



UOHSX003080R

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: VZ/S151/07-11002/2011/510/OKo

V Brně dne: 13. září 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 8.6.2007 na návrh ze dne 6.6.2007, jehož pokračování bylo oznámeno dopisem ze dne 1.7.2011, a jehož účastníky jsou

- zadavatel – společnost THERMAL–F, a.s., IČ 25401726, se sídlem I.P. Pavlova 2001/11, 360 01 Karlovy Vary, za niž jedná Ing. Josef Plavec, předseda představenstva a JUDr. Michal Švorc, člen představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 7.7.2011 JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem, se sídlem Polská 4, 360 20 Karlovy Vary,
- navrhovatel – společnost AB Facility a.s., IČ 26740168, se sídlem Kodaňská 46, 101 00 Praha 10, za niž jedná RNDr. Miroslav Tvrdý, předseda představenstva a Mgr. Petr Skácel, člen představenstva,
- vybraný uchazeč – společnost GSUS s.r.o., IČ 25215213, se sídlem T.G.Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary, za niž jedná Stanley Paur, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnost THERMAL–F, a.s., učiněných ve veřejné zakázce „Zajištění úklidových služeb v hotelu TRERMAL–F, a.s., se sídlem I.P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19.2.2007 pod ev. č. 60004962 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20.2.2007 pod ev. č. 2007/S35-042906, rozhodl takto:

Správním řízením se podle ustanovení § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu.

ODŮVODNĚNÍ

1. Společnost THERMAL–F, a.s., IČ 25401726, se sídlem I.P. Pavlova 2001/11, 360 01 Karlovy Vary, za niž jedná Ing. Josef Plavec, předseda představenstva a JUDr. Michal Švorc, člen představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 7.7.2011 JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem, se sídlem Polská 4, 360 20 Karlovy Vary (dále jen „zadavatel“) – zadala zakázku „Zajištění úklidových služeb v hotelu TRERMAL–F, a.s., se sídlem I.P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary“, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19.2.2007 pod ev. č. 60004962 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20.2.2007 pod ev. č. 2007/S35-042906.
2. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem šest nabídek a po jejich posouzení a hodnocení dne 9. 5. 2007 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky společnosti GSUS s.r.o., IČ 25215213, se sídlem T. G. Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary, za niž jedná Stanley Paur, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Navrhovatel – společnost AB Facility a.s., IČ 26740168, se sídlem Kodaňská 46, 101 00 Praha 10, za niž jedná RNDr. Miroslav Tvrđý, předseda představenstva a Mgr. Petr Skácel, člen představenstva (dále jen „navrhovatel“) – podal námitky, kterým zadavatel nevyhověl rozhodnutím ze dne 28.5.2007.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 8.6.2007 návrh a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
1. V návrhu navrhovatel AB Facility uvádí, že zadavatel dle jeho názoru jednal v rozporu s ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), tj. netransparentně a v rozporu se zákonem, neboť úplně nevymezil druh, četnost a objem prací, které požaduje provádět. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení. V rámci dílčího kritéria hodnocení nabídek zadavatel blíže uvedl, že budou hodnoceny také úkony prováděné nad rámec zadání této veřejné zakázky, které jsou součástí nabídkové ceny. Zadavatel tedy přenesl konkrétní vymezení rozsahu veřejné zakázky na uchazeče, když zejména nevymezil, které úkony prováděné nad rámec zadání veřejné zakázky požaduje a bude také hodnotit. Pochybení zadavatele vedlo k tomu, že uchazeči podali vzájemně neporovnatelné nabídky, neboť každý ve své nabídce nabízel „zdarma“ jiné služby. Zadavatel tedy nedodržel postup dle § 44 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento úkon mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když uchazeči nebyli při zpracování nabídky obeznámeni s tím, které skutečnosti jsou pro zadavatele rozhodné.
5. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel – společnost THERMAL–F, a.s., IČ 25401726, se sídlem I.P. Pavlova 2001/11, 360 01 Karlovy Vary, za niž jedná Ing. Josef Plavec, předseda představenstva a JUDr. Michal Švorc, člen představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 7.7.2011 JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem, se sídlem Polská 4, 360 20 Karlovy Vary,

- navrhovatel – společnost AB Facility a.s., IČ 26740168, se sídlem Kodaňská 46, 101 00 Praha 10, za niž jedná RNDr. Miroslav Tvrдый, předseda představenstva a Mgr. Petr Skácel, člen představenstva,
- vybraný uchazeč – společnost GSUS s.r.o., IČ 25215213, se sídlem T.G.Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary, za niž jedná Stanley Paur, jednatel.

Rozhodnutí č.j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ze dne 6.9.2007

6. Ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S151/2007 vydal Úřad dne 6.9.2007 rozhodnutí č.j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm, kterým zrušil zadání veřejné zakázky, když konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 1 zákona, § 50 odst. 4 zákona, § 79 odst. 3 zákona v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
7. Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek, když v dílčím hodnotícím kritériu „komplexní úroveň zajištění realizace veřejné zakázky“ s vahou 50 % stanovil podkritérium „úkony prováděné nad rámec zadání této veřejné zakázky, které jsou součástí nabídky“, což uchazeče vedlo k podání vzájemně neporovnatelných nabídek. Zadavatel dále v rámci kritéria „komplexní úroveň zajištění realizace veřejné zakázky“ stanoveného pro hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti jako podkritérium zvolil „přehled hlavního(ch) dodavatele(ů) úklidové chemie/produktů pro Vaši společnost, využití odborného školení poskytnuté výrobcem/dodavatelem úklidové chemie“, a „přehled dodavatelů úklidového a čistícího strojového vybavení“, přičemž tato podkritéria nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 50 odst. 1 písm. d) zákona. Zadavatel dle zjištění Úřadu nesplnil také povinnost dle § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, když neodůvodnil přiřazení konkrétních hodnot u každého dílčího hodnotícího kritéria a do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním.
8. V odůvodnění tohoto rozhodnutí se Úřad zabýval i otázkou, zda zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele podle ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Úřad konstatoval, že zadavatel je prostřednictvím svého zdravotnického zařízení napojen na platby za poskytované zdravotnické služby ze systému veřejného zdravotního pojištění, který je vyjádřením zájmu státu na poskytování zdravotní péče, jež je tak činností ve veřejném zájmu, čímž je splněna první část definice veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
9. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2.8.2007, jak je v rozhodnutí uvedeno, sdělil, že objem léčení hrazeného ze zdravotního pojištění činil v roce 2006 pouze 1,64 % z celkových tržeb společnosti. Úřad uvedl, že ke splnění definice veřejného zadavatele postačuje samotná existence uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, přičemž ve srovnání s ostatními činnostmi nemusí mít převažující rozsah. Úřad při

své úvaze vycházel z rozsudku Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) č. C-44/96, Mannesmann Anlagbau Austria AG vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH ze dne 15.1.1998.

10. Dále Úřad rovněž vycházel z rozsudku ESD č. C-470/99, Universale – Bau AG a Bietergerneinschaft ze dne 12.12.2002, který se týkal otázky, zda subjekt, který nebyl vytvořen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, avšak nyní takové potřeby uspokojuje, je zadavatelem. ESD uvedl, že není důležité, zda subjekt vykonává i jiné činnosti, než je uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, avšak je podstatné, aby takové potřeby zajišťoval. Dále ESD konstatoval, že subjekt, který nebyl založen nebo zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, avšak který následně převzal odpovědnost za zajišťování takových potřeb a od té doby je uspokojuje, tak splňuje podmínku založení, resp. zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je tedy veřejným zadavatelem, pokud předpoklad převzetí odpovědnosti za uspokojování těchto potřeb lze objektivně prokázat.
11. Splnění druhé části definice veřejného zadavatele obsažené v ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona, podle níž je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud 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, vyplývá z výpisu obchodního rejstříku zadavatele, ve kterém je uvedeno, že jediným akcionářem je Fond národního majetku ČR (dále jen „Fond“), Rašínovo nábřeží 42, 128 00, Praha 2, IČ: 41692918 (po zrušení Fondu je právním nástupcem Česká republika – Ministerstvo financí). Úřad proto uzavřel, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

Řízení o rozkladu

12. Zadavatel podal proti rozhodnutí Úřadu dne 26.9.2007 rozklad, ve kterém navrhl, aby předseda Úřadu zastavil správní řízení pro věcnou nepřislusnost, resp. zrušil prvoinstanční rozhodnutí.
13. Zadavatel v rozkladu uvedl, že vykonává činnosti, které mají obchodní povahu a nejsou financovány státem ani veřejným zadavatelem. I jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru, což dovozuje z toho, že výše úhrady služeb poskytovaných na základě těchto smluv není prováděna ani na základě úhradové vyhlášky, ani na základě bodového systému, ale je různá v jednotlivých případech a není ani stejná pro všechny zdravotní pojišťovny, jejichž pojištěncům jsou služby poskytovány. Zadavatel dle svého tvrzení poskytuje služby, které jsou předmětem podnikání s tím, že tak jsou ryze obchodního charakteru a jsou poskytovány na základě smluv uzavřených s cílem dosažení zisku. To, že druhou smluvní stranou je zdravotní pojišťovna, nemůže dle tvrzení zadavatele vést k tomu, že by mohl být podnikatel ve své obchodní činnosti oproti konkurenčním firmám znevýhodněn tím, že by byl zařazen mezi zadavatele veřejných zakázek s negativními dopady, které z takové situace mohou nastat a které mohou znamenat i nemožnost

provádět služby, které jsou zdrojem zadavatelových příjmů, v čemž zadavatel spatřuje narušení rovnosti podmínek v rámci hospodářské soutěže.

Rozhodnutí č.j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10.12.2007

14. Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže svým rozhodnutím č.j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10.12.2007 potvrdil výše uvedené prvostupňové rozhodnutí.
15. Předseda Úřadu v rámci odůvodnění svého rozhodnutí konstatoval, že zadavatel ve své argumentaci zjevně akcentuje skutečnosti, že poskytování zdravotnických služeb se neděje zdarma, ale za úplatu. Tato skutečnost však nevyvrací fakt, že se jedná o činnost ve veřejném zájmu. Veřejný zájem nevyklučuje úplatnost předmětné činnosti, ba dokonce ani její případnou ziskovost. Pojmovým znakem činnosti ve veřejném zájmu je existence zájmu státu tuto činnost provádět, nikoli provádět ji zdarma. V šetřeném případě je zde zájem státu poskytovat zdravotní péči v subjektu, který je majetkem státu, resp. jeho organizačních složek, a k úhradě této činnosti ve veřejném zájmu jsou používány platby z veřejného zdravotního pojištění. Zadavatel sice na základě této poskytované služby může vykazovat i zisk, avšak nejedná se výhradně a pouze o činnost obchodní či průmyslové povahy, a v tomto smyslu je tedy nutno na tuto činnost pohlížet jako na naplnění definice veřejného zadavatele ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
16. V souvislosti s konstatováním zadavatele odmítajícím odkaz na rozsudky ESD, který byl uveden v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, předseda Úřadu poznamenal, že odkaz na judikaturu ESD je uveden nikoli jako odkaz na pramen práva, ale pouze jako podpůrné výkladové stanovisko, ze kterého Úřad vychází při interpretaci a aplikaci zákona. K věcnému obsahu předmětných rozsudků uvádí, že řešily případy, kdy veřejný zadavatel je nejen přímo založen za účelem uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, ale i situace, kdy subjekt vznikl za jiným účelem, avšak v průběhu své existence „převzal odpovědnost“ za zajištění činností ve veřejném zájmu, a tedy i tímto způsobem naplňuje definici veřejného zadavatele.
17. Zadavatel je veřejným zadavatelem dle ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť předmětné činnosti vykonává, přičemž již nebylo třeba zkoumat, zda tyto činnosti vykonává od okamžiku svého vzniku (zda byl založen „za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu“), a nebo zda tyto činnosti počal vykonávat až v průběhu své existence, neboť v obou případech by se jednalo o naplnění podmínky předmětné definice zákona.

Rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 13/2008-64 ze dne 1.10.2008

18. Rozsudkem Krajského soudu v Brně (dále jen „Krajský soud“) č.j. 62 Ca 13/2008-64 ze dne 1.10.2008 byla zamítnuta žaloba, kterou proti rozhodnutí Předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10.12.2007 podal zadavatel.
19. V odůvodnění rozsudku Krajský soud uvedl, že pro konstatování závěru, že zadavatel je veřejným zadavatelem, musí být kumulativně splněno několik podmínek stanovených

zákonem v § 2 odst. 2 písm. d) zákona. První podmínkou je skutečnost, že jde o osobu právnickou. Druhou podmínkou je skutečnost, že tato právnická osoba byla zřízena zákonem nebo na základě zákona. Třetí podmínkou pak 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 tato právnická osoba je 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.

20. První podmínkou je skutečnost, že se jedná o právnickou osobu, což zadavatel je. Dalšími podmínkami bylo zřízení na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Soud zjistil, že zadavatel byl založen rozhodnutím Fondu. Veškerý majetek tohoto Fondu přešel dnem jeho zrušení na stát, přičemž působnost přešla na Ministerstvo financí, jemuž přísluší hospodaření s majetkem. Přestože v den vzniku nebyl coby předmět podnikání uveden provoz nestátního zdravotního zařízení, od 2.7.1999 – tj. v době kontraktace předmětných smluv tomu tak již bylo. Krajský soud vyšel z extenzivního výkladu za použití komunitární judikatury, takže druhá podmínka byla též naplněna.
21. Dle názoru soudu je prvním indikátorem činnosti ve veřejném zájmu zřízení zadavatele, kterým byl Fond a druhým indikátorem je souvislost se samotným charakterem činnosti; zadavatel sám v rámci správního řízení uvedl, že jeho činnost je částečně hrazena z prostředků veřejného zdravotního pojištění. Krajský soud vyšel z faktického charakteru činnosti vykonávané zadavatelem a z okolnosti vzniku, důvodů a účelu jeho vzniku a následnému působení na trhu, přičemž měl Krajský soud za to, že činností nikoli zanedbatelnou, na níž další činnosti z podstatné míry navazují a s touto činností souvisejí, je poskytování lázeňské péče. Výkon této činnosti je pro posouzení věci klíčový a nic na tom nemění skutečnost, že zadavatel vykonává též jiné činnosti. Krajský soud měl tedy za splněnou podmínku, že činnost zadavatele směřuje k zajištění odpovídající zdravotnické péče (lázeňská péče), a tím naplňuje veřejný zájem státu; sám stát k jeho naplnění směřuje tím, že se sám coby jediný akcionář podílí na činnosti zadavatele. Přestože jde o soustavnou činnost prováděnou zadavatelem samostatně jeho vlastním jménem, na jeho vlastní odpovědnost a za účelem dosažení zisku, a tedy činnost naplňující znaky podnikání, vyslovil Krajský soud názor, že s ohledem na charakter činnosti ji lze klasifikovat coby zvláštní formu obstarávání věcí veřejných v zájmu, ohledně něhož stát tím, že se rozhodl podílet na podnikání zadavatele jeho zřízením a následným výkonem práv jediného akcionáře, též zřetelně deklaroval, že jej považuje za dostatečně veřejný.
22. Další podmínkou byla skutečnost, že zadavatel je financován státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Jediným akcionářem od jeho zřízení zůstal Fond, přičemž veškerý majetek Fondu přešel při privatizaci majetku České republiky na stát a působnost Fondu přešla na Ministerstvo financí.

23. Krajský soud dále rozvedl podmínku absence průmyslové a obchodní povahy uvedené potřeby ve veřejném zájmu. Charakter obecné potřeby, kterou zadavatel svojí primární činností uspokojuje (provoz zdravotnického zařízení) v kombinaci se zřetelnou závislostí na státu (stát zadavatele založil a vykonává práva jediného akcionáře) a skutečnost, že na státu leží břemeno zajištění zdravotnické péče, činí ze zadavatele „kvazistátního“ provozovatele zdravotnického zařízení, jenž nenese veškerá obvyklá podnikatelská rizika a jehož činnost nevykazuje znaky jinak běžné obchodní povahy zařízení.
24. Krajský soud dovedl z judikatury ESD, která se vztahuje k výkladu zadávacích směrnic právní a skutkové okolnosti, jež v případě rozhodování o statutu subjektu coby veřejného zadavatele mají být brány v úvahu a upřesňuje je jako okolnosti jeho zřízení, reálné podmínky samotného výkonu činnosti zahrnující případné omezení hospodářské soutěže na trhu, primární cíl činnosti či míru rizika činnosti spočívající na subjektu samotném a Krajský soud jako okolnosti klíčové pro posouzení shora uvedené právní věci rozumí způsob zřízení zadavatele (státem), výkon kontroly nad jeho činností (státem), použití prostředků z veřejného zdravotního pojištění na úhradu jeho základní činnosti a nikoli primárně ekonomický cíl činnosti zadavatele.
25. Krajský soud dospěl k závěru, že zadavatel je veřejným zadavatelem dle § 2 odst. 2 zákona.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 5/2009 ze dne 10.10.2009

26. Zadavatel se kasační stížností domáhal zrušení rozsudku Krajského soudu 62 Ca 13/2008-64 ze dne 1.10.2008. Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) vydal dne 21.10.2010 rozsudek č.j. 9 Afs 5/2009, kterým rozsudek Krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.
27. NSS měl za to, že není pochyb o tom, že zadavatel jako právnická osoba uspokojovala potřeby ve veřejném zájmu, a to jak v době zřízení, tak v době předmětné, což pramení z toho, že vedle jiných služeb poskytoval zadavatel také služby v oboru lázeňství. S námitkou zadavatele, že zadavatel neuspokojuje potřeby ve veřejném zájmu, se NSS neztotožnil, neboť dle jeho názoru je nutno chápat veřejný zájem za zájem obecný či obecně prospěšný. Zdraví patří k prioritním hodnotám nejen jednotlivce, ale i celé společnosti a je podmínkou kvality jejich života, přičemž účelem lázeňství je zlepšování zdravotního stavu lidí a není pochyb o tom, že naplňování takového účelu je uspokojováním potřeb ve veřejném zájmu.
28. NSS neshledal, že by stát v době předmětné, přestože byl 100% akcionářem, jakýmkoliv způsobem do činnosti zadavatele aktivně zasahoval či ho finančně podporoval. Podle judikatury ESD je mezi relevantními okolnostmi pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele skutečně uváděna okolnost zřízení subjektu, jak ji uvádí i krajský soud, nicméně je zároveň považováno za nutné posoudit i okolnost, za níž je činnost subjektu vykonávána v předmětné době a především zjistit, zda si stát vyhradil kontrolu nad podnikatelskou činností subjektu. Pouhá skutečnost, že stoprocentním akcionářem zadavatele je stát, který je ze zákona veřejným zadavatelem neznamena, že by měl být považován za veřejného zadavatele také. Podle NSS v daném případě stát vykonával

kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli však z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně do činnosti zadavatel zasahoval či jej finančně podporoval nebo si ponechával ze své vrchnostenské pozice zásadní vliv.

29. NSS nepovažoval za přesvědčivou argumentaci Krajského soudu, že skutečnost, že část činnosti zadavatele je hrazena z veřejného zdravotního pojištění, podporuje závěr, že potřeby uspokojované zadavatelem mají jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu a NSS se ztotožnil s názorem zadavatele, že vztahy mezi ním a zdravotními pojišťovnami jsou obchodního charakteru, což nepodporuje povahu uspokojovaných potřeb nemajících průmyslovou nebo obchodní povahu.
30. Podle názoru NSS je nutné brát na zřetel, že zadavatel je nestátním zdravotnickým zařízením, která jedná samostatně, jako každá jiná obchodní společnost, a jako taková je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž soutěží o klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. Zadavatel není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu předmětných zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění. Všechny fyzické a právnické osoby mají možnost v souladu se zákonem č. 160/1992 Sb., získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vymezených v § 9 cit. zákona, které se vztahují k osobě provozovatele, a to jak z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti, tak i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídajícího 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 zdravotnických povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta.
31. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je dle soudu zřejmé, že zadavatel 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 ostatní 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 vztah zadavatele ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru – stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující stejné služby jako zadavatel, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se v takovém subjektu účastní.
32. V souvislosti s výše uvedeným uložil NSS Krajskému soudu v novém rozsudku posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při své činnosti rozhoduje a jednalo-li by se o účel dosažení zisku a kritéria ekonomická, pak je jen velmi málo pravděpodobné, že by potřeby, které uspokojuje, měly jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu.
33. NSS zdůraznil, že je nutno, aby Krajský zohlednil i to, zda stěžovatel nese ztráty vzešlé ze své činnosti či nikoliv. Kdyby Krajský soud v dalším řízení zjistil, že stěžovatel provozuje svoji činnost primárně za účelem dosažení zisku, jak tvrdí zadavatel, a že nese ztráty vzešlé ze své činnosti, tyto skutečnosti v souvislosti s působením zadavatele v rámci hospodářské soutěže

za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci relevantního trhu, by byly natolik příznačné pro povahu uspokojování potřeb, které mají průmyslovou nebo obchodní povahu, že by bylo jen velmi málo pravděpodobné, že by tyto potřeby byly takového charakteru, jak stanoví § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

Rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 13/2008 ze dne 15.4.2010

34. Rozsudkem Krajského soudu č.j. 62 Ca 13/2008 ze dne 15.4.2010 bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10.12.2007 č.j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr, a věc se vrátila Úřadu k dalšímu řešení.
35. Krajský soud se opětovně zabýval otázkou, zda byly kumulativně naplněny podmínky, za kterých je zadavatel považován za zadavatele veřejného dle zákona.
36. Krajský soud v odůvodnění rozsudku uvedl, že zadavatel je právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku, byl zřízen státem, jak vyplývá ze zápisu v obchodním rejstříku, kde je uvedeno, že dne 1.3.1999 založil Fond jako jediný zakladatel akciovou společnost THERMAL-F, a.s. Po zrušení Fondu byl majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem se tak stalo Ministerstvo financí.
37. Dle Krajského soudu je zadavatel právnickou osobou poskytující zdravotní péči a jako nestátní zdravotnické zařízení, které je subjektem hospodářské soutěže, soutěží o své klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. V návaznosti na rozsudek NSS je třeba zdůraznit, že zadavatel není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu předmětných zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění a veškerá nestátní zdravotnická zařízení mají stejnou možnost za zákonem stanovených podmínek uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami. Není tedy pochyb o tom, že zadavatel je subjektem působícím v hospodářské soutěži, přestože na zcela specifickém relevantním trhu, kterým je trh s lázeňskými službami. Všechny fyzické a právnické osoby mají možnost v souladu se zákonem č. 160/1992 Sb., získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vymezených v § 9 cit. zákona, které se vztahují k osobě provozovatele, a to jak z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti, tak i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídajícího 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 zdravotnických povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Podle §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 možnost za zákonem stanovených podmínek uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami.
38. S ohledem na shora uvedené není pochyb o tom, že zadavatel je subjektem působícím v hospodářské soutěži, přestože na zcela specifickém relevantním trhu, kterým je trh s lázeňskými službami. Na tomto specifickém trhu působí za stejných podmínek, jako ostatní subjekty, které poskytují stejné či zaměnitelné služby, a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich

klienty z veřejného zdravotního pojištění. Zadavatelův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru; stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující služby stejné jako zadavatel, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se svým podílem v takovém subjektu účastní.

39. Portfolio činnosti zadavatele 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 zadavatel podnikal především v oblasti "léčení", "ubytování", "pronájmů", "parkovného", "bazénu" a "hostinské činnosti" – zbylými činnostmi zadavatel dosahoval okolo 3% tržeb – a jde tak z celkového pohledu o zanedbatelné činnosti. Jestliže se pak činnost označená jako "léčení" a "ubytování" na tržbách zadavatele 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 zadavatel činnost v rozhodném období primárně.
40. Krajský soud konstatoval, že pokud jde o tržby, pak z primárně vykonávané činnosti zadavatele – tržby z "léčení" a "ubytování" byly tvořeny především z příjmů z léčení cizinců a příjmy z ubytování. V poměru k tomu příjmy od zdravotních pojišťoven jsou vykazovány ve výši do 2,5%. Jde tedy ve vztahu k celkové činnosti zadavatele o bagatelní příjem. Z toho Krajský soud dovodil, že na primární zadavatelově činnosti se plnění, u něhož by bylo možno dovozovat souvislost s veřejnými zdroji, projevuje pouze okrajově; na zbylých činnostech se neprojevuje vůbec. Soud poukázal na to, že východiska a podnikatelské úvahy zadavatele 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 zadavatel 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 zadavatel 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 zadavatel subjektem hospodářské soutěže a pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské; pokud zadavatel 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 zadavatele příjmy okrajovými, pak jsou tyto skutečnosti indikátorem toho, že na něj nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
41. Krajský soud v závěru svého rozsudku uvedl, že zadavatel provozuje svoji činnost primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzešlé ze své činnosti a působí v rámci hospodářské soutěže za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu. Příjmy pocházející z veřejného zdravotního pojištění se na zadavatelových příjmech podílejí bagatelně. Ohledně činnosti zadavatele nebylo Krajským soudem dovozeno ani žádné zvýhodnění, jehož by se mělo zadavateli dostat v souvislosti s tím, že jeho jediným

akcionářem je Česká republika. Zadavatel působí jako „běžný“ podnikatelský subjekt, jeho podnikatelské chování není v žádném směru ovlivněno žádnými ingerencemi státu, vyjma bagatelní úhrady z veřejného zdravotního pojištění nehopodaří s veřejnými zdravotními prostředky.

42. Ze shora uvedeného vyplývá, že zadavatel svým podnikáním vykonává potřebu, která má běžnou průmyslovou nebo obchodní povahu, a jím vykonávaná činnost nevykazuje žádný znak takového charakteru, jak jej stanoví § 2 odst. 2 písm. d) zákona a neměl povinnost podle zákona vůbec postupovat a nemohl jej tak ani svými jednotlivými úkony porušit.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 74/2010 ze dne 21.10.2010

43. Úřad se kasační stížností domáhal zrušení rozsudku Krajského soudu č.j. 62 Ca 13/2008 ze dne 15.4.2010. Nejvyšší správní soud vydal dne 21.10.2010 rozsudek č.j. 9 Afs 74/2010, kterým předmětnou kasační stížnost zamítl, neboť po jejím přezkoumání dospěl k závěru, že není důvodná.
44. NSS byl toho názoru, že část uvedených námitek již byla v předchozím rozsudku zodpovězena a v tomto ohledu považoval tyto stížní námítky za nepřipustné, neboť platí, že kasační stížnost je nepřipustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno NSS. Toto ustanovení zajišťuje, aby se NSS nemusel znovu zabývat věcí, u které již jedenkrát svůj právní názor na výklad hmotného práva závazný pro nižší soud vyslovil, a to v situaci, kdy se nižší soud tímto právním názorem řídil.
45. S ohledem na výše uvedené se NSS zabýval námitkou ohledně kontroly státu nad zdravotními pojišťovnami. NSS má za to, že kontrola zdravotních pojišťoven ze strany státu je kontrolou obecnou, jedná se o kontrolu státu ve veřejném zájmu nad činností zdravotních pojišťoven za účelem zaručení určité kvality a účelnosti přerozdělování veřejných statků, která se však stejným způsobem dotýká ostatních subjektů předmětného relevantního trhu, a to jen v ohledu čerpání úhrad ze zdravotního pojištění. Tato kontrola tedy nelimituje soutěžní prostředí, v němž se zadavatel pohybuje, takovým způsobem, že by se nejednalo o volnou soutěž subjektů podnikajících za výše uvedených totožných podmínek. Je nutno zdůraznit, že zadavatel je nestátním zdravotnickým zařízením – právnickou osobou, která jedná samostatně jako každá jiná obchodní společnost.
46. Dle názoru Nejvyššího správního soudu se Krajský soud v odůvodnění svého rozsudku podrobně věnoval otázce zřízení zadavatele a charakterem jeho činnosti i otázkou, zda zadavatel uspokojuje potřeby za účelem dosažení zisku a zda svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže. Přitom dospěl k závěru, že zadavatel provozuje svoji činnost primárně za účelem dosažení zisku a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu a to i přesto, že byl zřízen státem a stát je vlastníkem 100% akcií zadavatele. Zadavatel není dle zjištěných podkladů ovlivňován kontrolními či finančními ingerencemi státu.

Rozhodnutí č.j. ÚOHS-R180/2007/02-7844/2011/320/PMo ze dne 16.5.2011

47. V šetřeném případě soud rozsudkem 62 Ca 13/2008 ze dne 15. 4. 2010 zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10. 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 nebylo postupováno v souladu se zákonem, když v původním rozhodnutí bylo konstatováno, že *„zadavatel předmětné činnosti vykonává a je proto veřejným zadavatelem, přičemž již nebylo třeba zkoumat, zda tyto činnosti vykonává od okamžiku svého vzniku (zda byl založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu), a nebo zda je počal vykonávat až v průběhu své existence, neboť v obou případech by se jednalo o naplnění podmínky předmětné definice dle § 2 odst. 2 písm. d) bod 1 zákona“*.
48. V návaznosti na shora uvedené předseda Úřadu svým rozhodnutím č.j. ÚOHS-R180/2007/02-7844/2011/320/PMo ze dne 16.5.2011 zrušil prvostupňové rozhodnutí č.j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ze dne 6.9.2007 a věc vrátil k novému projednání.
49. V rozhodnutí je k důvodům zrušení prvostupňového rozhodnutí uvedeno, že s ohledem na judikaturu ESD 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 zadavatel je stát, který je dle zákona veřejným zadavatelem, neznamená, že by měl být také považován za veřejného zadavatele. Stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně zasahoval do činnosti zadavatel či jej finančně podporoval, nebo si nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice ponechával zásadní vliv.
50. 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 – zadavatel je 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. Zadavatel 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.

51. Zadavatel 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 vztah zadavatele ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru – stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující stejné služby jako zadavatel, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se v takovém subjektu účastní. 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.
52. Jestliže se činnost označená jako "léčení" a "ubytování" na tržbách zadavatele podílí z více než 3/4, pak lze tyto dvě činnosti považovat za činnosti nosné. Tyto činnosti jsou tedy činnostmi, za jejichž účelem vykonával zadavatel činnost v rozhodném období primárně. Je zřejmé, že východiska a podnikatelské úvahy zadavatele obsažené v jeho výročních zprávách nevykazují podstatná specifika oproti východiskům a úvahám, jež by pravděpodobně musely hrát klíčovou roli u kteréhokoli „běžného“ podnikatele.
53. Pokud je zadavatel subjektem hospodářské soutěže a pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské; pokud zadavatel 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 zadavatele příjmy okrajovými, pak jsou tyto skutečnosti indikátorem toho, že na něj nelze pohlížet jako na zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
54. Zadavatel 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 – zadavatel 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 zadavateli dostává za stejných podmínek jako jiným subjektům, které poskytují stejné či zaměnitelné služby jako zadavatel a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.

55. Zadavatel 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) zákona. Na zadavatele tak nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele. Zadavatel totiž není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a proto neměl povinnost postupovat dle zákona a nemohl jej tedy svými jednotlivými úkony porušit.
56. V dalším řízení je Úřad povinen řídit se právními závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí a rovněž v rozsudku Krajského soudu č.j. 62 CA 13/2008 ze dne 15.4.2010 a při novém rozhodování musí postupovat tak, aby nově vydané rozhodnutí ve věci v těchto otázkách bylo zákonné a přezkoumatelné.

Pokračování správního řízení

57. Oznámení o pokračování správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. VZ/S151/07-9780/2011/510/OKo ze dne 1.7.2011. Zároveň jim usnesením č.j. VZ/S151/07-9781/2011/510/OKo ze dne 1.7.2011 stanovil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
58. Zadavatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 18.7.2011, ve kterém uvedl, že návrh shledává za neoprávněný a je názoru, že v předmětné věci není veřejným zadavatelem a proto nebyl a ani není vázán v rámci své podnikatelské činnosti zákonem o veřejných zakázkách. Zadavatel nenaplnil kumulativně stanovené podmínky ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Samotná skutečnost, že na základě smluv uzavřených dle zákona o veřejném zdravotním pojištění dochází k uspokojování veřejných potřeb neznamená, že vztahy těmito smlouvami založené mají veřejnoprávní charakter a stát by prostřednictvím těchto smluv zasahoval do činnosti zadavatele a ovlivňoval tak relevantní trh s lázeňskými službami, na kterém zadavatel soutěží o své zákazníky. Naopak vztahy zadavatele se zdravotními pojišťovnami jsou v celém rozsahu obchodního charakteru a mají obchodní povahu, což vylučuje skutečnost, že zadavatel byl veřejným zadavatelem ve smyslu výše citované definice. Z výkazů zisku a ztrát zadavatele za léta 2005-2006 nevyplývá, že by Česká republika poskytla zadavateli jakoukoli kompenzaci za jeho ztráty, ani že by se na jeho činnosti v souvislosti s kompenzací ztrát jakkoliv podílela, z čehož je patrné, že nese ztráty sám. Zadavatel zdůrazňuje, že trh, na kterém poskytuje své lázeňské služby je plně konkurenčním a stát do něj žádným způsobem nezasahuje a ani jej neovlivňuje ve prospěch jím zřízeného zadavatele. Závěrem zadavatel s ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.
59. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech dostupných podkladů pro rozhodnutí rozhodl o zastavení správního řízení pro věcnou nepříslušnost k rozhodnutí o návrhu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující.

K definici veřejného zadavatele

60. Veřejným zadavatelem dle ust. § 2 odst. 2 písm. d) je jiná právnická osoba, pokud zaprvé byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zadruhé 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.
61. Zadavatel byl zapsán v obchodním rejstříku a je tudíž právnickou osobou. Zřizovatelem zadavatele byl stát, což vyplývá z notářského zápisu ze dne 2.3.1999, kde je uvedeno, že dne 1.3.1999 založil Fond jako jediný zakladatel akciovou společnost THERMAL-F, a.s. Po zrušení Fondu byl majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem se tak stalo Ministerstvo financí.
62. Naplněním podmínky uspokojování potřeb ve veřejném zájmu je fakt, že v době předmětné, vedle jiných služeb poskytoval zadavatel také služby v oboru lázeňství. Lázeňství je součástí zdravotní péče, přičemž uspokojování této potřeby je rozhodně veřejným zájmem. Zadavatel tedy uspokojoval potřeby veřejného zájmu, které ovšem mají obchodní povahu, neboť zadavatel není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění. Zadavatel je 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. Možnost získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení, mají všechny fyzické a právnické osoby 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.
63. Zadavatel působí jako „běžný“ podnikatelský subjekt. Z primárně vykonávané činnosti zadavatele byly tržby z „léčení“ a „ubytování“ tvořeny především z příjmů z léčení cizinců a příjmy z ubytování. V poměru k tomu příjmy od zdravotních pojišťoven byly vykazovány pouze ve výši do 2,5 %. Příjmy pocházející z veřejného zdravotního pojištění se tedy na příjmech zadavatele podílejí bagatelně. Navíc při činnosti zadavatele nebylo dovozeno žádné „zvýhodnění“, jež by se mu mělo dostat od státu.
64. Veřejný zadavatel je financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Úřad uvádí, že přestože je stoprocentním akcionářem zadavatele stát, který je ze zákona veřejným zadavatelem neznamená, že by měl být zadavatel automaticky považován za veřejného zadavatele, neboť stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli však z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně do činnosti zadavatele zasahoval či jej finančně podporoval nebo si ponechával ze své vrchnostenské pozice zásadní vliv. Nebylo

zjištěno, že by stát poskytl zadavateli v letech 2005 a 2006 jakoukoliv kompenzaci za ztráty, se kterými zadavatel v předmětné době hospodařil.

65. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel je subjektem hospodářské soutěže, výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské, v době předmětného zadávacího řízení vykonával činnost primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzniklé jeho činností a navíc jeho příjmy, jež by mohly souviset s plněním z veřejných zdrojů jsou ve vztahu k ostatním příjmům zadavatele okrajovými. Souhrn všech těchto skutečností je hlavním ukazatelem toho, že na zadavatele nelze nahlížet jako na veřejného zadavatele ve smyslu dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
66. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel nenaplnil kumulativně stanovené podmínky pro konstatování závěru, že je veřejným zadavatelem dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, a proto neměl povinnost postupovat dle zákona a nemohl jej tedy svými jednotlivými úkony porušit, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

JUDr. Pavel Tomek, advokát, Polská 4, 360 20 Karlovy Vary
AB Facility a.s., Kodaňská 46, 101 00 Praha 10
GSUS s.r.o., T.G.Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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