



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 Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Vojenská zdravotní pojišťovna České republiky**, se sídlem Praha 9, Drahojlova 1404/4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy ze dne 5.1.2015,

### t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy ze dne 5.1.2015 se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** žalobci nahradit náklady řízení ve výši 8 000 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

### O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R116/2014/VZ-27819/2014/323/BRy ze dne 5.1.2015, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S474/2013/VZ-6346/2014/523/OPi ze dne 25.3.2014.

## I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že dne 16.5.2011 uzavřel smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dodavatelem (obchodním zástupcem), dne 22.6.2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dalším dodavatelem (obchodním zástupcem), dne 25.7.2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dalším dodavatelem (obchodním zástupcem) a dne 29.7.2011 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dalším dodavatelem (obchodním zástupcem), jejichž předmětem bylo získávání pojištěnců pro žalobce a které podle žalovaného společně tvořily jednu veřejnou zakázku, aniž by ji žalobce zadal v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (výroková část I. prvostupňového rozhodnutí, nyní napadeným rozhodnutím potvrzeného). Dále žalovaný rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že dne 23.3.2012 uzavřel smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení s dodavatelem (obchodním zástupcem), jejímž předmětem bylo získávání pojištěnců pro žalobce, aniž by ji zadal v jednom z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (výroková část II. prvostupňového rozhodnutí, nyní napadeným rozhodnutím potvrzeného). Za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 1 800 000 Kč (výroková část III. prvostupňového rozhodnutí, nyní napadeným rozhodnutím potvrzeného).

Žalovaný v rámci své argumentace, jak je obsažena v obou postupně vydaných rozhodnutích, vyšel z toho, že žalobce je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ a že mimo režim ZVZ uzavíral v letech 2011 a 2012 smlouvy s obchodními zástupci na „nábor pojištěnců“, na základě kterých mu byly ze smluv uzavřených v roce 2011 vyfakturovány částky 67 029 000 Kč, 3 000 Kč, 51 600 Kč a 275 200 Kč (celkem tedy 67 358 800 Kč) a ze smluv uzavřených v roce 2012 vyfakturována částka 69 152 625 Kč. Podle žalovaného je základním znakem každé veřejné zakázky úplatný smluvní vztah, jehož smluvními stranami jsou zadavatel na straně jedné a vybraný dodavatel na straně druhé, přičemž na základě tohoto smluvního vztahu pak plnění zadavatele spočívá v platbě za protiplnění uskutečňované dodavatelem (§ 7 odst. 1 ZVZ), což bylo v posuzované věci splněno, neboť pro žalobce byly na základě uvedených smluv ze strany dodavatelů (obchodních zástupců) poskytnuty služby, za které jim žalobce platil. Plnění spočívající v „náboru pojištěnců“ pak žalovaný ve vztahu k roku 2011 pokládal za jednu veřejnou zakázku a ve vztahu k roku 2012 za druhou veřejnou zakázku; obě měly být podle žalovaného zadávány podle ZVZ. Žalovaný tedy dospěl k závěru, že tím, že žalobce nezadával tato plnění jako veřejné zakázky v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 ZVZ, nebyla cena (výše provize) řádně soutěžena a nelze tak vyloučit, že kdyby tato cena byla řádně soutěžena, mohl žalobce obdržet nabídku spočívající v nižší ceně provize za získání

nového pojištěnce. Z toho žalovaný dovodil spáchání dvou správních deliktů, za jejichž spáchání žalobci uložil pokutu.

## II. Shrnutí žaloby

Žalobce shodně jako ve správním řízení podrobně argumentuje v tom směru, že vůbec není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, a zpochybňuje veškeré úvahy žalovaného v tom směru, že by byl „ovládán státem“; žalovaný totiž dospěl k závěru, že žalobce je veřejným zadavatelem, neboť je „ovládán státem“, podle žalobce však žalovaný neargumentoval správně (neboť podobné „ovládání“, jaké žalovaný ve vztahu k žalobci dovodil, je příznačné i pro řadu jiných oblastí, kde subjekty v postavení žalobce jsou subjekty soukromého práva a nejsou zadavateli), navíc se s argumentací žalobce uplatněnou ve správním řízení nevypořádal a „ovládání“ vykládal pro žalobce překvapivě jinak než v minulosti.

Dále žalobce zpochybňuje, že by se dopustil správních deliktů; jednání žalobce nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky; podle žalobce všechny smlouvy byly uzavřeny za shodných – fixních – podmínek, poptávka žalobce se uzavřením smluv nevyčerpala, žalobce byl otevřený k uzavírání obdobných smluv s kýmkoli, kdo o to měl zájem, právo na odměnu obchodních zástupců vzniklo až získáním pojištěnce a snahou žalobce nemohlo být usilování o nejnižší cenu, neboť platí, že čím je vyšší odměna za získání pojištěnce, tím je získáno více pojištěnců.

Dále žalobce namítá procesní pochybení žalovaného, který od žalobce vyžadoval smlouvy na nábor pojištěnců společně s fakturami, aniž by byl poučen o možnosti (právu) jejich předložení odepřít. Tím žalovaný porušil zákaz donucování k sebeobviňování, a proto všechny důkazy, na nichž žalovaný své závěry vystavěl, byly opatřeny v rozporu se zákonem.

Žalobce také zpochybňuje postup žalovaného při ukládání pokuty; žalovaný podle žalobce nepřihlédl k polehčujícím okolnostem, odůvodnění výše pokuty je podle žalobce pouze formální, naplněné pouze obecnými formulacemi.

Žalobce na základě shora uvedených žalobních bodů, v žalobě rozvedených do podrobností, navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, případně uloženou pokutu moderovat (upustit od ní nebo ji snížit na 50 000 Kč). Na svém procesním postoji setrval žalobce po celou dobu řízení před soudem.

## III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný s argumenty žalobce nesouhlasí, argumentuje shodně jako v napadeném rozhodnutí, na které odkazuje, a žalobu pokládá za nedůvodnou.

Žalovaný tedy navrhuje, aby žaloba byla zamítnuta. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

#### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud již o žalobě rozhodoval rozsudkem ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120. V tomto rozsudku dospěl k závěru, že žaloba není důvodná v těch žalobních bodech, kde žalobce namítal vady procesního postupu žalovaného, ani v těch žalobních bodech, kde žalobce zpochybňoval závěr žalovaného, že žalobce je veřejným zadavatelem, a tedy měl smlouvy uzavírat v zadávacím řízení podle ZVZ, a že jejich neuzavřením naplnil znaky správního deliktu. Napadené rozhodnutí však zdejší soud pokládal za nepřezkoumatelné v otázce uložené pokuty, a proto je – nutně jako celek – zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Ke kasační stížnosti žalovaného byl však tento rozsudek rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 14.7.2016, č.j. 9 As 71/2016 – 28, zrušen, neboť napadené rozhodnutí podle Nejvyššího správního soudu přezkoumatelné v otázce uložené pokuty je.

Za tohoto stavu zdejší soud o žalobě rozhodoval znovu, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu (§ 110 odst. 4 s.ř.s.), a rozsudkem ze dne 21.7.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 147, žalobu zamítl. Zdejší soud měl za to, že žalobce splňuje podmínku veřejného zadavatele nejen podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. ZVZ (což nebylo ani žalobcem zpochybňováno), nýbrž i podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ, neboť je právnickou osobou převážně financovanou státem. Měl-li tedy zdejší soud za splněnou tuto subpodmínku v rámci § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ, nebylo třeba se již dále zabývat druhou subpodmínkou podle téhož bodu, neboť tyto dvě subpodmínky postačí splnit alternativně. Byť žalovaný v napadeném rozhodnutí splnění druhé z uvedených subpodmínek odvozoval od dílčího právního závěru, že žalobce je státem ovládán, část argumentace žalovaného, jak ji použil v bodech 72., 74. – 80. a 82. prvostupňového rozhodnutí, měla vést žalovaného podle zdejšího soudu k právnímu závěru ohledně splnění druhé z uvedených subpodmínek proto, že žalobce státem převážně financován. I přes toto dílčí pochybení žalovaného však závěr o tom, že žalobce je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, podle zdejšího soudu obstál a zčásti odlišný dílčí právní závěr zdejšího soudu (při hodnocení alternativně nastavených subpodmínek v rámci § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ) tudíž nevedl k nutnosti napadené rozhodnutí rušit.

Ke kasační stížnosti žalobce znovu rozhodoval Nejvyšší správní soud, který rozsudkem ze dne 16.2.2017, č.j. 9 As 211/2016 – 106, i tento rozsudek zdejšího soudu zrušil, neboť dospěl k závěru, že nelze připustit, aby krajský soud vytvářel zcela nové myšlenkové úvahy, kterými úvahy správního orgánu (žalovaného) nahradí,

přítom právě takového nepřijatelného postupu se zdejší soud dopustil při hodnocení, zda žalobce je veřejným zadavatelem; napadené rozhodnutí nedovodilo naplnění podmínky převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem a její naplnění shledal poprvé až zdejší soud.

Za tohoto stavu zdejší soud o žalobě rozhoduje znovu, i v naposledy uvedené otázce vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu (§ 110 odst. 4 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného i tentokrát podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body. O žalobě soud i tentokrát rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.

Skutková zjištění, jež vzal žalovaný za základ svých úvah, tj. uzavření konkrétních smluv na obchodní spolupráci (obchodní zastoupení) při náboru nových pojištěnců v letech 2011 a 2012 a platby fakturované na základě takto uzavřených smluv, nejsou mezi žalobcem a žalovaným sporná.

Zpochybňován je procesní postup žalovaného při opatření podkladů, z nichž shora uvedená skutková zjištění plynou; namítáno je porušení zásady zákazu sebeobviňování v souvislosti s povinností předložit žalovanému smlouvy a faktury týkající se „náboru pojištěnců“ v letech 2011 a 2012 k výzvě žalovaného v rámci správního řízení.

Rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidská práva i českého Ústavního soudu omezuje postupy veřejné moci ve vztahu k jednotlivci při opatřování podkladu rozhodnutí v tom směru, že nikdo není povinen proti sobě poskytovat důkazy v jakékoli formě (tedy i jinak než „osobní výpovědí“) proti své vůli. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva v několika věcech („*Funke*“, stížnost č. 10828/84, „*John Murray*“, stížnost č. 14310/88, „*P. G. a J. H.*“, stížnost č. 44787/98, „*Jalloh*“, stížnost č. 54810/00) dovedla, že nerespektování zákazu sebeobviňování může porušit právo na spravedlivý proces. Pokud jde o tuzemskou judikaturu, i v ní lze nalézt právní závěry k zákazu sebeobviňování v trestním řízení. Je pravdou, že český Ústavní soud dával zapravdu stěžovatelům, kteří namítali, že nemohou být pod hrozbou sankce nuceni k tomu, aby prostřednictvím jimi poskytované součinnosti umožnili opatření důkazu, který by následně mohl být použit proti nim – což by bylo sebeobviňování. Například v rozhodnutí I. ÚS 671/05 ze dne 22.2.2006 Ústavní soud judikoval, že stěžovatel, který jako obviněný odmítl sejmutí pachové stopy, nemůže být prostřednictvím pokuty nucen k tomu, aby opatřil, resp. svou součinností umožnil opatření důkazu, který by mohl být použit proti němu v trestním řízení. Nucení k poskytnutí součinnosti k sejmutí pachové stopy pomocí pořádkové pokuty bylo tedy chápáno jako nepřijatelný zásah do práv stěžovatele. K obdobným závěrům došel Ústavní soud i v dalších rozhodnutích, např. ve věci III. ÚS 655/06 ze dne 23.5.2007, kdy se stěžovatel odmítl podrobit odběru vlasů a

bukálního stěru, nebo ve věci I. ÚS 636/05 ze dne 21.8.2006, kdy označil za důvodnou stížnost podezřelé, která byla pod hrozbou sankce nucena k vydání účetnictví. Tu je však třeba poznamenat, že již při rozhodování ve věci III. ÚS 655/06 ze dne 23.5.2007 měl odlišné stanovisko ústavní soudce Jan Musil, který uvedl, že nikdo není povinen přispět aktivním způsobem, přímo či nepřímo, k vlastnímu odsouzení. Podstatná je tu přitom myšlenka „*příspění aktivním způsobem*“. Právě tento směr výkladu zásady zákazu sebeobviňování se pak odrazil i ve stanovisku pléna Ústavního soudu ze dne 30.11.2010, Pl. ÚS 30/10, podle kterého na úkony, které nevyžadují aktivní jednání obviněného či podezřelého, ale toliko strpení jejich provedení, nelze pohlížet jako na úkony, jimiž by byl obviněný či podezřelý donucován k ústavně nepřipustnému sebeobviňování.

Správní soudy se konstantně hlásí k názoru, že právo veřejných zakázek je součástí práva hospodářské soutěže; podle Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008) je smyslem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek nejen kontrola efektivního vynakládání veřejných prostředků, jak je obecně traktováno jako smysl základní, ale též kontrola (a sankcionování) postupů zadavatelů, které by poškozovaly hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli. To tedy mimo jiné znamená, že právo veřejných zakázek je judikatorně řazeno do oblasti práva hospodářské soutěže *lato sensu*. Standard procesních pravidel, jež jsou judikována ve vztahu k řízením vedeným pro podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže, je tedy třeba pokládat za obecně určující i ve vztahu k oblasti přezkumu postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek (zdejší soud na obdobném základě vystavěl kupř. argument o oprávněnosti průběžného zvyšování sankcí v rozsudku ze dne 6.12.2012 ve věci sp. zn. 62 Af 46/2011, kasační stížnost pak byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6.6.2013 ve věci sp. zn. 1 Afs 106/2012).

Standard aplikace zákazu sebeobviňování ve věcech ochrany hospodářské soutěže byl přitom již judikován na unijní úrovni; za klíčový lze podle soudu zdejšího pokládat závěr (dnešního) Tribunálu, jak byl podán v rozsudku ve věci „*Mannesmannröhren-Werke AG proti Komisi*“ ze dne 20.2.2001 (T-112/98). Zákaz sebeobviňování má být podle Tribunálu aplikován tak, že se při poskytování informací (odpovědi soutěžnímu úřadu) lze omezit na otázky týkající se skutkového stavu (ve smyslu tam zmiňované prejudikatury „*Orken*“), jelikož soutěžní úřad není oprávněn dotazovat se na subjektivní názory ani hodnotové soudy nebo nabádat k vytváření předpokladů či vyvozování důsledků; lze odmítnout odpovídat na otázky, které se netýkají pouze skutkového stavu a které by mohly vést k přiznání podílu na protiprávním jednání. Z myšlenek Tribunálu ve věcech, v nichž se uvedenou otázkou zabýval, jsou tedy ve vztahu k nyní posuzované věci dobře využitelné ty, jimiž Tribunál dovozuje následující:

1. Přiznání absolutního práva nevypovídat, jež v tamní věci mělo být projevem uplatnění práva neobvinit sama sebe a jež by se v nyní posuzované věci krylo

s odmítnutím poskytnout smlouvy s dodavateli (obchodními zástupci) a faktury, by zašlo za hranice toho, co je nezbytné pro zachování práva na obhajobu, a představovalo by pro soutěžní úřad vykonávající dohled nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek neodůvodněnou překážku v plnění jeho poslání.

2. Právo „nevypovídat“ je přiměřené přiznat jen do té míry, do jaké by byl vyšetřovaný (podezřelý) nucen poskytnout odpovědi, které by soutěžní úřad dovedly k připuštění existence protiprávního jednání, což jinak na základě zásady vyšetřovací přísluší soutěžnímu úřadu.

3. Soutěžní úřad je oprávněn zavázat vyšetřovaného (podezřelého) k tomu, aby poskytl veškeré potřebné informace vztahující se výlučně ke skutkovému stavu, které jsou mu známy, a aby soutěžnímu úřadu předal případně příslušné dokumenty, jež má k dispozici, a to i tehdy, když mohou sloužit k prokázání protiprávního chování vůči němu samotnému.

4. Oprávnění soutěžního úřadu podle bodu 3. se omezuje na zodpovězení čistě skutkových otázek a předávání pouze již existujících listin.

Právě uvedené se podle zdejšího soudu dobře kryje s přístupem Evropského soudu pro lidská práva, který ve věci stížnosti č. 54810/00 („*Jalloh*“), s využitím své prejudikatury, mimo jiné uvedl, že „právo mlčet“ se nevztahuje na užití materiálů v trestním řízení, které lze získat od obžalovaného za použití donucovacích pravomocí, které však existují nezávisle na vůli podezřelého. Že se v této věci jednalo o dokumenty získané na základě předchozího soudního povolení, to není podle zdejšího soudu podstatné, neboť na tom argumentace Evropského soudu pro lidská práva v uvedené věci nestojí (hodnoceno bylo totiž vynucené vypuzení drog ukrytých v žaludku vyvoláním zvracení jako porušení zákazu mučení nebo podrobování nelidskému či ponižujícímu zacházení).

Ve vztahu k nyní posuzované věci není třeba podrobně rozebírat fakt, že na řízení o správních deliktech se uplatní v principu stejné garance procesních práv jako v případě trestních řízení, byť intenzita práva na spravedlivý proces je jiná u „klasických“ trestních věcí (typicky trestní řízení vedené proti fyzické osobě s hrozbou trestu odnětí svobody) a jiná u řízení o jiném správním deliktu právnické osoby; Evropský soud pro lidská práva ostatně v rozsudku ze dne 23.11.2006 ve věci *Jussila proti Finsku*, stížnost č. 73053/01, uvedl, že jádro práva na spravedlivý proces podle čl. 6 Úmluvy není nutno striktně aplikovat v oblastech, které nejsou chápány jako součást „tradičního“ trestního práva; to tedy míru přísnosti pohledu na dodržení práva na spravedlivý proces v nyní posuzované věci může částečně snižovat, jistě však nikoli negovat zcela. Není třeba ani podrobně rozebírat fakt, že předmětem vyžádaných listin, jejichž předložení právo neobvinít sama sebe mohlo atakovat (resp. podle žalobce atakovalo), bylo zjištění uzavření smluv bez zadávacího řízení a navazujícího finančního plnění ze strany žalobce, jež s takto uzavřenými smlouvami souviselo – nic

z uvedeného není mezi žalobcem a žalovaným sporné. Jestliže však zdejší soud shrne shora uvedené, a sice že není porušením zásady zákazu sebeobviňování, pokud při vyžadování podkladů není vyšetřovaný (podezřelý) nucen poskytnout odpovědi, které by vyšetřující orgán dovedly k přípuštění existence protiprávního jednání, a není nucen poskytnout odpovědi jiné než vážící se výlučně ke skutkovým otázkám a poskytnout listiny jiné, než které v době vyžádání již existují, pak v nyní posuzované věci k porušení zásady zákazu sebeobviňování nedošlo. Žalobce totiž nebyl nucen poskytnout odpovědi, které by vedly k uznání či přípuštění existence jeho protiprávního jednání („k přiznání“), žalobce byl toliko vyzván k poskytnutí listin, u nichž žalovaný předpokládal, že jsou k dispozici. Pak tedy nebylo překročeno oprávnění žalovaného na předložení listin výlučně ohledně skutkových otázek, které pak sám žalovaný hodnotil, a to za situace, kdy tyto listiny (smlouvy a faktury) existovaly. Žalovaný tedy žalobce nenutil, aby pro žalovaného „vytvořil“ dokumenty, které by mohly být usvědčujícím důkazem, ani žalobce nenutil, aby se „přiznal“, resp. aby uznal své protiprávní jednání.

V uvedeném kontextu by se ostatně podle přesvědčení zdejšího soudu jevilo jako absurdní, aby žalovaný žalobce k předložení smluv a faktur vyzýval a aby jej svým poučením zároveň nabádal k jejich neposkytnutí (a aby pak neposkytnutí bylo pod ochranou). Zákaz donucování k sebeobviňování tedy v posuzované věci podle zdejšího soudu porušen nebyl a smlouvy a faktury, na jejichž existenci žalovaný své právní závěry ohledně porušení ZVZ vystavěl, tak nebyly získány v rozporu se zákonem.

V tomto žalobním bodu tedy žaloba důvodná není.

Pokud jde o hmotněprávní posouzení žalobcova jednání, podstatná je otázka, zda je žalobce vůbec (veřejným) zadavatelem. To žalobce zpochybňuje.

Podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ je veřejným zadavatelem (také) jiná právnická osoba (než vedená v § 2 odst. 2 písm. a/ – c/ ZVZ), pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. 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.

Aby tedy jiná právnická osoba (než vedená v § 2 odst. 2 písm. a/ – c/ ZVZ) byla (veřejným) zadavatelem, musí být splněna podmínka podle bodu 1., tj. založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň některá ze subpodmínek podle bodu 2., tj. buď že je



taková právnická osoba státem či jiným veřejným zadavatelem převážně financována (první subpodmínka) anebo že je taková právnická osoba státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu (druhá subpodmínka). Shodná konstrukce plyne i ze čl. 1 odst. 9 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, jež je v ZVZ implementována (rozsudek Soudního dvora ze dne 10.4.2008 ve věci C-393/06, „Aigner“).

Ohledně splnění podmínky podle bodu 1. sporu není; ani žalobce nezpochybnuje, že byl založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Splněním podmínky podle bodu 1. tedy není třeba se dále zabývat. Spor je ohledně splnění podmínky podle bodu 2.

Žalovaný ve vztahu k podmínce podle bodu 2. dovodil (souhrnně v bodu 71. prvostupňového rozhodnutí a poté od bodu 41. napadeného rozhodnutí), že je žalobce „ovládán státem“, neboť stát má faktický vliv na výkon činnosti žalobce, protože jeho činnost nefunguje nezávisle na státu; podle žalovaného český právní řád upravuje postup státu v oblasti povolování k provádění veřejného zdravotního pojištění, návrhu zdravotně pojistného plánu, zrušení a zániku pojišťovny, schvalování statutu, účetní závěrky a návrhu výroční zprávy nebo v případě nucené správy pojišťovny.

Zmiňuje-li žalovaný skutečnost, že zdravotní pojišťovny podléhají kontrole státních orgánů (§ 43 odst. 1 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, dále jen „zákon o veřejném zdravotním pojištění“), pak tato skutečnost pouze vyjadřuje existenci vrchnostenské oborové regulace, jež ovšem automaticky neznamená, že by stát (prostřednictvím jakékoli instituce) žalobce ovládal. Nikoli každý „vliv na výkon činnosti“, jak žalovaný sumarizuje v bodu 47. napadeného rozhodnutí, v sobě nutně musí zahrnovat prvek „ovládání“. Ovládání pro účely aplikace ZVZ většinou doktrína vykládá obdobně jako ovládání ve smyslu práva korporátního (aktuálně v souladu s § 74 a násl. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích) a zdejší soud s takovým výkladem souhlasí; ovládání je tedy spojeno s možností přímo nebo nepřímo prosazovat rozhodující vliv (§ 74 odst. 1 uvedeného zákona). Jde tedy – obecně řečeno – o možnost přímého vstupování či jiného působení do interních procesů ovládaného spojenou s možností určovat či ovlivňovat jeho strategická rozhodnutí či každodenní chování svými dílčími rozhodnutími. Nic v tomto směru z pouhé skutečnosti, že žalobce, stejně jako jiné zdravotní pojišťovny, podléhá kontrole, nevyplývá. Zdejší soud tedy obecně souhlasí se širokým pojetím „ovládání“, jak je žalovaný k žalobcově rozkladové argumentaci vysvětluje v bodu 50. napadeného rozhodnutí, nesouhlasí však se žalovaným, že by kontrola ze státních orgánů, jak ji žalovaný zmiňuje, takovým ovládáním byla.

Stejně tak ze skutečnosti, že k provádění veřejného zdravotního pojištění je třeba povolení, o jehož udělení rozhoduje vrchnostensky „stát“ (§ 3 zákona

č. 280/1992 Sb., o resortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, dále jen „zákon o pojišťovnách“), nelze učinit závěr, že by stát žalobce „ovládal“; podle zdejšího soudu jde o projev prosté vrchnostenské regulace. Tvrdí-li žalovaný, že žalobce, stejně jako jiné zdravotní pojišťovny, musí podle § 9 zákona o pojišťovnách vydat statut, kterým se určuje organizační struktura, postavení správní a dozorčí rady a ostatních orgánů, přitom statut podléhá schválení, a že podle § 15 zákona o pojišťovnách činnost žalobce z hlediska pojistného plánu a hospodaření zdravotní pojišťovny podléhá kromě kontroly i schválení, pak ani v tom prvek „ovládání“ ve shora uvedeném smyslu spolehlivě obsažen není; jde o prvky dohledu. Argumentuje-li pak žalovaný kontrolou podle § 7 odst. 1 věty první zákona o pojišťovnách, podle kterého kontrolu činnosti zaměstnanecké pojišťovny provádí Ministerstvo zdravotnictví v součinnosti s Ministerstvem financí, pak i v tomto případě jde o kontrolu, jež je stejně jako kontrola vyjádřená v § 43 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění projevem existující vrchnostenské regulace a dohledu, nikoli ingerence do samotného rozhodování žalobce. Z napadeného rozhodnutí neplyne, v čem žalovaný možnost reálného ovládání ve smyslu shora uvedeném (a ve smyslu, jak jej sám žalovaný v bodu 50. napadeného rozhodnutí vysvětluje) v důsledku existence této kontroly spatřuje. Jestliže pak žalovaný ve vztahu ke kontrole podle § 7 odst. 1 věty první zákona o pojišťovnách dovedl, že tato kontrola ze strany Ministerstva zdravotnictví v součinnosti s Ministerstvem financí činí z těchto orgánů „kontrolní orgány“, a proto je naplněna jedna ze dvou hypotéz druhé subpodmínky v rámci § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ (tj. že stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů ve statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu), pak podle zdejšího soudu jde o úvahu nesprávnou, neboť kontrolními orgány ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ se nerozumí kontrolní orgány vrchnostenské (v rámci výkonu vrchnostenské veřejnoprávní kontroly), jakými jsou uvedena ministerstva, nýbrž kontrolní orgány uvnitř osoby, ohledně níž se zkoumá, zda podmínky veřejného zadavatele naplňuje, postavené naroveň orgánům statutárním, správním či (v případě orgánů kontrolních především) dozorčím, tedy orgánům typu představenstvo, správní rada, dozorčí rada atd.

Se žalobcem je tedy třeba souhlasit v tom, že shora uvedeným způsobem žalovaným pojímané „ovládání státem“ bez dalšího obstát nemůže, neboť podmínka povolení pro činnost žalobce jako zdravotní pojišťovny, možnost jeho odnětí, pravomoc k výkonu kontroly a pravomoc stanovit omezující podmínky pro výkon činnosti jsou příznačné pro řadu oblastí, kde veřejná správa realizuje svůj výkon, aniž by takovéto oprávnění státu veřejnoprávně zasahovat do činnosti subjektu nutně vyvolávalo závěr o tom, že takový subjekt je „státem ovládan“, a tedy že se tím stává pro účely aplikace ZVZ veřejným zadavatelem. Zcela v souladu s názorem žalobce má zdejší soud za to, že řada rozmanitých aktivit v České republice je takto regulována (bankovní licence, povolení k provozování loterií, povolení k činnostem na kapitálovém trhu, ale i obecně vzato povolení k výkonu koncesované činnosti atd.) a adresáti takové regulace zadavateli výlučně z tohoto důvodu nejsou. Toliko veřejnoprávní regulace, jak ji popisuje žalovaný a jak na ni staví své nosné argumenty

pro dovození „ovládání státem“, tak pro dovození závěru o splnění podmínek „ovládání státem“ nemůže postačovat; jinak by byl veřejným zadavatelem kdokoli, jehož činnost (při současném splnění podmínky podle bodu 1.) by byla takto obdobně vrchnostensky regulována.

Podle zdejšího soudu tudíž dílčí úvaha žalovaného, podle níž je žalobce „ovládán státem“, obstát nemůže; stejně tak podle zdejšího soudu neobstojí náznak nikoli zcela čitelné úvahy žalovaného, že „stát volí či jmenuje více než polovinu členů kontrolního orgánu žalobce“ proto, že Ministerstvo zdravotnictví v součinnosti s Ministerstvem financí žalobce „kontroluje“.

Žalovaný již v prvostupňovém rozhodnutí (bod 72.) zároveň zmiňuje fakt, že financování žalobce je bezprostředně vázáno na přerozdělování veřejného zdravotního pojištění. To pak žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí konkretizuje v bodech 74. – 78. a 80. Odkazoval-li však takto žalovaný na úpravu tzv. zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění, který zřizuje Všeobecná zdravotní pojišťovna, a s tím související role Všeobecné zdravotní pojišťovny a dospěl-li k závěru, že Všeobecná zdravotní pojišťovna, kterou žalovaný označil za veřejného zadavatele, má vliv na výkon činnosti žalobce, z čehož pak dovozoval, že je podmínka „ovládání státem či jiným veřejným zadavatelem“ splněna, pak z bodu 37. rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16.2.2017, č.j. 9 As 211/2016 – 106, plyne, že z tzv. zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění neplyne žalobci převážná část příjmů (která naopak plyne z plateb pojistného), a uvedené se tedy nemůže stát základem pro závěr ohledně převážného financování státem. Skutečnost, že je Všeobecná zdravotní pojišťovna správcem uvedeného účtu, a to za situace, kdy způsob výpočtu částek odváděných na tento zvláštní účet či přijímaných z něj je předem určen, jak sám žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí uvedl, zároveň podle zdejšího soudu podle prvostupňového rozhodnutí žalovaného ani nenaznačuje, jak by mohl být žalobce v souvislosti s existencí a vedením tzv. zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění (Všeobecnou zdravotní pojišťovnou) „ovládán“. Ze samotné konstrukce tohoto účtu přitom žádné „ovládání“ žalobce Všeobecnou zdravotní pojišťovnou zdejšímu soudu neplyne.

Podle zdejšího soudu se tudíž nemůže stát základem pro závěr, je žalobce „ovládán státem či jiným veřejným zadavatelem“, ani úvaha objevující se od bodu 74. prvostupňového rozhodnutí ohledně tzv. zvláštního účtu veřejného zdravotního pojištění.

Ze shora uvedeného tedy zdejší soud uzavírá, že naplnění znaků veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ, jak jejich naplnění žalovaný dovodil v napadeném rozhodnutí, neobstojí. Za tohoto stavu je třeba napadené rozhodnutí zrušit podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení, neboť dovodil-li by zdejší soud sám naplnění znaků veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ z jiných dílčích důvodů,

než jak to učinil žalovaný, postupoval by nepřipustně, jak Nejvyšší správní soud dovodil v rozsudku ze dne 16.2.2017, č.j. 9 As 211/2016 – 106, a zdejšímu soudu vytknul.

Na žalovaném tudíž nyní bude, aby v případě, že setrvá na svém závěru, že žalobce je veřejným zadavatelem, svůj závěr opřel o jiné důvody, jež by měly oporu v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ. Zda se má žalovaný nadále zaměřovat na prokázání některé z hypotéz druhé subpodmínky podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ (tj. zda je žalobce státem či jiným veřejným zadavatelem ovládán nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu – zdejší soud na tyto hypotézy v souladu s jemu známou doktrínou nahlíží jako na dvě hypotézy jedné subpodmínky ze dvou celkových, Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 16.2.2017, č.j. 9 As 211/2016 – 106, obě varianty považuje za dvě subpodmínky ze tří celkových, obojí je však ve výsledku totéž) anebo zda má žalovaný zaměřit svoji pozornost na zkoumání první subpodmínky podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ (tj. zda je žalobce financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem), to zdejší soud, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu vyjádřeným v rozsudku ze dne 16.2.2017, č.j. 9 As 211/2016 – 106, musí ponechat na žalovaném.

Bez toho, že bylo spolehlivě dovozeno splnění některé ze subpodmínek podle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. ZVZ, nelze na žalobce nahlížet jako na veřejného zadavatele, a tedy nelze dovozovat, že by měl podle ZVZ postupovat a že nepostupoval-li tak, porušil ZVZ a dopustil se správního deliktu a je namístě jej pokutovat. Za tohoto stavu je tedy nyní předčasné vyjadřovat se k další žalobní argumentaci, která na závěr žalovaného, že je žalobce veřejným zadavatelem, navazuje.

#### V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s., ve vztahu k řízením o kasačních stížnostech proti rozsudkům zdejšího soudu ze dne 23.3.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 120, a ze dne 21.7.2016, č.j. 62 Af 13/2015 – 147, za použití § 110 odst. 3 s.ř.s. Žalobce byl ve věci proti žalovanému procesně úspěšným, a proto právo na náhradu nákladů řízení náleží procesně úspěšnému žalobci proti žalovanému. Tomu vznikly náklady na zaplacený soudní poplatek za žalobu (3 000 Kč) a za kasační stížnost proti druhému z uvedených rozsudků zdejšího soudu (5 000 Kč), a proto bylo žalovanému uloženo, aby je nahradil v celkové výši 8 000 Kč v přiměřené lhůtě 30 dnů.

#### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího

správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 1. března 2017

Za správnost vyhotovení:  
Romana Lipovská

David Raus, v.r.  
předseda senátu