UOHSX003KX44

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R129/2007/02-7835/2011/320/PMo V Brně dne: 16.5.2011

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10. 7. 2007 zadavatelem

- **společností THERMAL – F, a. s.**, IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zastoupené generálním ředitelem Josefem Nufusem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.6.2007 č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **společnosti THERMAL – F, a. s.**, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zastoupené generálním ředitelem Josefem Nufusem,

při uzavírání Smlouvy o poskytování halových služeb č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvy o poskytování technických činností v dopravě č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvy o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060503 ze dne 28.4.2006 a Smlouvy o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060504 ze dne 28.5.2006, kde je dalším účastníkem správního řízení

- vybraný uchazeč – **SBA – Expert, a. s.**, IČ 26765616, se sídlem Příčná 726, 252 19 Rudná, zast. předsedou představenstva Oldřichem Nohýnkem,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustanovené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 4. 2010, č. j. 62 Ca 12/2008 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21.10.2010, č. j. 9 Afs 68/2010 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm ze dne 15. 6. 2007

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 řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), si na základě podnětu Policie ČR, Okresního ředitelství v Karlových Varech ze dne 6.3.2007, vyžádal od společnosti THERMAL – F, a. s., IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zast. generálním ředitelem Josefem Neufusem (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky, na kterou zadavatel uzavřel Smlouvu o poskytování halových služeb č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvu o poskytování technických činností v dopravě č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvu o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060503 ze dne 28.4.2006 a Smlouvu o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060504 ze dne 28.5.2006. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a společnost SBA – Expert, a. s., IČ 26765616, se sídlem Příčná 726, 252 19 Rudná, zast. předsedou představenstva Oldřichem Nohýnkem, které byla veřejná zakázka přidělena (dále jen "vybraný uchazeč").

Původní prvostupňové rozhodnutí

2. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 15.6.2007 rozhodnutí č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm (dále jen "původní prvostupňové rozhodnutí"), kterým v postupu zadavatele konstatoval spáchání správního deliktu, kterého se zadavatel dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), neboť veřejnou zakázku na poskytování halových služeb, poskytování technických činností v dopravě a poskytování bezpečnostních služeb nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za spáchání správního deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč a dále mu uložil úhradu nákladů řízení ve výši paušální částky 1 000,- Kč.

3. V odůvodnění původního prvostupňového rozhodnutí Úřad uvedl, že v rámci správního řízení zadavatel kromě kopií sedmi nabídek, zápisu z pracovní porady konané dne 20.4.2006 v kanceláři generálního ředitele zadavatele, jehož obsahem je projednání nabídek předmětných služeb, a dále kopií smluv o poskytování předmětných služeb, nedoložil Úřadu žádný jiný doklad, ze kterého by vyplývalo, že by při zadávání veřejné zakázky postupoval podle ustanovení § 25 zákona. Zadavatel tedy nesplnil povinnost dle § 25 odst. 1 zákona zadat veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přestože je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. a) bod 4 zákona a přestože se jednalo o veřejnou zakázku podle § 6 odst. 1 zákona, konkrétně o veřejnou zakázku na služby podle § 8 odst. 1 zákona. Zadavatel se tedy dle Úřadu dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť pokud by zadavatel zadal veřejnou zakázku postupem podle zákona, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace celé veřejné zakázky, případně jejích dílčích částí, než dodavatel, se kterým zadavatel uzavřel předmětné smlouvy.

4. Při úvahách o výši sankce, kterou uložil v částce 100 000,- Kč, když maximální možná výše pokuty činila 776 539,- Kč, Úřad zohlednil, že postupem zadavatele byl vyloučen průhledný výběr smluvního partnera na základě otevřené soutěže o zakázku. Současně však akcentoval i preventivní funkci pokuty a vzal v úvahu, že zadavatel si je vědom svého pochybení a samotné projednání tohoto případu je pro něho důležitým poučením, takže za zjištěné závažné porušení zákona mu uložil pokutu při dolní hranici možné sazby.

II. Námitky rozkladu

5. Proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí podal zadavatel dne 10.7.2007 rozklad, ve kterém deklaroval, že uloženou sankci považuje za nepřiměřeně vysokou s ohledem na daný skutkový stav věci.

6. V odůvodnění rozkladu, které doručil Úřadu dne 24.7.2007, pak zadavatel uvedl, že Úřad při stanovení konkrétní výše pokuty nepřihlédl k velmi významné okolnosti spočívající v tom, že v okamžiku rozhodování o uložení pokuty již platil a byl účinný nový zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nový zákon“). Dle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) tohoto zákona pak zadavatel dle svého vyjádření není zadavatelem veřejné zakázky, neboť nesplňuje podmínky stanovené pro veřejného zadavatele, ani pro dotovaného či sektorového zadavatele. Vzhledem k tomu, že jednání, které bylo ze zákona protiprávní, již podle nového zákona nepodléhá sankci, případně nepodléhá sankci stejného stupně tvrdosti, tak je dle názoru zadavatele oslabena preventivní funkce uložené pokuty, když nemůže mít takový efekt, jaký Úřad při stanovení její výše sledoval. V tom zadavatel spatřoval argument pro výrazné snížení uložené pokuty.

7. Zadavatel rovněž namítl, že v době uzavření smluv na plnění předmětu veřejné zakázky v dubnu a květnu 2006 byl již ve Sbírce zákonů ČR publikován nový zákon, který nabyl účinnosti od 1.7.2006, a tedy pokud by zadavatel přistoupil k uzavírání těchto smluv jen o měsíc později, byl již vyloučen z okruhu subjektů, na které se právní úprava zadávání

veřejných zakázek vztahuje. Zadavatel prohlásil, že si je vědom porušení povinností vyplývajících pro něj ze zákona a poznamenal, že dané povinnosti neporušil cíleně a učinil vše, aby své pochybení napravil. Podotkl, že již v době, kdy se na něho nový zákon nevztahoval, podle něj přesto postupoval, aniž by byl povinen. Následně vyjádřil své přesvědčení, že ačkoli došlo k porušení povinností dle zákona, vyhodnotil a vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku, a proto navrhl, aby předseda Úřadu původní prvostupňové rozhodnutí změnil a upustil od uložení pokuty, popřípadě aby uloženou pokutu snížil s ohledem na závažnost protiprávního jednání zadavatele s přihlédnutím k nové právní úpravě, a dále s přihlédnutím k represivní i preventivní funkci uložené pokuty.

III. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

8. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí a po posouzení případu ve všech vzájemných souvislostech předseda Úřadu přezkoumal původní prvostupňové rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dne 3. 12. 2007 vydal rozhodnutí č. j. R129/2007/02-22149/2007/310-Hr, kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Předseda Úřadu uvedl, že Úřad tím, že v původním prvostupňovém rozhodnutí ze dne 15.6.2007 uložil zadavateli za zjištěné spáchání správního deliktu pokutu 100 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Zároveň se v plném rozsahu ztotožnil i s odůvodněním původního prvostupňového rozhodnutí.

9. Předseda Úřadu v rámci odůvodnění svého druhostupňového rozhodnutí (dále jen "původní druhostupňové rozhodnutí") poukázal na následující skutečnosti. K otázce právního postavení zadavatele deklaroval, že zadavatel jako základní argument svého rozkladu předložil tvrzení, že podle nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tedy podle nového zákona, již není zadavatelem, když již nesplňuje definici dle § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona. Z toho pak zadavatel dovodil, že je oslabena či dokonce vyloučena preventivní funkce uložené pokuty, kterou Úřad ve svém rozhodnutí akcentoval, což zadavatel považoval za argument pro výrazné snížení či dokonce zrušení uložené pokuty. Další důvodem pro snížení pokuty bylo dle názoru zadavatele to, že k uzavření předmětných smluv došlo pouhý měsíc před tím, než zadavatel přestal být zadavatelem. K tomu předseda Úřadu poznamenal, že dle ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu se k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Doplnil, že námitky zadavatele o tom, že podle nového zákona již není zadavatelem a Úřad měl k této skutečnosti přihlédnout při úvahách o výši sankce, nebyly uplatněny v průběhu předchozího správního řízení, ač jej zadavatel uplatnit mohl. Úřad se s nimi proto nemohl vypořádat v rámci napadeného rozhodnutí, a tedy již z tohoto důvodu a vzhledem k výše uvedenému ustanovení správního řádu k němu nelze přihlížet v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí.

10. Následně předseda Úřadu poznamenal, že zadavatel v rozkladu nepředložil žádný argument, kterým by své tvrzení jakkoli doložil či zdůvodnil. Zadavatel pouze citoval § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona, podle kterého je zadavatelem i „jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo

obchodní povahu, a 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.“ Zadavatel však neuvedl, kterou část této zákonné definice nesplňuje a proč, případně v jakém aspektu se tato zákonná definice zadavatele odlišuje od předchozí právní úpravy, podle které zadavatel ještě byl zadavatelem. Tvrzení zadavatele tak bylo dle předsedy Úřadu zcela nedůvodné, a pro řízení o rozkladu i z toho důvodu bezpředmětné.

11. Dále uvedl, že v zákonné definici zadavatele dle zákona a dle nového zákona nelze spatřovat takovou změnu, která by znamenala zadavatelem dovozovanou zásadní změnu jeho statutu. Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) bod 4 zákona byla zadavatelem ta právnická osoba, která byla zřízena zákonem či na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, a současně která byla převážně financována veřejnými zadavateli či tito veřejní zadavatelé v ní uplatňovali rozhodující vliv. Podle nové právní úpravy dle § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona je pak druhá z citovaných podmínek, tedy finanční či faktický vliv veřejného zadavatele v právnické osobě, definována v zásadě totožně. Rovněž první z podmínek i nadále stanovuje, že právnická osoba musí být zřízena (a nově i založena) za účelem uspokojování veřejného zájmu, přičemž nová právní úprava pak pouze upřesňuje, že tyto potřeby nemají mít průmyslovou nebo obchodní povahu.

12. Předseda Úřadu vzápětí podotkl, že zadavatel splňuje druhou z předmětných zákonných podmínek, neboť jak vyplývá z výpisu z obchodního rejstříku, jediným akcionářem zadavatele je Fond národního majetku, respektive jeho právní nástupce – Česká republika, Ministerstvo financí. Zadavatel dle něj splňuje i podmínku uspokojování potřeb veřejného zájmu (a to ve znění zákona i nového zákona), když předmětem jeho činnosti je mimo jiné poskytování zdravotnické služby hrazené z veřejného zdravotního pojištění, což lze považovat za potřebu veřejného zájmu, která nemá obchodní či průmyslovou povahu. Předseda Úřadu k tomu uzavřel, že situace zadavatele z pohledu zákonné definice veřejného zadavatele, se s novou právní úpravou žádným způsobem nezměnila a zadavatel je i nadále veřejným zadavatelem. K tvrzení zadavatele jakožto základnímu argumentu rozkladu tak dle předsedy Úřadu nelze přihlédnout, a to jak z procesních důvodů (v souladu s § 82 odst. 4 správního řádu), tak ani z důvodů jejich věcné nesprávnosti, neboť je zřejmé, že i podle nové právní úpravy je zadavatel veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona.

13. V souvislosti s problematikou výše uložené pokuty předseda Úřadu poznamenal, že zadavatel v rozkladu své pochybení uznal s tím, že pouze požadoval změnu napadeného rozhodnutí v tom smyslu, že se uložená pokuta sníží či zruší. K tomu doplnil, že nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že preventivní funkce uložené pokuty je výrazně omezena skutečností, že zadavatel podle nové právní úpravy již není zadavatelem. K důvodům snížení či zrušení uložené pokuty předkládaným zadavatelem proto dle něj nelze přihlédnout.

14. Předseda Úřadu současně přezkoumal výši uložené pokuty a zjistil, že Úřad při jejím uložení zohlednil zjištěný skutkový stav, především pak existující polehčující okolnosti a rovněž i skutečnost, že postupem zadavatele došlo k zásadnímu porušení transparentnosti

zadávacího řízení. Pokuta tak byla dle předsedy Úřadu uložena v souladu se zákonem a v zákonné výši, přičemž neshledal důvody pro její další snížení či zrušení v řízení o rozkladu.

IV. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

15. Dne 4. 2. 2008 podal zadavatel (dále jen „žalobce“) proti původnímu druhostupňovému rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen "soud"). Touto žalobou se žalobce domáhal zrušení původního druhostupňového rozhodnutí vydaného předsedou Úřadu dne 3. 12. 2007. Předseda Úřadu (dále jen „žalovaný“) podal k předmětné žalobě dne 9. 7. 2008 vyjádření. Soud podané žalobě rozsudkem č. j. 62 Ca 12/2008 ze dne 15. 4. 2010 vyhověl a původní druhostupňové rozhodnutí ze dne 3. 12. 2007 zrušil a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení.

16. Soud v odůvodnění svého rozsudku v prvé řadě konstatoval, že mezi žalobcem a žalovaným není sporu o to, zda žalobcem kontrahovaná plnění, jichž se týkalo správní řízení před žalovaným, byla veřejnými zakázkami dle předchozího zákona, které měly být zadávány v příslušném zadávacím řízení dle § 25 odst. 2 předchozího zákona. Podotkl, že jedinou spornou otázkou mezi žalobcem a žalovaným je posouzení toho, zda je žalobce i podle nového zákona, resp. jeho ustanovení § 2 odst. 2 písm. d), veřejným zadavatelem či nikoli.

17. V této souvislosti poznamenal, že daná veřejná zakázka sice byla zadávána před 1. 7. 2006, kdy nabyl účinnosti nový zákon, nicméně pokud by žalobce nebyl zadavatelem dle nového zákona – tedy pokud by neměl povinnost při kontraktaci plnění, jež je veřejnou zakázkou, podle nového zákona postupovat, pak by tato skutečnost měla být v původním druhostupňovém rozhodnutí zohledněna a hodnocena pro něj příznivě (jak v otázce správního trestu – výše pokuty, tak v otázce samotné trestnosti žalobcova jednání). Následně poukázal na článek 40 odst. 6 LZPS, podle kterého se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán s tím, že pozdějšího zákona se použije, je-li to pro pachatele příznivější. Článek 40 odst. 6 LZPS ovšem dopadá i do sféry správního trestání (což vyplývá mimo jiné z nálezu ÚS sp. zn. III. ÚS 611/01 či II. ÚS 192/05). To dle soudu znamená, že rozhodnutí žalovaného, které za účinnosti nového zákona ukládá trest podle předchozího zákona za porušení předchozího zákona, se musí ve svém odůvodnění vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo původní pravidla, a pokud ano, zda tato pravidla dopadají na žalobce ve stejné míře. A pokud je i toto splněno, zda tresty ukládané za takové delikty jsou dle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Soud doplnil, že odpovědi na tyto otázky se musí projevit jak v závěrech ohledně protiprávnosti posuzovaného jednání, tak v závěrech týkajících se sankce za takové protiprávní jednání

18. Soud vzápětí deklaroval, že pro vyslovení závěru, že žalobce je veřejným zadavatelem dle nového zákona, musí být kumulativně splněno několik podmínek s tím, že první podmínkou je skutečnost, že jde o právnickou osobu. Druhou podmínkou je pak skutečnost, že tato právnická osoba byla zřízena zákonem či na základě zákona; třetí podmínkou je, že účelem jejího zřízení je uspokojování potřeb veřejného zájmu, čtvrtou podmínkou je skutečnost, že tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Pátou podmínkou pak je, že je

tato právnická osoba financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem, nebo alternativně že tato právnická osoba je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo pokud stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu.

19. V souvislosti s jednotlivými podmínkami deklaroval soud následující skutečnosti. Vzhledem k tomu, že žalobce je právnickou osobou, je dle něj první podmínka splněna.

20. Pokud se jedná o podmínky zřízení na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu, poukázal soud na to, že žalobce byl zřízen státem, což vyplývá ze zápisu v obchodním rejstříku, kde je uvedeno, že dne 1. 3. 1999 založil Fond národního majetku jako jediný zakladatel na základě notářského zápisu ze dne 24. 3. 1999 sepsaného žalobcem, bez výzvy k upsání akcií. Doplnil, že po zrušení Fondu národního majetku byl jeho veškerý majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem stěžovatele se tak stalo Ministerstvo financí. Následně deklaroval, že s ohledem na stanovisko NSS vyjádřené v řízení o kasační stížnosti žalobce proti předchozímu rozsudku soudu, v rámci kterého NSS neshledal, že by stát v době, kdy žalobce kontrahoval plnění, které měl dle žalovaného zadávat podle zákona (přestože byl stoprocentním akcionářem), jakkoli do činnosti žalobce aktivně zasahoval či ho finančně podporoval, je již tato otázka vyřešena. Vzápětí poukázal na judikaturu Soudního dvora, podle které je mezi okolnostmi relevantními pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele uváděna okolnost zřízení subjektu – zároveň je však považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu v předmětné době vykonávána.

21. Poté soud podotkl, že pouhá skutečnost, že stoprocentním akcionářem žalobce je stát, který je dle zákona veřejným zadavatelem, neznamená, že by měl být také považován za veřejného zadavatele, což lze dovodit i z rozsudku Soudního dovra ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C – 44/96, Recueil, s. I-00073, ve kterém je uvedeno, že za veřejnoprávní subjekt či za veřejného zadavatele nemůže být subjekt označen jenom proto, že je jeho většinovým vlastníkem veřejný zadavatel, nebo že na daný subjekt byly převedeny prostředky veřejným zadavatelem získané činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu. I s ohledem na závěr NSS vykonával stát kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně zasahoval do činnosti žalobce či jej finančně podporoval, nebo si nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice ponechával zásadní vliv.

22. Soud poukázal na ustanovení § 1 odst. 1 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o péči o zdraví lidu"), dle kterého zdravotní péči poskytují zdravotnická zařízení státu, obcí, fyzických a právnických osob. Z § 2 odst. 1 zákona č. 160/1992 Sb., o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon č. 160/1992") pak vyplývá, že nestátním zdravotnickým zařízením se rozumí jiné zdravotnické zařízení, než zdravotnické zařízení státu s tím, že žalobce je právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku poskytující zdravotní péči. Z uvedeného

je tak zcela zřejmé, že žalobce je též nestátním zdravotnickým zařízením, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž "soutěží" o klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby.

23. Soud dále zdůraznil, že žalobce není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu předmětných zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění s tím, že veškeré fyzické a právnické osoby mají dle zákona č. 160/1992 možnost získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vymezených v § 9 tohoto zákona vztahujících se k osobě provozovatele – z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídající druhu a rozsahu zdravotní péče poskytované příslušným zařízením dle zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Dle § 17 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, mají nestátní zdravotnická zařízení za zákonem stanovených podmínek možnost uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami.

24. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je tak dle soudu zřejmé, že žalobce je subjektem působícím v hospodářské soutěži, i když na zcela specifickém relevantním trhu – trhu s lázeňskými službami. Není pochyb o tom, že na tomto specifickém trhu působí za stejných podmínek jako ostatních subjekty, které poskytují stejné či zaměnitelné služby, a které mají také možnost uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění. Je proto evidentní, že žalobcův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru – stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující stejné služby jako žalobce, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se v takovém subjektu účastní.

25. Jak bylo judikováno Soudním dvorem, skutečnost, že subjekt svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže, sama o sobě nemůže vést k závěru, že daný subjekt naplňuje potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou či obchodní povahu – neboť i přesto, že určitý subjekt působí v hospodářské soutěži, je financován a kontrolován státem, územními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, v rámci svého výběru se může rozhodovat dle jiných než ekonomických kritérií. Významným indikátorem toho, že by se o potřeby mající průmyslovou či obchodní povahu mohlo jednat, je skutečnost, že daný subjekt působí v hospodářské soutěži, což je nutno zohlednit při úvahách o povaze uspokojovaných potřeb jako relevantní skutečnost. Pokud subjekt vykonává soutěžní činnost, je nutné zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které potvrdí, případně vyvrátí hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu. V této souvislosti je pak nutné posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při této činnosti rozhoduje. Pokud by se jednalo o účel dosažení zisku a ekonomická kritéria, pak je dle soudu nepravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. To, že daný subjekt provozuje činnost výlučně za účelem zisku, je skutečností, jež je nutno při úvaze o jeho charakteru v souvislosti se statutem veřejného zadavatele vždy zohlednit, což lze vyvodit z rozsudku Soudního dvora ze dne 11. 6. 2009 ve věci *Hans &*

Christophorus Oymanns GbR, Orthopedie Schuchtechnik proti AOK Rheinland/Hamburg, C - 300/07, ve kterém je uvedeno, že *"dotčené veřejné zdravotní pojišťovny jsou totiž právnickými osobami veřejného práva, jsou vytvořeny zákonem výslovně k plnění potřeb souvisejících s veřejným zdravím, což jsou potřeby obecného zájmu, a tyto potřeby mají jinou povahu než průmyslovou nebo obchodní, jelikož služby jsou takovými pokladnami poskytovány s neziskovým cílem"*. Z daného dle soudu *a contrario* vyplývá, že poskytování služeb s cílem dosažení zisku v posuzování povahy uspokojovaných potřeb zaujímá velmi důležitou roli.

26. Následně se soud zaměřil na otázku, za jakým účelem žalobce svou činnost v předmětné době primárně provozoval, a jak se na této činnosti projevily příjmy pocházející z veřejných zdrojů. Podotkl, že portfolio žalobcovy činnosti tvořilo v letech 2005 a 2006 "léčení", "ubytování", "pronájmy", "provoz parkoviště", "provoz bazénu" a "hostinské činnosti" (dle dosažených tržeb v roce 2005 to vše z cca 96,5%, v roce 2006 to vše z cca 97,5%). V letech 2005 a 2006 tedy žalobce podnikal především v oblasti "léčení", "ubytování", "pronájmů", "parkovného", "bazénu" a "hostinské činnosti" – zbylými činnostmi žalobce dosahoval okolo 3% tržeb – a jde tak z celkového pohledu o zanedbatelné činnosti. Jestliže se pak činnost označená jako "léčení" a "ubytování" na žalobcových tržbách podílí z více než 3/4, pak lze tyto dvě činnosti dle soudu považovat za činnosti nosné – tyto činnosti jsou tak činnostmi, za jejichž účelem vykonával žalobce činnost v rozhodném období primárně.

27. Dále poznamenal, že pokud jde o tržby z primárně vykonávané činnosti žalobce, pak tržby z "léčení" a "ubytování" byly tvořeny především příjmy z léčení cizinců a příjmy z ubytování. Příjmy od zdravotních pojišťoven jsou v poměru k tomu vykazovány ve výši do 2,5% s tím, že pokud příjmy, jež by měly souvislost s veřejnými zdroji, nepřesáhly 2,5% primární činnosti žalobce (tedy přes 3/4 portfolia jeho veškeré činnosti), pak jde o příjmy ve vztahu k celkové žalobcově činnosti bagatelní. A pokud jde o "ubytování", na ně se ani dle žalovaného plnění (platby) pocházející z veřejného zdravotního pojištění neprojevují – zbývá tak oblast samotného "léčení". Dle soudu je zřejmé, že tržby z této činnosti u žalobce v daném období dosahovaly podílu na veškerých žalobcových tržbách přesahujícího 60%. Ve vztahu k uvedené činnosti ("léčení") se tak soud zabýval zdroji plnění za tyto služby, tj. nakolik se tu projevují prostředky veřejného zdravotního pojištění s tím, že tržby za léčení tuzemců a cizinců v letech 2005 a 2006 dosáhly částky přesahující 84 mil. Kč a tržby pocházející z plnění od zdravotních pojišťoven dosáhly v letech 2005 a 2006 částky kolem 2,5 mil. Kč. Z toho soud dovodil, že na primární žalobcově činnosti se plnění, u něhož by bylo možno dovozovat souvislost s veřejnými zdroji, projevuje pouze okrajově – na zbylých činnostech žalobce se neprojevuje vůbec.

28. V souvislosti s navazující otázkou *"podle čeho se žalobce při své činnosti rozhoduje"*, poukázal soud na to, že východiska a podnikatelské úvahy žalobce obsažené v jeho výročních zprávách nevykazují podstatná specifika oproti východiskům a úvahám, jež by pravděpodobně musely hrát klíčovou roli u kteréhokoli "běžného" podnikatele. Doplnil, že pokud se žalobce zabývá důvody poklesu návštěvníků a snaží se o udržení pozic na trhu, o snižování nákladů a o snižování počtu pracovníků a jestliže definuje problémové otázky a hledá-li postupy při inovacích a snižování nákladů, pak tyto úvahy nevykazují žádný specifický znak, který by byl

příznačný pro veřejnoprávní subjekt. Ze soudem zjištěného skutkového stavu nevyplývá, že by se žalobce při své činnosti rozhodoval na základě jiných než výlučně podnikatelských principů – nelze tak dovozovat, že by jeho činnost vykazovala jakýkoli rys jiné činnosti, než činnosti primárně směřující k dosažení zisku. K tomu soud uzavřel, že pokud je žalobce subjektem hospodářské soutěže a pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské; pokud žalobce v době, kdy měl kontrahovat plnění coby veřejnou zakázku, vykonával činnost primárně za účelem dosažení zisku a pokud jeho příjmy, jež by mohly souviset s plněním z veřejných zdrojů, jsou ve vztahu k ostatním příjmům žalobce příjmy okrajovými, pak jsou tyto skutečnosti indikátorem toho, že na něj nelze pohlížet jako na zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

29. Následně se soud zabýval tím, zda žalobce nese ztráty vzešlé ze své činnosti či nikoli a došel k závěru, že dané ztráty žalobce skutečně sám nese. Soud doplnil, že žalobce v letech 2005 a 2006 hospodařil se ztrátou s tím, že z výkazu zisku a ztrát za tyto roky nevyplývá, že by Česká republika žalobci jeho ztráty jakkoli kompenzovala, ani že by se na jeho činnosti v této souvislosti jakkoli podílela – pokud tedy žalobce vůči České republice coby svému jedinému akcionáři neměl v letech 2005 a 2006 žádné pohledávky ani závazky a pokud přitom disponoval dostatečným krátkodobým majetkem, aniž by musel využívat jiných zdrojů, pak je zřejmé, že uvedené ztráty nese sám.

30. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že žalobce svou činnost provozuje primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzniklé jeho činností a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící na stejném relevantním trhu. Příjmy pocházející z veřejného zdravotního pojištění se na jeho příjmech podílejí bagatelně s tím, že při jeho činnosti nebylo dovozeno žádné "zvýhodnění", jež by se žalobci mělo dostat – žalobce tak působí jako "běžný" podnikatelský subjekt (jeho podnikatelské chování není ovlivněno ingerencemi státu a kromě bagatelní úhrady z veřejného zdravotního pojištění nehospodaří s veřejnými zdravotními prostředky). A pokud jde o plnění pocházející z veřejných zdrojů, to se žalobci dostává za stejných podmínek jako jiným subjektům, které poskytují stejné či zaměnitelné služby jako žalobce a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění. Ani skutečnost, že žalobci byla odložena daň, nesouvisí s tím, že žalobce je pod kontrolou státu, ani s tím, že část žalobcovy činnosti je financována z prostředků veřejného zdravotního pojištění – žalobce má ve vztahu k možnosti odložení daně postavení jakéhokoli jiného daňového subjektu.

31. Soud dále podotkl, že pokud by mělo být využito komunitární judikatury na podporu tvrzení, že pro naplnění definice veřejného zadavatele postačí, že část jeho podnikání je vykonávána ve veřejném zájmu nikoli průmyslové či obchodní povahy a pokud již byla tato otázka z podstatné části zodpovězena NSS v předchozím průběhu řízení a pokud dal NSS pro dořešení zbylých otázek soudu jasný návod, co má být pro posouzení této otázky určující, pak soud nenalezl způsob, jak ke komunitární judikatuře (zmiňované žalovaným) více přihlížet, resp. činit z ní opačné závěry.

32. Soud následně uzavřel, že žalobce svým podnikáním vykonává potřebu, která má "běžnou" průmyslovou či obchodní povahu s tím, že jím vykonávaná činnost nevykazuje žádný znak takového charakteru, jak je stanoven § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona. Jak bylo deklarováno, na žalobce nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele. Vzhledem k tomu, že je rozhodnutí žalovaného v otázce charakteru žalobce založeno na opačném závěru, je stiženo nezákonností při výkladu § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona a nemůže obstát – žalobce není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona a proto vůbec neměl povinnost postupovat dle zákona a nemohl jej tedy svými úkony porušit.

V. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem

33. Žalovaný se kasační stížností podanou dne 27. 4. 2010 (a doplněnou dne 15. 6. 2010) domáhal zrušení rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 12/2008 ze dne 15. 4. 2010. Na jejím základě vydal Nejvyšší správní soud dne 21. 10. 2010 rozsudek č. j. 9 Afs 68/2010, kterým předmětnou kasační stížnost žalovaného zamítl, jelikož po přezkoumání jí napadeného rozsudku Krajského soudu v Brně dospěl k závěru, že není důvodná. V rámci odůvodnění svého rozsudku pak uvedl mimo jiné následující. Konstatoval, že soud se dostatečně zabýval závěry uvedenými v příslušných rozsudcích Soudního dvora ES, ve kterých bylo deklarováno, že pro odpověď na otázku týkající se povahy potřeb uspokojovaných předmětným subjektem je stěžejní posoudit okolnosti, které převládaly v době založení společnosti a které doprovázely její činnost. Dle NSS se soud v odůvodnění svého rozsudku podrobně zabýval otázkou zřízení žalobce a charakterem jeho činnosti v inkriminované době; i skutečností, zda žalobce primárně uspokojuje potřeby za účelem zisku, a také skutečností, zda svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže. Rovněž se zabýval tím, zda žalobce nesl ztráty z jeho činností vzešlé, či nikoli. Přitom dospěl k závěru, že žalobce svou činnost provozuje primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzešlé ze své činnosti a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu a přesto, že byl zřízen státem a stát je 100% akcionářem žalobce, není ovlivňován jeho kontrolními ani finančními ingerencemi.

Stanovisko předsedy Úřadu

34. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustanovenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise a k právním závěrům soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.

35. Úřad nepostupoval v souladu se zákonem, když původním druhostupňovým rozhodnutím potvrdil výrok původního prvostupňového rozhodnutí č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm ze dne 15. 6. 2007, kterým uložil zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč, a to za spáchání správního deliktu, kterého se měl dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 zákona, neboť veřejnou zakázku na poskytování halových služeb, poskytování technických činností v dopravě a poskytování bezpečnostních služeb nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně

ovlivnit hodnocení nabídek. Z uvedených důvodů jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení citovaného rozhodnutí I. stupně a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 12/2008 ze dne 15. 4. 2010.

K důvodům zrušení rozhodnutí I. stupně

36. V šetřeném případě soud rozsudkem 62 Ca 12/2008 ze dne 15. 4. 2010 zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R129/2007/02-22149/2007/310-Hr ze dne 3. 12. 2007 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, přičemž do dalšího řízení zavázal Úřad právním názorem vysloveným v tomto rozsudku. Podle tohoto právního názoru soudu žalovaný nepostupoval v souladu se zákonem, když v původním druhostupňovém rozhodnutí konstatoval, že *"i podle nové právní úpravy je zadavatel veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona"*.

37. Předmětná veřejná zakázka sice byla zadávána před 1. 7. 2006 (kdy nabyl účinnosti nový zákon), nicméně pokud by žalobce nebyl zadavatelem dle nového zákona – a pokud by neměl povinnost při kontraktaci plnění, jež je veřejnou zakázkou, podle nového zákona postupovat, pak by tato skutečnost měla být v původním prvostupňovém rozhodnutí zohledněna a hodnocena pro něj příznivě. Podle ustanovení článku 40 odst. 6 LZPS se totiž trestnost činu posuzuje a trest se ukládá dle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán a pozdějšího zákona se použije, je-li to pro pachatele příznivější s tím, že tento článek dopadá i do sféry správního trestání. Rozhodnutí Úřadu, které za účinnosti nového zákona ukládá trest podle předchozího zákona za porušení předchozího zákona, se musí ve svém odůvodnění vypořádat s otázkou, zda vůbec nové právo převzalo původní pravidla, a pokud ano, zda tato pravidla dopadají na Úřad ve stejné míře. A pokud je i toto splněno, zda tresty ukládané za takové delikty jsou dle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Odpovědi na tyto otázky se musí projevit jak v závěrech ohledně protiprávnosti posuzovaného jednání, tak v závěrech týkajících se sankce za takové protiprávní jednání

38. S ohledem na judikaturu Soudního dvora je zřejmé, že mezi okolnostmi relevantními pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele je uváděna okolnost zřízení subjektu; zároveň je však považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu v předmětné době vykonávána. Samotná skutečnost, že stoprocentním akcionářem žalobce je stát, který je dle zákona veřejným zadavatelem, neznamená, že by měl být také považován za veřejného zadavatele (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C – 44/96, Recueil, s. I-00073: *"za veřejnoprávní subjekt či veřejného zadavatele nemůže být subjekt označen jen proto, že je jeho většinovým vlastníkem veřejný zadavatel, nebo že na daný subjekt byly převedeny prostředky veřejným zadavatelem získané činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu")*. Stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně zasahoval do činnosti žalobce či jej finančně podporoval, nebo si nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice ponechával zásadní vliv.

39. Ze zákona č. 160/1992 Sb., o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních, ve znění pozdějších předpisů vyplývá, že nestátním zdravotnickým zařízením se rozumí jiné zdravotnické zařízení, než zdravotnické zařízení státu – žalobce je proto také nestátním

zdravotnickým zařízením, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž "soutěží" o klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. Žalobce není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění; všechny fyzické a právnické osoby mají možnost získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vztahujících se k osobě provozovatele – z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídající druhu a rozsahu zdravotní péče poskytované příslušným zařízením dle zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Dle § 17 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, mají nestátní zdravotnická zařízení za zákonem stanovených podmínek možnost uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami.

40. Žalobce je subjektem působícím v hospodářské soutěži, i když na zcela specifickém relevantním trhu, na kterém působí za stejných podmínek jako ostatních subjekty (poskytující stejné či zaměnitelné služby). Je proto evidentní, že žalobcův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru – stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující stejné služby jako žalobce, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se v takovém subjektu účastní. Skutečnost, že subjekt svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže, sama o sobě nemůže vést k závěru, že daný subjekt naplňuje potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou či obchodní povahu – neboť i přesto, že určitý subjekt působí v hospodářské soutěži, je financován a kontrolován státem, územními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, v rámci svého výběru se může rozhodovat dle jiných než ekonomických kritérií. Významným indikátorem toho, že by se o potřeby mající průmyslovou či obchodní povahu mohlo jednat, je skutečnost, že daný subjekt působí v hospodářské soutěži. Pokud subjekt vykonává soutěžní činnost, je nutné zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které potvrdí, případně vyvrátí hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu. V této souvislosti je pak nutné posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při této činnosti rozhoduje. Pokud by se jednalo o účel dosažení zisku a ekonomická kritéria, pak není pravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. To, že daný subjekt provozuje činnost výlučně za účelem zisku, je skutečností, jež je nutno při úvaze o jeho charakteru v souvislosti se statutem veřejného zadavatele vždy zohlednit.

41. Jestliže se činnost označená jako "léčení" a "ubytování" na žalobcových tržbách podílí z více než 3/4, pak lze tyto dvě činnosti považovat za činnosti nosné. Tyto činnosti jsou tedy činnostmi, za jejichž účelem vykonával žalobce činnost v rozhodném období primárně. Je zřejmé, že východiska a podnikatelské úvahy žalobce obsažené v jeho výročních zprávách nevykazují podstatná specifika oproti východiskům a úvahám, jež by pravděpodobně musely hrát klíčovou roli u kteréhokoli "běžného" podnikatele. Pokud se žalobce zabývá důvody poklesu návštěvníků a snaží se o udržení pozic na trhu, o snižování nákladů a o snižování počtu pracovníků a jestliže definuje problémové otázky a hledá-li postupy při inovacích a snižování nákladů, pak tyto úvahy nevykazují žádný specifický znak, který by byl příznačný

pro veřejnoprávní subjekt. Z ničeho nevyplývá, že by se žalobce při své činnosti rozhodoval na základě jiných než výlučně podnikatelských principů. Proto nelze dovozovat, že by jeho činnost vykazovala jakýkoli rys jiné činnosti, než činnosti primárně směřující k dosažení zisku.

42. Pokud je žalobce subjektem hospodářské soutěže a pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské; pokud žalobce v době, kdy měl kontrahovat plnění coby veřejnou zakázku, vykonával činnost primárně za účelem dosažení zisku a pokud jeho příjmy, jež by mohly souviset s plněním z veřejných zdrojů, jsou ve vztahu k ostatním příjmům žalobce příjmy okrajovými, pak jsou tyto skutečnosti indikátorem toho, že na něj nelze pohlížet jako na zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona.

43. Žalobce svou činnost evidentně provozuje primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzniklé jeho činností a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící na stejném relevantním trhu. Příjmy pocházející z veřejného zdravotního pojištění se na jeho příjmech podílejí bagatelně s tím, že při jeho činnosti nebylo dovozeno žádné "zvýhodnění", jež by se mu mělo dostat – žalobce tak působí jako "běžný" podnikatelský subjekt (jeho podnikatelské chování není ovlivněno ingerencemi státu a kromě bagatelní úhrady z veřejného zdravotního pojištění nehospodaří s veřejnými zdravotními prostředky). Plnění pocházející z veřejných zdrojů se žalobci dostává za stejných podmínek jako jiným subjektům, které poskytují stejné či zaměnitelné služby jako žalobce a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.

44. Žalobce svým podnikáním vykonává potřebu, která má "běžnou" průmyslovou či obchodní povahu s tím, že jím vykonávaná činnost nevykazuje žádný znak takového charakteru, jak je stanoven § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona. Na žalobce tak nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí žalovaného je v otázce charakteru žalobce založeno na opačném závěru, je stiženo nezákonností při výkladu § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona a nemůže obstát. Žalobce totiž není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona a proto neměl povinnost postupovat dle zákona a nemohl jej tedy svými jednotlivými úkony porušit.

45. Výše uvedený právní názor je pro další vedení správního řízení závazný. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným závazným právním názorem soudu jsou rovněž závěry učiněné v původním prvostupňovém rozhodnutí ve věci a vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení původního prvostupňového rozhodnutí, jak je uvedeno výše. V dalším řízení Úřad vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení původního prvostupňového rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- THERMAL – F, a.s., I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary
- SBA – Expert, a.s., Příčná 726, 252 19 Rudná

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy