp. obecného zájmu, teprve poté lze zkoumat, zda takové potřeby nemají obchodní či průmyslovou povahu (srov. rozsudek SDEU ze dne 22. 5. 2003, ve věci *Ritta Korhonen*, C-18/01, bod 40, nebo rozsudek NSS ze dne 31. 5. 2011, čj. 1 Afs 98/2010-399).

[19] Pro posouzení, zda činnost směřuje k uspokojování potřeb veřejného zájmu, je důležitá povaha účelu, pro který je činnost vykonávána, nikoliv povaha činnosti. I podnikatelská činnost totiž může být vykonávána ve veřejném zájmu. Soudní dvůr Evropské unie například rozsudku ze dne 10. 11. 1998, ve věci *BFI Holding*, C-360/96, dospěl k závěru, že odstraňování domovního odpadu a nakládání s ním prováděné soukromým podnikatelem může být považováno za potřebu veřejného zájmu. Použitím odvozových služeb, které jsou nabízeny občanům ze strany podnikatelů, totiž nemůže být dosaženo takového stupně uspokojení potřeby, který je nezbytný z důvodu veřejného zdraví a ochrany životního prostředí, tato činnost je tak jednou z těch, u kterých může stát požadovat, aby byly prováděny veřejnými institucemi, nebo nad nimiž si chce zachovat rozhodující vliv. Je proto potřeba zkoumat, co je cílem a z jakého důvodu je činnost vykonávána, a zjištěný cíl činnosti následně podrobit posouzení, zda se ho subjekt snaží dosáhnout v zájmu veřejném nebo v zájmu soukromém.

[20] Legální definice veřejného zájmu přitom neexistuje. Ústavní soud uvedl, že *„[d]le judikatury obecných soudů je obstarávání věcí veřejného zájmu činností, která souvisí s plněním úkolů, týkajících se věcí obecného zájmu, tedy nejen rozhodování orgánů státní moci a správy, ale i uspokojování zájmů občanů a právnických osob v oblasti materiálních, sociálních, kulturních a jiných potřeb, pokud se jedná o záležitosti obecného (veřejného) zájmu. Lze souhlasit s tím, že výklad tohoto pojmu různými soudy může vytvářet dojem, že není jednotný, neboť zákon neposkytuje žádnou definici konkrétních pojmových znaků pro jeho posouzení (...) Složitost života společnosti vylučuje schopnost objektivně (v zákonech) formulovaného práva postihnout svými výčty a definicemi veškerou variabilitu jeho projevů. Proto v této souvislosti vystupuje do popředí právě úloha soudů při interpretaci tohoto pojmu a při jeho aplikaci na jednotlivé případy.“* (nález pléna Ústavního soudu ze dne 14. 10. 1998, sp. zn. Pl. ÚS 6/98); *„pojem 'veřejný zájem' je třeba chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný či obecně prospěšný zájem.“* (nález Ústavního soudu ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I.ÚS 198/85). Nejvyšší soud vymezil věci obecného zájmu takto: *„Spadá sem obstarávání všech úkolů, na jejichž řádném splnění má zájem celá společnost nebo alespoň větší skupina občanů. Jde o každou činnost, která souvisí s plněním společensky významných úkolů,*

tedy nejen o rozhodování orgánů státní moci a správy, ale i o uspokojování zájmů občanů a právnických osob v oblasti materiálních, zdravotních, sociálních, kulturních a jiných potřeb. I když se od roku 1990 výrazně diferencuje oblast veřejná a soukromá, neznamená to, že je vyloučena možnost takového posouzení i v případě některých vztahů upravovaných některými oblastmi klasického práva soukromého, pokud výrazně zasahují do oblasti obecného zájmu." (rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 11. 2002, sp. zn. 4 Tz 77/2002). Nejvyšší správní soud při posuzování, zda Lesy České republiky, s.p. uspokojují potřeby veřejného zájmu judikoval, že „*veřejný či obecný zájem je možno v dané souvislosti chápat jako protiklad zájmů soukromých, od nichž se odlišuje tím, že okruh osob, jimž takový zájem svědčí, je vždy neurčitý. Z této povahy potřeb veřejného či obecného zájmu pak vyplývá také zvláštní zájem na zabezpečení jejich uspokojování, projevující se např. tím, že takové potřeby jsou uspokojovány buďto přímo prostřednictvím státu či stát si nad uspokojováním těchto potřeb ponechává kontrolu, ať již přímo či prostřednictvím ovlivňování podmínek, za nichž uspokojování potřeb v obecném zájmu probíhá.*" (rozsudek NSS ze dne 31. 5. 2011, čj. 1 Afs 98/2010-399). Obdobně Soudní dvůr Evropské unie uvedl: „*Je v tomto ohledu lhostejné, že uvedené potřeby jsou nebo by mohly být uspokojovány rovněž soukromými podniky. Podstatné je, že se jedná o potřeby, které se stát či regionální nebo místní orgány z důvodu obecného zájmu obvykle rozhodne uspokojovat sám nebo nad kterými si zamýšlí ponechat určitý rozhodující vliv.*" (rozsudek SDEU ze dne 10. 4. 2008, ve věci *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH*, C-393/06).

[21] Stěžovatel spatřoval veřejný zájem, který podle něj žalobkyně uspokojuje, v bezpečnosti drážní dopravy. I podle Soudního dvora Evropské unie je provozování drážní dopravy ve veřejném zájmu; „*[j]e nesporné, že činnost litevské železniční společnosti, která zahrnuje poskytování veřejných služeb osobní dopravy, se považuje za činnost k uspokojování potřeb obecného zájmu*" (rozsudek SDEU ze dne 5. 10. 2017, ve věci *LitSpecMet*, C-567/15, bod 27). Nepochybně je ve veřejném zájmu, aby drážní doprava byla také bezpečná.

[22] Žalobkyně je právnickou osobou pověřenou Ministerstvem dopravy k zajištění zkušebnictví v oblasti zkoušek drážních vozidel a zkušebního provozu drážního vozidla. Výsledkem této její činnosti je podklad pro následné rozhodnutí drážního správního úřadu. Cílem její činnosti tak je zjištění, zda zkoušené drážní vozidlo odpovídá svým provedením a vlastnostmi příslušným podmínkám. Na základě výsledků provedené zkoušky vydává drážní správní úřad průkaz způsobilosti vozidla (srov. důvodovou zprávu k zákonu o drahách). Prospěch z činnosti žalobkyně tak má žadatel o průkaz způsobilosti drážního vozidla, který musí podklady o provedené zkoušce přiložit k žádosti. To, že drážní vozidlo při zkoušce vyhoví zadaným podmínkám, ještě neznamená, že mu drážní správní úřad vystaví průkaz způsobilosti a bude moci být provozováno na dráze. Uživatelé drážních vozidel tak z pouhého provedení zkoušky drážního vozidla žádný prospěch nemají; jejich prospěch, spočívající v použití drážního vozidla k přepravě, je podmíněn předchozím vystavením průkazu způsobilosti drážním správním úřadem, nikoliv provedením zkoušky žalobkyní. Prospěch z žalobkyní provedeného zkušebního provozu tak mohou mít jen žadatelé o vystavení průkazu způsobilosti drážního vozidla. Je tak evidentní, že činnost žalobkyně nesvědčí neurčitému okruhu osob.

[23] Kasační námitka, podle které krajský soud dospěl k závěru, že stanovisko žalobkyně není podkladem pro rozhodnutí drážního úřadu, není důvodná, neboť – vzdor argumentaci stěžovatele – naopak právě k tomuto závěru krajský soud dospěl. V naříkaném rozsudku výslovně uvedl: „*Stanovisko vydané žalobcem těmto osobám* [podnikatelským subjektům, které usilují o provozování drážního vozidla na území České republiky] *slouží jako podklad pro rozhodnutí drážního úřadu. Nejedná se o vrchnostenský akt, kterým je až rozhodnutí drážního úřadu, jehož podkladem mohlo být (nicméně nemuselo) také stanovisko žalobce.*“

[24] Nejvyšší správní soud se stejně jako soud krajský zabýval i druhým judikatorně dovozeným znakem veřejného zájmu; tedy tím, zda stát uspokojuje potřebu veřejného zájmu (bezpečnou drážní dopravu) sám nebo zda si nad uspokojováním této potřeby ponechal rozhodující vliv, resp. kontrolu. Uvedené je projevem zvláštního zájmu na zabezpečení potřeb ze strany státu, které podle judikatury Soudního dvora Evropské unie i zdejšího soudu svědčí o tom, že potřeba je potřebou veřejného zájmu.

[25] Nejvyšší správní soud v rozsudcích ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 111/2008-91 a čj. 9 Afs 5/2009-91, judikoval, že je nezbytné rozlišovat kontrolu vrchnostenskou a kontrolu pouze v rámci práv akcionáře; uvedl: „*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).*“ Krajský soud z uvedeného vycházel. Vůči takovému rozlišení kontroly stěžovatel ničeho nenamítl.

[26] Potřebu bezpečné drážní dopravy uspokojuje sám stát. Činí tak prostřednictvím Drážního úřadu, orgánu státní správy, který je podřízen Ministerstvu dopravy a který vykonává působnost orgánu dozoru nad drážními vozidly, určenými technickými zařízeními a nad strukturálními a provozními subsystémy na dráhách zařazených do evropského železničního systému (§ 53, § 55 zákona o drahách). Zkušebnictví v oblasti zkoušek drážních vozidel a zkušebního provozu drážního vozidla sám stát nezabezpečuje, ale pověřil, prostřednictvím Ministerstva dopravy, k této činnosti mimo jiné žalobkyni. Z uvedeného je zřejmé, že žalobkyně k bezpečné drážní dopravě jen nepřímo přispívá.

[27] Stěžovatel spatřoval vliv státu na výkon činnosti žalobkyně v tom, že ji ovládají České dráhy, a.s., jako jediný akcionář. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že ovládání subjektu státem bez dalšího neznamená, že stát kontroluje uspokojování potřeb veřejného zájmu, které tento subjekt může uspokojovat. Ovládání je rozhodné při posouzení podmínky podle 2. bodu definice veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách *(je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána)*. Nejvyšší správní soud nepopírá, že stát může mít vliv na chod žalobkyně, jak namítl stěžovatel; pouhé ovládání subjektu státem však pro závěr, že činnost tohoto subjektu vede k uspokojování potřeb veřejného zájmu, nestačí.

[28] To, že je stát zřizovatelem a jediným akcionářem ostatně samo o sobě nemusí stačit ani pro závěr o jiné než průmyslové nebo obchodní povaze uspokojovaných potřeb [druhá část definice veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) bod 1., *potřeb veřejného zájmu,*

které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu]. Nejvyšší správní soud se například při posuzování, zda má či nemá poskytování služeb v oboru lázeňství (kterým jsou uspokojovány potřeby veřejného zájmu) průmyslovou nebo obchodní povahu, odvrátil od názoru, „*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) 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).*“ (rozsudek NSS ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 5/2009-91, a ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 111/2008-91).

[29] Nejvyšší správní soud po posouzení, zda žalobkyně byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, uzavírá, že žalobkyně uvedené nesplňuje. Žalobkyně přímo nezajišťuje potřebu veřejného zájmu, její činnost svědčí určitému omezenému okruhu osob a není podrobena vrchnostenské kontrole.

[30] Krajský soud se nad rámec nutného zabýval i tím, zda má činnost žalobkyně obchodní povahu. Uvedené nebylo nutné, neboť povaha činnosti je rozhodná pouze pokud činnost subjektu směřuje k uspokojování potřeb veřejného zájmu; což v souzeném případě splněno nebylo (srov. rozsudek SDEU ze dne 22. 5. 2003, ve věci *Ritta Korhonen*, C-18/01, bod 40, nebo rozsudek NSS ze dne 31. 5. 2011, čj. 1 Afs 98/2010-399). Protože stěžovatel uplatnil kasační námitky i proti závěrům krajského soudu, týkajícím se (ne)obchodní povahy činnosti, vypořádal se s nimi Nejvyšší správní soud následovně.

[31] Podle judikatury Soudního dvora Evropské unie je při posouzení, zda má potřeba jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu, třeba zohlednit všechny relevantní právní a skutkové okolnosti, jako například okolnosti zřízení dotčeného subjektu a podmínky, za kterých vykonává svou činnosti. V tomto ohledu je třeba ověřit, zda dotčený subjekt vykonává svoji činnost v podmínkách hospodářské soutěže. Existence konkurence však není sama o sobě dostatečným důvodem pro to, aby subjekt nebyl jinou právnickou osobou. Ani konkurenční prostředí totiž nevylučuje, aby byla jiná právnická osoba vedena jinými než ekonomickými úvahami. Také je nutné posuzovat, zda je cílem činnosti vytváření zisku, zda subjekt nese rizika spojená s výkonem činnosti (zda existuje mechanismus kompenzace finančních ztrát, nebo subjekt nese sám ekonomické riziko, zda by stát či jiný veřejný zadavatel připustil úpadek subjektu nebo jinou formu zániku subjektu) (rozsudky SDEU ze dne 10. 11. 1998, ve věci *BFI Holding*, C-360/96; ze dne 27. 2. 2003 ve věci *Adolf Truley GmbH*, C-373/00; ze dne 10. 5. 2001, ve spojených věcech *Agorà a Excelsior*, C-223/99 a C-260/99; ze dne 22. 5. 2003 ve věci C-18/01 *Ritta Korhonen*). Judikatura Nejvyššího správního soudu uvedené respektuje (srov. rozsudky NSS ze dne 31. 5. 2011, čj. 1 Afs 98/2010-399, ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 111/2008-91, ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 5/2009-91)

[32] Krajský soud judikoval, že žalobkyně primárně směřuje svou činností k dosažení zisku, není finančně závislá na státu, ani státem podporovaná a nese ztráty vzešlé z její činnosti. Je jediným subjektem provádějícím zkušební provoz. Zkoušky drážních vozidel provádí v běžném tržním prostředí. Z uvedeného je zřejmé, co krajský soud považoval za ekonomická kritéria při posuzování povahy potřeb uspokojovaných žalobkyní. Kasační námitka, podle které napadený rozsudek postrádá konkretizaci ekonomických kritérií, tak důvodná není; ostatně stěžovatel závěr krajského soudu napadl konkrétními kasačními námitkami, což by u nepřezkoumatelného závěru nebylo možné.

[33] Kasační argumentace vychází výhradně z neexistence dalšího subjektu, který by prováděl zkušební provoz drážního vozidla podle § 43b odst. 3 zákona o drahách [v aktuálně platném a účinném znění zákona o drahách se jedná o § 43b odst. 4; soud však musí zkoumat situaci posuzovaného subjektu k okamžiku zadání dotčené veřejné zakázky (srov. rozsudek SDEU ze dne 5. 10. 2017, ve věci *LitSpecMet*, C-567/15, bod 47), tj. v souzeném případě k 11. 11. 2010]. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že výše uvedená kritéria nemusí být pro závěr, že posuzovaná potřeba nemá obchodní povahu, splněna všechna do posledního. Jedná se pouze o jednotlivé aspekty, které v závislosti na tom, kolik jich bude naplněno, povedou k závěru o (ne)obchodní povaze posuzované potřeby. V souzeném případě byla jediným sporným aspektem neexistence hospodářské soutěže při provádění zkušebního provozu. Ani podle Nejvyššího správního soudu nemůže tato skutečnost, nehledě k tomu, že vstup další soutěžitelů na rozhodný (slovy stěžovatele strnulý) trh není omezen, převážit bezvýhradné splnění ostatních aspektů. Kasační argumentace tak není s to závěr krajského soudu, podle kterého se žalobkyně rozhoduje na základě ekonomických kritérií, vyvrátit. Stěžovatel neuvedl, v čem konkrétně spatřuje nesprávný výklad rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 111/2008-91, krajským soudem. Kasační námitka není důvodná.

[34] Krajský soud nedovodil, že se žalobkyně pohybuje v běžném tržním prostředí, jak namítl stěžovatel. Naopak uvedl, že žalobkyně je aktuálně jediným subjektem poskytujícím zkušební provoz drážních vozidel, a připustil, že *„[t]oto kritérium* (výkon činnost v podmínkách hospodářské soutěže) *by mohlo v projednávané věci částečně nasvědčovat tomu, že žalobce vystupuje v pozici veřejného zadavatele.“* K tomu však dodal, že nic nenasvědčuje tomu, že by došlo k ingerenci státu za účelem pokračování činnosti žalobkyně. Tento závěr považuje Nejvyšší správní soud co do kvality odůvodnění rozsudku za dostatečný, neboť posuzování, zda subjekt nese rizika spojená s výkonem činnosti, by se mělo orientovat na nalezení dopředu zakotveného mechanismus kompenzace finančních ztrát nebo zabránění zániku posuzovaného subjektu. Nenalezl-li krajský soud takový mechanismus (jeho existenci netvrdil ani stěžovatel), lze závěr krajského soudu, podle něhož *„[v] případě hrozícího zániku žalobce nic nenasvědčuje tomu, že by došlo k ingerenci státu za účelem pokračování jeho podnikatelské činnosti“*, plně akceptovat.

[35] Ke kasační námitce odkazující na závěr Krajského soudu v Brně v rozsudku ze dne 18. 10. 2017, čj. 31 Af 20/2016-59, k němuž krajský soud dospěl při posuzování, zda je hospodářská komora zadavatelem, a podle kterého, působí-li subjekt v roli „partnera státu“ při výkonu byť jen části činnosti, lze usoudit, že tato činnost nemá obchodní či průmyslový charakter, Nejvyšší správní soud uvádí, že se jedná o závěr přijatý krajským soudem ve skutkově odlišné věci. Pro rozhodnutí v nyní souzeném případě byly rozhodné

podmínky podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, které žalobkyně nenaplnila, a proti ji nelze považovat za veřejného zadavatele.

IV. Závěr a náklady řízení

[36] Pro uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost je nedůvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. O věci přitom rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s.

[37] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšná žalobkyně vznik nákladů řízení o kasační stížnosti netvrdila a ani ze spisu Nejvyššího správního soudu neplyne, že by jí nějaké náklady vznikly, proto jí nemohlo být právo na náhradu nákladů řízení přiznáno.

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

V Brně 6. září 2018

JUDr. Miloslav Výborný
předseda senátu