



UOHSX009KILU

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R116/2014/VZ-13557/2017/321/EDy

Brno 28. dubna 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 4. 2014, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem –

- **Vojenskou zdravotní pojišťovnou České republiky**, IČO 47114975, se sídlem Drahobejlova 1404/4, 190 03 Praha 9,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S474/2013/VZ-6346/2014/523/OPi ze dne 25. 3. 2014, vydaném ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím že

- uzavřel dne 16. 5. 2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s Pavlem Vondruškou, IČO 71602976, se sídlem Helénská 1799/4, 120 00 Praha, aniž by zadavatel postupoval v jednom z druhů zadávacích řízení dle § 21 zákona,
- uzavřel dne 23. 3. 2012 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s Pavlem Vondruškou, IČO 71602976, se sídlem Helénská 1799/4, 120 00 Praha, aniž by zadavatel postupoval v jednom z druhů zadávacích řízení dle § 21 zákona,
- uzavřel smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení, jejichž předmětem je nábor pojištěnců pro Vojenskou zdravotní pojišťovnu České republiky, a tím rozdělil předmět veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 13 odst. 3 zákona,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S474/2013/VZ-6346/2014/523/OPi ze dne 25. 3. 2014

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 2. 8. 2014 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – Vojenskou zdravotní pojišťovnou České republiky, IČO 47114975, se sídlem Drahobejlova 1404/4, 190 03 Praha 9 (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**VoZP**“) tím, že uzavřel dne 16. 5. 2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s Pavlem Vondruškou, IČO 71602976, se sídlem Helénská 1799/4, 120 00 Praha, aniž by zadavatel postupoval v jednom z druhů zadávacích řízení dle § 21 zákona, uzavřel dne 23. 3. 2012 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s Pavlem Vondruškou, IČO 71602976, se sídlem Helénská 1799/4, 120 00 Praha, aniž by zadavatel postupoval v jednom z druhů zadávacích řízení dle § 21 zákona a uzavřel smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení, jejichž předmětem je nábor pojištěnců pro Vojenskou zdravotní pojišťovnu České republiky, a tím rozdělil předmět veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 13 odst. 3 zákona. Za účastníka správního řízení zahájeného z moci úřední Úřad označil zadavatele.
2. Úřad si na základě podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci k uzavřeným smlouvám o nevýhradním obchodním zastoupení. Z této dokumentace Úřad zjistil, že v Příloze č. 1 vzor „*Smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení*“ ke „*Směrnici pro odměňování smluvních*

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, se nepoužije s ohledem na § 273 odst. 1 tohoto zákona.

zaměstnanců a obchodních zástupců Vojenské zdravotní pojišťovny České republiky“, jež byla vydána na základě Příkazu generálního ředitele VoZP, a který nabyl účinnosti dne 1. 2. 2008, je uvedeno v čl. 1, že „smlouva...se uzavírá na dobu neurčitou podle § 668 obchodního zákoníku“. Dále je v čl. 2 této smlouvy uvedeno „Sjednaná oblast, v níž bude obchodní zástupce vyvíjet činnost ve prospěch zastoupeného – získávání pojištěnců pro VoZP, z jejichž strany je záruka plnění pojistného vztahu a poskytování poradenské služby.“ V čl. 7 smlouvy je stanoveno, že „provize na základě výsledků činnosti obchodního zástupce se poskytne ve výši stanovení Směrnici GŘ VoZP (...)“

3. Dále z této dokumentace Úřad zjistil, že v Příloze č. 1 vzor „Smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení“ ke „Směrnici pro odměňování zástupců zabývajících se náborem pojištěnců pro VoZP ČR“, jež byla vydána na základě Příkazu generálního ředitele VoZP, a který nabyl účinnosti dne 10. 4. 2012, je uvedeno v čl. I., že „Předmětem této smlouvy je závazek obchodního zástupce vyvíjet činnost k získávání pojištěnců pro zastoupeného, z jejichž strany je záruka plnění povinností pojištěnce, vyplývajících z příslušných obecně závazných právních předpisů a ze zdravotně pojistného vztahu, vzniklého na základě řádně vyplněné a podepsané přihlášky pojištěnce a evidenčního listu, a dále závazek obchodního zástupce provádět poradenskou činnost, to vše za provizi, hrazenou zastoupeným podle této smlouvy.“
4. Úřad následně na základě vyjádření zadavatele k podanému podnětu zjistil, že zadavatel uhradil na základě uzavřených Smluv o nevýhradním obchodním zastoupení za realizovaný nábor pojištěnců za rok 2011 částku 64 372 050 Kč a za rok 2012 částku 66 977 600 Kč.
5. Úřad na základě obdržených dokladů získal pochybnost o tom, zda zadavatel nerozdělil předmět veřejné zakázky (získávání nových pojištěnců pro zadavatele) tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v zákoně a zda tedy nebyl povinen pro zadání veřejné zakázky použít jeden z druhů zadávacích řízení dle § 21 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 25. 3. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S474/2013/VZ-6346/2014/523/OPi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém výrokem I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že dne 16. 5. 2011 uzavřel smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dodavatelem (obchodním zástupcem), dne 25. 7. 2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dalším dodavatelem (obchodním zástupcem), a dne 29. 7. 2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dalším dodavatelem (obchodním zástupcem), jejichž předmětem bylo získávání pojištěnců pro zadavatele, a které tvořily jednu veřejnou zakázku, aniž by ji zadal v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že dne 23. 3. 2012 uzavřel smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dodavatelem (obchodním zástupcem), jejímž předmětem bylo získávání pojištěnců pro zadavatele, aniž by ji zadal v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem III. Úřad zadavateli uložil za výše specifikované správní delikty pokutu ve výši 1 800 000 Kč.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je za veřejného zadavatele považována taková právnická osoba, která uspokojuje potřeby veřejného zájmu, nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, a současně její činnost může ovlivňovat stát či jiná osoba, naplňující znaky veřejného zadavatele, pomocí financování, ovládání nebo jmenování nadpoloviční většiny členů orgánů této právnické osoby. K naplnění definice veřejného zadavatele pak stačí naplnění podmínky uvedené v bodu 1. výše citovaného ustanovení zákona a alespoň jedné z podmínek uvedených v bodu 2. výše citovaného ustanovení.
8. Úřad zjistil z výpisu z obchodního rejstříku, že VoZP byla založena ve smyslu § 5 zákona č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o zdravotních pojišťovnách**“), přičemž dle tohoto ustanovení je zaměstnanecká pojišťovna právnickou osobou, v právních vztazích vystupuje svým jménem a je nositelem veřejného zdravotního pojištění pro pojištěnce, kteří jsou u ní zaregistrováni. Dle Úřadu lze tedy najisto postavit, že činnost spočívající v provádění veřejného zdravotního pojištění má těžiště v uspokojování potřeb veřejného zájmu. Úřad tak konstatoval, že v šetřeném případě je první zákonná podmínka (§2 odst. 1 písm. d) bod 1. zákona) naplněna, jelikož zadavatel je jinou právnickou osobou, která byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
9. Pro určení toho, zda je u zadavatele splněna i druhá podmínka, pro to, aby byl považován za veřejného zadavatele, tedy podmínka stanovená v § 2 odst. 2 písm. d) zákona, a to že současně její činnost může ovlivňovat stát či jiná osoba, naplňující znaky veřejného zadavatele, pomocí financování, ovládání nebo jmenování nadpoloviční většiny členů orgánů této právnické osoby Úřad uvedl, že podle příslušných ustanovení zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o veřejném zdravotním pojištění**“) a zákona o zdravotních pojišťovnách, je zřejmé, že stát má faktický vliv na výkon činnosti VoZP, neboť její činnost v oblasti veřejného zdravotního pojištění nefunguje nezávisle na státu, ale podléhá kromě příslušných zákonů i postupům určovaným státem. Podmínka „ovládání“ ze strany státu a veřejného zadavatele (Veřejná zdravotní pojišťovna České republiky) tak je naplněna, neboť stát určuje jak výši pojistného, tak i reguluje způsob hospodaření s vybraným pojistným, a právní řád rovněž upravuje postup státu vůči VoZP např. v oblasti udělování povolení k provádění veřejného zdravotního pojištění, návrhu zdravotně pojistného plánu, zrušení a zániku pojišťovny nebo v případě nucené správy pojišťovny.
10. Úřad tak s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že zadavatel naplnil zákonné podmínky pro to, aby byl ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona považován za veřejného zadavatele.
11. Úřad z provedeného dokazování zjistil, že zadavatel uzavíral v letech 2011 a 2012 smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení na „nábor pojištěnců“, na základě kterých mu byly vyfakturovány v roce 2011 částky 67 029 000 Kč, 3 000 Kč, 51 600 Kč a 275 000 Kč (celkem tedy 67 358 800 Kč) a ze smlouvy uzavřené v roce 2012 částka 69 152 625 Kč.
12. Úřad dále dovedl, že uvedené smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení naplňují znaky veřejné zakázky uvedené v § 7 odst. 1 zákona, neboť jejich předmětem je úplatné poskytnutí služeb dodavatelem (obchodním zástupcem) zadavateli.

13. Z hlediska náboru pojištěnců v roce 2011 Úřad posuzoval, zda se v šetřeném případě jedná o jednu veřejnou zakázku (případně dílčí části jedné veřejné zakázky), či o zakázky samostatné, přičemž pro posouzení byl rozhodující věcný charakter poptávaného plnění, tj. zda se jedná o plnění totožné či obdobné, které je uskutečňované pro téhož zadavatele v témže časovém období a za týchž podmínek. Úřad přitom dospěl k závěru, že bylo splněno hledisko místní, časové i věcné souvislosti a že tedy smlouvy o nevýhradním obchodním zastoupení uzavřené v roce 2011 představují jeden funkční celek, tedy jednu veřejnou zakázku.
14. Plnění spočívající v „náboru pojištěnců“ ve vztahu k roku 2011 tak Úřad posuzoval jako jednu veřejnou zakázku a ve vztahu k roku 2012 za druhou veřejnou zakázku, přičemž dovodil, že předpokládané hodnoty obou veřejných zakázek převýšily finanční limit stanovený v § 12 odst. 3 zákona pro případné vyhlášení veřejné zakázky malého rozsahu, tedy 2 000 000 Kč, a měly tak být dle Úřadu zadávány v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona.
15. Dále Úřad dospěl k závěru, že tím, že zadavatel nezadával veřejnou zakázku v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona, nebyla cena (výše provize) řádně soutěžena a nelze tak vyloučit, že kdyby tato cena byla řádně soutěžena, mohl zadavatel obdržet nabídku spočívající v nižší ceně provize za získání nového pojištěnce.
16. Na základě uvedeného Úřad uzavřel, že zadavatel se dopustil dvou správních deliktů, za které zadavateli uložil pokutu.
17. Při uložení pokuty Úřad vycházel ze zásady absorpce, když za závažnější považoval správní delikt vymezený pod výrokem II. napadeného rozhodnutí, neboť cena veřejné zakázky (smlouva o nevýhradním zastoupení uzavřená v roce 2012) byla vyšší. Úřad tak výši horní hranici možné pokuty vypočetl částkou 3 457 631,25 Kč (5 % z ceny veřejné zakázky). V rámci absorpce pak Úřad přihlédl ke správnímu deliktu zadavatele, uvedeném pod výrokem I. napadeného rozhodnutí jakožto k přitěžující okolnosti, když současně po zhodnocení případu při ukládání výměry pokuty přihlédl k okolnostem, za kterých byly správní delikty spáchány, k jejich následkům a ke způsobu jejich spáchání. Úřad zohlednil, že v důsledku postupu zadavatele neproběhla o veřejnou zakázku soutěž, což je jedno z nejzávažnějších porušení zákona a přihlédl k ekonomické situaci zadavatele. Po zohlednění všech skutečností vyměřil zadavateli pokutu ve výši 1 800 000 Kč.
18. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 25. 3. 2014.

III. Námitky rozkladu

19. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 8. 4. 2014 doručeným v zákonné lhůtě Úřadu téhož dne, když tak tímto dnem bylo zahájeno řízení o rozkladu.
20. Zadavatelův rozklad směřoval do všech výroků napadeného rozhodnutí, přičemž namítal nezákonnost a nesprávnost napadeného rozhodnutí. Dle zadavatele ke spáchání ke spáchání žádného správního deliktu nedošlo a rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právními předpisy. Úřad se dle zadavatele dopustil porušení mezinárodních právních zásad, zejm. zásady, že nikdo není povinen obviňovat sám sebe.

21. Napadené rozhodnutí dle zadavatele stojí na nesprávném závěru Úřadu, dle kterého je zadavatel veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 zákona. Zadavatel nerozporuje naplnění znaku, kterým je uspokojování potřeb veřejného zájmu. Avšak závěr Úřadu o tom, že je ovládán státem zásadně popírá. Úřad dle zadavatele dovozuje existenci znaku „ovládání státem“ z pravomoci vydávat a odnímat povolení, provádět správní dozor, uložit nucenou správu apod. Dle zadavatele však takové pravomoci představují standardní projev veřejné správy, když z této naprosto běžné podoby výkonu veřejné správy nelze dovozovat, že je subjekt ovládán ze strany státu. Dle zadavatele prvek ovládání musí nutně znamenat možnost ovlivňovat činnost ovládaného subjektu právně či fakticky určitým interním způsobem, na základě vlastní úvahy, typicky pak např. rozhodnutím vlastníka, což však dle názoru zadavatele neodpovídá danému případu. Dle zadavatele Úřad použil nepřipustný extensivní výklad otázky „ovládání“, ač měl zvolit takový výklad, který buď vůbec, nebo co nejméně zasahuje do toho kterého základního práva či svobody. Současně zadavatel citoval zásadu „*in dubio pro libertate*“, která je vyjádřena prostřednictvím zásad „*in dubio pro mitius*“ a „*in dubio pro reo*“. Použití těchto zásad pak dle názoru zadavatele svědčí pro jeho právní výklad.
22. Zadavatel rovněž zpochybňuje, že by se dopustil správních deliktů. Je přesvědčen, že jeho jednání nemohlo mít vliv na výběr nejuvhodnější nabídky. Ve smlouvách o nevýhradním zastoupení totiž nebyla dojednána žádná garantovaná odměna za aktivitu dodavatele, ale pouze fixní odměny za výsledek. Zadavatel uvádí, že neměl zájem uzavřít smlouvy s co nejnižším plněním za jednoho pojištěnce, protože tím by nedosáhl potřebného cíle. Dle zadavatele v daném případě platí přímá úměra, tedy čím vyšší je odměna za získání pojištěnce, tím více pojištěnců je získáno. Úřad se však v napadeném rozhodnutí touto úvahou vůbec nezabýval. Současně představa Úřadu o tom, že by ve smlouvách mohla být zakotvena smluvní pokuta pro případ, že by obchodní zástupce žádného pojištěnce nezískal, se zadavateli jeví jako nereálná, neboť obchodní zástupce je trestán již tím, že vyvíjí činnost, která nemusí vést k úspěchu a i přes vynaložené úsilí nezíská pojištěnce. Pokud by za této situace byl ještě vznesen požadavek na smluvní sankci a obchodní zástupce by nezískal žádného pojištěnce, pak by toto vybízelo k používání neetických postupů k získání pojištěnců.
23. Zadavatel je přesvědčen, že svým jednáním nenaplnil ani materiální stránku deliktu. Pro potrestání přitom nestačí pouze samotné porušení právní povinnosti, ale současně je třeba ještě sledovat, zda takové jednání je společensky škodlivé, tím se však Úřad dle zadavatele nezabýval. V této souvislosti zadavatel ještě poukázal, že uzavřením předmětných smluv se nijak nevyčerpalo poptávané plnění, zadavatel byl otevřený k uzavírání stejných smluv s jakýmkoliv potenciálním zájemcem a tento postup podporoval. Ne každý obchodní zástupce byl schopen získat velký počet nových pojištěnců, mezi obchodními zástupci byli takoví, kterým se za uvedených podmínek nepodařilo žádnou smlouvu uzavřít.
24. Zadavatel dále namítá procesní pochybení Úřadu, který od něj vyžadoval předložení smluv o nevýhradním obchodním zastoupení a smluv o zprostředkování, aniž by ho poučil o možnosti předložení dokladů odepřít. Získané podklady poté Úřad využil jako podklady pro rozhodnutí o uložení pokuty, což je v rozporu se zásadou zákazu sebeobviňování. Důkazy tak byly opatřeny v rozporu se zákonem.
25. Závěrem zadavatel zpochybňuje postup Úřadu při ukládání pokuty a výši ukládané pokuty.

26. Dle zadavatele Úřad při ukládání pokuty nepřihlédl k žádné polehčující okolnosti. Přihlížel pouze k přitěžujícím okolnostem, za takovou však dle zadavatele nelze považovat takové jednání, které naplňuje zákonné znaky skutkové podstaty správního deliktu. Navíc dle zadavatele jeho jednáním nedošlo k vyloučení soutěžního prostředí.
27. Zadavatel nesouhlasí ani s výší uložené pokuty. Odmítá, aby byl sankciován tak vysokou pokutou za situace, kdy lze výrazně pochybovat o tom, zda vůbec má postavení veřejného zadavatele a zda došlo ke spáchání správního deliktu. Současně zadavatel poznamenal, že dosud Úřad nikdy neuložil pokutu za obdobné jednání žádné zdravotní pojišťovně. Dle zadavatele za situace, kdy právní i skutkový stav je v daném případě značně složitý, pak by v podobných případech měla být sankce ukládána v minimální výši. Dle zadavatele odůvodnění rozhodnutí postrádá úvahy Úřadu, které by ospravedlňovaly uložení pokuty v takové výši, v jaké byla uložena.

Závěr rozkladu

28. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

29. Dne 5. 1. 2015 předseda Úřadu vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy, kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“).
30. Následně zadavatel podal žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**Krajský soud**“), kterou se domáhal zrušení napadeného rozhodnutí a rozhodnutí předsedy Úřadu.
31. O žalobě rozhodl Krajský soud rozsudkem ze dne 23. 3. 2016, č. j. 62 Af 13/205-120 (dále jen „**rozsudek KS ze dne 23. 3. 2016**“), jímž zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Důvodem pro zrušení byla nepřezkoumatelnost uložené pokuty. Ve zbylé části shledal žalobu za nedůvodnou. Konstatoval konkrétně, že žaloba není důvodná v bodech, kde zadavatel namítal vady spočívající v procesním postupu Úřadu, ani v bodech, kterými zadavatel zpochybňoval závěr Úřadu, že zadavatel je veřejným zadavatelem, a tedy měl smlouvy uzavírat v zadávacím řízení podle zákona, jejich neuzavřením tedy naplnil znaky správního deliktu.
32. Proti rozsudku KS ze dne 23. 3. 2016 podal Úřad kasační stížnost, na jejímž základě byl rozsudek KS ze dne 23. 3. 2016 rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 71/2016-28 zrušen (dále jen „**rozsudek NSS ze dne 14. 7. 2016**“), neboť dle Nejvyššího správního soudu je rozhodnutí předsedy Úřadu a jemu předcházející napadené rozhodnutí v otázce uložené pokuty přezkoumatelné.
33. Krajský soud vázán závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu ve věci znovu rozhodl rozsudkem ze dne 21. 7. 2016, č. j. 62 Af 13/2015-147 (dále jen „**rozsudek KS ze dne 21. 7. 2016**“), a žalobu jako nedůvodnou zamítl. Krajský soud vázán závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu nově posoudil otázku uložené pokuty a dospěl k závěru, že žaloba ani v tomto bodu není důvodná, ve zbylém setrval na svém předchozím posouzení věci. Za nedůvodné tak označil i zbylé žalobní body, tj. námítky směřující do procesního postupu Úřadu, do posouzení postavení zadavatele jakožto veřejného zadavatele i do naplnění znaků správních deliktů. Mimo jiné pak opětovně shledal,

že zadavatel „splňuje podmínku veřejného zadavatele nejen podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. ZVZ (což není žalobcem [pozn.: zadavatelem] zpochybňováno), nýbrž i podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ, neboť je právnickou osobou převážně financovanou státem. Je-li splněna tato subpodmínka v rámci bodu 2., není třeba se již dále zabývat druhou subpodmínkou podle téhož bodu, neboť tyto dvě subpodmínky postačí splnit alternativně. Byť tedy žalovaný [pozn.: Úřad] splnění druhé z uvedených subpodmínek odvozoval od dílčího právního závěru, že žalobce je státem ovládán, část argumentace žalovaného, jak ji použil v bodech 72., 74. – 80. a 82. prvostupňového rozhodnutí [pozn.: napadeného rozhodnutí], měla vést žalovaného k právnímu závěru ohledně splnění druhé z uvedených subpodmínek proto, že žalobce státem převážně financován. I přes toto dílčí pochybení žalovaného však závěr o tom, že žalobce je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, obstojí. Zčásti odlišný dílčí právní závěr zdejšího soudu (při hodnocení dvou alternativně nastavených subpodmínek v rámci § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ) tudíž nevede k nutnosti napadené rozhodnutí rušit.

34. Proti rozsudku podal zadavatel kasační stížnost. Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 16. 2. 2017, č. j. 9 As 211/2016-106, (dále jen „**rozsudek NSS ze dne 16. 2. 2017**“) kasační stížnosti podané zadavatelem vyhověl a zrušil rozsudek KS ze dne 21. 7. 2016 a věc mu vrátil k dalšímu řízení, neboť dle Nejvyššího správního soudu Krajský soud překročil meze přezkumu správního rozhodnutí. „*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.*- 35. Krajský soud vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu tedy opětovně ve věci rozhodoval. Rozsudkem ze dne 1. 3. 2017, č. j. 62 Af 13/2015-179, (dále jen „**rozsudek KS ze dne 1. 3. 2017**“) rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.
- 36. V tomto rozsudku Krajský soud znovu posoudil procesní postup Úřadu ve vztahu k žalobní námitce porušení zásady zákazu sebeobviňování, přičemž s odkazem na unijní i národní judikaturu dospěl k závěru, že tato námitka není důvodná.
- 37. Následně přistoupil k posouzení Úřadem provedeného hodnocení naplnění podmínek pro určení, že zadavatel je veřejným zadavatelem, kteréžto je podstatné pro posouzení hmotněprávního žalobcova jednání. Dospěl přitom k závěru, „*že naplnění znaků veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ, jak jejich naplnění žalovaný dovodil v napadeném rozhodnutí, neobstojí. Za tohoto stavu je třeba napadené rozhodnutí zrušit podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení, neboť dovodil-li by zdejší soud sám naplnění znaků veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ z jiných dílčích důvodů, než jak to učinil žalovaný, postupoval by nepřipustně, jak Nejvyšší správní soud dovodil v rozsudku ze dne 16. 2. 2017, č. j. 9 As 211/2016 – 106, a zdejšímu soudu vytknul.*- 38. *Na žalovaném tudíž nyní bude, aby v případě, že setrvá na svém závěru, že žalobce je veřejným zadavatelem, svůj závěr opřel o jiné důvody, jež by měly oporu v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ. Zda se má žalovaný nadále zaměřovat na prokázání některé z hypotéz druhé subpodmínky podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ [...] anebo zda má žalovaný zaměřit svoji pozornost na zkoumání první subpodmínky podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ (tj. zda je žalobce financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem), to zdejší soud, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu [...], musí ponechat na žalovaném.“*

V. Další řízení o rozkladu

39. Po vrácení správního spisu Krajským soudem Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení zavázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu a zároveň právním názorem vysloveným v rozsudku Nejvyššího správního soudu.
40. Oznámení o pokračování ve správním řízení bylo zadavateli sděleno přípisem č. j. ÚOHS-11136/2017/321/EDy ze dne 31. 3. 2017, který zadavatel obdržel téhož dne.

Stanovisko předsedy Úřadu

41. Vzhledem k závazným právním názorům vyjádřeným v rozsudku krajského soudu a v rozsudku Nejvyššího správního soudu jsem v dalším řízení o rozkladu dospěl k následujícímu závěru.
42. Napadené rozhodnutí je nezákonné. Nezákonnost spočívá v nedostatku důvodů, na základě kterých Úřad dovodil naplnění znaků veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) bod 2 zákona.
43. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem zrušil napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu a dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vrátil věci Úřadu k novému projednání.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

44. Zadavatel ve svém rozkladu namítá, že Úřad věc nesprávně právně posoudil, a to z hlediska odpovědného subjektu, posouzení protiprávnosti jednání a z hlediska uložené pokuty. Dále má zadavatel za to, že napadené rozhodnutí trpí procesními vadami.
45. Ještě než přistoupím k posouzení námitek směřujících do hmotněprávního posouzení jednání zadavatele a posouzení postavení zadavatele, je na místě vypořádat námítky týkající se procesního postupu Úřadu.

K namítaným procesním vadám

46. Zadavatel v podaném rozkladu namítal, že postupem Úřadu došlo k porušení zákazu sebeobviňování, neboť Úřad opakovaně vyzval zadavatele k předložení dokladů, které pak použil jako podklady pro rozhodnutí o spáchání správního deliktu.
47. K tomuto uvádím, že s námitkou zadavatele se neztotožňuji. Je zřejmé, že Úřad je ve smyslu § 112 zákona orgánem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, když jako takovému je mu svěřena pravomoc nejen k přezkoumávání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejných zakázek, ale rovněž pravomoc rozhodovat o tom, zda byl spáchán správní delikt ve smyslu zákona. Jako orgán dohledu tak Úřad postupuje jednak podle zákona a jednak podle procesního předpisu, kterým je v daném případě správní řád.
48. Podle § 3 správního řádu platí, že nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Tato zásada je dále vyjádřena v § 50 správního řádu. S ohledem na tato ustanovení je tak zřejmé, že správní orgán postupuje ve správním řízení podle zásady vyšetřovací,

což znamená, že sám opatřuje podklady pro vydání rozhodnutí, když takové podklady je oprávněn požadovat i od účastníků řízení. Taková pravomoc správního orgánu ovšem není neomezená, neboť platí, že správní orgán je oprávněn vyžadovat od účastníka řízení podklady pro rozhodnutí jen v případě, že mu takovou možnost svěřuje zákon. Z opačného hlediska tedy musí platit, že pokud zákon neukládá účastníkovi řízení, aby správnímu orgánu něco předložil, pak takovou povinnost účastník řízení nemá.

49. S ohledem na námitku zadavatele tak upozorňuji zejména na znění § 53 odst. 1 správního řádu, podle kterého správní orgán může usnesením uložit tomu, kdo má listinu potřebnou k provedení důkazu, aby ji předložil. Usnesení se oznamuje pouze osobě, které je povinnost ukládána. V rozhodovaném případě tak je zcela zjevné, že správnímu orgánu je svěřena možnost, aby vyzval účastníka řízení, který má u sebe listinu, aby ji na základě výzvy učiněné správním orgánem, tomuto orgánu předložil. Úřad tak v daném případě v rámci správního řízení využil zákonnou možnost svěřenou mu správním řádem a vyzval zadavatele k předložení listin, když takový postup nemůže být považován za postup, který je v rozporu s právními předpisy, či s Listinou základních práv a svobod, neboť tato možnost je správnímu orgánu dána přímo právním předpisem. Nelze tedy souhlasit s námitkou zadavatele, že Úřad postupoval v rozporu se zákazem sebeobviňování.
50. S ohledem na námitku účastníka řízení, že jej správní orgán nepoučil o možnosti odepřít předložení listin, poukazuji na znění § 4 odst. 2 správního řádu, podle kterého správní orgán v souvislosti se svým úkonem poskytne dotčené osobě přiměřené poučení o jejich právech a povinnostech, je-li to vzhledem k povaze úkonu a osobním poměrům dotčené osoby potřebné. Ze znění tohoto zákonného ustanovení vyplývá, že poučovací povinnost správního orgánu směřuje k tomu, aby účastník dostal poučení o právech a povinnostech vyplývajících z právních předpisů upravujících vedení správního řízení. Dále poukazuji na skutečnost, že ve smyslu ustálené judikatury soudů např. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 20. 6. 2002 č. j. 6 A 22/2000-39 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 10. 2010 č. j. 1 As 51/2010-2014, se má jednat o poučení o procesních právech a povinnostech a nikoliv poučení o hmotném právu, když poučovací povinnost se vztahuje jen na procesní práva a povinnosti vyplývající z právního předpisu. S ohledem na uvedené tak platí, že správní orgán poučí účastníka řízení o právech a povinnostech, případně o následcích pouze tehdy, pokud se jedná o procesní postavení účastníka a pokud takovou úpravu obsahuje procesní předpis. To však neznamená, že by účastník řízení neměl možnost se proti vydanému rozhodnutí bránit, neboť proti rozhodnutí správního orgánu, ať již ve formě samotného rozhodnutí či usnesení, připouští správní řád opravný prostředek, kterým je odvolání. Pokud tedy zadavatel měl za to, že usnesení Úřadu je v rozporu s právním řádem či právními principy, pak nic mu nebránilo v tom, aby odvolání proti tomuto usnesení podal. Zadavatel však ve správním řízení takové odvolání nepodal a naopak v obou případech vyhověl výzvě Úřadu a požadované listiny na základě učiněné výzvy předložil. Za takového stavu však zadavatel nemůže brojit proti tomu, že tyto důkazy byly ve správním řízení použity jako podklady pro rozhodnutí, neboť tyto podklady sám správnímu orgánu poskytl, a to bez toho aniž by se proti tomu bránil. V daném případě tak správní orgán splnil svoji zákonnou poučovací povinnost, neboť účastníka poučil o možnosti podat proti vydanému usnesení opravný prostředek. S ohledem na uvedené tedy nepovažuji námitku zadavatele za důvodnou, neboť Úřad splnil svoji zákonnou poučovací povinnost v rozsahu, v jakém je mu uložena zákonem.

51. K porušení zásady sebeobviňování a poučovací povinnosti se v přezkoumávané věci vyjadřoval konstantně i Krajský soud. V rozsudku KS ze dne 1. 3. 2017 krajský soud dovodil odkazem na národní i unijní judikaturu, že „není porušením zásady zákazu sebeobviňování, pokud při vyžadování podkladů není vyšetřovaný (podezřelý) nucen poskytnout odpovědi, které by vyšetřující orgán dovedly k připuštění existence protiprávního jednání, a není nucen poskytnout odpovědi jiné než vážící se výlučně ke skutkovým otázkám a poskytnout listiny jiné, než které v době vyžádání již existují, pak v nyní posuzované věci k porušení zásady zákazu sebeobviňování nedošlo. Žalobce totiž nebyl nucen poskytnout odpovědi, které by vedly k uznání či připuštění existence jeho protiprávního jednání („k přiznání“), žalobce byl toliko vyzván k poskytnutí listin, u nichž žalovaný předpokládal, že jsou k dispozici. Pak tedy nebylo překročeno oprávnění žalovaného na předložení listin výlučně ohledně skutkových otázek, které pak sám žalovaný hodnotil, a to za situace, kdy tyto listiny (smlouvy a faktury) existovaly. Žalovaný tedy žalobce nenutil, aby pro žalovaného „vytvořil“ dokumenty, které by mohly být usvědčujícím důkazem, ani žalobce nenutil, aby se „přiznal“, resp. aby uznal své protiprávní jednání.
52. V uvedeném kontextu by se ostatně podle přesvědčení zdejšího soudu jevilo jako absurdní, aby žalovaný žalobce k předložení smluv a faktur vyzýval a aby jej svým poučením zároveň nabádal k jejich neposkytnutí (a aby pak neposkytnutí bylo pod ochranou). Zákaz donucování k sebeobviňování tedy v posuzované věci podle zdejšího soudu porušen nebyl a smlouvy a faktury, na jejichž existenci žalovaný své právní závěry ohledně porušení ZVZ vystavěl, tak nebyly získány v rozporu se zákonem.“
53. Z uvedeného je zřejmé, že ani Krajský soud neshledal žádné procesní pochybení Úřadu při opatřování podkladů rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené proto námitky zadavatele směřující do procesního postupu Úřadu shledávám nedůvodnými a konstatuji, že Úřad postupoval při opatřování důkazů v souladu se zákonem.
- K hmotněprávnímu posouzení*
54. Pro hmotněprávní posouzení zadavatelova jednání je potřeba nejprve posoudit otázku, zda je tento subjekt zadavatelem ve smyslu zákona. Úřad v napadeném rozhodnutí dovodil, že zadavatel je veřejným zadavatelem, když naplnil znaky stanovené v § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Proti tomu brojí zadavatel. V podaném rozkladu zadavatel uvedl, že nesouhlasí s tím, že by byl u něj splněn znak ovládání státem, přičemž uvedl, že nespornoval naplnění prvního znaku, kterým je ve smyslu § 2 zákona to, že byl založen za účelem uspokojování veřejných potřeb, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
55. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona 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.
56. Dle rozsudku NSS ze dne 16. 2. 2017 „[l]ogická 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 být 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“].

57. Ve věci zadavatel nerozporuje naplnění podmínky § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona, tj. založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Zpochybňuje však, že by byl ovládán státem, tedy naplnění jedné z alternativních dílčích podmínek v bodu 2. daného ustanovení, které dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí.
58. Alternativními dílčími podmínkami dle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách, z nichž alespoň jedna musí být splněna, 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.
59. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že spatřuje naplnění znaku stanoveného v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2 zákona v tom, že zadavatel je ovládán státem, neboť stát má faktický vliv na výkon jeho činnosti, jelikož jeho činnost v oblasti veřejného zdravotního pojištění nefunguje nezávisle na státu a rovněž je zřejmé, že právní řád upravuje postup státu vůči zadavateli např. v oblasti udělování povolení k provádění veřejného zdravotního pojištění, návrhu zdravotně pojistného plánu, zrušení a zániku pojišťovny nebo v případě nucené správy.
60. Dále zmiňuje odkazem na § 43 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění, že zdravotní pojišťovny podléhají kontrole státních orgánů. Z uvedeného ustanovení je zřejmé, že státu je dána zákonná možnost kontrolovat činnost zdravotních pojišťoven, přičemž způsob a rozsah této kontroly je dále dán zejména zákonem o zdravotních pojišťovnách a zákonem č. 592/1992 Sb., pojistném na všeobecné zdravotní pojištění, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o pojistném**“). Dle rozsudku KS ze dne 1. 3. 2017, „*tato skutečnost pouze vyjadřuje existenci vrchnostenské oborové regulace, jež ovšem automaticky neznamená, že by stát (prostřednictvím jakékoli instituce) žalobce ovládal. [...] Ovládání pro účely aplikace ZVZ většinou doktrína vykládá obdobně jako ovládání ve smyslu práva korporátního (aktuálně v souladu s § 74 a násl. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích) a zdejší soud s takovým výkladem souhlasí; ovládání je tedy spojeno s možností přímo nebo nepřímo prosazovat rozhodující vliv (§ 74 odst. 1 uvedeného zákona). Jde tedy – obecně řečeno – o možnost přímého vstupování či jiného působení do interních procesů ovládaného spojenou s možností určovat či ovlivňovat jeho strategická rozhodnutí či každodenní chování svými*

dílčími rozhodnutími. Nic v tomto směru z pouhé skutečnosti, že žalobce, stejně jako jiné zdravotní pojišťovny, podléhá kontrole, nevyplývá.“

61. Rovněž tak dle Krajského soudu ze samotného faktu, že k provádění veřejného zdravotního pojištění je dle § 3 zákona o zdravotních pojišťovnách třeba povolení, o jehož udělení rozhoduje stát prostřednictvím Ministerstva zdravotnictví, nelze učinit závěr, že by stát žalobce „ovládal“, když podle Krajského soudu jde o projev prosté vrchnostenské regulace.
62. Krajský soud dále konstatoval, že prvek „ovládání“ není obsažen ani v Úřadem odkazovaném § 9 (z něhož vyplývá povinnost zadavatele vydat statut, který podléhá schválení) či § 15 (z něhož vyplývá, že činnost zadavatele podle pojistného plánu a hospodaření podléhá schválení a kontrole) zákona o zdravotních pojišťovnách, když tyto vypovídají také pouze o dohledové činnosti státu.
63. I kontrola činnosti zaměstnanecké pojišťovny ve smyslu § 7 odst. 1 věty první zákona o pojišťovnách, kterou provádí Ministerstvo zdravotnictví v součinnosti s Ministerstvem financí, je dle Krajského soudu obdobně jako kontrola vyjádřená v § 43 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění projevem existující vrchnostenské regulace a dohledu, nikoli ingerence do samotného rozhodování zadavatele.
64. S ohledem na uvedené z napadeného rozhodnutí neplyne, v čem Úřad spatřuje možnost reálného ovládnutí ve smyslu, v jakém bylo definováno výše.
65. Ve světle rozsudku Krajského soudu tedy závěr Úřadu, že je žalobce ovládnut státem neobstojí, neboť jak je v rozsudku KS ze dne 1. 3. 2017 dále uvedeno *„podmínka povolení pro činnost žalobce jako zdravotní pojišťovny, možnost jeho odnětí, pravomoc k výkonu kontroly a pravomoc stanovit omezující podmínky pro výkon činnosti jsou příznačné pro řadu oblastí, kde veřejná správa realizuje svůj výkon, aniž by takovéto oprávnění státu veřejnoprávně zasahovat do činnosti subjektu nutně vyvolávalo závěr o tom, že takový subjekt je „státem ovládnut“, a tedy že se tím stává pro účely aplikace ZVZ veřejným zadavatelem.“* Příkladmo pak uvádí různé oblasti regulace, např. bankovní licence, povolení k výkonu koncesované činnosti apod.
66. Veřejnoprávní regulace, tak jak je popisována Úřadem a jak na ni staví nosné argumenty pro dovození „ovládání státem“ nemůže pro dovození tohoto znaku sama o sobě postačovat. Jak bylo poukázáno výše, v případě takového pojetí by totiž bylo nutné (za současného splnění podmínky § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona) za veřejného zadavatele považovat kohokoli, jehož činnost by byla obdobně vrchnostensky regulována.
67. Úřad v napadeném rozhodnutí dále v bodu 72 a násl. zmiňuje fakt, že financování zadavatele je bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění. V tomto směru pak v dalších bodech napadeného rozhodnutí odkazoval na úpravu tzv. zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění, který zřizuje Všeobecná zdravotní pojišťovna, a s tím související roli Všeobecné zdravotní pojišťovny, jakožto správce účtu. Na základě toho pak konstatoval, že Všeobecná zdravotní pojišťovna, kterou označil za veřejného zadavatele, má vliv na výkon činnosti zadavatele. Tedy i tuto argumentaci Úřad použil pro dovození splnění podmínky „ovládání státem či jiným veřejným zadavatelem“, aniž by k ní dovedl nějaký dílčí závěr. Sama o sobě je tedy argumentace Úřadu v tomto bodě zmatečná

a nepřezkoumatelná, když zpočátku cílí na naplnění dílčího kritéria „financování“ avšak následně Úřad opět hovoří o prvku „ovládání“.

68. Jen pro úplnost k tomuto bodu na závěr doplňuji, že Nejvyšší správní soud v bodu 37. rozsudku NSS ze dne 16. 2.2017, vyslovil závěr, že ze zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění neplyne zadavateli převážná část příjmů, která naopak plyne z plateb pojistného (jak nad rámec soudního přezkumu dovozoval Krajský soud v rozsudku KS ze dne 1. 3. 2017), a uvedené se tedy nemůže stát základem pro závěr ohledně převážného financování státem.
69. S ohledem na výše učiněné závěry jsem dospěl k závěru, že splnění druhého z nutných znaků veřejného zadavatele, jež je uveden v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona, jak jeho naplnění dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí, neobstojí. Úvahy Úřadu o naplnění jedné ze tří alternativních dílčích podmínek druhého z nutných znaků veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona nebyly shledány správnými, není proto možné nyní dospět k závěru, zda zadavatel je zadavatelem ve smyslu zákona. Za tohoto stavu věci pak není možné přistoupit ani k bližšímu posouzení námitek směřujících do hmotněprávního posouzení zadavatelova postupu a následného posouzení námitek směřujících do uložené sankce.
70. Úřad se však při posuzování naplnění druhého ze znaků nutného pro učinění závěru, že se jedná o veřejného zadavatele (§ 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona), dosud nezabýval všemi třemi alternativně stanovenými dílčími podmínkami tohoto znaku, přičemž pro naplnění tohoto znaku postačí, bude-li naplněna alespoň jedna z alternativních dílčích podmínek uvedených v bodu 2. daného ustanovení.

VI. Závěr

71. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí spočívá v nedostatku důvodů, jsem dospěl k závěru, že byly splněny zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání podle § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu. Pro hmotněprávní posouzení zadavatelova postupu ve světle vznesených námitek je stěžejní zodpovězení otázky, zda zadavatel je zadavatelem podle zákona, resp. zda naplňuje podmínky § 2 odst. 2 písm. d) zákona bod 2 (naplnění bodu 1. bylo Úřadem správně dovozeno a zadavatelem ani nebylo nikterak sporováno). Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí trpí nezákonností spočívající v nedostatku důvodů, jež by vedly k závěru o naplnění jedné ze tří alternativně stanovených dílčích podmínek v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2 zákona, nebylo právně možné, abych rozkladem napadené výroky napadeného rozhodnutí sám změnil. V řízení o rozkladu nebyly nově požizovány žádné podklady pro vydání rozhodnutí.
72. Úřad při novém projednání věci posoudí, zda zadavatel naplňuje některou ze tří alternativně stanovených podmínek v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona. Svůj závěr je však povinen opřít o jiné důvody, které by měly oporu v uvedeném ustanovení. Je přitom ponecháno na Úřadu, zda se při opětovném posouzení jedné z alternativních dílčích podmínek rozhodne přistoupit k prokázání znaku ovládání, kdy však důvody doposud Úřadem uvedené, resp. důvody uvedené ve zrušeném rozhodnutí předsedy Úřadu byly Krajským soudem shledány za důvody nemající oporu v uvedeném ustanovení zákona, nebo zda zaměří svou pozornost na zkoumání naplnění první alternativní dílčí podmínky, tj. zda je zadavatel převážně financován státem či jiným veřejným zadavatelem, když prvek financování by mohl vyplývat

z veřejného zdravotního pojištění, které je stanoveno zákonem, jak ostatně naznačil Krajský soud v rozsudcích předcházejících vydání rozsudku KS ze dne 1. 3. 2017.

73. Na základě uvedených zjištění Úřad následně zhodnotí, zda je zadavatel zadavatelem ve smyslu zákona, resp. zda je veřejným zadavatelem, a je tedy povinen postupovat podle zákona. A teprve poté přistoupí ke zhodnocení jednání zadavatele a případnému uložení sankce.
74. Při novém projednání věci bude Úřad ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán závazným právním názorem vysloveným v rozsudku KS ze dne 1. 3. 2017 a v rozsudcích Nejvyššího správního soudu, jakož i závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí o rozkladu. Při novém projednání vezme Úřad rovněž v úvahu výše uvedené námitky rozkladu zadavatele. V případě, že dospěje k závěru, že byl spáchán správní delikt, přistoupí v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod rovněž k posouzení, zda pro zadavatele není příznivější nová právní úprava zadávání veřejných zakázek upravená zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Vojenská zdravotní pojišťovna České republiky, Drahobejlova 1404/4, 190 03 Praha 9

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy