

*Rozhodnutí nabylo právní moci dne 13.11.2007 a stalo se vykonatelným dne 12.2.2008.*

R 002, 005-007/2007/01- 20917/2007/310

V Brně dne 12. listopadu 2007

V řízení o rozkladech proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 60/06-22189/06-300 ze dne 14. 12. 2006, ve věci porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, ve znění opravného rozhodnutí č.j. S 60/06-22792/06-300 ze dne 28. 12. 2006, o opravě písařské chyby ve výrokové části I. citovaného rozhodnutí ze dne 14. 12. 2006, a opravného usnesení č.j. S 60/06-22806/06-300 ze dne 29. 12. 2006, o opravě písařských chyb v odůvodnění citovaného rozhodnutí ze dne 14. 12. 2006, které podali účastníci řízení, společnosti **PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s.**, se sídlem Praha 10 – Hostivař, K pérovně 945/7, IČ 45359326, právně zastoupená JUDr. Petrem Novotným, advokátem se sídlem Praha 1, Platněřská 2, **Alliance Healthcare s.r.o.** (do 26.3.2007 pod názvem Alliance UniChem CZ, s.r.o.), se sídlem Praha 10 – Malešice, Podle Trati 624/7, IČ 14707420, právně zastoupená Dr. Radanem Kubrem, advokátem se sídlem Praha 1, Jáchymova 2, **PHARMOS, a.s.**, se sídlem Ostrava, Radvanice, Těšínská ulice 1349/296, IČ 19010290, právně zastoupená JUDr. Ing. Ivanem Rottem, advokátem se sídlem Brno, Křížová 18, a **GEHE Pharma Praha, spol. s r.o.**, se sídlem Praha 5, Naskové 1, IČ 14888742, právně zastoupená JUDr. Liborem Prokešem, advokátem se sídlem Praha 1, Na Příkopě 15, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) a § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise,

### **rozhodl takto:**

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S60/06-22189/06-300 ze dne 14. 12. 2006, ve znění opravného rozhodnutí č.j. S 60/06-22792/06-300 ze dne 28. 12. 2006 a opravného usnesení č.j. S 60/06-22806/06-300 ze dne 29. 12. 2006, **m ě n í m** ve výrokové části I. a II. takto:

#### **I.**

Účastníci řízení:

- PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s., se sídlem Praha 10 – Hostivař, K pérovně 945/7, IČ 45359326,
- Alliance Healthcare s.r.o., se sídlem Praha 10 – Malešice, Podle Trati č.p. 624/7, IČ 14707420,
- PHARMOS, a.s., se sídlem Ostrava, Radvanice, Těšínská ulice 1349/296, IČ 19010290, a
- GEHE Pharma Praha, spol. s r.o., se sídlem Praha 5, Naskové 1, IČ 14888742,

tím, že v období od 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006 si při svých osobních a písemných kontaktech navzájem zprostředkovali společný zájem koordinovaným postupem ukončit od 15. 2. 2006 dodávky plného sortimentu léčiv do Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze a do Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, a následně poskytovat uvedeným nemocnicím jen dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti, a tím, že tento koordinovaný postup od 15. 2. 2006 také realizovali, a to

- Alliance Healthcare s.r.o. od 15. 2. 2006 do 13. 3. 2006 včetně;
- PHARMOS, a.s. od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2006 včetně;
- PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s. od 15. 2. 2006 do 29. 3. 2006 včetně;
- GEHE Pharma Praha, spol. s r.o. od 15. 2. 2006 do 29. 3. 2006 včetně,

čímž narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren,

se jednotliví účastníci dopustili v období:

- Alliance Healthcare s.r.o. od 30. 1. 2006 do 13. 3. 2006 včetně;
- PHARMOS, a.s. od 30. 1. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2006 včetně;
- PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s. od 30. 1. 2006 do 29. 3. 2006 včetně;
- GEHE Pharma Praha, spol. s r.o. od 30. 1. 2006 do 29. 3. 2006 včetně

### **zakázaného jednání ve vzájemné shodě,**

a tím porušili § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.

## **II.**

Za porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, popsané ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí se dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, **ukládá účastníkům řízení pokuta**, a to:

- společnosti PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s., se sídlem Praha 10 – Hostivař, K pérovně 945/7, IČ 45359326, ve výši 53.736.000,- Kč (slovy padesát tři milionů sedm set třicet šest tisíc korun českých),
- společnosti Alliance Healthcare s.r.o., se sídlem Praha 10 – Malešice, Podle Trati 624/7, IČ 14707420, ve výši 23.859.000,- Kč (slovy dvacet tři milionů osm set padesát devět tisíc korun českých),

- společnosti PHARMOS, a.s., se sídlem Ostrava, Radvanice, Těšínská ulice 1349/296, IČ 19010290, a ve výši 18.638.000,- Kč (slovy osmnáct milionů šest set třicet osm tisíc korun českých),
- společnosti GEHE Pharma Praha, spol. s r.o., se sídlem Praha 5, Naskové 1, IČ 14888742, ve výši 16.831.000,- Kč (slovy šestnáct milionů osm set třicet jedna tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do 90 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže u České národní banky v Brně, číslo účtu 3754-24825-621/0710, konstantní symbol 1148, jako variabilní symbol se uvede kmenová část daňového identifikačního čísla účastníka řízení.

## Odůvodnění:

### I. Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“) vydal dne 14. 12. 2006 rozhodnutí č.j. S 60/06-22189/06-300 (dále též „napadené rozhodnutí“), v jehož první výrokové části deklaroval, že společnosti: *a*) PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s., se sídlem Praha 10 – Hostivař, K pérovně 945/7, IČ 45359326 (dále též „účastník řízení“ nebo „Phoenix“), *b*) Alliance UniChem CZ, s.r.o (pozn.: nově pod názvem Alliance Healthcare s.r.o.), se sídlem Praha 10 – Malešice, Podle Trati 624/7, IČ 14707420 (dále též „účastník řízení“ nebo „Alliance“), *c*) PHARMOS, a.s., se sídlem Ostrava, Radvanice, Těšínská ulice 1349/296, IČ 19010290 (dále též „účastník řízení“ nebo „Pharmos“), a *d*) GEHE Pharma Praha, spol. s r.o., se sídlem Praha 5, Naskové 1, IČ 14888742 (dále též „účastník řízení“ nebo „Gehe“), tím, že v období počínaje 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006 si při svých osobních a písemných kontaktech navzájem zprostředkovaly společný zájem koordinovaným postupem ukončit od 15. 2. 2006 dodávky plného sortimentu léčiv do Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze a do Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, a následně poskytovat uvedeným nemocnicím jen dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti, a tento koordinovaný postup od 15. 2. 2006 také realizovaly, dopustily se zakázaného jednání ve vzájemné shodě, a tím porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon“), a to jednotliví účastníci řízení v období: Alliance od 15. 2. 2006 do 13. 3. 2006 včetně, Pharmos od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2006 včetně, resp. 12. 3. 2006 včetně ve znění opravného rozhodnutí č.j. S 222/06-22792/06-300 ze dne 28. 12. 2006, Phoenix a Gehe od 15. 2. 2006 do 29. 3. 2006 včetně. Uvedeným jednáním ve vzájemné shodě shora uvedené společnosti narušily hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren.
2. Ve druhé výrokové části napadeného rozhodnutí správní orgán prvního stupně uložil za porušení § 3 odst. 1 zákona jednotlivým společnostem pokutu v souhrnné výši 113.064.000,- Kč (konkrétně společnostem: Phoenix ve výši 53.736.000,- Kč, Alliance ve výši 23.859.000,- Kč, Pharmos ve výši 18.638.000,- Kč a Gehe ve výši 16.831.000,- Kč).

3. Třetí výrokovou částí napadeného rozhodnutí správní orgán prvního stupně podle § 67 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále též „správní řád“), rozhodl, že nebylo prokázáno porušení § 3 odst. 1 zákona uzavřením zakázané dohody a/nebo jednáním ve vzájemné shodě ze strany shora uvedených společností týkajících se obchodních podmínek pro dodávky léčiv (zkrácení lhůt splatnosti) ostatním nemocničním lékárnám. Správní řízení bylo v této části zastaveno.
4. Správní orgán prvního stupně dospěl ve správním řízení k závěru, který se posléze materializoval v napadeném rozhodnutí, že účastníci řízení naplnili skutkovou podstatu jednání ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona, jak z hlediska vzájemných kontaktů a obsahu komunikace při nich, tak i následnou realizací jejich předchozího navzájem sladěného chování. Podle správního orgánu prvního stupně byla prokázána souvislost mezi předchozí vzájemnou komunikací účastníků řízení a jejich následným chováním vůči třem fakultním nemocnicím. Účastníci řízení mezi sebou vyloučili působení nezávislého individuálního soutěžního chování ve vztahu k části relevantního trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren. V důsledku toho pak tři dotčené fakultní nemocnice současně pozbyly možnost uspokojit svou poptávku u jiného dodavatele, schopného pokrýt jejich poptávku z hlediska rozsahu sortimentu, požadovaného objemu i doby dodání za výhodnějších podmínek, neboť účastníci řízení jsou nejvýznamnějšími a fakticky jedinými dodavateli na relevantním trhu, dodávajícími plný sortiment léčiv. Správní orgán prvního stupně deklaroval, že v daném případě se nemůže jednat o toliko paralelní soutěžním právem aprobované chování, vyvolané změnou vnějších podmínek na trhu, kdy každý soutěžitel adaptuje své chování na tyto vnější tržní podmínky samostatným a nezávislým postupem, byť při něm zohledňuje vlastní odhady budoucího chování konkurence.

## II. Rozklady

5. Všichni účastníci řízení podali proti napadenému rozhodnutí včas rozklady, v rámci nichž uplatnili dále uvedené námitky. Po vydání prvostupňového rozhodnutí změnil účastník řízení Alliance UniChem CZ, s.r.o. s účinností od 26. 3. 2007 název firmy na Alliance Healthcare s.r.o.
6. Účastníci řízení namítají nezákonnost napadeného rozhodnutí, a to v důsledku *i)* nezohlednění vývoje situace na trhu, *ii)* neúplného a nesprávného zjištění skutkového stavu věci, *iii)* nesprávného právního posouzení věci, *iv)* nesprávného vymezení relevantního trhu a stanovení jejich podílu na něm, *v)* nepřípustně a nezákonně stanovené pokuty a *vi)* procesních vad řízení.
7. Je-li dále uvedeno, že autory námitek jsou účastníci řízení, a to bez bližší konkretizace, má se tím na mysli skutečnost, že konkrétní námitku uplatnil více než jeden účastník řízení, nikoli skutečnost, že tato námitka byla vznesena všemi účastníky řízení. Pro označení dotčených fakultních nemocnic budou v odůvodnění rozhodnutí užívány též následující zkratky: Fakultní Thomayerova nemocnice s poliklinikou v Praze (dále též „FTN“), Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze (dále též „FNB“), Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně (dále též „FNSA“).

### *Vývoj situace na trhu*

8. Účastníci předně tvrdí, že jednání, které je předmětem správního řízení i napadeného rozhodnutí, nebylo výsledkem kartelové dohody, resp. jednání ve vzájemné shodě, nýbrž důsledkem objektivního vývoje na trhu.
9. Namítají přitom, že způsob financování českého zdravotnictví je trvale deficitní. Od roku 2006 pak došlo ke snížení obchodní přírážky na léčiva o 3 %, což mělo dle jejich tvrzení bezprostřední vliv na hospodářské výsledky celého distribučního řetězce, resp. došlo v rámci celého distribučního řetězce ke snížení disponibilních prostředků. To podle účastníků řízení vedlo k prudkému zhoršení jejich ekonomické situace.
10. Když v této situaci společnost Alliance oznámila, že ke dni 14. 2. 2006 zastaví dodávky léčiv do tří fakultních nemocnic, ostatní účastníci řízení se podle svých slov rozhodli rovněž dodávky do těchto nemocnic zastavit, a to nikoli z důvodu jednání ve vzájemné shodě, nýbrž samostatně, jednotlivě a z obavy o přelití poptávky z těchto nemocnic k nim, s čímž by souviselo i zvýšení dluhů uvedených nemocnic vůči těmto ostatním účastníkům řízení.
11. Účastníci řízení namítají, že svým jednáním pouze hájili svá zákonná práva a práva chráněná Listinou základních práv a svobod (dále též „Listina“), a to právo na podnikání, právo vlastnit majetek a právo nebýt podroben nucené práci či službě. Účastníci řízení se v této souvislosti domnívají, že napadené rozhodnutí je v této části nepřezkoumatelné, neboť správní orgán prvního stupně se dostatečně nevypořádal s touto námitkou, jež byla vznesena již v řízení před ním.
12. Podle názoru účastníků řízení nevybočilo jejich jednání z mezí chování, jež jim dovolují soukromoprávní předpisy, zejména zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též „občanský zákoník“) a zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též „obchodní zákoník“).
13. Na podporu závěru o oprávněnosti svého postupu poukazují dále účastníci řízení na skutečnost, že fakultní nemocnice při svých platbách upřednostňují platby některých jiných dodavatelů, např. dodavatelů energií, a to na úkor distribuce léčiv, čímž se fakultní nemocnice dopouštějí trestných činů poškozování a zvýhodňování některých věřitelů.

*Neúplné a nesprávné zjištění skutkového stavu věci*

14. Účastníci řízení tedy namítají, že jejich chování nebylo projevem koordinovaného postupu, nýbrž důsledkem objektivně vzniklé situace na trhu. Úřadem vytýkané kontakty podle jejich názoru nevedly k vyloučení nejistoty ohledně jejich budoucího chování. Poukazují na to, že četnější kontakty na relevantním trhu nebyly pouze mezi distributory léčiv, ale v podstatě mezi všemi na tomto trhu působícími subjekty z důvodu připomínkování návrhu regulace obchodní přírážky. Současně při těchto kontaktech nedocházelo k výměně obchodně citlivých informací. Účastníci řízení se dohodli pouze na společné mediální prezentaci situace vzniklé na trhu. Dále účastníci řízení namítají, že ve skutečnosti nikdy k ukončení či omezení dodávek do fakultních nemocnic (dále též „FN“) nedošlo. Na podporu svých závěrů odkazují na rozhodovací praxi Úřadu (např. rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 19/2003 ze dne 15. 8. 2003 ve věci *Mediaprint*, rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 7-14/2001 ze dne 3. 10. 2002 ve věci *Plemenáři* a rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 11-16/2000 ze dne 21. 9. 2001 ve

věci *Obaly*) a judikaturu Evropského soudního dvora (např. rozsudek 40/73 ze dne 16. 12. 1975 ve věci *Suiker Unie and others v Komise*, [1975] ECR 1663).

15. Podle účastníků řízení jsou závěry správního orgánu prvního stupně týkající se 19 provedených důkazů neodůvodněné a postavené jen na hypotézách, resp. v rozporu s čl. 2 odst. 2 Listiny a § 2 odst. 3 správního řádu. Účastníci řízení nezpochybňují konání tiskových konferencí ani skutečnost, že mezi nimi docházelo ke kontaktům. Podle jejich názoru však z provedených důkazů nevyplývá, že by mezi nimi došlo ke koordinaci obchodního chování.

#### *Nesprávné právní posouzení věci*

16. Účastníci řízení namítají, že se nedopustili jednání ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona.
17. Účastníci řízení popírají, že se dopustili jednání ve vzájemné shodě. Poukazují naopak na fakt, že stát dlouhodobě neřešil problém platební neschopnosti fakultních nemocnic, čímž si fakticky vynucoval jejich úvěrování ze strany distributorů léčiv. Když pak stát snížil maximální výši obchodní přírážky a v dalším kroku chystal zavést její regresivní charakter, snažili se účastníci řízení prostřednictvím AVELu vyvinout mediální aktivitu s cílem upozornit na uvedený dlouhodobě neřešený problém.
18. Pokud jde o samotný postup účastníků řízení, jež je předmětem správního řízení, je v rozkladech poukazováno, že ředitelé tří fakultních nemocnic byli informováni o možnosti nákupu léčiv v omezeném rozsahu. I když byla ohlášena možnost objednání toliko vitálních léčiv, identifikace léčiv spadajících do této kategorie byla v plném rozsahu ponechána právě na ředitelích nemocnic, a proto výpadek v dodávkách nebyl tak citelný.
19. Ve vztahu ke zkrácení lhůt splatnosti společnost Alliance uvedla, že k tomuto kroku přistoupila v souladu se svými vnitřními předpisy, jež mají minimalizovat rizika přijatelných kreditních limitů. Společnost Phoenix popírá jednání ve vzájemné shodě ohledně zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek léčiv do tří fakultních nemocnic, když tvrdí, že své lhůty splatnosti vůbec nezkrátila, neboť lhůta splatnosti dle uzavřených smluv je toliko mezní lhůtou, v níž je odběratel povinen dodávku uhradit.
20. Účastníci řízení namítají, že realizace údajného jednání ve vzájemné shodě byla správním orgánem prvního stupně dovozena z faktur vystavených účastníky řízení fakultním nemocnicím v období od 1. 1. 2006 do 10. 4. 2006. Podle jejich názoru však z předmětných faktur plyne, že účastníci řízení měli různé lhůty splatnosti. Rovněž tak uvádí, že splatnost uvedená na fakturách neprokazuje jednání ve vzájemné shodě, když rozhodující je splatnost stanovená smluvně. Účastníci řízení mají za to, že mělo být zkoumáno, v jaké lhůtě fakultní nemocnice faktury skutečně platily.
21. Nad rámec již shora uvedeného namítají účastníci řízení, že v daném případě a za daných okolností nemůže § 3 odst. 1 zákona na jejich jednání dopadat, neboť účastníci řízení se svým jednáním pouze domáhali ochrany svých legitimních práv. Účastníci odkazují na rozhodnutí Evropské komise č. 74/431/CEE ve věci *Belgian Wallpaper* (OJ L237-29/08/1974, p. 3) z něhož dle nich *á contrario* vyplývá, že členové sdružení (Groupement) se nedopustí protisoutěžního jednání v případě, kdy

ukončí dodávky subjektu, který má vůči nim dluhy po splatnosti a to za předpokladu, že toto ukončení nesplňuje znaky bojkotu s cílem potrestat odběratele za nerespektování protisoutěžních opatření členů Groupementu (účastníků kartelu). V daném případě členové Groupementu odmítli dodávat konkrétnímu subjektu, aby jej potrestali za to, že nerespektoval podmínky prodeje jimi stanovené. K tomu Alliance s odkazem na odbornou literaturu doplňuje, že jednání účastníků nevykazuje znaky tzv. skupinového bojkotu ve smyslu § 3 odst. 2 zákona, neboť tento si vždy klade za cíl ochránit protisoutěžní opatření účastníků dohody, přičemž účastníci zakázané dohody typicky usilují o vyloučení jiného soutěžitele z trhu.

22. Účastníci řízení jsou přesvědčeni, že nedošlo k citelnému narušení soutěže, jež by mělo za následek porušení § 3 odst. 1 zákona. Jinými slovy podle účastníků řízení nedošlo v důsledku jejich koordinované mediální prezentace k narušení soutěže. Opakují, že k úplnému zastavení dodávek ze strany žádného z účastníků řízení nikdy nedošlo.
23. Společnost Pharmos namítá, že správní orgán prvního stupně ignoroval skutečnost, že po 21. 2. 2006 nebyla a ani nemohla být tato společnost účastníkem dohody či jednání ve vzájemné shodě s ostatními členy AVELu. Tato společnost totiž dne 21. 2. 2006 vystoupila z AVELu, neúčastnila se žádných dalších jednání, neuzavírala s členy AVELu žádné ústní či jiné dohody o dalším postupu. Společnost Pharmos podle svých slov zastavila dne 1. 3. 2006 dodávky léčiv do tří fakultních nemocnic z důvodu podezření na trestnou činnost některých osob v souvislosti s dodávkami do těchto nemocnic a pro jejich zjištěné vyšší zadlužení, a nikoliv v důsledku koordinovaného jednání.
24. Účastníci řízení jsou toho názoru, že správní orgán prvního stupně by musel pro deklaraci porušení § 3 odst. 1 zákona prokázat, že určité konkrétní jejich jednání je jednáním ve vzájemné shodě, že se jednání ve vzájemné shodě týkalo ukončení dodávek plného sortimentu léčiv do tří fakultních nemocnic a následného poskytování jen dodávek tzv. „vitálních léčiv“ s přesnou definicí tohoto pojmu, a že toto jednání vedlo k narušení soutěže na relevantním trhu. Podle účastníků řízení nejsou ve správním spise žádné důkazy, jež by jednání ve vzájemné shodě prokazovaly.

#### *Nesprávné vymezení relevantního trhu*

25. Účastníci řízení jsou přesvědčeni o tom, že správní orgán prvního stupně vymezil věcný relevantní trh velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren nesprávně. Podle jejich názoru byly totiž do věcného relevantního trhu nesprávně zahrnuty rovněž dodávky léčiv od výrobců (realizujících tzv. přímé dodávky léčiv) a menších či drobných distributorů, dodávajících menší rozsah sortimentu, příp. specializovaná léčiva (angl. short-line wholesalers). Nesprávně byly do věcného relevantního trhu zahrnuty rovněž dodávky do veřejných lékáren, nikoli pouze do lékáren nemocničních. Jinými slovy, účastníci řízení namítají, že relevantní trh měl být správně vymezen jako trh velkoobchodní full-line distribuce léčiv do nemocničních lékáren.
26. Z důvodu nesprávného věcného vymezení relevantního trhu byl podle účastníků řízení stanoven nesprávně rovněž jejich podíl na relevantním trhu. Tržní podíl účastníků činí cca 95 %, nikoli cca 70 %, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí. Relevantní trh je trhem oligopolním, pro nějž je charakteristické následování dominantní firmy na trhu.

Míra dotčení relevantního trhu v důsledku předmětného jednání pak byla podle jejich názoru velmi nízká.

### *Nezákonnost uložených pokut*

27. Účastníci řízení jsou přesvědčeni, že pokuty neměly být v rámci předmětného správního řízení vůbec uloženy. Správním orgánem prvního stupně uložené pokuty byly stanoveny v rozporu se zákonem v nepřiměřené výši, tj. při jejich stanovení nebyly zohledněny zásady přiměřenosti, proporcionality a spravedlnosti pokut.
28. Účastníci řízení považují uložené pokuty za nepřezkoumatelné, neboť dle jejich názoru není zřejmé, jakým způsobem správní orgán prvního stupně dospěl ke konečným částkám. V tom je shledáván rozpor se základními zásadami správního trestání a tato skutečnost podle jejich názoru způsobuje nepřezkoumatelnost a nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí.
29. Účastníci řízení namítají, že správní orgán prvního stupně postupoval při stanovení délky protisoutěžního jednání, resp. jejího promítnutí do výše uložených pokut nekonzistentně. Správní orgán prvního stupně stanovil, že ode dne 30. 1. 2006 si účastníci řízení mezi sebou zprostředkovali společný zájem koordinovaným postupem ukončit dodávky do předmětných tří fakultních nemocnic; počátek realizace sladěného postupu stanovil až na 15. 2. 2006, když právě od tohoto data došlo dle výrokové části první napadeného rozhodnutí k porušení § 3 odst. 1 zákona. Pokuty však byly dle odůvodnění napadeného rozhodnutí uloženy za období od 30. 1. 2006 až do ukončení realizace sladěného postupu.
30. Pokud jde o základní výši pokut, nevzal podle účastníků řízení správní orgán prvního stupně v úvahu objektivní situaci na trhu distribuce léčiv, a to že účastníci řízení nikdy dodávky léčiv do fakultních nemocnic fakticky nezastavili. Nedostatečně bylo rovněž zohledněno, že z hlediska dotčení trhu byl dopad jednání účastníků řízení zcela marginální, když na straně pacientů ani dotčených FN nebyly jakékoli škody prokázány.
31. Dále účastníci řízení namítají nesprávné posouzení polehčujících a přitěžujících okolností, zejména poukazují na to, že k porušení zákona z jejich strany došlo poprvé, jednání bylo jednorázového a nedbalostního charakteru, když bylo vedeno snahou vymoci své nároky (pohledávky) zákonným způsobem. Účastníci napadají posouzení jejich jednání jako jednání úmyslného; tím podle nich stát trestá soukromé subjekty za to, že v souladu s platnými předpisy uplatnili své právo dostat za uskutečněné dodávky zapláceno. Podle jejich názoru odrazuje výše uložených pokut věřitele od vymáhání práva a chrání dlužníky před věřiteli, resp. zjevně diskriminuje soukromé subjekty. Distributoři léčiv, tj. účastníci řízení, v důsledku státem neřešené platební neschopnosti fakultních nemocnic *de facto* dlouhodobě uvěřovaly fakultní nemocnice nad rámec svých smluvních a zákonných povinností.
32. Účastníci řízení namítají, že pokuty měly být vypočteny toliko z obrátu za dodávky do nemocničních lékáren. Konkrétně společnost Pharmos uvádí, že výše jí uložené pokuty nekoresponduje s jejím objemem dodávek do jednotlivých fakultních nemocnic.



33. Účastníci řízení poukazují na další rozpory ve zjištění správního orgánu prvního stupně, které se měly projevit v bezprávném, resp. nezákonném stanovení výše pokut, a to že jejich zjištěný společný podíl na trhu činil cca 70 % a že k dotčení hospodářské soutěže došlo pouze na 1,7 % relevantního trhu.
34. Správní orgán prvního stupně při výpočtu výše pokut chybně uvedl, že společnost Alliance obnovila dodávky plného sortimentu léčiv za dříve obvyklých podmínek po dni 13. 3. 2006, neboť *de facto* k žádnému omezení dodávek léčiv do tří fakultních nemocnic nedošlo. Současně společnost Alliance uvádí, že nebyla hlavním dodavatelem žádné z předmětných fakultních nemocnic.
35. Podle účastníků řízení budou mít uložené pokuty likvidační účinek. Společnost Gehe poukazuje na skutečnost, že jí uložená pokuta představuje .... % z jejího čistého zisku. Společnost Alliance namítá, že jí uložená pokuta představuje .... % z jejího čistého zisku.

#### *Procesní vady řízení*

36. Podle účastníků řízení nebylo napadeným rozhodnutím dostatečně určitě a jednoznačně vymezeno, jaké konkrétní jednání je jim kladeno za vinu, v čem konkrétně je jednání ve vzájemné shodě spatřováno. Tím došlo k porušení § 4 odst. 4 správního řádu. Neurčitost popisu postihovaného jednání podle jejich názoru plyne z neurčitosti pojmů „zprostředkovat společný zájem“ a „vitální léčiva“, jichž správní orgán prvního stupně užil ve výroku napadeného rozhodnutí.
37. Účastníci řízení namítají, že správní orgán prvního stupně nesprávně postupoval při provádění důkazů. Předně poukazují na to, že v rámci správního řízení byly vyslýchány osoby v postavení statutárního orgánu právnické osoby účastníka řízení, jako svědci ve smyslu § 55 správního řádu. Účastníci řízení jsou toho názoru, že osoby, jež jsou členy statutárních orgánů právnické osoby, nelze vyslýchat coby svědky. Tyto osoby lze toliko pozvat k nařízenému ústnímu jednání účastníků řízení.
38. Účastníci řízení uvádí, že v průběhu správního řízení předkládali správnímu orgánu prvního stupně své vlastní důkazy; většina z nich však nebyla brána v úvahu, naopak některé tyto důkazy byly vyloženy účelově v neprospěch účastníků řízení. Společnost Pharmos poukazuje např. na stanovy AVELu – asociace distributorů léčiv, ze kterých dle jejího názoru správní orgán prvního stupně vycházel při vytýčení okruhu subjektů správního řízení. Správní orgán prvního stupně ignoroval skutečnost, že po datu 21. 2. 2006 společnost Pharmos nebyla a ani nemohla být účastníkem dohody či jednání ve vzájemné shodě s ostatními členy AVELu, neboť z asociace k tomuto datu vystoupila. Poukazuje na důkaz, e-mail obsahující vyjádření Dr. K., jenž dle jejího názoru správní orgán prvního stupně používá pro svoji účelovou argumentaci v její neprospěch, aniž by přihlédl k daleko většímu množství důkazů opačných. Poukazuje např. na důkaz „Reakce na prohlášení Pharmos a.s. k dodávkám léků do fakultních nemocnic“, datovaný 21. 2. 2006.
39. Pokud jde o upřesnění předmětu správního řízení, které bylo účastníkům řízení sděleno dopisem ze dne 25. 9. 2006, domnívají se účastníci řízení, že se jednalo o zcela nový skutek. Oznámení o upřesnění předmětu lze tak dle jejich názoru kvalifikovat jako rozšíření předmětu správního řízení. Účastníci řízení mají zato, že

důkazy, které byly pořízeny přede dnem 25. 9. 2006, nelze pro prokázání rozšířeného předmětu správního řízení použít.

#### *Petit rozkladu*

40. Ze všech uvedených důvodů navrhují účastníci řízení předsedovi Úřadu, aby rozkladem napadené rozhodnutí v první a druhé výrokové části zrušil a správní řízení sp. zn. S 60/06 zastavil, společnost Alliance pak alternativně navrhuje snížení jí uložené pokuty na maximální výši 100.000,- Kč.

### **III. Řízení o rozkladech**

41. V souladu s § 86 odst. 2 správního řádu zaslal správní orgán prvního stupně jednotlivým účastníkům řízení stejnopisy podaných rozkladů a vyzval je, aby se k nim vyjádřili. Tohoto svého práva využili účastníci řízení, společnosti Alliance, Pharmos a Phoenix. Tyto společnosti se ve svých vyjádřeních v podstatě ztotožnili s námitkami ostatních účastníků řízení obsaženými v jejich rozkladech a zdůraznili, že setrvávají na závěrech uvedených v jejich rozkladech.

### **IV. Přezkum napadeného rozhodnutí**

42. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícím o rozkladu.
43. Podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem v celém rozsahu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které mu předcházelo, s právními předpisy, a správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek obsažených v rozkladech, přičemž jsem vycházel z právní úpravy platné v době, kdy k jednání účastníků řízení došlo.

### **Relevantní trh**

#### *Námítka proti věcnému vymezení relevantního trhu*

44. Předně jsem se zabýval námitkami účastníků řízení proti věcnému vymezení relevantního trhu. Podle § 2 odst. 2 zákona je relevantním trhem trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území. Relevantní trh je tedy primárně třeba vymezit z hlediska věcného a geografického.
45. Z napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že správní orgán prvního stupně vymezil v napadeném rozhodnutí relevantní trh z hlediska věcného jako *trh velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren*.
46. Správní řízení vedené Úřadem se vztahovalo k dodávkám humánních léčiv lékárnám do tří fakultních nemocnic a ostatním nemocničním lékárnám. Správní orgán prvního stupně se proto v napadeném rozhodnutí při vymezování relevantního trhu věnoval problematice fungování trhu s léčivými. Vyšel přitom z právní úpravy k dané

problematice se vztahující, zejména ze zákona č. 79/1997, o léčivech a o změnách a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon o léčivech“). Základním východiskem jeho úvah se stala skutečnost, že pro léčiva se používá mezinárodně uznávaná anatomicko-terapeuticko-chemická klasifikace, a dále fakt, že vztah nabídky a poptávky týkající se předmětu řízení zahrnoval široký sortiment léčiv, kdy všichni účastníci řízení jsou velkoobchodními distributory širokého/plného sortimentu léčiv (angl. *full-line wholesalers*) a rovněž nemocniční lékárny poptávají široký sortiment léčiv. Proto nepovažoval správní orgán prvního stupně za nezbytné zabývat se podrobnějším členěním daného trhu léčiv.

47. Správní orgán prvního stupně se v napadeném rozhodnutí věnoval rovněž otázce, zda lze ve vztahu nabídky a poptávky, probíhající u nemocničních lékáren, na straně jedné, a nabídky a poptávky vztahující se k ostatním lékárnám (tzv. veřejným lékárnám), na straně druhé, nalézt objektivně existující a relevantní rozdíly, které by odůvodnily vymezení samostatných relevantních trhů ve vztahu k předmětných odběratelům. Takové rozdíly, které by byly dostatečným důvodem pro vymezení samostatných relevantních trhů (trhu dodávek léků do nemocničních lékáren a trhu dodávek léků do ostatních lékáren) však neshledal. Z tohoto důvodu byly do věcného relevantního trhu zahrnuty veškeré velkoobchodní dodávky léčiv nemocničním lékárnám a lékárnám ostatním.
48. Přezkoumal jsem shora uvedené závěry správního orgánu prvního stupně, přičemž jsem v postupu, jakým k vymezení relevantního trhu došlo, neshledal žádných pochybení, jež by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí (§ 89 odst. 2 věta první správního řádu). Tyto závěry jsou podle mých zjištění založeny na podkladech, jež jsou součástí správního spisu, a byly přijaty na základě úvah, které jsou logické a konzistentní.
49. Pokud jde o konkrétní námitky účastníků řízení, a to, že do relevantního trhu byly nesprávně zahrnuty též přímé dodávky od výrobců léčiv a subjektů distribuujících menší rozsah sortimentu (angl. *short-line wholesalers*), což mělo negativní vliv na správné stanovení podílu účastníků řízení na trhu, zjistil jsem, že v sektoru dodávek (distribuce) léčiv do lékáren skutečně vedle *full-line distributorů* (tj. distributorů dodávajících široký sortiment léčiv) působí i další subjekty, ať již výrobci konkrétních léčiv sami realizující přímé dodávky odběratelům či *short-line distributoři*. Je přirozené, že v případě, kdy by nemocnice, resp. lékárny, neměly možnost dosáhnout dodávek plného sortimentu léčiv od některého nebo více *full-line distributorů*, neukončily by svůj provoz, nýbrž by si hledaly jiné cesty, jak potřebná léčiva získat. Nutně by se tedy obracely např. přímo na výrobce či *short-line distributory*. Nemocnice by však musely vynaložit více prostředků na administrativu takových dodávek, neboť by (kromě provádění nových výběrových řízení) musely mít uzavřeny smlouvy s více menšími distributory, bylo by třeba počítat i s dobou navázání nových distribučních vazeb na výrobce léčiv a přizpůsobit nově budovaným vazbám v distribuci i požadavky na zdravotní výkony; svou činnost by však zcela neukončily.
50. V napadeném rozhodnutí provedené věcné vymezení relevantního trhu bez rozlišení *full-line* a *short-line* dodávek léčiv je v souladu s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu. Zde odkazuji např. na rozhodnutí Úřadu č.j. S 162/04-489/05 ze dne 21. 1. 2005, kterým bylo povoleno spojení velkoobchodních distributorů léčiv, společností Phoenix a menším distributorem PURUS a.s. V daném případě byl jako relevantní trh

z hlediska věcného vymezení celkový trh distribuce lékárenského sortimentu. Způsob věcného vymezení relevantního trhu orgánem prvního stupně je také v souladu s ustálenou rozhodovací praxí Evropské komise (srov. např. rozhodnutí č. M.716 ve věci *GEHE/LLOYDS*, rozhodnutí č. M.1058 ve věci *ALLIANCE/SANTE*, rozhodnutí M.2193 ve věci *ALLIANCE UNICHEM/INTERPHARM*, rozhodnutí M.0718 ve věci *Phoenix/Comifar*). Z rozhodovací praxe Evropské komise vyplývá, že relevantní trh v oblasti distribuce léčiv je stále organizován spíše na národní úrovni, přičemž z hlediska věcného je vymezován jako trh velkoobchodních dodávek léčiv bez dalšího rozlišení na dodávky full-line a short-line (pozn.: určitou odlišnost shledala Evropská komise v případě geografického trhu Itálie, kde však možnost rozlišování je odůvodněna přímo národní regulací, viz rozhodnutí EK - M 2573/2001 A&C/Grossfarma).

51. Dále jsem se zabýval námitkou účastníků řízení, že do věcného vymezení relevantního trhu byly nesprávně zahrnuty kromě dodávek do nemocničních lékáren rovněž dodávky do lékáren ostatních. Stejně jako správní orgán prvního stupně jsem však nezjistil žádné charakteristické odlišnosti dodávek léčiv pro nemocniční lékárny, jež by odůvodňovaly vymezení samostatného trhu. Zásadní pro posouzení této námítky přitom považuji skutečnost, že část léčiv dodávaných do nemocničních lékáren je vydávána pacientům/spotřebitelům přes přepážku, a to jak po propuštění z hospitalizace, tak na základě pravidelně poskytovaných ambulantních zdravotnických služeb. Nemocniční lékárny tedy tímto způsobem soutěží s ostatními veřejnými lékárnami. K omezení dodávek léčiv do předmětných tří fakultních nemocnic ze strany účastníků řízení došlo bez ohledu na to, zda je zboží spotřebováno během hospitalizace či vydáváno přes přepážku. Jsem toho názoru, že při delší realizaci jednání účastníků řízení, jež je předmětem tohoto správního řízení, by mohlo přinejmenším dojít k odlivu zákazníků poptávajících léky v nemocničních lékárnách předmětných fakultních nemocnic do ostatních lékáren. Sladěným jednáním účastníků řízení tak nebyl dotčen pouze trh nemocničních lékáren.
52. Odlišnostmi dodávek se přitom správní orgán prvního stupně zabýval. Na jeho dotaz účastníci řízení určité odlišnosti u dodávek léčiv do nemocničních lékáren a lékáren ostatních identifikovali, a to v délce splatnosti faktur, jež bývá u nemocničních lékáren sjednávána delší, a pokud jde o speciální léky odebírané jen většími nemocnicemi provádějícími složité operace, s tím, že jinak dochází k překrývání sortimentu. V souhrnu pak uvedli, že u obchodních podmínek nerozlišují, zda jde o lékárnu veřejnou či nemocniční. Lhůty splatnosti jsou účastníky řízení sjednávány též individuálně s jednotlivými zákazníky, ať již lékárnami nemocničními či ostatními. Délku lhůty splatnosti ovlivňuje výše obchodní přírážky, jež je odvislá např. od objemu nakupovaného zboží apod., přičemž není rozlišováno mezi lékárnami nemocničními a ostatními.
53. Na podporu zjištění správnosti závěru správního orgánu prvního stupně ohledně zastupitelnosti dodávek do nemocničních lékáren a lékáren ostatních odkazují pak zejména na vyjádření společnosti Phoenix (listy 1785, 1785X správního spisu), jež ve svém přípisu uvedla, že skutečnost, zda se jedná o lékárnu nemocniční či jinou, ..... Obdobně se vyjádřila společnost Gehe (listy 1767, 1767A správního spisu), s tím, že dodávky léčiv do nemocničních lékáren svým sortimentem zásadně odpovídají dodávkám do lékáren (s odlišností u přípravků užívaných k léčbě na speciálních odděleních nemocnic), a že podobně je tomu i pokud jde o četnost závozů či cenu

dodávek. Uzavírám tedy, že ani účastníci řízení (nejvýznamnější velkoobchodní distributoři léčiv na tuzemském trhu) zásadní odlišnosti ohledně dodávek do nemocničních lékáren a lékáren ostatních neshledali. Jelikož správní orgán prvního stupně z takto provedeného zjištění nezjistil relevantní okolnosti svědčící pro zásadní rozdílnosti dodávek uvedeným dvěma skupinám odběratelů, které by byly důvodem pro rozlišení dvou či více dílčích relevantních trhů, kdy rovněž v rozhodnutích Evropské komise nejsou takové charakteristické odlišnosti u daného trhu identifikovány, považují námitku účastníků řízení za nedůvodnou.

54. Nad rámec shora uvedeného jsem se však zabýval rovněž otázkou, jaký vliv by mělo nesprávné věcné vymezení relevantního trhu na práva a právem chráněné zájmy účastníků tohoto správního řízení. Zjistil jsem přitom, že i v případě, kdyby shora přijaté závěry byly nesprávné, tj. kdyby relevantním trhem měl být skutečně vymezen jako trh velkoobchodní full-line distribuce léčiv jen do nemocničních lékáren, nedotkla by se tato změna právní kvalifikace jednání účastníků řízení. Naopak úzeji vymezený věcný relevantní trh, ve smyslu účastníky navrhovaného relevantního trhu full-line distributorů ohledně dodávek toliko do nemocničních lékáren, by sice vykazoval odlišné výše čistých obrátů účastníků řízení, nepochybně by ale znamenal značně vyšší míru dotčení takového trhu, na němž by účastníci řízení zaujíмали vyšší (dle vyjádření Phoenixu cca 95%) tržní podíl. Podle mého přesvědčení vymezení relevantního trhu tak, jak jej provedl správní orgán prvního stupně, s jehož závěry jsem se ztotožnil, odpovídá dikci znění § 2 odst. 2 zákona, a přitom není na úkor práv a právem chráněných zájmů účastníků řízení, resp. i kdyby byl relevantní trh z hlediska věcného vymezení úzeji, ničeho by to nezměnilo na skutečnosti, že účastníci řízení porušili § 3 odst. 1 zákona zakázaným jednáním ve vzájemné shodě.
55. Uzavírám tedy, že správní orgán prvního stupně při věcném vymezení relevantního trhu nepochybil, resp. způsob věcného vymezení relevantního trhu nemohl mít žádný negativní vliv na zákonnost a správnost deklarace porušení § 3 odst. 1 zákona a na zákonnost uložených pokut za takové jednání. Námitkám účastníka řízení proti způsobu věcného vymezení relevantního trhu tak, jak jej provedl správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí, proto nelze přisvědčit.

#### *Námitky proti stanovení souhrnného podílu účastníků řízení na relevantním trhu*

56. S věcným vymezením relevantního trhu souvisí dále námitky účastníků řízení ohledně nesprávně stanoveného souhrnného jejich podílu na trhu. Správní orgán prvního stupně dospěl na základě údajů o dodávkách léčiv do lékáren ve finančním vyjádření za rok 2005, jež zajistil od Státního ústavu pro kontrolu léčiv, a dále z údajů o celkovém čistém obrátu každého účastníka za dodávky léčiv do lékáren poskytnutých samotnými účastníky řízení k závěru, že souhrnný tržní podíl účastníků řízení na relevantním trhu velkoobchodních dodávek léčiv do lékáren činil v roce 2005 cca 70 %.
57. Účastníci řízení ve svých rozkladech namítají, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá, na základě jakých údajů správní orgán prvního stupně dospěl k souhrnnému podílu účastníků řízení na relevantním trhu. Vyslovují přesvědčení, že jejich souhrnný tržní podíl je vyšší. Společnost Phoenix je přesvědčena, že souhrnný podíl činí cca 95 %, a to podle celosvětově uznávané společnosti IMS Health, která vyhodnocuje relevantní trh distribučních společností. Za nesprávné považuje tato

společnost závěry správního orgánu prvního stupně o tom, že 20 % relevantního trhu připadá na cca 15 menších distributorů, resp. že 10 % trhu připadá na 140 malých drobných distributorů (bod 202 napadeného rozhodnutí), a poukazuje na to, že jejich sortiment se šíří neshoduje se sortimentem účastníků řízení.

58. Přezkoumal jsem k těmto námitkám napadené rozhodnutí, přičemž jsem předně ověřil, že v bodě 202 napadeného rozhodnutí není uvedeno, že zbývajících 10 % trhu připadá na cca 140 malých drobných distributorů. Pokud jde o účastníkem řízení uvedené konkrétní společnosti I., R., B. či S., pak tyto Státní ústav pro kontrolu léčiv uvedl mezi 15 distributory léčiv, jejichž podíly na dodávkách léčiv do lékáren byly v roce 2005 vyšší než 0,5 % trhu (a současně nepřesahovaly 5 % trhu). Jejich souhrnný podíl činil cca 20 %. K námitce týkající se odlišné šíře sortimentů účastníků velkoobchodního trhu léčiv jsem se vyjádřil výše.
59. Pokud jde o samotný výpočet souhrnného podílu účastníků řízení na relevantním trhu, ztotožňuji se se závěry správního orgánu prvního stupně, neboť ten vyšel z údajů Státního ústavu pro kontrolu léčiv, který od každého distributora, vyžaduje údaje o jeho dodávkách do lékáren. Tomuto oprávnění Státního ústavu pro kontrolu léčiv koresponduje povinnost distributorů léčiv předmětné informace poskytnout (§ 42b písm. f) zákona o léčivech). Dle § 18 odst. 1 písm. d) zákona o léčivech jsou dále distributoři povinni poskytovat Státnímu ústavu pro kontrolu léčiv podle jeho požadavků i podklady o svých dodávkách/spotřebě léčiv. Údaje získané od Státního ústavu pro kontrolu léčiv považuji i proto z povahy věci za relevantní, věrohodné a objektivní, neboť jsou získávány od všech respondentů působících na trhu na velkoobchodní úrovni distribuce, přičemž je shromažďuje státní instituce k tomu pověřená zákonem. Naopak společnost IMS Health je privátní společností, která informace získává nikoli na základě povinnosti uložené právním předpisem všem distributorům. K námitce, že z rozhodnutí není jasné, na základě jakých údajů dospěl Úřad k souhrnnému podílu účastníků řízení, odkazuji na bod 200 napadeného rozhodnutí, v němž je odkaz na bilanci ve spisu příloh č. 1. Ověřil jsem, že bilance údajů k relevantnímu trhu a podílu účastníků jsou na stranách 1974X až 1976X spisu příloh č. 1 a dle protokolů o nahlížení do spisu a o seznámení s podklady pro rozhodnutí byly tyto údaje účastníkům řízení přístupné, a pokud jde o jejich individuální údaje označené za obchodní tajemství, přístupné postupem dle § 21 odst. 10 zákona ve spojení s § 38 odst. 6 správního řádu. Rovněž byli účastníci řízení seznámeni s údaji na příslušných stranách spisu získanými pro účely vymezení celkového objemu relevantního trhu a kvality soutěžního prostředí od SÚKLu (taktéž s údaji poskytnutými jednotlivými účastníky v průběhu řízení k vymezení jejich podílu na daném trhu).
60. Uzavírám tedy, že správní orgán prvního stupně při stanovení souhrnného podílu účastníků řízení na relevantním trhu nepochybil. Vyšel z objektivních údajů získávaných orgánem k tomu příslušným. Námitkám účastníka řízení proti způsobu stanovení podílu účastníků řízení na relevantním trhu tak, jak jej provedl správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí, proto nelze přisvědčit. Všechny údaje použité pro vymezení relevantního trhu, jakož i pro výpočet tržních podílů, byly účastníkům řízení ve správním spise přístupné a v napadeném rozhodnutí je na ně odkazováno. Účastníci řízení tak byli nepochybně informováni o tom, na základě jakých údajů správní orgán prvního stupně ke svým závěrům dospěl. Dodávám nadto,

že způsob výpočtu tržního podílu nemohl mít žádný negativní vliv na zákonnost deklarace porušení § 3 odst. 1 zákona ani na zákonnost uložených pokut

#### *Námítky proti posouzení charakteru relevantního trhu*

61. Účastníci řízení ve svých rozkladech namítají, že trh léčiv v České republice je trhem oligopolním, pro nějž je charakteristické následování dominantní firmy na trhu, resp. nevědomé paralelní chování.
62. K námitce účastníků řízení jsem přezkoumal závěry správního orgánu prvního stupně v napadeném rozhodnutí, přičemž jsem zjistil, že správní orgán prvního stupně ohledně charakteru relevantního trhu některé rysy oligopolního trhu skutečně zjistil, a to konkrétně malý počet firem (jedná se prakticky jen o účastníky řízení) s relativně blízkými podíly, držící společně rozhodující podíl na trhu a disponující komplexním sortimentem poptávaného zboží, kdy zbytek trhu je rozptýlen mezi velký počet distributorů s malými tržními podíly s nabídkou užšího sortimentu zboží, příp. dodávajících jen určitý druh zboží. Současně jeden z dalších ukazatelů oligopolní struktury trhu - stupeň koncentrace trhu vyjádřený prostřednictvím Herfindahl – Hirschmanova Indexu, oligopolnímu charakteru trhu nenavštěvoval. Další dokazování ve věci nebylo třeba provádět, přičemž s důvody, uvedenými k tomu správním orgánem prvního stupně v bodě 205 napadeného rozhodnutí, ve vazbě na závěry jeho hodnocení důkazů, se ztotožňuji.
63. Na základě shora uvedených zjištění uzavírám, že ač není vyloučeno, že po provedení podrobnější analýzy by bylo lze posoudit relevantní trh velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren jako trh oligopolní, pro daný případ nepovažuji toto hodnocení za relevantní, neboť ve správním řízení bylo nepochybně prokázáno, že účastníci řízení jednali ve vzájemné shodě, resp. provedenými důkazy bylo vyvráceno, že by posuzované jednání bylo toliko nevědomým paralelním jednáním, jak bude v podrobnostech osvětleno níže.

#### **Skutkové a právní posouzení ve věci**

64. Dále jsem se zabýval námitkami účastníků řízení proti posouzení ve správním řízení zjištěných skutečností a z nich vyvozených právních závěrů. Dospěl jsem přitom k závěru, že účastníci řízení porušili § 3 odst. 1 zákona jednáním ve vzájemné shodě, když námítky účastníků řízení v rozkladech vznesené jsem neshledal důvodnými.

#### *Námítky proti skutkovým zjištěním*

65. Účastníci řízení namítají, že jejich jednání nebylo projevem koordinovaného postupu na relevantním trhu, nýbrž důsledkem na tomto trhu objektivně vzniklé situace. Správním orgánem vytýkané kontakty pak podle jejich názoru nevedly k vyloučení nejistoty ohledně budoucího chování.
66. Předně uvádím, že správní orgán je dle § 3 ve spojení s § 50 správního řádu povinen zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Za tím účelem je správní orgán povinen opatřit si podklady pro vydání rozhodnutí (§ 50 odst. 2 správního řádu). Podklady, zejména důkazy, pak správní orgán hodnotí podle své úvahy. Povinnost má však přihlížet pečlivě ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli

účastníci řízení. Jinými slovy je to správní orgán, který je povinen v souladu se zásadou materiální pravdy opatřit si podklady pro vydání rozhodnutí, na základě kterých je schopen zjistit stav věci, o němž neexistují důvodné pochybnosti, které v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů posoudí.

67. Správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí poukázal zejména na 19 důkazů, jež v průběhu řízení zajistil, jakož i na další důkazy a zjištění, na základě nichž přijal závěr, že účastníci řízení svým jednáním skutečně narušili hospodářskou soutěž zakázaným jednáním ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona. Všechny důkazy, jež byly v rámci správního řízení shromážděny a hodnoceny ve svém souhrnu, tj. v celkovém kontextu napadeného rozhodnutí, tvoří podle správního orgánu prvního stupně koherentní komplex důkazů, na základě něž bylo možno deklarovat, že účastníci řízení zákon porušili. Některé ze získaných důkazů mají nepochybně menší či větší vypovídací hodnotu ve vztahu k předmětnému deliktu. Nicméně pro správní orgán prvního stupně bylo rozhodné zajistit si takový komplex důkazů, aby byl zjištěn stav věci, o kterém nebudou důvodné pochybnosti, k čemuž mu sloužily důkazní prostředky různé relevance. Mám zato, že správní orgán prvního stupně této své povinnosti dostál.

*Posouzení námitek k důkazům č. 1 až 19 napadeného rozhodnutí*

68. Účastníci řízení ve svých rozkladech uvádí námitky proti konkrétním důkazům, jež jsou v napadeném rozhodnutí specifikovány pod č. 1 až 19.
69. K **důkazu č. 1** (e-mail pracovníka PR agentury poslaný dne 26. 1. 2006) účastníci řízení namítají, že v něm avizované jednání se dne 30. 1. 2006 konalo za účelem pověření zástupců AVELu prezentovat postoj distributorů léčiv k návrhu Ministerstva zdravotnictví (dále též „MZ“) na regulaci obchodní přírážky pro léčiva. Komunikace účastníků řízení, která fakticky probíhá v důsledku výzvy státního orgánu nemůže podle účastníků řízení zakládat jakékoliv porušení předpisů na ochranu hospodářské soutěže. Pokud měli účastníci řízení Ministerstvu zdravotnictví předložit věcně odůvodněné stanovisko distributorů léčiv, museli si v rámci jednání konaného dne 30.1.2006 vyměnit výsledky svých propočtů dopadů ministerstvem navrhované úpravy degresivní obchodní přírážky (**důkaz č. 2**, členská schůze AVELu konaná dne 30. 1. 2006).
70. Nezpochybnuji, že první správním orgánem prvního stupně předložený důkaz není přímým důkazem sladěného jednání účastníků řízení, nicméně se jedná o dokument bezprostředně předcházející první schůzce účastníků řízení (konané dne 30.1.2006 – viz důkaz č. 2), v rámci které se účastníci řízení prvotně a společně rozhodli, že je nutné vymoci největší pohledávky a shodli se, že všichni účastníci řízení mají největší a nejstarší pohledávky vůči třem fakultním nemocnicím – FNSA, FTN a FNB. Na jednání AVELu dne 30.1.2006 bylo rovněž deklarováno, že účastníci řízení tyto fakultní nemocnice vyzvou k úhradě dluhů. Důkaz č. 2 doplňuje časově i obsahově logicky soubor všech přímých i nepřímých důkazů o předchozích kontaktech a komunikaci účastníků řízení i čeho se týkala a důkazy o jejich následném zkoordinovaném postupu vůči těmto třem fakultním nemocnicím.
71. Na těchto závěrech, vyvozených z předmětných důkazů, pak nemůže ničeho změnit, že vlastní pohnutkou k tomu, aby se účastníci řízení sešli, byla potřeba vypracovat



stanovisko pro Ministerstvo zdravotnictví k jeho návrhu degresivní přírážky. Tato skutečnost totiž nemůže ospravedlnit prvostupňovým orgánem zjištěné protisoutěžní jednání účastníků řízení.

72. Pokud jde o **důkaz č. 3** (e-mail od pracovníka PR agentury ze dne 2. 2. 2006), obsahující návrhy na mediální prezentaci postojů účastníků řízení v případě, pokud by došlo k zastavení dodávek jedním nebo více z nich, namítají účastníci řízení, že z něj nevyplývá, že by možnost zastavení dodávek některým ze členů AVELu byla konkrétně zvažována, natož že by se na zastavení dodávek více členů AVELu dohodlo.
73. Posoudil jsem účastníky řízení namítaný důkaz, přičemž jsem se ztotožnil se závěry, resp. zjištěními, která z tohoto důkazu vyvodil správní orgán prvního stupně. Tento důkaz potvrzuje, že účastníci řízení se možností zastavení dodávek do fakultních nemocnic zabývali již před 2. 2. 2006. Skutečnost, že účastníci řízení zvažovali zastavení dodávek i jak se zachovají při ukončení dodávek fakultním nemocnicím, vyplývá již z toho, že museli vypracovat konkrétní zadání pro zpracování návrhu mediální prezentace právě PR agenturou – počítající již s touto variantou. Důkaz je dále třeba hodnotit v souladu s ostatními zjištěnými skutečnostmi a důkazy, např. důkazem č. 18, ze kterého vyplývá, že dne 30. 1. 2006 účastníci řízení komunikovali o zastavení dodávek do předmětných tří fakultních nemocnic, jakož i souvisejícím důkazem č. 8 (nesouhlasným vyjádřením Phoenixu k zápisu z jednání AVEL dne 6.2.2006, obsahujícím též informace o této komunikaci) .
74. Dále účastníci řízení k **důkazům č. 4 a 6** (e-mail pana H. odeslaný dne 3. 2. 2006 s přílohou „Návrh komplexního řešení“) a dokument („Tisková konference – 7. 2. 2006“) uvádějí, že asociace AVEL byla členem mezirezortní komise Ministerstva zdravotnictví za účelem prosazení zájmů svých členů při přípravě návrhu regulace obchodní přírážky související s dodávkami léčiv a že kontakty mezi nimi se týkaly tohoto návrhu. Pokud jde o e-mail pana H. a dokument „Tisková konference – 7. 2. 2006“, pak tyto je podle účastníků řízení třeba brát jako pouhou mediální strategii v rámci tohoto mezirezortního jednání. Prvostupňový orgán pak nezkoumal, zda při sepsání důkazu č. 4 nejednal p. H. jako fyzická osoba sám za sebe, nebo jako předseda AVEL či jako statutární orgán účastníka .
75. Ani těmto námitkám účastníků řízení nemohu přesvědčit. Ověřil jsem totiž, že účastníci následně kroky obsažené v „Návrhu komplexního řešení“ (e-mail pana H., důkaz č. 4) a v obdobné podobě obsažené i v úvodním slově pro tiskovou konferenci konanou dne 7. 2. 2006 (důkaz č. 6) realizovali, a to vůči předmětným třem fakultním nemocnicím. Rovněž ve vztahu k těmto důkazům je podle mého názoru třeba zdůraznit jejich provázanost s celým komplexem důkazů, jež byly ve správním řízení zajištěny a na základě kterých správní orgán prvního stupně dospěl ke svému závěru. Jednání pana H. je pak nepochybně jednáním účastníka řízení Phoenix, jak také plyne z kontextu dalších důkazů zajištěných prvostupňovým orgánem – viz např. ohlášení kroků účastníků řízení (včetně Phoenixu prostřednictvím pana H. jako předsedy představenstva) na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006, i následná realizace sladěného chování vůči třem dotčeným FN ze strany Phoenixu. Prvostupňovému orgánu bylo rovněž zřejmé, že pan H. nemohl jednat ani jako „předseda AVEL“ neboť jím v té době nebyl – srov. bod 25 napadeného rozhodnutí, dále viz složení orgánů AVELU v měsíci únoru r. 2006, založené na str. 32 spisu P (kde jako předseda AVELu byl

uveden pan P. z Gehe). Pro úplnost dodávám, že Phoenix potvrdil, že jej pan H. zastupoval při všech jednáních týkajících se AVELu (viz přípis str. 1618 spisu S), obdobně to potvrdil i panem H. při ústním jednání (str. 1014 spisu S).

76. Účastníci řízení ohledně **důkazu č. 5** nepopírají, že mezi nimi docházelo ke kontaktům; tvrdí ale, že kontakty s ostatními účastníky řízení byly pochopitelné vzhledem k účasti distributorů léčiv na jednáních o dalším vývoji distribuční přírážky. Prvostupňový orgán pak dle jejich názoru neprokázal nic o obsahu této schůzky
77. Toliko ze skutečnosti, že mezi účastníky řízení docházelo k pravidelným kontaktům, nelze bez dalšího opravdu dovozovat jejich protisoutěžní jednání. Prvostupňový orgán jednak prokázal, že schůzka byla plánovaná, jakož i čeho se měla týkat - měl na ní být projednán důkaz č. 3 (materiál „Simulace možných situací“) a v den schůzky byli všichni účastníci seznámeni s dalším materiálem, navrženým na ní k projednání (viz důkaz č. 4 „Návrh komplexního řešení“). Schůzka se také uskutečnila - odkazuji na zjištění prvostupňového orgánu k ní v bodech č. 46, 64 a č. 67 napadeného rozhodnutí. Pokud se tedy účastníci řízení scházeli s úmyslem projednat materiály, na základě kterých hodlali přistoupit ke koordinovanému zastavení, resp. omezením dodávek plného sortimentu léčiv do fakultních nemocnic, je důkaz č. 5 důkazem chronologicky doplňujícím souhrn všech provedených zjištění k protisoutěžnímu jednání účastníků řízení.
78. Účastníci řízení rovněž zpochybňují hodnocení **důkazů č. 7 a 8**. K **důkazu č. 7** (zápis z jednání členské schůze AVEL dne 6. 2. 2006) poukazují na větu – cit. „*Snížení lhůt splatností upraví každá společnost podle svých možností a s ohledem na finanční stabilitu té které nemocnice s tím, že nejnižší lhůta splatnosti by mohla být v některých případech jen 14 dnů. Společnosti se zavázaly postupovat korektně a respektovat uzavřené smlouvy upravující dodací podmínky.*“ Z uvedeného dle nich vyplývá, že účastníci řízení budou postupovat individuálně a respektovat uzavřené smlouvy. Nezavázali k totožnému postupu, ani k tomu, že by měli měnit dodací podmínky určitým způsobem. Účastníci pouze společně konstatovali protiprávní stav na straně dlužníků – fakultních nemocnic to, a jaké jim právo dává možnosti domoci se svých nároků – viz věty „...rozhodli žádat zaplacení pohledávek...“, „... vymáhat dluhy...“ „...zastavení dodávek v případě nedobytnosti“. Zápis pouze prokazuje, že se účastníci shodli na určité mediální prezentaci. Namítají, že je třeba rozlišovat mezi dohodou o určitém sjednoceném postupu na trhu, resp. jednáním ve shodě, a mediální prezentací vzniklé problémové situace a jejího možného řešení. Ze zápisu z jednání členské schůze AVELu ze dne 6. 2. 2006 podle jejich názoru nevyplývá, že kroky, které dle zápisu měly být mediálně prezentovány, budou fakticky uskutečněny. Účastníci řízení poukazují i na to, že předmětný zápis z jednání jimi nebyl nikdy schválen ani podepsán; v podkladech prvostupňového orgánu není nikde založena prezenční listina z daného jednání.
79. Po posouzení zápisu z jednání AVELu konaného dne 6. 2. 2006 jsem přesvědčen, že námitky účastníků řízení jsou zcela účelové. Na podporu tohoto mého závěru odkazuji na plný text předmětného zápisu, ze kterého v žádném případě nevyplývá, že by účastníci hodlali své pohledávky (každý vůči svým individuálním dlužícím odběratelům) řešit vlastními kroky v rámci své vlastní obchodní strategie. Namítaná věta je vytržena z kontextu zápisu – srov. bod 48 napadeného rozhodnutí (zápis str. 447 a 507 spisu S). Rovněž ze zápisu není patrné, že by se jednalo toliko o mediální

prezentaci. Z tohoto zápisu vyplývá jednoznačně koordinace účastníků řízení, když cit.: „... *Po diskuzi se rozhodli žádat zaplacení pohledávek do jednoho týdne, tedy do 14. 2. 2006, s tím, že se členové spokojí i s veřejným prohlášením pana ministra...*“, „*aby... členové nemuseli zastavit dodávky léčiv...*“. „...*V případě, že dlužníci ani ministr... nebudou na výzvu reagovat, distributoři do těchto nemocnic zastaví od 15. 2. 2006 dodávky léčiv*“. Je zde též konstatování účastníků o nezbytnosti snížení lhůt splatnosti faktur i jaká by mohla být nejnižší lhůta splatnosti. Skutečné jednání účastníků řízení v období po 15. 2. 2006 vůči FTN, FNB a FNSA prokazuje, že nešlo jen o mediální prezentaci a vyvrací též tvrzení, že každý účastník hodlal řešit své pohledávky vlastním, a tedy na ostatních účastnících nezávislým způsobem.

80. Prvostupňový orgán se též věnoval zjišťování procesu schvalování zápisů a ověřil, že tyto nejsou účastníky nijak formálně schvalovány ani signovány, rovněž nejsou uchovávány prezenční listiny – srov. bod 74 napadeného rozhodnutí a informace v protokolu o výsledku svědka pana S. - str. 776 spisu S. Účastníci byli jednání přítomni, což potvrdili prvostupňovému orgánu.
81. **K důkazu č. 8** (nesouhlasné vyjádření Gehe a Phoenix k zápisu z jednání AVEL dne 6.2.2006) účastníci namítají nesprávnost závěru v bodě 78 napadeného rozhodnutí, cit.: "mezi účastníky bylo komunikováno zastavení dodávek do uvedených tří fakultních nemocnic, a to již dříve než-li dne 6. 2. 2006". Z nesouhlasného vyjádření Phoenixu ze dne 20. 2. 2006 dle jejich názoru nevyplývá žádný konsenzus ohledně dalšího postupu nebo reakce na sdělení společnosti Alliance; vyplývá z něj, že společnost Alliance jednostranně sdělila ostatním účastníkům řízení, že zastaví dodávky do fakultních nemocnic s tím, že ostatní účastníci toto sdělení vzali pouze na vědomí.
82. Uvedené námitky nemohu přisvědčit. Nesouhlasné vyjádření Phoenixu se týká zápisu z jednání AVEL dne 6. 2. 2006 a m.j. se v něm uvádí – cit.: „Jak jistě víte, před časem společnost Alliance Unichem CZ informovala AVEL a její členy o svém rozhodnutí přerušit dodávky léků do ... a do ... , pokud ...“ - plný text viz bod 49 napadeného rozhodnutí (přípis str. 509 spisu S). Vyplývá z něj, že k této komunikaci došlo v přítomnosti účastníků řízení a také již dříve, nežli dne 6. 2. 2006 (z něhož je rozporovaný zápis). Aktivně se vyjadřovala Alliance a Phoenix na její informaci reagoval, vyjádřil svůj postoj k pokračování dodávek v případě takového kroku ze strany Alliance. Je tak potvrzena jak komunikace ohledně zastavení dodávek v přítomnosti účastníků řízení, tak také její časový rámec a rovněž reakce přinejmenším Phoenixu. Uvedené skutečnosti vyvrací tvrzení, že Alliance jednostranně oznámila a ostatní účastníci toto vyjádření vzali pouze na vědomí. Pro přesnost doplňuji, že prvostupňový orgán ve vztahu k důkazu č. 8 nehovoří v bodě 78 napadeného rozhodnutí o „konsenzu účastníků řízení“.
83. Neshledávám tak žádný nesoulad namítaného závěru v bodě 78 napadeného rozhodnutí s obsahem důkazu č. 8 (pokud jde o obsah sdělení Phoenixu k informaci Alliance). Prvostupňový orgán pak informaci z důkazu č. 8 provázal i z dalšími informacemi k téže komunikaci obsaženými v důkazu č. 18. Z něj je patrné, že komunikace ovlivnila i postoj Gehe.
84. Pokud jde o nesouhlasné vyjádření společnosti Gehe a Phoenix (důkaz č. 8) s částí zápisu z jednání AVEL dne 6. 2. 2006, považuje je Phoenix za jeden ze zásadních

důkazů svědčící proti závěru Úřadu o jednání ve vzájemné shodě a namítá, že z bodů 73 až 78 rozhodnutí není zřejmé, jakým způsobem se správní orgán prvního stupně s těmito důkazy vypořádal. Nejasný je dle něj závěr v bodě 74 napadeného rozhodnutí, neboť zápis ze 6. 2. 2006 je osobní interpretací pana S., což tento také Úřadu dne 27. 4. 2006 uvedl. Gehe pak namítá, že existuje-li nesouhlas se společným zastavením dodávek vybraným odběratelům od stanoveného data (důkaz č. 8), nebyla vyloučena nejistota o budoucím chování účastníků řízení.

85. K námitkám k důkazu č. 8 uvádím, že správní orgán prvního stupně se nesouhlasnými vyjádřeními těchto dvou účastníků v napadeném rozhodnutí obsáhle věnoval a uvedl i svá zjištění z jejich porovnání s dalšími skutečnostmi – viz body 72 až 78 napadeného rozhodnutí. Neshledávám zde v kontextu hodnocení všech důkazů ve vzájemné souvislosti – včetně důkazů o skutečně realizovaném postupu účastníků řízení vůči dotčeným fakultním nemocnicím, žádný nesoulad. Nemohu pak přisvědčit, že důkaz č. 8 vyvrací prvostupňovým orgánem deklarované jednání ve vzájemné shodě. Za podstatné pro posouzení těchto nesouhlasných vyjádření považuji rozpor tvrzení v nich obsažených s tím, co Gehe a Phoenix společně s ostatními účastníky řízení prezentovali ve dnech 7. 2. 2006 a 14. 2. 2006 na tiskových konferencích a také rozpor s postupem, jaký společně s ostatními účastníky počínaje 15. 2. 2006 vůči třem jmenovaným fakultním nemocnicím realizovali. Odkazují též na data nesouhlasných vyjádření ve vztahu k termínům tiskových konferencí a k počátku realizace sladěného chování účastníky řízení. Uzavírám, že nesouhlasná vyjádření nepředstavují důkaz, který by vyvracel závěr prvostupňového orgánu, že mezi účastníky řízení došlo k vyloučení nejistoty ohledně jejich budoucího chování vůči třem FN.
86. Zápis z jednání AVEL dne 6. 2. 2006 (viz důkaz č. 7), vyhotovený ředitelem AVEL panem S., obsahuje natolik konkrétní informace, že nemohly být jen interpretací či vlastním výtvozem pana S., neodrážejícím obsah jednání. Ztotožňuji se tak s orgánem prvního stupně, že musely být předmětem jednání; stěží by pan S. mohl sám na takové údaje přijít a dát je do zápisu, pokud by vůbec na jednání nepadly; viz snižování lhůt splatnosti s nejnižší možnou definovanou lhůtou, požadavek na zaplacení pohledávek do týdne, tedy do 14. 2. 2006, požadavek na veřejné prohlášení tehdejšího ministra financí vydané do jednoho týdne, jinak že distributoři zastaví do *těchto* nemocnic (v kontextu jde o FTN, FNB a FNSA) dodávky od 15. 2. 2006.
87. Namítají-li dále účastníci řízení, že nezpracování připomínek společností Gehe a Phoenix panem S. do zápisu z jednání AVELu ze dne 6. 2. 2006 jim nemůže být přičítáno k tíži, pak uvádím, že tato skutečnost účastníkům řízení k tíži napadeným rozhodnutím přičtena nebyla.
88. Pokud jde o napadeným rozhodnutím provedené hodnocení **důkazů č. 9 a 10**, namítají účastníci řízení, že informace z médií nepotvrzují, že mezi nimi došlo ke koordinaci obchodních aktivit. Současně přitom nezpochybňují konání tiskové konference dne 7. 2. 2006. K důkazu č. 10 Phoenix i další účastníci řízení (odkazující na jeho námitky ve svých vyjádřeních k rozkladům), namítají, že jde o tiskovou konferenci sdružení AVEL, na které prezentoval pan S. své závěry (s poukazem na jeho svědeckou výpověď). Televizní záznam odvysílané reportáže nezachycuje průběh této konference, není jasné kým byl pořízen a sestřihán pro televizní vysílání a jak se dostal záznam z kamery do spisu. Při jeho hodnocení nebylo nepřihlédnuto k námitkám Gehe a Phoenix v nesouhlasných vyjádřeních k zápisu z jednání AVEL

konaného dne 6. 2. 2006, ze kterých jejich nesouhlas s obsahem televizního záznamu lze nepochybně dovodit.

89. K těmto námitkám uvádím: Důkazem č. 9 je informace České tiskové kanceláře o konání tiskové konference Asociace velkodistributorů léčiv dne 7. 2. 2006 (zdrojem informace byl ředitel AVEL). Důkazem č. 10 je tisková konference konaná dne 7. 2. 2006 (jíž se účastníci řízení účastnili). O obsahu této tiskové konference má správní orgán prvního stupně informace z médií, jak též uvedl v bodě 51 napadeného rozhodnutí. Mimo jiné je to i DVD záznam části reportáže „Distributoři hrozili zastavením dodávek léků pro nemocnice“, v rozsahu jak byla odvysílána v pořadu Televizní noviny na TV NOVA dne 7. 2. 2006 v 19,30 hod. (dále též „reportáž“). Podobně jako v informacích jiných médií týkajících se ohlášených kroků účastníků řízení (viz monitoring médií ve spisové dokumentaci), se i zde vyjadřoval ředitel AVEL. Ověřil jsem, že obsah záznamu reportáže hodnotil správní orgán prvního stupně jako jakoukoli jinou informaci médií o dané události, přičemž o skutečných krocích účastníků a jejich koordinovaném postupu vůči třem FN zajistil soubor dalších důkazů, na které odkazují (viz např. důkaz č. 14 - DVD záznam z průběhu tiskové konference dne 14. 2. 2006, kde účastníci řízení opakují, co vyhlásili na této své předchozí konferenci dne 7. 2. 2006, důkazy obsahující komunikaci účastníků řízení s dotčenými FN ohledně dodávek tzv. vitálních léčiv, důkazy o zkrácení lhůt splatností těchto dodávek, o obnovení dodávek plného sortimentu léčiv apod.). Tvrzení, že na tiskové konferenci prezentoval pan S. své závěry, vyvrací skutečnost, že na ní byli všichni účastníci přítomni a odvolávají se na kroky zde ohlášené i na další tiskové konferenci (viz důkaz č. 14). Obdobná námitka byla vznesena i v průběhu řízení a s jejím vypořádáním prvostupňovým orgánem se ztotožňuji.
90. Záznam z Televizních novin odvysílaný dne 7. 2. 2006 byl prvostupňovým orgánem zajištěn u TV NOVA, která jej odvysílala, na DVD nosič uložen na jejím pracovišti. Způsob zajištění DVD záznamu do spisové dokumentace považuji za transparentní a doložený písemnými dokumenty o komunikaci Úřadu s TV NOVA, založenými ve spisu S. Účastníci s ní byli seznámeni a rovněž obdrželi kopii DVD záznamu reportáže a její písemný přepis.
91. Námitku o nezohlednění nesouhlasných vyjádření Gehe a Phoenixu při hodnocení informací médií k důkazu č. 10 považuji za účelovou. Nesouhlasná vyjádření Gehe a Phoenixu (důkaz č. 8), se týkají obsahu zápisu z jednání AVEL, konaného dne 6. 2. 2006 a nikoli tiskové konference konané dne 7. 2. 2006. Pokud by z nich měl být dovozován i nesouhlas s obsahem např. zmíněné televizní reportáže, musím poukázat na to, že jak Gehe tak i Phoenix se této tiskové konferenci dne 7. 2. 2006 účastnili, přičemž nikde v médiích nebylo prvostupňovým orgánem zjištěno jejich nesouhlasné vyjádření s kroky podmíněně ohlášenými na této konferenci (viz též bod 70 napadeného rozhodnutí). Phoenix pak své nesouhlasné vyjádření vydal dne 20. 2. 2006, přičemž dne 14. 2. 2006 se účastnil i druhé tiskové konference, na níž bylo za jeho přítomnosti ohlášeno ukončení dodávek léčiv od 15. 2. 2006 i zkracování lhůt splatností.
92. Ani dalším námitkám účastníků týkajícím se tiskové konference dne 7. 2. 2006, že šlo toliko o mediální prezentaci jejich údajně individuálních postojů, že účastníci koordinovali pouze mediální strategii, nepřisvědčuji. Vyvrací je dle mého ověření skutečné jednání účastníků řízení vůči třem fakultním nemocnicím po 15. 2. 2006

doložené důkazy, v jejichž hodnocení prvostupňovým orgánem v napadeném rozhodnutí jsem neshledal pochybení.

93. K hodnocení důkazů č. 9 a č. 10 tak uzavírám, že je nelze posuzovat izolovaně, ale že jsou součástí komplexu zajištěných důkazů a tento též konzistentně doplňují.
94. Účastníci řízení dále namítají (viz např. Gehe), že **důkaz č. 11** (dopis pana H. ze dne 8. 2. 2006, týkající se společnosti S.) neprokazuje, že došlo z jejich strany ke snaze o kontrolu objemu dodávek do společnosti S. (dále též „S ...“). Správní orgán prvního stupně dle jejich názoru pochybil, když neprovedl dokazování ohledně skutečných dodávek účastníků řízení společnosti S. v období od 15. 2. 2006 do 29. 3. 2006. Pokud by takový důkaz provedl, musel by zjistit, že nedošlo k omezení dodávek ani obchodních podmínek (odběry ....). Tato skutečnost potvrzuje, že oznámení o zastavení dodávek do FN bylo především mediálním krokem a účastníci řízení neměli skutečný zájem zastavit dodávky do FN; pokud by tomu tak bylo, musely by být omezeny obdobným způsobem dodávky účastníků společnosti S.
95. Námitku účastníků řízení považuji na nedůvodnou, když z textu předmětného dopisu návod ke kontrole objemu dodávek společnosti S. jednoznačně vyplývá, srov. text.: „...Z tohoto důvodu Vás žádám o kontrolu objemu dodávek do této společnosti“. Správnosti závěru správního orgánu prvního stupně svědčí pak pokyn společnosti Gehe vůči svým pracovníkům obchodního úseku (viz str. 44 spisu S). Nadto podotýkám, že není žádný důvod, aby pro prokázání protisoutěžního jednání účastníků řízení vůči třem fakultním nemocnicím bylo nezbytně nutné, jak tvrdí účastníci řízení, prokázat rovněž zastavení dodávek právě do společnosti S. Společnost S. není nemocniční lékárnou, nýbrž konkurenčním distributorem účastníků řízení. Z informací poskytnutých médii vyplývá, že tato společnost v inkriminovaném období zajišťovala dodávky léčiv pro Fakultní nemocnici na Homolce. Měla též pomoci se zásobováním FTN, FNŠA a FNB v období po 15. 2. 2006 (viz zápis z jednání u MZ dne 20.2.2006 a též zápis z jednání ředitelů tří FN s touto firmou - str. 623 spisu S). Pokud by účastníci řízení omezili do společnosti S. dodávky, těžko mohli odlišit, která léčiva tento distributor potřebuje pro zásobování některé ze tří fakultních nemocnic, jimž účastníci dodávky plného sortimentu léčiv omezili na léčiva vitální, a která potřebuje pro Fakultní nemocnici na Homolce, vůči které účastníci svůj koordinovaný postup neuplatnili. Skutečnost, že účastník řízení, společnost Gehe, přes shora uvedené léčiva společnosti S. dodával (příp. i ve ....), nijak neprokazuje, že oznámení o zastavení dodávek plného sortimentu léčiv do tří fakultních nemocnic bylo zamýšleno toliko jako mediální krok.
96. Pokud jde o **důkaz č. 12** (e-mail generálního ředitele společnosti Gehe pana Š. ze dne 10. 2. 2006, zaslaný jednatelem společnosti Gehe panu P., předmět: „...“), není účastníkům řízení zřejmé, jaké porušení pravidel hospodářské soutěže má tento důkaz prokázat. Skutečnost, že mezi účastníky řízení docházelo k pravidelnému kontaktu, nebyla účastníky rozporována.
97. Ztotožňuji se se závěry správního orgánu prvního stupně, že z tohoto důkazu vyplývá, že účastníci řízení mají v důsledku svých obchodních vztahů i další kontakty, nikoli pouze v rámci AVELu. V rámci povinnosti správního orgánu zjistit spolehlivě skutečný stav věci se prvostupňový orgán také tímto důkazem zabýval. Učiněná zjištění jsou součástí komplexu všech v řízení zjištěných skutečností. Ověřil jsem, že

k předmětnému důkazu není správním orgánem prvního stupně hodnoceno nic jiného než to, co bylo v napadeném rozhodnutí uvedeno.

98. Účastníci řízení nezpochybňují konání tiskové konference (**důkaz č. 13** – informace České tiskové kanceláře o konání tiskové konference AVELu dne 14. 2. 2006); konání tiskové konference svolané panem S. však dle jejich názoru neprokazuje, že se účastníci řízení dopustili skutků uvedených v první výrokové části napadeného rozhodnutí. Namítají též nejasnost, jak Úřad dospěl k závěru v bodě 83 napadeného rozhodnutí, že mezi účastníky řízení "muselo po TK dne 7. 2. 2006 dojít k další vzájemné komunikaci", kdy ze samotné skutečnosti, že pan S. vydal předmětnou informaci pro ČTK, nelze takový závěr učinit. Orgán prvního stupně pak dostatečně nezohlednil výpověď p. S. ze dne 27. 4. 2006, že opatření prezentovaná na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006, byla pouze jeho osobní iniciativou.
99. Námitky vztahující se k důkazu č. 13 lze odmítnout, a to z následujících důvodů. Informaci poskytnutou ČTK o konání tiskové konference dne 14. 2. 2006 (zdrojem byl p. S.) je třeba zařadit do časové chronologie ostatních důkazů - nelze ji hodnotit izolovaně bez kontextu dalších důkazů. ČTK informaci o konání konference uveřejnila dne 12. 2. 2006 v 18.50 hod. Ztotožňují se se závěrem v bodě 83 napadeného rozhodnutí; účastníci řízení na předchozí konferenci dne 7. 2. 2006 podmínili ohlášenou hrozbu zastavení dodávek úhradou dlužných částek, příp. vydáním veřejného příslibu ministra o jejich uhrazení do 14. 2. 2006. Zda požadované podmínky byly splněny či nikoli mohli vyhodnotit teprve v následujících dnech. O konání další tiskové konference s přizváním médií a obdobně o rámci její náplně nemohli nevědět (musela o tom mezi nimi proběhnout komunikace), jestliže se jí měli zúčastnit (což také učinili - viz důkaz č. 14).
100. Prvostupňový orgán se výpovědí p. S. v rozhodnutí zabýval (viz body 84 a 85 napadeného rozhodnutí) a svůj závěr uvedl v bodě 86 napadeného rozhodnutí. S tímto závěrem se ztotožňují. Pan S. pak nemohl tiskovou konferenci konanou dne 14.2.2006 svolat bez vědomí účastníků řízení, ani na ní prezentovat z vlastní osobní iniciativy žádné kroky vůči nejzadluženějším nemocnicím (viz předmět konference avizovaný v informaci ČTK), neboť Asociace velkodistributorů léčiv jako taková není dodavatelem léčiv. Kroky na konferenci ohlášené byly prokazatelně předmětem předchozí komunikace účastníků řízení. Důkaz č. 14 pak jednoznačně prokazuje, že se nejednalo o jakousi osobní iniciativu pana S.; účastníci řízení byli ohlášeným krokům přítomni a argumentovali též ve prospěch jejich realizace.
101. K **důkazu č. 14** (DVD záznam z tiskové konference konané dne 14. 2. 2006) a jeho hodnocení prvostupňovým orgánem uvádím přehled námitek účastníků řízení a své vyjádření k nim v následujících bodech.
102. Dle námitek účastníků z DVD záznamu nevyplývá, že se jedná o záznam z tiskové konference ze dne 14. 2. 2006; záznam zjevně není kompletní (začíná uprostřed věty pana S., v úvodu je uvedeno „...před sedmi lety...“, chybí ukončení konference). Z chybějících pasáží by bylo nepochybně zřejmé, že každý účastník deklaroval řešit otázku dluhů fakultních nemocnic samostatně a dle vlastního uvážení. V záznamu pan S. říká – „...řekli jsme, že to je v rukách každého distributora, který si bude hodnotit, jak ta nemocnice vypadá, jak se vyvíjí myslím tím po ekonomické stránce, a jaké má v tomto kraji v této oblasti svoje marketingové priority...“, což dokládá, že účastníci neuzavřeli

žádnou konkrétní dohodu o splatnostech dodávek léčiv, když každý měl podle pana S. postupovat samostatně. Není pak dostatečná slyšitelnost položených otázek, což může ovlivnit výklad odpovědí.

103. K těmto námitkám uvádím, že DVD záznam (hrubý záznam) je nepochybně záznamem tiskové konference ze dne 14. 2. 2006, což. m.j. dokládá datum uvedené na grafické prezentaci – „slidech“ na tiskové konferenci promítaných: na těchto slidech je v levém dolním rohu uvedeno datum **14. 2. 2006** a uprostřed dole též nápis: „**TK AVEL Café Louvre, 14. 2. 2006**“. Tyto údaje korespondují s informací ČTK o konání konference - důkaz č. 13. Ucelenost záznamu prokazuje evidentní hlasová i obrazová návaznost a také v obrazu kontinuálně probíhající časomíra. Po shlédnutí záznamu nemohu přisvědčit ani tomu, že v úvodu zaznělo „...před sedmi lety...“, kdy zcela zřetelně je uvedeno panem S. „...před **sedmi dny** jsme museli reagovat na ...“. Skutečnost, že záznam začíná uprostřed věty, či na něm není zachyceno jakési oficiální ukončení konference, nesnižuje jeho vypovídací hodnotu v posuzované věci. Svě kroky ohlásili účastníci řízení v první části konference a v druhé části byly zodpovídány dotazy novinářů, v rámci nichž účastníci argumentovali na podporu ohlášených kroků. Z hlediska projevů jejich vůle ohledně dodávek léčiv považuji záznam za dostatečně kompletní. Nepřisvědčuji tvrzení, že namítaná věta sdělená panem S. - „...řekli jsme, že to je v rukách každého distributora...“, dokládá, že účastníci neuzavřeli žádnou konkrétní dohodu o splatnostech dodávek léčiv. DVD záznam i jeho textový přepis prokazuje účelové vytržení věty z obsahového kontextu. K tomu odkazuji na záznam, kde k dotazu redaktorky paní M. cit.: „Takže všem nemocnicím, kterým dodáváte, zkrátíte lhůty na 14 dní?“ pan S. v přítomnosti účastníků řízení odpověděl - cit.: „Až na 14 dnů to definujeme; řekli jsme, že to je v rukách každého distributora, kterej si bude hodnotit, jak ta nemocnice vypadá, jak se vyvíjí, myslím po ekonomické stránce a jaké má v tomto kraji, v této oblasti svoje marketingové priority. Ale samozřejmě budou v každém případě krátké, nemůžeme mluvit o žádných 90 - více dnů splatnosti, budou výrazně zkráceny a říkáme tam tu dolní hranici až na 14 dnů“ (konec odpovědi na otázku). Účastníci pak své tvrzení, že v údajně chybějících pasážích záznamu zcela jistě zaznělo, že každý účastník bude volit strategii samostatně a dle vlastního uvážení (a bylo by údajně zřejmé, že se vytýkaných skutků nedopustili), nedoložili žádnými důkazy. Po shlédnutí záznamu konstatuji, že taková vyjádření by ani do obsahového kontextu přednesených informací, který je jednoznačný, nemohla konzistentně zapadnout. Pokud by účastníci chtěli řešit otázku svých pohledávek za nemocničními lékárnami každý individuálně svou vlastní strategií, nebyl by důvod o ní s konkurenty komunikovat, ani ji společně s nimi na tiskové konferenci ohlašovat – nadto od shodného data. Záznam je také dostatečně slyšitelný a srozumitelný, s výjimkou jedné otázky redaktora (jak je též vyznačeno v textovém přepisu záznamu konference založeném na str. 1735 spisu S); snížená slyšitelnost otázky nijak neovlivňuje důkazní hodnotu záznamu.
104. Další námitkou je, že ze záznamu není patrné, jak na prohlášení pana S. reagovali účastníci řízení – kdy kamera zabírá jen jeho, a že účastníci řízení - pokud v záznamu hovoří - se nevyjadřují k otázce ukončení dodávek léčiv ani k otázce zkrácení lhůt splatností; vyjádření pana H. k ukončení dodávek se zjevně týkalo jen společnosti Phoenix.
105. Po shlédnutí záznamu konstatuji, že na tiskové konferenci byly přítomny osoby za každého účastníka řízení; u každé osoby je na velké jmenovce před ní umístěné uvedeno



její jméno a název firmy účastníka řízení. Záznam dokládá, že účastníci řízení byli prokazatelně na tiskové konferenci přítomni, kroky ohlášené na této konferenci prostřednictvím ředitele AVEL byly předneseny za jejich přítomnosti a účastníci řízení též vyjadřovali své argumenty na podporu ohlášených kroků; kamera přitom nezabírá jen ředitele AVEL. Bylo zde vyhlášeno jak ukončení dodávek léčiv do FTN, FNB a FNSA ze strany účastníků řízení, a to „od zítřka“ (což bylo od 15. 2. 2006), tak také zkracování lhůt splatnosti jejich dodávek léčiv odběratelům. Žádný z účastníků ohlášené kroky nekorigoval ani nedementoval.

106. Nepřisvědčuji ani tvrzení, že vyjádření pana H. k ukončení dodávek se týkalo pouze společnosti Phoenix. Odkazuji na záznam, kde k dotazu redaktora pana P. – cit.: „Jestli po té hrozbě, kterou jste řekli před tím týdnem, jestli jste se s těmito řediteli sešli a nějak jste s nimi komunikovali nebo něco, nebo oni s vámi teda?“ pan H. odpověděl – cit.: „My jsme prakticky před tou tiskovou konferencí minulý týden, myslím si, že všechny společnosti, vyzvali všechny ředitele k zaplacení; řekli jsme jim, že prakticky pokud do týdne nebude zapláceno nebo nepřijde ten veřejný příslib, že budeme muset zastavit dodávky. Čekali jsme prakticky týden, jestli bude nějaká odezva, ale žádná nebyla.“ Konstatuji, že z odpovědi v kontextu obsahu této tiskové konference, navazující na předchozí tiskovou konferencí konanou dne 7. 2. 2006 i obsahu dalších shromážděných důkazů vyplývá, že pan H. nehovořil pouze za Phoenix. Námitky tak nepovažuji za důvodné.
107. Za důvodné nepovažuji ani námitky, že v DVD záznamu z tiskové konference se nikde nevyskytuje termín „vitální léčiva“, že z něj není patrné, že to byl p. R. (z Aliance), kdo opravil pana S. v termínu ukončení dodávek („od zítřka“) a jde o subjektivní hodnocení průběhu tiskové konference prvostupňovým orgánem.
108. Předně jsem ověřil, že prvostupňový orgán nikde v rozhodnutí netvrdil, že dodávky tzv. vitálních léčiv (se zkrácenými lhůtami splatnosti) byly obsahem prohlášení učiněných na této konferenci. Odkazuji na jeho vyjádření v bodě 108 napadeného rozhodnutí. O zprostředkování si předchozího vzájemného srozumění účastníků řízení, týkajícího se dodávek tzv. vitálních léčiv, zajistil prvostupňový orgán řadu dalších důkazů, jež v rozhodnutí také hodnotil - viz body 103 až 107, 139 až 141 napadeného rozhodnutí, a dále též vypořádání námitek účastníků řízení týkajících se těchto dodávek. Se závěry prvostupňového orgánu učiněnými z tohoto dokazování (viz body 108, 109 a 228 napadeného rozhodnutí) se ztotožňuji. Ze záznamu tiskové konference podle mého názoru rovněž jednoznačně vyplývá, že to byl pan R., kdo korigoval pana S. v informaci že distributoři přestanou dodávat nikoli do tří dnů, nýbrž „od zítřka“ (pokud by korekci měla učinit jiná, na záznamu nepřítomná osoba, bylo by její přistoupení k panu S. v kontinuitě záznamu nepochybně patrné).
109. Účastníci dále k důkazu č. 14 namítali, že není jasné, jakým způsobem byl záznam z tiskové konference dne 14. 2. 2006 pořízen a sestříhán, kdo jej pořídil, upravil a sestříhal pro televizní vysílání a co bylo vypuštěno. Není jasné, jakým způsobem se dostal datový záznam z kamery jeho pořízení na disketu DVD ve správním spise a není tudíž vyloučeno, že do něj bylo v mezidobí zasahováno; dle něj datový záznam není úplný a autentický (opakují, že z chybějících pasáží by nepochybně vyplývalo, že se nedopustili skutků popsaných v bodě I. výrokové části napadeného rozhodnutí).

Vyslovují přesvědčení, že záznam byl zmanipulován, jedná se o nezákonný důkaz který neměl být podkladem pro rozhodnutí.

110. K tomu uvádím, že nic neprokazuje, že do záznamu z tiskové konference dne 14. 2. 2006 bylo zasahováno. Je zjevné, že jde o hrubý, neupravovaný záznam a jak jsem uvedl výše, jeho kontinuita je rovněž dostatečně patrná (m.j. i v obrazu běžící časomírou). Ověřil jsem, že do spisu byl zajištěn transparentním způsobem (spolu s se záznamem reportáže odvysílané TV NOVA v Televizních novinách dne 7. 2. 2006). Záznam tiskové konference byl uložen na DVD nosič na pracovišti TV NOVA, která jej pořídila, a zaslán Úřadu poštou. S písemnou korespondencí s TV NOVA, týkající se jeho zajištění pro účely správního řízení, byli účastníci řízení v rámci nahlížení do spisu seznámeni. Ověřil jsem, že rovněž obdrželi nepřepsatelnou kopii DVD záznamu a jeho tiskový přepis (viz protokoly str. 1987, 1992, 1994 a 2000 spisu S). Nepřisvědčuji proto námitce jeho manipulace a nezákonnosti takového důkazu. Pro úplnost uvádím, že důkaz č. 14 nebyl předmětem televizního vysílání, odvysílaná byla pouze reportáž ze 7. 2. 2006.
111. Další námitka se týká závěru Úřadu uvedeného v bodě 87 napadeného rozhodnutí - "vyhlášené kroky obsahově navazují na předchozí tiskovou konferenci ze 7. 2. 2006, ke které se zde účastníci také hlásí", s tím, že neobstojí při srovnání s důkazem č. 14. Uvádí, že je opřen o dva vytržené výroky p. H. k různým věcem, které jsou navíc uvedeny v obráceném pořadí, než se vyskytují v záznamu (v němž jsou s 8 minutovým časovým odstupem); dle Phoenixu je tak s nimi v napadeném rozhodnutí nepřipustně manipulováno.
112. Námitku považuji za účelovou a odkazuji na obsah záznamu z tiskové konference dne 14. 2. 2006 a odpovědi pana H., v nichž se zmiňuje o předchozí tiskové konferenci (tj. konané dne 7. 2. 2006). Pro hodnocení věci není relevantní, v jakém pořadí byly odpovědi pana H. uvedeny (ani s jakým časovým odstupem se takto vyjadřoval k dotazům novinářů). Ztotožňuji se se závěrem prvostupňového orgánu, že záznam z tiskové konference ze dne 14. 2. 2006 prokazuje časovou i obsahovou návaznost na předchozí tiskovou konferenci (a na kroky na ní ohlášené) a účastníci řízení se na ně odvolávají. Patrný je také konsensus účastníků řízení s vyjádřeními pana S.
113. Gehe k důkazu č. 14 namítla, že se samostatně rozhodla oznámit zastavení dodávek fakultním nemocnicím poté, kdy se ukázalo být jasným, že dojde k zastavení dodávek společností Alliance. Jelikož k pozitivnímu vývoji nedošlo, bylo evidentní, že k zastavení dodávek ze strany Alliance musí dojít, a proto se Gehe rozhodla, že oznámí zastavení dodávek, o čemž informovala pana S., který měl zřejmě informace o obdobných krocích ostatních členů sdružení AVEL. Namítla, že je zde třeba rozlišovat mezi mediální prezentací a skutečnou vůlí dodávky zastavit. DVD záznam tiskové konference neprokazuje jednání ve shodě spočívající v zastavení dodávek, obdobně zkrácení splatnosti dodávek vitálních léčiv (kdy dodávek vitálních léčiv se předmětná tisková konference vůbec netýkala). Rovněž nikdy nedošlo k plošnému zkrácení lhůt splatnosti faktur účastníky řízení, které bylo rovněž na tiskové konferenci prezentováno.
114. Ztotožňuji se se závěry prvostupňového orgánu, že jednání Gehe nebylo jejím samostatným a nezávislým rozhodnutím, učiněným pouze v důsledku následování ostatních účastníků řízení. Účastnila se kontaktů účastníků řízení a vzájemné komunikace ohledně koordinovaného postupu. Její následný postup vůči třem fakultním

nemocnicím ve shodné době jako ostatní účastníci nevykazoval znaky samostatného a nezávislého soutěžního chování (viz přehledy lhůt splatností – str. 2012X – 2014X spisu příloh č. 1). Skutečnost, že kroky ohlášené na konferenci dne 14. 2. 2006 nebyly v plném rozsahu realizovány (např. nedošlo k plošnému zkrácení lhůt splatnosti i vůči dalším nemocnicím), nijak neprokazuje, že se jednalo jen o údajnou medializaci a rovněž nevyvrací závěr prvostupňového orgánu o porušení zákona jednáním ve vzájemné shodě týkajícím se tří dotčených FN. Zdůrazňuji pak, že protisoutěžní jednání účastníků řízení se neopírá jen o důkaz č. 14. K námitkám údajně jen společné medializace a k dodávkám tzv. vitálních léčiv jsem se vyjádřil výše.

115. Dle Pharmosu prvostupňový orgán hodnotil záznam z tiskové konference dne 14. 2. 2006 ve prospěch potvrzení závěru napadeného rozhodnutí bez souvislosti s dalšími získanými důkazy – konkrétně tabulkami dodávek léčiv od 1. 2. 2006 na str. 2066X spisu S. Dále namítl, že na konferenci nebyli přítomni všichni účastníci řízení.
116. K této námitce předně uvádím, že tiskové konference se účastnili všichni účastníci řízení – což je z DVD záznamu dostatečně patrné. Za Pharmos se tiskové konference účastnil pan J. K., jehož jméno je dle DVD záznamu u firmy Pharmos na jmenovce. Jak jsem ověřil, byl jednatelem společnosti Plzeňská lékárnická s.r.o. - sesterské společnosti Pharmosu (obě byly ve skupině kontrolované společností Česká lékárnická a.s.). Tato skutečnost neznamená, že Pharmos se tiskové konference neúčastnil; je věcí tohoto účastníka řízení, koho za sebe k účasti na konferenci zajistil (Pharmos se pak od kroků na konferenci vyhlášených nedistancoval, naopak informoval své ředitele o zastavení dodávek do FTN, FNB a FNSA k 15.2.2006 – viz důkaz č. 19).
117. Namítané tabulky vývoje denních odběrů léčiv tří fakultních nemocnic od účastníků řízení v měsíci únoru 2006 - str. 2063X - 2066X spisu S, uvádějí v jednotlivých dnech vždy souhrnný denní finanční objem odběru léčiv a četnost odběrů k němu se vztahující. Ukazují výrazný pokles finančního objemu i četnosti odběrů od všech účastníků řízení v období po 15. 2. 2006. Počínaje 20. 2./21. 2. 2006, kdy Pharmos po jednání u Ministerstva zdravotnictví obnovil dodávky plného sortimentu léčiv za standardních lhůt splatností, ukazují velmi výrazný vzestup odběrů všech tří FN od Pharmosu, zatímco odběry od ostatních účastníků setrvávají na velmi nízké úrovni při výrazně zkrácených lhůtách splatnosti (jak dokládají přehledy lhůt splatností dodávek - str. 2012X až 2014X spisu příloh č. 1). Neshledávám tak žádný nesoulad v hodnocení důkazu č. 14 – DVD záznamu z tiskové konference 14. 2. 2006, s těmito tabulkami, kdy tyto dokládají obnovení dodávek plného sortimentu léčiv Pharmosem od uvedeného data do 28. 2. 2006 včetně, což prvostupňový orgán hodnotil jako dočasné prolomení sladěného chování účastníků řízení ve prospěch Pharmosu. Pharmos pak sám potvrdil, že zmíněné dodávky plného sortimentu léčiv opět ukončil k 1. 3. 2006.
118. Shrnu-li průběh této konference na základě jejího DVD záznamu, jenž lze dle mého přesvědčení hodnotit jako záznam úplný a hodnověrný, pak na tiskové konferenci byli nepochybně přítomni zástupci všech účastníků řízení. Přítomností zástupců účastníků řízení vyjádřili tito nesporný souhlas s opatřeními zde přednesenými, argumentovali též v prospěch těchto opatření. Nikdo z osob reprezentujících účastníky řízení přitom nevyslovil ani nenaznačil, že by nesouhlasil s ohlášeným postupem. Skutečnost, že účastníci řízení pak svůj postup skutečně koordinovali, prokazuje jejich jednání v následujících dnech po konferenci, kdy všichni přistoupili k ukončení dodávek plného sortimentu léčiv za splatností obvyklých v předcházejícím období a realizovali

- dotčeným FN (s výhradou Pharmsosu po dočasné období) jen dodávky léčiv (označovaných jimi jako dodávky tzv. vitálních léčiv), a to s výrazně zkrácenými lhůtami splatnosti
119. Uzavírám tedy, že námitky účastníků řízení k důkazu č. 14 nepovažuji za důvodné a ztotožňuji se závěry, ke kterým při hodnocení tohoto důkazu dospěl správní orgán prvního stupně. Za podstatné pak považuji, že záznam z tiskové konference konané dne 14. 2. 2006 obsahově logicky (a také časově) koresponduje s dalšími důkazy zajištěnými v řízení.
120. K hodnocení **důkazu č. 15** (přípis tří účastníků řízení ze dne 17. 2. 2006), účastníci řízení namítají, že tyto představují přirozenou reakci na mediální tlak ohledně obvinění z ohrožení pacientů tří fakultních nemocnic. Gehe v této situaci deklarovala, že bude dodávat vitální léčiva; tyto dodávky podmínila zkrácením doby jejich splatnosti, aby nedošlo ke zvýšení její úvěrové angažovanosti. Zkracování splatnosti faktur je u ní obvyklá praxe přesáhnou-li závazky únosnou mírou (o čemž doložila 3 odběratele - lékárny, u nichž splatnosti zkrátila). Namítla, že zaslání obdobných dopisů ve stejné době i společnostmi Phoenix a Alliance neprokazuje, že by jejich postup byl koordinován (GEHE se o nich dozvěděla až z obsahu spisu), navíc Pharmsos žádný takový dopis nezaslal. Postup Phoenix a Alliance byl dán objektivní situací, nikoli vzájemnou dohodou. Oba působí na stejném trhu, oba byli cílem stejné mediální kampaně a hrozila jim obdobná rizika jako GEHE; je logické, že postupovali obdobným způsobem. Alliance v rozkladu uvedla, že zmíněné přípisy byly reakcí na oznámení Ministerstva zdravotnictví o alternativním dodavateli a pan R. (pozn.: který se neúčastnil schůzky konané téhož dne - 17. 2. 2006, z důvodu dovolené mimo Prahu) je podepsal již dne 16. 2. 2006 před svým odjezdem na dovolenou.
121. Uvedeným námitkám nemohu přisvědčit. Předně byl onen „mediální tlak“ vyvolán tím, že se rozhodli (a také ohlásili) ve stejnou dobu ukončit dodávky plného sortimentu léčiv konkrétním odběratelům. Tyto přípisy pak potvrzují správnost správním orgánem prvního stupně deklarovaného jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě. Skutečnost, že Phoenix, Alliance a Gehe zaslali tyto dopisy o své připravenosti dodat léčiva, označená jimi v přípisech jako vitální léčiva, životně nezbytná léčiva (vitální indikace) či léčiva nezbytně nutná k záchraně zdraví pacienta, ve stejný den týmž subjektům (třem FN), i jejich obsahová podobnost (m.j. dva účastníci uvádějí shodnou - velmi krátkou lhůtu splatnosti avizovaných dodávek vitálních léčiv) vyvrací tvrzení o náhodně stejném postupu v důsledku objektivní situace na trhu. Ohledně Pharmsosu bylo ověřeno, že o dodávkách tzv. vitálních léčiv informoval osobně, přičemž z téže doby byly zajištěny též písemné důkazy prokazující, že i Pharmsos tímto termínem své dodávky léčiv označoval (viz např. důkaz č. 19).
122. Účastník řízení Gehe namítá proti hodnocení **důkazů č. 17 a 18**, tedy dopisům představujícím interní komunikaci mezi účastníkem a jeho mateřskou společností ze dne 22. 2. 2006 a 27. 2. 2006, že Úřad je hodnotí jako věrohodné v aspektech, podporujících jeho argumentaci (bod 93 rozhodnutí), v aspektech, svědčících ve prospěch argumentace účastníka řízení tyto považuje za nevěrohodné, když uvádí, že se jedná o informace určené pro mateřskou společnost, jejichž obsah může být veden snahou ukázat, že účastník řízení se nedopouští porušování soutěžních pravidel. Namítá, že k datu, kdy byly dopisy mateřské společnosti odeslány, neprobíhalo u Úřadu žádné řízení týkající se porušení zákona. Gehe tak neměla důvod zasílat své mateřské společnosti nepravdivé

informace, jelikož v té době netušila, že její postup by mohl být považován za protizákonný. Pokud by takovou povědomost měla, důkaz č. 18 by neobsahoval zmínku o rozhodnutí společnosti Alliance, resp. společnosti Phoenix o zastavení dodávek, protože by to mohlo nasvědčovat výměně citlivých obchodních informací mezi distributory.

123. Předně jsem z napadeného rozhodnutí zjistil, že jeho obsahem není tvrzení, že společnost Gehe poskytla své mateřské společnosti nepravdivé informace (viz bod 91 napadeného rozhodnutí). Současně jsem ověřil, že již dne 16. 2. 2006 obdržel pan S. faxem pozvánku na jednání u Úřadu k objasnění postupu Asociace velkodistributorů léčiv, či jejích členů, se žádostí o zajištění účasti informovaných pracovníků na jednání (založena na str. 37 v připojeném spisu P 130/06, s nímž byli účastníci v řízení seznámeni). V pozvánce Úřadu je uvedeno, že na protisoutěžní jednání asociace, tak i jejích členů se zákon vztahuje. Doručením pozvánky řediteli AVEL tak nepochybně měli účastníci informaci šetření Úřadu i o možných rizicích svého postupu dle zákona, jak uvádím dále.
124. Jednání u Úřadu se uskutečnilo dne 24. 2. 2006 a účastnil se ho pan S. s právním zástupcem Phoenixu (protokol str. 46 spisu P). V reakci na toto jednání zaslal ředitel AVEL dne 27. 2. 2006 účastníkům řízení tiskové prohlášení připravené pro ČTK (str. 125 a 126 spisu S, viz též bod 283 napadeného rozhodnutí). V průvodním dopisu s textem – cit: “Posílám na vědomí. Do ČTK jsem odeslal 26. 2. 2006 večer. Zdravím, P. S.“, nijak účastníkům nevysvětluje důvod jeho vypracování; měli tedy již účastníci řízení povědomost o důvodu vypracování tiskového prohlášení. Důkaz č. 18 z 27. 2. 2006 má předmět označen jako „Antimonopoly Office Investigation“. V úvodu v něm pan P. informuje o šetření Úřadu, zmiňuje jednání pana S. a právního zástupce Phoenixu u Úřadu a cituje informaci médií – že by mohlo jít o **kartelovou dohodu**. Skutečnost, kterou vzal prvostupňový orgán při hodnocení zmíněných důkazů úvahu, jak je uvedeno též v bodě 91 napadeného rozhodnutí, tak není nikterak nedůvodná, kdy v době vyhotovení dokumentů označených jako důkaz č. 17 a č. 18 měla Gehe povědomost, že Úřad provádí šetření i o rámci případné aplikace zákona.
125. Hodnocení důkazů č. 17 a č. 18 orgánem prvního stupně pak neshledávám tendenčním, kdy navíc konkrétní faktické informace v důkazech korespondují i s dalšími skutečnostmi zjištěnými orgánem prvního stupně. Pokud v závěru důkazu č. 18 Gehe uvádí data, kdy jednotliví účastníci řízení zastavili dodávky do 3 FN, prvostupňový orgán je nehodnotil, neboť o tomtéž zajistil přesnější informace. Podobně dokazování nepotvrdilo informaci Gehe v důkazu č. 18, že následovala resp. musela reagovat na kroky konkurentů (celkový ekonomický vývoj distribuce a neúspěšná jednání s FTN a FNSA). K tomu pak uvádím, že v námitce Gehe potvrzuje povědomost o protisoutěžní komunikaci konkurentů (viz její zmínka o výměně citlivých informací mezi konkurenty).
126. Phoenix k důkazům č. 17 a 18 namítl, že neprokazují skutky uvedené ve výrokové části I. napadeného rozhodnutí. Důkaz č. 17 je v zásadním rozporu s důkazem č. 8 – jeho nesouhlasným vyjádřením k opatřením uvedeným v zápisu z jednání AVEL dne 6. 2. 2006. Opakuje, že z důkazu č. 18 pak vyplývá, že společnost Alliance jednostranně ostatním účastníkům řízení sdělila své rozhodnutí zastavit dodávky, kdy ostatní účastníci toto sdělení pouze vzali na vědomí.

127. Uvedené námitky Phoenixu nepovažují za důvodné. Ohledně nesouhlasného vyjádření Phoenixu k zápisu z jednání AVEL dne 6. 2. 2006 se ztotožňují se závěry prvostupňového orgánu učiněnými v napadeném rozhodnutí. Nemohu přisvědčit ani tvrzení, že informaci Alliance o jejím záměru zastavit dodávky do ..... vzali účastníci pouze na vědomí – odkazují k tomu na své vyjádření výše včetně toho, že z důkazu č. 18 je patrné, že uvedená komunikace ovlivnila i postoj Gehe. Ztotožňují se tak s hodnocením důkazů jak č. 18, tak i č. 8, provedeným prvostupňovým orgánem v bodě 93 a v bodě 78 napadeného rozhodnutí.
128. K námitce Phoenixu, že z k důkazu č. 19 (email pana K./Pharmos z 15. 2. 2006 o zastavení dodávek do 3 FN) nevyplývá, že by stejným způsobem postupovali ostatní účastníci, případně, že by o takovém postupu uzavřeli dohodu (maximálně pouze prokazuje, že Pharmos ukončil dodávky do uvedených FN) uvádím, že nelze uvedený důkaz hodnotit izolovaně bez kontextu ostatních zjištěných souvislostí a důkazů. Uvedený důkaz časově i obsahově logicky doplňuje soubor dalších důkazů (např. přípisů dle důkazu č. 15), prokazujících předchozí vzájemné srozumění účastníků řízení ohledně dodávek tzv. vitálních léčiv. Časově i obsahově logicky doplňuje soubor dalších důkazů podporujících závěr o jednání ve shodě účastníků řízení vůči třem dotčeným FN.

*Další námitky účastníků ke skutkovým zjištěním a jejich hodnocení.*

129. Alliance namítla, že ředitelé FN byli informováni o možnosti odebírat tzv. vitální léčiva, sami rozhodli, že nepřipustí další navýšení dluhu, a proto během sledovaného období FN objednávaly nižší objemy, a zároveň čerpaly ze svých zásob.
130. Námitku považují za účelovou. Důkazy - přehledy denních odběrů léčiv (str. 2066X spisu S, zpracované z podkladů účastníků řízení) prokazují, že v reakci na dočasné obnovení dodávek plného sortimentu léčiv Pharmosem (za splatností dříve obvyklých) naopak dotčené FN výrazně navýšily své odběry od tohoto účastníka řízení; v konkrétních dnech dosahovaly i ..... Kč. Je tedy patrné, že FN doplňovaly deficit běžně odebíraného spektra léčiv, kdy ve stejné době sice mohly od ostatních účastníků řízení získat tzv. vitální léčiva, avšak jen za výrazně zkrácených splatností. K „zásobám“ léčiv uvádím, že se jednalo o účastníky řízení vyvolané „předzásobením“ – viz bod 232 napadeného rozhodnutí (informace FNSA str. 1224 spisu S).
131. Alliance na důkaz svého tvrzení, že dotčeným FN neodepřela žádnou dodávku léčiv, přiložila k rozkladu v příloze č. 1 přípis FNSA z 2. 1. 2007 a v příloze č. 2 přípis FNB rovněž z 2. 1. 2007. FNSA potvrzuje, že Alliance jim dodávala léčiva i v období po oznámení AVEL o zastavení dodávek, a to na základě *písemných* objednávek na dodávku léčiv *nezbytných k zajištění řádného poskytování zdravotní péče* pacientům nemocnice, která nebyla k dispozici skladem. FNB v přípisu potvrzuje, že Alliance jí nabídla dne 6. 3. 2006 rámcovou smlouvu o spolupráci, kterou FNB *zprvu neakceptovala* až do doby vyjasnění situace; i za této situace jí nabídla Alliance prakticky bez smluvního vztahu léky, které FNB *nezbytně potřebovala* pro svůj provoz. Také FNB potvrzuje, že od 15. 2. 2006 mohla u Alliance objednat jakýkoliv lék bez omezení a nemocnici nevznikla žádná škoda či újma.
132. K tomu uvádím, že prvostupňový orgán nikde v rozhodnutí nevedl, že účastníci řízení odepřeli pokrýt některou objednávkou léčiva, naopak zajistil důkazy ohledně dodávek léčiv (označovaných účastníky jako tzv. vitální léčiva) při velmi krátkých lhůtách

splatnosti. Poukazují pak na to, že FNSA i FNB hovoří v připojených přípisech o lécivech *nezbytných k zajištění řádné péče* či *nezbytně potřebných pro provoz FN*. Nejednalo se tedy o standardní, dříve obvyklou situaci v dodávkách. Již v průběhu řízení FNSA popsala, že distributoři od předem avizovaného data zablokovali možnost podávání objednávek elektronickou či telefonickou formou a byl tak znemožněn *běžný způsob uplatňování objednávek*; zachovány byly avizované dodávky léciv z vitální indikace, avšak při zkrácené době splatnosti (bod 105 napadeného rozhodnutí, přípis str. 1224 spisu S). K námitce uzavírám, že přiložené přípisy neuvádějí žádné skutečnosti, které by nebyly již známy ze zjištění prvostupňového orgánu.

133. K údajné prvotní neakceptaci smlouvy ze strany FNB odkazují na důkazy popsané v bodě 158 napadeného rozhodnutí, z nichž naopak vyplývá, že FNB návrh smlouvy zaslaný ze strany Alliance bez prodlení akceptovala tím, že uplatnila objednávkou, kterou jí Alliance také splnila následující den se splatností .... [pozn. *smluvní splatnost*]; byla to právě Alliance, která FNB napsala e-mail o nutnosti odložení obchodování dle navržené smlouvy „do vyjasnění situace“. Vznik konkrétní škody u dotčených FN v důsledku jednání účastníků řízení pak není náležitostí skutkové podstaty porušení § 3 odst. 1 zákona. Uzavírám tedy, že uváděné skutečnosti nijak nevyvracejí zjištění učiněná a vyhodnocená prvostupňovým orgánem.
134. Alliance dále namítla, že ke zkrácení lhůt splatnosti přistoupila na základě svých interních pravidel k minimalizaci rizik a přijatelných kreditních limitů, její postup nebyl koordinován s ostatními účastníky řízení; např. v r. 2005 i jiným zákazníkům nabídla dodávky léciv v hotovosti a při odmítnutí dodávky ukončila. Obdobně i ostatní účastníci řízení byli vedeni ke snížení lhůt splatnosti objektivními důvody (narůstajícím dluhem FN a zhoršením podnikatelského prostředí v důsledku snížení obchodní přírážky i nečinností orgánů státní správy). Jednalo se tak o nekoordinované, tzv. paralelní jednání.
135. Tuto námitku považuji za účelovou, neboť na základě shora uvedeného bylo nepochybně prokázáno, že účastníci řízení prostřednictvím přímých osobních nebo písemných kontaktů koordinovali své budoucí chování, a to rovněž ve vztahu ke dodávkám vitálních léciv se zkrácenou lhůtou splatnosti, jak je uvedeno i v závěrech v bodě 108 a 109 napadeného rozhodnutí, s nimiž se ztotožňuji. Skutečnost, že Alliance již dříve ukončila spolupráci s některými odběrateli, příp. byla ochotna jim dodat zboží jen za hotové, nevyvrací závěry prvostupňového orgánu ohledně zjištěného jednání ve shodě s ostatními účastníky řízení. Ztotožňuji se s prvostupňovým orgánem, že jednání Alliance (podobně i dalších účastníků řízení) není výsledkem jejího samostatného a navzájem s účastníky nezkoordinovaného postupu. Odkazují též na dopis ředitele FTN pro Alliance ze dne 17. 2. 2006 s návrhem splátkového kalendáře a připomínkou dosud měsíčně poukazovaných finančních částek (str. 727 spisu S), z něhož vyplývá, že Alliance nebyla přinejmenším vystavena takovému neplnění závazků ze strany FTN, aby musela (údajně individuálně) uplatňovat ve stejné době vůči FTN při dodávkách léciv týž postup, jako ostatní účastníci řízení. Posouzením, zda se u účastníků řízení nejedná o paralelní chování, se prvostupňový orgán zabýval (srov. zejména bod 238 napadeného rozhodnutí) a jeho závěr shledávám se zjištěnými skutečnostmi a důkazy souladným.
136. Gehe namítla, že jejím jednáním nemohl být dotčen odběratel FNB, neboť k zastavení dodávek tomuto odběrateli došlo již ..... a mezi jednáním účastníka v období února 2006 a úkony ve vztahu k FNB neexistuje žádná časová ani věcná souvislost.

137. Tuto námitku neshledávám důvodnou. Ověřil jsem, že je v rozporu s vlastními podklady a vyjádřeními Gehe v průběhu řízení. Gehe uvedla (str. 389 spisu S), že od ..... byly dodávky do FNB více méně zastaveny, obchodovala .... – srov. též bod 111 napadeného rozhodnutí. Popsala, že dne 14.2.2006 bylo telefonicky vedoucí lékárnici FNB sděleno, že Gehe ukončuje dodávky. Důvodem i u FNB byla obava z přelití pohledávek vzhledem k tomu, že začalo docházet k zastavování dodávek konkurenty Gehe. (Na str. 1723 spisu S uvedla, že ... ). K tomu poukazuji na skutečnost, že jestliže s FNB Gehe již od .... neobchodovala, nebyl by dán důvod oznamovat jí ukončení dodávek (ani připravenost dodat vitální léčiva). Námitku o dřívějším zastavení dodávek do FNB pak vyvrací vlastní podklady Gehe o dodávkách do 3 FN (včetně FNB) v měsíci únoru 2006 (do ohlášeného ukončení dodávek - str. 1693 spisu S) – zpracované do přehledů denních odběrů od Gehe (str. 2065X spisu S), dokládající, že GEHE dodávala od počátku r. 2006 léčiva i do FNB. Dle FNB (str. 2049, spisu S) tyto dodávky byly realizovány běžně se splatností .... . Informace prvostupňového orgánu v bodě 159 a 175 napadeného rozhodnutí tak vycházejí z doložených podkladů. Neshledávám tak rozpor v závěrech prvostupňového orgánu týkajících se Gehe jako účastníka jednání ve shodě vůči 3 FN.
138. Pharmos dále námitl, že prvostupňový orgán nevzal v úvahu, že ke dni 21. 2. 2006 vystoupil z Asociace AVEL a nezúčastňoval se žádných dalších jednání AVEL a jeho ostatních členů; nejméně od 21. 2. 2006 do zahájení řízení tak nemohl jednat ve shodě. Nebyly vzaty v úvahu důkazy, na které poukazyval v průběhu řízení a které svědčí jak o neexistenci koordinace jednání mezi účastníky řízení, resp. jednání Pharmosu ve shodě s ostatními účastníky řízení, tak o tom, že nedošlo k zastavení dodávek do tří FN. Přehled důkazů shrnul ve svém druhém doplnění rozkladu.
139. K tomu, že po svém vystoupení z AVELU Pharmos nemohl jednat s účastníky řízení ve shodě, poukázal na dokument „*Reakce na prohlášení Pharmos a.s. k dodávkám léků do fakultních nemocnic*“, datovaný 21. 2. 2006 a podepsaný panem P. V., ředitelem Družstva lékařů, dále na *restní oznámení podané Pharmosem proti některým výroky ředitele AVEL a na zápis z jednání na MZ dne 20. 2. 2006*
140. K těmto důkazům předně uvádím, že argumentaci společnosti Pharmos, že nebyla-li členem AVELu, nemohla s ostatními účastníky řízení jednat ve vzájemné shodě, je třeba odmítnout, neboť okruh účastníků správního řízení nebyl stanoven v rozsahu členů AVELu, nýbrž v rozsahu subjektů, u nichž se správnímu orgánu prvního stupně podařilo protisoutěžní jednání ve vzájemné shodě prokázat, jak vyplývá z napadeného rozhodnutí. Pharmos oznámil ukončení členství v AVELu přípisem ze dne 21. 2. 2006 (doručeným AVELu dne 24. 2. 2006), tedy až v době obnovení plného sortimentu dodávek léčiv po jednání u MZ, konaném dne 20. 2. 2006.
141. V namítaném důkazu - dokumentu „*Reakce na prohlášení Pharmos a.s. k dodávkám léků do fakultních nemocnic*“, ze dne **21. 2. 2006** (str. 236 spisu S), ředitel Družstva lékařů popisuje jednání o návrzích degresivní obchodní přírážky Ministerstva zdravotnictví, proti níž se byli nuceni bránit i lékárnici peticemi a protestními akcemi. Uvádí, že v této situaci se k lékárníkům **přidali i distributoři**. Ti se rozhodli, že nebudou dál uvěřovat státní zařízení a **nejdříve pohrozili a pak i přestali dodávat do 3 nejzadluženějších nemocnic**. K postupu Pharmosu uvádí – cit. „**Aniž by s kýmkoli ze zúčastněných stran cokoli konzultoval, jednostranným aktem rozbil nejen snahu AVELu, ale i snahu lékárníků o nápravu dnešní situace.** Nyní se snaží zpětně odůvodnit



- své rozhodnutí...“. K důkazu konstatuji, že se týká **dočasného obnovení plného sortimentu dodávek léčiv Pharmosem** od 20. 2./21. 2. 2006, učiněného po jednání u MZ (a Pharmos je v něm za tento krok kritizován). Toto dočasné obnovení dodávek (které trvalo do 28. 2. 2006) prvostupňový orgán zohlednil ve prospěch Pharmosu jako jím učiněné prolomení sladěného chování účastníků řízení.
142. Trestní oznámení ze dne **21. 2. 2006**, doplněné dne 28. 2. 2006, bylo podáno pro výroky ředitele AVEL, učiněné v souvislosti s dočasným obnovením dodávek Pharmosu.
143. Další důkaz - zápis z jednání na MZ dne **20. 2. 2006** (viz str. 2120 spisu S) se rovněž týká dočasného obnovení dodávek léčiv Pharmosem. Je v něm m.j. uvedeno, že u ministra zdravotnictví se setkali zástupci Pharmosu a ředitelé FTN, FNB a FNSA. Ředitelé informovali o krizové situaci ohrožující život a zdraví nemocných a v bodě III. zápisu je uvedeno – cit: “V této krizové situaci a stavu krajní nouze nabídli pomoc pouze 2 distributoři, obchodní společnost PHARMOS, a.s. a spol. S., kteří slíbili, že dodají všechna potřebná léčiva, a to bezodkladně. Rovněž tento důkaz souvisí s dočasným obnovením dodávek Pharmosu.
144. K těmto důkazům uzavírám, že prvostupňový orgán vzal tyto důkazy v úvahu - srov. bod 282 napadeného rozhodnutí. Uvedené důkazy dle mých zjištění nevyvrací závěr o jednání účastníků řízení (včetně Pharmosu) ve shodě, deklarovaný prvostupňovým orgánem v napadeném rozhodnutí.
145. Z dokazování provedeného prvostupňovým orgánem mám totiž za nepochybné, že Pharmos v ukončení dodávek plného sortimentu léčiv od 15. 2. 2006 jednal ve shodě s ostatními účastníky řízení, přestože v řízení uvedl, že poté, co se dozvěděl, že ostatní distributoři kvůli svým pohledávkám chtějí ukončit obchodování s uvedenými FN, zastavil s těmito FN **obchodování úplně** (s výjimkou léčiv u AIDS programu pro FNB), a to **z obavy dalšího nárůstu dlouhodobých pohledávek** (srov. bod 113 až 117 napadeného rozhodnutí). Ukončení potvrzuje mimo dotčených FN i přehled dodávek Pharmosu do tří FN (str. 516 až 520 spisu S) v měsíci únoru 2006 (z něhož byl zpracován přehled denních odběrů tří FN - str. 2066X spisu S), v němž je patrná přetržka denních dodávek léčiv Pharmosu do FNB a FNSA od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006, kdy po jednání u Ministerstva zdravotnictví dodávky plného sortimentu léčiv obnovil (včetně FTN, s nímž předtím neobchodoval). Zmíněné obavy z nárůstu dlouhodobých pohledávek tomuto obnovení dodávek nebránily.
146. K zastavení dodávek plného sortimentu léčiv Pharmosem **do FTN, FNB a FNSA od 1. 3. 2006** Pharmos namítá, že prvostupňový orgán je přičítá opětovnému realizování sladěného chování s účastníky řízení, ač Pharmos doložil důkazy, které jednoznačně prokazují odlišný důvod tohoto kroku. Důvodem dle něj bylo podezření z trestné činnosti několika jedinců (korupční jednání) týkající se dodávek. Dalším důvodem pak mělo být zjištění vyššího zadlužení uvedených FN, nežli se původně předpokládalo; jeho důsledkem by bylo, že Pharmos by dodával na dluh a pokud by přijímal platby, hrozil by mu trestní postih. Jako důkaz k důvodu zastavení dodávek uvedl příslušné trestní oznámení, *Prohlášení Pharmos k dodávkám léků do fakultních nemocnic a otevřený dopis předsedovi vlády ČR ze dne 23. 2. 2006*. V druhém doplnění svého rozkladu poukázal též na důkaz – *e-mailové sdělení PharmDr. K. ze dne 6. 3. 2006 „Popis situace“*, určené ředitelům a prodejnímu týmu Pharmosu (dokument č. 66 převzatý ve Pharmosu), který už ve svém vyjádření k podkladům pro napadené

rozhodnutí uváděl jako nejdůležitější důkaz o postupu ostatních členů AVELu vůči Pharmosu.

147. Po posouzení důkazů namítaných k zastavení dodávek od 1. 3. 2006 se nejprve vyjádřím k e-mailovému sdělení PharmDr. K. (v té době člena představenstva Pharmosu) ze dne 6. 3. 2006, předmět: „**Popis událostí**“, určenému ředitelům a prodejnímu týmu Pharmos (str. 269 spisu S). Jde o interní dokument pro představenstvo Pharmosu, který měl být podkladem pro audiokonferenci. Popisuje subjektivní pohled na vývoj situace počínaje týdnem od 6.2. – 10. 2. 2006, dále jednání zástupců Pharmosu s MZ a dalšími subjekty (vlastní postup vůči třem dotčeným FN od 15. 2. 2006 Pharmos nezmiňuje). V bodě 2. dokumentu je uvedeno, že ..... Z bodu 4. vyplývá, že již v průběhu **20. 2. – 22. 2. 2006** získal Pharmos ucelené informace o hospodaření nemocnic a **22. 2. 2006** nabyl povědomí i o možné trestné činnosti některých osob v souvislosti s obnovením jeho dodávek léčiv. Taktéž v otevřeném dopisu předsedovi vlády (str. 119 a 120 spisu S) Pharmos již dne **23. 2. 2006** poukazoval na celkovou výši polhůtných závazků tří FN (pozn.: tzn. nejen z dodávek léků) s tím, že ke dni 22. 2. 2006 činily cca 1,2 mld. Kč. (Pro přesnost uvádím, že na dopisu je v příloze k rozkladu i ve spisu nesprávné datum; správné datum je uvedeno v prohlášení Pharmosu pro lékárníky - str. 120 spisu, srov. i e-mail z 24. 2. 2006, v jehož příloze je otevřený dopis předsedovi vlády ČR již připojen, kdy tento obsahuje i informaci, že dodávky léčiv budou počínaje 1. 3. 2006 zastaveny).
148. Z „Popisu událostí“ pak vyplývá, že Pharmos své rozhodnutí pokračovat v dodávkách po 1. 3. 2006 vázal na jednání o degresivní přírážce (měl rovněž zájem zabránit prosazení varianty přírážky navrhované MZ). Ještě 1. 3. 2006 o pokračování dodávek léčiv jednal s Grémiem majitelů lékáren a s Českou lékárnickou komorou – srov. text v bodě 7. tohoto důkazu o výsledku jednání. Rovněž z něj vyplývá, že lékárníci měli zájem prosadit vlastní variantu úpravy degresivní přírážky. Dále je v Popisu událostí uvedeno, že ostatní členové AVELu se vyjádřili, že degresivní marže je významně poškozující ..... a takto připravený vlastní návrh lékárníků nepodpoří (bod 8. důkazu).
149. Prvostupňový orgán pak ověřil, že Pharmos pokračování dodávek plného sortimentu léčiv po 1. 3. 2006 neobnovil. Podobně jako ostatní účastníci řízení je obnovil až po uhrazení resp. umoření části dluhů ze strany dotčených FN z prostředků uvolněných Ministerstvem zdravotnictví.
150. K hodnoceným důkazům uzavírám, že nepotvrzují Pharmosem uváděný důvod opětovného zastavení dodávek, a to podezření z trestného činu korupce a zjištěné vyšší zadlužení tří FN. Uvedené skutečnosti byly Pharmosu známy už v době jednání s MZ a tato zjištění mu nebránila v obnovení dodávek plného sortimentu léčiv všem třem FN od 20. 2./21. 2. 2006. Neprokazují, že Pharmos postupoval při zastavení dodávek léčiv od 1. 3. 2006 samostatně a bez předchozího vzájemného srozumění s ostatními účastníky řízení. Jeho postup vůči FTN, FNB a FNŠA se v období od 1. 3. 2006 až do uhrazení/umoření dluhů ze strany tří FN neodlišoval od postupu ostatních účastníků řízení. V emailové komunikaci týkající se zastavení dodávek od 1. 3. 2006 Pharmos rovněž používal termín „vitálky“. Přehledy lhůt splatností pak ukazují, že pokud Pharmos obdržel po 1. 3. 2006 objednávku, dodal léčiva obdobně jako ostatní účastníci řízení s výrazně zkrácenou splatností.
151. Ztotožňuji se také se závěrem prvostupňového orgánu v bodě 283 napadeného rozhodnutí, že Pharmos nebyl po svém vystoupení zcela odříznut od komunikace

s ostatními účastníky řízení Ověřil jsem, že zmíněné tiskové prohlášení pro ČTK, zpracované na základě jednání ředitele AVEL u Úřadu dne 24. 2. 2006 (nařízené v rámci šetření pod č.j. P 130/06 k objasnění ukončení dodávek léčiv) zaslal ředitel AVELu dne 27. 2. 2006 i Pharmosu. Pan K. (Pharmos) jej přeposlal téhož dne představenstvu Pharmosu s vyznačením: Důležitost: „Vysoká“, s textem „Kolegové, posílám pro informaci tiskové prohlášení. Nás se to taky asi bude ještě týkat“ (viz str. 125 spisu S). V téže době už byly dotčené FN Pharmosem vyrozuměny o zastavení dodávek plného sortimentu k poslednímu dni měsíce února 2006.

152. Pharmos (podobně i další účastníci řízení) dále namítá, že k úplnému zastavení dodávek do FN Pharmosem ani ostatními účastníky nedošlo. K tomu shrnuje v druhém doplnění rozkladu (bod IX. (2) důkazy pod písm. (a) až (g).
- (a) Dopis ředitele FTN MUDr. M. ze dne 25. 10. 2006.
  - (b) Vývoj denních odběrů léčiv – únor 2006 (str. 2066X spisu S), u něhož Pharmos poukazuje, že během měsíce února 2006 byla účastníky řízení dodávána léčiva každý všední den, kromě sobot a nedělí. Uvádí, že do žádné ze tří FN nebyly v uvedeném měsíci dodávky přerušeny, což svědčí o neexistenci jednání ve shodě, s nímž se prvostupňový orgán nevypořádal.
  - (c) E-mailové sdělení PharmDr. K. ze dne 6. 3. 2006 určené ředitelům a prodejnímu týmu účastníka PHARMOS a.s.
  - (d) Dopis ředitele FNB Ing. S. ze dne 7. 4. 2006.
  - (e) Dopis ředitele FN Brno, Jihlavská 20, ze dne 13. 6. 2006, obdobně vyjádření FN Plzeň a Všeobecné FN v Praze .
  - (f) Dopis ředitele FTN ze dne 29. 8. 2006.
  - (g) Dopis ředitele FNSA ze dne 10. 4. 2006.
153. K důkazům, které mají prokázat nezastavení/nepřerušování dodávek léčiv do tří FN uvádím, že předmětem řízení nebylo přerušování dodávek léčiv, nýbrž koordinované ukončení dodávek plného sortimentu léčiv účastníky řízení třem FN (FTN, FNB a FNSA) v měsíci únoru 2006 a zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek léčiv, označovaných účastníky řízení jako tzv. vitální léčiva. Skutečnost, že tyto následné dodávky tzv. vitálních léčiv s výrazně zkrácenými lhůtami splatností byly na základě objednávek tří FN realizovány prakticky každý všední den (resp. že dotčeným FN nebyla odepřena žádná dodávka), nijak nevyvrací závěr prvostupňového orgánu o porušení zákona ze strany účastníků řízení. Dopisy ředitelů FTN, FNB a FNSA naopak potvrzují zjištění prvostupňového orgánu ohledně postupu účastníků řízení vůči těmto FN. Odkazují na obsah dopisu ředitele FTN z 29. 8. 2006 (1364 spisu S), který uvedl, že dodávky do lékárny odmítnuty nebyly, v některých případech bylo poníženo objednané množství a cit.: „Lékárna ovšem neuplatňovala objednávky, u kterých předpokládala odmítnutí... a hledala jiné zdroje“. Srov. bod 107 a 280 napadeného rozhodnutí (v němž byla vypořádána obdobná námitka Pharmosu o nepřerušování jeho dodávek). Dále odkazují na dopis ředitele FNB - srov. bod 106 napadeného rozhodnutí, který též potvrdil dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenou splatností, i že Pharmos o nich informoval osobně. Obdobně ředitel FNSA (str. 537 spisu S) popsal postup účastníků, jak informovali o vitálních léčivech; ve svém následujícím přípisu (str. 1224 spisu S) popsal zablokování běžného způsobu objednávek, dodávky vitálních léčiv při zkrácené splatnosti, jakož i vyvolanou potřebu předzásobení – srov. bod 105, či bod 235 napadeného rozhodnutí. Pharmosem uváděné dopisy tří ředitelů FN tak potvrzují zjištění prokázaná prvostupňovým orgánem, a to o koordinovaném ukončení dodávek plného

sortimentu léčiv ze strany účastníků řízení a jejich následných dodávkách tzv. vitálních léčiv s výrazně zkrácenými splatnostmi.

154. Pro úplnost dodávám, že v bodě 280 napadeného rozhodnutí objektivizoval orgán prvního stupně tvrzení Pharmosu, že poté, co se dověděl, že ostatní distributoři kvůli svým pohledávkám též chtějí ukončit obchodování s FNB, zastavil s FNB obchodování úplně z obavy dalšího nárůstu pohledávek a to *s výjimkou AIDS programu* (odpověď FNB viz str. 2050 spisu S).
155. K vývoji denních odběrů tří FN v měsíci únoru 2006 (tabulky str. 2063X až 2066X spisu S, zpracované z podkladů účastníků řízení) jsem se rovněž vyjádřil výše. K tomu, že z tabulek jsou patrné dodávky každý všední den, resp. že dotčeným FN nebyla odepřena žádná dodávka, uvádím, že uvedená skutečnost nevyvrací prokázané porušení zákona deklarované v napadeném rozhodnutí. Za podstatné pro řízení a rozhodnutí považuji, že zmiňované dodávky léčiv uskutečněné účastníky řízení v období po 15. 2. 2006 nejsou dodávkami za podmínek, jak byly obvyklé v období předcházejícím tiskovým konferencím účastníků řízení, nýbrž účastníky avizované dodávky vitálních léčiv s výrazně zkrácenými lhůtami splatností. Toto jednání účastníků řízení (a to i včetně Pharmosu) pokračovalo i v měsíci březnu 2006 – viz část XV. napadeného rozhodnutí.
156. Dopisy ředitelů dalších FN, zmíněné Pharmosem v bodě (e) se týkají zjišťování postupu účastníků řízení v dodávkách léčiv vůči dalším nemocnicím a jejich lékárnám (odlišným od FTN, FNB a FNSA), prvostupňovým orgánem a toto šetření bylo ukončeno výrokem o zastavení řízení.
157. K výše namítaným důkazům uzavírám, že nevyvracejí závěr prvostupňového orgánu o porušení zákona .
158. K neexistenci společného zájmu koordinovaným postupem ukončit od 15. února 2006 dodávky do tří FN a k neukončení dodávek do tří FN, Pharmos uvedl jako důkazy:
- a. Protokol ze dne 7. 7. 2006,
  - b. Protokol ze dne 21. 6. 2006,
  - c. Protokol ze dne 16. 6. 2006,
  - d. Doplnění informace Pharmosu dne 20. 9. 2006, v níž důkazní hodnotu mají zejména přílohy - nejdůležitější je tabulka obsahující údaje o fakturaci a inkasu Pharmosu u tří dotčených FN.
159. K uvedeným důkazům uvádím, že protokol ad a) ze dne 7. 7. 2006 je z ústního jednání s účastníky řízení; obsahuje informace Phoenixu m.j. k důkazu č. 4 „Návrh komplexního řešení“. Jeho informací, že účastníci řízení se dál jeho „Návrhem komplexního řešení“ nezabývali, kromě několika vět sdělených k němu na jednání AVEL dne 6. 2. 2006, prvostupňový orgán vyvrátil a existenci koordinovaného postupu prokázal řadou dalších důkazů v řízení. Protokoly ad b a c) ze dne 16. 6. 2006 a 21. 6. 2006 jsou protokoly z výslechu svědků (Ing. R./Alliance a p. H./Phoenix), u nichž účastníci včetně Pharmosu namítli nesprávný postup prvostupňového orgánu, s tím, že tyto osoby nemohou být slyšeny jako svědci v režimu § 55 správního řádu. Námitka byla uznána a jak jsem ověřil, prvostupňový orgán z těchto protokolů při posouzení věci nevycházeli; informace si zajistil z následně konaného ústního jednání a písemných vyjádření účastníků řízení.

Informacemi z ústních jednání se orgán prvního stupně zabýval a v rozhodnutí je také hodnotil ve vztahu k dalším důkazům, přičemž prokázal, že nevyvracejí jeho závěry o koordinovaném postupu účastníků řízení, s čímž se ztotožňují.

160. K tabulce pod písmenem (d) uvádím, že je součástí přípisu Pharmosu na str. 1720 spisu S. Uvádí za jednotlivé měsíce - od XII/05 až po IX/06 finanční částky souhrnné fakturace (bez podrobnějšího členění) pro tři dotčené FN a finanční částky souhrnného inkasa od těchto FN. K posuzované věci však údaje v tabulce nemají vypovídací schopnost, a to ani pokud jde o namítané nezastavení dodávek. Důvodem je skutečnost, že Pharmos jak v únoru 2006 (při dočasném obnovení dodávek), tak i v březnu 2006 (po obnovení dodávek plného sortimentu léčiv ve vazbě na uhrazení/umoření dluhu z prostředků MZ) vždy po část měsíce dodával plný sortiment léčiv se standardní splatností. Fakturované částky se pak při splatnosti ..... dnů ani nemohou rovnat částkám inkasovaným v témže měsíci.
161. Další námitky Pharmosu (i dalších účastníků řízení), že více než polovina rozhodujících důkazů pod body 1 – 19 napadeného rozhodnutí je charakteru čistě teoretického, a že tyto odrážejí pouze některé „parciální úmysly“ účastníků řízení ve vztahu k FN a nevypovídají nic o skutečném jednání účastníků ve vztahu k možnému porušení § 3 odst. 1 zákona, nepřisvědčují. Prvostupňový orgán shromáždil řadu důkazů přímých i nepřímých, z nichž vyplývá, že nezůstalo jen u úmyslu účastníků řízení, nýbrž tito překročili i k realizaci svého vzájemně sladěného postupu; ve svém souhrnu tak prokazují porušení zákona.

#### *Shrnutí*

162. Přezkoumal jsem shora uvedené závěry správního orgánu prvního stupně, přičemž jsem v postupu, jakým k posouzení důkazů č. 1 až 19 ve smyslu napadeného rozhodnutí došlo, neshledal žádných pochybení, jež by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí (§ 89 odst. 2 věta první správního řádu). Správní orgán prvního stupně tyto důkazy hodnotil v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, každý samostatně a všechny v jejich vzájemné souvislosti, přičemž závěry, ke kterým na jejich základě dospěl, jsou podle mého přesvědčení logické a konzistentní. V postupu správního orgánu prvního stupně ohledně hodnocení těchto důkazů jsem neshledal žádné pochybení.. Všechny důkazy jež byly v rámci správního řízení shromážděny a prvostupňovým správním orgánem hodnoceny, pak tvoří koherentní komplex důkazů, na základě něhož lze závěr o porušení § 3 odst. 1 zákona zakázaným jednáním ve vzájemné shodě vyslovit.

#### *Námítky proti právnímu posouzení ve věci*

163. Účastníci řízení se ve svých rozkladech neztotožňují ani s právním hodnocením posuzovaného jednání. Jsou přesvědčeni, že se jednání ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona nedopustili, resp. že se na jejich jednání § 3 odst. 1 zákona neaplikuje.
164. K tomu uvádím: Podle § 3 odst. 1 zákona jsou zakázané a neplatné dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, pokud tento nebo zvláštní

zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Pojem jednání ve vzájemné shodě není v zákoně blíže vymezen. Vzhledem k rozsahu jednání, která jím jsou pokryta, tj. veškerá jednání, jež nemají právní základ v dohodě soutěžitelů, by to však nebylo ani dost možné. Jednání ve vzájemné shodě spočívá v určité formě kooperace či koordinace chování soutěžitelů, která nahrazuje jejich nezávislé jednání. Cílem této koordinace je preventivní odstranění jakýchkoli pochybností o budoucím chování konkurentů a snaha nahradit rizika podnikání v hospodářské soutěži protiprávním jednáním ve vzájemné shodě.

165. Pro přijetí rozhodnutí, že soutěžitelé porušili § 3 odst. 1 zákona jednáním ve vzájemné shodě je třeba prokázat, že jejich jednání není jen náhodné nebo jen logickým důsledkem ekonomických podmínek na trhu daného zboží, resp. že se nejedná jen o nekoordinované, tzv. paralelní jednání. Dle konstantní rozhodovací praxe a evropské judikatury je k prokázání jednání ve shodě možno dospět prostřednictvím přímých i nepřímých důkazů, popř. jejich kombinací tak, aby spolu tyto důkazy vzájemně korespondovaly a vytvořily ucelený logický celek. Konkrétní prokázané kontakty mezi soutěžiteli přitom tvoří jen část množiny přípustných důkazních prostředků, ze kterých lze existenci jednání ve vzájemné shodě dovozovat. Za důkaz jednání ve shodě může být považováno časově a obsahově sladěné chování soutěžitelů, pokud vede k vytvoření podmínek soutěže, které s ohledem na obecné charakteristiky trhu a situaci jednajících soutěžitelů neodpovídají normálnímu tržnímu vývoji. Evropská judikatura tak připouští, aby existence předchozí koordinace byla vyvozena toliko ze shodného postupu soutěžitelů na trhu, nelze-li takový postup považovat za ekonomicky smysluplnou reakci na objektivní změnu podmínek na příslušném trhu (srov. stanovisko generálního advokáta Mayrase v řízení před ESD č. 48/69 ve věci *Imperial Chemical Industries Ltd. v Komise*, kde se uvádí, že „k odstranění pochybností o tom, že shodné jednání je výsledkem předchozí koordinace, je třeba prokázat, že toto shodné jednání není založeno výlučně anebo alespoň převážně na ekonomických podmínkách nebo struktuře trhu“). Důkazní význam, který lze sladěnému jednání v kontextu prokazování protisoutěžního jednání ve shodě přisuzovat, závisí především na rozsahu, v němž sladěné jednání vykazuje podobnost či shodnost co do načasování, obsahu a dalších souvisejících skutkových okolností. Za předpokladu, že způsob uskutečnění sladěného jednání nelze vysvětlit na základě objektivního vývoje rozhodných tržních ukazatelů, není k prokázání existence jednání ve shodě nezbytné předložit přímý důkaz o konkrétních kontaktech uskutečněných mezi soutěžiteli (srov. např. rozhodnutí ESD č. 48/69 ve věci *Imperial Chemical Industries Ltd. v Komise*, [1972] ECR 619, bod 66).
166. Na základě shora uvedeného lze dospět k pojmovým znakům jednání ve vzájemné shodě, a to, že se musí jednat o *a)* určitou formu kooperace nebo koordinace chování soutěžitelů, která nahradila jejich nezávislé jednání, jejímž *b)* cílem je preventivní odstranění jakékoli pochybnosti o budoucím chování jejich konkurentů, *c)* přičemž této koordinace nebo kooperace musí být dosaženo pomocí přímého nebo nepřímého kontaktu.
167. Zabýval jsem se tedy k námitce účastníků řízení tím, zda lze jejich jednání ve smyslu § 3 odst. 1 zákona kvalifikovat jako jednání ve vzájemné shodě, či pouze soutěžním právem aprobované paralelní jednání.
168. Mám zato, že správní orgán prvního stupně dostal své povinnosti a v rámci správního řízení, resp. napadeného rozhodnutí prokázal všechny shora uvedené pojmové znaky

zakázaného jednání ve vzájemné shodě. Účastníci řízení totiž na základě svých přímých kontaktů zkoordinovali svůj postup, a to ode dne 15. 2. 2006 zastavit dodávky plného sortimentu léčiv do tří fakultních nemocnic a poskytovat těmto fakultním nemocnicím jen dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti. Správní orgán prvního stupně realizaci tohoto koordinovaného postupu od uvedeného data také prokázal. Cílem účastníků řízení bylo přitom odstranit pochybnosti o tom, jakým způsobem se zachovají ostatní účastníci řízení, tj. jejich horizontální konkurenti. Tvrzení účastníků řízení, že stát dlouhodobě neřešil problém platební neschopnosti fakultních nemocnic, nemůže ospravedlnit jejich jednání. Stejně tak je třeba odmítnout námitku účastníků řízení, že § 3 odst. 1 zákona se nemůže aplikovat, jelikož se účastníci řízení domáhali ochrany svých legitimních práv. Nezpochybňuji legitimní právo účastníků řízení vymáhat zaplacení dodaného zboží. Nelze jím však ospravedlnovat, pokud se účastníci řízení při vymáhání svých pohledávek dopouštějí protisoutěžního jednání, naplňujícího skutkovou podstatu jednání ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona. Odkaz účastníků řízení na rozhodnutí Evropské komise 74/431/CEE ve věci *Belgian Wallpaper* (OJ L237, 29/08/1974, page 3) nepovažuji za dané věci přílehlavý. Z tohoto rozhodnutí totiž oproti tvrzení účastníků řízení plyne, že skutečnost, že určitá společnost (distributor PEX) má nesplacené dluhy u jednoho člena Groupementu (tj. sdružení čtyř belgických výrobců tapet), neospravedlňuje ostatní členy Groupementu k odmítnutí dodávek tomto odběrateli. Také v tomto případě podniky namítaly, že rozhodnutí nedodávat odběrateli PEX bylo učiněno individuálním přístupem každým podnikem, protože porušil smlouvu. Evropský soudní dvůr konstatoval, že Komise měla odpovídající důkazy, že rozhodnutí pozastavit dodávky odběrateli PEX bylo přijato společně členy Groupementu (a představovalo tak porušení čl. 81 Smlouvy o ES).

169. Neztotožňuji se ani s tvrzením, že jednání účastníků řízení je vysvětlitelné objektivními faktory a fungováním oligopolního trhu, jak je popsal v rozkladu Phoenix. Konstatuji, že na základě zajištěných důkazů jednání účastníků řízení nelze považovat za jednání paralelní. Pouhé objektivní tržní podmínky by nepřivedly účastníky řízení k velmi podobnému postupu vůči týmž odběratelům ve stejném období (počínaje 15. 2. 2006). Přestože dodavatelsko-odběratelské vztahy každého z účastníků řízení jsou postaveny na individuálních podmínkách, stejně jako majetkové a finanční poměry každého z účastníků řízení jsou odlišné, uplatnili účastníci řízení stejný postup, i když je k těmž kroku vůči totožným odběratelům ve shodné době nic nenutilo. Účastníci řízení měli společný zájem zabránit prosazení další úpravy obchodní přírážky, která měla být v degresivní formě. Tato byla přijata až od 1. 8. 2006. V časovém horizontu příprav probíhajících k tomuto návrhu, tj. leden až červenec 2006, by se jednotliví účastníci řízení každý svými vlastními kroky stěžil jen pod vlivem „tržních podmínek“ rozhodli řešit své pohledávky právě vůči FTN, FNB a FNSA, a to shodným postupem jako jeho konkurenti a navíc v témže čase. Každý z účastníků měl více dlužících odběratelů a případně i větších, než jsou Fakultní Thomayerova nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice na Bulovce v Praze a Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně.
170. Nelze dále přehlédnout fakt, že účastníci řízení nebyli k předmětným třem fakultním nemocnicím ve stejném postavení – některé z nich měly uzavřené splátkové kalendáře a určité platby poukazovaly, případně poukazovaly platby a jednaly o uzavření splátkového kalendáře – viz výše zmíněný přípis ředitele FTN ze dne 17. 2. 2006 adresovaný Alliance (str. 727 spisu S). Zmiňovaný argument, že v případě individuálního pokračování dodávek by došlo „přelití pohledávek“ na pokračovatele je rovněž třeba odmítnout, neboť ve zvýšeném objemu obrátu by byl nejspíše i určitý vyšší

podíl pohledávek, nicméně nemocnice nebyly zcela bez příjmů a případné skluzy plateb způsobené hrazením faktur dle pořadí splatnosti by nepostihly jednotlivé účastníky stejně už z ohledem na jejich rozdílnou ekonomickou situaci. Každý takový dodavatel by se s touto situací vyrovnával individuálně a prostřednictvím odlišných nástrojů své obchodní politiky.

171. Odkazují-li účastníci řízení (např. Gehe) na dva základní principy posuzování protisoutěžního chování, a to že paralelní jednání není důkazem jednání ve vzájemné shodě, ledaže je jednání ve shodě jediným možným vysvětlením paralelního jednání, a že kontakty nejsou důkazem o koordinaci, ledaže je skutečně prokázáno, že sloužily k takové koordinaci (ve vztahu k předmětu řízení a všem účastníkům) a namítají, že postup orgánu prvního stupně je v rozporu s těmito principy a také s rozhodovací praxí, konkrétně v případech rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci *Mediaprint*, ve věci *Obaly* či ve věci *Plemenáři*, pak jsem toho názoru, že správní orgán prvního stupně se od této ustálené rozhodovací praxe svým napadeným rozhodnutím neodchýlil. Správní orgán prvního stupně shromáždil koherentní soubor důkazů, na jehož základě mohl být autoritativní závěr o jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě, tj. jednání v rozporu s § 3 odst. 1 zákona, přijat. Závěry obsažené v napadeném rozhodnutí nepovažuji ani za rozporné se soudní judikaturou Evropského soudního dvora, např. namítaným rozsudkem ve věci *Suiker Unie*. Naopak závěry prvostupňového orgánu shledávám zcela souladnými s evropskou soudní judikaturou, jakož i rozhodovací praxí Evropské komise, jak bude v podrobnostech uvedeno dále..
172. Pharmos namítl nedostatečné vypořádání jeho námitek vznesených v průběhu řízení (viz body č. 265 - 268 a č. 279 -283 napadeného rozhodnutí). Vyjádření prvostupňového orgánu k nim v bodech č. 265 a 266 napadeného rozhodnutí považuje je za odbyté několika větami neopřeny ani o platné předpisy ani o relevantní judikaturu.
173. Prověřil jsem námitky Pharmosu a neshledávám je za relevantní k dané věci. K objasnění mého závěru jsem přesto rozhodl uvést je obsírněji. Námitky shrnuji takto: účastníci svým jednáním pouze hájili svá zákonná práva chráněná Listinou základních práv a svobod (právo podnikání, právo vlastnit majetek a v neposlední řadě právo nebýt podroben nucené práci či službě). Vztahy mezi distributory a nemocnicemi spadají do práva soukromého, v němž občanský zákoník v § 4 stanoví právo domáhat se ochrany proti tomu, kdo právo ohrozí nebo poruší, u příslušného orgánu, příp. soudu. Věřitelé, kteří hodlali pouze uplatňovat svá práva, se nemohli dopustit protiprávního jednání (stejně jako se nedopouštějí jednání ve shodě věřitelé, podávající u soudu návrh na konkurz). Jednání povolené předpisy soukromého práva nemůže být předpisem práva veřejného kvalifikováno jako jeho porušení; jinak by jednalo o rozpor právní úpravy předpisů práva soukromého a práva veřejného stejné právní síly. Jednání žádného z účastníků nevybočilo z mezí dovolených předpisy práva soukromého k obraně jejich práv a zákonných nároků (právo nedodávat dlužníkům zboží, požadovat zaplacení dluhů po lhůtě splatnosti, podávat žaloby, zveřejňovat dlužníky). Členové AVELu pouze na jednání dne 6. 2. 2006 pojmenovali protiprávní stav na straně svých dlužníků a konstatovali, jaké jim platné právo dává možnosti domoci se svých nároků. Rozhodli se žádat zaplacení pohledávek, vymáhat dluhy, zastavit při jejich nedobytnosti dodávky. Takové postupy jsou naprosto běžné v obchodním styku a nelze je nazvat zakázaným jednáním. V Úřadem shromážděných podkladech se většinou jedná o interní sdělení a výměny názorů z elektronické pošty. Většina nemá žádnou právní relevanci, v tomto případě schopnost zavazovat účastníky ke společnému postupu.



174. K těmto námitkám Pharmosu uvádím: Soutěžitelé při svých soukromoprávních vztazích musí postupovat tak, aby nenarušili hospodářskou soutěž, kterou zákon chrání ve veřejném zájmu. Tuto ochranu veřejného statku je třeba vnímat jako zájem na fungování nedeformovaných a tedy férových soutěžních podmínkách pro všechny účastníky trhu. Vrchní soud v Olomouci k tomu ve svém rozhodnutí uvedl, že v tržní ekonomice platí domněnka, že pokud bude hospodářská soutěž narušena, pak celkový ekonomický rámec nebude fungovat (viz jeho rozsudek ze dne 23. 10. 2001 č.j. 2 A 3/2001 ve věci žaloby podané *společností ČEZ, a.s.* proti rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 8/2000). K namítanému střetu zájmů norem soukromého a veřejného práva stejné právní síly uvádím, že ač jednání soutěžitelů nevybočuje z rámce soukromoprávních předpisů, může při něm docházet (a často se to také děje) k narušení hospodářské soutěže. Nejvyšší správní soud ve svém nedávném rozhodnutí objasnil, že je třeba celý právní řád vykládat „prosoutěžně“ – cit.: „Právní řád České republiky není koncipován tak, aby legalizoval činnost bránící hospodářské soutěži.“ (Rozsudek NSS ze dne 9. 1. 2007 *Komora veterinárních lékařů, sp. zn. 1 As 19/2006*). Účastníci řízení se tak nemohou dovolávat výše zmíněných ústavních principů. Ústavní soud ve svém nálezu vyložil, že – cit.: „Právo na podnikání může být co do některých činností omezeno zákonem (čl. 26 odst. 2 Listiny základních práv a svobod), a zákonné omezení rozsahu podnikání [*soutěžním právem*] tak lze považovat za ústavně souladné.“ (Usnesení ÚS ze dne 10.11.2004, *Karlovarské minerální vody, sp. zn. II. ÚS 419/04*).
175. V neposlední řadě pak bylo dostatečně judikováno, že soutěžitelé se nemohou ani v obtížné hospodářské situaci bránit prostředky, které jsou v rozporu se soutěžním právem, což potvrdil i Soud prvního stupně ve svém rozsudku T-217/03 a T-245/03 *F.N.C.B.V.* - viz odst. (90).
176. K poslední námitce Pharmosu ohledně charakteru shromážděných podkladů o porušení zákona, s tím, že nemají schopnost zavazovat účastníky řízení ke společnému postupu, odkazují na její vypořádání v bodě 268 napadeného rozhodnutí a dále na samotný koncept jednání ve vzájemné shodě, jak je vnímán ustálenou judikaturou, kdy k prokazování jednání ve shodě slouží celá škála důkazů přímých i nepřímých, které spolu vzájemně korespondují a tvoří ucelený logický kruh (srov. výše).
177. K uvedeným námitkám Pharmosu uzavírám, že jejich vypořádání prvostupňovým orgánem považují za dostatečné i s ohledem na podrobné vysvětlení nezákonnosti jednání účastníků řízení v napadeném rozhodnutí a svůj závěr jsem také podrobně objasnil.
178. Neztotožňuji se ani s námitkou účastníků řízení, že ředitelé jednotlivých fakultních nemocnic byli informováni o možnosti nákupu léčiv v neomezeném rozsahu, když kvalifikace vitálních léčiv byla účastníky řízení ponechána na nich. Odkazují na vyjádření dotčených FN citovaná v napadeném rozhodnutí, popisující průběh informování o ukončení dodávek plného sortimentu léčiv a o následných dodávkách léčiv s vitální indikací při zkrácených lhůtách splatnosti. Z přípisů ředitele FTN pro Alliance (str. 772 spisu S) a pro Phoenix (str. 712 spisu S), v nichž tento upozorňuje na jednostranné krácení lhůt splatnosti faktur na pro FTN neakceptovatelnou míru pak plyne, že nemocnice by svou běžnou potřebu léčiv nemohly uspokojovat při takto krátkých lhůtách splatnosti. Je to patrné i z poklesu jejich objednávek od účastníků po

15. 2. 2006 a také z toho, jak velké objemy začaly objednávat od Pharmsosu, který dočasně dodávky plného sortimentu obnovil za standardních lhůt splatnosti.
179. Podle účastníků řízení vyplývá z faktur vystavených účastníky jednotlivým fakultním nemocnicím v období od 1. 1. 2006 od 10. 4. 2006, že účastníci řízení měli různé lhůty splatnosti a mezi těmito lhůtami nelze vysledovat jakoukoli souvislost. Pro prokázání jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě ale není rozhodné, zda účastníci řízení zkrátili lhůty splatnosti dodávek vitálních léčiv na totožnou délku. Předmětem prokazování ze strany správního orgánu prvního stupně nebylo totiž jednání ve vzájemné shodě ohledně stanovení totožných lhůt splatnosti, nýbrž jednání účastníků řízení, kteří ve vzájemné shodě lhůty těchto splatností zkrátili. Souvislost u lhůt splatností pak nepochybně vysledovat lze – u všech účastníků řízení došlo k jejich výraznému zkrácení v téže době - po 15. 2. 2006 a všichni rovněž začali poskytovat dodávky plného sortimentu léčiv se splatnostmi v zásadě dříve obvyklými poté, co jim byly poukázány ze strany dotčených FN finanční prostředky uvolněné MZ.
180. Společnost Phoenix pak popírá, že by lhůty splatnosti vůbec zkrátila, resp. popírá jednání s ostatními účastníky řízení ve vzájemné shodě ohledně zkrácení lhůt splatnosti. Tvrzení společnosti Phoenix bylo již v rámci napadeného rozhodnutí vyvráceno. Faktury předložené předmětnými fakultními nemocnicemi totiž prokazují, že společnost Phoenix dodávala s výrazně zkrácenou lhůtou splatnosti, nikoli tedy za podmínek sjednaných v platných smlouvách, jakož i odkdy k tomuto kroku přistoupila (srov. body 135 až 137 napadeného rozhodnutí). Ač v řízení účelově tvrdila, že v případě kratších než smluvních splatností se mohlo jednat o „softwarovou chybu“, neupravila po upozornění FTN lhůty splatnosti na smluvní úroveň (naopak je po 17.2.2007 pro FTN ještě více zkrátila).
181. Účastníci řízení dále namítají, že k obnovení jejich plnohodnotné spolupráce s dotčenými FN došlo nekoordinovaně. Nelze dle jejich názoru hovořit o sladěném chování, pokud účastníci obnovili dodávky plného sortimentu za standardních lhůt splatností nezávisle poté, co jim byly jednotlivými FN přislíbeny/uhrazeny dlužné částky. Tato skutečnost potvrzuje, jak ve svém rozkladu uvádí Gehe, že motivem pro rozhodnutí oznámit FN zastavení dodávek byly čistě ekonomické důvody a nikoli jednání ve shodě.
182. K tomu uvádím, že již od počátku svých kontaktů a komunikace sledovali účastníci řízení společný cíl, a to vymoci uhrazení svých pohledávek. Skutečnost, že neobdrží úhradu pohledávek všichni účastníci řízení od dotčených FN ve stejný den jim byla dostatečně zřejmá (když nebylo možné předpokládat, že FN obdrží finanční prostředky z MZ v tutéž dobu a přes více věřitelů uhradí/umoří dluh všem účastníkům řízení v témže čase (v týž den); bylo s ní nepochybně ve společné strategii počítáno. Není pak ničím odůvodněno, že jednání ve shodě lze konstatovat pouze tam, kde účastníci řízení své sladěné chování v téže době také ukončí. Obecně účastníci kartelu mohou mít část zájmů, která se nepřekrývá se zájmy ostatních účastníků a je tak běžné, že jednotliví účastníci ukončí kartelové jednání v odlišné době, nežli jeho další účastníci.

*Posouzení dopadu jednání ve vzájemné shodě na soutěž*

183. Účastníci řízení namítají, že k porušení § 3 odst. 1 zákona nedošlo, neboť neexistuje citelné narušení hospodářské soutěže.

184. Správní orgán prvního stupně se k této problematice vyjádřil v bodech 206 až 208 a 236 napadeného rozhodnutí, ve kterých dospěl k závěru, že jednáním účastníků řízení došlo k narušení hospodářské soutěže na trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren v úrovni cca 1,7 % celkového finančního objemu daného trhu. Tento postup propočtu velikosti dotčení relevantního trhu shledávám souladným s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu. Nicméně nad rámec správním orgánem prvního stupně uvedeného považuji za nezbytné k dopadu jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě na hospodářskou soutěž uvést následující skutečnosti.
185. Předně se ztotožňuji se závěrem správního orgánu prvního stupně, že k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu velkoobchodních dodávek léčiv do lékáren skutečně došlo, když bylo nepochybně prokázáno, že účastníci řízení omezili dodávky plného sortimentu léčiv do tří fakultních nemocnic a poskytovali těmto fakultním nemocnicím toliko dodávky vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti. Tím účastníci řízení koordinovaně dostali dotčené fakultní nemocnice do situace, kdy tyto mohly mít důvodně zato, že nebudou moci získat plný sortiment odebíraných léků, a to od žádného z největších plnosortimentních dodavatelů (jimiž jsou právě účastníci řízení). Z tohoto důvodu se také dotčené fakultní nemocnice poté, co se o chystaném omezení dodávek dozvěděly (ať již z médií či osobních kontaktů s účastníky řízení), snažily léčivem předzásobit (srov. vyjádření tří FN, zejména též FNŠA – bod 232 napadeného rozhodnutí k „vyvolanému předzásobení“). Za obvyklé situace v dodávkách léčiv by tak nečinily, nezvyšovaly by si nákladové zatížení a nenarušovaly cash flow. Ani toto předzásobení zřejmě nekompensovalo dostatečně jejich denní potřebu léčiv, což je zřejmé z průběhu odběrů dotčených FN po dočasném obnovení dodávek plného sortimentu léčiv Pharmosem (tj. cca za 6 dní po ohlášeném ukončení dodávek plného sortimentu léčiv). FTN, FNB i FNŠA výrazně navýšily odběry léčiv právě od tohoto účastníka řízení – srov. tabulky denních odběrů str. 2063 X až 2066X spisu S.
186. Jednání účastníků řízení mělo tedy nepochybný negativní dopad na tři fakultní nemocnice, a to Fakultní Thomayerovu nemocnici v Praze, Fakultní nemocnici na Bulovce v Praze a Fakultní nemocnici u sv. Anny v Brně. Jelikož si tyto nemocnice byly vědomy nemožnosti objednávat obvyklé množství a rozsah sortimentu léčiv za takto krátkých lhůt splatností, kdy předem jim také nebylo známo, jak dlouho bude předmětná situace přetrvávat, nepochybně musely tento stav zohledňovat při své činnosti i ve vztahu k pacientům. Toto omezení a nejistota ohledně doby trvání krizového stavu v dodávkách léčiv (jak též sami situaci označovali – srov. též zápis z jednání s řediteli dotčených FN na Ministerstvu zdravotnictví dne 20.2.2006) se nepochybně projevila minimálně na provozu nemocniční lékárny (viz vyhotovení a zpracování značného počtu objednávek zásoby v jednom dni, jak bylo popsáno FNŠA) i na zatížení nákladů dotčených nemocnic.
187. Účastníci řízení nesouhlasí se závěrem Úřadu, že soutěž byla dotčena ve vztahu k významným soutěžitelům na trhu, a že dotčené FN poskytují vysoce specializovanou zdravotní péči, nezastupitelnou pro pacienty v mnohem širším území, nežli jen pro pacienty v místě, ve kterém FN sídlí. Namítají nejasnost důkazů, které byly podkladem pro tento závěr, uvádějí další FN, které poskytují nezastupitelnou péči s tím, že k takovému závěru by Úřad musel mít znalecký posudek.

188. K této námitce poukazují na to, že je veřejně dostupnou a známou informací, že v těchto FN pracují vysoce specializovaná centra pro pacienty ze širokého spádového území, kteří jinak pro běžné výkony navštěvují své regionální nemocnice. Informace o tom jsou dostupné na internetových stránkách těchto fakultních nemocnic. Např. z internetových stránek FNŠA ([www.fnusa.cz](http://www.fnusa.cz)), zmiňují multidisciplinární Centrum pro parkinsonismus, které soustřeďuje pacienty, u nichž nelze provést odpovídající diagnostiku a terapii na nižších stupních základní a regionální péče. V rámci I. interní kardiologické kliniky působí specializovaná pracovní skupina transplantační péče (evidováno je zde 640 pacientů z celé Moravy). Kliniky připravuje pacienty k transplantacím v samostatném zařízení - Centru kardiologické a transplantační chirurgie (působícím v rámci areálu FNŠA) a přebírá je do následné péče. Nově bylo zřízeno pracoviště robotické chirurgie (spolu s Nemocnicí na Homolce – jediná dvě pracoviště v ČR).
189. U FNB ([www.bulovka.cz](http://www.bulovka.cz)) je to Kliniky pneumologie a hrudní chirurgie KPHCH, o které je uvedeno, že je největším centrem v ČR pro diagnostiku a léčbu bronchogenního karcinomu. Dále je zde Národní centrum pro léčbu plicního karcinoidu. Všeobecně známá je také informace, že u FNB působí klinika infekčních, tropických a parazitárních nemocí.
190. U FTN byly informace získány prvostupňovým orgánem písemně (viz str. 2051-2052 spisu S). Zmiňuje se v nich oddělení dětské neurologie, poskytující specializované služby pro pacienty z celé ČR, a další konkrétní specializovaná centra se spádovou oblastí Středočeského kraje.
191. Nemám tak pochyb o tom, že dotčené FN jsou významnými odběrateli léčiv, jak uvedl prvostupňový orgán v bodě 208 napadeného rozhodnutí. Informace o specializované péči pro pacienty širšího spádového území jsou pak veřejně známé a dostupné.
192. Uzavírám tedy, že jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě naplňuje předpoklady aplikace § 3 odst. 1 zákona, neboť nepochybně vedlo k narušení hospodářské soutěže na cca 1,7 % dotčeného relevantního trhu, přičemž nepochybně byli dotčeni významní odběratelé účastníků řízení. Na tom nic nemůže změnit ani účastníky řízení namítaná skutečnost, že k úplnému zastavení dodávek léčiv nikdy nedošlo. Předmětem správního řízení nebylo posouzení jednání účastníků řízení spočívající v úplném zastavení dodávek léčiv, nýbrž jednání spočívající v zastavení dodávek plného sortimentu léčiv a následném dodávání jen tzv. vitálních léčiv při zkrácených lhůtách splatnosti, což bylo podle mého názoru napadeným rozhodnutím nepochybně prokázáno, a to včetně skutečného dopadu tohoto jednání na hospodářskou soutěž probíhající na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren.

#### *Změna první výrokové části*

193. Přestože jsem se ztotožnil se závěry správního orgánu prvního stupně ohledně hmotněprávního posouzení jednání účastníků řízení, dospěl jsem k závěru o nutnosti provést změnu výrokové části napadeného rozhodnutí.
194. První výrokovou část napadeného rozhodnutí jsem se rozhodl změnit s ohledem na skutečnost, že skutková věta výroku správního rozhodnutí musí být, pokud jde o časové vymezení deliktu, jednoznačná, resp. nelze ve skutkové větě uvést dvojí časové

vymezení zakázaného jednání; určitost deliktu spočívá přitom rovněž v jeho časovém vymezení. Jak vyplývá z ustálené soudní judikatury (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 84/2004-236 ze dne 29. 9. 2006 ve věci *Distributoři pohonných hmot*), spočívá určitost výroku jak v jednoznačné identifikaci osoby obviněné ze spáchání správního deliktu, popisu skutku s popisem vlastního jednání delikventa a uvedením místa, času a způsobu spáchání deliktu, tak rovněž v právní subsumpci tohoto skutku s výslovným odkazem na ustanovení zákona.

195. Z výroku napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že správní orgán prvního stupně ve větě skutkové deklaroval, že jednání účastníků řízení, jež je předmětem posouzení, započalo dnem 30. 1. 2006, tj. kdy měl správní orgán prvního stupně prokazatelně doloženo, že došlo k prvním kontaktům mezi účastníky řízení ohledně zprostředkování jejich společného zájmu koordinovaně postupovat. V další části první výrokové části napadeného rozhodnutí však uvedl, že k porušení § 3 odst. 1 zákona došlo až ode dne 15. 2. 2006, tj. ode dne, který správní orgán prvního stupně označil v rozhodnutí jako počátek realizace koordinovaného jednání účastníků řízení.
196. První výroková část napadeného rozhodnutí podle mého názoru vycházela z nesprávného pojetí deliktu jednání ve vzájemné shodě. Správní orgán prvního stupně, přestože prokázal existenci přímých důkazů, tj. osobních a písemných kontaktů, v rámci kterých si účastníci řízení zprostředkovali společný zájem koordinovat svůj postup na relevantním trhu, vycházel při právní kvalifikaci jednání ve vzájemné shodě účastníků řízení z časového úseku počínaje vlastní realizací sladěného chování na trhu. Takový počátek porušení zákona je však aplikován jen v případech, kdy chování konkurentů na trhu vykazuje nápadné podobnosti, neodpovídající podmínkám fungující soutěže, které nelze vysvětlit žádnými objektivně existujícími skutečnostmi ani zvláštními charakteristikami daného trhu a není pro ně jiné možné vysvětlení, než že mezi nimi muselo dojít k předchozímu vzájemnému srozumění/ovlivnění.
197. Změnil jsem proto první výrokovou část napadeného rozhodnutí tak, že jsem větu skutkovou z hlediska časového vymezil počátkem prvního prokázaného kontaktu účastníků řízení ohledně jejich sladěného jednání, tj. ode dne 30. 1. 2006. Zvolené řešení je podle mého názoru ekvivalentní situaci, kdy je jednání ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona prokázáno na základě přímých kontaktů účastníků řízení. V takovém případě správní delikt jednání ve vzájemné shodě zahrnuje jak období předchozí koordinace, tak i jeho následnou realizaci na trhu (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 58/2005-105 ze dne 24. 8. 2006 ve věci *Pekaři*).
198. Nově formulovaný výrok, resp. jeho časové upřesnění se podle mého názoru nedostává do rozporu s vymezením předmětu uvedeného správního řízení, jak byl upřesněn v jeho průběhu. Není ani k tíži účastníků řízení, když sjednocené časové období protisoutěžního jednání bylo východiskem pro úvahy prvostupňového orgánu o stanovení výše pokuty (z hlediska délky trvání protisoutěžního jednání).
199. Druhá výroková část (II.) tohoto rozhodnutí se týká pokut uložených za jednání deklarované v první výrokové části; výrok o pokutě jsem změnil z důvodu změny názvu účastníka řízení Alliance, aby bylo nepochybné, komu a za jaké jednání jsou pokuty ukládány. Výši pokut stanovených prvostupňovým orgánem jsem neměnil.

*Shrnutí*

200. Přezkumem relevantních částí napadeného rozhodnutí, podkladů založených ve správním spise, jakož i námitek účastníků řízení uplatněných v rámci tohoto řízení o rozkladech, jsem z pohledu naplnění všech zákonem stanovených podmínek aplikace § 3 odst. 1 zákona dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí obsahuje komplexní zhodnocení všech relevantních skutečností, přičemž odpovídajícím závěrům správního orgánu prvního stupně nelze nic vytknout. Závěry, ke kterým dospěl správní orgán prvního stupně a s nimž jsem se ztotožnil, a podpůrné argumenty, jež jsou uvedeny v tomto rozhodnutí, jsou v souladu s ustálenou rozhodovací praxí Evropské komise, jakož i judikaturou Evropského soudního dvora a Soudu prvního stupně. Účastníci řízení svým jednáním, tj. v období od 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006, kdy si při svých osobních a písemných kontaktech navzájem zprostředkovali společný zájem koordinovaným postupem ukončit od 15. 2. 2006 dodávky plného sortimentu léčiv do Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice na Bulovce v Praze a do Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, a následně poskytovat uvedeným nemocnicím jen dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti, a tento koordinovaný postup od 15. 2. 2006 také realizovali, narušili od 30. 1. 2006 hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce (velkoobchodních dodávek) léčiv do lékáren.
201. Pokud tedy účastníci řízení ve svých rozkladech namítají, že pro deklaraci porušení zákona by bylo třeba prokázat, že konkrétní jednání účastníků řízení je jednáním ve vzájemné shodě, že se toto jednání týkalo ukončení dodávky plného sortimentu léčiv do Fakultní Thomayerovy nemocnice v Praze, Fakultní nemocnice na Bulovce v Praze a Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně a následného poskytování jen dodávek „vitálních léčiv“ s přesnou definicí tohoto pojmu, a v neposlední řadě že toto jednání ve vzájemné shodě vedlo k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu, pak mám zato, že ze skutečností ve správním řízení zjištěných tyto závěry nepochybně plynou.

**Pokuty***Námítky*

202. Účastníci řízení namítají rovněž způsob, jakým správní orgán prvního stupně uložil za shora uvedené jednání pokuty. Jsou toho názoru, že pokuty byly stanoveny v rozporu s § 22 odst. 2 zákona, v rozporu se zásadou přiměřenosti, proporcionality a spravedlnosti. Odůvodnění výpočtu pokut je podle jejich názoru nesrozumitelné a nepřezkoumatelné; výše pokut je nedůvodně vysoká, resp. likvidační.

*Právní úprava*

203. Ustanovení § 22 odst. 2 zákona opravňuje Úřad uložit za porušení zákazu uvedeného v § 3 odst. 1 zákona pokutu do výše 10.000.000,- Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období. Při rozhodování o konkrétní výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování zákona.

*Shrnutí závěrů správního orgánu prvního stupně*

204. Správní orgán prvního stupně věnoval odůvodnění uložených pokut zásadní část svého rozhodnutí, konkrétně body 306 až 328 napadeného rozhodnutí. V nich předně uvedl, že ze strany účastníků řízení došlo k porušení § 3 odst. 1 zákona, podmínky pro uložení pokut tak byly splněny. Uvedl rovněž důvod pro vymezení pokut dle kritéria čistého obratu účastníků řízení. Rovněž tak posoudil subjektivní stránku jednání účastníků řízení, přičemž uzavřel, že jednání účastníků řízení je třeba kvalifikovat jako jednání úmyslné v podobě úmyslu přímého. Správní orgán prvního stupně dospěl dále k závěru, že jednání účastníků řízení představuje závažný delikt, kterého se dopustili soutěžitelé působící na horizontální úrovni trhu. Při hodnocení závažnosti vzal správní orgán prvního stupně v úvahu, že se jednání dopustili všichni na relevantním trhu nejvýznamnější soutěžitelé, jejichž společný tržní podíl činí cca 70 %. Správní orgán prvního stupně zhodnotil význam relevantního trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren a rozsah, v jakém se na něm jednání účastníků řízení promítlo.
205. Základní částku pokuty stanovil správní orgán prvního stupně s ohledem na závažnost protisoutěžního jednání ve výši 0,3 % čistého obratu dosaženého jednotlivým účastníkem řízení na relevantním trhu za rok 2005. Správní orgán prvního stupně se dále zabýval délkou protisoutěžního jednání, přičemž toto jednání vyhodnotil jako krátkodobé, tj. základní částku pokut s ohledem na jeho délku nenavýšil. Jelikož účastníci řízení neukončili své jednání dobrovolně, nýbrž až po dosažení svého cíle, přiřadil délce trvání porušení zákona v základní částce pokut váhu cca 10 % a promítl v ní u každého účastníka řízení koeficient podílu počtu týdnů trvání jeho sladěného chování k celkovému počtu týdnů v kalendářním roce. Po úpravě základní částky pokuty u každého účastníka dle délky jeho účasti na sladěném postupu dospěl u jednotlivých účastníků řízení k výchozí částce pokuty.
206. Délku trvání porušení zákona tak promítl do základní částky pokuty u jednotlivých účastníků řízení transparentním způsobem, a to diferencovaně s využitím správního uvážení; nestanovil toto krátkodobé porušení na roveň porušení zákona v délce jednoho roku (s odkazem na rozhodovací praxi Evropské komise), jak účastníci řízení namítají.
207. Správní orgán poté přistoupil k úpravě zjištěných konkrétních výchozích částek pokuty s ohledem na polehčující a přitěžující okolnosti. Z důvodu úmyslného jednání byla výchozí částka pokut u každého účastníka řízení navýšena dále o 10 %. Společnosti Phoenix navýšil tuto výchozí částku pokut dále o dvakrát 10 %, neboť zjistil na její straně aktivní kroky k ochraně vzájemně sladěného postupu účastníků řízení před vnějším vlivem. Na druhou stranu u společnosti Pharms zjistil prvostupňový orgán polehčující okolnost v podobě přerušování protisoutěžního jednání v období od 21. 2. 2006 do 28. 2. 2006 (včetně), a proto výchozí částku pokuty (při zohlednění přitěžující okolnosti - úmyslné porušení zákona) této společnosti snížil o 10 %.

#### *Obecné hodnocení*

208. Shora uvedený postup správního orgánu prvního stupně, kdy přihlédl ke všem zákonným i ostatním relevantním kritériím pro určení pokuty, shledávám zcela konformní se zněním § 22 odst. 2 zákona. Přistoupil jsem proto ke zkoumání, zda jsou důvodné konkrétní námitky jednotlivých účastníků a zejména, zda správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí svůj postup dostatečně zdůvodnil.

#### *Posouzení závažnosti správního deliktu*

209. Základním východiskem pro stanovení výše pokuty, resp. posouzení přiměřenosti výše pokuty spáchanému deliktu je skutečnost, že trest by měl zejména odpovídat povaze a závažnosti správního deliktu, za nějž je ukládán. Ve správním řízení bylo deklarováno porušení § 3 odst. 1 zákona, neboť účastníci řízení jednali ve vzájemné shodě, čímž narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren. Jednání účastníků řízení bylo vyhodnoceno jako závažné porušení zákona.
210. Při hodnocení závažnosti jednání musí soutěžní úřad přihlížet ke značnému počtu skutečností, jejichž povaha a význam se mění podle druhu daného jednání a jeho zvláštních okolností (ve stejném duchu srov. rozsudek Soudu prvního stupně T-279/02 ze dne 6. 4. 2006 ve věci *Degussa v Komise*, [2006] ECR II-897).
211. I když se v posuzovaném případě nejedná o kategorii nejzávažnějších protisoutěžních deliktů, mezi které patří dohody konkurentů o cenách a o rozdělení trhu (tzv. hard core cartels), je protisoutěžní jednání konkurentů ve shodě, jehož podstatou je vyloučení soutěže mezi nimi ohledně dodávek a jejich lhůt splatnosti nepochybně závažným porušením zákona.
212. Jednání účastníků řízení spočívající nejprve ve zprostředkování společného zájmu koordinovaným postupem ukončit od 15. 2. 2006 dodávky plného sortimentu léčiv do tří fakultních nemocnic a následně jim poskytovat toliko dodávky tzv. vitálních léčiv při výrazně zkrácených lhůtách splatnosti, což také od zmíněného data realizovali, považují v souladu se závěry správního orgánu prvního stupně za jednání z hlediska jeho charakteru závažné. K předmětnému jednání totiž došlo v horizontální úrovni trhu; navíc bylo uplatněno konkurenty, jež na vymezeném relevantním trhu velkoobchodních dodávek léčiv do lékáren zaujímají 70 % tržní podíl a představují největší velkoobchodní plnosortimentní dodavatele. Významným kritériem pro posouzení závažnosti jednání je rovněž charakter trhu, kterého se jednání účastníků řízení přímo dotýká. Jelikož v konečném důsledku jsou léčivy uspokojovány zdravotní potřeby spotřebitelů a nemocnice léčiva primárně potřebují k poskytování zdravotní péče, záchraně života a zdraví pacientů, považují i z tohoto důvodu jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě za jednání závažného charakteru.
213. Pokud jde o závažnost protisoutěžního jednání, jež je předmětem správního řízení, zdůrazňují, že účastníci řízení nejsou trestáni za skutečnost, že své pohledávky vymáhali, jak oni sami tvrdí, nýbrž za to, že jednali v rozporu s veřejnoprávními pravidly ochrany hospodářské soutěže. Jednání ve vzájemné shodě, tj. porušení § 3 odst. 1 zákona, nelze tedy snahou o vymožení dluhů ospravedlňovat.
214. K další námitce účastníků, že jde o marginální dopad jednání účastníků řízení z hlediska objemu trhu a tedy zásadní okolnost snižující nebezpečnost jejich jednání, na které lze nahlížet pouze v rovině potenciálního narušení, neboť k faktické újmě na straně poptávkové nedošlo, odkazují na prokázanou realizaci sladěného postupu účastníků řízení, kdy nejde o dopad na soutěž jen potenciální. Míru dotčení soutěže na relevantním trhu prvostupňový orgán vyjádřil, hodnotil ji jako nízkou a tuto skutečnost také zohlednil při stanovení základní částky pokuty. K tomu, že nebyla způsobena jednáním účastníků řízení dotčeným FN újma odkazují na své vyjádření výše. Námitce tak nepřisvědčují.



215. Uzavírám, že závěr, který správní orgán prvního stupně učinil ve vztahu k závažnosti jednání účastníků řízení, shledávám přezkoumatelným a správným.

*Délka protisoutěžního jednání jako kritérium uložení pokut*

216. Účastníci řízení namítali nekonzistentní postup správního orgánu prvního stupně při vymezení délky protisoutěžního jednání ve výrokové části I. napadeného rozhodnutí ve vztahu k délce doby trvání porušení zákona, jaká byla zohledněna prvostupňovým orgánem při stanovení výše uložených pokut.
217. Uvedenou námitku účastníků řízení shledávám částečně důvodnou, její důvodnost však nemá v daném případě vliv na zákonnost uložené pokuty. Nekonzistentní postup správního orgánu prvního stupně podle mého zjištění spočíval v nesprávném stanovení počátku jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě, kdy správní orgán prvního stupně sice deklaroval existenci kontaktů ohledně následného koordinovaného postupu již od 30. 1. 2006 (a od tohoto data též stanovil počátek doby trvání porušení zákona k níž přihlédl při uložení pokut), nicméně v první výrokové části uvedl, že k vlastnímu porušení § 3 odst. 1 zákona došlo až od 15. 2. 2006. Uvedené pochybení však lze napravit v řízení o rozkladu. Z důvodů uvedených výše jsem přesvědčen, že správné časové vymezení protisoutěžního jednání ve vzájemné shodě v projednávaném případě musí zahrnovat nejen období realizace sladěného postupu, nýbrž také období prokazatelných písemných i osobních kontaktů, v jejichž rámci, podle zjištění ve správním řízení, které jsem shledal spolehlivými, došlo k jednání o tomto koordinovaném postupu. Tak tomu podle podkladů ve správním spise i podle odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo od 30. 1. 2006, kdy mám za prokázané, že účastníci řízení překročili ke vzájemnému zprostředkování společného zájmu koordinovat vůči třem fakultním nemocnicím svůj postup spočívající v omezení dodávek plného sortimentu léčiv toliko na tzv. vitální léčiva se zkrácenou dobou splatnosti, do doby realizace tohoto koordinovaného postupu (k jeho realizaci přitom došlo od 15. 2. 2007). V tomto smyslu jsem tedy změnil vymezení skutkové věty správního deliktu tak, jak je uvedeno v první výrokové části tohoto rozhodnutí.
218. Tím se vymezení délky protisoutěžního jednání ve výroku rozhodnutí dostalo do souladu se stanovením délky protisoutěžního jednání, která byla správním orgánem prvního stupně zohledněna při stanovení výše pokuty. Jelikož správní orgán prvního stupně zohlednil při výpočtu konkrétních výší pokut období zahrnující i období vzájemného zprostředkování společného zájmu koordinovaným způsobem na trhu postupovat, byla výše pokut fakticky stanovena v souladu se zněním první výrokové části tohoto rozhodnutí. Jinými slovy z důvodu změny první výrokové části napadeného rozhodnutí je délka protisoutěžního jednání ve výši správním orgánem prvního stupně uložených pokut zohledněna správně. Změna první výrokové části napadeného rozhodnutí, pokud jde o časové vymezení protisoutěžního jednání, nevede přitom ke zhoršení postavení účastníků řízení, neboť pokuta jim uložená napadeným rozhodnutím se v návaznosti na provedenou změnu výroku v důsledku uvedených okolností nezvyšuje.
219. K námitce, že prvostupňový orgán nevzal v úvahu, že délka sankcionovaného jednání nebyla určena nějakou dohodou, ale dobou, po kterou nemocnice jako dlužníci neplnily vůči účastníkům své závazky, uvádím, že právě skutečnost, že účastníci řízení shodně uplatňovali zmíněný koordinovaný postup do doby, dokud se nedomohli ze strany

dotčených FN plateb z prostředků Ministerstva zdravotnictví (úhrady pohledávky, jejího snížení, příslibu platby z těchto prostředků apod.), představuje součást sladěného postupu.

### *Subjektivní stránka deliktu*

220. Účastníci řízení namítají nesprávné zhodnocení subjektivní stránky jejich jednání ve výši uložených pokut. Uvádí, že jejich jednání bylo vedeno úmyslem vymoci své nároky zákonným způsobem, nikoli narušit hospodářskou soutěž.
221. Správní orgán prvního stupně posoudil jednání účastníků řízení jako úmyslné (srov. body 310 – 311 napadeného rozhodnutí), když z podkladů obsažených ve správním spise podle něj vyplynulo, že účastníci chtěli vědomě porušit veřejný zájem chráněný zákonem a způsobit narušení soutěže, neboť bez porušení chráněného zájmu by nedosáhli svého společného cíle. Účastníci řízení si byli podle správního orgánu prvního stupně vědomi rizik, jaká přináší nekoordinovaná férová soutěž, kterou svým jednáním ve vzájemné shodě narušili.
222. Ačkoli je odpovědnost za protisoutěžní jednání spočívající v uzavření a plnění zakázané dohody narušující soutěž odpovědností objektivní, konstrukce zákona předpokládá možnost uložení pokuty či opatření k nápravě za protisoutěžní delikt pouze tehdy, jestliže k porušení zákona dochází zaviněně, resp. slovy zákona úmyslně nebo z nedbalosti (§ 22 odst. 2 zákona). Zkoumání *subjektivní stránky* jednání účastníků řízení považují tedy za nezbytnou součást úvah o samotné možnosti uložit pokutu; forma zavinění je pak i podle judikatury správních soudů jedním z kritérií pro určení výše pokuty (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 71/2004-129 ze dne 22. 11. 2005 ve věci *Oskar Mobil*, rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 133/2005-62 ze dne 30. 11. 2006 ve věci *SAZKA*).
223. Zaviněním se přitom rozumí psychický vztah toho, kdo se určitým způsobem chová, k výsledku jeho chování. I v soutěžním právu je třeba rozlišovat dvě základní formy zavinění: úmysl (*dolus*) a nedbalost (*culpa*). Při zkoumání formy subjektivní stránky správního deliktu, tj. zavinění, je třeba vycházet ze vztahu intelektuální a volní složky k objektu deliktu, jímž je právem chráněný zájem, proti němuž jednání směřuje. V případě vědomé nedbalosti i nepřímého úmyslu jednající ví, že škodlivý následek může způsobit. Zatímco však u vědomé nedbalosti jednající nechce způsobit škodlivý následek, resp. bez přiměřených důvodů spoléhá, že jej nezpůsobí, v případě úmyslu nepřímého je subjekt srozuměn s tím, že škodlivý následek může způsobit. Pokud jde o úmysl přímý, vychází se z toho, že jednající nejenže věděl, ale také chtěl porušit či ohrozit zájem chráněný zákonem. Není tedy rozhodné, zda účastníci řízení věděli, že porušují konkrétní zákon, či zda si byli vědomi možnosti porušení zákona. Při posouzení subjektivní stránky správního deliktu dle § 3 odst. 1 zákona je naopak rozhodné posouzení volní a vědomostní složky ve vztahu k objektu deliktu, tj. právem chráněnému zájmu, jímž je účinná soutěž (srov. § 1 odst. 1 zákona).
224. Ve světle shora uvedeného jsem posoudil věcnou správnost závěru správního orgánu prvního stupně, že účastníci řízení porušili zákon úmyslně; s tímto závěrem se přitom v plném rozsahu ztotožňuji. Jak již bylo shora uvedeno, cílem účastníků řízení, veřejně i ve správním řízení z jejich strany deklarovaným, bylo vymoci si úhradu svých pohledávek v krátkém čase. Účastníci řízení si byli vědomi, že bez koordinovaného

postupu by tohoto cíle nedosáhli, a proto své jednání týkající se dodávek léčiv vzájemně sladili. Účastníci řízení si vytipovali tři významné fakultní nemocnice na relevantním trhu poskytování zdravotní péče, a to v zásadě bez toho, že by se v každém jednotlivém případě jednalo vždy o jejich největší dlužníky či nejvýznamnější odběratele a vzájemně si zprostředkovali svůj zájem uplatnit vůči těmto fakultním nemocnicím v jejich neprospěch koordinovaný postup. Z jejich na trhu realizovaného jednání pak je patrné, že mezi sebou vědomě vyloučili vzájemnou soutěž ve vztahu k těmto odběratelům, resp. k dosažení sledovaného cíle chtěli mezi sebou vyloučit působení konkurenčního vztahu; nešlo tedy ani o pouhé srozumění s následkem, který případným porušením zákona na trhu způsobí. Zde odkazují zejména na důkaz záznamem z tiskové konference konané dne 14. 2. 2006, na níž byly přítomny osoby za všechny účastníky řízení, přičemž tito ve vzájemné shodě projevili svoji vůli počínaje 15. 2. 2006 d ukončit dodávky léčiv do tří jmenovaných FN a přikročit ke zkracování lhůt splatností dodávek. K dosažení svého cíle tak chtěli porušit právem chráněný zájem na fungujícím férovém konkurenčním prostředí. Rovněž poukazují na důkaz č. 11 (email p. H. z 8.2.2006 - ostatním účastníkům řízení – předmět spol. S.) a reakci Gehe na tento dokument, jakož i na průvodní dopis pana H. k důkazu č. 4.

225. Z těchto důvodů jsem ve shodě se správním orgánem prvního stupně dospěl k závěru, že v daném případě se jednalo o úmyslné porušení zákona. Úmyslné porušení zákona je třeba považovat za přitěžující okolnost (za takovou ji považuje i konstantní rozhodovací praxe Úřadu, která nebyla správními soudy zpochybněna), která je důvodem pro zvýšení pokuty. Pokud tedy správní orgán prvního stupně základní částku pokuty po přihlédnutí k přitěžující okolnosti spočívající v úmyslu navýšil, lze takový postup považovat za důvodný, souladný se zákonem, konstantní rozhodovací praxí i ustálenou judikaturou.
226. Nepřisvědčuji námitce účastníků (např. Gehe) že účastníci řízení jednali z nedbalosti, zdůvodněné tím, že pokud by měli takový úmysl narušit soutěž (byli si vědomi porušení zákona), nevystoupili by veřejně na tiskových konferencích, ale jednali by skrytě, aby nebyli odhaleni. Odkazují na další důkazy uvedené výše, prokazující, že účastníci nejednali z nedbalosti. Za zmínku stojí i jejich povědomost o šetření Úřadu -viz datum doručení pozvánky k jednání a v médiích zmiňované podezření z kartelové dohody, na které odkazuje i Gehe v důkazu č. 18. Ani tato povědomost nezabránila pokračování realizace jejich sladěného chování.

#### *Polehčující a přitěžující okolnosti*

227. Gehe namítla, že jako polehčující okolnost mělo být hodnoceno, že jednání mělo charakter jednání jednorázového a že Gehe s Úřadem po celou dobu řízení bezchybně spolupracovala a podávala vyjádření a vysvětlení Úřadu ve stanovených lhůtách. K tomu uvádím, že poskytování údajů a informací Úřadu ve stanovených lhůtách a umožnění jejich prověření je povinností účastníků řízení vyplývající z § 21 odst. 5 a 7 zákona; dodržování toho, co je účastník povinen činit ze zákona, nemůže být považováno za polehčující okolnost.
228. Další námitka, že jednání účastníků řízení bylo vedeno snahou vymoci jejich nároky zákonným způsobem, a že takové jednání nebylo dosud předmětem rozhodovací činnosti Úřadu, což by mohlo svědčit zásadnímu snížení uložených pokut (s odkazem na rozhodnutí předsedy Úřadu R 18 - 23/2005, bod 158 a 159) není rovněž důvodná.

V namítaném případě šlo o jednání stavebních spořitel, spočívající v dohodnutém komplexním systému vzájemné periodické výměny informací, týkajících se jejich výsledků podnikání v oblasti stavebního spoření a toto jednání představovalo potenciální dopad na soutěž na trhu stavebního spoření (v původním prvostupňovém rozhodnutí bylo deklarováno, že toto jednání vedlo k narušení soutěže, dále pak, že účastníci jednali ve shodě při stanovování poplatků souvisejících se stavebním spořením). V konečném rozhodnutí ve věci snižené pokuty odpovídaly mimo jiné nižší typové závažnosti protisoutěžního jednání, neprokázání skutečného negativního dopadu na hospodářskou soutěž, zkrácení období, za něž byly pokuty uloženy a dále, že předmětem řízení bylo jednání, ohledně jehož slučitelnosti se zákonem v době, kdy k němu došlo, neexistovalo vodítko v rozhodovací praxi Úřadu. Na rozdíl od namítaného případu pro posuzované jednání účastníků řízení však v této věci existuje v rozhodovací praxi Úřadu dostatečná judikatura.

229. Jak jsem objasnil výše, soutěžitelé se ani k prosazení svých legitimních zájmů nemohou uchýlit k použití protisoutěžních jednání. Motiv, který je k tomu vedl, pak nemůže být sám o sobě polehčující okolností.

*Přiměřenost pokut, jejich likvidační charakter*

230. Pokuty nelze ukládat mechanisticky; přiměřenost sankce je třeba posuzovat v celkových souvislostech s přihlédnutím k jeho závažnosti. Mají-li být pokuty přiměřené nejen k závažnosti a délce protisoutěžního jednání, ale i k celkovému významu soutěžitele, jenž se takového jednání dopustil, je k tomu relevantním ukazatelem poměr výše uložené pokuty k celkovému čistému obratu soutěžitele za poslední ukončené účetní období, a vzájemné porovnávání absolutní výše uložených pokut prováděné účastníky řízení nemá praktického významu. Uložené pokuty mají představovat zásah odpovídající tomu, kdo se protisoutěžního jednání dopustil, tj. nelze přehlédnout rovněž výchovný charakter ukládaných pokut (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 29 Ca 316/2003-76 ze dne 31. 1. 2005 ve věci *Komora veterinárních lékařů*).
231. Se zohledněním uvedených východisek nepovažuji námitky nepřiměřenosti uložených pokut za důvodné. Správní orgán prvního stupně účastníkům řízení za protisoutěžní jednání uskutečněné od 30. 1. 2006 dle doby jeho trvání u jednotlivých účastníků (nejdéle do 29. 3. 2006), které lze považovat za závažné porušení soutěžního práva, za něž lze obecně uložit pokutu blíže horní části zákonem stanovené procentní sazby, uložil peněžitou sankci, která ve vztahu k celkovému čistému obratu dosaženému jednotlivými účastníky řízení ze všech činností za r. 2005 představuje podíl ve výši v rozpětí cca ..... (srov. podíly jednotlivých účastníků, bod 326 napadeného rozhodnutí). Taková výše pokuty byla stanovena po správném zohlednění všech zákonem předepsaných a ustálenou judikaturou či rozhodovací praxí aprobovaných kritérií určení pokuty. Správním orgánem prvního stupně uložené pokuty odpovídají typové závažnosti protisoutěžního jednání, skutečnosti, že byl prokázán negativní dopad na hospodářskou soutěž (při zohlednění i míry dotčení soutěže) i tomu, že jsou ukládány za krátkodobé jednání, které však bylo úmyslné. Správní orgán prvního stupně správně zohlednil situaci na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv lékárnám, jakož i skutečnost, že ke sladnému chování nedošlo na celé šíři trhu, když nezahrnovalo veškeré odběratele léčiv, tj. zabýval se konkrétními dopady jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě na hospodářskou soutěž a ty pak promítl prostřednictvím posouzení závažnosti do výše uložených pokut. Zde zejména zdůrazňuji, že za závažné delikty by pokuta mohla

být uložena spíše v horní části zákonné sazby 10 % z čistého obratu; účastníkům řízení však byla právě se zohledněním všech specifických okolností případu, kterými byly mj. shora účastníky řízení namítané vlastnosti trhu velkoobchodní distribuce léčiv, základní výše pokuty vyměřena toliko v míře méně než 1% k jejich celkovým čistým obrátům dosaženým v roce 2005.

232. K námitce účastníků, že prvostupňový orgán nikde neuvádí k jaké základní výši pokuty u jednotlivých účastníků řízení v konečném důsledku došel, příp., že základní částku pokuty vyměřil i z obratu za činnosti s jednáním účastníků nesouvisející, uvádím: Základní částky pokut za závažnost protisoutěžního jednání, byly stanoveny s využitím správního uvážení podílem 0,3% z čistého obratu každého jednotlivého účastníka řízení dosaženého na relevantním trhu (tj. trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren) za rok 2005 (srov. bod 316 napadeného rozhodnutí). Jejich výše ani nemohla být v rozhodnutí u jednotlivých účastníků uvedena. Výchozí podklad, tj. čistý obrat dosažený na relevantním trhu, si všichni účastníci označili za své obchodní tajemství. V rozhodnutí jsou tyto údaje uvedeny v části „Charakteristika účastníků řízení“ odkazem na příslušné strany spisu. Pokud by prvostupňový orgán v rozhodnutí uvedl konkrétní výše základních částek pokuty jednotlivých účastníků řízení (které pak dále upravoval – viz výše), bylo by jednoduchým výpočtem možno dospět v částkách čistých obrátů dosažených jimi na relevantním trhu a tím i zpřístupnění obchodního tajemství jednotlivých účastníků řízení. Jak jsem ověřil, s tímto důkazem byli účastníci řízení ve spisové dokumentaci seznámeni postupem v souladu s § 21 odst. 10 ve spojení s § 38 odst. 6 správního řádu, a to jak u jednotlivých přípisů účastníků uvádějících tento údaj, tak v souhrnné tabulce s údaji k relevantnímu trhu ( str. 1974X až 1976 X spisu příloh č. 1). Každý účastník si pak propočtem dle postupu popsaného prvostupňovým orgánem mohl nepochybně správnost výsledné výše pokuty jemu uložené ověřit.
233. Výše uložené pokuty tedy byla podle mého přesvědčení stanovena se zohledněním všech okolností, jejichž posouzení správnímu orgánu prvního stupně ukládá § 22 odst. 2 zákona. Rovněž postup, jakým prvostupňový orgán k její výši dospěl, včetně podkladů a obeznámení účastníků s nimi, považuji za transparentní.
234. Výše pokut uložených v napadeném rozhodnutí se řádově nevymyká pokutám ukládaným za obdobně závažná jednání v minulosti a není tedy vybočením z dosavadní rozhodovací praxe, při zohlednění individuálnosti jednotlivých řešených případů. S ohledem na všechny zde uvedené skutečnosti nelze uložené sankce považovat ani za excesivní, ani za porušující zásadu rovného zacházení, resp. zásadu přiměřenosti (proporcionality). Celkově lze postup prvostupňového orgánu při určování výše pokuty považovat za souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem; správní orgán prvního stupně tak při stanovení výše pokuty nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání.

Namítají-li účastníci řízení, společnosti Gehe a Alliance, že výše jim uložených pokut je likvidační, kdy u společnosti Gehe představuje ..... % z čistého zisku a společnosti Alliance ..... % z čistého zisku, konstatuji, že správním orgánem prvního stupně vyměřené pokuty byly stanoveny v souladu se zákonem, konkrétně § 22 odst. 2. Čistý obrat nelze zaměňovat se ziskem. Navíc pro stanovení pokut byl jako základ použit čistý obrat dosažený jednotlivými účastníky řízení na relevantním trhu, který odráží i postavení účastníků řízení na něm. Pokuty obecně nemohou vycházet či být poměřovány

dosaženým čistým ziskem, jehož vytvoření závisí na řadě skutečností, vycházejících též z rozhodnutí účastníka řízení (výše investic do rozvoje podniku apod.).

235. Zásada proporcionality a tím i spravedlivosti sankcí je vyjádřena v řadě nálezů Ústavního soudu. Zahrnuje tři principy: Princip způsobilosti naplnění účelu – opatření musí být způsobilé dosáhnout cíle, tj. ochránit veřejný statek. Princip potřeby – dle něhož je dovoleno použití nejšetrnějšího z více možných prostředků zásahu. Třetím principem je principi přiměřenosti (v užším smyslu), kdy újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli. Při posouzení přiměřenosti je třeba brát v úvahu i ekonomickou situaci odpovědného subjektu. V případě pokut ukládaných podnikatelským subjektům je třeba vycházet z toho, že je vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost – jinými slovy nepřijatelné jsou pokuty, které mají likvidační charakter.
236. Zabýval jsem se ekonomickou situací společností Gehe a Alliance, zda v těchto konkrétních případech nebyla výše pokuty stanovena jako likvidační. Z účetních výkazů společnosti Gehe, jež jsou součástí správního spisu, jsem přitom zjistil, že v roce 2005 vzrostly této společnosti tržby z prodeje zboží oproti tržbám v roce 2004. Společnost Gehe zvýšila v roce 2005 rovněž svoji obchodní marži, jakož i provozní výsledek hospodaření. Zlepšily se i další ukazatele (např. poklesly dlouhodobé pohledávky, výrazně také vzrostly volné peníze na účtech v bankách). Finanční situaci této společnosti, jejíž celkový čistý obrat ze všech jejích aktivit (srov. bod 15 napadeného rozhodnutí) přesáhl .... v roce 2005, shledávám tedy takového charakteru, že výše uložené pokuty nemůže mít pro její podnikání ani pro majetkovou základnu pro toto podnikání likvidační charakter. Výše uložené pokuty rovněž nezpůsobí, že by podnikatelská činnost této společnosti po značné (několikaleté) časové období ztratila jakýkoli smysl, tj. že veškeré podnikání by po značné časové období směřovalo pouze k úhradě pokuty. Z těchto důvodů nepovažuji námitku ohledně likvidačního charakteru pokuty uložené společnosti Gehe za důvodnou. Pouze pro informaci uvádím, že sama Gehe hodnotí na internetových stránkách ve výroční zprávě za rok 2005 svou situaci jako velmi úspěšnou, kdy dokázala překročit hodnoty obratu r. 2004, který považovala za rekordní. Z veřejně dostupných údajů (výroční zpráva za rok 2006 ve sbírce listin rejstříkového soudu) jsem ověřil, že i výsledky roku 2006 hodnotí jako velmi úspěšné s tím, že oproti roku předchozímu zaznamenala výrazné zlepšení, a to ať již z hlediska realizovaného obratu, celkové výkonnosti, navýšeného tržního podílu či dosaženého zisku (i v roce 2006 dosahoval její čistý obrat přes ... Kč). Neshledávám tak v majetkové a finanční situaci tohoto účastníka řízení důvod hodný zvláštního zřetele, jenž by ospravedlňoval poměření výše uložené pokuty jen s jejími výnosy, resp. čistým ziskem.
237. Nepřisvědčuji ani námitce účastníků řízení, že Úřad měl při stanovení výše pokuty vzít v úvahu i ziskovost daného oboru, která je velmi nízká a dosahuje k výši obratu účastníků řízení desetin procenta. Předně uvádím, že úroveň základního kapitálu u jednotlivých účastníků (v rozpětí přes 300 mil. až přes 600 mil. Kč) a roční čisté obraty v úrovni ... Kč nenasvědčují tvrzené nízké ziskovosti daného podnikání. Dále pak účastník, který nevykazuje zisk, nemusí být neschopen uhradit pokutu. Jak jsem uvedl výše, ukazatelem finanční síly podniku je jeho čistý obrat dosažený z prodeje zboží; z hlediska jeho schopnosti uhradit uloženou pokutu pak též další finanční a majetkové ukazatele.

238. Po posouzení celkové ekonomické situace Alliance rovněž neshledávám důvod hodný zvláštního zřetele, jenž by ospravedlňoval poměření výše uložené pokuty jen s jejími výnosy, resp. čistým ziskem. Společnost Alliance má základní kapitál přes 300 mil. Kč. V roce 2005 výrazně zvýšila svůj celkový čistý obrat na více než .... Kč – srov. bod 13 napadeného rozhodnutí. Současně v tomto roce zvýšila i čistý zisk. Účetní rok 2005 ukončila společnost Alliance se stavem finančních prostředků na účtu převyšující výši správním orgán prvního stupně uložené pokuty. Sama Alliance hodnotí ve výroční zprávě za rok 2005 své výsledky hospodaření a finanční ukazatele za rok 2005 jako vynikající. Uvádí zde, že zlepšila prakticky všechny ukazatele obchodní a provozní výkonnosti oproti roku 2004 a upevnila svoji pozici na trhu. Z výroční zprávy pak dále vyplývá, že společnost Alliance v roce 2005 investovala do inovace logistických procesů 37,5 milionů korun. Z veřejně dostupných údajů (výroční zpráva za r. 2006 a I čtvrtletí r. 2007 ve sbírce listin rejstříkového soudu) jsem ověřil, že Alliance i v následujícím roce 2006 (a I. čtvrtletí r. 2007) hodnotí své výsledky velmi pozitivně (mimo jiné její tržby za prodej zboží a služeb stouply meziročně o 13,6 % a dosáhly 10,79 mld. Kč).
239. S ohledem na tyto skutečnosti, jež vyplývají z účetních výkazů a výročních zpráv uzavírám, že celková finanční a majetková situace účastníků řízení Gehe a Alliance jsou pro mne dostatečným důkazem, že absolutní výše jim uložených pokuty není ani likvidační, ani nepřiměřená jejich ekonomické situaci. Jakkoli nepochybuji, že uložená sankce představuje citelný zásah do hospodaření uvedených společností, tuto citelnost pokládám za žádoucí charakteristiku správního trestu. Uložená sankce naopak není tak významná, aby v celkovém sociálním a ekonomickém kontextu jejich finanční a majetkové situace představovala vážné ohrožení další podnikatelské činnosti těchto účastníků řízení. Námitkám společností Gehe a Alliance ohledně likvidačního charakteru jim uložené pokuty tudíž nepřisvědčuji.
240. Nepřisvědčuji rovněž námitkám, že při uložení pokuty mělo být zohledněno, že nebylo prokázáno způsobení škody či újmy dotčeným FN, jakož i to, že účastníci svým jednáním neuskutečnili žádný zisk. Tyto skutečnosti měly vést k upuštění od pokuty či uložení pokuty symbolické. K tomu předně uvádím, že způsobení škody či konkretizace újmy není podmínkou naplnění skutkové podstaty porušení § 3 odst. 1 zákona. Jakkoli je žádoucí aby výše pokut v případech prokázání zisku z kartelových jednání byla ukládána nejméně ve výši získaného profitu, neznamená to, že v případě neprokázání takového profitu nelze či nemá být porušení zákona sankcionováno. Dále poukazují na to, že účastníci svým jednáním získali na relevantním trhu konkurenční výhodu v porovnání s velkoobchodními distributory na protisoutěžním jednání neúčastnými. Touto konkurenční výhodou je nepochybně dosažení dřívější úhrady/dřívějšího snížení pohledávek, než jak by tomu bylo v případě jejich individuálního postupu vůči dlužníkům, jaký je dán platným právem každému podnikateli. Účastníci by se každý individuálním postupem svých legitimních pohledávek domohli, nicméně nikoli v tak krátkém čase, jak toho dosáhli prostřednictvím koordinovaného postupu při dodávkách léčiv a obchodních podmínkách týkajících se lhůt splatnosti těchto dodávek.

### *Shrnutí*

241. Postup správního orgánu prvního stupně při stanovení výše pokut shledávám na jedné straně konformním se zněním § 22 odst. 2 zákona, na straně druhé plně přiléhavým specifickým daného případu. S ohledem na výše uvedené lze postup prvostupňového

orgánu považovat za transparentní, souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Správní orgán prvního stupně při stanovení výše pokut nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání. Shledávám postup prvostupňového orgánu při uložení sankcí a stanovení jejich výše zákonným.

## Procesní vady řízení

### *Neurčitost první výrokové části*

242. Účastníci řízení namítají ve svých rozkladech neurčitost první výrokové části rozhodnutí, a to zejména v důsledku užití nejasných a nepřesných pojmů jako „zprostředkovat si společný zájem“ či „vitální léčiva“.
243. Podle § 68 odst. 1 správního řádu obsahuje rozhodnutí výrokovou část, odůvodnění a poučení účastníků. Podle odst. 2 téhož ustanovení správního řádu se ve výrokové části uvede řešení otázky, která je předmětem řízení, právní ustanovení, podle nichž bylo rozhodováno, a označení účastníků správního řízení. Ve výrokové části se uvede lhůta ke splnění ukládané povinnosti, popřípadě též jiné údaje potřebné k jejímu řádnému splnění a výrok o vyloučení odkladného účinku odvolání. Výroková část může obsahovat jeden nebo více výroků.
244. Přestože tedy v předmětném ustanovení správního řádu není *expressis verbis* uvedeno, co konkrétně má výrok správního rozhodnutí sankční povahy obsahovat, lze tyto základní obsahové požadavky dovodit, a to na základě ustálené soudní judikatury (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 84/2004-236 ze dne 29. 9. 2006 ve věci *Distributoři pohonných hmot*, resp. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004). Každé správní rozhodnutí sankční povahy musí obsahovat jednoznačnou identifikaci osoby obviněné ze spáchání správního deliktu, popis skutku, který je předmětem řízení a právní subsumpci tohoto skutku, s výslovným odkazem na ustanovení zákona. Je-li současně ukládána sankce či jiné opatření, musí být rovněž jednoznačným způsobem vymezena, včetně odkazu na aplikované ustanovení. Pokud jde o popis skutku, jeho základním atributem musí být dostatečná určitost, vylučující jeho zaměnitelnost s jiným skutkem. V rámci popisu postihovaného skutku tak především musí být popsáno vlastní jednání delikventa a uvedení místa, času a způsobu spáchání deliktu, popř. uvedení i jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby skutek nemohl být zaměněn s jiným.
245. Správní orgán prvního stupně v první výrokové části napadeného rozhodnutí deklaroval, že účastníci řízení tím, že v období počínaje 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006 si při svých osobních a písemných kontaktech navzájem zprostředkovali společný zájem koordinovaným postupem ukončit od 15. 2. 2006 dodávky plného sortimentu léčiv do Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze a do Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, a následně poskytovat uvedeným nemocnicím jen dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti, a tento koordinovaný postup od 15. 2. 2006 také realizovali (*první část věty skutkové*), dopustili se zakázaného jednání ve vzájemné shodě, a tím porušení § 3 odst. 1 zákona (*věta právní*), a to jednotliví účastníci řízení v období: Alliance od 15. 2. 2006 do 13. 3. 2006 včetně, Pharmos od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od



1. 3. 2006 do 12. 3. 2003 včetně, resp. 12. 3. 2006 ve znění opravného rozhodnutí č.j. S 222/06-22792/06-300 ze dne 28. 12. 2006, Phoenix a Gehe od 15. 2. 2006 do 29. 3. 2006 včetně (**druhá část věty skutkové**). Uvedeným jednáním ve vzájemné shodě shora uvedené společnosti narušily hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren.

246. Po posouzení první výrokové části napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že v ní byly **jednoznačně identifikovány osoby**, jež se dopustily porušení zákona, tj. účastníci řízení, a to uvedením jejich názvu, sídla a identifikačního čísla, výroková část obsahovala **popis skutku**, jenž byl vymezen jak věcně, tj. dostatečně podrobným popisem jednání účastníků řízení a způsobu jeho provedení, tak i časově, když ve výrokové části bylo uvedeno období, ve kterém k jednání účastníků řízení došlo. Popis skutku v napadeném rozhodnutí tedy byl proveden způsobem, který vylučuje jeho záměnu s jiným skutkem, a nezbuzuje pochybnost, zda se jedná o skutek jeden či o více skutků. Výroková část napadeného rozhodnutí obsahuje i **odkaz na konkrétní ustanovení právního předpisu**, podle kterého bylo v daném případě rozhodováno, tj. § 3 odst. 1 zákona. Jsem tedy toho názoru, že první výroková část napadeného rozhodnutí obsahuje veškeré náležitosti tak, aby naplnila požadavky na jeho určitost.
247. K namítané neurčitosti slovního spojení „zprostředkovat společný zájem“, uvádím, že zprostředkování si společného zájmu (určitým způsobem se na trhu chovat) je znakem jednání ve vzájemné shodě, a tento pojem nomenklaturně vychází, stejně jako i ostatní pojmy a instituty tuzemského soutěžního práva, z komunitárního soutěžního práva. Zde poukazuji na ustálenou evropskou judikaturu (srov. např. rozsudek Evropského soudního dvora 6 a 7/73 ve věci *Commercial Solvents v Komise*, [1974] ECR 223; rozsudek Evropského soudního dvora 40/73 ve věci *Suiker Unie and others v Komise*, [1975] ECR 1663; rozsudek Evropského soudního dvora 86/82 ve věci *Hasselblad v Komise*, [1984] ECR 883), která pro širokou škálu koluzivních praktik, jejichž důsledkem je jednání ve vzájemné shodě, používá nejrůznější termíny, např. odsouhlasení/shoda postupu, sladění budoucího jednání, bezprostřední či zprostředkované souznění soutěžitelů, vyjádření shodné vůle ohledně určitého budoucího jednání, vědomé a dobrovolné přizpůsobení svého jednání přání či doporučení jiného soutěžitele, shodný zájem, přizpůsobení vůle soutěžitelů, vzájemné srozumění o budoucím chování, zprostředkování společného zájmu, předchozí vzájemné ovlivnění soutěžitelů, společný konsensus účastníků dohody apod. Lze sem zahrnout rovněž situace, kdy soutěžitelé se předem vzájemně informují o postupu, který zamýšlejí provést tak, aby každý z nich mohl regulovat své budoucí chování s předpokladem, že stejně se budou chovat i jeho konkurenti (srov. rozsudek Evropského soudního dvora 48/69 ve věci *Imperial Chemical Industries Ltd. v Komise*, [1972] ECR 619. Uzavírám tedy, že použití termínu zprostředkování si společného zájmu bylo v daném případě příležitostným označením jednání, které tvořilo součást skutku, jež je napadeným rozhodnutím prohlášen za protisoutěžní, a nezpůsobuje nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí.
248. Pokud účastníci zpochybňují termín „vitální léčiva“, pak jejich argumenty směřují proti použití pojmu, který sice není nikde právně závazně definován, ačkoli tento pojem nebo jeho varianty či synonyma, jak vyplývá ze zajištěných důkazů (srov. např. důkaz č. 15 -: dopisy účastníků řízení ze dne 17. 2. 2006, listy 432, 492, 597 správního spisu; důkaz č. 19 - e-mail p. K./Pharmos ze dne 15. 2. 2006, strana 214 správního spisu), sami používali v komunikaci s dotčenými odběrateli a rovněž odběratelům byl tento pojem

dostatečně znám – viz důkazy na které odkazuje prvostupňový orgán (včetně např. zápisu z jednání s firmou S. ). Z toho dovozují, že význam tohoto pojmu byl účastníkům správního řízení znám, stejně jako byl znám třetím subjektům, srov. důkaz navržený Pharmosem – „*Reakce na prohlášení Pharmos a.s. k dodávkám léků do fakultních nemocnic*“, ze dne 21. 2. 2006 (str. 236 spisu S), v němž ředitel Družstva lékáren zmiňuje, že distributoři se zavázali dodávat vitálně důležité léky pro konkrétní pacienty právě proto, aby obraz distributorů v očích veřejnosti nebyl pošpiněn případy, kdy případné úmrtí bude zdůvodněno nedostupností léku a svaleno na jejich hlavu.

249. To, že výčet léků, které lze do kategorie vitálních léků zařadit, není nikde jednoznačně definován, resp. že někteří účastníci řízení či jejich odběratelé do kategorie vitálních léků mohli řadit i jiné léky, než ostatní, není podle mého přesvědčení překážkou pro použití tohoto termínu ve výroku napadeného rozhodnutí. Rozhodující je, že účastníci řízení v důsledku svého sladěného jednání oznámili svým třem odběratelům svůj úmysl omezit dodávky na omezenou skupinu léku, kterou sami nazvali „vitálními léky“, „přípravky nezbytně nutnými k záchraně zdraví pacienta“ nebo „životně nezbytná léčiva (vitální indikace)“, což, vycházím-li z obecného významu použitých slov, považuji za terminologická synonyma. Použití pojmu vitální léčiva ve výroku rozhodnutí tedy vzhledem k okolnostem případu shledávám příležitým.
250. Jsem tedy přesvědčen, že správní orgán prvního stupně vymezil předmět protisoutěžního jednání v první výrokové části napadeného rozhodnutí určitě, resp. ve způsobu vymezení předmětu správního deliktu neshledávám pochybení, a to ani v obecné rovině, ani z důvodu užití pojmu „zprostředkovat si společný zájem“ či „vitální léčiva“.
251. V první výrokové části napadeného rozhodnutí však bylo třeba provést upřesnění časového vymezení skutku. Ve výroku napadeného rozhodnutí totiž správní orgán prvního stupně rozlišil období, v němž došlo ke koluzivní komunikaci, a období, kdy účastníci řízení svůj navzájem předem sladěný postup realizovali, přičemž porušení zákona vztáhl pouze na dobu vlastní realizace tohoto sladěného chování. Tento nesoulad mezi větou skutkovou a skutečného období porušení zákona jsem odstranil, čímž jsem současně tato časová vymezení doby porušení zákona uvedl do souladu s dobou, jaká byla prvostupňovým orgánem hodnocena při stanovení výše pokuty. Mám zato, že tato změna výroku napadeného rozhodnutí odstraní jakékoli pochybnosti o tom, v jakém konkrétním jednání je porušení § 3 odst. 1 zákona shledáváno. Podle mého přesvědčení tak změněný výrok rozhodnutí plně koresponduje s § 68 odst. 1 a 2 správního řádu. Změna výrokové části I. napadeného rozhodnutí tak není i k tíži účastníků řízení, když sjednocené časové určení jednání bylo již pro orgán prvního stupně východiskem stanovení výše pokuty (srov. výše).
252. S ohledem na změnu první výrokové části napadeného rozhodnutí, resp. její upřesnění, které jsem provedl, a s ohledem na skutečnost, že druhá výroková část napadeného rozhodnutí odkazovala na první výrokovou část napadeného rozhodnutí, přistoupil jsem rovněž ke změně výroku ukládajícího pokuty, aniž bych výši pokut jakkoli měnil, tak, abych předešel jakýmkoli pochybnostem o vykonatelnosti ukládaných povinností.

*Provádění dokazování, výslechy svědků*

253. Účastníci řízení namítají, že správní orgán prvního stupně pochybil, když prováděl důkazy výsledkem svědků ve smyslu § 55 správního řádu u osob působících v jejich statutárních orgánech. Podle účastníků řízení nelze osoby působící ve statutárních orgánech právnických osob jako svědky vyslýchat.
254. K námitkám účastníků řízení jsem ze správního spisu zjistil, že na návrh společnosti Phoenix ze dne 7. 4. 2006 provedl správní orgán prvního stupně výsledek pana H., který se účastnil jednání v rámci AVELu a byl autorem důkazu č. 4 „Návrh komplexního řešení“ i průvodního dopisu k němu. Výsledek – podobně i provedený výsledek pana R., byl nařízen dle § 55 správního řádu. (Pan R. byl vyslechnut dne 16.6.2006 - protokol str. 950 spisu S; pan H. (Phoenix) byl vyslechnut dne 21.6.2006 - protokol str. 958 spisu S). Při výslechu pana H. vznesl právní zástupce společnosti Phoenix námitku, že pan H. jako předseda představenstva měl být slyšen jako účastník řízení a nikoli jako svědek dle § 55 správního řádu, neboť jde o předsedu představenstva společnosti Phoenix..
255. Na základě námítky nařídil správní orgán prvního stupně na 7. 7. 2006 ústní jednání se všemi účastníky řízení, na němž se za společnost Phoenix účastnil pan H. Správní orgán prvního stupně si při něm znovu zajistil informace též ohledně dokumentu „Návrh komplexního řešení“ zpracovaného panem H. Potřebné informace od Alliance (jehož jedním z jednatelem je p. R.) zajistil správní orgán prvního stupně z písemných vyjádření tohoto účastníka řízení.
256. V daném případě jsem dospěl k závěru, že námitky účastníků řízení nejsou důvodné ani v případě, kdybych přisvědčil názoru, že statutární orgán, resp. člen kolektivního statutárního orgánu účastníka řízení, nemůže být nikdy, za žádných okolností vyslechnut jak svědek, a to ani kdyby předmětem jeho výpovědi by měly být skutečnosti, které dotyčná osoba viděla, slyšela nebo se s nimi jinak seznámila, tedy skutečnosti, které jsou jinak předmětem svědeckých výpovědí. Postupem správního orgánu prvního stupně v této konkrétní věci totiž podle mého přesvědčení nedošlo k porušení žádných z procesních práv účastníků řízení. I kdyby totiž byl postup správního orgánu prvního stupně spočívající ve výslechu zástupců statutárních orgánů účastníků řízení jako svědků podle § 55 správního řádu postupem nezákonným, správní orgán prvního stupně tento postup bezprostředně po jeho provedení napravil, když si informace, jež byly předmětem dokazování při výslechu svědků pana H. a R., zajistil řádným procesním postupem a z těchto jiných důkazů pak také následně při právním hodnocení jednání účastníků řízení vycházel. Ověřil jsem, že správní orgán prvního stupně při hodnocení věci z těchto výsledků nevycházel (což také vyznačil v záhlaví protokolů z výsledků ve spisu) a k jejich obsahu nepřihlížel. V napadeném rozhodnutí rovněž nejsou předmětné výsledky uvedeny mezi úkony, z nichž zjistil informace pro řízení a také se v něm nikde – ani při uvádění informací k důkazu č. 4, neodkazuje na protokoly z uvedených výsledků. Srov. k tomu bod 63 napadeného rozhodnutí s odkazy pouze na protokol z ústního jednání s účastníky řízení. K této námitce uzavírám, že k použití důkazů, jejichž nezákonnost účastníci řízení namítali, tedy v rámci správního řízení vůbec nedošlo.
257. Účastníci řízení dále namítají, že jimi předložené důkazy hodnotil správní orgán prvního stupně tendenčně v jejich neprospěch. Napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející správní řízení, jsem tedy přezkoumal specificky ve vztahu k této námitce a dospěl jsem k závěru, že správní orgán prvního stupně postupoval v souladu se zásadami ovládajícími správní řízení. Z napadeného rozhodnutí i ze správního spisu jsem ověřil,

že správní orgán prvního stupně zjistil v souladu s § 3 ve spojení s § 50 odst. 3 správního řádu přesně a úplně skutečný stav věci, a za tím účelem si opatřil potřebné podklady, které vyhodnotil správně. Podkladem pro toto rozhodnutí byly přitom důkazy listinného charakteru, výpovědi svědků, vyjádření účastníků řízení apod. Z žádného podkladu ve správním spise nevyplývá, že by se správní orgán prvního stupně zaměřil na získávání důkazů v neprospěch účastníků řízení, z žádné části napadeného rozhodnutí jsem nezjistil, že by správní orgán prvního stupně tendenčně vyzdvihoval relativní význam důkazů svědčících v neprospěch účastníků řízení a k zajištěným relevantním důkazům svědčících ve prospěch buď nepřihlížel nebo tyto nedůvodně bagatelizoval. Podle mých zjištění tak byly správním orgánem prvního stupně shromážděné důkazy řádně posouzeny, a to jak jednotlivě, tak ve vzájemné souvislosti, což vedlo k objektivizaci podkladů, na základě nichž bylo v prvním stupni rozhodováno. Shromážděné podklady podle mého zjištění poskytují spolehlivou podporu pro závěr, jež se promítl do první výrokové části napadeného rozhodnutí, totiž že účastníci řízení jednali ve vzájemné shodě, čímž narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren.

#### *Upřesnění předmětu správního řízení*

258. Účastníci řízení namítají k upřesnění předmětu správního řízení, že se jedná o zcela nový skutek, který nelze podřadit pod žádný ze skutků dle původního oznámení o zahájení správního řízení. Oznámení o upřesnění předmětu řízení kvalifikují jako oznámení o rozšíření předmětu správního řízení, a proto důkazy získané před tímto úkonem nelze pro jeho prokázání použít.
259. Správní řízení s účastníky řízení bylo zahájeno dne 8. 3. 2006 z moci úřední oznámením o možném porušení § 3 odst. 1 zákona, a to dohodou či jednáním ve vzájemné shodě týkající se *ukončení dodávek* plného sortimentu léčiv do nemocničních lékáren tří fakultních nemocnic, a to Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze a Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně v únoru t.r., a dále v zakázané dohodě a nebo jednání ve vzájemné shodě týkajících se obchodních podmínek pro dodávky léčiv nemocničním lékárnám.
260. Přípisem ze dne 25. 9. 2006 správní orgán prvního stupně předmět správního řízení upřesnil. Možné porušení § 3 odst. 1 zákona spatřoval v zakázané dohodě a/nebo jednání ve vzájemné shodě mezi účastníky řízení týkající se *ukončení dodávek* plného sortimentu léčiv do nemocničních lékáren tří fakultních nemocnic, a to Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze a Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně v únoru t.r. a *obchodních podmínek spočívajících ve zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek léčiv* (označovaných účastníky řízení též jako dodávky tzv. „vitálních léčiv“, „léčiv nezbytně nutných k záchraně života“ či s „vitální indikací“) uvedeným třem fakultním nemocnicím, a dále v zakázané dohodě a/nebo jednání ve vzájemné shodě týkající se obchodních podmínek pro dodávky léčiv (zkrácení lhůt splatnosti) ostatním nemocničním lékárnám.
261. Přezkoumal jsem oba správním orgánem učiněné úkony, přičemž jsem dospěl k závěru, že dopisem ze dne 25. 9. 2006 došlo skutečně k upřesnění již dne 8. 3. 2006 zahájeného správního řízení, nikoli k jeho rozšíření či zahájení zcela nového správního řízení. Vycházím přitom z toho, že upřesnění předmětu správního řízení nevybočuje ze základního vymezení jeho předmětu, když již v oznámení o zahájení správního řízení

bylo jeho předmětem mj. podezření ze zakázaného jednání ve vztahu k obchodním podmínkám pro dodávky léčiv. V rámci upřesnění pak došlo ke specifikaci, jaké obchodní podmínky a vůči komu jsou, resp. mohou být považovány za zakázanou dohodu či jednání ve shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona. Přípis ze dne 25. 9. 2006 nelze podle mého přesvědčení v žádném případě považovat za rozšíření předmětu správního řízení, když neobsahuje další novou skutkovou podstatu jednání, není vztažen k novým subjektům ani se nejedná např. o nový trh zboží či služeb.

262. Postup správního orgánu prvního stupně, jenž v průběhu správního řízení na základě v něm zjištěných skutečností předmět řízení upřesnil, shledávám souladným s ustálenou soudní judikaturou, srov. např. rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 10/97 ze dne 11. 12. 1997 ve věci *Pražské kanalizace a vodní toky, s.p.*, či rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 10/2000-58 ze dne 15. 5. 2001 ve věci *ČESKÝ TELECOM, a.s.* Vrchní soud v těchto rozsudcích uvedl, že požadavek na precizní vymezení předmětu řízení je oprávněný v souvislosti s požadavkem na proces respektující práva účastníků řízení. Z tohoto důvodu je třeba se zabývat otázkou, zda v důsledku měnící se formulace předmětu řízení došlo k takové újmě práv účastníků řízení, která by měla vliv na zákonnost správního rozhodnutí. Změna formulace nesmí podle soudu znamenat zásadní změnu vymezení předmětu šetření, aby bylo možné dedukovat obrat správního řízení jiným směrem, který by si vyžádal zastavení původního řízení a eventuální zahájení řízení nového. Podle soudu není chybou, jestliže správní orgán v průběhu správního řízení upřesňuje předmět řízení, neboť k tomu nepochybně správní řízení slouží. Stěží si lze podle soudu představit, jak by mohl správní orgán bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, jestliže teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit si závěr o porušení zákona, o němž získal vědomost do zahájení řízení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost.
263. S námitkou účastníků řízení ohledně rozšíření předmětu správního řízení se tedy neztotožňuji.

## V. Závěr

264. Na základě návrhu rozkladové komise ustavené dle § 152 správního řádu a po přezkoumání zákonnosti napadeného rozhodnutí, jakož i jemu předcházejícího správního řízení v celém rozsahu, a správnosti napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných námitek, jsem ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí lze věcně potvrdit. Změny, které jsem v první výrokové části napadeného rozhodnutí provedl, spočívaly v upřesnění jednání účastníků řízení – resp. doby vymezení protisoutěžního jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě, které bylo porušením zákona, jak jsem též zdůvodnil ve svém rozhodnutí výše. Tato změna však z důvodů shora uvedených neměla za následek přehodnocení úvah o výši uložené pokuty. Rovněž jsem považoval za vhodné změnit v druhé výrokové části tohoto rozhodnutí výrok o uložení pokuty, a to z důvodu změny názvu účastníka řízení Alliance, aby bylo nepochybné komu a za jaké jednání jsou pokuty ukládány. Výši pokut stanovených prvostupňovým orgánem jsem neměnil.

**Poučení o opravném prostředku:**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Rozhodnutí obdrží:

- právní zástupce společnosti Pharmos  
JUDr. Ing. Ivan Rott, advokát  
Křížová 18  
603 00 Brno

- právní zástupce společnosti Phoenix  
JUDr. Petr Novotný, advokát  
AK Rödl & Partner v.o.s.  
Platnéřská 2  
110 00 Praha 1

- právní zástupce společnosti Alliance  
Dr. Radan Kubr, LL.M., advokát  
AK Procházka Randl Kubr  
Jáchymova 2  
110 00 Praha 1

- právní zástupce společnosti Gehe  
Libor Prokeš, advokát  
AK c/o NÖRR STIEFENHOFER LUTZ v.o.s.  
Na Příkopě 15  
110 00 Praha 1

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce.