



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, zastoupeného JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem se sídlem Karlovy Vary, Polská 4, proti žalovanému: **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **AB Facility, a.s.**, se sídlem Praha 10, Kodaňská 46, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10.12.2007,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10.12.2007 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 16 400,- 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 1.10.2008, č.j. 62 Ca 13/2008 – 64, 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.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o žalobě ani o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1.10.2008, č.j. 62 Ca 13/2008 – 64.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10.12.2007, kterým bylo potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S 151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ze dne 6.9.2007 a zamítnut proti němu podaný rozklad.

I. Podstata věci

Žalovaný (napadeným rozhodnutím společně s předchozím rozhodnutím vydaným v prvním stupni správního řízení) rozhodl tak, že zrušil zadání veřejné zakázky na zajištění úklidových služeb v hotelu žalobce (oznámení otevřeného zadávacího řízení bylo dne 19.2.2007 uveřejněno v informačním systému a dne 20.2.2007 v Úředním věstníku Evropských společenství), neboť dospěl k závěru, že žalobce se dopustil takových porušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), že tato mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Konkrétně žalovaný dovodil, že žalobce coby veřejný zadavatel podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 ZVZ, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek, když v dílčím kritériu hodnocení „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. Dále měl žalobce podle žalovaného porušit § 50 odst. 4 ZVZ, a sice tím, že v rámci kritéria „komplexní úroveň zajištění realizace veřejné zakázky“ stanoveného pro hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti zvolil jako podkritérium „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 podle § 50 odst. 1 písm. d) ZVZ. Kromě toho měl žalobce porušit povinnost vyplývající z § 79 odst. 3 a § 80 odst. 1 ZVZ, 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.

II. Procesní stanoviska účastníků

Žalobce proti napadenému rozhodnutí uplatňuje toliko jediný žalobní bod, a sice že neměl povinnost podle ZVZ vůbec postupovat, neboť nesplňuje podmínky vyplývající z § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ pro to, aby byl považován za veřejného zadavatele. Uplatnění této námítky odůvodňuje i tím, že výklad pojmu „veřejný zadavatel“ nebyl ve vztahu k žalobci nikdy judikován.

Tvrzení, podle něhož žalobce od 1.7.2006, kdy nabyl účinnosti ZVZ, již není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, žalobce podrobně zdůvodňuje. Jednak má žalobce za to, že není právnickou osobou, jež by byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu; jeho činnost je totiž činností podnikatelskou. V době založení žalobce nebyla mezi činnostmi žalobce uvedena činnost „provozování nestátního zdravotnického zařízení“, na níž žalovaný založil svůj závěr o tom, že žalobce uspokojuje potřeby veřejného zájmu; tuto činnost 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, neboť jde o činnost směřující k dosažení zisku, a není financována státem ani jiným veřejným zadavatelem. Příjmy ze zdrojů veřejného zdravotního pojištění jsou přitom příjmy bagatelními k celkovým výnosům ze žalobcovy činnosti. Žalobce též poukazuje na fakt, že jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru, založeným na základě smluv s těmito zdravotními pojišťovnami. Žalobcová činnost je tedy činností podnikatelskou, zaměřenou 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 otázce, jež je předmětem sporu, má žalovaný za to, že úplata za žalobcem poskytované zdravotnické služby nevyvrací skutečnost, že jde o činnost ve veřejném zájmu. Veřejný zájem žalobcovy činnosti nadto nevyklučuje ani její ziskovost. Žalovaný již ve správním řízení vycházel ze skutečnosti, 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. Ve vztahu k projednávané věci je dle žalovaného tedy podstatné, že existuje zájem státu na poskytování zdravotní péče v subjektu, který je v majetku státu, a k úhradě této činnosti jsou používány platby z veřejného zdravotního pojištění. Žalobce tedy podle žalovaného splňuje podmínky statutu veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ.

Žalovaný tedy považuje žalobu za nedůvodnou a navrhuje ji 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“.

V únoru roku 2007, tedy po účinnosti ZVZ, zadával žalobce veřejnou zakázku na zajištění úklidových služeb ve svém hotelu v Karlových Varech; oznámení otevřeného zadávacího řízení bylo dne 19.2.2007 uveřejněno v informačním systému a dne 20.2.2007 v Úředním věstníku Evropských společenství. Žalobce tedy od počátku postupoval jako zadavatel a bylo-li s ním zahájeno žalovaným správní řízení pro možné porušení ZVZ, jeho procesní obrana byla vystavěna na klíčové námitce, podle níž žalobce není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, a tedy neměl povinnost podle ZVZ vůbec postupovat – a tak jej nemohl porušit.

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 rozhodl zdejší soud bez jednání za podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s.ř.s. rozsudkem ze dne 1.10.2008, č.j. 62 Ca 13/2008 – 64 tak, že žalobu zamítl.

Ke kasační stížnosti žalobce Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 10.9.2009, č.j. 9 Afs 5/2009 – 91, zrušil předchozí rozsudek zdejšího soudu 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

Žalobce tvrdí, že v době, kdy kontrahoval předmětné plnění, nenaplnil definici veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ. Žalovaný vystavěl napadené rozhodnutí naopak na závěru, že žalobce takovým veřejným zadavatelem je.

Posouzení toho, zda je žalobce veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ je jedinou, avšak klíčovou spornou skutečností mezi žalobcem a žalovaným.

Pro konstatování závěru, že žalobce veřejným zadavatelem podle ZVZ je, musí být splněno kumulativně několik podmínek. Podle § 2 odst. 2 písm. d) 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 všechen jeho majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem stěžovatele se tak stalo 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, k němuž dospěl v předcházející fázi 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 nezjistil ani z doplnění dokazování.

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.

S ohledem na právě uvedené tedy 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 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, 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 Schuhtechnik proti AOK Rheinland/Hamburg*, C - 300/07, ve kterém je uvedeno, že „dotčené veřejné zdravotní pojišťovny jsou totiž právníckými 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 dále 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“, „pronájmy“, „provoz parkoviště“, „provoz bazény“ 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“, „pronájmu“, „parkovného“, „bazény“ 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) 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 využívat, pak je třeba dovozovat, že skutečně uvedené ztráty nese sám.

Ze shora uvedeného tedy vyplývá, 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 nehospodář 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 pojišťovny smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.

Pokud byla zdejšímu soudu v rámci jednání dne 15.4.2010 zdůrazňována potřeba vycházet ze závěrů komunitární judikatury (zejména věc *Mannesmann Anlagenbau 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 zdejší soud uzavírá, 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) 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) ZVZ a nemůže obstát. Žalobce není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, a tedy neměl povinnost podle ZVZ vůbec postupovat – a tak jej tedy nemohl svými jednotlivými úkony porušit.

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 necht' žalovaný ze skutečnosti, že žalobce není veřejným zadavatelem podle 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 14 400,- Kč (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) s navýšením o částku odpovídající DPH, celkově tedy 16 400,- Kč.

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 přivedilo 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.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí v řízení před zdejším soudem ani v řízení před Nejvyšším správním soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

P o u ě 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

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

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