



UOHSX003KXI6

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R180/2007/02-7844/2011/320/PMo

V Brně dne: 16.5.2011

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 26. 9. 2007 zadavatelem

- **společností THERMAL – F, a. s.**, IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zastoupené generálním ředitelem Josefem Nufusem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.9.2007 č. j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **společnosti THERMAL – F, a. s.**, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zastoupené generálním ředitelem Josefem Nufusem,

při zadání veřejné zakázky „**Zajištění úklidových služeb v hotelu THERMAL – F, a. s., IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary**“, formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19.2.2007 pod ev. č. 60004962 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20.2.2007 pod ev. č. 2007/S35-042906, kde dalšími účastníky správního řízení jsou

- navrhovatel – **AB Facility, a. s.**, IČ 26740168, se sídlem Kodaňská 46, 100 10 Praha 10, zastoupené předsedou představenstva RNDr. Miroslavem Tvrdým, která podala návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže,
- vybraný uchazeč – **GSUS s. r. o.**, IČ 25215213, se sídlem T. G. Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary, zastoupené jednatelem Jiřím Paurem, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise,

ustanovené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 4. 2010, č. j. 62 Ca 13/2008 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2010, č. j. 9 Afs 74/2010 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ze dne 6. 9. 2007

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Společnost THERMAL – F, a. s., IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zast. generálním ředitelem Josefem Nufusem (dále jen „zadavatel“), zadala formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19.2.2007 pod ev. č. 60004962 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20.2.2007 pod ev. č. 2007/S35-042906, veřejnou zakázku „Zajištění úklidových služeb v hotelu THERMAL – F, a. s., IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary“.
2. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem šest nabídek a po jejich posouzení a hodnocení dne 9. 5. 2007 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky společnosti GSUS s. r. o., IČ 25215213, se sídlem T. G. Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary, zastoupené jednatelem Jiřím Paurem (dále jen „vybraný uchazeč“). Proti rozhodnutí zadavatele podala společnost AB Facility, a. s., IČ 26740168, se sídlem Kodaňská 46, 100 10 Praha 10, zastoupená předsedou představenstva RNDr. Miroslavem Tvrdým (dále jen „navrhovatel“) námitky a dne 8.6.2007 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo ve věci zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.

Původní prvostupňové rozhodnutí

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6.9.2007 rozhodnutí č. j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm, kterým zrušil zadání veřejné zakázky, neboť

v postupu zadavatele konstatoval taková nesplnění povinností dle zákona, která mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč. Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek, když v dílčím hodnotícím kritériu „komplexní úroveň zajištění realizace veřejné zakázky“ s vahou 50 % stanovil podkritérium „úkony prováděné nad rámec zadání této veřejné zakázky, které jsou součástí nabídky“, což uchazeče vedlo k podání vzájemně neporovnatelných nabídek. Zadavatel pak nedodržel postup dle § 50 odst. 4 zákona tím, že v rámci kritéria „komplexní úroveň zajištění realizace veřejné zakázky“ stanoveného pro hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti jako podkritérium zvolil „přehled hlavního(ch) dodavatele(ů) úklidové chemie/produktů pro Vaši společnost, využití odborného školení poskytnuté výrobcem/dodavatelem úklidové chemie“, a „přehled dodavatelů úklidového a čistícího strojového vybavení“, přičemž tato podkritéria nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 50 odst. 1 písm. d) zákona. Zadavatel dle zjištění Úřadu nesplnil také povinnost dle § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, když neodůvodnil přiřazení konkrétních hodnot u každého dílčího hodnotícího kritéria a do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním.

4. V odůvodnění tohoto rozhodnutí se Úřad v první řadě zabýval otázkou, zda zadavatel odpovídá definici veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona. V této souvislosti deklaroval, že dle výpisu z obchodního rejstříku je předmětem podnikání zadavatele mimo jiné také „provoz nestátního zdravotního zařízení s druhem a rozsahem poskytované péče: FBLR – poskytování komplexní ústavní a ambulantní lázeňské péče – preventivní, kurativní a rehabilitační“ s tím, že tyto služby jsou dle prohlášení zadavatele hrazeny z veřejného zdravotního pojištění. Tato skutečnost je dle zjištění Úřadu vyjádřením zájmu státu na poskytování zdravotní péče, jež je tak činností ve veřejném zájmu, neboť čistě komerční aktivity by nebyly financovány ze zdravotního pojištění. Tím je dle názoru Úřadu splněna první část předmětné definice veřejného zadavatele, neboť jde o uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou ani obchodní povahu.
5. Splnění druhé části definice obsažené v ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, podle níž je veřejným zadavatelem také jiná právnická osoba, pokud je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu, Úřad dovodil opět z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele, ve kterém se uvádí, že jediný akcionář je Fond národního majetku ČR, Rašínovo nábřeží 42, 128 00, Praha 2, IČ: 41692918 (po zrušení FNM je právním nástupcem Česká republika – Ministerstvo financí). Úřad proto uzavřel, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
6. K zjištěným porušením zákonných povinností pak Úřad uvedl, že zadavatel v oznámení o zakázce i v zadávací dokumentaci jako popis předmětu zakázky uvedl, že se jedná o zajištění úklidových služeb v areálu hotelu, přičemž již úplně nevymezil druh, četnost a objem prací, které požaduje provádět. V rámci dílčího kritéria hodnocení nabídek blíže

vedl, že budou hodnoceny také úkony prováděné nad rámec zadání této veřejné zakázky, které jsou součástí nabídkové ceny. Zadavatel tedy přenesl konkrétní vymezení rozsahu veřejné zakázky na uchazeče, když zejména nevymezil, které úkony prováděné nad rámec zadání veřejné zakázky požaduje a bude také hodnotit. Pochybení zadavatele vedlo k tomu, že uchazeči podali vzájemně neporovnatelné nabídky, neboť každý ve své nabídce nabízel „zdarma“ jiné služby. Zadavatel tedy nedodržel postup dle § 44 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento úkon mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když uchazeči nebyli při zpracování nabídky obeznámeni s tím, které skutečnosti jsou pro zadavatele rozhodné.

7. Úřad následně deklaroval, že zadavatel formuloval dílčí hodnotící kritérium „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“, čímž zařadil mezi podkritéria dílčího kritéria také přehled dodavatelů produktů a strojů sloužících k plnění veřejné zakázky, ačkoliv se jedná o technické kvalifikační předpoklady dle § 56 odst. 2 písm. h) zákona. Zadavatel tím nesplnil podmínku dle § 50 odst. 4 zákona, podle které ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií. Popisovaný postup zadavatele mohl dle názoru Úřadu podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť hodnocení nabídek podle nezákonně stanovených subkritérií mohlo vést k jinému výsledku, než kdyby předmětná subkritéria stanovena nebyla.
8. Úřad pak k výše zjištěným pochybením zadavatele uvedl, že vymezení předmětu zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek a stanovení hodnotících kritérií pro hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci, které jsou v souladu se zákonem, jsou skutečnostmi důležitými pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení a dále i pro zpracování srovnatelných nabídek. Pochybení zadavatele proto nelze napravit jinak, než zrušením zadávacího řízení.
9. Vzápětí Úřad konstatoval, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje popis způsobu hodnocení ani odůvodnění přiřazení konkrétních hodnot u každého dílčího hodnotícího kritéria jednotlivé nabídky. Z hodnot dílčích hodnotících kritérií přiřazených jednotlivým nabídkám dle něj nevyplývá, které skutečnosti vzal zadavatel v úvahu a na základě čeho byly tyto hodnoty vypočteny. Zadavatel tak nedodržel postup dle ustanovení § 79 odst. 3 zákona v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, přičemž i tento úkon zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze ověřit, zda byla na základě takového hodnocení vybrána nejvhodnější nabídka.

II. Námitky rozkladu

10. Proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí podal zadavatel dne 26.9.2007 rozklad, ve kterém deklaroval, že žádným z úkonů při zadání veřejné zakázky neporušil zákon s tím, že k pochybení nedošlo ani vydáním rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

Navrhl proto, aby předseda Úřadu zastavil vedené správní řízení pro věcnou nepříslušnost, respektive aby původní prvostupňové rozhodnutí zrušil.

11. K naplnění definice veřejného zadavatele zadavatel uvedl, že vykonává činnosti, které mají obchodní povahu a nejsou financovány státem ani veřejným zadavatelem. I jeho vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu obchodního charakteru, což dovozuje z toho, že výše úhrady služeb poskytovaných na základě těchto smluv není prováděna ani na základě úhradové vyhlášky, ani na základě bodového systému, ale je různá v jednotlivých případech a není ani stejná pro všechny zdravotní pojišťovny, jejichž pojištěncům jsou služby poskytovány. V této souvislosti zadavatel odmítl odkaz na rozsudek ESD č. C-470/99, Universale-Bau AG a Bietergernein-Schaft ze dne 12.12.2002. Zadavatel dle svého tvrzení poskytuje služby, které jsou předmětem podnikání s tím, že tak jsou ryze obchodního charakteru a jsou poskytovány na základě smluv uzavřených s cílem dosažení zisku. To, že v některých případech je druhou smluvní stranou zdravotní pojišťovna, nemůže dle tvrzení zadavatele vést k tomu, že by mohl být podnikatel ve své obchodní činnosti oproti konkurenčním firmám znevýhodněn tím, že by byl zařazen mezi zadavatele veřejných zakázek s negativními dopady, které z takové situace mohou nastat a které mohou znamenat i nemožnost provádět služby, které jsou zdrojem příjmu zadavatele, v čemž zadavatel spatřuje narušení rovnosti podmínek v rámci hospodářské soutěže. Zadavatel v této souvislosti odmítl odkazy na rozsudky ESD i jiné rovněž s poukazem na to, že právní systém ČR není založen na systému používání soudních precedentů.
12. Zadavatel následně podotkl, že jeho postup snese i měřítko, která byla nastavena v zákoně. K deklarovánému porušení § 44 odst. 1 zákona zadavatel uvedl, že předmět plnění zakázky byl podrobně vymezen v příloze č. 1 „Specifikace prací“ – tyto práce všichni uchazeči ocenili s tím, že tyto vzájemně srovnatelné údaje byly předmětem hodnocení v rámci hodnotícího kritéria „Výše nabídkové ceny bez DPH“. Úkony nabídnuté uchazeči nad rámec tohoto vymezení předmětu veřejné zakázky jsou pak jakýmsi bonusem poskytovaným uchazeči a byly vyhodnoceny samostatně za použití verbálně numerické stupnice, kde konečný číselný údaj vyjadřoval výhodnost nabídky v daném dílčím kritériu hodnocení.
13. K použití podkritéria hodnocení „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“ zadavatel uvedl, že tyto údaje přímo ovlivňují užitnou hodnotu a kvalitu nabízených služeb a jsou jednoznačně hodnotitelné. Pokud tedy § 78 odst. 4 zákona stanoví, že dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění i vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, dle zadavatele není důvod se domnívat, že hodnocením těchto údajů se dopustil porušení § 55 odst. 4 zákona.
14. K porušení § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona zadavatel podotkl, že způsob hodnocení je patrný z tabulek, kam jednotliví členové hodnotící komise zapisovali číselné údaje bodových hodnot, které přiřadili podle výhodnosti nabídky v daném kritériu. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek (konkrétně pak hodnotící tabulky včetně sumarizačních

údajů) dle zadavatele obsahuje všechny údaje požadované zákonem, když je tam obsažena rovněž numerická stupnice se stupni „vyhovuje nejlépe“ (76-100), „vyhovuje“ (51-75), „vyhovuje méně“ (26-50) a „nevyhovuje“ (0-25). Dle jeho názoru neumožňuje platná právní úprava ve zprávě uvést hodnocené údaje z nabídek s tím, že by tím zadavatel porušil rovněž hospodářské tajemství. Uvedení údajů z nabídek zdůvodňující přiřazení konkrétních hodnot u každého dílčího kritéria do hodnotící zprávy, do které může nahlížet každý uchazeč, by tak bylo rovněž porušením obchodního tajemství. Zadavatel proto opakovaně konstatuje, že veškeré jím provedené úkony byly provedeny transparentně, bez jakékoli diskriminace kteréhokoli účastníka řízení a při dodržení principu rovného zacházení. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu správní řízení zastavil pro věcnou nepříslušnost Úřadu, respektive napadené rozhodnutí zrušil, pokud by byl Úřad k rozhodnutí o návrhu na zahájení správního řízení věcně příslušný.

III. Řízení o rozkladu

15. V rámci řízení o rozkladu měl předseda Úřadu k dispozici vyjádření navrhovatele k rozkladu ze dne 10. 10. 2007. V něm označil tvrzení zadavatele, že není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, za účelové. Navrhovatel podotkl, že zadavatel v průběhu zadávání veřejné zakázky postupoval dle zákona, a proto je pro něj velmi obtížné pochopit, proč nyní zadavatel namítá, že Úřad není věcně příslušný jeho postup přezkoumat. Navrhovatel má za to, že zadavatel naplňuje definici dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona a mimo jiné uvádí, že zadavatel byl alespoň z části založen s cílem privatizace státního majetku, a tedy zjevně k uspokojování potřeb veřejného zájmu. Vzhledem k tomu, že dle obchodního rejstříku je jediným vlastníkem akcií zadavatele FNM ČR, je dle něj málo pravděpodobné, že by tato společnost byla založena výlučně k běžné podnikatelské obchodní činnosti s cílem maximalizovat zisk. Mnohem pravděpodobnější se navrhovateli jeví cíl správy státního majetku s cílem jeho budoucí privatizace, přičemž takový stav by vylučoval obchodní, natož průmyslovou povahu zadavatele. Navrhovatel požádal Úřad, aby si vyžádal potřebné dokumenty a shora uvedené úvahy buď potvrdil, nebo vyvrátil.
16. Navrhovatel měl dále za to, že předmět veřejné zakázky nebyl vymezen v podrobnostech nutných ke zpracování nabídky. Z rozkladu pro navrhovatele rovněž vyplývá, že zadavatel nevnímá rozdíl mezi kvalifikačními předpoklady a obchodními podmínkami. Navrhovatel se následně ztotožnil s argumentací původního prvostupňového rozhodnutí a odmítl argument rozkladu, že nelze zveřejnit hodnocené skutečnosti z důvodu ochrany obchodního tajemství jako absurdní, když ochrana obchodního tajemství se dle navrhovatele netýká fáze hodnocení nabídek, nýbrž přezkumného procesu na straně Úřadu.

IV. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí a po posouzení případu ve všech vzájemných souvislostech předseda Úřadu přezkoumal původní prvostupňové rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dne 10. 12. 2007 vydal rozhodnutí č. j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr, kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Předseda Úřadu uvedl, že Úřad tím, že v původním prvostupňovém

rozhodnutí ze dne 6.9.2007 deklaroval nedodržení postupu ze strany zadavatele stanoveného v ustanovení § 44 odst. 1 zákona a v ustanovení § 50 odst. 4 zákona, pročež zrušil předmětné zadávací řízení, a tím, že deklaroval nedodržení postupu ze strany zadavatele stanoveného v ustanovení § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

18. Předseda Úřadu v rámci odůvodnění svého druhostupňového rozhodnutí (dále jen "původní druhostupňové rozhodnutí") poukázal na následující skutečnosti. K otázce (ne)naplnění definice zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona a v souvislosti s námitkou zadavatele, podle které jím poskytovaná zdravotní péče je činností obchodní povahy ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť tyto služby jsou poskytovány úplatně (s tím, že jednotliví smluvní partneři včetně zdravotních pojišťoven mají různou výši úhrad), předseda Úřadu deklaroval, že zadavatel ve své argumentaci zjevně akcentuje skutečnost, že poskytování zdravotnických služeb se neděje zdarma, ale za úplatu. Toto však nevyvrací fakt, že se jedná o činnost ve veřejném zájmu – ten nevyklučuje úplatnost předmětné činnosti, ba dokonce ani její ziskovost. Pojmovým znakem činnosti ve veřejném zájmu je existence zájmu státu tuto činnost provádět, nikoliv provádět ji zdarma. V daném případě je zde zájem státu poskytovat zdravotní péči v subjektu, který je v majetku státu, respektive jeho organizačních složek, a k úhradě této činnosti ve veřejném zájmu jsou používány platby z veřejného zdravotního pojištění. Doplnil, že zadavatel sice může na základě této poskytované služby vykazovat i zisk, avšak nejedná se výhradně a pouze o činnost obchodní či průmyslové povahy, a v tomto smyslu je tedy na tuto činnost nutno pohlížet jako na naplnění definice veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
19. V souvislosti s konstatováním zadavatele odmítajícím odkaz na rozsudky ESD, který byl uveden v odůvodnění původního prvostupňového rozhodnutí, předseda Úřadu poznamenal, že odkaz na judikaturu ESD je v odůvodnění tohoto rozhodnutí uveden nikoli jako odkaz na pramen práva, který by byl pro Úřad či adresáty práva v ČR závazný, ale pouze jako podpůrné výkladové stanovisko, ze kterého Úřad vychází při interpretaci a aplikaci zákona. Uvedené dle něj dosvědčuje mimo jiné formulace předmětného odkazu, kdy Úřad na straně 7 tohoto rozhodnutí výslovně uvádí, že „Úřad rovněž vychází z Rozsudku ESD...“. Úřad tedy neprezentuje tento judikát jako závazný pramen práva, kterým je povinen se řídit v rámci správního řízení, ale pouze jako další podpůrný argument pro již dříve vyslovené právní závěry. Námitka, že přijímání soudních judikátů jako pramenů práva je v právním řádu ČR nepřípustné, tedy nebyla akceptována. K věcnému obsahu předmětných rozsudků ESD pak předseda Úřadu uvedl, že dané rozsudky řešily případy, kdy veřejný zadavatel je nejen přímo založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, ale i situaci, kdy subjekt vznikl jiným způsobem a za jiným účelem, avšak v průběhu své existence „převzal odpovědnost“ za zajištění činností ve veřejném zájmu, a tedy i tímto způsobem naplňuje definici veřejného zadavatele, která je do českého právního řádu implementována v ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Úřad proto nevyslovil, že zadavatel „převzal odpovědnost“ za uspokojování potřeb veřejného zájmu, a proto není třeba s tímto tvrzením polemizovat. Úřad v daném rozhodnutí pouze konstatoval, že zadavatel předmětné činnosti vykonává a je proto veřejným zadavatelem, přičemž již nebylo třeba zkoumat, zda tyto činnosti vykonává od okamžiku svého vzniku (zda byl „založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného

zájmu“), a nebo zda je počal vykonávat až v průběhu své existence, neboť v obou případech by se dle předsedy Úřadu jednalo o naplnění podmínky předmětné definice dle § 2 odst. 2 písm. d) bod 1 zákona.

20. V souvislosti s problematikou vymezení předmětu dané veřejné zakázky předseda Úřadu deklaroval, že předmětem plnění zakázky je veškeré plnění, které dodavatel na základě uzavřené smlouvy poskytuje zadavateli. Je pak nerozhodné, jak zadavatel jednotlivé části toho plnění pojmenuje – tedy zda například část plnění označuje za „bonus zdarma“, neboť je zřejmé, že i toto plnění je poskytováno v rámci uzavřeného smluvního vztahu. Dle něj si lze jen stěží představit situaci, že by dodavatel poskytoval zadavateli pouze tento „bonus zdarma“, aniž by existovala i zbylá část plnění, která je zadavatelem přímo hrazena a do které tak měl dodavatel možnost „rozpustit“ i náklady a zisk z poskytování bonusových činností s tím, že i „zdarma“ poskytované služby jsou bezpochyby součástí předmětu plnění. Doplnil, že dovedením teorie zadavatele ad absurdum by bylo možno zadávat veřejnou zakázku, kde zadavatelem definovaný a označený předmět plnění by byl jen marginální částí požadovaného plnění, a zbylá podstatná část by pod formálním označením „bonus zdarma“ nebyla v zadávací dokumentaci vůbec specifikována. Takový postup by pak byl v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Plnění, které uchazeči nabízeli zadavateli „zdarma“ a které bylo předmětem hodnocení v podkritériu „úkony prováděné nad rámec zadání této veřejné zakázky, které jsou součástí nabídky“, tvoří předmět plnění zakázky a jako takové měly být dle předsedy Úřadu podrobně specifikovány, aby uchazeči znali přesný rozsah zadavatelem poptávaného plnění a mohli zadavateli předložit vzájemně srovnatelné nabídky s tím, že zadavatel svým úkonem fakticky přenesl vymezení předmětu plnění na uchazeče a postupoval tak v rozporu s § 44 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel mimo jiné odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace.
21. Pokud se jedná o otázku zahrnutí kvalifikačních předpokladů v hodnotících kritériích, uvedl předseda Úřadu následující skutečnosti. Dle něj se lze obecně ztotožnit s tvrzením zadavatele, že i tyto údaje mají vztah ke kvalitě realizace veřejné zakázky a přímo či nepřímo ji ovlivňují – avšak tento vliv na kvalitu mají v zásadě veškeré zadávací podmínky, které zadavatel formuluje. Nelze proto bez dalšího dovozovat, že cokoli, co má vliv na kvalitu nabídky, je současně hodnotitelné v rámci kritérií hodnocení. Podotkl, že v hlavě V. zákona jsou definovány skutečnosti, které mohou být předmětem kvalifikace, a tedy nikoliv kritériem hodnocení s tím, že dle § 56 odst. 2 písm. h) zákona se mezi technické kvalifikační předpoklady řadí rovněž „přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici“. Údaje hodnocené zadavatelem v předmětném podkritériu pak dle něj lze zařadit pod takto definované údaje s tím, že vzhledem k ustanovení § 50 odst. 4 zákona nemohly být předmětem hodnocení. Pokud zadavatel chtěl akcentovat ekologické vlastnosti těchto pomůcek, pak tak mohl učinit vymezením minimálních požadavků na jejich ekologické vlastnosti, které by uchazeči byli povinni splnit v rámci kvalifikace. Předmětné skutečnosti však nemohou být jedním z podkritérií hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek – argumentace zadavatele tak byla i v tomto bodě neopodstatněná.

22. V souvislosti s problematikou týkající se náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek předseda Úřadu konstatoval, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a především z její přílohy obsahující sumarizační tabulku lze zjistit pouze to, kolik který člen komise přidělil bodů konkrétní nabídce. Ze zprávy však dle něj žádným způsobem nevyplývá, na základě jakých údajů z nabídek uchazečů členové komise dospěli k předmětnému bodovému hodnocení – tedy v čem byla konkrétní nabídka, které přiřadili více bodů, lepší v daném kritériu oproti nabídce s nižším bodovým hodnocením. S tvrzením zadavatele, že podrobným zdůvodněním by došlo k porušení obchodního tajemství, nelze souhlasit, neboť smyslem transparentního odůvodnění hodnocení nabídek je specifikovat vzájemný vztah nabídek z pohledu jejich ekonomické výhodnosti a zdůvodnit, které aspekty byly pro toto srovnání zásadní a rozhodné. Tyto skutečnosti pak nemohou být předmětem obchodního tajemství, neboť se nejedná o konkrétní individualizované údaje, ale jejich obecné zhodnocení a srovnání v kontextu ostatních nabídek.

V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

23. Dne 4. 2. 2008 podal zadavatel (dále jen „žalobce“) proti původnímu druhostupňovému rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen "soud"). Touto žalobou se žalobce domáhal zrušení původního druhostupňového rozhodnutí vydaného předsedou Úřadu dne 10. 12. 2007. Předseda Úřadu (dále jen „žalovaný“) podal k předmětné žalobě dne 9. 7. 2008 vyjádření. Soud podané žalobě rozsudkem č. j. 62 Ca 13/2008 ze dne 15. 4. 2010 vyhověl a původní druhostupňové rozhodnutí ze dne 10. 12. 2007 zrušil a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení.
24. Soud v odůvodnění svého rozsudku v první řadě konstatoval, že posouzení toho, zda je žalobce veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, je jedinou a klíčovou spornou skutečností mezi žalobcem a žalovaným.
25. Doplnil, že pro vyslovení závěru, že žalobce je veřejným zadavatelem dle zákona, musí být kumulativně splněno několik podmínek s tím, že první podmínkou je skutečnost, že jde o právnickou osobu. Druhou podmínkou je pak skutečnost, že tato právnická osoba byla zřízena zákonem či na základě zákona; třetí podmínkou 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 je tato právnická osoba 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.
26. V souvislosti s jednotlivými podmínkami deklaroval soud následující skutečnosti. Vzhledem k tomu, že žalobce je právnickou osobou, je dle něj první podmínka splněna.
27. Pokud se jedná o podmínky zřízení na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu, poukázal soud na to, že 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 ze dne 24. 3. 1999 sepsaného žalobcem, bez výzvy k upsání akcií. Doplnil, že po zrušení Fondu národního majetku byl jeho veškerý majetek převeden na Českou republiku a jediným akcionářem stěžovatele se tak stalo Ministerstvo financí. Následně deklaroval, že s ohledem na stanovisko NSS vyjádřené v řízení o kasační stížnosti žalobce proti předchozímu rozsudku soudu, v rámci kterého NSS neshledal, že by stát v době, kdy žalobce kontrahoval plnění, které měl dle žalovaného zadávat podle zákona (přestože byl stoprocentním akcionářem), jakkoli do činnosti žalobce aktivně zasahoval či ho finančně podporoval, je již tato otázka vyřešena. Vzápětí poukázal na judikaturu Soudního dvora, podle které je mezi okolnostmi relevantními pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele uváděna okolnost zřízení subjektu – zároveň je však považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu v předmětné době vykonávána.

28. Poté soud podotkl, že pouhá skutečnost, že stoprocentním akcionářem žalobce je stát, který je dle zákona veřejným zadavatelem, neznamená, že by měl být také považován za veřejného zadavatele, což lze dovodit i 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 subjekt nemůže být označen jenom proto, že je jeho většinovým vlastníkem veřejný zadavatel, nebo že na daný subjekt byly převedeny prostředky veřejným zadavatelem získané činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu. I s ohledem na závěr NSS vykonával stát kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně zasahoval do činnosti žalobce či jej finančně podporoval, nebo si nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice ponechával zásadní vliv.
29. Soud poukázal na ustanovení § 1 odst. 1 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o péči o zdraví lidu"), dle kterého 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") pak vyplývá, že nestátním zdravotnickým zařízením se rozumí jiné zdravotnické zařízení, než zdravotnické zařízení státu s tím, že žalobce je právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku poskytující zdravotní péči. Z uvedeného je tak zcela zřejmé, že žalobce je též nestátním zdravotnickým zařízením, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž "soutěží" o klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby.
30. Soud dále zdůraznil, že žalobce není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu předmětných zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění s tím, že veškeré fyzické a právnické osoby mají dle zákona č. 160/1992 Sb. možnost získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vymezených v § 9 tohoto zákona vztahujících se k osobě provozovatele – z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídající druhu a rozsahu zdravotní péče poskytované příslušným zařízením dle zákona

č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Dle § 17 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, mají nestátní zdravotnická zařízení za zákonem stanovených podmínek možnost uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami.

31. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je tak dle soudu zřejmé, že žalobce je subjektem působícím v hospodářské soutěži, i když na zcela specifickém relevantním trhu – trhu s lázeňskými službami. Není pochyb o tom, že na tomto specifickém trhu působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty, které poskytují stejné či zaměnitelné služby, a které mají také možnost uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění. Je proto evidentní, že žalobcův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru – stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující stejné služby jako žalobce, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se v takovém subjektu účastní.
32. Jak bylo judikováno Soudním dvorem, skutečnost, že subjekt svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže, sama o sobě nemůže vést k závěru, že daný subjekt naplňuje potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou či obchodní povahu – neboť i přesto, že určitý subjekt působí v hospodářské soutěži, je financován a kontrolován státem, územními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, v rámci svého výběru se může rozhodovat dle jiných než ekonomických kritérií. Významným indikátorem toho, že by se o potřeby mající průmyslovou či obchodní povahu mohlo jednat, je skutečnost, že daný subjekt působí v hospodářské soutěži, což je nutno zohlednit při úvahách o povaze uspokojovaných potřeb jako relevantní skutečnost. Pokud subjekt vykonává soutěžní činnost, je nutné zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které potvrdí, případně vyvrátí hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu. V této souvislosti je pak nutné posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při této činnosti rozhoduje. Pokud by se jednalo o účel dosažení zisku a ekonomická kritéria, pak je dle soudu nepravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. To, že daný subjekt provozuje činnost výlučně za účelem zisku, je skutečností, jež je nutno při úvaze o jeho charakteru v souvislosti se statutem veřejného zadavatele vždy zohlednit, což lze vyvodit z rozsudku Soudního dvora ze dne 11. 6. 2009 ve věci *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopedie Schuchtechnik proti AOK Rheinland/Hamburg*, C - 300/07, ve kterém je uvedeno, že *"dotčené veřejné zdravotní pojišťovny jsou totiž právními 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 dle soudu *a contrario* vyplývá, že poskytování služeb s cílem dosažení zisku v posuzování povahy uspokojovaných potřeb zaujímá velmi důležitou roli.
33. Následně se soud zaměřil na otázku, za jakým účelem žalobce svou činnost v předmětné době primárně provozoval, a jak se na této činnosti projeví příjmy pocházející z veřejných

zdrojů. Podotkl, že portfolio žalobcovy činnosti tvořilo v letech 2005 a 2006 "léčení", "ubytování", "pronájem", "provoz parkoviště", "provoz bazénu" a "hostinské činnosti" (dle dosažených tržeb v roce 2005 to vše z cca 96,5%, v roce 2006 to vše z cca 97,5%). V letech 2005 a 2006 tedy žalobce podnikal především v oblasti "léčení", "ubytování", "pronájem", "parkovného", "bazénu" a "hostinské činnosti" – zbylými činnostmi žalobce dosahoval okolo 3% tržeb – a jde tak z celkového pohledu o zanedbatelné činnosti. Jestliže se pak činnost označená jako "léčení" a "ubytování" na žalobcových tržbách podílí z více než 3/4, pak lze tyto dvě činnosti dle soudu považovat za činnosti nosné – tyto činnosti jsou tak činnostmi, za jejichž účelem vykonával žalobce činnost v rozhodném období primárně.

34. Dále poznamenal, že pokud jde o tržby z primárně vykonávané činnosti žalobce, pak tržby z "léčení" a "ubytování" byly tvořeny především příjmy z léčení cizinců a příjmy z ubytování. Příjmy od zdravotních pojišťoven jsou v poměru k tomu vykazovány ve výši do 2,5% s tím, že pokud příjmy, jež by měly souvislost s veřejnými zdroji, nepřesáhly 2,5% primární činnosti žalobce (tedy přes 3/4 portfolia jeho veškeré činnosti), pak jde o příjmy ve vztahu k celkové žalobcově činnosti bagatelní. A pokud jde o "ubytování", na ně se ani dle žalovaného plnění (platby) pocházející z veřejného zdravotního pojištění neprojeví – zbývá tak oblast samotného "léčení". Dle soudu je zřejmé, že tržby z této činnosti u žalobce v daném období dosahovaly podílu na veškerých žalobcových tržbách přesahujícího 60%. Ve vztahu k uvedené činnosti ("léčení") se tak soud zabýval zdroji plnění za tyto služby, tj. nakolik se tu projevují prostředky veřejného zdravotního pojištění s tím, že tržby za léčení tuzemců a cizinců v letech 2005 a 2006 dosáhly částky přesahující 84 mil. Kč a tržby pocházející z plnění od zdravotních pojišťoven dosáhly v letech 2005 a 2006 částky kolem 2,5 mil. Kč. Z toho soud dovedl, že na primární žalobcově činnosti se plnění, u něhož by bylo možno dovozovat souvislost s veřejnými zdroji, projevuje pouze okrajově – na zbylých činnostech žalobce se neprojevuje vůbec.
35. V souvislosti s navazující otázkou "*podle čeho se žalobce při své činnosti rozhoduje*", poukázal soud na to, že východiska a podnikatelské úvahy žalobce obsažené v jeho výročních zprávách nevykazují podstatná specifika oproti východiskům a úvahám, jež by pravděpodobně musely hrát klíčovou roli u kteréhokoli "běžného" podnikatele. Doplnil, že pokud se žalobce zabývá důvody poklesu návštěvníků a snaží se o udržení pozic na trhu, o snižování nákladů a o snižování počtu pracovníků a jestliže definuje problémové otázky a hledá-li postupy při inovacích a snižování nákladů, pak tyto úvahy nevykazují žádný specifický znak, který by byl příznačný pro veřejnoprávní subjekt. Ze soudem zjištěného skutkového stavu nevyplývá, že by se žalobce při své činnosti rozhodoval na základě jiných než výlučně podnikatelských principů – nelze tak dovozovat, že by jeho činnost vykazovala jakýkoli rys jiné činnosti, než činnosti primárně směřující k dosažení zisku. K tomu soud uzavřel, že pokud je žalobce subjektem hospodářské soutěže a pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské; pokud žalobce v době, kdy měl kontrahovat plnění coby veřejnou zakázku, vykonával činnost primárně za účelem dosažení zisku a pokud jeho příjmy, jež by mohly souviset s plněním z veřejných zdrojů, jsou ve vztahu k ostatním příjmům žalobce příjmy okrajovými, pak jsou tyto skutečnosti indikátorem toho, že na něj nelze pohlížet jako na zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

36. Následně se soud zabýval tím, zda žalobce nese ztráty vzešlé ze své činnosti či nikoli a došel k závěru, že dané ztráty žalobce skutečně sám nese. Soud doplnil, že žalobce v letech 2005 a 2006 hospodařil se ztrátou s tím, že z výkazu zisku a ztrát za tyto roky nevyplývá, že by Česká republika žalobci jeho ztráty jakkoli kompenzovala, ani že by se na jeho činnosti v této souvislosti jakkoli podílela – pokud tedy žalobce vůči České republice coby svému jedinému akcionáři neměl v letech 2005 a 2006 žádné pohledávky ani závazky a pokud přitom disponoval dostatečným krátkodobým majetkem, aniž by musel využívat jiných zdrojů, pak je zřejmé, že uvedené ztráty nese sám.
37. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že žalobce svou činnost provozuje primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzniklé jeho činností a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící na stejném relevantním trhu. Příjmy pocházející z veřejného zdravotního pojištění se na jeho příjmech podílejí bagatelně s tím, že při jeho činnosti nebylo dovozeno žádné "zvýhodnění", jež by se žalobci mělo dostat – žalobce tak působí jako "běžný" podnikatelský subjekt (jeho podnikatelské chování není ovlivněno ingerencemi státu a kromě bagatelní úhrady z veřejného zdravotního pojištění nehospodaří s veřejnými zdravotními prostředky). A pokud jde o plnění pocházející z veřejných zdrojů, to se žalobci dostává za stejných podmínek jako jiným subjektům, které poskytují stejné či zaměnitelné služby jako žalobce a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.
38. Soud dále podotkl, že pokud by mělo být využito komunitární judikatury na podporu tvrzení, že pro naplnění definice veřejného zadavatele postačí, že část jeho podnikání je vykonávána ve veřejném zájmu nikoli průmyslové či obchodní povahy a pokud již byla tato otázka z podstatné části zodpovězena NSS v předchozím průběhu řízení a pokud dal NSS pro dořešení zbylých otázek soudu jasný návod, co má být pro posouzení této otázky určující, pak soud nenalezl způsob, jak ke komunitární judikatuře (zmiňované žalovaným) více přihlížet, resp. činit z ní opačné závěry.
39. Soud následně uzavřel, že žalobce svým podnikáním vykonává potřebu, která má "běžnou" průmyslovou či obchodní povahu s tím, že jím vykonávaná činnost nevykazuje žádný znak takového charakteru, jak je stanoven § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Jak bylo deklarováno, na žalobce nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele. Vzhledem k tomu, že je rozhodnutí žalovaného v otázce charakteru žalobce založeno na opačném závěru, je stíženo nezákonností při výkladu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a nemůže obstát – žalobce není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a proto vůbec neměl povinnost postupovat dle zákona a nemohl jej tedy svými úkony porušit

VI. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem

40. Žalovaný se kasační stížností podanou dne 27. 4. 2010 (a doplněnou dne 15. 6. 2010) domáhal zrušení rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 13/2008 ze dne 15. 4. 2010. Na jejím základě vydal Nejvyšší správní soud dne 21. 10. 2010 rozsudek č. j. 9 Afs 74/2010, kterým předmětnou kasační stížnost žalovaného zamítl, jelikož po přezkoumání jí

napadeného rozsudku Krajského soudu v Brně dospěl k závěru, že není důvodná. V rámci odůvodnění svého rozsudku pak uvedl mimo jiné následující. Konstatoval, že soud se dostatečně zabýval závěry uvedenými v příslušných rozsudcích Soudního dvora ES, ve kterých bylo deklarováno, že pro odpověď na otázku týkající se povahy potřeb uspokojovaných předmětným subjektem je stěžejní posoudit okolnosti, které převládaly v době založení společnosti a které doprovázely její činnost. Dle NSS se soud v odůvodnění svého rozsudku podrobně zabýval otázkou zřízení žalobce a charakterem jeho činnosti v inkriminované době; i skutečností, zda žalobce primárně uspokojuje potřeby za účelem zisku, a také skutečností, zda svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže. Rovněž se zabýval tím, zda žalobce nesl ztráty z jeho činností vzešlé, či nikoli. Přitom dospěl k závěru, že žalobce svou činnost provozuje primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzešlé ze své činnosti a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící v rámci stejného relevantního trhu a přesto, že byl zřízen státem a stát je 100% akcionářem žalobce, není ovlivňován jeho kontrolními ani finančními ingerencemi.

Stanovisko předsedy Úřadu

41. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustanovenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise a k právním závěrům soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.
42. Původní druhostupňové rozhodnutí, které potvrdilo výrok původního prvostupňového rozhodnutí č. j. S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ze dne 6. 9. 2007, kterým Úřad zrušil předmětné zadávací řízení z důvodu nedodržení postupu ze strany zadavatele stanoveného v ustanovení § 44 odst. 1 zákona a v ustanovení § 50 odst. 4 zákona, a ve kterém deklaroval nedodržení postupu ze strany zadavatele stanoveného v ustanovení § 79 odst. 3 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, bylo dle rozsudků soudů nezákonné. Z uvedených důvodů jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení citovaného rozhodnutí I. stupně a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 13/2008 ze dne 15. 4. 2010.

K důvodům zrušení rozhodnutí I. stupně

43. V šetřeném případě soud rozsudkem 62 Ca 13/2008 ze dne 15. 4. 2010 zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R180/2007/02-23014/2007/310-Hr ze dne 10. 12. 2007 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, přičemž do dalšího řízení zavázal Úřad právním názorem vysloveným v tomto rozsudku. Podle tohoto právního názoru soudu žalovaný nepostupoval v souladu se zákonem, když v původním druhostupňovém rozhodnutí konstatoval, že *"zadavatel předmětné činnosti vykonává a je proto veřejným zadavatelem, přičemž již nebylo třeba zkoumat, zda tyto činnosti vykonává od okamžiku svého vzniku (zda byl založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu), a nebo zda je počal vykonávat až v průběhu své existence, neboť v obou případech by se jednalo o naplnění podmínky předmětné definice dle § 2 odst. 2 písm. d) bod 1 zákona"*.

44. S ohledem na judikaturu Soudního dvora je zřejmé, že mezi okolnostmi relevantními pro posouzení povahy subjektu ve smyslu definice veřejného zadavatele je uváděna okolnost zřízení subjektu; zároveň je však považováno za nutné posoudit i okolnosti, za nichž je činnost subjektu v předmětné době vykonávána. Samotná skutečnost, že stoprocentním akcionářem žalobce je stát, který je dle zákona veřejným zadavatelem, neznamená, že by měl být také považován za veřejného zadavatele (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 1. 1998 ve věci *Mannesmann Anlagenbau a další*, C – 44/96, Recueil, s. I-00073: "*za veřejnoprávní subjekt či veřejného zadavatele nemůže být subjekt označen jen proto, že je jeho většinovým vlastníkem veřejný zadavatel, nebo že na daný subjekt byly převedeny prostředky veřejným zadavatelem získané činností vykonávanou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu*"). Stát vykonával kontrolu pouze v rámci práv akcionáře, nikoli z pozice vrchnostenského subjektu, který by aktivně zasahoval do činnosti žalobce či jej finančně podporoval, nebo si nad uspokojováním potřeb v oblasti lázeňství ze své vrchnostenské pozice ponechával zásadní vliv.
45. Ze zákona č. 160/1992 Sb., o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních, ve znění pozdějších předpisů vyplývá, že nestátním zdravotnickým zařízením se rozumí jiné zdravotnické zařízení, než zdravotnické zařízení státu – žalobce je proto také nestátním zdravotnickým zařízením, a jako takový je subjektem hospodářské soutěže, v rámci níž "soutěží" o klienty s ostatními zdravotnickými zařízeními nabízejícími stejné či zaměnitelné služby. Žalobce není subjektem s výhradním oprávněním k výkonu zdravotnických služeb, které jsou hrazeny z veřejného zdravotního pojištění; všechny fyzické a právnické osoby mají možnost získat oprávnění k provozování nestátního zdravotnického zařízení za splnění obecných podmínek registrace vztahujících se k osobě provozovatele – z hlediska způsobilosti k právním úkonům, bezúhonnosti i odborné a zdravotní způsobilosti odpovídající druhu a rozsahu zdravotní péče poskytované příslušným zařízením dle zákona č. 95/2004 Sb., o podmínkách získávání a uznávání odborné způsobilosti a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Dle § 17 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, mají nestátní zdravotnická zařízení za zákonem stanovených podmínek možnost uzavřít smlouvy se zdravotními pojišťovnami.
46. Žalobce je subjektem působícím v hospodářské soutěži, i když na zcela specifickém relevantním trhu, na kterém působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty (poskytující stejné či zaměnitelné služby). Je proto evidentní, že žalobcův vztah ke zdravotním pojišťovnám je v celém rozsahu vztahem obchodního charakteru – stejný vztah k nim mají jiné subjekty poskytující stejné služby jako žalobce, aniž by bylo jakkoli rozhodující, kdo je založil a kdo se v takovém subjektu účastní. Skutečnost, že subjekt svou činnost provozuje v rámci hospodářské soutěže, sama o sobě nemůže vést k závěru, že daný subjekt naplňuje potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou či obchodní povahu – neboť i přesto, že určitý subjekt působí v hospodářské soutěži, je financován a kontrolován státem, územními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, v rámci svého výběru se může rozhodovat dle jiných než ekonomických kritérií. Významným indikátorem toho, že by se o potřeby mající průmyslovou či obchodní povahu mohlo jednat, je skutečnost, že daný subjekt působí v hospodářské soutěži. Pokud subjekt vykonává soutěžní činnost, je nutné

zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které potvrdí, případně vyvrátí hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu. V této souvislosti je pak nutné posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při této činnosti rozhoduje. Pokud by se jednalo o účel dosažení zisku a ekonomická kritéria, pak není pravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. To, že daný subjekt provozuje činnost výlučně za účelem zisku, je skutečností, jež je nutno při úvaze o jeho charakteru v souvislosti se statutem veřejného zadavatele vždy zohlednit.

47. Jestliže se činnost označená jako "léčení" a "ubytování" na žalobcových tržbách podílí z více než 3/4, pak lze tyto dvě činnosti považovat za činnosti nosné. Tyto činnosti jsou tedy činnostmi, za jejichž účelem vykonával žalobce činnost v rozhodném období primárně. Je zřejmé, že východiska a podnikatelské úvahy žalobce obsažené v jeho výročních zprávách nevykazují podstatná specifika oproti východiskům a úvahám, jež by pravděpodobně musely hrát klíčovou roli u kteréhokoli "běžného" podnikatele. Pokud se žalobce zabývá důvody poklesu návštěvníků a snaží se o udržení pozic na trhu, o snižování nákladů a o snižování počtu pracovníků a jestliže definuje problémové otázky a hledá-li postupy při inovacích a snižování nákladů, pak tyto úvahy nevykazují žádný specifický znak, který by byl příznačný pro veřejnoprávní subjekt. Z ničeho nevyplývá, že by se žalobce při své činnosti rozhodoval na základě jiných než výlučně podnikatelských principů. Proto nelze dovozovat, že by jeho činnost vykazovala jakýkoli rys jiné činnosti, než činnosti primárně směřující k dosažení zisku.
48. Pokud je žalobce subjektem hospodářské soutěže a pokud výkon jeho primární činnosti nevykazuje znaky jiné než podnikatelské; pokud žalobce v době, kdy měl kontrahovat plnění coby veřejnou zakázku, vykonával činnost primárně za účelem dosažení zisku a pokud jeho příjmy, jež by mohly souviset s plněním z veřejných zdrojů, jsou ve vztahu k ostatním příjmům žalobce příjmy okrajovými, pak jsou tyto skutečnosti indikátorem toho, že na něj nelze pohlížet jako na zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
49. Žalobce svou činnost evidentně provozuje primárně za účelem dosažení zisku, sám nese ztráty vzniklé jeho činností a v rámci hospodářské soutěže působí za stejných podmínek jako ostatní subjekty soutěžící na stejném relevantním trhu. Příjmy pocházející z veřejného zdravotního pojištění se na jeho příjmech podílejí bagatelně s tím, že při jeho činnosti nebylo dovozeno žádné "zvýhodnění", jež by se mu mělo dostat – žalobce tak působí jako "běžný" podnikatelský subjekt (jeho podnikatelské chování není ovlivněno ingerencemi státu a kromě bagatelní úhrady z veřejného zdravotního pojištění nehospodaří s veřejnými zdravotními prostředky). Plnění pocházející z veřejných zdrojů se žalobci dostává za stejných podmínek jako jiným subjektům, které poskytují stejné či zaměnitelné služby jako žalobce a které mají stejnou možnost jako on uzavírat s pojišťovnami smlouvy na úhradu poskytovaných zdravotnických služeb pro jejich klienty z veřejného zdravotního pojištění.
50. Žalobce svým podnikáním vykonává potřebu, která má "běžnou" průmyslovou či obchodní povahu s tím, že jím vykonávaná činnost nevykazuje žádný znak takového charakteru, jak je stanoven § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Na žalobce tak nelze pohlížet jako na veřejného zadavatele. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí žalovaného je v otázce charakteru žalobce

založeno na opačném závěru, je stíženo nezákonností při výkladu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a nemůže obstát. Žalobce totiž není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a proto neměl povinnost postupovat dle zákona a nemohl jej tedy svými jednotlivými úkony porušit.

51. Výše uvedený právní názor je pro další vedení správního řízení závazný. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným závazným právním názorem soudu jsou rovněž závěry učiněné v původním prvostupňovém rozhodnutí ve věci a vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení původního prvostupňového rozhodnutí, jak je uvedeno výše. V dalším řízení Úřad vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu.

VII. Závěr

52. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení původního prvostupňového rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- AB Facility, a.s., Kodaňská 46, 100 10 Praha 10
- THERMAL – F, a.s., I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary
- GSUS s. r. o., T. G. Masaryka 12, 360 01 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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