



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Radimy Gregorové, Ph.D. v právní věci žalobce: **THERMAL – F, a.s.**, se sídlem Karlovy Vary, I. P. Pavlova 11, zastoupený JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem se sídlem Karlovy Vary, Polská 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 129/2007/02-22149/2007/310-Hr ze dne 3.12.2007,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 129/2007/02-22149/2007/310-Hr ze dne 3.12.2007 se **z r u š u j e** a věc se **v r a c í** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **p o v i n e n** nahradit žalobci náklady řízení o žalobě ve výši 22 035,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Pavla Tomka, advokáta se sídlem Karlovy Vary, I. P. Pavlova 11.
- III. Žalovaný je **p o v i n e n** nahradit žalobci náklady řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29.8.2008, č.j. 62 Ca 12/2008 – 61, ve výši 5 880,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Pavla Tomka, advokáta se sídlem Karlovy Vary, I. P. Pavlova 11.

Odůvodnění:

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 129/2007/02-22149/2007/310-Hr ze dne 3.12.2007, kterým bylo potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S 108/2007-09052/2007/540-Šm ze dne 15.6.2007 a zamítnut proti němu podaný rozklad.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl tak, že žalobce nedodržel postup stanovený v § 25 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „předchozí ZVZ“), a sice tím, že 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 předchozího ZVZ, přitom tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Žalobci byla uložena pokuta ve výši 100 000,- Kč.

Svůj závěr o porušení předchozího ZVZ odůvodnil žalovaný tak, že žalobce kromě kopií sedmi nabídek, zápisu z porady konané u žalobce, na níž byly nabídky projednávány, a kopií smluv na plnění, nepředložil jiný doklad, z něhož by vyplývalo, že postupoval podle předchozího ZVZ. Žalobce byl podle žalovaného veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4 předchozího ZVZ a jednalo se o veřejnou zakázku na služby podle § 6 odst. 1 a § 8 odst. 1 předchozího ZVZ. Pokud jde o otázku ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek, tu žalovaný dovodil, že v případě postupu podle ZVZ nelze vyloučit, že by žalobce obdržel nabídky dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky než ten dodavatel, s nímž byla příslušná smlouva uzavřena. Sankce (peněžitá pokuta) ve výši 100.000,- Kč byla odůvodněna i její preventivní funkcí.

Rozhodnutí žalovaného napadl žalobce žalobou.

II. Procesní stanoviska účastníků

Žalobce nepopírá, že podle předchozího ZVZ účinného v době kontraktace předmětných smluv byl zadavatelem a měl podle předchozího ZVZ postupovat. To uznal i v průběhu správního řízení před žalovaným. Uloženou pokutu však považuje za neúměrně vysokou z toho důvodu, že v době kontraktace předmětných smluv, tj. v období dubna a května 2006, byl již platný (nikoli ještě účinný) zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „nový ZVZ“), podle kterého již žalobce zadavatelem nebyl. Od 1.7.2006, kdy je nový ZVZ účinným, tedy žalobce již neměl (a v současné době tedy nemá) povinnost kontrahovat obdobné smlouvy postupem předepsaným pro zadávání veřejných zakázek, čímž je oslabena či dokonce vyloučena preventivní funkce uložené pokuty. Proto měla být pokuta uložena v nižší částce, případně mělo být od jejího uložení upuštěno.

Podrobnou argumentací pak žalobce dovozuje, že od 1.7.2006 již není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ. Jednak žalobce namítá a v žalobě podrobně zdůvodňuje, že není právnickou osobou, jež by byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu; jeho činnost je činností podnikatelskou. V době založení žalobce nebyla mezi činnostmi žalobce uvedena činnost „provozování nestátního zdravotnického zařízení“, tu začal žalobce vykonávat až později (činnost byla do obchodního rejstříku zapsána až dne 2.7.1999). Kromě toho tato jeho činnost po 2.7.1999 má obchodní povahu a není financována státem ani jiným veřejným zadavatelem. Příjmy ze zdrojů veřejného zdravotního pojištění jsou příjmy bagatelními k celkovým výnosům ze žalobcovy činnosti, kromě toho žalobcův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru, založeným na základě smluv s těmito zdravotními pojišťovnami. Žalobcova činnost je zaměřena na dosažení zisku, nikoli na uspokojování potřeb veřejného zájmu.

Žalobce tedy navrhuje, aby zdejší soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření k žalobě setrvává na závěrech, které prezentoval již v napadeném rozhodnutí. V průběhu správního řízení žalobce podle žalovaného nijak konkrétně ve prospěch svého názoru v tom směru, že podle nového ZVZ již není veřejným zadavatelem, neargumentoval. Nadto podle žalovaného v definici veřejného zadavatele podle předchozího ZVZ a nového ZVZ nelze shledávat žádnou změnu, která by znamenala žalobcem dovozovanou změnu jeho statutu coby „veřejného zadavatele“. Žalovaný konstantně poukazuje zejména na fakt, že jediným akcionářem žalobce je Fond národního majetku ČR (jeho nástupce Česká republika – Ministerstvo financí), předmětem jeho činnosti je mimo jiné (a to podle žalovaného postačuje) poskytování zdravotnické služby hrazené z veřejného zdravotního pojištění, což lze považovat za potřebu veřejného zájmu – a ta nemá obchodní nebo průmyslovou povahu. I podle nového ZVZ je tedy žalobce veřejným zadavatelem a sankce uložená žalobci za porušení předchozího ZVZ i po účinnosti nového ZVZ působí preventivně. Žalobcova tvrzení obsažená v žalobě tedy nejsou důvodná.

Žalovaný navrhuje žalobu v celém rozsahu zamítnout.

Žalobce i žalovaný na svých procesních stanoviscích setrvali po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Podstatné skutečnosti

Z obsahu správního spisu soud zejména zjistil, že žalobce je akciovou společností založenou Fondem národního majetku České republiky; založen byl 30.4.1999 a od 2.7.1999 má zapsanu jako předmět podnikání mimo jiné činnost „provoz nestátního zdravotnického zařízení s druhem a rozsahem péče: FBLR – poskytování komplexní ústavní a ambulantní lázeňské péče – preventivní, kurativní a rehabilitační“.

Žalobce dne 28.4.2006 uzavřel Smlouvu o poskytování halových služeb, Smlouvu o poskytování technických činností v dopravě a Smlouvu o poskytování bezpečnostních služeb a dne 28.5.2006 pak Smlouvu o poskytování bezpečnostních služeb. Tyto smlouvy se týkaly provozu hotelu žalobce (Hotel THERMAL, Karlovy Vary). Žalovaný zahájil správní řízení, ve kterém žalobce uznal, že při kontraktaci těchto smluv měl postupovat podle předchozího ZVZ, neboť podle předchozího ZVZ se jednalo o plnění, které mělo být zadáváno procedurou podle § 25 odst. 2 předchozího ZVZ, a žalobce byl podle předchozího ZVZ veřejným zadavatelem, nicméně popíral, že by se na něj vztahoval nový ZVZ účinný od 1.7.2006, neboť podle tohoto nového ZVZ již žalobce veřejným zadavatelem není.

Žalovaný (ve druhém stupni správního řízení) se k tomuto žalobcovu tvrzení vyjádřil tak, že žalobce k němu nic konkrétního neuvádí, přesto se statutem žalobce podle nového ZVZ zabýval a dovedl, že i podle § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ je žalobce veřejným zadavatelem, a tedy i kdyby zadával uvedené veřejné zakázky v období bezprostředně navazujícím na období, v němž je skutečně zadával (tedy po 1.7.2006), musel by postupovat podle pravidel platných pro zadávání veřejných zakázek. Tím je naplněna i preventivní funkce uložené pokuty za porušení předchozího ZVZ.

Z doplnění dokazování, které zdejší soud provedl při jednání dne 15.4.2010, vyplynulo následující:

V letech 2005 a 2006, tj. v období souvisejícím s dobou kontraktace shora uvedených smluv, podnikal žalobce v oblasti „léčení“, „ubytování“, „pronájmů“, „parkovného“, „bazénu“ a „hostinské činnosti“, zbylými činnostmi žalobce dosahoval okolo 3% tržeb. Z uvedených činností se na žalobcových tržbách cca ze 3/4 podílí „léčení“ a „ubytování“, samotné „léčení“ dosahuje podílu přes 60%. Tržby z „léčení“ a „ubytování“ byly tvořeny 1. příjmy z léčení cizinců, 2. příjmy z ubytování (společně přes 100 mil. Kč v letech 2005 i 2006), v poměru k tomu příjmy od zdravotních pojišťoven jsou vykazovány ve výši do 2,5% (bod 4.2 výročních zpráv za roky 2005 a 2006). Z výročních zpráv žalobce rovněž vyplývá, že se žalobce zabývá důvody poklesu návštěvníků (pokles zájmu o klasickou lázeňskou léčbu, nárůst konkurenčních ubytovacích kapacit, chybějící komplexní balneoprovoz, pokles určitého segmentu klientely). Z výročních zpráv je podávána též strategie žalobce (m.j. udržení pozic na trhu, snižování nákladů, snižování počtu pracovníků, reinvestování vytvořených prostředků, obnova a zkvalitňování vybavenosti), definování problémů při žalobcově činnosti (m.j. investiční činnosti konkurence, globální nejistota, zastaralost technologií, zvyšování provozních nákladů) a postupy při inovacích a snižování nákladů.

Pokud jde o výsledky hospodaření, v letech 2005 a 2006 hospodařil žalobce se ztrátou (řádné účetní závěrky za roky 2005 a 2006). Žalobce uvádí, že ztrátu nesl samostatně, z výkazu zisku a ztrát za roky 2005 a 2006 nevyplývá, že by Česká republika poskytla žalobci jakoukoli kompenzaci. Vůči České republice (jedinému akcionáři) neměl žalobce v letech 2005 a 2006 žádné pohledávky ani závazky (účetní

závěrky za roky 2005 a 2006 – rozvahy). Z pohledu plnění svých závazků z obchodního styku přitom disponoval žalobce dostatečným krátkodobým finančním majetkem (účetní závěrky za roky 2005 a 2006 – rozvahy).

IV. Dosavadní řízení před soudy

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

O žalobě zdejší soud rozhodl za podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s.ř.s. bez jednání dne 29.8.2008 rozsudkem č.j. 62 Ca 12/2008-61 tak, že žalobu jako nedůvodnou zamítl.

Ke kasační stížnosti žalobce následně Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 10.9.2009, č.j. 9 Afs 111/2008 – 91, rozsudek zdejšího soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Zdejší soud byl podle § 110 odst. 3 s.ř.s. vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným ve zrušovacím rozsudku, proto také v souladu s návodem, jaký mu poskytl Nejvyšší správní soud, doplnil dokazování a znovu o žalobě rozhodl.

V. Posouzení věci

Mezi žalobcem a žalovaným není sporu o to, zda žalobcem kontrahovaná plnění, jichž se týkalo správní řízení před žalovaným, byla veřejnými zakázkami podle předchozího ZVZ, které měly být zadávány v příslušném zadávacím řízení podle § 25 odst. 2 předchozího ZVZ. Touto otázkou se tedy zdejší soud nezabýval.

Žalobce zpochybňuje výši uložené pokuty za porušení předchozího ZVZ, resp. její samotné uložení, a sice výlučně z toho důvodu, že v krátkém časovém období poté, co jednotlivé smlouvy kontrahoval, nabyt účinnosti nový ZVZ, podle něhož již nemá povinnost kontrahovat obdobné smlouvy postupem předepsaným pro zadávání veřejných zakázek, neboť již není veřejným zadavatelem, čímž je oslabena či dokonce vyloučena preventivní funkce uložené pokuty, a tedy (výlučně) z tohoto důvodu byla podle žalobce pokuta uložena v nesprávné výši. Nezpochybňuje-li tedy žalobce jiné skutečnosti, o které žalovaný opřel konkrétní výši uložené pokuty, pak by dle zdejšího soudu bylo nadbytečné obsáhle pojednávat o charakteru a mezích správního uvážení, na základě kterého žalovaný stanovil konkrétní výši pokuty, a zabývat se v mezích soudního přezkumu takového správního uvážení jednotlivými dalšími kritérii, která žalovaný vzal v úvahu.

Zdejší soud se tedy s respektováním § 75 odst. 2 s.ř.s. omezil na posouzení jediné sporné otázky mezi žalobcem a žalovaným, tj. zda žalobce je i podle nového ZVZ zadavatelem či nikoli, a na důsledky z toho vyplývající.

Veřejná zakázka byla sice skutečně zadávána před 1.7.2006, kdy nabyt účinnosti nový ZVZ, nicméně pokud by žalobce nebyl podle nového ZVZ zadavatelem, a tedy pokud by neměl povinnost při kontraktaci plnění, jež je veřejnou zakázkou, podle nového ZVZ postupovat, pak by tato skutečnost měla být v napadeném rozhodnutí zohledněna a hodnocena pro něj příznivě, a to jistě v otázce správního trestu (tu výše pokuty), a nadto i v otázce samotné trestnosti žalobcova jednání. Listina základních práv a svobod totiž ve svém čl. 40 odst. 6 stanoví, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Z tohoto ústavního pravidla časové působnosti trestních norem vyplývá obecný zákaz retroaktivity s jedinou výjimkou, kterou je případ, kdy pozdější právní úprava je pro pachatele příznivější. Ust. čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, byť hovoří toliko o soudním trestání, ovšem dopadá i do sféry správního trestání. Samotný Ústavní soud tak judikoval např. v nálezu sp. zn. III. ÚS 611/01 či II. ÚS 192/05, kde mimo jiné s odkazem na nález sp. zn. Pl. ÚS 21/96 dovedl, že ačkoli je zákaz retroaktivity právních norem v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod výslovně upraven jen pro oblast trestního práva, je nutno z čl. 1 Ústavy České republiky dovést působení tohoto zákazu i pro další odvětví práva. Ostatně shodně pro oblast správního trestání konstantně judikuje i Nejvyšší správní soud. To tedy znamená, že rozhodnutí (tu rozhodnutí žalovaného), které za účinnosti nového práva (tu nového ZVZ) ukládá trest podle práva starého (tu předchozího ZVZ za porušení předchozího ZVZ), se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo původní pravidla, a pokud ano, zda tato pravidla dopadají na pachatele (tu na žalobce) ve stejné míře, a pokud i to je splněno, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Odpovědi na tyto otázky se nutně musí projevit jak v závěrech ohledně protiprávnosti posuzovaného jednání, tak v závěrech ohledně sankce za takové protiprávní jednání.

Je-li pozdější úpravou nový ZVZ a dřívější úpravou předchozí ZVZ, pak zodpovězení otázky, zda žalobce je zadavatelem i podle nového ZVZ, a sice veřejným zadavatelem podle jeho § 2 odst. 2 písm. d), je tak pro posouzení této právní věci skutečně klíčové.

Pro konstatování závěru, že žalobce veřejným zadavatelem podle nového ZVZ je, musí být splněno kumulativně několik podmínek. Podle § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ je první podmínkou 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.

Žalobce je osobou právnickou; první podmínka je tedy splněna.

Pokud jde o podmínky zřízení na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, o této otázce zdejší soud uvážil následovně:

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 sepsaného dne 24. 3. 1999 akciovou společnost THERMAL-F, a.s., bez výzvy k upsání akcií. Po zrušení Fondu národního majetku byl všechn jeho majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem stěžovatele se tak stala Česká republika - Ministerstvo financí. Jestliže Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti žalobce proti předchozímu rozsudku zdejšího soudu neshledal, že by stát v době, kdy žalobce kontrahoval plnění, které měl podle žalovaného zadávat podle ZVZ, přestože byl stoprocentním akcionářem, jakýmkoliv způsobem do činnosti žalobce aktivně zasahoval či ho finančně podporoval, pak tuto otázku měl zdejší soud již vyřešenou; ani doplnění dokazování, jaké provedl, na tomto závěru ničeho nezměnilo. Podle judikatury Soudního dvora je mezi relevantními okolnostmi pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele uváděna okolnost zřízení subjektu, nicméně je zároveň považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu vykonávána v předmětné době (k tomu srovnej rozsudky Soudního dvora ze dne 10. dubna 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, Sb. rozh. s. I-2339, ze dne 22. května 2003, *Korhonen a další*, C-18/01, Recueil, s. I-5321, či ze dne 27. února 2003, ve věci *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, Recueil, s. I-01931). Pouhá skutečnost, že stoprocentním akcionářem žalobce je stát, který je ze zákona veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. a) nového ZVZ, neznamená, že by měl být považován za veřejného zadavatele také. Tento závěr lze dovodit také z rozsudku Soudního dvora ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C-44/96, Recueil, s. I-00073, ve kterém je uvedeno, že za veřejnoprávní subjekt či veřejného zadavatele nemůže být subjekt označen pouze proto, že jeho většinovým vlastníkem je veřejný zadavatel, nebo že na tento subjekt byly převedeny prostředky, které veřejný zadavatel získal činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu. V daném případě už podle závěru Nejvyššího správního soudu vyjádřeného v předchozím průběhu soudního řízení stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně do činnosti žalobce zasahoval či jej finančně podporoval, nebo si ponechával nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice zásadní vliv. Žádné takové ingerence nebyly zjištěny z dokazování před žalovaným a zdejší soud je navíc nezjistil ani z doplnění dokazování, které provedl.

Dle § 1 odst. 1 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů, 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 Sb.), vyplývá, že nestátním zdravotnickým zařízením se rozumí jiné zdravotnické zařízení, než zdravotnické zařízení státu. Žalobce je právnickou osobou zapsanou

v obchodním rejstříku, poskytující zdravotní péči. Z daného tedy skutečně jednoznačně vyplývá, že žalobce je též nestátním zdravotnickým zařízením, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž „soutěží“ o své klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. V této souvislosti je třeba zdůraznit to, co za podstatné považoval Nejvyšší správní soud v rozsudku, kterým zrušil předchozí rozsudek zdejšího soudu, a sice že žalobce 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 shora uvedeným zákonem č. 160/1992 Sb. získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vymezených v § 9 citovaného zákona, které se vztahují k osobě provozovatele, a to jak z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti, tak i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídající druhu a rozsahu zdravotní péče poskytované příslušným zařízením podle zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického 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.

Přestože tedy žalobce působí na trhu, který se vyznačuje specifiky (která podle názoru zdejšího soudu vyjádřeného v původním, posléze zrušeném rozsudku souvisejí s částečnou regulací na tomto trhu) a přestože je část činnosti žalobce hrazena z prostředků veřejného zdravotního pojištění (což souvisí s možností státu do tohoto způsobu financování ingerovat), s ohledem na shora uvedené již podle Nejvyššího správního soudu není pochyb o tom, že žalobce je subjektem působícím v hospodářské soutěži, přestože na zcela specifickém relevantním trhu, kterým je trh s lázeňskými službami.

Není ani pochyb o tom, že 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.

Na základě toho zdejší soud, byť je se žalovaným zajedno v otázce, že shora popsaná regulace a možnosti ingerence státu do způsobu financování podnikání žalobce v části, v níž se mu dostává prostředků z veřejného zdravotního pojištění, mohou být projevem veřejného zájmu souvisejícího s částí žalobcovy činnosti, přisvědčuje žalobní argumentaci v tom ohledu, že žalobcův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru; stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující služby stejné jako žalobce, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se svým podílem v takovém subjektu účastní.

Podle judikatury Soudního dvora skutečnost, že subjekt provozuje svoji činnost v rámci hospodářské soutěže, sama o sobě nemůže vést k závěru, že daný subjekt naplňuje potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou nebo obchodní povahu (k tomu srovnej rozsudek ze dne 27. 2. 2003 ve věci *Adolf Truley GmbH, C - 373/00*, Recueil, s. I-01931), neboť i přesto, že určitý subjekt působí v hospodářské soutěži, je financován a kontrolován státem, územními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, může se v rámci svého výběru rozhodovat podle jiných než ekonomických kritérií (k tomu srovnej rozsudek ze dne 10. 11. 1998 ve věci *BFI Holding, C - 360/96*, Recueil, s. I-06821). Nicméně okolnost, že subjekt působí v hospodářské soutěži, je významným indikátorem toho, že by se o potřeby mající průmyslovou nebo obchodní povahu jednat mohlo (k tomu srovnej rozsudek ze dne 22. 5. 2003 ve věci *Korhonen a další, C - 18/01*, Recueil, s. I-5321 a rozsudek ze dne 10. 11. 1998 ve věci *BFI Holding, C - 360/96*, Recueil, s. I-06821), což je nutno při úvahách o povaze uspokojovaných potřeb jako relevantní skutečnost zohlednit. V případě zjištění, že subjekt vykonává svou činnost v hospodářské soutěži, je nutno zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu potvrdí, či vyvrátí. V souvislosti s tím je nutno především posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při své činnosti rozhoduje. Jednalo-li by se o účel dosažení zisku a kritéria ekonomická, pak je jen velmi málo pravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. Okolnost toho, že subjekt svou činnost provozuje výlučně za účelem zisku, je skutečností, již 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 Schuhtechnik proti AOK Rheinland/Hamburg, C - 300/07*, ve kterém je uvedeno, že „dotčené veřejné zdravotní pojišťovny jsou totiž právníky 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 a *contrario* vyplývá, že poskytování služeb s cílem dosažení zisku v posuzování povahy uspokojovaných potřeb zaujímá velmi důležitou roli.

S respektováním návodu, jaký Nejvyšší správní soud zdejšímu soudu podal, posuzoval zdejší soud skutečnost, za jakým účelem žalobce primárně svoji činnost v předmětné době provozoval, a následně jak se na této činnosti projeví příjmy pocházející z veřejných zdrojů (z veřejného zdravotního pojištění).

Portfolio žalobcovy činnosti v letech 2005 a 2006 tvořilo „léčení“, „ubytování“, „pronájem“, „provoz parkoviště“, „provoz bazénu“ a „hostinské činnosti“ (podle 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“, „pronájem“, „parkovného“, „bazénu“ a „hostinské činnosti“, zbylými činnostmi žalobce dosahoval okolo 3% tržeb – a jde tak z celkového pohledu o činnosti zanedbatelné. Jestliže činnost označená jako „léčení“ a „ubytování“ se na žalobcových tržbách podílí z více než 3/4, pak tyto dvě činnosti lze podle názoru

zdejšího soudu považovat za činnosti nosné; tyto činnosti jsou tedy činnostmi, za jejichž účelem žalobce v rozhodném období svoji činnost vykonával primárně.

Pokud jde o tržby z primárně vykonávané žalobcovy činnosti, pak tržby z „léčení“ a „ubytování“ byly tvořeny především příjmy z léčení cizinců a příjmy (dále již nerozlišovanými) z ubytování (společně přes 100 mil. Kč v roce 2005 i v roce 2006). V poměru k tomu příjmy od zdravotních pojišťoven jsou vykazovány ve výši do 2,5% (bod 4.2 výroční zprávy za rok 2005 a výroční zprávy za rok 2006). Jestliže příjmy, jež by měly souvislost s veřejnými zdroji, nepřesáhly 2,5% žalobcovy primární činnosti (tj. přes 3/4 portfolia veškeré žalobcovy činnosti), pak jde o příjmy ve vztahu k celkové žalobcově činnosti bagatelní. Pokud jde konkrétně o „ubytování“, na něm se ani podle žalovaného plnění (platby) pocházející z veřejného zdravotního pojištění neprojevují, zbývá tedy oblast samotného „léčení“. Tržby z této činnosti dosahovaly u žalobce ve sledovaném období podílu na veškerých žalobcových tržbách přesahujícího 60%.

Ve vztahu k uvedené činnosti („léčení“) se tedy zdejší soud zabýval zdroji plnění za tyto služby, tj. nakolik se tu projevují prostředky veřejného zdravotního pojištění (příjmy, jež by měly souvislost s veřejnými zdroji). Tržby za léčení tuzemců a cizinců dosáhly v letech 2005 a 2006 částky přesahující 84 mil. Kč, tržby pocházející z plnění od zdravotních pojišťoven dosáhly v letech 2005 a 2006 částky kolem 2,5 mil. Kč (cca 2,7 mil. Kč, resp. 2,4 mil. Kč). Z toho zdejší soud dovozuje, že na primární žalobcově činnosti (nejužší vymezení této činnosti se pohybuje nad hranicí 60% celkového portfolia žalobcových činností) se plnění, u něhož by bylo možno dovozovat souvislost s veřejnými zdroji, projevuje pouze okrajově; na zbylých činnostech žalobce se neprojevuje vůbec.

Pokud jde o navazující otázku „podle čeho se žalobce při své činnosti rozhoduje“, pak za stěžejní zdejší soud pokládá skutečnost, že východiska a podnikatelské úvahy žalobce obsažené ve výročních zprávách žalobce nevykazují žádná podstatná specifika oproti východiskům a úvahám, jež by pravděpodobně musely hrát klíčovou roli u kteréhokoli „běžného“ podnikatele. Jestliže se žalobce zabývá důvody poklesu návštěvníků (pokles zájmu o klasickou lázeňskou léčbu, nárůst konkurenčních ubytovacích kapacit, chybějící komplexní balneoprovoz, pokles určitého segmentu klientely) a snaží se v rámci strategie o udržení pozic na trhu, o snižování nákladů, o snižování počtu pracovníků, o reinvestování vytvořených prostředků či o obnovu a zkvalitňování vybavenosti), jestliže podnikatelsky obvyklým způsobem definuje problémové otázky (m.j. investiční činnosti konkurence, globální nejistota, zastaralost technologií, zvyšování provozních nákladů) a hledá-li postupy při inovacích a snižování nákladů, pak tyto jeho úvahy nevykazují žádný specifický znak, jenž by byl příznačný pro subjekt veřejného práva. Ze soudem zjištěného skutkového stavu nevyplývá, že by se žalobce při své činnosti rozhodoval na základě jiných než výlučně podnikatelských principů; nelze tedy dovozovat, že by žalobcova činnost vykazovala jakýkoli rys činnosti jiné, než činnosti směřující primárně k dosažení zisku.

Pokud tedy žalobce je subjektem hospodářské soutěže, jak je uvedeno shora, pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské, pokud žalobce v době, kdy měl podle žalovaného 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 (tu veřejné zdravotní pojištění) jsou ve vztahu k ostatním příjmům ze žalobcova podnikání příjmy okrajovými, pak tyto skutečnosti jsou v souhrnu prvním klíčovým indikátorem toho, že na něj jako na zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ pohlížet nelze.

Dále se zdejší soud v souladu s rozsudkem Soudního dvora ze dne 22. května 2003, *Korhonen a další*, C - 18/01, Recueil, s. I-5321, zabýval tím, zda žalobce nese ztráty vzešlé ze své činnosti či nikoli. Tu dospěl zdejší soud doplněním dokazování k závěru, že tyto ztráty skutečně žalobce sám nese. Žalobce v letech 2005 a 2006 hospodařil se ztrátou; z výkazu zisku a ztrát za roky 2005 a 2006 nevyplývá, že by Česká republika poskytla žalobci jakoukoli kompenzaci za žalobcovy ztráty, ani že by se na žalobcově činnosti v souvislosti s kompenzací ztrát jakkoli podílela. Pokud nic takového zdejším soudem zjištěno nebylo (žalobce tvrdí, že k žádné kompenzaci nedochází, žalovaný opak ani netvrdí), pokud žalobce vůči České republice coby jedinému svému akcionáři neměl v letech 2005 a 2006 žádné pohledávky ani závazky a pokud přitom z pohledu plnění svých závazků z obchodního styku disponoval dostatečným krátkodobým finančním majetkem, aniž by musel jiných zdrojů využít, pak je třeba dovozovat, že skutečně uvedené ztráty nese sám.

Ze shora uvedeného lze tedy uzavřít, že žalobce 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 žalobcových příjmech podílejí bagatelně, při žalobcově činnosti nebylo dovozeno ani žádné „zvýhodnění“, jehož by se žalobci v souvislosti s tím, že jeho jediným akcionářem je Česká republika, mělo dostat. Žalobce tedy působí jako „běžný“ podnikatelský subjekt, jeho podnikatelské chování není v žádném směru ovlivněno žádnými ingerencemi státu, žalobce vyjma bagatelní úhrady z veřejného zdravotního pojištění nehospodaří s veřejnými zdravotními prostředky. Pokud jde o plnění (prostředky) pocházející z veřejných zdrojů (z veřejného zdravotního pojištění), pak to se žalobci dostává za shodných 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.

Jestliže žalovaný v průběhu jednání zdejšího soudu dne 15.4.2010 navrhol doplnit dokazování prostřednictvím cash-flow žalobce ve vztahu ke skutečnosti, že žalobci byla odložena daň, pak takového doplnění nebylo podle zdejšího soudu třeba. Skutečnost, že 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.

Jestliže žalobce v průběhu jednání zdejšího soudu dne 15.4.2010 navrhoval přerušit řízení a obrátit se na Soudní dvůr Evropská unie s předběžnou otázkou, pak ani tento návrh zdejší soud neshledal důvodným. Podle zdejšího soudu neexistuje v otázce vymezení veřejného zadavatele rozpor mezi definicí podávanou z § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ a definicí podávanou ze zadávacích směrnic, které tvoří součást práva komunitárního, jež měla být do ZVZ implementována. Zdejší soud musel vyložit ustanovení českého vnitrostátního právního předpisu (§ 2 odst. 2 písm. d) ZVZ) a nikoli ustanovení předpisů komunitárních (zadávacích směrnic) a vzhledem k tomu, že neexistují pochybnosti ohledně souladu výkladu na obou těchto úrovních, neměl prostor ke eurokonformnímu výkladu § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ do té míry, že by při jeho aplikaci měl využívat tzv. nepřímého účinku směrnic (tj. při výkladu § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ hledat výklad co nejlépe vystihující výklad komunitárních směrnic), a tedy provádět interpretaci komunitárních směrnic. Proto soud neměl prostor zabývat se výkladem komunitárních směrnic, a tedy otázka statutu žalobce (zda jde o veřejného zadavatele či nikoli) nemohla být řešena prostřednictvím výkladu komunitárního práva – a tedy nebyl důvod k předkládání předběžné otázky Soudnímu dvoru Evropské unie.

Pokud byla zdejšímu soudu v rámci jednání dne 15.4.2010 zdůrazňována potřeba vycházet ze závěrů komunitární judikatury (zejména věc *Mannesmann Anlagenbau a další* a věc *Korhonen a další*, viz shora), tu zdejší soud nepopírá, nicméně pokud mělo být podle argumentace žalovaného využito této judikatury na podporu tvrzení, že pro naplnění definice veřejného zadavatele postačí, že část jeho podnikání je vykonávána ve veřejném zájmu nikoli průmyslové nebo obchodní povahy, pokud z podstatné části byla tato otázka již zodpovězena Nejvyšším správním soudem v předchozím průběhu řízení a pokud pro dořešení zbylých otázek dal Nejvyšší správní soud zdejšímu soudu jasný návod, co má být pro posouzení této otázky určující, pak zdejší soud s vědomím povinnosti vyplývající pro něj z § 110 odst. 3 s.ř.s. nenalezl způsob, jak ke komunitární judikatuře zmiňované žalovaným více přihlížet, resp. činit z ní závěry opačné.

Ze shora uvedeného tedy zdejší soud dovozuje, že žalobce 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) nového ZVZ.

Již z právě uvedeného vyplývá, že na žalobce nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele. Je-li rozhodnutí žalovaného založeno na opačném závěru ohledně charakteru žalobce, pak je napadené rozhodnutí stíženo nezákonností při výkladu § 2 odst. 2 písm. d) nového ZVZ a nemůže obstát.

Ze shora uvedených důvodů soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vyslovil, že se věc vrací žalovanému k dalšímu řízení.

Stejně jako byl zdejší soud vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu (§ 110 odst. 3 ZVZ), je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu (§ 78 odst. 5 s.ř.s.); v dalším řízení tedy nechť žalovaný ze skutečnosti, že žalobce není veřejným zadavatelem podle nového ZVZ, učiní odpovídající právní závěr a ve věci znovu rozhodne.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšným, proto mu přísluší náhrada nákladů řízení. Z tohoto důvodu zdejší soud žalobci přiznal náhradu za zaplacený soudní poplatek (2 000,- Kč) a za náklady právního zastoupení ve výši (pět úkonů právní služby - převzetí věci a příprava zastoupení, žaloba, replika, doplnění žaloby k výzvě soudu dne 18.2.2010 a účast na jednání soudu dne 15.4.2010 podle § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění pozdějších předpisů, společně s pěti režijními paušály podle § 13 odst. 3 téhož předpisu) a s náhradou cestovního k jednání soudu a zpět dne 15.4.2010 (2x 330 km x 5,60 Kč, VW Polo, palivo Natural 95, TP přiložen) a s náhradou za promeškaný čas na cestě k soudu a zpět (20 x 0,5 hod. á 100,- Kč) s navýšením o částku odpovídající DPH (osvědčení doloženo), celkově tedy 22 035,- Kč (odpovídá vyúčtování podanému zástupcem žalobce).

Výrok o nákladech řízení o kasační stížnosti se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. za použití § 110 odst. 2 s.ř.s. V řízení o kasační stížnosti byl žalobce úspěšným, to přivedlo jeho celkový úspěch ve věci. Proto soud žalobci přiznal náhradu za zaplacený soudní poplatek (3 000,- Kč) a za náklady právního zastoupení ve výši 2 400,- Kč (jeden úkon právní pomoci – sepsání kasační stížnosti podle § 11 odst. 1 písm. d/ vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění pozdějších předpisů, společně s jedním režijním paušálem podle § 13 odst. 3 téhož předpisu) s navýšením o částku odpovídající DPH, celkově tedy 5 880,- Kč.

P o u č e n í: Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 15. dubna 2010

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová