



UOHSP0001ZBL

9 Afs 5/2009 - 91

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7, 604 56 Brno

Došlo: 23 -11- 2009 D

Číslo: 105-1509/107 Vyhodnotil: JDR
Přílohy: 300 Schelleou!

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudkyně Mgr. Daniely Zemanové a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci žalobce: **THERMAL-F, a.s.**, se sídlem I. P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary, zastoupený JUDr. Pavlem Tomkem, advokátem se sídlem Polská 4, Karlovy Vary, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 12. 2007, č. j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr, ve věci zrušení zadávacího řízení, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **AB Facility a.s.**, se sídlem Kodaňská 46, Praha 10, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 10. 2008, č. j. 62 Ca 13/2008 - 64,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 1. 10. 2008, č. j. 62 Ca 13/2008 - 64, se zrušuje a věc se vrací tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Včas podanou kasační stížností se žalobce (dále též „stěžovatel“) domáhá zrušení výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) ze dne 10. 12. 2007, č. j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr. Tímto rozhodnutím žalovaný potvrdil prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 6. 9. 2007, č. j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm, kterým bylo zrušeno zadávací řízení pro nedodržení postupu stanoveného v § 44 odst. 1, § 50 odst. 4 a § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).

Stěžovatel v kasační stížnosti uplatňuje námitku podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), tedy nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.

S krajským soudem souhlasí v tom ohledu, že otázka posouzení toho, zda je stěžovatel veřejným zadavatelem (dále též „zadavatel“) podle ZVZ, je klíčovou pro posouzení celého předchozího řízení a jedná se o zásadní spornou skutečnost mezi stěžovatelem a žalovaným, nicméně nesouhlasí, jak se s touto právní otázkou krajský soud vypořádal. Stěžovatel tvrdí, že krajský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru, že v předmětné době naplňoval definici zadavatele podle ZVZ. Stěžovatel trvá na opaku, neboť nesplňoval podmínky zakotvené v § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ. Proto nebyl ani povinen postupovat při zadávání veřejných zakázek podle citovaného ZVZ.

Stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že by byl právnickou osobou, jež byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu; neztotožňuje se ani „s extenzivním výkladem krajského soudu v tom směru, že by veřejný zájem, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, byl v tomto případě ze strany žalobce poskytován a tudíž by měl žalobce spadat pod definici veřejného zadavatele“. V této souvislosti namítá, že přesto, že vykonával v rozhodné době činnost založenou na provozování nestátního zdravotnického zařízení (s druhem a rozsahem zdravotní péče: FBLR – poskytování komplexní ústavní a ambulantní lázeňské péče – preventivní, kurativní a rehabilitační), jedná se též o činnost obchodní. Dále pokračuje, že „krajský soud nezodpověděl, proč by naplňování veřejného zájmu poskytováním lázeňských služeb ze strany žalobce mělo být povahy, jež není obchodní nebo průmyslová“. Stěžovatel má naopak za to, že jeho poskytování služeb veřejnosti se uskutečňuje ryze za účelem dosažení zisku, tj. že tato činnost má zcela a jen ryze obchodní povahu, navíc jeho činnost není financována státem ani veřejným zadavatelem. Již v žalobě řádně dokládá, že jeho příjmy z veřejného zdravotního pojištění za poskytování služeb pojištěncům zdravotních pojišťoven jsou zcela bagatelní k celkovým výnosům z hospodářské činnosti, a dále že jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru.

Stěžovatel dále rozporuje přesvědčení krajského soudu, že stát přebírá odpovědnost za jeho podnikání. K tomu podotýká, že ze strany státu se jedná pouze o kapitálovou účast (správa kapitálového majetku a výkon akcionářských práv s cílem dosažení výnosu z kapitálového majetku) podle obchodního zákoníku a stanov stěžovatele, s níž nejsou spojeny žádné záruky, garance či jiné formy ingerence státu do jeho podnikání. Stěžovatel namítá, že si obstarává svoji podnikatelskou činnost sám a míra podpory a kontroly státu je naprosto zanedbatelná, a již vůbec se neprojevuje v obchodně závazkových vztazích a vlastní podnikatelské činnosti stěžovatele, přestože je stát držitelem veškerých akcií. Ani výkladem largo sensu nelze hovořit ve vztahu ke stěžovateli o obstarávání věcí veřejného zájmu v takovém rozsahu, jak o tom pojednává právní posouzení krajského soudu, podle kterého stát fakticky kontroluje podnikatelskou činnost stěžovatele, ovládá jej a ručí za jeho podnikatelské aktivity. Stěžovatel zdůrazňuje, že vystupuje jako standardní kapitálová společnost, jako podnikatel podle obchodního zákoníku, která vykonává svoji podnikatelskou činnost samostatně, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku, aniž by delegoval

tuto činnost nebo odpovědnost na stát, či jeho organizační složku. Odpovědnost za obchodní vedení společnosti je plně v rukou statutárního orgánu společnosti, tedy představenstva, který nejen odpovídá za podnikatelskou činnost a obchodní vedení stěžovatele, nýbrž i organizuje a realizuje podnikatelskou činnost. K tomuto stěžovatel dodává, že výnos z podnikatelské činnosti připadá stěžovateli, a nikoli státu. Právní posouzení krajského soudu spočívající ve snaze dovodit, že stěžovatel fakticky disponuje se státním majetkem a jedná vlastně v zastoupení státu, považuje za nesprávné.

Stěžovatel opakuje, že „*získává-li jen velmi nepatrnou, tj. bagatelní část ze svého výnosu prostřednictvím plateb z veřejného zdravotního pojištění, nemůže to znamenat, že by byl státem fakticky ovládnán, a byl by tak nástrojem státu pro uspokojování veřejného zájmu*“. Stěžovatel namítá, že lázeňství se stává výlučně ziskovou činností, kterou nepokrývá co do nákladů zcela nebo často vůbec veřejné zdravotní pojištění, nelze tedy hovořit o státním podnikateli, a navíc jeho klientelu tvoří převážně pojištěnci neveřejných zdravotních pojišťoven a zejména „samoplátci“. Proto z faktické stránky věci nevyplývá, že by měl charakter státního podnikatele, jak tvrdí krajský soud, který nerespektuje skutečný stav věci (obchodní povaha podnikatele) a drží se striktně stavu zápisů v obchodním rejstříku.

Stěžovatel se tedy domáhá závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu na rozpor v otázce toho, zda je či není zadavatelem podle ZVZ. Na základě výše stanoveného navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu ve výrocích I. a II. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Ze správního a soudního spisu vyplývá, že v únoru roku 2007 zadal stěžovatel veřejnou zakázku na zajištění úklidových služeb. Oznámení otevřeného zadávacího řízení bylo dne 19. 2. 2007 uveřejněno v informačním systému a dne 20. 2. 2007 v Úředním věstníku Evropských společenství. Stěžovatel tedy postupoval podle ZVZ jako veřejný zadavatel.

Dne 8. 6. 2007 byl Úřadu doručen návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, který podala společnost AB Facility a.s., v dané věci osoba zúčastněná na řízení (dále jen „navrhovatel“). Navrhovatel jako uchazeč o veřejnou zakázku se domníval, že rozhodnutí stěžovatele o výběru uchazeče GSUS s.r.o., se sídlem T. G. Masaryka 2, Karlovy Vary, jako uchazeče s nejvýhodnější nabídkou, je nezákonné, neboť hodnocení nabídek bylo provedeno diskriminačním a netransparentním způsobem, tj. v rozporu se zákonem. Navrhovatel požadoval zrušení rozhodnutí stěžovatele o výběru nejvhodnější nabídky a současně provedení nového řádného a transparentního hodnocení nabídek s tím, že nebude-li možné toto s ohledem na netransparentnost hodnotících kritérií možné učinit; navrhl zrušení zadávacího řízení jako celku a následné zadání veřejné zakázky způsobem, který bude v souladu se zákonem. Zároveň navrhovatel požádal Úřad o vydání předběžného opatření, kterým zakáže stěžovateli uzavřít jakoukoli smlouvu s jakýmkoli dodavatelem, který nezískal takové plnění jako výsledek řádného zadávacího řízení ve smyslu ZVZ, resp. pozastavit plnění z takto již uzavřené smlouvy.

Stěžovatel ve svém vyjádření ze dne 14. 6. 2007 uvedl, že žádné ustanovení ZVZ neporušil, neboť vůbec není zadavatelem podle citovaného zákona. Postupu pro zadání

zakázky podle zákona pouze použil, aby zajistil hospodárné vynakládání finančních prostředků.

Úřad navrhovateli vyhověl a vydal dne 29. 6. 2007 rozhodnutí, č. j. S151/2007/VZ-12240/2007/540-Šm, v němž uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Na základě správního řízení Úřad dospěl k závěru, že stěžovatel naplňuje všechny znaky definice veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ. S ohledem na tuto skutečnost a na svá zjištění v dané věci týkající se postupu stěžovatele při zadávání veřejné zakázky dospěl k závěru, že ze strany stěžovatele došlo k nedodržení postupů uvedených v § 44 odst. 1, § 50 odst. 4 a § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 ZVZ, a proto rozhodnutím ze dne 6. 9. 2007, č. j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm, zrušil předmětné zadávací řízení. Zároveň nařídil stěžovateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

Proti tomuto rozhodnutí podal stěžovatel rozklad ze dne 24. 9. 2007, v němž navrhl zastavení správního řízení pro věcnou nepříslušnost Úřadu, resp. zrušení prvostupňového rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 9. 2007, v případě, že by Úřad byl věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu na zahájení řízení. V rozkladu opakoval, že vůbec není veřejným zadavatelem podle výše citovaného ustanovení ZVZ, proto ani v žádném případě nemohl porušit postup pro zadávání veřejných zakázek předpokládaný v ustanoveních citovaného zákona.

Rozhodnutím ze dne 10. 12. 2007, č. j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr, potvrdil žalovaný rozhodnutí Úřadu a rozklad stěžovatele zamítl. S rozhodnutím Úřadu se v plné míře ztotožnil.

Proti tomuto rozhodnutí podal stěžovatel žalobu, ve které navrhl, aby soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V žalobě stěžovatel podrobně argumentoval, z jakých důvodů nenaplňuje definici veřejného zadavatele.

Krajský soud žalobu zamítl. Ve svém odůvodnění se zabýval jedinou spornou otázkou, tj. zda je stěžovatel veřejným zadavatelem a zda tedy má povinnost postupovat podle ZVZ. Dospěl k názoru, že stěžovatel naplňuje veškeré podmínky pro veřejného zadavatele, žalovaný tak aplikoval správný právní předpis a věc posoudil zcela v souladu se zákonem. Proti tomuto rozhodnutí podal stěžovatel kasační stížnost.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů v souladu s § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

Stěžovatel namítá, že krajský soud nesprávně posoudil právní otázku týkající se předchozího řízení a podává kasační stížnost z důvodů obsažených v § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.; konkrétně vyjádřeno se jedná o nesprávné posouzení právní otázky

definice zadavatele podle ZVZ, které mělo podle stěžovatele negativní vliv na výsledek daného správního řízení.

Stěžovatel tvrdí, že vzhledem k tomu, že svou činnost vykonává ryze za účelem dosažení zisku, veškerá jeho činnost má povahu obchodní, není financován státem, jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru, za porušení svých obchodních závazků odpovídá celým svým majetkem a stát nad stěžovatelem nevykonává kontrolu, ani ho nikterak nepodporuje v jeho podnikatelské činnosti, nenaplnuje podmínky definice veřejného zadavatele podle ZVZ. V důsledku toho má za to, že neměl povinnost podle citovaného zákona vůbec postupovat.

Krajský soud se ztotožnil s tvrzením žalovaného, přičemž v napadeném rozsudku uvedl, že podle ZVZ stěžovatel naplňuje podmínky definice veřejného zadavatele.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu s ohledem na právní úpravu ZVZ a judikaturu Evropského soudního dvora, přičemž dospěl k závěru, že s některými aspekty odůvodnění napadeného rozsudku se nelze ztotožnit. Toto stanovisko zdejší soud zdůvodňuje následovně.

Podle ZVZ a jeho ustanovení § 2 upravujícího definici veřejného zadavatele je zřejmé, že zadavatelem veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel, přičemž veřejným zadavatelem je Česká republika, státní příspěvková organizace, územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek nebo jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň 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.

Nejvyšší správní soud má za to, že není pochyb o tom, že stěžovatel, jako právnická osoba, potřeby ve veřejném zájmu uspokojoval, a to jak v době zřízení, tak v době předmětné, což pramení především z toho, že vedle jiných služeb poskytoval také služby v oboru lázeňství. S námitkou stěžovatele, že neuspokojoval potřeby ve veřejném zájmu, se tedy zdejší soud neztotožňuje. Veřejný zájem je nutno chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný zájem či obecně prospěšný zájem (k tomu srovnej nálezy Ústavního soudu ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95). Zdraví patří k prioritním hodnotám nejen jednotlivce, ale i rodiny a celé společnosti, je základním předpokladem jejich sociální a ekonomické úspěšnosti a podmínkou jejich kvality života. Je tedy zřejmé, že zdraví je zájmem obecně prospěšným. Účelem lázeňství je zlepšování zdravotního stavu lidí, přičemž není pochyb o tom, že naplňování takového účelu je uspokojováním potřeb ve veřejném zájmu. Přestože Nejvyšší správní soud dospěl k tomuto závěru na základě odlišné argumentace než krajský soud v napadeném rozsudku, nemění to nic na tom, že ve výsledku se oba soudy shodly, že poskytováním služeb v oboru lázeňství jsou uspokojovány potřeby ve veřejném zájmu. Otázkou však zůstává, zda tyto potřeby mají či nemají obchodní nebo průmyslovou povahu.

Krajský soud vycházejí z judikatury Evropského soudního dvora dospěl k závěru, že klíčovými právními a skutkovými okolnostmi, jejichž zohlednění je nutné k posouzení povahy potřeb uspokojovaných stěžovatelem a podle nichž lze dospět k závěru, že se v případě potřeb uspokojovaných stěžovatelem jedná o potřeby, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jsou okolnosti zřízení stěžovatele (státem), výkon kontroly nad jeho činností (státem), použití prostředků z veřejného zdravotního pojištění na úhradu části jeho činností a nikoli primárně ekonomický cíl stěžovatelovy činnosti (cíl je podle krajského soudu reprezentativní v kombinaci se zájmem státu o zajištění kontroly nad činností, jež pro stát či pro některý z jeho regionů může být považována za příznačnou).

Nejvyšší správní soud neshledal, že by v důsledku uvedených relevantních skutečností mohl být učiněn tak jednoznačný závěr, že se v daném případě jedná o potřeby nemající průmyslový nebo obchodní charakter.

Je sice pravdou, že stěžovatel byl zřízen státem, což vyplývá ze zápisu v obchodním rejstříku, kde je uvedeno, že dne 1. 3. 1999 založil Fond národního majetku ČR (dále jen „FNM“) jako jediný zakladatel na základě notářského zápisu sepsaného dne 24. 3. 1999 akciovou společností THERMAL-F, a.s., bez výzvy k upsání akcií. Po zrušení FNM byl všechno jeho majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem stěžovatele se tak stalo Ministerstvo financí ČR. Nejvyšší správní soud vycházejí ze správního a soudního spisu však neshledal, že by stát v době předmětné, přestože byl stoprocentním akcionářem, jakýmkoliv způsobem do činnosti stěžovatele aktivně zasahoval či ho finančně podporoval. Podle judikatury Evropského soudního dvora 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 okolnosti, za nichž je činnost subjektu vykonávána v předmětné době (k tomu srovnej rozsudky Soudního dvora ES 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). Zdejší soud nezastává názor, že by se pouze na základě toho, že stát je zřizovatelem a jediným akcionářem stěžovatele, mohlo dospět k závěru, že potřeby, které stěžovatel uspokojuje, mají povahu jinou než obchodní či průmyslovou. Pouhá skutečnost, že stoprocentním akcionářem stěžovatele je stát, který je ze zákona veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. a) ZVZ, neznamená, že by měl být považován za veřejného zadavatele také. Tento závěr lze dovodit také z rozsudku Soudního dvora ES 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 nějaká společnost označena pouze proto, že jejím většinovým vlastníkem je veřejný zadavatel, nebo že na tuto společnost byly převedeny prostředky, které veřejný zadavatel získal činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu (příklad Nejvyššího správního soudu). Zdejší soud má za to, že je třeba v souvislosti k okolnostem zřízení důkladně zkoumat a vzájemně porovnat podmínky, za nichž je činnost konkrétního subjektu vykonávána v předmětné době. Především je nutno zjistit, zda si stát vyhradil kontrolu podnikatelské činnosti subjektu, je-li patrný zájem státu

na jeho rozvoji spočívající například ve státních dotacích stěžovatele, zda se stát aktivně podílí na podnikatelské činnosti subjektu atd.

Podle krajského soudu si stát kontrolu nad činností stěžovatele vyhradil. To zdůvodňuje za prvé tím, že stát je jediným akcionářem, za druhé tím, že stěžovatel působí v rámci trhu s výraznými státními ingerencemi. Podle Nejvyššího správního soudu však v daném případě stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně do činnosti stěžovatele zasahoval či jej finančně podporoval, nebo si ponechával nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice zásadní vliv. Nejvyšší správní soud si není ani vědom, že by trh, na kterém stěžovatel působí, tedy hospodářský trh s lázeňskými službami, byl trhem s výraznými ingerencemi státu, jak tvrdí krajský soud. Zdejší soud proto považuje za nutné znovu přezkoumat a zdůvodnit, jakým způsobem stát do předmětného trhu zasahuje, v čem konkrétně krajský soud výrazné ingerence státu spatřuje a jaký mají tyto ingerence vliv na posouzení povahy potřeb ve smyslu neprůmyslové či neobchodní povahy, a to s ohledem na další relevantní právní a skutkové okolnosti. Podle Nejvyššího správního soudu je třeba při těchto úvahách odlišit ingerence státu ve smyslu konkrétním (zasahování do podnikatelské činnosti konkrétního subjektu) a ingerence ve smyslu obecném (obecná kontrola státu ve veřejném zájmu nad činností všech zdravotnických zařízení za účelem zaručení určité kvality jimi poskytovaných služeb, spočívající v kontrole nad dodržováním zákonem stanovených podmínek pro provoz zdravotnických zařízení a výkonem zdravotnických služeb).

Zdejší soud nepovažuje za přesvědčivou ani argumentaci krajského soudu, že skutečnost, že část činnosti stěžovatele je hrazena z veřejného zdravotního pojištění, podporuje závěr, že potřeby uspokojované stěžovatelem mají jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu. Nejvyšší správní soud vychází z toho, že platby za úhradu zdravotní péče v rozsahu poskytovaném na základě všeobecného zdravotního pojištění podle smluv uzavřených se zdravotnickými zařízeními jsou výdaji zdravotní pojišťovny a její příjmy zahrnují zejména platby pojistného od pojištěnců, zaměstnavatelů a státu. Úhrada poskytnuté zdravotní péče v systému zdravotního pojištění je založena na vzájemném plnění – poskytování zdravotní péče pojištěncům zdravotní pojišťovnou zdravotnickým zařízením oproti úhradě nákladů s tím spojených zdravotní pojišťovnou. Samotná skutečnost, že na základě smluv uzavřených dle zákona o veřejném zdravotním pojištění se převážně realizuje poskytování a úhrada zdravotní péče, a že jejich prostřednictvím tak dochází k uspokojování veřejných potřeb, neznamená, že vztahy těmito smlouvami založené mají veřejnoprávní charakter. Žádná ze smluvních stran totiž nemá vrchnostenské postavení a jen samotná skutečnost, že předmětem těchto smluv jsou statky, na jejichž zachování a rozvíjení má stát natolik intenzivní zájem, že nařizuje a určuje jejich přerozdělování a které jsou hrazeny z veřejných rozpočtů, neposouvají tyto smlouvy do roviny veřejného práva, jak by tomu bylo u smluv veřejnoprávních. Na základě toho se zdejší soud ztotožňuje s názorem stěžovatele, že jeho vztahy se zdravotními pojišťovnami jsou obchodního charakteru, což zdejší soud považuje za skutečnost, která nepochybně nepodporuje povahu uspokojovaných potřeb nemajících průmyslovou nebo obchodní povahu. Na daném nic nemění ani to, že je to stát, kdo rozhoduje o určení toho, které služby budou z veřejného zdravotního pojištění hrazeny, neboť toto určení se shodně dotýká všech subjektů provozujících zdravotnické

služby, které jsou oprávněny na základě smluv se zdravotními pojišťovkami domáhat se úhrady poskytnutých služeb z veřejného zdravotního pojištění.

Nejvyšší správní soud dále dodává, že je nutno při zvažování povahy potřeb brát zřetel na to, že stěžovatel je nestátním zdravotnickým zařízením - právnickou osobou, která jedná samostatně, jako každá jiná obchodní společnost, a ze správního či soudního spisu není patrné, jak již bylo mnohokrát podotknuto, že by stát do činnosti stěžovatele jakkoli zasahoval či stěžovatele finančně podporoval. Navzdory tomu, že je stát stoprocentním akcionářem stěžovatele, nemá stěžovatel statut státního zdravotnického zařízení, o jehož statutu veřejného zadavatele by nebylo pochyb. Dle § 11 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. Stěžovatel je právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku, poskytující zdravotní péči. Z daného tedy skutečně jednoznačně vyplývá, že stěžovatel je 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, že stěžovatel 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 pojišťovkami. S ohledem na právě předestřené zdejší soud opakuje, že není pochyb o tom, že stěžovatel 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 pojišťovkami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.

Podle judikatury Evropského 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.

Nejvyšší správní soud ve světle výše uvedeného konstatuje, že 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, má zdejší soud za to, že 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 ES ze dne 11. 6. 2009 ve věci *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopedie Schubtechnik proti AOK Rheinland/Hamburg*, C - 300/07 (dosud neuvedena strana ve Sbírce rozhodnutí), 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.

Podle krajského soudu stěžovatel vykonává svou činnost za nikoli primárně ekonomickým cílem. Primárním účelem činnosti stěžovatele je podle něj cíl reprezentativní v kombinaci se zájmem státu o zajištění kontroly nad činností, jež je pro stát či pro některý z jeho regionů považována za příznačnou. Ze soudního a správního spisu není však patrné, že by stát považoval stěžovatelovu činnost za natolik významnou, že by se na jeho činnosti v tomto smyslu aktivně podílel, aby mohl být takový závěr učiněn. Proto zdejší soud považuje za nezbytné znovu přezkoumat, za jakým primárním účelem stěžovatel svou činnost poskytuje. Navíc Nejvyšší správní soud upozorňuje v souvislosti s tvrzením, že primárním účelem činnosti stěžovatele je „reprezentace státu či regionu“, že je třeba zohlednit z obchodního rejstříku patrný záměr FNM v roce 1993 prodat předmětný subjekt soukromé společnosti JASMÍN, s.r.o. Je totiž otázkou, zda v případě primárního reprezentativního cíle činnosti stěžovatele by se stát takový subjekt prodat vůbec kdy snažil. Pokud se jedná o zájem státu na zajištění kontroly nad činností stěžovatele, k danému se zdejší soud vyjádřil již výše.

S ohledem na předestřené Nejvyšší správní soud rozhodl, že je nutno, aby krajský soud znovu přezkoumal povahu předmětných potřeb. V souladu s judikaturou Evropského soudního dvora je třeba při zvažování toho, zda dotčený subjekt veřejným

zadavatelem je, či nikoli, zohlednit veškeré relevantní právní a skutkové okolnosti, přičemž má zdejší soud za to, že následně je nutno provést poměrný test významu jednotlivých skutečností s ohledem na konkrétní dotčený subjekt a okolnosti, za nichž svou činnost vykonává. Přesto, že krajský soud v daném případě respektoval tento „návod“ vycházející z judikatury Evropského soudního dvora, zdejší soud dospěl k závěru, že jeho posouzení předmětné právní otázky nebylo na základě výše uvedeného ve všech ohledech správné, ani dostatečné.

Při svém dalším posuzování je třeba, aby krajský soud zohlednil výše uvedené úvahy Nejvyššího správního soudu v souladu s § 110 odst. 3 s. ř. s. Především zdejší soud zdůrazňuje, že je nutno, aby krajský soud znovu posoudil skutečnost, za jakým účelem stěžovatel primárně svou činnost v předmětné době provozoval a tuto skutečnost zohlednil ve vztahu s okolností, že stěžovatel je subjektem hospodářské soutěže. V tomto ohledu pak považuje zdejší soud v souladu s rozsudkem Soudního dvora ES ze dne 22. května 2003, *Korhonen a další*, C - 18/01, Recueil, s. I-5321, za nutné zohlednit i to, zda stěžovatel nese ztráty vzešlé ze své činnosti, či nikoli. Nejvyšší správní soud má v souladu s citovaným rozsudkem Evropského soudního dvora za to, že kdyby krajský soud v dalším řízení zjistil, že stěžovatel provozuje svoji činnost primárně za účelem dosažení zisku, jak tvrdí stěžovatel, a že nese ztráty vzešlé ze své činnosti, tyto skutečnosti, v souvislosti s působením stěžovatele v rámci hospodářské soutěže za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného 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) ZVZ.

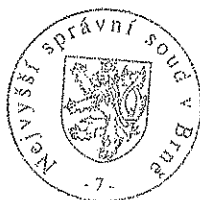
S ohledem na závěry výše předestřené Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. O věci přitom rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 1 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání.

V novém řízení krajský soud v souladu s § 110 odst. 2 s. ř. s. rozhodne rovněž o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 10. září 2009

Za správnost vyhotovení:
Veronika Pešková

JUDr. Radan Malík, v. r.
předseda senátu