



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Vojenská zdravotní pojišťovna České republiky**, se sídlem Praha 9, Drahobejlova 1404/4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy ze dne 5.1.2015,

t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy ze dne 5.1.2015, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S474/2013/VZ-6346/2014/523/OPi ze dne 25.3.2014.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že dne 16.5.2011 uzavřel smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dodavatelem (obchodním zástupcem), dne 22.6.2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dalším 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 žalobce a které podle žalovaného společně tvořily jednu veřejnou zakázku, aniž by ji žalobce zadal v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky (výroková část I. prvostupňového rozhodnutí, nyní napadeným rozhodnutím potvrzeného). Dále žalovaný rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že dne 23.3.2012 uzavřel smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dodavatelem (obchodním zástupcem), jejímž předmětem bylo získávání pojištěnců pro žalobce, aniž by ji zadal v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky (výroková část II. prvostupňového rozhodnutí, nyní napadeným rozhodnutím potvrzeného). Za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 1 800 000 Kč (výroková část III. prvostupňového rozhodnutí, nyní napadeným rozhodnutím potvrzeného).

Žalovaný v rámci své argumentace, jak je obsažena v obou postupně vydaných rozhodnutích, vyšel z toho, že žalobce je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ a že mimo režim ZVZ uzavíral v letech 2011 a 2012 smlouvy s obchodními zástupci na „nábor pojištěnců“, na základě kterých mu byly ze smluv uzavřených v roce 2011 vyfakturovány částky 67 029 000 Kč, 3 000 Kč, 51 600 Kč a 275 200 Kč (celkem tedy 67 358 800 Kč) a ze smlouvy uzavřené v roce 2012 vyfakturována částka 69 152 625 Kč. Podle žalovaného je základním znakem každé veřejné zakázky úplatný smluvní vztah, jehož smluvními stranami jsou zadavatel na straně jedné a vybraný dodavatel na straně druhé, přičemž na základě tohoto smluvního vztahu pak plnění zadavatele spočívá v platbě za protiplnění uskutečňované dodavatelem (§ 7 odst. 1 ZVZ), což bylo v posuzované věci splněno, neboť pro žalobce byly na základě uvedených smluv ze strany dodavatelů (obchodních zástupců) poskytnuty služby, za které jim žalobce platil. Plnění spočívající v „náboru pojištěnců“ pak žalovaný ve vztahu k roku 2011 pokládal za jednu veřejnou zakázku a ve vztahu k roku 2012 za druhou veřejnou zakázku; obě měly být podle žalovaného zadávány podle ZVZ. Žalovaný tedy dospěl k závěru, že tím, že žalobce nezadával tato plnění jako veřejné zakázky v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 ZVZ, nebyla cena (výše provize) řádně soutěžena a nelze tak vyloučit, že kdyby tato cena byla řádně soutěžena, mohl žalobce obdržet nabídku spočívající v nižší ceně provize za získání nového pojištěnce. Z toho žalovaný dovedl spáchání dvou správních deliktů, za jejichž spáchání žalobci uložil pokutu.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce shodně jako ve správním řízení podrobně argumentuje v tom směru, že vůbec není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, a zpochybňuje veškeré úvahy žalovaného v tom směru, že by byl „ovládán státem“; žalovaný totiž dospěl k závěru, že žalobce je veřejným zadavatelem, neboť je „ovládán státem“, podle žalobce však žalovaný neargumentoval správně (neboť podobné „ovládání“, jaké žalovaný ve vztahu k žalobci dovedl, je příznačné i pro řadu jiných oblastí, kde subjekty v postavení žalobce jsou subjekty soukromého práva a nejsou zadavateli), navíc se s argumentací žalobce uplatněnou ve správním řízení nevypořádal a „ovládání“ vykládal pro žalobce překvapivě jinak než v minulosti.

Dále žalobce zpochybňuje, že by se dopustil správních deliktů; jednání žalobce nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky; podle žalobce všechny smlouvy byly uzavřeny za shodných – fixních – podmínek, poptávka žalobce se uzavřením smluv nevyčerpala, žalobce byl otevřený k uzavírání obdobných smluv s kýmkoli, kdo o to měl zájem, právo na odměnu obchodních zástupců vzniklo až získáním pojištění a snahou žalobce nemohlo být usilování o nejnižší cenu, neboť platí, že čím je vyšší odměna za získání pojištění, tím je získáno více pojištěnců.

Dále žalobce namítá procesní pochybení žalovaného, který od žalobce vyžadoval smlouvy na nábor pojištěnců společně s fakturami, aniž by byl poučen o možnosti (právu) jejich předložení odeprít. Tím žalovaný porušil zákaz donucování k sebeobviňování, a proto všechny důkazy, na nichž žalovaný své závěry vystavěl, byly opatřeny v rozporu se zákonem.

Žalobce také zpochybňuje postup žalovaného při ukládání pokuty; žalovaný podle žalobce nepřihlédl k polehčujícím okolnostem, odůvodnění výše pokuty je podle žalobce pouze formální, naplněné pouze obecnými formulacemi.

Žalobce na základě shora uvedených žalobních bodů, v žalobě rozvedených do podrobností, navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, případně uloženou pokutu moderovat (upustit od ní nebo ji snížit na 50 000 Kč). Na svém procesním postoji setrval žalobce po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný s argumenty žalobce nesouhlasí, argumentuje shodně jako v napadeném rozhodnutí, na které odkazuje, a žalobu pokládá za nedůvodnou.

Žalovaný tedy navrhuje, aby žaloba byla zamítnuta. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud již o žalobě rozhodoval rozsudkem ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120. V tomto rozsudku dospěl k závěru, že žaloba není důvodná v těch žalobních bodech, kde žalobce namítal vady procesního postupu žalovaného, ani v těch žalobních bodech, kde žalobce zpochybňoval závěr žalovaného, že žalobce je veřejným zadavatelem, a tedy měl smlouvy uzavírat v zadávacím řízení podle ZVZ, a že jejich neuzavřením naplnil znaky správního deliktu. Napadené rozhodnutí však zdejší soud pokládal za nepřezkoumatelné v otázce uložené pokuty, a proto je – nutně jako celek – zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Ke kasační stížnosti žalovaného byl však tento rozsudek rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 14.7.2016, č.j. 9 As 71/2016 – 28, zrušen, neboť napadené rozhodnutí podle Nejvyššího správního soudu přezkoumatelné v otázce uložené pokuty je. Za tohoto stavu zdejší soud o žalobě rozhodoval znovu, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu (§ 110 odst. 4 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body. O žalobě soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. a dospěl k závěru, že žaloba je nedůvodná.

Skutková zjištění, jež vzal žalovaný za základ svých úvah, tj. uzavření konkrétních smluv na obchodní spolupráci (obchodní zastoupení) při náboru nových pojištěnců v letech 2011 a 2012 a platby fakturované na základě takto uzavřených smluv, nejsou mezi žalobcem a žalovaným sporná. Zpochybňováno je opatření podkladů, z nichž tato skutková zjištění plynou (namítáno je porušení zásady zákazu sebeobviňování), a dále pak již výhradně právní hodnocení jednání žalobce (spor je o to, zda je žalobce veřejným zadavatelem, a tedy zda měl vůbec povinnost při uzavírání uvedených smluv podle ZVZ postupovat, a o to, zda svým postupem naplnil znaky správních deliktů) a postup žalovaného při ukládání pokuty.

IV.1.

Pokud jde o namítané procesní pochybení žalovaného, konkrétně o porušení zásady zákazu sebeobviňování v souvislosti s povinností předložit žalovanému smlouvy a faktury týkající se „náboru pojištěnců“ v letech 2011 a 2012 k výzvě žalovaného v rámci správního řízení, pak především je třeba uznat, že rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidská práva i českého Ústavního soudu omezuje postupy veřejné moci ve vztahu k jednotlivci při opatřování podkladu rozhodnutí v tom směru,

že nikdo není povinen proti sobě poskytovat důkazy v jakékoli formě (tedy i jinak než „osobní výpovědí“) proti své vůli.

Judikatura Evropského soudu pro lidská práva v několika věcech („*Funke*“, stížnost č. 10828/84, „*John Murray*“, stížnost č. 14310/88, „*P. G. a J. H.*“, stížnost č. 44787/98, „*Jalloh*“, stížnost č. 54810/00) dovodila, že nerespektování zákazu sebeobviňování může porušit právo na spravedlivý proces.

Pokud jde o tuzemskou judikaturu, i v ní lze nalézt právní závěry k zákazu sebeobviňování v trestním řízení. Je pravdou, že český Ústavní soud dával zapravdu stěžovatelům, kteří namítali, že nemohou být pod hrozbou sankce nuceni k tomu, aby prostřednictvím jimi poskytované součinnosti umožnili opatření důkazu, který by následně mohl být použit proti nim – což by bylo sebeobviňování. Například v rozhodnutí I. ÚS 671/05 ze dne 22.2.2006 Ústavní soud judikoval, že stěžovatel, který jako obviněný odmítl sejmutí pachové stopy, nemůže být prostřednictvím pokuty nucen k tomu, aby opatřil, resp. svou součinností umožnil opatření důkazu, který by mohl být použit proti němu v trestním řízení. Nucení k poskytnutí součinnosti k sejmutí pachové stopy pomocí pořádkové pokuty bylo tedy chápáno jako nepřípustný zásah do práv stěžovatele. K obdobným závěrům došel Ústavní soud i v dalších rozhodnutích, např. ve věci III. ÚS 655/06 ze dne 23.5.2007, kdy se stěžovatel odmítl podrobit odběru vlasů a bukálnímu stěru, nebo ve věci I. ÚS 636/05 ze dne 21.8.2006, kdy označil za důvodnou stížnost podezřelé, která byla pod hrozbou sankce nucena k vydání účetnictví. Tu je však třeba poznamenat, že již při rozhodování ve věci III. ÚS 655/06 ze dne 23.5.2007 měl odlišné stanovisko ústavní soudce Jan Musil, který uvedl, že nikdo není povinen přispět aktivním způsobem, přímo či nepřímo, k vlastnímu odsouzení. Podstatná je tu přitom myšlenka „*přispění aktivním způsobem*“. Právě tento směr výkladu zásady zákazu sebeobviňování se pak odrazil i ve stanovisku pléna Ústavního soudu ze dne 30.11.2010, Pl. ÚS 30/10, podle kterého na úkony, které nevyžadují aktivní jednání obviněného či podezřelého, ale toliko strpení jejich provedení, nelze pohlížet jako na úkony, jimiž by byl obviněný či podezřelý donucován k ústavně nepřípustnému sebeobviňování.

Správní soudy se konstantně hlásí k názoru, že právo veřejných zakázek je součástí práva hospodářské soutěže; podle Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008) je smyslem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek nejen kontrola efektivního vynakládání veřejných prostředků, jak je obecně traktováno jako smysl základní, ale též kontrola (a sankcionování) postupů zadavatelů, které by poškozovaly hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli. To tedy mimo jiné znamená, že právo veřejných zakázek je judikatorně řazeno do oblasti práva hospodářské soutěže *lato sensu*. Standard procesních pravidel, jež jsou judikovány ve vztahu k řízením vedeným pro podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže, je tedy třeba pokládat za obecně určující i ve vztahu k oblasti přezkumu postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek (zdejší soud na obdobném základě vystavěl kupř. argument o oprávněnosti průběžného zvyšování

sankcí v rozsudku ze dne 6.12.2012 ve věci sp. zn. 62 Af 46/2011, kasační stížnost pak byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6.6.2013 ve věci sp. zn. 1 Afs 106/2012).

Standard aplikace zákazu sebeobviňování ve věcech ochrany hospodářské soutěže byl přitom již judikován na unijní úrovni; za klíčový lze podle soudu zdejšího pokládat závěr (dnešního) Tribunálu, jak byl podán v rozsudku ve věci „*Mannesmannröhren-Werke AG proti Komisi*“ ze dne 20.2.2001 (T-112/98). Zákaz sebeobviňování má být podle Tribunálu aplikován tak, že se při poskytování informací (odpovědi soutěžnímu úřadu) lze omezit na otázky týkající se skutkového stavu (ve smyslu tam zmiňované prejudikatury „*Orken*“), jelikož soutěžní úřad není oprávněn dotazovat se na subjektivní názory ani hodnotové soudy nebo nabádat k vytváření předpokladů či vyvozování důsledků; lze odmítnout odpovídat na otázky, které se netýkají pouze skutkového stavu a které by mohly vést k přiznání podílu na protiprávním jednání. Z myšlenek Tribunálu ve věcech, v nichž se uvedenou otázkou zabýval, jsou tedy ve vztahu k nyní posuzované věci dobře využitelné ty, jimiž Tribunál dovozuje následující:

1. Přiznání absolutního práva nevypovídat, jež v tamní věci mělo být projevem uplatnění práva neobvinít sama sebe a jež by se v nyní posuzované věci krylo s odmítnutím poskytnout smlouvy s dodavateli (obchodními zástupci) a faktury, by zašlo za hranice toho, co je nezbytné pro zachování práva na obhajobu, a představovalo by pro soutěžní úřad vykonávající dohled nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek neodůvodněnou překážku v plnění jeho poslání.

2. Právo „nevypovídat“ je přiměřené přiznat jen do té míry, do jaké by byl vyšetřovaný (podezřelý) nucen poskytnout odpovědi, které by soutěžní úřad dovedly k připuštění existence protiprávního jednání, což jinak na základě zásady vyšetřovací přísluší soutěžnímu úřadu.

3. Soutěžní úřad je oprávněn zavázat vyšetřovaného (podezřelého) k tomu, aby poskytl veškeré potřebné informace vztahující se výlučně ke skutkovému stavu, které jsou mu známy, a aby soutěžnímu úřadu předal případně příslušné dokumenty, jež má k dispozici, a to i tehdy, když mohou sloužit k prokázání protiprávního chování vůči němu samotnému.

4. Oprávnění soutěžního úřadu podle bodu 3. se omezuje na zodpovězení čistě skutkových otázek a předávání pouze již existujících listin.

Právě uvedené se podle zdejšího soudu dobře kryje s přístupem Evropského soudu pro lidská práva, který ve věci stížnosti č. 54810/00 („*Jalloh*“), s využitím své prejudikatury, mimo jiné uvedl, že „právo mlčet“ se nevztahuje na užití materiálů v trestním řízení, které lze získat od obžalovaného za použití donucovacích pravomocí, které však existují nezávisle na vůli podezřelého. Že se v této věci jednalo

o dokumenty získané na základě předchozího soudního povolení, to není podle zdejšího soudu podstatné, neboť na tom argumentace Evropského soudu pro lidská práva v uvedené věci nestojí (hodnoceno bylo totiž vynucené vypuzení drog ukrytých v žaludku vyvoláním zvracení jako porušení zákazu mučení nebo podrobování nelidskému či ponižujícímu zacházení).

Ve vztahu k nyní posuzované věci není třeba podrobně rozebírat fakt, že na řízení o správních deliktech se uplatní stejné garance procesních práv jako v případě trestních řízení. Není třeba ani podrobně rozebírat fakt, že předmětem vyžádaných listin, jejichž předložení právo neobvinít sama sebe mohlo atakovat (resp. podle žalobce atakovalo), bylo zjištění uzavření smluv bez zadávacího řízení a navazujícího finančního plnění ze strany žalobce, jež s takto uzavřenými smlouvami souviselo – nic z uvedeného není mezi žalobcem a žalovaným sporné. Jestliže však zdejší soud shrne shora uvedené, a sice 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.

V uvedeném kontextu by se ostatně podle přesvědčení zdejšího soudu jevílo 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.

V tomto žalobním bodu tedy žaloba důvodná není.

IV.2.

Pokud jde o hmotněprávní posouzení žalobcova jednání, podstatná je otázka, zda je žalobce vůbec (veřejným) zadavatelem. To žalobce zpochybňuje.

Podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ je veřejným zadavatelem (také) jiná právnická osoba (než vedená v § 2 odst. 2 písm. a/ – c/ ZVZ), 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.

Aby tedy jiná právnická osoba (než vedená v § 2 odst. 2 písm. a/ – c/ ZVZ) byla (veřejným) zadavatelem, musí být splněna podmínka podle bodu 1., tj. založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň některá ze subpodmínek podle bodu 2., tj. buď že je taková právnická osoba státem či jiným veřejným zadavatelem převážně financována (první subpodmínka) anebo že je taková právnická osoba státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu (druhá subpodmínka). Shodná konstrukce plyne i ze čl. 1 odst. 9 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, jež je v ZVZ implementována (rozsudek Soudního dvora ze dne 10.4.2008 ve věci C-393/06, „*Aigner*“).

Ohledně splnění podmínky podle bodu 1. sporu není; ani žalobce nezpochybňuje, že byl založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Splněním podmínky podle bodu 1. tedy není třeba se dále zabývat. Spor je ohledně splnění podmínky podle bodu 2.

Žalovaný ve vztahu k podmínce podle bodu 2. dovedl (souhrnně v bodu 71. prvostupňového rozhodnutí), že je žalobce „ovládán státem“, neboť stát má faktický vliv na výkon činnosti žalobce, protože jeho činnost nefunguje nezávisle na státu; podle žalovaného český právní řád upravuje postup státu v oblasti povolování k provádění veřejného zdravotního pojištění, návrhu zdravotně pojistného plánu, zrušení a zániku pojišťovny nebo v případě nucené správy pojišťovny.

Se žalobcem je třeba souhlasit v tom, že takto pojímané „ovládání státem“ bez dalšího obstát nemůže, neboť 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 ovládán“, a tedy že se tím stává pro účely aplikace ZVZ veřejným zadavatelem. Zcela v souladu s názorem žalobce má zdejší soud za to, že řada rozmanitých aktivit v České

republiky je takto regulována (bankovní licence, povolení k provozování loterií, povolení k činnostem na kapitálovém trhu, ale i obecně vzato povolení k výkonu koncesované činnosti atd.) a adresáti takové regulace zadavateli výlučně z tohoto důvodu nejsou. Toliko veřejnoprávní regulace, jak ji popisuje žalovaný a jak na ni staví své nosné argumenty pro dovození „ovládání státem“, tak pro dovození závěru o splnění podmínek „ovládání státem“ nemůže postačovat; jinak by byl veřejným zadavatel kdokoli, jehož činnost (při současném splnění podmínky podle bodu 1.) by byla takto obdobně vrchnostensky regulována. Potud má tedy žalobce pravdu.

Žalovaný však již v prvostupňovém rozhodnutí (bod 72.) zároveň zmiňuje fakt, že financování žalobce je bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění. To pak žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí konkretizuje v bodech 74. – 78. a 80. Přestože žalovaný z této skutečnosti již žádný dílčí právní závěr nevyvodil (tato argumentace žalovaného byla použita též pro dovození splnění podmínky „ovládání státem“), fakt financování zdejší soud pro dovození postavení žalobce coby zadavatele pokládá za podstatný. Neznamená však ve výsledku, že je žalobce „ovládán státem“, nýbrž že je „převážně financován státem“, což je druhou (podle dikce ZVZ první) z alternativních podmínek podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ.

Předně je třeba vyjít z toho, že § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. ZVZ neobsahuje žádné přesnější vymezení pojmu „převážné financování státem“. Stejně je tomu v případě čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES. Ve vztahu k uvedené směrnici přitom Soudní dvůr dovedl, že k tomu, aby podmínka „převážného financování státem“ byla splněna, není požadováno, aby aktivity subjektů (u nichž se zkoumá, zda jsou veřejnými zadavateli či nikoli) byly státem či jiným veřejným subjektem financovány přímo; postačující je tak i jakýkoli nepřímý způsob financování (rozsudek Soudního dvora ze dne 13.12.2007 ve věci C-337/06, „*Bayerischer Rundfunk*“, především body 34. a 49.). Pak tedy i ve vztahu k § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ je třeba dovést, že o „převážné financování státem“ jde i tehdy, pokud převažující financování přičitatelné státu je z pohledu státu financováním nepřímým.

Východiskem dalších úvah zdejšího soudu ke splnění podmínky „převážného financování státem“ podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ konkrétně v případě žalobce je závěr Soudního dvora, k němuž dospěl v rozsudku ze dne 11.6.2009 ve věci C-300/07, „*AOK Rheiland/Hamburg*“. Tam se soud zabýval (mimo jiné) právě otázkou, zda německé veřejné zdravotní pojišťovny jsou pro účely použití směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES veřejnými zadavateli či nikoli. Za podstatné okolnosti Soudní dvůr pokládal to, že převážná část německé populace je povinně pojištěna podle zákona u jedné z veřejných zdravotních pojišťoven a že osoby podřízené režimu povinného zdravotního pojištění si mohou zvolit pojišťovnu, u které chtějí být pojištěny (bod 14. rozsudku Soudního dvora), že financování veřejných zdravotních pojišťoven je zajištěno povinnými platbami pojištěnců, platbami

spolkového státu a kompenzačními platbami mezi zdravotními pojišťovnami (bod 15. rozsudku Soudního dvora), že povinné platby pojištěnců i jejich část, kterou hradí zaměstnavatelé, tvoří převážné financování pojištěnců (bod 16. rozsudku Soudního dvora), že platby pojištěnců jsou hrazeny bez konkrétního přímého protiplnění (bod 53. rozsudku Soudního dvora) a že prostor pro uvážení zdravotních pojišťoven ohledně výše plateb je krajně omezený a reálně bez možnosti zásahu pojištěnce (body 54. a 56. rozsudku Soudního dvora). Soudní dvůr přitom dovodil, že ochrana veřejného zdraví je jedním ze základních úkolů státu a veřejné zdravotní pojišťovny jsou „do státu začleněny“ a „nepřímo vykonávají úkoly státní správy“ (bod 50. rozsudku Soudního dvora) a že financování veřejného systému zdravotního pojištění je v praxi zaručeno orgány veřejné moci a je zajištěno způsobem výběru souvisejících příspěvků, který spadá pod ustanovení veřejného práva, a tedy splňuje podmínku financování převážně státem pro účely použití předpisů Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek. Pokud jsou činnosti veřejných zdravotních pojišťoven financovány převážně prostřednictvím příspěvků placených pojištěnci, které jsou uloženy, vypočítány a vybírány na základě veřejnoprávních předpisů, pak zdravotní pojišťovny musí být považovány za veřejné zadavatele pro účely použití pravidel směrnice – je splněna podmínka „převážného financování státem“ (body 57. a 59. rozsudku Soudního dvora).

Vztaženo na nyní posuzovanou věc, uplatní se obdobné argumenty. Výše pojistného, způsob jejího výpočtu i povinnost a způsob odvodu je stanoven zákonem (§ 2, § 3, § 5, § 10 zákona č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění) a uplatní se závazná pravidla přerozdělování povinně vybraného pojistného (§ 20 a násl. téhož zákona). Platby pojištění jsou povinné, jde o platby do veřejných rozpočtů, z nichž jsou následně přerozdělovány, a tyto platby jsou pod donucovacími prostředky veřejné moci. Platby pojištěnců v postavení zaměstnanců ani platby zaměstnavatelů („za zaměstnance“) tedy nejsou odvozovány od jakéhokoli soukromoprávního ujednání mezi nimi na straně jedné a zdravotními pojišťovnami na straně druhé, jsou povinně hrazeny bez jakéhokoli přímého protiplnění (ve smyslu rozsudku Soudního dvora ze dne 3.10.2000 ve věci C-380/98, „*Univerzity of Cambridge*“, body 23. – 25.) již na základě skutečnosti, že pojištěnci mají povinnost být ze zákona pojištěni a toto pojištění do veřejných rozpočtů v zákonem stanovené výši odvádět (rozsudek Soudního dvora ze dne 13.12.2007 ve věci C-337/06, „*Bayerischer Rundfunk*“, bod 45.). Nositelem všeobecného zdravotního pojištění pro pojištěnce zaregistrované u příslušné zdravotní pojišťovny je právě tato zdravotní pojišťovna (§ 5 odst. 2 zákona č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách), která veřejné zdravotní pojištění provádí (§ 8 odst. 1 téhož zákona). Příjmy zdravotní pojišťovny zahrnují platby pojistného od pojištěnců, zaměstnavatelů pojištěnců a státu (§ 12 odst. 1 téhož zákona), výdaji jsou kromě nákladů na samotnou činnost pojišťovny platby za zdravotní péči (§ 13 téhož zákona).

Aniž by bylo třeba se obsírněji věnovat systému zdravotního pojištění v České republice, již z uvedeného je zřejmé, že financování činnosti zdravotních pojišťoven stojí na povinných platbách zdravotního pojištění od pojištěnců a jejich zaměstnavatelů stanovených zákonem, případně (za podmínek stanovených zákonem) na platbách od státu. Prostředky, jež se zdravotním pojišťovnám dostanou, jsou prostředky směřujícími na základě zákonem uložených a vynutitelných pravidel do veřejných rozpočtů, s možností diskrece plátců odvislé pouze od volby pojišťovny, nikoli diskrece ohledně samotné povinnosti platby a její výše. Podmínka „převážného financování státem“, jak byla dovozena pro účely čl. 1 odst. 9 písm. c) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES Soudním dvorem, je tedy splněna i pro účely § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ.

Z uvedeného zdejší soud dovozuje, že žalobce splňuje podmínku veřejného zadavatele nejen podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. ZVZ (což není žalobcem 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 splnění druhé z uvedených subpodmínek odvozoval od dílčího právního závěru, že žalobce je státem ovládan, část argumentace žalovaného, jak ji použil v bodech 72., 74. – 80. a 82. prvostupňového 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.

Ani v tomto žalobním bodu tedy žaloba není důvodná.

IV.3.

Žalobce dále zpochybňuje závěr žalovaného, že by se uzavřením smluv s dodavateli (obchodními zástupci) dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, neboť ani žádná hypotetická možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nenastala – a žalovaným nebyla prokázána.

Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Pokud jde tedy o znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, ty jsou následující: 1. zadavatel nedodržel postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky, 2. tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a 3.

uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Všechny tyto znaky musí být splněny kumulativně.

Žalobce zpochybňuje splnění druhého z uvedených znaků správního deliktu. Žalovaný svůj závěr vystavěl na přímočaré konstrukci, podle které neproběhlo-li vůbec zadávací řízení, nebyla cena (výše provize) řádně vysoutěžena, a tak nelze vyloučit, že kdyby byla řádně soutěžena, mohl žalobce obdržet nabídku na cenu (výši provize) výhodnější (body 115. a 126. prvostupňové rozhodnutí a souhrnně bod 59. napadeného rozhodnutí). Tuto konstrukci žalobce napadá; uvádí, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nemohlo dojít, neboť všechny smlouvy byly uzavřeny za stejných podmínek, které jsou nastaveny fixně, a pro tento postup existují naléhavé důvody, současně se uzavřením smluv celá poptávka žalobce „nevyčerpana“ – za těchto podmínek byl žalobce otevřený k uzavírání smluv s kýmkoli, kdo o to projevil zájem, platby ze strany žalobce pak byly uskutečněny až za realizované plnění (podle skutečně „získaných“ pojištěnců). Navíc žalobce nemohl usilovat o co nejnižší cenu (výši provize), neboť její výše musela dodavatelům (obchodním zástupcům) „stát za vynaložené úsilí“.

Pokud jde o přímočarou konstrukci žalovaného, podle které proběhla-li by zadávací řízení (na plnění v roce 2011 a v roce 2012), mohly být podmínky smlouvy výhodnější, a tedy znak ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je naplněn již tím, že žádné zadávací řízení neproběhlo, pak podle zdejšího soudu nyní posuzovaná věc je právě tou situací, v níž takovou konstrukci přijmout lze.

Sice obecně vzato, pokud by vždy (v případě jakéhokoli porušení ZVZ) měla pro naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu postačovat hypotéza, podle níž „může existovat“ dodavatel, který nabídku nepodal v důsledku jakéhokoli porušení ZVZ, pak by se zcela ztrácel rozdíl mezi porušením ZVZ (jež je prvním ze tří znaků správního deliktu) a jeho kvalifikovanou formou (jež je druhým ze tří znaků správního deliktu). Na takovéto konstrukci však § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nestojí a takto nemohla být konstrukce tohoto správního deliktu zamýšlena ani zákonodárcem; rozdíl mezi „pouhým“ porušením ZVZ a kvalifikovaným porušením, jež (po uzavření smlouvy) dosahuje takové míry závažnosti, že se již jedná o správní delikt, plyne i z toho, že pro splnění druhého ze tří znaků správního deliktu nepostačí možnost jakéhokoli ovlivnění, nýbrž ovlivnění podstatného. Absolutní přijetí právě uvedené konstrukce by znamenalo rezignaci na zkoumání nejen formální, nýbrž i materiální stránky správního deliktu, což je v oblasti správního trestání nepřijatelné; dostatečnou míru společenské nebezpečnosti konkrétního porušení ZVZ by totiž bylo možno v takovém případě shodně (jednotně) dovozovat pro jakékoli porušení ZVZ, a to přinejmenším tehdy, mohlo-li by se hypoteticky promítnout v přístupu dodavatelů k veřejné zakázce. Ustanovení, jež mají otevřít přístup dodavatelům do zadávacího řízení, je přitom v ZVZ řada a podpora hospodářské soutěže mezi dodavateli je ostatně samotným cílem ZVZ, pohledem něhož je zapotřebí jednotlivá pravidla plynoucí ze ZVZ interpretovat (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci

sp. zn. 1 Afs 20/2008). Právě uvedené by tak popíralo samotný smysl znaků správního deliktu, jak jsou v § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ uvedeny, na jejichž naplnění je teprve vázána možnost uložit pokutu (odlišně od „pouhého“ porušení ZVZ bez naplnění ostatních – zbylých dvou – znaků správního deliktu). Proto je jakékoli automatické přijetí konstrukce založené na skutkové domněnce „určitě existujících“ jiných dodavatelů, kteří by „určitě mohli“ podat nabídku, pokud by zadavatel ZVZ neporušil, nepřijatelné. Neobsahuje-li skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ právní domněnku, v jejímž důsledku by pro určité druhy porušení ZVZ mělo být automaticky dovozováno splnění některého z tam uvedených znaků, v důsledku čehož by rozsah dokazování (tu ohledně alespoň hypotetické možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) mohl být omezen, pak dovození všech znaků uvedeného správního deliktu musí mít zásadně reálnou oporu ve skutkových zjištěních a splnění žádného z nich (tedy ani znaku alespoň hypotetické možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) nelze dovozovat výlučně na základě skutkových domněnek.

Přesto však v určitých případech takto zjednodušenou konstrukci přijmout lze – a takovým případem je právě situace, kdy pochybení zadavatele spočívalo v tom, že podle ZVZ vůbec nepostupoval, ačkoli takovou povinnost měl, přitom zadavatelova poptávka se týkala běžného plnění, jež na trhu dodává řada dodavatelů. Jestliže totiž zadávací řízení vůbec neproběhlo, neuskutečnila se žádná „soutěž o získání veřejné zakázky“, o možnosti získat veřejnou zakázku nemuseli mít dodavatelé dokonce ani žádné povědomí. Nepostupuje-li zadavatel podle ZVZ, ač tuto povinnost má, žádné hodnocení nabídek reálně neprobíhá, a tedy hypotéza založená na skutkové domněnce jistě potenciálně v úvahu přicházejících nabídek, jež by mohly být nabídkami výhodnějšími, a tedy i výhodněji hodnocenými, je pro takový případ nezpochybnitelná. V případech, kdy zadávací řízení vůbec neproběhlo (a nabídky tedy vůbec „nesoutěžily“), tedy podle zdejšího soudu lze splnění druhého ze tří znaků správního deliktu dovozovat na základě přímočaré úvahy založené na předpokladu existujících dodavatelů, kteří nabídky nepodali (neboť nabídky ve smyslu ZVZ podat ani nemohli), aniž by bylo zapotřebí jejich existenci na trhu dále přesně zjišťovat, takové dodavatele identifikovat a kvantifikovat. Jestliže tedy žalovaný v nyní posuzované věci, kdy pochybení žalobce spočívalo v tom, že podle ZVZ nepostupoval vůbec, takovou zjednodušenou konstrukci zvolil, zvolil ji podle zdejšího soudu oprávněně.

Tvrdí-li žalobce, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nemohlo dojít, neboť všechny smlouvy byly uzavřeny za stejných podmínek ohledně ceny (výše provize), pak tento argument nemůže nic změnit na tom, že v případě, že by se o uzavření smluv soutěžilo, mohly být smlouvy uzavřeny za podmínek výhodnějších. Výhodnost by byla dána zvolenými hodnotícími kritérii. Třeba připomenout, že platby (provize) byly hrazeny z finančních prostředků pocházejících z veřejného zdravotního pojištění a byly protiplněním za to, že „získáním“ pojištěnců „získá“ žalobce platby na veřejné zdravotní pojištění. Není důvodu, aby žalobce neusiloval o co nejnižší cenu

(výši provize), za kterou by plnění od dodavatelů (obchodních zástupců) získával. Fakt, že výše provize musela dodavatelům (obchodním zástupcům) „stát za vynaložené úsilí“, by se mohl dobře odrazit v jejich nabídkách, pokud by hodnotícím kritériem byla cena. Ani argumentu žalobce, že pokud by se kritériem výběru dodavatelů (obchodních zástupců) měla stát cena, neumožnilo by to uzavřít smlouvy s více dodavateli, nelze dát zapravdu; ZVZ k uzavření smluv s více dodavateli (za stejných i za odlišných podmínek podle obsahu – výhodnosti – jejich nabídek) cestu nepochybně nabízí.

Hodnotícím kritériem však cena být ani nemusela, hodlal-li ji by žalobce stanovit fixně (při volbě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky nemusela být cena ani dílčím hodnotícím kritériem - § 78 odst. 4 ZVZ). Proto ani argument, že ceny byly podle rozhodnutí žalobce nastaveny fixně, v principu zadávací řízení, v němž by nabídky byly hodnoceny, nevylučuje, neboť výhodnost nabídek mohla být při volbě hodnotících kritérií vycházející ze stanovení fixní ceny hodnocena na základě jiných parametrů vyjádřených dílčími hodnotícími kritérii, jež by pro žalobce vyjadřovaly vztah užitné hodnoty a ceny (§ 78 odst. 4 ZVZ). To však dílčí závěry žalovaného nezpochybnuje, neboť vytýkal-li žalobci, že „nehodnotil cenu“, je třeba takovou výtku vnímat v tom smyslu, že žalobce „nehodnotil žádný parametr“.

Ani argument žalobce, podle něhož se uzavřením smluv celá poptávka žalobce (poptávka po službách obchodních zástupců) „nevyčerpala“, závěr žalovaného nezpochybnuje; byť by byl žalobce otevřený k uzavírání smluv s kýmkoli, kdo o to projevil zájem, smlouvy nebyly uzavřeny (a v pojetí žalobce by ani případné další smlouvy nebyly uzavírány) na principech soutěže o získání veřejné zakázky, v níž by byla hodnocena výhodnost nabídek dodavatelů (obchodních zástupců) – ať už na základě jakýchkoli parametrů (dílčích hodnotících kritérií) vyjadřujících vztah užitné hodnoty a ceny. Fakt, že kdokoli mohl uzavřít smlouvu za stejných podmínek, neznamená, že by nedošlo k vyloučení soutěžního prostředí; naopak nesoutěžení o podmínky, za nichž došlo k uzavření smluv, znamená, že smlouvy v soutěžním prostředí uzavírány nebyly.

Získávání dodavatelů (obchodních zástupců) pro „nábor pojištěnců“ má jistě specifika, ta však nic nemění na tom, že plnění dodavatelů (obchodních zástupců) pro žalobce je službou v rámci běžného obchodního vztahu, jehož kontraktace aplikací ZVZ nevylučuje. Veškeré další disputace žalobce a žalovaného o tom, jaké možnosti smluvního zajištění plnění smlouvy ze strany dodavatelů, případně podmínek, za nichž by dodavatelům vznikl nárok na plnění (platby provize) ze strany žalobce včetně možnosti sankcí, jsou nadbytečné a na podstatě věci nic nemění.

V nyní posuzované věci tedy zdejší soud shodně se žalovaným dovozuje, že uzavřením smluv bez zadávacího řízení byl nejen porušen ZVZ, nýbrž i naplněn druhý ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.

Ani tu tedy není žaloba důvodná.

IV.4.

Žalobce také zpochybňuje postup žalovaného při ukládání pokuty.

Netřeba tu podrobně popisovat, že stanovená výše pokuty musí být vždy řádně přezkoumatelným způsobem odůvodněna. Z konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005 ve věci sp. zn. 8 As 5/2005 nebo ze dne 27. 3. 2008 ve věci sp. zn. 4 As 51/2007). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechna předepsaná kritéria (tu podávaná z § 121 odst. 2 ZVZ) a kromě toho všechny další skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit (a to ať už jsou tyto skutečnosti namítány či vyplynou samotnému správnímu orgánu), řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které konkrétní skutečnosti nakonec přihlédl, jakým způsobem a jaký vliv měla příslušná konkrétní skutečnost na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Jak konstatoval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 3. 2008 ve věci sp. zn. 4 As 51/2007-68, *„řádne odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu. (...) Jednotlivé logické kroky, které vedly správní orgán ke stanovení konkrétní výše pokuty, je přitom třeba formulovat precizně a jednoznačně, aby odůvodnění stanovené výše pokuty bylo přezkoumatelné.“* Podle citovaného rozsudku je rozhodnutí o uložení pokuty nepřezkoumatelné, je-li výše pokuty odůvodněna pouhou rekapitulací skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria hodnocena. Úvaha správního orgánu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.

V nyní posuzované věci z prvostupňového rozhodnutí plyne, že žalovaný nejprve popsal metodologii při ukládání pokuty za dva správní delikty a podstatu absorpce, kterou použil (body 140. – 148. prvostupňového rozhodnutí). Proti tomu žalobce nic nenamítá.

Dále žalovaný citoval § 121 odst. 2 ZVZ, podle něhož je třeba přihlédnout k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán (bod 149. prvostupňového rozhodnutí). Na to navázal v bodu 151. prvostupňového rozhodnutí tím, že za přitěžující okolnost pokládá spáchání dalšího správního deliktu (tedy že se žalobce dopustil dvou správních deliktů). Podle bodu 152. prvostupňového rozhodnutí pak za další přitěžující okolnost žalovaný pokládal fakt, že v důsledku žalobcova postupu nebyla cena (výše provize) řádně soutěžena a bylo tedy zcela vyloučeno soutěžní prostředí, k čemuž žalovaný uvedl, že vyloučení soutěžního prostředí, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení ZVZ. Tím, že nebyla cena (výše provize) za získání nového pojištění řádně soutěžena, nelze najisto postavit, že tímto postupem došlo ze strany žalobce k hospodárnému, efektivnímu a účelnému vynakládání s veřejnými prostředky. Nelze totiž vyloučit, že by v případě, kdy by cena (výše provize) byla řádně soutěžena, žalobce obdržel nabídku spočívající v nižší ceně (vyšší provize) za získání nového pojištění, a žalobce by tak tímto svým postupem vynaložil veřejné prostředky hospodárněji. Podle bodu 153. prvostupňového rozhodnutí pak byla jako přitěžující okolnost rovněž vyhodnocena skutečnost, že žalobce v roce 2012 disponoval informací, kolik bylo získáno nových pojištěnců na základě smlouvy uzavřené dne 16.5.2011, a tuto informaci tedy mohl zohlednit, než uzavřel dne 23.3.2012 další smlouvu s tímž dodavatelem. To pak žalovaný v bodu 154. prvostupňového rozhodnutí doplnil obecnou poznámku v tom směru, že pokuta musí být dostatečně intenzivní, v bodu 157. prvostupňového rozhodnutí poznámkou ohledně dvou základních funkcí pokuty (represivní a preventivní) a v bodu 155. prvostupňového rozhodnutí konstatováním, že pokuta není pro žalobce likvidační.

V napadeném rozhodnutí pak žalovaný k rozkladové argumentaci žalobce doplnil, že neshledal žádné polehčující okolnosti (bod 69. napadeného rozhodnutí), odmítl pochybnosti žalobce, zda vůbec je veřejným zadavatelem (bod 70. napadeného rozhodnutí), obecně zmínil metodologii správního uvážení ohledně výše pokuty (bod 72. napadeného rozhodnutí) a odkázal na prvostupňové rozhodnutí (bod 73. napadeného rozhodnutí).

V posuzované věci tedy žalovaný stanovenou výši pokuty odůvodnil spácháním dvou správních deliktů (bod 151. prvostupňového rozhodnutí). Jestliže v navazujícím bodu 152. prvostupňového rozhodnutí žalovaný za přitěžující okolnost pokládá to, že cena (výše provize) nebyla řádně soutěžena a bylo tedy zcela vyloučeno soutěžní prostředí, opakuje tím fakticky důvody, pro které dovedl spáchání správních deliktů; za úvahu ve vztahu k výši pokuty lze nicméně považovat tvrzení, že absolutní vyloučení soutěžního prostředí (uzavření smluv zcela mimo zadávací řízení podle ZVZ) je jedním z nejzávažnějších porušení ZVZ. S tím lze podle zdejšího soudu nepochybně souhlasit.

V rozsudku ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120, zdejší soud dospěl k závěru, že právě uvedeným byly veškeré konkrétní úvahy žalovaného ohledně výše

pokuty vyčerpány. Jestliže totiž žalovaný v bodu 153. prvostupňového rozhodnutí jako přitěžující okolnost zmiňuje to, že žalobce v roce 2012 disponoval informací, kolik bylo získáno nových pojištěnců na základě smlouvy uzavřené dne 16.5.2011, a tuto informaci tedy mohl zohlednit, než uzavřel dne 23.3.2012 další smlouvu s tímž dodavatelem, pak podstata úvahy žalovaného zůstala zdejšímu soudu i přes veškerou snahu o porozumění rozostřena; měla-li však vyjadřovat opakované porušení ZVZ v roce 2012 poté, co žalobce ZVZ již porušil v roce 2011 (a dopustil se tím tedy dalšího správního deliktu), šlo podle zdejšího soudu o totéž, co žalovaný vyjádřil již v bodu 151. prvostupňového rozhodnutí. Žádné další kritérium, které by vysvětlovalo, proč byla uložena pokuta zrovna v té výši, v jaké byla uložena, ani v jednom z obou postupně vydaných rozhodnutí podle zdejšího soudu obsaženo nebylo. Žalobce přitom již v průběhu správního řízení argumentoval polehčujícími okolnostmi, které měly být zváženy. Především poukazoval na to, že žalobce postupoval tak, jak je v praxi obvyklé (žalobce tvrdí, že postupoval shodně jako jiné zdravotní pojišťovny při uzavírání smluv s dodavateli – obchodními zástupci), aniž by takový postup byl kdykoli v minulosti žalovaným zpochybněn, tj. aniž by jiné subjekty v postavení žalobce byly za porušení ZVZ postiženy, resp. aniž by jim bylo porušení ZVZ vytknuto; z toho žalobce dovozoval precedenční význam rozhodnutí žalovaného. Reagoval-li na to v bodu 70. napadeného rozhodnutí žalovaný v zásadě pouze tak, že nemá pochybnosti o porušení ZVZ, na podstatu právě sumarizované žalobcovy argumentace tím podle zdejšího soudu neodpověděl. Zdejší soud byl přitom v rozsudku ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120, toho názoru, že bylo-li by pravdou to, co bylo podstatou tohoto argumentu žalobce (a což se žalobce snažil žalovanému již ve svém vyjádření ze dne 13.8.2013 prokazovat publikovanými články, o nichž žalovaný v bodu 133. napadeného rozhodnutí prohlásil, že jsou irelevantní), tj. že shodně jako žalobce postupují i další subjekty v postavení žalobce, aniž by jejich postup byl kdykoli v minulosti ze strany žalovaného zpochybněn, nemohl by k této skutečnosti žalovaný (jako k okolnosti polehčující) nepřihlédnout, neboť význam rozhodnutí žalovaného v nyní posuzované věci by byl především preventivní. Přesně v tom tkví podle zdejšího soudu smysl pravidel ohledně individualizace uloženého trestu, jak plynou ze shora předestřené rozhodovací praxe.

Nejvyšší správní soud však v rozsudku ze dne 14.7.2016, č.j. 9 As 71/2016 – 28, uvedl, že žalovaný přezkoumatelným způsobem rozvedl své úvahy, kterými se řídil při určování výše pokuty. Určil horní hranici pokuty, přitom uložená pokuta byla přibližně v polovině tohoto rozmezí. O způsobu, jakým byl delikt spáchán, žalovaný pojednal v bodech 135. a 138. prvostupňového rozhodnutí, které spoluvytváří odůvodnění výše sankce. Následkům správního deliktu se žalovaný věnoval v bodě 152. prvostupňového rozhodnutí. Za přitěžující okolnost pokládá to, že výše provize nebyla řádně soutěžena a bylo tedy zcela vyloučeno soutěžní prostředí. K tomu dodal, že postup žalobce vedl k tomu, že nelze najisto postavit, zda bylo s veřejnými prostředky nakládáno hospodárně, efektivně a účelně. U následků správního deliktu obecně ve vztahu k závažnosti žalovaný zdůraznil, že vyloučení soutěžního prostředí považuje za jedno z nejzávažnějších porušení ZVZ. K okolnostem, za nichž byl delikt

spáchán, žalovaný uvedl, že rozmezí pro výši pokuty bylo určeno podle deliktu vztahujícího se ke smlouvě z roku 2012 a že k deliktu vztahujícímu se ke smlouvám z roku 2011 přihlédl jako k přitěžující okolnosti. Mezi okolnostmi, za nichž byl delikt spáchán, žalovaný rovněž zmínil, že žalobce v roce 2012 věděl, kolik nových pojištěnců bylo získáno obchodním zástupcem, s nímž v roce 2011 uzavřel smlouvu, a že tuto informaci mohl zohlednit, než s ním v roce 2012 uzavřel novou smlouvu. Tuto úvahu odlišně od zdejšího soudu nepokládá Nejvyšší správní soud za rozostřenou. Žalovaný také podle Nejvyššího správního soudu reagoval na podstatu argumentace žalobce o tom, že obdobně jako on postupují i další zdravotní pojišťovny; kasační soud tu vyjádřil souhlas se žalovaným, že předložené internetové články nevypovídají nic o tom, jakým způsobem měly ostatní zdravotní pojišťovny smluvně upraveno získávání nových pojištěnců, jakým způsobem postupovaly při uzavírání smluv s případnými obchodními zástupci či zda při tom využily či nevyužily některého z typů zadávacích řízení, a konstatoval, že případné porušení povinností jiných subjektů (jiných zdravotních pojišťoven) nemá přímou souvislost s jednáním žalobce, za které byl pokutován, nijak nesnižuje závažnost deliktu samotného žalobce a nepředstavuje tak polehčující okolnost. Napadené rozhodnutí tak podle Nejvyššího správního soudu v otázkách uložené pokuty nepřezkoumatelné není.

Jestliže tedy žalobce ve vztahu k odůvodnění uložené pokuty namítal, že je naplněno pouze prázdňými formulacemi ve formální rovině, zdejší soud, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu, mu zapravdu dát nemůže. Jestliže žalobce tvrdí, že některá jeho argumentace ve vztahu k okolnostem, jež měly být polehčujícími, avšak nebyly, a jež neměly být okolnostmi přitěžujícími, avšak byly, nebyla v napadeném rozhodnutí vypořádána, což mělo vyvolat nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, ani tu mu zdejší soud zapravdu dát nemůže, neboť podle Nejvyššího správního soudu je napadené rozhodnutí přezkoumatelné. Jestliže žalobce dále v žalobě namítal, že žalovaný nesprávně nezohlednil, že případ tohoto druhu je rozhodován poprvé, že byl žalobce postižen za jednání, které je v praxi zdravotních pojišťoven zcela běžné, a tedy že precedenční charakter měl být zohledněn jako polehčující okolnost, avšak nesprávně nebyl, pak již z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14.7.2016, č.j. 9 As 71/2016 – 28, plyne, že se o polehčující okolnost nejedná a závažnost jednání žalobce to nikterak nesnižuje (nehledě k tomu, že údajně běžnou praxi žalobce nikterak nedoložil). Pak tedy žalovaný nepochybil, pokud tyto skutečnosti ve prospěch žalobce nezohlednil. Z téhož důvodu nemůže dát zdejší soud žalobci zapravdu, že by důvodem pro snížení pokuty (či její neuložení) měla být „překvapivost“ napadeného rozhodnutí. Jestliže žalobce dále namítá, že nedošlo k vyloučení soutěžního prostředí, zdejší soud s ním nesouhlasí (a nesouhlas s tímto argumentem vyjádřil již ve svém předchozím rozsudku), neboť neproběhlo-li vůbec zadávací řízení, žádná „soutěž“ v „soutěžním prostředí“ neproběhla, což nepochybně je nejzávažnějším porušením ZVZ, a tedy ani v tomto ohledu nelze dovodit, že by žalovaný na hodnocení této okolnosti coby polehčující rezignoval. Jestliže pak žalobce zpochybňuje, že nebylo důvodu mu přitížit proto, že při kontraktaci smluv vztahujících se k roku 2012 mohl rozumně očekávat, že při nezměněných podmínkách oproti roku

2011 dojde k významnému překročení limitu pro veřejné zakázky malého rozsahu, a přesto žádného zadávacího řízení podle ZVZ nevyužil, pak zdejší soud již v rozsudku ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120, uvedl, že má-li se jednat o vyjádření opakovaného porušení ZVZ v roce 2012 poté, co žalobce ZVZ již porušil v roce 2011 (a dopustil se tím tedy dalšího správního deliktu), šlo podle zdejšího soudu o totéž, co žalovaný vyjádřil již v bodu 151. prvostupňového rozhodnutí, tj. že ve dvou po sobě jdoucích letech se žalobce dopustil dvou správních deliktů – a právě tato kumulace byla důvodem k přitížení v rámci absorpčních úvah. Opakované jednání v roce 2012 za situace, kdy žalobce mohl na základě údajů vztahujících se k roku 2011 rozumně dovozovat, že předpokládaná hodnota plnění ve vztahu k roku 2012 bude výrazně vyšší, než jaká je hranice pro veřejné zakázky malého rozsahu, za situace, kdy nedostatek povědomí žalobce o tom, že má vůbec podle ZVZ postupovat, není důvodem pro mírnější postup ve vztahu k žalobci, je ve výsledku okolností přitěžující.

Pokud jde o samotnou výši pokuty, jež byla žalobci za jeho jednání uložena, ta byla výsledkem správního uvážení žalovaného. Je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít; to znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši. To napadené rozhodnutí podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14.7.2016, č.j. 9 As 71/2016 – 28, splnilo. Další podmínkou pak je, aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Uváží-li zdejší soud, že pokuta se pohybuje cca v polovině zákonného rozpětí, přitom takto je stanovena již na základě absorpce zahrnující přitížení za druhý z obou správních deliktů a její absolutní výše je 1,8 mil. Kč za situace, kdy žalobce nezpochybňuje zjištění žalovaného ohledně vlastního kapitálu v rozhodném období dosahujícího téměř 829 mil. Kč, pak nic nepřiměřeného na takto vysoké pokutě nenalézá. Požadavek na přiměřenost pokuty nutí správní orgán přihlížet k osobním a majetkovým poměrům delikventa, ačkoli toto hledisko není v zákoně výslovně uvedeno, a to především s ohledem na možné riziko likvidačního účinku (náleží Ústavního soudu ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02, publ. N 36/32 SbNU 345, dostupný na www.nalus.usoud.cz). Za nepřiměřenou by bylo lze pokutu pokládat především tehdy, pokud by se její výše jevila ve vztahu k žalobcově hospodářské situace jako likvidační. Likvidační pokutu definoval rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 20. 4. 2010, sp. zn. 1 As 9/2008, publ. 2092/2010 Sb. NSS, dostupném na www.nssoud.cz, jako „...sankci, která je nepřiměřená osobním a majetkovým poměrům pachatele deliktu do té míry, že je způsobilá mu sama o sobě přivodit platební neschopnost či ho donutit ukončit podnikatelskou činnost, nebo se v důsledku takové pokuty může stát na dlouhou dobu v podstatě jediným smyslem jeho podnikatelské činnosti splácení této pokuty a zároveň je zde reálné riziko, že se pachatel, případně i jeho rodina (jde-li o podnikající fyzickou osobu) na

základě této pokuty dostanou do existenčních potíží...“. Zdejší soud v mezích, v nichž může přezkoumávat správní uvážení žalovaného, nepokládá výši pokuty za likvidační – a nedovojuje ani žádný jiný důvod její nepřiměřenosti.

Ani ve vztahu k uložené pokutě tedy není žaloba důvodná.

Samostatně zdejší soud musel uvážit o moderačním návrhu, který žalobce uplatnil. Podle § 78 odst. 2 s.ř.s. soud může, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s., od trestu za správní delikt upustit nebo jej v mezích zákonem dovolených snížit, pokud byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud zdejší soud po zohlednění všech skutečností, které žalovaný v napadeném rozhodnutí popsal, neshledal, že by pokuta byla nepřiměřená, tím spíše nemůže dovodit, že by byla zjevně nepřiměřená, což je podmínkou pro její snížení nebo úplné upuštění od ní. Pokuta podle zdejšího soudu zohledňuje jak okolnosti ohledně samotného typu deliktu (především fakt, že vůbec žádné zadávací řízení neproběhlo), tak okolnosti na straně žalobce (především výsledky jeho hospodaření). V celkovém kontextu pokuta nemůže představovat takový zásah do majetkové sféry žalobce, v důsledku kterého by byla zničena či negativně významně zasažena majetková základna žalobce pro další činnost. Proto ani tomuto návrhu zdejší soud nevyhověl.

V. Shrnutí

Žaloba tedy není v žádném z uplatněných žalobních bodů důvodná, nad rámec uplatněných žalobních bodů zdejší soud nezjistil vadu, k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti, a proto žalobu podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s., ve vztahu k řízení o kasační stížnosti proti rozsudku zdejšího soudu ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120, za použití § 110 odst. 3 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci proti žalovanému procesně úspěšným, a proto právo na náhradu nákladů řízení náleží procesně úspěšnému žalovanému proti žalobci, který právo na jejich náhradu nemá. Žalovanému však v řízení před zdejším soudem ani v řízení před Nejvyšším správním soudem nevznikly žádné náklady přesahující náklady jeho běžné úřední činnosti, a proto nebyla žalovanému náhrada žádných nákladů řízení přiznána.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 21. července 2016

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu