



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK  
JMÉNEM REPUBLIKY**

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Ing. Venduly Sochorové a Mgr. Petra Pospíšila ve věci

žalobkyně a): **PURO-KLIMA, a. s.**  
sídlem Počernická 272/96, Praha  
zastoupená advokátem Mgr. Zbyškem Jarošem  
sídlem Zelený pruh 95/97, Praha

žalobkyně b): **HOSPIMED, spol. s r. o.**  
sídlem Malešická 2251/51, Praha  
zastoupená advokátem JUDr. Pavlem Dejlem, Ph.D., LL.M.  
sídlem Jungmannova 745/24, Praha

proti

žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**  
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

v řízení o žalobách proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R3,5/2015/HS-39442/2015/310/HBt,

**takto:**

- I. Žaloby **se zamítají.**
- II. Žalobkyně **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává.**

## Odůvodnění:

### I. Vymezení věci

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 22. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S283/2011/KD-27464/2014/851/LŠt, shledal, že:

- I. se žalobkyně dopustily správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. b) č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále též „ZOHS“), ve znění zákona č. 155/2009 Sb., tím, že v období od 7. 10. 2010 do 26. 10. 2010 porušily zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona, neboť jednaly ve vzájemné shodě, čímž ovlivnily výsledek výběrového řízení a narušily hospodářskou soutěž na trhu dodávek zdravotnické přístrojové techniky na území České republiky. Konkrétně měly žalobkyně v daném období „*sladňovat nabídky do výběrového řízení v rámci veřejné zakázky ‚Modernizace a obnova přístrojového vybavení komplexního kardiovaskulárního centra FN Ostrava‘ (dále též ‚OSTRAVA‘), (...), a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost PURO-KLIMA, a. s., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 25. 10. 2010 a 26. 10. 2010 podaly;*“
- II. žalobkyně v období od 21. 5. 2008 do 17. 7. 2008 porušily zákaz stanovený v § 3 odst. 1 ZOHS, ve znění zákona č. 296/2007 Sb., neboť jednaly ve vzájemné shodě, čímž ovlivnily výsledek výběrového řízení a narušily hospodářskou soutěž na trhu dodávek zdravotnické přístrojové techniky na území České republiky. Konkrétně měly žalobkyně v daném období prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovat svou účast „*ve výběrovém řízení týkajícím se veřejné zakázky ‚UK-1.LF – ZDRAVOTNÍ TECHNOLOGIE PRO STAVBU KATEŘINSKÁ 32‘ (...), se záměrem ovlivnit její výsledek, a to tak, aby se vítězem výběrového řízení stala společnost PURO-KLIMA, a. s., a takto sladěný záměr realizovaly dne 17. 7. 2008 odstoupením společnosti HOSPIMED, spol. s r. o. z výběrového řízení;*“
- III. žalobkyně se dopustily správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS, ve znění zákona č. 155/2009 Sb., tím, že v období od 20. 9. 2010 do 22. 9. 2010 porušily zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona, neboť jednaly ve vzájemné shodě, čímž ovlivnily výsledek výběrového řízení a narušily hospodářskou soutěž na trhu dodávek zdravotnické přístrojové techniky na území České republiky. Konkrétně měly žalobkyně v daném období „*sladňovat nabídky do výběrového řízení v rámci veřejné zakázky ‚Modernizace přístrojového vybavení a obnova technologií KC KN Liberec‘ (dále též ‚LIBEREC‘), a to tak, aby byla výhodnější nabídka společnosti SINOMED s. r. o. (...), na niž se komplexně subdodavately podílela společnost PURO-KLIMA, a. s., a posléze takto sladěné nabídky byly u zadavatele dne 22. 9. 2010 podány;*“

Dále rozhodl tak, že:

- IV. plnění zakázaných a neplatných jednání ve vzájemné shodě specifikovaných ve výrocih I. a III. se žalobkyním podle § 7 odst. 1 ZOHS do budoucna zakazuje;
- V. plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě specifikovaného ve výroku II. se žalobkyním podle § 7 odst. 1 ZOHS do budoucna zakazuje;
- VI. žalobkyni b) se ukládá úhrnný trest, a to pokuta ve výši 35 569 000 Kč;
- VII. žalobkyni a) se ukládá úhrnný trest, a to pokuta ve výši 27 763 000 Kč;
- VIII. každé z žalobkyň se ukládá povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 2500 Kč;
- IX. ve správním řízení nebylo prokázáno porušení § 3 odst. 1 ZOHS jednáním žalobkyň ve shodě nebo uzavřením dohody týkající se výběrového řízení k veřejným zakázkám „*Interní pavilon v Nemocnici Nové Město na Moravě – dodávka zdravotnické technologie 3. a 4. etapá*“ a „*Dodávka vybavení operačních sálů KKC FNKV;*“

- X. ve správním řízení nebylo prokázáno porušení § 3 odst. 1 ZOHS jednáním žalobkyně b) a společnosti Hypokramed s. r. o. ve shodě nebo uzavřením dohody týkající se výběrového řízení k veřejné zakázce „*Nemocnice Rudolfa a Stefanie Benešov – vybavení operačních sálů a technologické části stavby nové transfúzně-hematologické stanice.*“
2. Proti rozhodnutí správního orgánu I. stupně podaly obě žalobkyně rozklad. Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v záhlaví uvedeným rozhodnutím:
- I. potvrdil výroky I. III., IV. a VIII. rozhodnutí správního orgánu I. stupně a v tomto rozsahu podané rozklady zamítl;
  - II. zrušil výroky II. a V. rozhodnutí správního orgánu I. stupně a v této části řízení zastavil;
  - III. změnil výrok VI. rozhodnutí správního orgánu I. stupně a pokutu uloženou žalobkyni b) stanovil ve výši 33 197 000 Kč;
  - IV. změnil výrok VII. rozhodnutí správního orgánu I. stupně a pokutu uloženou žalobkyni a) stanovil ve výši 10 900 000 Kč.

## II. Shrnutí obsahu žalob

3. Žalobkyně podaly proti rozhodnutí předsedy žalovaného samostatné žaloby. Jejich obsah soud pro větší přehlednost rozsudku shrnuje do čtyř okruhů: 1) námitky procesní (neurčitě vymezený předmět řízení, nezákonnost místního šetření, nepřezkoumatelnost), 2) podjatost předsedy žalovaného, 3) nedostatečně zjištěný skutkový stav, 4) námitky proti výši pokuty.

### II. A) Žaloba PURO-KLIMA

4. Žalobkyně a) napadla podanou žalobou výroky I. a IV. rozhodnutí předsedy žalovaného. Navrhla, aby soud přiznal žalobě odkladný účinek.

#### *II. A. 1) Námitky procesní*

5. Napadené rozhodnutí je podle žalobkyně a) nepřezkoumatelné z následujících důvodů: předseda žalovaného se nevypořádal s tvrzením žalobkyně, že se žalovaný snažil nezákonnost výše pokuty odůvodnit použitím zásady rychlosti procesu. Dále žalovaný nedostatečně odůvodnil zamítnutí návrhů žalobkyně na doplnění dokazování a nevypořádal se rovněž náležitě s namítanou podjatostí předsedy žalovaného.
6. Ve správním řízení byly použity důkazy, které žalovaný získal nezákonným způsobem; neměly by proto být využity pro zjištění skutkového stavu. Konkrétně jde o důkazy získané při šetření na místě v obchodních prostorách žalobkyně a). Předseda žalovaného se v podaném rozkladu nedostatečně vyjádřil k námitce, že místní šetření bylo v rozporu se závěry rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ze dne 2. 10. 2014 ve věci *Delta pekárny*. V rozhodnutí o rozkladu žalovaný uvedl, že před místním šetřením prováděl vlastní analýzy fungování relevantního trhu a obdržel podnět od MUDr. Aleny Dernerové. Nevěnoval se však tomu, zda šetření na místě bylo v souladu se zásadou proporcionality. Nezákonně získané důkazy jsou absolutně neúčinné a v řízení nepoužitelné (např. nález Ústavního soudu ze dne 14. 7. 2010, sp. zn. IV. ÚS 1235/09).

#### *II. A. 2) Námitky ohledně podjatosti předsedy žalovaného*

7. Porušení ustanovení o řízení před správním orgánem spatřuje žalobkyně a) rovněž v podjatosti předsedy žalovaného. Na základě mediálního vyjádření předsedy v reportáži České televize odvysílané dne 19. 1. 2015 lze dovodit účast předsedy na rozhodování správního orgánu I. stupně. Byly porušeny vztahy nadřízenosti a podřízenosti. Mediální prohlášení učinil předseda žalovaného v době, kdy ještě o věci nebylo pravomocně

rozhodnuto. Nemohl tedy dojít k závěru, že žalobkyně a) a b) jednaly ve shodě a z tohoto důvodu byly schopny „v celku slušně předražit“ veřejné zakázky. Je evidentní, že předseda žalovaného si v době mediálního vyjádření, tj. dříve, než rozhodoval o rozkladu, již na věc učinil svůj vlastní názor. To vzbuzuje pochybnosti o jeho nepodjatosti.

8. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí zkoumal uzavření kartelových dohod ohledně veřejných zakázek. Jen v bodě 402 svého obsáhlého rozhodnutí uvedl, že účastníci řízení nejen ovlivnili výsledek veřejných zakázek, ale současně byli schopni ovlivnit i výši ceny zakázky v neprospěch zadavatele; tím došlo k předražení zakázek. Uvedené tvrzení žalovaný ve svém rozhodnutí nijak neprokazuje, zůstává tedy čistou spekulací. Svým mediálním vyjádřením předseda žalovaného neinformoval o obsahu rozhodnutí I. stupně, ale vybral si zcela zanedbatelnou část odůvodnění a svým vystoupením posílil negativní dopady nezákonného rozhodnutí na žalobkyni a).
9. Obsah mediálního vyjádření u běžného diváka mohl vyvolat dojem, že žalobkyně předražují své zakázky a působí újmu nemocnicím. Předseda žalovaného překročil obvyklý rámec, jakým se běžně prezentuje činnost úřadu nebo jakým je informována veřejnost o vydaných rozhodnutích. Nešlo o korektní, srozumitelný a objektivní způsob sdělení informace o probíhajícím řízení (jako např. v tiskové zprávě ze dne 9. 1. 2015); tím byla porušena procesní práva účastníků řízení ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010.
10. Podjatost předsedy žalovaného vedla k nesprávnému rozhodnutí ve věci. Dvoustupňový systém rozhodování byl zbaven svého účelu a stal se pouze formalizovanou hrou, při které došlo k mechanickému potvrzení rozhodnutí správního orgánu I. stupně. Uvedená vada vyplývá na povrch zejména při přezkumu výše uložené pokuty. Předseda bagatelizoval, že žalovaný nevycházel při stanovení pokuty z posledního ukončeného účetního období, naopak zdůraznil účelový postup žalobkyně a); nezohlednil rovněž námitku, že rozkladová komise nevycházela z aktuálních hospodářských výsledků.

### *II. A. 3) Námitky ohledně nedostatečně zjištěného skutkového stavu*

11. Žalovaný nedostatečně zohlednil způsob, jakým funguje hospodářská soutěž na trhu dodávek zdravotnické přístrojové techniky na území České republiky. Jeho obecná znalost je nutná pro hodnocení chování jednotlivých soutěžitelů. Soutěžitelé působící na relevantním trhu se vzájemně dobře znají a mají mezi sebou dlouhodobé vztahy. Jsou konkurenty, ale za určitých okolností musí být schopni spolupracovat, neboť jinak by nebylo možné uspokojovat různorodé potřeby zdravotnických zařízení. Na relevantním trhu je trendem vzájemná propojitelnost jednotlivých přístrojů. Zdravotnická zařízení při zadávání veřejných zakázek na tento trend reagují detailními požadavky na kompatibilitu zdravotnické techniky se stávajícím vybavením. Tento fakt je příčinou vysoké standardizace procesů spojených s výběrovým řízením na straně zadavatele a rovněž vysoké standardizace procesů spojených s účastí na takovém výběrovém řízení. Může se tedy stát, že nabídky jednotlivých uchazečů jsou v zásadě stejné.
12. Z popsaného důvodu vykazují nabídky podané ve veřejných zakázkách OSTRAVA a LIBEREC vyšší míru podobnosti. Shodnost je však nutným sekundárním důsledkem fungování zdravé hospodářské soutěže na relevantním trhu.
13. Žalobkyně a) je dále přesvědčena, že žalovaný měl provést důkazy, kterými žalobkyně chtěla dokazování ve správním řízení doplnit. Je přesvědčena, že ze sestaveného řetězce nepřímých důkazů lze vyvodit i jiný závěr, než jaký učinil žalovaný. To platí zejména u návrhu na doplnění dokazování kompletní zadávací dokumentací veřejné zakázky OSTRAVA. Žalovaný zamítnutí návrhů na dokazování odůvodnil nedostatečně; jedná se tak o opomenuté důkazy ve smyslu judikatury Ústavního soudu (zejména nález ze dne

8. 12. 2005, sp. zn. I. ÚS 792/2000). V případě správního trestání je nutné přistupovat restriktivně k oprávnění správního orgánu doplnit dokazování. Jestliže je možnost kvalitněji zjistit skutkový stav, nelze návrhy na doplnění dokazování zamítnout s poukazem na zásadu rychlosti a hospodárnosti řízení.

14. Konkrétně žalobkyně a) namítá, že žalovaný nereagoval na tvrzení společnosti SINOMED s. r. o., že nabídku k zakázce LIBEREC zpracovávala samostatně. Nelze souhlasit se závěry žalovaného, že žalobkyně v dané zakázce využila společnost SINOMED jako formálního dodavatele, nicméně skutečným dodavatelem byla ona. Ze skutečnosti, že subdodavatelská smlouva mezi žalobkyní a) a SINOMED neobsahovala nezbytné vymezení rozsahu plnění, žalovaný dovodil, že byl porušen § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, plnil-li subdodavatel celou zakázku. Podle žalobkyně a) citované ustanovení hovoří o prokázání splnění určité části kvalifikace; nestanoví, jakou část veřejné zakázky může subdodavatel plnit. Společnost SINOMED přitom splnila minimálně profesní kvalifikační předpoklady. Ani definice subdodavatele uvedená v § 17 písm. i) zákona o veřejných zakázkách nespécifikuje, jakou část veřejné zakázky může dodavatel realizovat prostřednictvím subdodavatele. Neobstojí proto závěr žalovaného, že skutečným dodavatelem veřejné zakázky byla žalobkyně a), nikoliv společnost SINOMED. Nemohlo tedy dojít k uzavření tvrzené kartelové dohody mezi žalobkyněmi.

#### *II. A. 4) Námitky proti výši pokuty*

15. Žalovaný při ukládání pokuty postupoval podle žalobkyně a) nepřijatelným způsobem, neboť nezohlednil čistý obrat za poslední ukončené účetní období. Žalovaný se o změně účetního období dozvěděl s dostatečným předstihem. Zhoršující hospodářská situace žalobkyně a) měla být ve výši pokuty zohledněna. Ačkoliv předseda žalovaného při snížení pokuty správně vycházel z posledního ukončeného účetního období (hospodářského roku 2014), uložil pokutu v rozporu s § 22a odst. 1 písm. b) a odst. 2 ZOHS. Při stanovení pokuty vycházel žalovaný z hrubého, nikoliv čistého obratu soutěžitele PURO-KLIMA. Žalovaný žalobkyni a), na rozdíl od žalobkyně b), nevyzval k doložení čistého obratu za rok 2014. Tato vada představuje porušení rovnosti účastníků řízení.
16. Žalobkyně a) je přesvědčena o likvidačním charakteru uložené pokuty. Ve smyslu nálezu Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02, se podnikatelská činnost žalobkyně stává bezúčelnou, tj. směřující pouze k úhradě uložené pokuty po značné časové období.

#### *II. A. 5) Závěrečný návrh*

17. Žalobkyně a) proto navrhla, aby soud zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného, věc mu vrátil k dalšímu řízení a přiznal žalobkyni náhradu nákladů řízení.
18. Přípisem ze dne 6. 4. 2016 žalobkyně a) na výzvu soudu sdělila, že navrhuje projednat věc v rámci nařízeného ústního jednání.

### **II. B) Žaloba HOSPIMED**

19. Žalobkyně b) napadla podanou žalobou výroky I. a III. rozhodnutí předsedy žalovaného. Navrhla, aby soud přiznal žalobě odkladný účinek.

#### *II. B. 1) Námitky procesní*

20. Podle žalobkyně b) zahájil žalovaný správní řízení nezákonně, neboť neměl žádné konkrétní indicie o tom, že by účastníci řízení spáchali jakýkoliv správní delikt. Žalovaný zjistil, že žalobkyně byly nejúspěšnějšími společnostmi v oblasti dodávek zdravotnické přístrojové techniky, že na některé zakázky byla podána jen jedna nabídka a že u některých nemocnic se jim podařilo uspět opakovaně. Tyto skutečnosti však nespécifují o existenci konkrétního podezření. Z analýzy žalovaného nevyplývá indicie o tom, že byl spáchán správní delikt.

Žalovaný pojal obecné bezbřehé podezření a začal vyšetřovat všechny zakázky na dodávky zdravotnické přístrojové techniky od roku 2009 dále. Věcné a časové vymezení předmětu správního řízení nespĺňuje požadavky dovozené usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 34/2006-73. Správní řízení tak bylo vedeno nezákonně.

21. S nezákonně vymezeným předmětem správního řízení souvisí i bezbřehé prověřování účastníků při místním šetření dne 26. 7. 2011. S poukazem na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Delta pekárny* je žalobkyně b) přesvědčena, že došlo k porušení čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv. V důsledku nezákonného místního šetření jsou nepoužitelné všechny dokumenty, které žalovaný při místním šetření získal, např. dokument J 14 a záznamy z diáře Ing. Martina Jireše. K nezákonně získaným důkazům žalobkyně b) odkázala na judikaturu Ústavního soudu (např. nález sp. zn. IV. ÚS 1235/09 nebo sp. zn. II. ÚS 502/2000).

### *II. B. 2) Námitky ohledně podjatosti předsedy žalovaného*

22. Dále žalobkyně b) poukázala na skutečnost, že předseda žalovaného byl při rozhodování věci zcela jednoznačně podjatý, což vyplynulo z jeho vyjádření v rámci publicistického pořadu Reportéři ČT dne 19. 1. 2015. Předseda nepřipustným způsobem předjímal rozhodnutí o rozkladu, nadto způsobem, který svědčí o tom, že žalobkyně měly být potrestány za něco, co ze správního spisu vůbec nevyplývalo. Žalobkyně pochybuje, že k rozhodování bylo přístupováno s nezaujatým přístupem. V intencích nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 30/09 je krajský soud povinen se námitkou podjatosti předsedy zabývat, bez ohledu na znění § 14 odst. 6 správního řádu.

### *II. B. 3) Námitky ohledně nedostatečně zjištěného skutkového stavu*

23. Žalobkyně b) je přesvědčena, že žalovaný dostatečně neprokázal závěr, že žalobkyně koordinovaly svůj postup při zadávání veřejných zakázek OSTRAVA a LIBEREC. Skutkový stav nebyl ve správním řízení zjištěn dostatečně.
24. Konkrétně k zakázce OSTRAVA žalobkyně b) uvádí, že žalovaný prokázal jen kontakt týkající se uskutečnění subdodávky společností medisap s. r. o. (v předmětné době součást hospodářské jednotky soutěžitele Hospimed) ve prospěch žalobkyně a). Kontakt žalobkyně a) s žalobkyní b) však prokázán nebyl. Podobnost nabídek obou žalobkyň je dána společným subdodavatelem a rovněž tím, že požadavky zadavatele byly natolik konkrétní, že v převážné většině případů neumožňovaly nabízet jiné přístroje. Velkou roli sehrála i limitace položek maximální cenou.
25. Žalobkyně b) původně neuvažovala, že se bude zakázky OSTRAVA účastnit. Poté, co od dceřiné společnosti medisap zjistila, že se žalobkyně a) chystá zadavateli nabídnout zařízení, které nespĺňuje zadávací podmínky, rozhodla se nabídku podat. Byla přesvědčena, že žalobkyně a) bude ze zadávacího řízení vyloučena. Žalovaný vůbec neproověřil tato tvrzení a nezjišťoval, zda přístroj OEC 9900 Elite splňoval technické požadavky zadavatele. K tomu žalobkyně přiložila znalecký posudek Ing. Gustava Sotoláře, z něhož plyne, že přístroj nabídnutý žalobkyní a) nespĺňoval základní požadavky zadávací dokumentace. Úvahy žalovaného, že žalobkyně b) podala jen „krycí“ nabídku, jsou nepodložené a iracionální. Žalobkyně hledala náhradní rentgenový přístroj (místo nevhodného přístroje Elite) a následně jej nabízela, což dokládá, že se snažila zakázku získat.
26. Koordinace nabídek mezi žalobkyněmi nebyla žalovaným prokázána ani nepřímými důkazy. Závěry o porušení § 3 odst. 1 ZOHS ve formě *bid riggingu* s prvky dohody o cenách tak nemůže obstát. Žalobkyně b) se prostřednictvím medisap mohla dostat pouze k rozpracované nabídce žalobkyně a). Sama žalobkyně a) nikdy neměla k dispozici nabídku žalobkyně b), nemohla tak mít povědomí o jejím obsahu. Zcela tak absentuje prvek vědomosti na straně žalobkyně b) a vzájemnosti výměny informací mezi žalobkyněmi.

Důkazy, které měl žalovaný k dispozici, svědčí nanejvýš o výměně informací, která není výměnou protisoutěžní.

27. Co se týče deliktního jednání ve vztahu k zakázce LIBEREC, závěry žalovaného jsou vnitřně rozporné. Sladřování nabídky se měla dopustit zcela odlišná společnost než ta, která nabídku podávala. Tvzení o údajném vzájemném krytí je nesrozumitelné, neodůvodněné a iracionální. Právní konstrukce žalovaného, který konstatoval spáchání deliktu žalobkyněmi, nikoliv společností SINOMED a žalobkyní b), které byly jedinými uchazeči o veřejnou zakázku, je v rozporu s § 3 odst. 1 ZOHS i s vymezením skutku popsaného ve výroku rozhodnutí. Bez zapojení SINOMED do údajné zakázané dohody by žádná dohoda o koordinaci nabídek v zadávacím řízení nemohla být uzavřena. Primárním účastníkem zakázané dohody by musela být SINOMED, aby mohla pro žalobkyni a) nabídku ovlivňovat. To ovšem žalovaný neprokázal, ani to ve svém rozhodnutí netvrdí. V rozhodné době žalobkyně a) netvořila se SINOMED jednoho soutěžitele. Žalovaný neprokázal existenci ujednání, které by žalobkyni a) umožňovalo vykonávat vliv na obchodní vedení SINOMED nebo na předmětnou nabídku; jednání SINOMED tak nelze žalobkyni a) přičítat. Žalobkyně b) navíc neměla ponětí, že žalobkyně a) nabídla subdodávku také společnosti SINOMED.
28. Závěr o sladřování nabídek žalovaný založil na podobnosti podaných nabídek a podložil jej zápisy v diáři Ing. Martina Jireše. Podobnost nabídek je dána skutečností, že požadavky zadavatele naplňovaly jen přístroje určitých značek. Žalobkyně b) neměla jinou možnost, jak dané přístroje získat než poptat je u žalobkyně a); její nabídka je tak odrazem nabídky žalobkyně a). Totéž odpovídá i popisu nabízených přístrojů a jejich technické specifikaci. O cenách nabízených společností SINOMED neměla žalobkyně b) ponětí. Nabízené ceny se blížily maximální hranici, neboť žalobkyně a) jako subdodavatel svým odběratelům velký prostor pro marži nenechávala. Žalobkyni b) není známo, co si Ing. Jireš zapisoval do diáře a za jakým účelem. Z odlišného pojmenování schůzek „Liberec“ a „Rehak“ však je zřejmé, že musely mít různý význam. Žalobkyně b) se žalobkyní a) byla ohledně předmětné zakázky v kontaktu jen proto, že ji žádala o nabídku na subdodávku. Žalovaný porušil zásadu *in dubio pro reo*, neboť při absenci důkazů, že docházelo ke koordinaci nabídek, zvolil variantu pro účastníky řízení méně příznivou a uzavřel, že k porušení § 3 odst. 1 ZOHS došlo. Iracionální jsou rovněž závěry žalovaného o vzájemném krytí. Ze správního rozhodnutí I. ani II. stupně není patrné, zda měla žalobkyně b) krytí SINOMED nebo žalobkyní a), případně obě. Sladřování nabídek navíc nedávalo žádný ekonomický význam. Žalobkyně a) byla jediným subjektem, kterému se podařilo nabídku Siemens na dodání přístrojů získat. Plnila by subdodávku v případě vítězství SINOMED i žalobkyně b) ve veřejné zakázce.

#### II. B. 4) Námitky proti výši pokuty

29. Žalobkyně b) zdůraznila, že se vytýkaných deliktů nedopustila. I kdyby tomu tak bylo, byla by uložena pokuta v rozporu se Zásadami pro ukládání pokut, jakož i v rozporu se zásadou individualizace trestu zakotvenou v § 22b odst. 2 ZOHS. Výše pokuty je nepřiměřená správním deliktům, době jejich trvání a dopadům na trh.
30. Rozpor se Zásadami pro ukládání pokut spočívá podle žalobkyně b) v tom, že žalovaný zcela nesprávně vymezil produktový relevantní trh. Žalovaný připustil existenci podrobnějšího členění relevantního trhu; pro účely právního posouzení deliktního jednání vycházel z trhu zdravotnické přístrojové techniky na území České republiky. Nevzal však v potaz, že správné vymezení relevantního trhu je zásadní i pro stanovení obratu, z něhož se počítá výše pokuty. Žalovaný nerespektoval Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03) a trh vymezil zcela nezákonně a svévolně, bez opory v provedeném dokazování. Podle žalobkyně by relevantní trh měl sestávat jen z těch konkrétních zařízení, která v daném případě objednatel poptával (viz např. rozhodnutí

Komise sp. zn. COMP/M.2861). Obrat žalobkyně b), který vzal žalovaný v úvahu při výpočtu pokuty, byl mnohonásobně větší.

31. Porušen byl i princip individualizace správního trestání. Žalovaný nesprávně zohlednil závažnost protisoutěžního jednání a jeho údajný dopad na hospodářskou soutěž na relevantním trhu. U žádného ze správních deliktů nebylo prokázáno naplnění znaků skutkové podstaty dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS. V případě zakázky OSTRAVA žalobkyně b) maximálně získala přístup k rozpracované nabídce žalobkyně a). Pokud by dané jednání mělo být protisoutěžní, jednalo by se o delikty spočívající ve výměně informací, které lze pokutovat sazbou maximálně ve výši 1 % hodnoty prodeje. Žalovaný mechanicky rozděluje delikty na velmi závažné, závažné a méně závažné. Uvedené rozdělení nemůže za každé situace odrážet specifika konkrétního skutku. Zásada individualizace sankce přitom vyžaduje, aby se posuzoval konkrétní delikt, nikoliv jeho typové zařazení. Pokud se jednalo o dvě izolované veřejné zakázky, které trvaly 20, resp. 3 dny, nelze je řadit do nejzávažnější kategorie deliktního jednání.
32. Žalovaný rovněž nesprávně zohlednil dobu trvání deliktu. Zásady pro ukládání pokut rozlišují protisoutěžní jednání krátkodobá (0 až 1 rok), střednědobá a dlouhodobá. Podřazení jednání pod krátkodobé bez dalšího zohlednění, že trvalo jen 20 dnů (resp. 3 dny), porušuje individualizaci trestu a přiměřenost uložené pokuty. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu musí být při určování výše pokuty primární intenzita skutkových okolností, nikoliv skutková podstata deliktu (např. rozsudky sp. zn. 7 As 71/2010 a sp. zn. 4 As 37/2007). Rovněž skutečnost, že nebyl prokázán dopad protiprávního jednání na hospodářskou soutěž, měla vést žalovaného ke snížení uložené pokuty.
33. Další pochybení žalovaného spatřuje žalobkyně b) v neoprávněném započítávání přitěžujících okolností. Pokuta byla zvýšena o 20 % s ohledem na úmyslné spáchání deliktu. Žalovaný se však psychickým stavem účastníků řízení k sankcionovanému jednání a jeho následku nezabýval. Závěr, že žalobkyně jednaly úmyslně, je tak nepodložený. Nepřípustné je rovněž zvýšení pokuty o dalších 20 % s ohledem na vícečinný souběh skutků. Aplikoval-li žalovaný za dvacetidenní delikt koeficient 1 % (krátkodobé jednání), je v tomto koeficientu nutně zohledněn i další skutek trvající tři dny.
34. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí rovněž nezohlednil aktuální majetkovou a hospodářskou situaci žalobkyně b). Od roku 2010 došlo k zásadnímu poklesu dodávek zdravotnické přístrojové techniky. Navíc před vydáním rozhodnutí o rozkladu došlo k převodu společností medisap a Hoyer Praha s. r. o. na společnost Artesian Medical a. s. Snížení obratu skupiny žalovaný v rozkladovém rozhodnutí nezohlednil. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu se však majetkové poměry hodnotí ke dni rozhodování o správním deliktu (viz usnesení rozšířeného senátu č. j. 1 As 9/2008-133 nebo č. j. 7 Afs 57/2011). Uložená pokuta tak je pro žalobkyni b) likvidační a nepřiměřená majetkovým poměrům.

## *II. B. 5) Závěrečný návrh*

35. Žalobkyně b) s ohledem na výše uvedené navrhla, aby soud zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i jemu předcházející rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 12. 2014 a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Pokud by pro uvedený postup soud neshledal důvody, žalobkyně b) navrhla, aby soud od pokuty upustil, popřípadě aby ji přiměřeně snížil, a přiznal jí náhradu nákladů řízení.
36. Přípisem ze dne 1. 4. 2016 žalobkyně b) na výzvu soudu sdělila, že navrhuje projednat věc v rámci nařízeného ústního jednání.



### III. Vyjádření žalovaného

37. Žalovaný setrval na závěrech vyslovených v napadeném rozhodnutí

#### III. 1) Námitky procesní

38. Podle žalovaného nelze důkazy získané při místním šetření považovat za nezákonné ve smyslu rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Delta pekárny*. Před provedením šetření žalovaný disponoval skutečnostmi, které zakládaly důvodné podezření o fungování soutěže na relevantním trhu, a rovněž podezřením, že se na tomto zkreslení podílí žalobkyně. Pro vyšetření *bid riggingu* hraje významnou roli faktor překvapení. Vyžadováním informací podle § 21e ZOHS se moment překvapení ruší a je dán prostor pro zničení důkazního materiálu.
39. Podklady a podezření, které měl žalovaný k dispozici před zahájením místního šetření, jsou součástí správního spisu. Vycházel z obecných informací o manipulaci v oblasti veřejných zakázek zachycených v médiích, z vlastní analýzy jednotlivých zakázek v oboru, z podnětu senátorky MUDr. Aleny Dernerové, který doplňuje auditem KPMG ohledně efektivity zadávacích řízení ve zdravotnictví. Na základě těchto indicií pojal žalovaný podezření, že v daném odvětví získává zakázky jen několik málo dodavatelů a že ceny jsou v řadě případů vyšší než obvyklé. Vzhledem k tomu, že další informace mohly být v držení žalobkyň, provedl u nich žalovaný šetření na místě. Shromážděné podklady se týkaly výlučně zadávacích řízení na dodávky zdravotnické přístrojové techniky od roku 2009 do roku 2011.
40. Žalovaný nesouhlasí s tím, že by správní řízení bylo vymezeno příliš široce a neurčitě. Odkázal na judikaturu (např. rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 10/97) i literaturu, z níž vyplývá, že vymezení předmětu řízení musí být reálné, protože hlavní část správního řízení, při níž dochází ke shromažďování důkazů a jejich hodnocení, teprve nastane. Totéž potvrzuje i praxe Komise a Soudního dvora. Žalovaný při zahájení správního řízení specifikoval, že jde o jednání ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních na dodávky zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení v rámci zadávacích řízení vypsanych veřejnými zadavateli v České republice od roku 2009. Uvedené jednání subsumoval pod skutkovou podstatu správního deliktu.
41. Žalovaný dodal, že žalobkyně se v den provedení šetření na místě staly účastníky řízení. Místní šetření přitom lze podle § 21f ZOHS provádět i u jiných osob než účastníků správního řízení. Standard, který je požadován pro specifikaci předmětu správního řízení a účelu místního šetření, byl dodržen.

#### III. 2) Námitky ohledně podjatosti předsedy žalovaného

42. Žalovaný popírá, že by předseda Úřadu byl podjatý při rozhodování o rozkladu. Výroky, které pronesl v reportáži České televize, představovaly mediální prezentaci činnosti žalovaného. Předseda tlumočil závěry správního orgánu I. stupně, aniž by je zároveň hodnotil a přezkoumával. V reportáži byla zmíněna část rozhodnutí správního orgánu I. stupně, která v rámci řízení o rozkladu neměla klíčové postavení. Ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 uvedená mediální prezentace prvostupňového rozhodnutí nemohla způsobit podjatost předsedy žalovaného.
43. Podjatost nemohla způsobit ani skutečnost, že se předseda údajně nevypořádal s námitkou nezákonnosti stanovení pokuty žalobkyni a) rozhodnutím správního orgánu I. stupně. Výše pokuty byla předsedou v rozhodnutí o rozkladu změněna; o podjatosti předsedy tato skutečnost rozhodně svědčit nemůže.

### III. 3) Námitky ohledně nedostatečně zjištěného skutkového stavu

44. Žalovaný nesouhlasí s námitkami žalobkyně a), že nebyl zohledněn charakter relevantního trhu. Jeho povaha nemohla rozumně vysvětlit podobnosti zjištěné u obou nabídek (konkrétně podobnost cen, shodné grafické chyby v nabídkách, shodnost specifikací přístrojů, finální uspořádání souborů obsažených na CD aj.).
45. Co se týče neprovedení důkazů navrhaných žalobkyní a), žalovaný v bodech 122 a násl. napadeného rozhodnutí vysvětlil, proč dané důkazy neprovedl. Nejedná se tak o důkazy opominuté, ale pro věc nadbytečné.
46. Žalovaný odmítá tvrzení žalobkyně b), že důkazy provedené ve správním řízení nedokládají jednání žalobkyň ve shodě. Ve vztahu k zakázce OSTRAVA důkazy vytváří ucelený řetězec důkazů (zejm. body 34 -58 prvostupňového rozhodnutí), který vede k jedinému závěru, že mezi žalobkyněmi existovala vzájemná shoda na podání a obsahu nabídek podaných do zadávacího řízení. Nabídka žalobkyně b), v níž se nabídková cena liší od maximálních cen pouze o 142 Kč (při zakázce v hodnotě 78 milionů Kč), nepředstavuje konkurenční nabídku a postrádá jakékoli znaky soutěže. Jediným možným vysvětlením pro vynakládání zdrojů na podání takové nabídky je právě podání krycí nabídky ve prospěch žalobkyně a).
47. K zakázce LIBEREC a k namítanému porušení § 51 ZVZ žalovaný uvedl, že podstata strategie žalobkyň spočívala ve využití SINOMED jako formálního uchazeče o veřejnou zakázku, přičemž ustanovení § 51 ZVZ bylo využito ke zkreslení soutěžních podmínek. Smyslem daného ustanovení je zamezit zkreslování konkurence tím, že jeden uchazeč bude mít jako subdodavatel přístup k nabídce uchazeče jiného. Jednání žalobkyň šlo proti celému smyslu a účelu dané úpravy a redukovalo prvek nejistoty v soutěži o veřejnou zakázku. V daném případě tedy fakticky podala nabídku nikoliv SINOMED, ale žalobkyně a), a krycí nabídku žalobkyně b). Žalobkyně a) využitím § 51 odst. 4 ZVZ záměrně vytvořila podmínky pro sladění své nabídky (resp. nabídky SINOMED) s nabídkou žalobkyně b).
48. K namítanému postupu v rozporu se zásadou *in dubio pro reo* žalovaný konstatoval, že ze zjištěného skutkového stavu nebylo možné vyvodit dvě stejně věrohodné interpretace. Vysvětlení podobnosti nabídek, s nimiž přicházejí žalobkyně, neobstojí. Odporuje jednak ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ a rovněž vysledovanému vzorci stanovování cen či podobnosti dalších částí nabídek.

### III. 4) Námitky proti výši pokuty

49. K pokutě uložené žalobkyni a) žalovaný poznamenal, že nedostatek spočívající v tom, že při výpočtu pokuty správní orgán I. stupně nezohlednil poslední ukončené účetní období, byl napraven v řízení o rozkladu. Správní řízení tvoří jeden celek, ve výsledku tedy k nezákonnosti nedochází. Co se týče namítané likvidačnosti, uložená pokuta představuje citelný, nikoliv likvidační zásah do majetkové sféry žalobkyně a). Žalovaný při stanovení pokuty zohlednil nízkou zadluženost, poměrně vysokou schopnost finančního krytí vlastními zdroji a výši nerozděleného zisku. Dospěl k závěru, že žalobkyně a) je schopna z utvořených rezerv pokutu uhradit.
50. Dále žalobkyně a) nabízela jiný výklad pojmu čistý obrat, než jaký zastával žalovaný. K tomu žalovaný poznamenal, že výklad žalobkyně vychází z § 14 odst. 1 ZOHS a je použitelný jen v řízení o posuzování spojení. Žalovaný vycházel při výpočtu pokuty z čistého obratu definovaného zákonem o účetnictví, což odpovídá judikatuře národních i evropských soudů (rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 204/2014 nebo rozsudek Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-248/98). Pro výpočet obratu žalovaný využil finální účetní doklady za hospodářský rok 1. 1. 2014 – 30. 11. 2014, které žalobkyně a) předložila v březnu 2015. Vzhledem k tomu, že tyto doklady měl k dispozici, nebylo nutné žalobkyni a) k jejich předložení vyzývat, jak tomu žalovaný učinil u žalobkyně b).

51. Ve vztahu k pokutě uložené žalobkyni b) žalovaný poznamenal, že vymezení relevantního trhu (body 172 – 187 prvostupňového rozhodnutí) v projednávané věci odpovídá potřebám a povaze posuzovaného deliktního jednání. Žalobkyní namítaná nutnost podrobnějšího členění relevantního trhu se týká posuzování spojení soutěžitelů, nikoliv dohod narušujících soutěž. Povaha plnění poptávaného v zakázkách OSTRAVA a LIBEREC zahrnovala různé druhy zdravotnických přístrojů. Na jedné straně trhu vystupovala zdravotnická zařízení a na straně druhé žalobkyně, které se zabývaly dodávkami různých přístrojů. Žalovaný do relevantního trhu nezahrnul domácí péči ani transport pacientů; trh byl vymezen jako trh se zdravotnickou přístrojovou technikou určenou primárně k vybavení nemocnic. K tomu žalovaný odkázal na judikaturu Tribunálu, z níž mimo jiné vyplývá, že při stanovení maximální výše pokuty je nutné vycházet z tržeb dosažených na relevantním trhu bez ohledu na to, zda byly v celé výši ovlivněny nezákonným jednáním (např. rozsudek ve věci T-211/08, *Putters International NV*).
52. Žalovaný nesouhlasí s tvrzením žalobkyně b), že by byl porušen princip individualizace trestu. Závažnost jednání je nutné hodnotit ve smyslu Zásad pro ukládání pokut jako velmi vysokou. *Bid rigging* představuje jedno z nejzávažnějších porušení pravidel hospodářské soutěže. Správně byl zohledněn i koeficient délky trvání. *Bid rigging* je jednáním krátkodobým, jehož dokonání je závislé na délce zadávacího řízení, většinou na délce lhůty k podání nabídek. Rovněž přičtení úmyslu jako přitěžující okolnosti bylo podle žalovaného oprávněné. Od 30. 9. 2005 je odpovědnost za porušení soutěžního práva dle § 22 odst. 2 ZOHS chápána jako odpovědnost objektivní. Z jednání žalobkyň a ze způsobu jeho provedení byl úmysl patrný, proto žalovaný za úmyslné jednání pokutu zvýšil.
53. Podle žalovaného není pokuta uložená žalobkyni b) likvidační. Žalovaný majetkovou situaci zjišťoval řádně na základě auditovaných účetních dokumentů. Z nich vyplynulo, že žalobkyně b) je stabilní solventní společností s nízkým podílem zadlužení, vykazující majetek ve výši 400 milionů Kč. Lze předpokládat, že žalobkyní zmiňovaný prodej společností, které byly součástí skupiny HOSPIMED, přinesl odpovídající protihodnotu ve finančních prostředcích.

### III. 5) Závěrečný návrh

54. Závěrem žalovaný shrnul, že všechny námítky žalobkyň považuje za nedůvodné. Postupoval v souladu se zákonem, řádně zjistil a vyhodnotil skutkový stav, pokuty uložil v souladu se Zásadami, zohlednil majetkovou situaci a své závěry řádným a přezkoumatelným způsobem odůvodnil. Navrhl, aby soud obě žaloby zamítl.

### IV. Shrnutí dalších vyjádření účastníků řízení

55. Přípisem ze dne 7. 8. 2017 se žalobkyně b) vyjádřila k nezákonnosti místního šetření a nepoužitelnosti získaných důkazů. Konstatovala, že žalovaný v okamžiku místního šetření nedisponoval konkrétním podezřením ohledně nezákonného jednání žalobkyň. Jak zahájení správního řízení, tak provedení místního šetření bylo v rozporu se zákonem. Odkázala na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2017, sp. zn. 30 Af 29/2016, jehož závěry o nedostatečnosti vymezení předmětu správního řízení a nezákonnosti místního šetření jsou použitelné i v projednávané věci. Důkazy získané při místních šetřeních, zejména dokument označený jako J 14 a elektronický diář Martina Jireše, jsou ve věci nepoužitelné.
56. Rovněž žalobkyně a) následně přípisem ze dne 14. 11. 2017 poukázala na citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 29/2016 a z něj vyplývající závěr o nezákonnosti místního šetření.
57. Žalovaný v duplice k vyjádření žalobkyně b) ze dne 14. 12. 2017 popsal odlišnosti řešeného případu od případu posuzovaného krajským soudem ve věci 30 Af 29/2016. Je přesvědčen,

že obsah původního podezření odpovídal předmětu a účelu zahájeného správního řízení i místního šetření. Navíc důkazy shromážděné ve správním spise i bez dokumentů získaných při místním šetření prokazují, že k porušení § 3 odst. 1 ZOHS došlo.

58. Na vyjádření žalovaného reagovala žalobkyně b) přípisem ze dne 21. 3. 2018. Zopakovala svoji argumentaci o nepřiměřeně širokém vymezení správního řízení a odkázala na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 3. 2018, č. j. 62 Af 92/2016-398, který se také zabýval zákonností místních šetření. Má za to, že napadené rozhodnutí je založeno na nezákonných, a tudíž nepoužitelných důkazech.

### V. Spojení věcí

59. Usnesením ze dne 1. 2. 2016, č. j. 29 Af 2/2016-184, soud v souladu s § 39 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s. ř. s.“), rozhodl o spojení samostatných žalob žalobkyň vedených pod spisovými značkami 29 Af 2/2016 a 29 Af 5/2016, směřujících proti těmto rozhodnutím předsedy žalovaného, ke společnému projednání.

### VI. Jednání

60. Při jednání konaném dne 27. 3. 2018 účastníci řízení setrvali na svých stanoviscích.
61. Soud při jednání provedl důkazy navržené žalobkyněmi, konkrétně Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut (dále též „Zásady“), tiskovou zprávu žalovaného *Společnosti Puro-Klima a Hospimed koordinovaly své nabídky v zakázkách na zdravotnické přístroje* ze dne 9. 1. 2015, článek *ÚOHS podezřívá společnost Hospimed a Puro-Klima z kartelu* ze dne 26. 7. 2012 zveřejněný na portále Medical Tribune CZ, záznam z pořadu Reportéři ČT ze dne 19. 1. 2015, znalecký posudek č. 014-01/16 Ing. Gustava Stoláře zabývající se posouzením, zda přístroj OES 9900 Elite disponující zesilovačem splňuje technické zadání požadující detektor.

### VII. Posouzení věci soudem

62. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí předsedy žalovaného v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1 soudního řádu správního v mezích uplatněných žalobních bodů. Ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (*ex officio*), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí.
63. Dospěl k závěru, že žaloby **nejsou důvodné**.
64. Soud se nejprve zabýval procesními námitkami žalobkyň, a to konkrétně námitkou nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy žalovaného, zákonností vymezení předmětu správního řízení a zákonností místních šetření [bod VII. 1) rozsudku]. Dále hodnotil námitku podjatosti předsedy žalovaného [bod VII. 2) rozsudku] a námitku nedostatečně zjištěného skutkového stavu [bod VII. 3) rozsudku]. Závěrem se zabýval námitkami ohledně nezákonnosti výše pokut [bod VII. 4) rozsudku].

#### VII. 1) Námitky procesní

- VII. 1. a) Námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy žalovaného
65. Nejprve se krajský soud zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, kterou žalobkyně a) spatřuje v nedostatečném vypořádání namítané nezákonnosti při stanovení výše pokuty, nevypořádáním se s návrhy na doplnění dokazování a namítanou podjatostí předsedy žalovaného.

66. Soud nejprve s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu shrnuje, že nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí pro nedostatek důvodů musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-76, publikované pod č. 1566/2008 Sb. NSS, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 – 44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS; všechna citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu dostupná na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)). Není přípustné institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztáhnout jej i na případy, kdy se správní orgán podstatou námítky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty vznesené námítky a dopustí se dílčího nedostatku odůvodnění.
67. Žalobkyně a) namítala nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v první řadě z důvodu, že se předseda nevyřadil s účelovostí stanovení pokuty za chybné účetní období odůvodňované zásadou rychlosti řízení. K tomu soud předesílá, že v tomto smyslu bylo žalobkyni a) v řízení o rozkladu vyhověno. Předseda žalovaného výši pokuty uložené žalobkyni a) výrokem IV. změnil a zohlednil poslední ukončené účetní období (viz bod 175 napadeného rozhodnutí). Jak žalovaný správně uvádí ve svém vyjádření k podaným žalobám, správní řízení je nutné chápat jako jeden celek (k tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 7. 2007, č. j. 3 As 51/2006-65). Byla-li vytýkaná vada v rozhodnutí o rozkladu napravena, pozbývá jakéhokoliv smyslu dále analyzovat, z jakého důvodu k vadě v řízení před správním orgánem prvního stupně došlo. K obecné námítce, že prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno 22. 12. 2014, se předseda žalovaného věnoval v bodě 85 napadeného rozhodnutí. Popsané skutečnosti tak nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy žalovaného nezakládají.
68. Návrhy žalobkyně a) na doplnění důkazů se předseda žalovaného zabýval zejména v bodě 86 rozhodnutí. Popsal, že správní orgán není povinen provádět všechny účastníky navrhované důkazy, ale jen ty, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Uzavřel, že „*neprovedení navrhovaných důkazů bylo v posuzovaném případě podepřeno legitimními důvody, proto tuto skutečnost nelze považovat za vadu či nezákonnost napadeného rozhodnutí.*“ Konkrétní důvody neprovedení navrhovaných důkazů předseda žalovaného popsal v bodě 122 rozhodnutí. Předseda žalovaného se tedy návrhy žalobkyně a) na doplnění dokazování detailně zabýval a své rozhodnutí v tomto smyslu řádně zdůvodnil; způsob vypořádání návrhů na doplnění dokazování tak je zcela zřejmý. Výtky žalobkyně a) jsou založeny spíše na nesouhlasu se způsobem, jakým bylo o návrzích důkazů rozhodnuto. Napadené rozhodnutí však z tohoto důvodu nepřezkoumatelné není.
69. Možné podjatosti se předseda věnoval v bodě 87 napadeného rozhodnutí. Uvedl, že výroky které zazněly v médiích, představovaly „*stručné informace o závěrech Úřadu obsažených v napadeném rozhodnutí a o průběhu samotného prvostupňového řízení.*“ Předseda Úřadu vystupoval „*z pozice osoby stojící v čele Úřadu, která informuje veřejnost o činnosti tohoto orgánu. (...) Na takové informaci není nic excesivního, co by mohlo zakládat důvodné pochybnosti o nestrannosti rozhodování v řízení o rozkladu.*“ Uzavřel, že „*[p]odávání informací o výsledcích činnosti Úřadu (...) nelze vnímat jako předjímání rozhodnutí o případném rozkladu.*“ Na základě výše uvedeného má soud za to, že předseda se námítkou podjatosti ve svém rozhodnutí dostatečně zabýval a vysvětlil svůj náhled na věc. Nelze tak přisvědčit žalobkyni a), že by rozhodnutí předsedy žalovaného bylo v této části nepřezkoumatelné.
70. Námítku nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů soud s ohledem na výše uvedené neshledal oprávněnou.

## VII. 1. b) Zákonnost vymezení předmětu správního řízení

71. Předmět správního řízení vymezil žalovaný v oznámení o zahájení řízení ze dne 25. 7. 2011, založeném na č. l. 74 a 130 správního spisu, takto: „*Možné porušení § 3 odst. 1 zákona spadá Úřad v jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních, a to zejména ve výběrových řízeních vyhlašováných veřejnými zadavateli v České republice na dodávky zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení v roce 2009 a v následujících letech. Toto jednání účastníků správního řízení bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž v oblasti dodávek zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení.*“ Účastníky správního řízení byly žalobkyně.
72. Judikatura správních soudů i doktrína vycházejí z toho, že v řízení o uložení sankce za správní delikt musí být již z oznámení o zahájení správního řízení zřejmé, který orgán oznámení činí, musí obsahovat vylíčení skutku, který je důvodem pro zahájení řízení, a důvod, proč je řízení zahajováno (např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 28. 1. 1996, sp. zn. 6 A 100/94, publikované pod č. 344/1998 Soudní judikatury, nebo obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 11. 2003, č. j. 5 A 73/2002-34). Popis skutku, musí být v oznámení o zahájení řízení vymezen tak, aby nemohl být zaměněn s jiným skutkem. Správní orgán je dále povinen uvést, jaký správní delikt v tomto skutku spadá (srov. VEDRAL, J. *Správní řád. Komentář*. Praha: Bova Polygon, 2012. s. 492).
73. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009-541, publikovaném pod č. 2119/2010 Sb. NSS, k požadavkům na vymezení předmětu správního řízení dále uvedl, že „[p]okud jde o samotnou povahu oznámení o zahájení správního řízení, je nutno vzít v potaz, že na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů. Nicméně předmět jakéhokoliv zahajovaného řízení (a pro oznámení o zahájení správně-trestního řízení to platí zvláště) musí být identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit“ (bod 54).
74. Postupné upřesňování předmětu zahájeného správního řízení není v principu vadou. Správní řízení slouží právě k učinění detailních skutkových zjištění. Není tedy důvodu vyžadovat, aby předmět řízení byl na počátku a na jeho konci vymezen naprosto shodně. Předmět řízení může být v průběhu řízení zužován i rozšiřován; v každé fázi řízení se však jeho účastníkovi musí dostat konkrétní informace o tom, co přesně je předmětem řízení, z čeho je účastník podezřelý a čeho se týkají procesní kroky orgánu, který řízení vede. Není možné řízení zahájit „naslepo“ bez konkrétních indicií ohledně podezření a v něm teprve hledat, pro jaké podezření může být účastník potrestán (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 3. 2018, č. j. 62 Af 92/2016-398).
75. Žalovaný v oznámení o zahájení řízení specifikoval, že předmětem jeho zájmu bude některá z forem koluzivního jednání, tedy porušení § 3 odst. 1 ZOHS. Specifikoval rovněž účastníky řízení, mezi nimiž mělo k zakázanému jednání dojít. Problematická se soudu jeví konkretizace samotného předmětu správního řízení. Pokud by žalovaný zůstal u „*koordinace účasti a nabídek ve výběrových řízeních*“, nemohl by soud takové vymezení předmětu řízení shledat jako dostatečné. Z dokumentů založených na č. l. 1 – 73 správního spisu, které žalovaný shromáždil před zahájením řízení, takto široké podezření nevyplývá. Podle soudu je však nutné zohlednit, že žalovaný svá podezření dále konkretizoval, a to „*zejména*“ na výběrová řízení vyhlašováná veřejnými zadavateli v České republice v oblasti dodávek zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení. Je tak zřejmé, že ve správním řízení hodlal prověřovat jednání, jehož se žalobkyně měly dopustit vůči nemocnicím a zdravotnickým zařízením v České republice při dodávkách zdravotnické přístrojové techniky. Časově pak hodlal prověřovat jednání od roku 2009, do okamžiku zahájení řízení, resp. provedení místních šetření.

76. Použití slova „zejména“ ve vymezení předmětu správního řízení není vhodné. Soud je však přesvědčen, že tato dílčí nepřesnost při vymezení předmětu řízení (resp. nadbytečnost zařazení slova „zejména“ do předmětu řízení) nezákonnost vymezení předmětu řízení bez dalšího nezpůsobuje (obdobně srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2017, č. j. 6 As 113/2017-83). Žalovaný měl před zahájením správního řízení shromážděny dostatečné podklady, které vyvolávaly důvodnou obavu o možném závažném porušení hospodářské soutěže. Žalobkyně byly po zahájení správního řízení seznámeny s tím, jaké jejich jednání je předmětem zkoumání žalovaného a jejich právo účinně se v řízení hájit nebylo porušeno. Skutky, za něž byly žalobkyně následně sankcionovány, z předmětu správního řízení vymezeného v oznámení o zahájení řízení dne 25. 7. 2011 nijak nevybočují.
77. Předmět správního řízení byl po shromáždění důkazů následně konkretizován upřesněním předmětu správního řízení ze dne 1. 10. 2013 (č. j. 8493 správního spisu) ve vztahu k žalobkyním na 5 výběrových řízení, mj. i na zakázky OSTRAVA a LIBEREC.
78. Poukaz žalobkyně b) na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006-73, publikované pod č. 1546/2008 Sb. NSS, je v dané věci nepřiléhavý. Požadavek rozšířeného senátu na náležité vymezení skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, se týkal formulace skutku ve výroku rozhodnutí o jiném správním deliktu. V souladu s rozsudkem č. j. 1 Afs 58/2009-541 nelze takto striktní požadavky vztáhnout již na oznámení o zahájení řízení.
79. Nelze se ztotožnit ani s názorem, že žalovaný neměl před zahájením řízení žádné indicie o možném narušení hospodářské soutěže žalobkyněmi. Před zahájením řízení shromáždil články z médií (č. l. 1 – 22 správního spisu), provedl vlastní analýzu o výběrových řízeních zadávaných veřejnými zadavateli na trhu se zdravotnickou přístrojovou technikou (č. l. 23 – 53 správního spisu), a obdržel podnět senátorky MUDr. Aleny Dermerové doplněný zprávou KPMG (č. l. 54 – 73). Na základě těchto dokumentů žalovaný pojal důvodné podezření o možném porušení hospodářské soutěže, proto zahájil správní řízení se žalobkyněmi.
80. Soud je přesvědčen, že ze způsobu, jakým bylo správní řízení zahájeno, nelze dovozovat nevědomost žalobkyň o předmětu řízení a z toho vyplývající újmu na možnosti se v řízení účinně hájit. Před zahájením správního řízení žalovaný disponoval konkrétními indiciemi, které nasvědčovaly podezření o možném porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže. Žalobkyním bylo zřejmé, o čem se bude řízení vést a v něm rozhodovat, byla jim též dána možnost se vyjádřit a uplatnit svá práva. Z reakcí žalobkyň na obdržené oznámení o zahájení správního řízení nijak nevyplývá, že by měly jakoukoli pochybnost o tom, jaký skutek je předmětem řízení.
81. Námitka nezákonnosti vymezení předmětu správního řízení tak není důvodná.
82. S námitkou nekonkrétně vymezeného zahájení správního řízení úzce souvisí námitka nezákonnosti místních šetření. Tou se soud zabýval v další části rozsudku.
- VII. 1. c) Zákonnost místních šetření
83. Žalobkyně odkazují na rozsudek ESLP ve věci *Delta pekárny* a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2017, č. j. 30 Af 29/2016-262, ve věci *M-SILNICE a další*, dovozují, že šetření na místě provedl žalovaný nezákonně.
84. Krajský soud v Brně ve zmiňovaném rozsudku zdůraznil, že zlomovou kauzou z hlediska posouzení, resp. soudního přezkumu šetření v obchodních prostorách právnických osob (i v případě těchto prostor se garantuje ochrana „obydlí“ před zásahy veřejné moci) je věc *Delta pekárny*. Z rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ze dne 2. 10. 2014 ve věci *Delta pekárny* proti České republice, stížnost č. 97/11, vyplývá závěr o neefektivní soudní kontrole přiměřenosti místního šetření provedeného bez přivolení soudu a o porušení čl. 8 Úmluvy, neboť „soudní kontrola ex post facto, tak jak byla provedena v projednávané věci, neposkytovala

*stěžovatelské společnosti dostatek záruk proti svévoli, a zásah do jejich práv tedy nelze považovat za striktně přiměřený sledovanému legitimnímu cíli“; viz bod 93 odůvodnění rozsudku, na jehož celý obsah pro stručnost krajský soud odkazuje s tím, že je z něho zcela zřejmé, že lze provést místní šetření = šetření na místě v obchodních prostorách (§ 21f ZOHS) i bez předchozího souhlasu soudu, jež je naopak vyžadován v případě šetření na místě v jiných než obchodních prostorách (§ 21g ZOHS). Nutnou podmínkou pro to, aby šetření na místě v obchodních prostorách bez předchozího přivolení soudu vůbec mohlo obstát je ovšem efektivní *ex post* kontrola ze strany soudu, která v případě kauzy *Delta pekářny* neproběhla, resp. proběhla v nedostatečné míře.*

85. Evropský soud pro lidská práva v rozsudku *Delta pekářny* uzavřel, že Česká republika porušila své závazky ve smyslu čl. 8 Úmluvy, na což pak navázal český Ústavní soud nálezem ze dne 9. 2. 2016, sp. zn. IV. ÚS 4397/12, následně Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 25. 2. 2016, č. j. 5 Afs 7/2011 – 799, a celá věc se vrátila zpět k dalšímu řízení před Krajským soudem v Brně.
86. Krajský soud v Brně poté znovu posoudil zákonnost místního šetření v rozsudku ze dne 14. 10. 2016, č. j. 62 Af 39/2016 – 115. Vycházel z parametrů nastavených samotným Evropským soudem pro lidská práva pro případ zásahu do soukromí, jímž místní šetření soutěžního orgánu nepochybně je. Soustředil se na tři základní otázky: 1. zákonnost zásahu, 2. legitimní cíl a 3. nezbytnost. K nim soud konstatoval: „[p]okud jde o první dvě otázky, tu evropský soud porušení přímo nedovodil, pokud jde však o otázku třetí, její posouzení se stalo základem závěru evropského soudu ohledně porušení uvedené úmluvy. Nezbytností se podle soudu rozumí zejména přiměřenost legitimnímu cíli (bod 82. rozsudku), přitom aby byla podmínka přiměřenosti splněna, musí být garantovány dostatečné záruky proti svévoli (zneužití pravomoci) vyšetřujícího orgánu. Podle evropského soudu neexistuje-li taková ochrana *ex ante*, je možné ji nahradit kontrolou *ex post facto*, jde-li o kontrolu účinnou (bod 83. rozsudku). Takovou kontrolou soud rozumí soudní přezkum ohledně vhodnosti, délky a rozsahu místního šetření (bod 91. rozsudku).“
87. Vzhledem k tomu, že místní šetření v nyní posuzované věci proběhla 26. 7. 2011, tedy před novelizací soudního řádu správního provedenou zákonem č. 303/2011 Sb., je nutné zákonnost místních šetření posuzovat uvnitř řízení o žalobách ve smyslu § 65 a násl. s. ř. s. pohledem zásahových žalob (tj. jakoby byly zásahové žaloby podány podle § 82 s. ř. s.) a dílčí závěr ohledně zákonnosti pak promítnout do rozsudku o žalobách proti rozhodnutím žalovaného (viz citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 39/2016-115).
88. Podle § 21f odst. 1 ZOHS jsou soutěžitelé povinni podrobit se šetření Úřadu na pozemcích a ve všech objektech, místnostech a dopravních prostředcích, které užívají při své činnosti v hospodářské soutěži (dále jen „obchodní prostory“). Z odstavce 5 citovaného ustanovení plyne, že před zahájením šetření sdělí Úřad soutěžiteli, v jehož obchodních prostorách má šetření na místě proběhnout, právní důvod a účel šetření a poučí ho o jeho právech a povinnostech podle tohoto zákona, včetně možnosti uložení pokuty.
89. Soud tedy hodnotil, zda v projednávané věci místní šetření provedená žalovaným vyhovují požadavkům zákonnosti, sledovala legitimní cíl a byla nezbytná, resp. přiměřená sledovanému cíli.
90. Zákonnou oporu pro provedení místního šetření lze dovodit ze znění § 21f ZOHS, který žalovanému umožňuje tato šetření provádět. Není rovněž sporu, že jimi žalovaný sledoval legitimní cíl, jímž je ochrana hospodářské soutěže. Sporné je však v daném případě naplnění podmínky nezbytnosti (přiměřenosti). Z hlediska přiměřenosti musí místní šetření vyhovět testu vhodnosti, délky a rozsahu.
91. Pokud jde o posouzení vhodnosti místního šetření (ve smyslu adekvátnosti využití tohoto procesního institutu vzhledem ke konkrétním skutkovým okolnostem, jaké byly dány na počátku místního šetření), soud zkoumal, zda žalovaný před zahájením příslušného místního



šetření disponoval konkrétními skutkovými zjištěními, jež jej vedla k zahájení správního řízení a k uskutečnění místních šetření. Aby místní šetření požadavku vhodnosti dostála, musel by mít žalovaný zřetelné, konkrétní a dostatečné vstupní indicie o tom, že hospodářská soutěž může být narušena protisoutěžním jednáním, i o tom, o jaké protisoutěžní jednání se může jednat, a to jak typově (tj. že se může jednat o jednání kartelové), tak věcně – obsahově. Je nutné hodnotit, zda žalovaný mohl vystavět věrohodnou a věcně relativně ohraničenou hypotézu ohledně podezření z protisoutěžního jednání žalobkyně, k jejímuž cílenému prověření mohla místní šetření směřovat a jejíž rámec nemohla přesáhnout.

92. Požadavek na dostatečně konkrétní vymezení předmětu a účelu místního šetření představuje základní požadavek nejen za účelem podat informaci o odůvodněnosti zamýšlené kontroly u vyšetřovaných soutěžitelů, ale rovněž umožňuje soutěžitelům uvědomit si rozsah povinnosti spolupráce při současném zachování práva na obhajobu (rozsudky Soudního dvora, C-94/00, *Roquette Frères*, bod 47, nebo C-37/13 P, *Nexans a Nexans Francie v. Komise*, bod 34, případně rozsudek ve spojených věcech C-97 až 99/87, *Dow Chemical Ibérica SA a další proti Komisi*, body 26 a 45; všechna citovaná rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie a Tribunálu dostupná na [www.curia.eu](http://www.curia.eu)). Šetření na místě podle § 21f ZOHS je obdobou šetření podle čl. 20 nařízení Komise č. 1/2003, aniž by existovaly podstatné procedurální rozdíly co do formálních požadavků na zahájení místního šetření. Komise musí při provádění šetření v pověření vymezit předpoklady a domněnky, které hodlá ověřit (ve vztahu k postupu Komise podle uvedeného čl. 20 nařízení srov. rozsudek Tribunálu ze dne 6. 9. 2013 ve spojených věcech T-289/11, T-290/11 a T-521/11, *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 75). Komise musí popsat „charakteristické rysy předpokládaného protiprávního jednání tak, že uvede domnělý relevantní trh a povahu předpokládaných omezení hospodářské soutěže, jakož i odvětví, kterých se týká údajné protiprávní jednání, které je vyšetřováno, vysvětlí způsob, jak se podnik údajně účastnil protiprávního jednání, a uvede předmět vyšetřování a skutečnosti, které mají být ověřeny“ (tamtéž, bod 77). Dále je povinna podrobně uvést, že má „k dispozici poznatky a závažné indicie hmotného charakteru, na jejichž základě má podezření, že se podnik, na který se vztahuje kontrola, dopustil protiprávního jednání“ (tamtéž, bod 172). Naopak nemá povinnost přesně vymezit relevantní trh, ani provést přesnou právní kvalifikaci těchto protiprávních jednání, ani uvést dobu, během níž k těmto protiprávním jednáním docházelo (rozsudek Soudního dvora ze dne 22. 10. 2002, C-94/00, *Roquette Frères SA*, bod 82). Odůvodnění pověření přitom ohraničuje pravomoci svěřené pracovníkům provádějícím místní šetření, a proto mohou pořizovat pouze kopie dokumentů, které se týkají předmětu šetření (rozsudek Soudního dvora ze dne 18. 6. 2015, C-583/13 P, *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 60). Všechna tato východiska se uplatní i v nyní projednávané věci na šetření podle § 21f ZOHS.
93. Soud vychází z toho, že musí existovat proporcionální vztah (doslova „rovnítka“) mezi rozsahem podezření, rozsahem pověření a rozsahem samotného šetření; neexistuje-li, je třeba zkoumat, nakolik se takový stav na průběhu a výsledku místního šetření k újmě soutěžitele (žalobkyně) reálně projevil (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 3. 2017, č. j. 62 A 236/2016-91). Uvedeného se přitom musí správní orgán držet po celý průběh správního řízení. Shromažďovat důkazy a prověřovat skutečnosti lze jen ve vztahu k předmětu řádně vymezeného správního řízení (přičemž ten lze samozřejmě v průběhu řízení měnit) a konečné rozhodnutí o spáchání deliktu musí na původní podezření navazovat. V případech kartelu stavebních společností (projednávaných Krajským soudem v Brně pod sp. zn. 30 Af 29/2016 a sp. zn. 62 Af 92/2016) se žalovaný uvedeného požadavku nedržel, proto mu soud uvedené vytkl a zrušil vydaná rozhodnutí pro porušení ustanovení o vedení řízení.

94. V nyní projednávaném případě je však situace odlišná.

95. Jak již soud konstatoval v bodě 76 tohoto rozsudku, žalovaný v rámci předběžného šetření obstaral 3 skupiny dokumentů: informace z tisku, vlastní analýzu o dodávkách zdravotnické přístrojové techniky žalobkyněmi v letech 2007 – 2010 a podnět MUDr. Aleny Dernerové doplněný auditem KPMG doručený žalovanému 20. 6. 2011.
96. Novinové články (č. l. 1 – 22 správního spisu) nasvědčovaly tomu, že dochází k předražování zakázek při nákupu zdravotnické techniky do nemocnic. Konkrétně šlo o články: *U lékaře se platí, a nemocnice vyhodily oknem miliardu* (ze dne 15. 6. 2010, <http://aktualne.centrum.cz>), *Miliardy do nemocnic. Soutěží se jen naoko* ([www.ihned.cz](http://www.ihned.cz)), *Do nemocnic Karlovarského kraje přijde vybavení za 200 milionů Kč* (ze dne 6. 1. 2011, zdroj ČTK), *Pacienti leží na starých lůžkách. Firmy se perou, kdo dodá nové* (ze dne 11. 1. 2011, zdroj MF Dnes), *Do nemocnic v kraji přijde vybavení za 200 milionů korun* (ze dne 12. 1. 2011, zdroj Týdeník Sokolovska), *Nemocnice v kraji získají vybavení za 200 milionů* (ze dne 12. 1. 2011, [www.denik.cz](http://www.denik.cz)), *Nemocnice v Ústí dostala dar od firmy, jež dodala drabé přístroje* (ze dne 24. 1. 2011, zdroj ČTK), *Neefektivní nákupy ve zdravotnictví* (ze dne 12. 2. 2011, zdroj Tempus Medicorum), *Rekordní nemocniční zakázku předražili o stamiliony* (ze dne 17. 2. 2011, <http://aktualne.centrum.cz>), *Skutečných výběrových řízení je jako šafránu* (ze dne 28. 2. 2011), *Leoš Heger zasahuje, proti korupci vytáhl i v krajích* (ze dne 9. 5. 2011, <http://aktualne.centrum.cz>), *V Karlových Varech úřaduje zdravotnický kartel* (ze dne 3. 7. 2011, <http://aktualne.centrum.cz>), *Finance ve zdravotnictví* (ze dne 4. 7. 2011, zdroj Český rozhlas 6), *Policie kontroluje nákup přístrojů za tři miliardy* (ze dne 7. 7. 2011).
97. Na podkladě těchto indicií zpracoval žalovaný analýzu veřejných zakázek na dodávky zdravotnické přístrojové techniky do nemocnic a jiných zdravotnických zařízení. V Informačním systému o veřejných zakázkách dohledal informace o tom, v jakých zakázkách v období od 1. 2. 2007 do 31. 12. 2010 zvítězily v oblasti dodávek přístrojové techniky společnosti PURO-KLIMA, a. s., Hospimed, spol. s r. o., Medisap, s. r. o., Hoyer Praha s. r. o. a Stargen EU s. r. o. (č. l. 23 – 35 správního spisu). Dále žalovaný analyzoval výběrová řízení v témže období na dodávky zdravotnické přístrojové techniky, přitom se zaměřil na veřejné zakázky, kde byla podána pouze jedna nabídka (č. l. 36 – 50 správního spisu). Zjistil, že se jednalo za zkoumané období o 110 z 203 případů, přičemž žalobkyně a) podala takovou nabídku v 39 případech, žalobkyně b) v 57 případech (při zahrnutí společností, které byly v té době součástí soutěžitele Hospimed, šlo o 70 případů). V roce 2007 bylo situací, kdy byla podána jen jedna nabídka, 31 %, v roce 2008 šlo o 41,5 %, v roce 2009 šlo o 75 %, v roce 2010 o 54,4 % případů. Žalovaný si dále zpracoval analýzu zakázek zdravotnické přístrojové techniky do nemocnic, jejichž vítězem se stala v letech 2007 až 2010 žalobkyně a), resp. žalobkyně b) a její spřízněné společnosti. Zkoumal, jaký poměr z počtu vyhraných zakázek tvoří zakázky, v nichž byla podána jen jedna nabídka. U žalobkyně a) tento poměr činil v roce 2007 44,44 %, v roce 2008 42,86 %, v roce 2009 68 %, v roce 2010 52,69 %. U žalobkyně b) a jí spřízněných společností činil daný poměr v roce 2007 25 %, v roce 2008 42,42 %, v roce 2009 79,49 % a v roce 2010 55,26 %. Z uvedené analýzy rovněž vyplývalo, že žalobkyně a) v roce 2009 získala 5 zakázek na dodávku do Fakultní nemocnice Královské Vinohrady a 6 zakázek na dodávky pro Krajskou nemocnici Liberec. Žalobkyně b) získala v roce 2008 13 zakázek na dodávky pro Fakultní Thomayerovu nemocnici s poliklinikou.
98. Konečně MUDr. Alena Dernerová ve svém podnětu (č. l. 54 – 73 správního spisu) uváděla, že „na základě aktivit několika ekonomických subjektů, poskytujících dodávky zdravotnického zařízení Hospimed, Puroklima, Amedis a Hypokramed je jednoznačné, že dochází na trhu se zdravotnickou technikou k narušení hospodářské soutěže. Uvedené firmy realizují většinu dodávek na tomto trhu nepřetržitě v posledních 5 letech. Dalším důkazem je také výstup z auditorské zprávy společnosti KPMG k projektům na trhu zdravotnické techniky (...), která konstatuje, že 71 % trhu ovládají výše uvedené 4 firmy. Toto považují za kartel!“ Ze Souhrnné zprávy Auditů realizace projektů 1. výzvy oblasti intervence 3.2 Integrovaného operačního programu plyne, že „odvětví dodavatelů zdravotnických

*technologii v předmětných odbornostech je v České republice značně koncentrováno. Konstatujeme, že v 1. výzvě realizovaly 4 největší kompletátorské firmy 71 % dodávek (měřeno jejich celkovým finančním objemem. Jde o firmy Amedis, Hospimed, Hypokramed a Puro-klima. Do zcela drtivé většiny výběrových řízení se přihlásil pouze jeden uchazeč o zakázku. (...) Jednotková cena poptávaných přístrojů byla v zadávacích řízeních stanovena částkou dle rozpočtu jako nepřekročitelná. V drtivé většině případů uchazeči ve svých nabídkách (...) nabídli částku rovnající se limitní nepřekročitelné ceně nebo částku, která se k této částce přibližovala“ (viz strana 24 zprávy).*

99. Oznámením ze dne 25. 7. 2011 žalovaný zahájil u žalobkyň správní řízení pro možné porušení § 3 odst. 1 ZOHS, omezené na výběrová řízení vyhlášená veřejnými zadavateli v České republice na dodávky zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení v roce 2009 a v následujících letech (viz bod 68 rozsudku).
100. Pro nyní posuzovanou věc je dále podstatné, že dne 26. 7. 2011 provedl žalovaný místní šetření mj. u žalobkyně b) „za účelem prověření obchodních záznamů/opatření podkladů v rámci správního řízení sp. zn. S283/2011/KD“, přičemž konkretizoval, že správní řízení je vedeno s žalobkyněmi „ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona, které Úřad spatřuje v jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních, a to zejména ve výběrových řízeních vyhlášených veřejnými zadavateli v České republice na dodávky zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení v roce 2009 a v následujících letech.“ Obdobně bylo odůvodněno i pověření k provedení místního šetření, které u žalobkyně a) proběhlo ve dnech 26. a 27. 7. 2011. Na později zmiňovaném místním šetření byl zajištěn důkaz J 14 (email od Petra Podluckého Ing. Martinu Jirešovi ze dne 7. 10. 2010), který žalovaný následně využil při hodnocení deliktního jednání ve vztahu k zakázce OSTRAVA.
101. Žalovaný následně dne 8. 8. 2012 provedl u žalobkyně a) další místní šetření (srov. č. l. 5805 a násl. správního spisu). Účel a předmět tohoto šetření byl vymezen obdobně jako předcházející místní šetření s tou změnou, že jako účastník správního řízení byla označena již i společnost Hypokramed s. r. o. (viz pověření ze dne 6. 8. 2012 založené na č. l. 5812 správního spisu). Při tomto místním šetření byl mj. prověřen emailový účet Martina Jireše a vyžádány dokumenty k veřejné zakázce LIBEREC. Byly zajištěny zejména listinné důkazy k zakázce LIBEREC D1 – D12 a elektronický kalendář Martina Jireše za období leden až prosinec 2010 (B 1).
102. Ze správního spisu vyplývá, že žalovaný se při provádění zmiňovaných místních šetřeních držel předmětu správního řízení a potažmo i důvodu pro provedení místních šetření, jak byl specifikován v oznámení o zahájení řízení a následně v pověření k provedení šetření na místě. Byly zajišťovány důkazy, které obsahově i časově mohly souviset s předmětem vedeného správního řízení. Soud nezjistil extenzivní postup žalovaného, který by mohl svědčit o tzv. lovu informací (fishing expedition). Pokud některé listiny získané při místních šetřeních předcházely časovému vymezení správního řízení (např. emaily z roku 2008), šlo o ryze výjimečné případy; uvedené listiny nicméně podle žalovaného souvisely s jednáním specifikovaným v předmětu řízení (konkrétně se jednalo např. o dokument J 2 ze 4. 9. 2008, který měl mít spojitost s jinými zakázkami v letech 2009 a následujících). Navíc v řízení o rozkladu bylo správní řízení ohledně deliktního jednání týkajícího se veřejné zakázky UK-1.LF zadané v roce 2008 zastaveno.
103. Správní řízení bylo ukončeno tím, že žalobkyně byly uloženy pokuty za porušení § 3 odst. 1 ZOHS, konkrétně za jednání ve shodě při účasti na výběrovém řízení ohledně veřejných zakázek OSTRAVA a LIBEREC, přičemž šlo o veřejné zakázky na dodávky zdravotnických přístrojů vypsane nemocnicemi v roce 2010.
104. Z popsaného skutkového stavu podle soudu vyplývá, že místní šetření proběhla v situaci, kdy žalovaný měl zřetelné, konkrétní a dostatečné vstupní indicie o tom, že hospodářská

soutěž může být narušena protisoutěžním jednáním, i o tom, o jaké protisoutěžní jednání se může jednat, a to jak typově (tj. že se může jednat o jednání kartelové), tak věcně – obsahově (tj. že toto jednání může spočívat v jednání ve shodě na trhu dodávek zdravotnických přístrojů). Na těchto vstupních indiciích žalovaný podle soudu mohl vystavět věrohodnou a věcně relativně ohraničenou hypotézu ohledně možného podezření z protisoutěžního jednání žalobkyn, k jejímuž cílenému prověření mohla místní šetření směřovat a jejíž rámec nemohla přesáhnout. Počáteční indicie poskytují jasný a legitimní rámec zaměření místního šetření, jemuž odpovídá údaj z oznámení o zahájení správního řízení a následný rozsah provedených šetření.

105. S ohledem na popsany průběh správního řízení má soud za to, že existuje rovnítka mezi rozsahem podezření (vstupních indicií), které se promítlo do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k provedení šetření (které předmět správního řízení v podstatě přebíralo) a rozsahem samotného šetření. Provedená místní šetření tak ob stojí z hlediska vhodnosti (přiměřenosti), délky i rozsahu.
106. Soud dospěl k tomuto závěru i přes poměrně široké původní vymezení předmětu správního řízení, a tím pádem i poměrně obecné pověření k místnímu šetření. Je přesvědčen, že počáteční indicie, které žalovaný shromáždil před zahájením řízení, svědčily o možném závažném narušení hospodářské soutěže při vyhlašování veřejných zakázek nemocnicemi na zdravotnické přístroje. Analýza žalovaného doplňovala novinové články a informace z podnětu MUDr. Dernerové a v souhrnu s ostatními shromážděnými podklady naznačovala nefunkčnost hospodářské soutěže v uvedené oblasti. Za zásadní považuje soud zejména skutečnost, že žalovaný se v průběhu celého správního řízení striktně držel indicií, jež na samém počátku nasvědčovaly možnému deliktnímu jednání žalobkyn. Žalobkyně byly od počátku účastníky správního řízení, u nich byly při místních šetřeních získány klíčové důkazy a rovněž výsledné pokuty byly žalobkyním uloženy za deliktní jednání, které jak po stránce věcné, tak časové do předmětu původně zahájeného správního řízení spadá. Jako červená nit se tedy celým správním řízením táhne původní podezření, které bylo žalovaným prověřováno a konkretizováno. Žalobkyně byly následně pokutovány za porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže pro konkrétní skutky, které spadají do podezření vymezeného prvotními indicie a rovněž oznámením o zahájení správního řízení.
107. Uvedená jednotící linie odlišuje nyní projednávanou věc od věcí řešených Krajským soudem v Brně pod sp. zn. 30 Af 29/2016 a 62 Af 92/2016, ve věci kartelu stavebních společností. U nich soud dovedl nezákonnost prováděných místních šetření zejména s ohledem na skutečnost, že rovnítka mezi rozsahem podezření, jež se promítlo do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k jednotlivým místním šetřením a rozsahem samotných šetření neshledal.
108. Konečně soud doplňuje, že ačkoliv zaměření místních šetření nesprávně obsahuje slovo „zejména“ (shodně jako vymezení předmětu správního řízení; k tomu viz argumentace v bodě 76 rozsudku), je nutné chápat rozsah vymezení místního šetření jako prověřování možného jednání ve shodě ve výběrových řízeních vyhlašovaných veřejnými zadavateli v České republice na dodávky zdravotnické přístrojové techniky pro nemocnice a jiná zdravotnická zařízení v roce 2009 a v následujících letech. Skutečnost, že v pověření k provedení místního šetření je rozsah takto nesprávně vymezen, by způsobovala vadu místního šetření jen tehdy, pokud by se žalovaný konkrétním vymezením místního šetření (na dodávky zdravotnických přístrojů za příslušné období) ne držel. Tak tomu v nyní projednávané věci nebylo. Nezákonnost místních šetření proto jen s ohledem na použití slova „zejména“ nelze dovozovat (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 113/2017-83).

VII. 2) *Námítky obledně podjatosti předsedy žalovaného*

109. Žalobkyně shodně namítají podjatost předsedy žalovaného. Ze způsobu jeho vyjádření v pořadu Reportéři ČT dne 19. 1. 2015 dovozují, že při rozhodování o rozkladu nepostupoval nezaujatě. Pro své vyjádření si vybral pasáž z prvostupňového rozhodnutí, která vůbec neměla oporu ve správním spisu; nešlo o objektivní a korektní informování o probíhajícím správním řízení.
110. Institut vyloučení úředních osob z projednávání a rozhodování věci je upraven v § 14 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů. Ustanovení § 14 odst. 6 vylučuje použití tohoto institutu (hmotněprávních podmínek a procesního řešení) pro vedoucí ústředních správních úřadů a státní tajemníky. Z usnesení Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 30/09, vyplývá, že ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu nepředstavuje pro soudní přezkum rozhodnutí správního orgánu překážku posouzení podjatosti úřední osoby v řízení podle § 152 správního řádu. Správní soud ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu aplikuje tak, že ho neaplikuje, jelikož toto ustanovení je bariérou pro uplatnění námítky podjatosti úřední osoby ve správním řízení, nikoliv ale pro její posouzení v soudním řízení správním.
111. Soud je proto oprávněn posoudit hmotněprávní podmínky podjatosti předsedy žalovaného podle § 14 odst. 1 správního řádu bez ohledu na ustanovení § 14 odst. 6 téhož zákona. Pokud by shledal, že byly splněny podmínky pro vyloučení předsedy žalovaného z projednávání a rozhodování věci, bylo by na místě zrušit rozhodnutí žalovaného pro podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, mohlo-li mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé [§ 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.].
112. Podle § 14 odst. 1 správního řádu je *každá osoba bezprostředně se podílející na výkonu pravomoci správního orgánu, o níž lze důvodně předpokládat, že má s ohledem na svůj poměr ke věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti, vyloučena ze všech úkonů v řízení, při jejichž provádění by mohla výsledek řízení ovlivnit.*
113. Algoritmus posuzování podjatosti úředních osob je třífázový: „[n]ejprve je třeba zjistit, zda existuje relevantní poměr úřední osoby ke věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům. Relevantnost poměru lze přitom odvozovat z řady skutečností, ať už předem daných – např. příbuzenský či profesní vztah ke účastníkům (jejich zástupcům), či vzniklých až v průběhu správního řízení – např. přátelský či nepřátelský poměr úřední osoby vyplývající ze způsobu vedení řízení, z komunikace s účastníky (jejich zástupci), z komunikace úřední osoby s médii nebo zapříčiněný protiprávním jednáním úřední osoby (převzetí úplatku apod.). Následně je třeba zhodnotit, zda z takového poměru vyplývá zájem úřední osoby na výsledku řízení. Do třetice je nutné posoudit, zda tento zájem má takový charakter, že lze pro něj pochybovat o nepodjatosti příslušné úřední osoby“ (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2013, č. j. 1 Afs 7/2009-753, publikovaný pod č. 2906/2013 Sb. NSS).
114. Otázkou podjatosti předsedy žalovaného v souvislosti s jeho vyjádřeními do médií se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, publikovaném pod č. 2189/2011 Sb. NSS. V uvedené věci předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže komentoval vydané rozhodnutí správního orgánu I. stupně před jeho doručením žalobci. Nejvyšší správní soud k tomu uvedl, že „[p]oubá skutečnost, že rozhodnutí bylo komentováno ještě před okamžikem jeho doručení, nemůže jakkoli ovlivnit zákonnost tohoto rozhodnutí. Nutno navíc zdůraznit, že mediální prezentace výsledku rozhodovací činnosti má být ze strany správních orgánů obvyklým standardem. Média vyjádření předsedy žalovaného ke jednotlivým případům očekávají. Správní úřad v demokratickém právním státě se nemůže podobat Zámku ze stejnojmenného Kafkova románu, o kterém nikdo nic neví, neboť je zahalen mlhou mlčení. Mediální prezentace činnosti orgánu veřejné správy, na rozdíl od paušálních a zaujatých hodnocení určitého jednání před započetím správního řízení nebo před jeho formálním ukončením (...), přispívá k realizaci ústavního postulátu, podle něhož státní moc slouží všem občanům (čl. 2 odst. 3 Ústavy), resp. zákonného principu, podle něhož veřejná správa je službou veřejnosti (§ 4 odst. 1 správního

řádu).“ Nejvyšší správní soud též nesouhlasil s námitkou, že tímto vyjádřením předsedy žalovaného došlo k předurčení rozhodnutí o případném rozkladu: „[n]ení totiž možné přistoupit na tezi stěžovatele, že o prvostupňových rozhodnutích svého úřadu nemůže předseda žalovaného média nikdy informovat, protože tak žalovaný musí činit, pro případ podání rozkladu, jen prostřednictvím svého tiskového mluvčího. Jakkoliv je tiskový mluvčí v současnosti běžným zjevem v soukromém i veřejném sektoru, neznamená to, že by komunikace jakéhokoli úřadu musela probíhat jen prostřednictvím tiskového mluvčího. V nyní posuzovaném případě je nepochybné, že „tváří“ žalovaného je na prvním místě jeho předseda, jeho úkolem je široké veřejnosti dle svého uvážení prezentovat výsledky rozhodovací činnosti úřadu. Pokud předseda ve svém mediálním komentáři informuje o prvostupňovém rozhodnutí, nemůže to bez dalšího znamenat, že se stává nezpůsobilým meritorního rozhodnutí o případném rozkladu.“

115. V projednávané věci dovozují žalobkyně podjatost předsedy žalovaného z vyjádření v pořadu Reportéři ČT dne 19. 1. 2015. Soud provedl při jednání důkaz audiovizuálním záznamem dané reportáže. V ní předseda Úřadu informoval o rozhodnutí správního orgánu I. stupně ze dne 22. 12. 2014. Konstatoval: „Jednalo se o vysoce předražené zakázky a po provedení několika šetření jsme dospěli k závěru, že firmy Hospimed a Puroklíma měly mezi sebou uzavřenou kartelovou dohodu, nebo teda postupovaly ve shodě, a takto vlastně navyšovaly veřejné zakázky. Dosáhly toho, že byly schopny je vcelku slušně předražit.“
116. Soud hodnotil, zda uvedené vyjádření předsedy žalovaného mohlo způsobit jeho podjatost při rozhodování o rozkladu. Ve smyslu judikatury výše uvedené soud zkoumal, zda takové vyjádření předsedy v médiích mohlo založit poměr k věci, jehož intenzita by vyvolala zájem předsedy na výsledku řízení, pro nějž by bylo možné pochybovat o jeho nepodjatosti. Podle soudu tomu tak není. Mediální vyjádření předsedy žalovaného soud chápe jako informování veřejnosti o obsahu vydaného prvostupňového rozhodnutí. Předseda v mediálním vyjádření nesděloval svoje osobní názory na věc, jen tlumočil závěry správního orgánu prvního stupně (viz formulace „dospěli jsme k závěru“), který shledal, že se žalobkyně dopustily jednání ve shodě, čímž mohlo dojít k předražení zakázek. Zmiňované závěry z rozhodnutí správního orgánu I. stupně vyplývají (zejména body 193 a 402 rozhodnutí).
117. Žalobkyním lze přisvědčit v tom, že způsob mediální prezentace vydaného rozhodnutí mohl být zdrženlivější či věcnější. Úkolem soudu však není posuzovat vhodnost použitých výrazů či slovních spojení předsedy žalovaného při mediální prezentaci Úřadu a nabádat jej, aby informování o rozhodovací činnosti bylo pouze strohé, věcné, bez emocí (jako např. tisková zpráva žalovaného *Společnosti Puro-Klíma a Hospimed koordinovaly své nabídky v zakázkách na zdravotnické přístroje* ze dne 9. 1. 2105). Pojetí způsobu mediální prezentace nepochybně záleží na osobě, která v médiích vystupuje. Fakt, že se předseda žalovaného při informování o obsahu citovaného rozhodnutí nedržel strohého shrnutí podstatných částí rozhodnutí, jako např. tiskové zprávy provedené při jednání (tiskové zprávy z internetových stránek žalovaného a ze serveru Medical Tribune CZ), neznamená, že by bylo možno bez dalšího usuzovat na jeho podjatost. Nedojde-li k překročení únosné meze (vyplývající mj. i z § 14 odst. 1 správního řádu), není na soudu, aby projev „hlavy“ Úřadu ve vztahu k médiím usměrňoval.
118. Soud neshledal, že by předmětné mediální vyjádření předsedy žalovaného mohlo subjektivně či objektivně založit jeho poměr k věci ve smyslu § 14 odst. 1 správního řádu. Z vyjádření neplynulo předurčení výsledku rozhodnutí o rozkladu. Jednalo se o informování veřejnosti o výsledku rozhodovací činnosti úřadu, který předseda zastupuje. Nelze tak konstatovat, že by se předseda žalovaného na základě předmětného vyjádření v médiích stal nezpůsobilým meritorního rozhodování o rozkladu ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159. Ostatně v rozhodnutí o rozkladu předseda žalovaného řízení o jednom správním deliktu (ve vztahu k veřejné zakázce UK-1.LF Praha) zastavil pro prekluzi a v důsledku toho snížil oběma žalobkyním uložené pokuty. Částečně tak na základě podaných rozkladů žalobkyním vyhověl a dopady prvostupňového rozhodnutí zmírnil.

119. Žalobkyně a) spojuje podjatost předsedy žalovaného dále se skutečností, že byla údajně nedostatečně vypořádána její námitka ohledně nesprávně stanoveného posledního účetního období pro stanovení pokuty. Touto skutečností se soud zabýval již v bodě 67, v níž se zabýval námitkami nepřezkoumatelnosti. Soud opakuje, že v řízení o rozkladu bylo žalobkyni a) vyhověno a předseda žalovaného přisvědčil námitkám o nesprávně určeném posledním účetním období a z tohoto důvodu výši pokuty stanovené žalobkyni a) snížil. Bylo-li argumentaci žalobkyně a) v řízení o rozkladu vyhověno, nesvědčí to o podjatosti předsedy žalovaného.
120. Námitka podjatosti předsedy žalovaného proto není důvodná.
- VII. 3) Námitky ohledně nedostatečně zjištěného skutkového stavu*
121. Žalobkyně dále namítají, že skutkový stav nebyl ve správním řízení zjištěn dostatečně, resp. že shromážděné důkazy neprokazují jednání žalobkyní ve shodě.
122. Porušení § 3 odst. 1 ZOHS je v napadeném správním rozhodnutí spatřováno v tom, že žalobkyně jednaly ve shodě, konkrétně sladily nabídky do výběrových řízení týkajících se veřejných zakázek OSTRAVA a LIBEREC.
123. Podle § 3 odst. 1 ZOHS *jsou zakázané a neplatné dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dohody"), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.*
124. Z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 1. 2009, č. j. 62 Ca 43/2007-216, publikovaného pod č. 2118/2010 Sb. NSS, vyplývá, že jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě v sobě zahrnuje nejprve koordinaci odstraňující pochybnosti o budoucím soutěžním chování, dále faktický projev takové koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující.
125. Obdobně doktrína dovozuje, že prvky jednání ve shodě jsou: reciproční komunikace mezi podniky, která se vztahuje k zamýšlenému soutěžně relevantnímu jednání a dochází k ní před uskutečněním jednání na trhu, účinkem komunikace je snížení nejistoty ohledně chování ostatních zúčastněných podniků na trhu, mezi sladěním a jednáním na trhu existuje příčinná souvislost (srov. Kindl, J., Munková, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, s. 70).
126. Lze shrnout, že jednání ve shodě je formou koordinace mezi podniky, která se nevyvinula do formy dohody v úzkém slova smyslu. Nezbytné znaky jednání ve shodě jsou: 1. shoda vůlí či konsensus mezi dotčenými podniky vyplývající z předchozích kontaktů, 2. navazující jednání na trhu, 3. příčinná souvislost mezi shodou vůle a jednáním na trhu. Shodu vůlí, jako první ze znaků jednání ve shodě, není nutné prokazovat konkrétní dohodou o společném plánu jednání na trhu. Postačí prokázání komunikace mezi podniky či účast na jednání, které usnadňuje koordinaci jejich obchodní politiky (rozsudek Soudu prvního stupně ze 17. 12. 1991 ve věci T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV proti Komisi*, bod 255, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2008, č. j. 5 Afs 40/2007-204). Sladění postupu tedy vyžaduje recipročnost komunikace mezi soutěžiteli s cílem poskytnout si navzájem ujištění ohledně jejich budoucího chování na trhu. Vědomost soutěžitelů o chování ostatních přitom musí vyplývat z komunikace mezi nimi, nikoliv z prostého monitoringu trhu (stanovisko generálního advokáta Darmona ze 7. 7. 1992 ve spojených věcech C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, a C-125/85 až C-129/85, *Ablström Osakeyhtiö a další proti Komisi*, body 173 – 175). Sladění jednání se následně musí projevit na trhu a konečně musí existovat příčinná souvislost mezi jednáním projeveným na trhu a předchozím sladěním. Jednání na trhu musí být důsledkem předchozího sladěného postupu, nikoliv pouhým paralelním jednáním (tacitní koordinací). Paralelní jednání (následování jednání jednoho soutěžitele jednáním druhého ze



soutěžitelů) není samo o sobě považováno za dostačující důkaz jednání ve shodě; musí k němu přistoupit sladění a příčinná souvislost. Neexistuje-li však pro paralelní jednání jiné přijatelné vysvětlení než, že došlo k předchozímu sladění postupu, lze usuzovat na jednání ve shodě (srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 31. 3. 1993, spojené věci C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, a C-125/85 až C-129/85, *Ablström Osakeyhtiö a další proti Komisi*, bod 71).

127. V projednávané věci správní orgány spatřovaly jednání žalobkyň ve shodě v tzv. *bid rigging* (smluvená nabídka), tedy v zakázané spolupráci dodavatelů při přípravě a podávání nabídek do veřejných zakázek. Místo, aby spolu uchazeči o veřejnou zakázku soupeřili a podávali sami za sebe nejlepší nabídky, vzájemnou koordinací mezi sebou vyloučí rivalitu a předem určí výsledek tendru, často v neprospěch zadavatele stanovením vyšší nabídkové ceny. *Bid rigging* se vyskytne, pokud se podniky, u kterých by se jinak očekávalo, že si budou konkurovat, tajně dohodnou a zvýší ceny či sníží kvalitu zboží nebo služeb pro kupující, kteří si přejí získat zboží nebo služby prostřednictvím výběrového řízení. Soutěžní postup může dosáhnout nižších cen či lepší kvality a inovace, pouze pokud společnosti skutečně soutěží a stanoví podmínky čestně a nezávisle. *Bid rigging* je škodlivý zejména tehdy, pokud ovlivní veřejné zakázky. Takové tajné dohody berou prostředky kupujícím a daňovým poplatníkům, snižují veřejnou důvěru v soutěžní postup a ničí přínos soutěžního trhu (viz Pokyny OECD pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku dostupné z [https://www.uohs.cz/download/Sekce\\_VZ/.../Bid\\_rigging\\_guidelines\\_OECD\\_cz.pdf](https://www.uohs.cz/download/Sekce_VZ/.../Bid_rigging_guidelines_OECD_cz.pdf)).
128. *Bid rigging* se svojí povahou řadí mezi kartelové dohody o cenách [§ 3 odst. 2 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže], které mají ze své podstaty způsobilost narušit hospodářskou soutěž, proto platí vyvratitelná domněnka, že mají protisoutěžní cíl a potenciálně negativní dopad. Pro naplnění skutkové podstaty takové zakázané dohody není nutné zkoumat skutečné dopady na trh a negativní dopad se předpokládá (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2015, č. j. 8 Afs 25/2012-351, bod 306, nebo).
129. Soud přisvědčuje žalovanému (viz zejm. body 227 – 229 rozhodnutí správního orgánu I. stupně), že dohody typu *bid rigging* lze považovat za dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže. Jedná se o tzv. dohody s tvrdým jádrem, jež jsou ze své podstaty způsobilé hospodářskou soutěž narušit. Dohody směřující k ovlivnění výsledků veřejných zakázek prostřednictvím obsahově nebo cenově sladěného podání nabídek mají vždy za cíl narušit hospodářskou soutěž. Vyvolávají sice dojem skutečné a férové soutěže uchazečů o zakázku, nicméně ve skutečnosti zakázaným sladěním postupu jednotlivých soutěžitelů při podání nabídek hospodářskou soutěž ochromují a veřejnou zakázku prodražují. Dohody typu *bid rigging* v sobě zahrnují často dohody o rozdělení trhu a dohody cenové, které představují jedny z nejzávažnějších omezení hospodářské soutěže. U tohoto typu zakázaných dohod se protisoutěžní cíl předpokládá.

#### VII. 3. a) Veřejná zakázka OSTRAVA

130. Ze správního spisu vyplývají následující skutečnosti.
131. Fakultní nemocnice Ostrava (dále též „FN Ostrava“) zadala veřejnou zakázku OSTRAVA v otevřeném řízení se lhůtou pro doručení nabídek 26. 10. 2010 v 8 hodin. Ve stanovené lhůtě byly podány dvě nabídky: dne 25. 10. 2010 žalobkyní a) a 26. 10. 2010 žalobkyní b). Vítězem se stala žalobkyně a), se kterou zadavatel uzavřel kupní smlouvu. Konečná hodnota zakázky činila 71 284 780 Kč bez DPH.
132. Předmětem veřejné zakázky bylo dodání zdravotnických zařízení s příslušenstvím pro oddělení kardiiovaskulární a kardiochirurgické centrum FN Ostrava (4945 a násl. správního spisu). Konkrétně šlo o dodávku 15 položek (položky č. 1 – 15), přičemž položka č. 7 byla členěna na položky 7a a 7b a položka č. 8 na položky č. 8a a 8b. Základním hodnotícím kritériem veřejné



zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky. Zadavatel stanovil 3 hodnotící kritéria a jejich váhy: 1. celková nabídková cena všech položek předmětu plnění vč. DPH (váha 60 %), 2. technická úroveň zařízení vyjádřená jako souhrn technických a medicínských vlastností z pohledu využití odborným pracovištěm zadavatele (váha 30 %), 3. servisní podmínky záručního a pozáručního servisu (váha 10 %).

133. Zadávací dokumentace byla poskytnuta 22 subjektům, mezi nimiž byly i žalobkyně. Zadávací dokumentace jim byla zaslána poštou 13. 9. 2010. Žalobkyni a) byly na základě žádosti poskytnuty i přílohy k zadávací dokumentaci v elektronické podobě (č. 1. 3766 správního spisu). Kromě žalobkyně a) byly přílohy v elektronické podobě zaslány ještě 3 dalším uchazečům odlišným od žalobkyně b). Přílohu č. 4 zadávací dokumentace tvořily Cenové tabulky a tabulky dílčích hodnotících kritérií. V cenové tabulce byly obsaženy soutěžené položky a byla uvedena předpokládaná maximální hodnota stanovená zadavatelem. Uchazeči měli vyplnit u každé položky tři kolonky: nabídkovou cenu za 1 ks vč. DPH, celkovou cenu bez DPH a celkovou cenu vč. DPH. Dále následovaly tabulky dílčích hodnotících kritérií pro jednotlivé položky.
134. Obě žalobkyně podaly nabídky, které se obsahově velmi podobají. Vykazují obdobnou strukturu, ceny za jednotlivé položky jsou doplněny do shodné cenové tabulky a tabulky dílčích hodnotících kritérií (jež byly u zadavatele k dispozici v elektronické podobě a byly zpřístupněny výhradně na žádost uchazeče), shodná je grafická chyba v datu vypracování tabulky dílčích hodnotících kritérií (22. 10.2010 – nenásleduje mezera za měsícem), shodné je i uspořádání souborů na CD.
135. Srovnání maximálních cen za jednotlivé položky a cen nabídnutých žalobkyněmi dokládá následující tabulka. Ze 17 položek, jež byly předmětem plnění veřejné zakázky, se ceny žalobkyň odlišovaly pouze u tří položek (položky č. 1, 3 a 10), přičemž u těchto položek byla cena nabízená žalobkyní b) vždy o 2 200 Kč vyšší než cena uváděná žalobkyní a). Od maximální hodnoty stanovené zadavatelem se pak nabízené ceny lišily minimálně: o 2 201 Kč, resp. o 1 Kč u položky č. 1, o 2,50 Kč u položky č. 2, o 2 203 Kč, resp. o 3 Kč u položky č. 3, o 6 Kč u položky č. 4, o 10 Kč u položky č. 5, o 2 Kč u položky č. 6, o 4,50 Kč u položek č. 7a a 7b, o 3,50 Kč u položky č. 8a, o 0 Kč u položky č. 8b, o 30 Kč u položky č. 9, o 2 201,50 Kč, resp. o 1,50 Kč u položky č. 10, o 54 Kč u položky č. 11, o 4 Kč u položky č. 12, o 1 Kč u položky č. 13, o 1,50 Kč u položky č. 14 a o 3 Kč u položky č. 15 (pozn. soudu – položky, u nichž se ceny nabídnuté žalobkyněmi odlišují zvýrazněny):

Položka	Zadavatelem stanovená maximální hodnota vč. DPH	Cena nabídnutá žalobkyní a) vč. DPH	Cena nabídnutá žalobkyní b) vč. DPH
1	9 470 000,00	9 467 799,00	<b>9 469 999,00</b>
2	1 070 000,00	1 069 997,50	1 069 997,50
3	9 622 000,00	9 619 797,00	<b>9 621 997,00</b>
4	8 432 000,00	8 431 984,00	8 431 984,00
5	1 926 000,00	1 925 990,00	1 925 990,00
6	735 000,00	734 998,00	734 998,00
7a	3 510 000,00	3 509 995,50	3 509 995,50
7b	3 510 000,00	3 509 995,50	3 509 995,50
8a	8 615 000,00	8 614 996,50	8 614 996,50
8b	2 530 000,00	2 530 000,00	2 530 000,00

9	5 778 000,00	5 777 970,00	5 777 970,00
10	4 800 000,00	4 797 798,50	<b>4 799 998,50</b>
11	3 576 000,00	3 575 946,00	3 575 946,00
12	1 800 000,00	1 799 996,00	1 799 996,00
13	4 135 000,00	4 134 999,00	4 134 999,00
14	8 100 000,00	8 099 998,50	8 099 998,50
15	811 000,00	810 997,00	810 997,00
Nabídková cena		78 413 258,00	<b>78 419 858,00</b>

136. Co se týče dílčích hodnotících kritérií, žalobkyně b) u všech hodnocených položek nabídla horší podmínky záručního a pozáručního servisu než žalobkyně a), a to jak v paušálních cenách za pozáruční servisní služby, tak v počtu kalendářních dnů nutných ke zprovoznění zařízení v/po záruce a v počtu kalendářních dnů, kdy je garantována funkčnost zařízení.
137. Obě žalobkyně dodání položek č. 1, 3, 4, 7a a 7b zajišťovaly prostřednictvím subdodavatele medisap, s. r. o., který byl součástí soutěžitele Hospimed. Podmínky nabídnuté žalobkyní b) u těchto položek však (cena, pozáruční servis) byly méně výhodné, přestože byl subdodavatel z části vlastněn žalobkyní b). Žalobkyně a) podmínky záručního a pozáručního servisu u předmětných položek přebrala od dodavatele medisap. Oproti tomu nabídka žalobkyně b) kromě horších cen u položek 1 a 3 obsahovala i horší podmínky záručního a pozáručního servisu u daných položek. Např. u položky 1 nabízela žalobkyně a) roční pozáruční servisní služby za 7 700 Kč, zatímco žalobkyně b) za 36 000 Kč (tedy o 28 300 Kč draž), žalobkyně a) garantovala zprovoznění zařízení do 5 dnů, zatímco žalobkyně b) do 14 dnů. Plnou funkčnost zařízení garantovala žalobkyně a) po dobu 346 dnů, žalobkyně b) po 320 dnů. Obdobně tomu bylo i u ostatních nabízených přístrojů (viz č. l. 3793 a násl. a 4012 a násl. správního spisu).
138. K oběma nabídkám byly na základě požadavků zadávací dokumentace přiloženy na CD návody k použití, technické prospekty zařízení, katalog a ceník příslušenství, katalog a ceník náhradních dílů a katalog a ceník spotřebního materiálu. Obě CD obsahují shodně nazvaných 5 složek s výjimkou toho, že žalobkyně a) složky také očíslovala arabskými číslicemi 1 – 5. Např. složka Návod k použití na CD obsahuje 47 položek, přičemž uvedené položky mají shodný název, datum vytvoření, velikost i typ, s výjimkou návodu k obsluze a uživatelského manuálu vztahujícího se k položce 14, pod kterou byl žalobkyněmi nabízen jiný přístroj. Obdobně je tomu u dalších složek. Rozdíl je dán především zařazením jiného přístroje jako dodávané položky č. 14 (srov. č. l. 6198 a násl. a 7180 a násl. správního spisu).
139. Z emailu Petra Podlouckého, zaměstnance Electric Medical Service, s. r. o. ze dne 7. 10. 2010 adresovaného Ing. Martinu Jirešovi, místopředsedovi představenstva žalobkyně a) plyne: „v rámci celosvětové akce „One GE“ kdy při multioborových veřejných soutěžích má být poskytována pouze jedna nabídka, nám bylo doporučeno podat na dodávku zařízení pro FN Ostrava společnou nabídku se společností Medisap, která je také distributorem GE. Ing. Šamánek mě při veřejném jednání ujistil, že naše nabídka nebude použita společností Hospimed, ale bude **při splnění všech požadavků poskytnuta Vám**“ [viz dokument J 14 opatřený při místním šetření u žalobkyně a)].
140. Dne 29. 9. 2010 zaslala žalobkyně a) společnosti medisap poptávku na subdávku týkající se veřejné zakázky OSTRAVA. Pan Bc. Neuwirth adresoval email Soně Hamšíkové s následujícím textem: „Dobrý den, moc Vás zdravím a dovoluji si dle sdělení Ing. Hesové [ředitelka kompletace žalobkyně b) – pozn. soudu] – obrátit se na vaši firmu s poptávkou na dodávku pro Kardio centrum FN Ostrava. (...).“ Emailem ze dne 8. 10. 2010 paní Hamšíková potvrdila, že

medisap zašle nabídku na položky č. 1, 3, 4, 7a a 7b. Následně dne 11. 10. 2010 byla žalobkyní a) zaslána kompletní nabídka na předmětné položky od medisap. Podmínky záručního a pozáručního servisu (dílčí hodnotící kritéria – č. l. 8463 a násl. správního spisu) byly u položek nabídnutých společností medisap beze změn převzaty žalobkyní a) do podané nabídky.

141. Správní orgán I. stupně na základě důkazů provedených ve správním řízení (popsaných v bodech 34 – 65 rozhodnutí) konstatoval, že existuje výrazná shoda nabídek žalobkyň podaných do veřejné zakázky OSTRAVA. Uzavřel, že žalobkyně byly před podáním nabídek v kontaktu a věděly, že přístroje GE nebudou využity v dané zakázce žalobkyní b), ale žalobkyní a). Žalobkyně b) tedy při podání nabídky věděla, že její nabídka nezvítězí, neboť výhodnější je nabídka žalobkyně a). Podle žalovaného bylo prokázáno, že žalobkyně spolupracovaly před podáním svých nabídek do předmětné veřejné zakázky a ovlivnily tím její výsledek (viz body 66 – 70 rozhodnutí).
142. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí potvrdil závěry správního orgánu I. stupně a uzavřel, že „*podobnost cen, stejné formální zpracování i grafické chyby svědčí o tom, že nabídky nemohly být připravovány samostatně. Stejně jako absence konkurenčního charakteru nabídky HOSPIMED svědčí o tom, že se ve skutečnosti o konkurenční nabídku vůbec nejednalo*“ (bod 115). Podle předsedy žalovaného „*Úřad shromáždil úplný řetězec důkazů, který bez důvodných pochybností vede k závěru, že mezi HOSPIMED a PURO-KLIMA probíhala vzájemná výměna informací, která směřovala k odstranění konkurence mezi oběma společnostmi v zadávacím řízení na veřejnou zakázku [OSTRAVA] a projevila se tím, že HOSPIMED nepodal nabídku konkurenčního charakteru, ale tzv. nabídku krycí, která byla vypracována ve spolupráci s PURO-KLIMA. Skutečnosti a tvrzení, která HOSPIMED i PURO-KLIMA podávají, nemohou vysvětlit Úřadem zjištěné shody, o něž opírá své závěry o koluzním jednání účastníků řízení, resp. tyto shody nemohly vzniknout v důsledku podmínek nastavených zadávací dokumentací a shodností dodavatelů*“ (bod 126).
143. Soud věc posoudil takto. Nabídky žalobkyň do veřejné zakázky OSTRAVA vykazovaly řadu podobností: způsob a grafická úprava zpracování nabídek, shoda členění souborů obsažených na CD, grafické chyby v části dílčích hodnotících kritérií, téměř shodné cenové nabídky s výjimkou tří položek, přičemž zde ceny žalobkyně b) převyšovaly ceny nabídnuté žalobkyní a) vždy o 2 200 Kč. Pro zmíněnou vysokou míru shody neexistuje podle soudu jiné možné vysvětlení, než že nabídky byly vypracovány na základě předchozí spolupráce žalobkyň. Vysvětlení u žalobkyň, že shody jsou dány totožností nabízených přístrojů a shodou dodavatelů, neobstojí. Byť lze přisvědčit skutečnosti, že totožnost nabízených přístrojů a stejní dodavatelé mohou zapříčinit shodu v některých částech nabídek, (jako např. návody k použití přístrojů, servisní podmínky, ceny příslušenství apod.), nevysvětluje to již téměř absolutní cenovou shodu nabídek, shodné chyby v grafické úpravě nabídek či jednotný vzorec stanovení cen za jednotlivé přístroje.
144. Naopak další důkazy shromážděné ve správním řízení dokládají kooperaci žalobkyň při podání nabídek do veřejné zakázky OSTRAVA. Prvním z nich je skutečnost, že přílohy zadávací dokumentace v elektronické podobě měla od zadavatele k dispozici pouze žalobkyně a), nikoliv žalobkyně b). Přestože žalobkyně b) o zaslání elektronické verze příloh zadavatele nepožádala, vychází její nabídka z tabulek obsažených v této elektronické verzi. Lze tak předpokládat, že elektronickou podobu příloh získala žalobkyně b) právě od žalobkyně a), patrně již s předvyplněnými údaji. Dále z emailu Petra Podlouckého vyplývá, že žalobkyně a) byla ujistěna, že jí budou od medisap dodány přístroje GE a že jí žalobkyně b) ve veřejné zakázce OSTRAVA v tomto ohledu nebude konkurovat. Rovněž z emailové komunikace medisap s žalobkyní a) při přípravě nabídky nepřímo vyplývá srozumění žalobkyně b) s tím, že zakázku získá žalobkyně a). Zaměstnanec žalobkyně a) odkazuje na předchozí komunikaci s Ing. Hesovou [zaměstnankyní žalobkyně b)], což dokládá, že kontakty mezi žalobkyněmi ohledně předmětné zakázky probíhaly. Vyústily následně v podání nabídek, přičemž nabídka žalobkyně b) byla pouze nabídkou krycí, jež neměla ambice nabídky žalobkyně a) reálně

konkurovat. Uvedené vyplývá jednak z nabízených cen, které byly ve třech položkách horší než ceny nabídnuté žalobkyní a), a to vždy shodně o 2 200 Kč, ale především z podmínek záručního a pozáručního servisu zařízení nabídnutých žalobkyní b). Ve vztahu k přístrojům, jež měla subdodavately zajistit společnost medisap, nelze pochopit, proč žalobkyně b), která se na medisap majetkově podílela, nenabízela shodné servisní podmínky jako žalobkyně a), která podmínky záručního a pozáručního servisu paušálně přebrala z nabídky medisap. Vyšší ceny za roční pozáruční servis zařízení či delší lhůty nutné ke zprovoznění zařízení v nabídce žalobkyně b) nejsou rozumně vysvětlitelné ničím jiným než vůlí nabídnout do veřejné zakázky horší podmínky nabídky než žalobkyně a) a tím pádem v zakázce neuspět.

145. Soud se na základě výše uvedeného ztotožnil se závěrem správních orgánů, že žalobkyně b) podala nabídku krycí, která nabídce žalobkyně a) neměla konkurovat. Žalobkyně byly srozuměny s tím, že nabídka žalobkyně b) do veřejné zakázky OSTRAVA bude horší než nabídka žalobkyně a), což povede k vítězství žalobkyně a) v předmětné zakázce. Postupem žalobkyň ve vzájemné shodě byla vyloučena férová soutěž o veřejnou zakázku. V řízení byly prokázány všechny aspekty naplnění skutkové podstaty podle § 3 odst. 1 ZOHS ve smyslu závěrů vyložených v bodech 124 až 126. Existovala koordinace mezi žalobkyněmi ohledně podání nabídek do veřejné zakázky OSTRAVA [email Bc. Neuwirtha z 29. 9. 2010 odkazující na předchozí komunikaci s Ing. Hesovou, dokument J 14, shodné grafické chyby v nabídkách, shodný model při stanovení cen u položek, kde se cenové nabídky žalobkyň odlišovaly, nastavení horších podmínek záručního servisu žalobkyní b) apod.], která vyústila v podání nabídek žalobkyněmi do veřejné zakázky, přičemž nabídky byly podány s cílem vyloučit reálnou soutěž o předmětnou veřejnou zakázku.
146. Co se týče námitek žalobkyň, že důkazy shromážděné ve správním řízení jsou pouze nepřímé, soud odkazuje zejména na judikaturu Soudního dvora Evropské unie ohledně prokazování jednání ve shodě. Vyplývá z ní, že porušení pravidel hospodářské soutěže může být deklarováno i na základě důkazů nepřímých, pokud zjištěné skutkové okolnosti nelze vysvětlit jiným přijatelným vysvětlením než existencí protisoutěžního jednání (rozsudky Soudního dvora ze dne 28. 3. 1984, C-29/83 a 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines a Rheinzink v. Komise*, bod 16, a ze dne 31. 3. 1993, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 a C-125/85 až C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö a další v. Komise*, body 126 a 127, resp. rozsudky Tribunálu ze dne 8. 7. 2004, T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, *JFE Engineering a další v. Komise*, bod 180, a ze dne 8. 7. 2008, T-54/03, *Lafarge v. Komise*, body 56 a 271). Vzhledem k tomu, že zákaz účasti na protisoutěžních jednáních a dohodách, stejně jako postihy, které mohou být pachatelům uloženy, jsou velmi dobře známé, je běžné, že činnosti spojené s takovými jednáními a dohodami probíhají tajně, jednání jsou utajovaná, často se uskutečňují ve třetích státech a s nimi související dokumentace je omezena na minimum. Jsou-li objeveny důkazy o takových schůzkách, jedná se většinou o důkazy útržkovité, takže některé detaily je nutné rekonstruovat pomocí dedukce. Ve většině případů jsou protisoutěžní dohody nebo praktiky dovozeny z řady shod okolností a indicií, které ve svém souhrnu, v případě absence jiného pravděpodobného vysvětlení, zakládají důkazy o porušení pravidel hospodářské soutěže (rozsudek Soudního dvora ze dne 7. 1. 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, *Aarlborg Portland a další v. Komise*, body 55 – 57; nově také rozsudek Tribunálu ze dne 6. 2. 2014, T-27/10, *AC-Treuhand AG v. Komise*, body 57 – 59).
147. Ve vztahu k dokazování prostřednictvím nepřímých důkazů ve správním řízení trestním Nejvyšší správní soud stanovil určité obecné zásady. Např. v rozhodnutí ze dne 3. 5. 2007, č. j. 8 As 10/2006 - 48, uvedl: „Pokud je odpovědnost za přestupkové jednání dovozována z nepřímých důkazů, musí tyto důkazy tvořit ucelený logicky provázaný důkazní řetězec, v němž žádný důkaz nezpochybňuje pravost, věrohodnost a přesvědčivost důkazů ostatních.“ K dokazování nepřímými důkazy srov. i rozsudek ze dne 22. 4. 2004, č. j. 2 As 3/2004 - 70, publikovaný pod č. 309/2004 Sb.

NSS. Řetězec důkazů přitom podle Ústavního soudu nesmí vykazovat mezery a vyvolávat důvodné pochybnosti (srov. náleze ze dne 3. 8. 2000, sp. zn. II. ÚS 418/99).

148. Na základě závěrů popsaných zejména v bodech 143 a 144 soud dospěl k závěru, že důkazy shromážděné ve správním řízení představují ucelený, logicky uspořádaný důkazní řetězec, z něhož bez jakýchkoli pochyb vyplývá, že žalobkyně porušily zákaz obsažený v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.
149. Soud odmítá obecnou námitku žalobkyně a) vztahující se k oběma veřejným zakázkám, že žalovaný nedostatečně zohlednil způsob, jakým funguje hospodářská soutěž na trhu dodávek zdravotnické přístrojové techniky. Má za to, že ani dlouhodobé profesní vztahy mezi žalobkyněmi, trend vzájemné kompatibility zdravotnických přístrojů či vysoká míra formalizace zadávacího řízení samy o sobě nemohou vést k takové míře shody podaných nabídek, jaká byla v předmětném případě zjištěna, a nemohou vyloučit hospodářskou soutěž na trhu dodávek zdravotnických přístrojů. Vytkané shody nabídek nejsou dány povahou relevantního trhu, ale byly zapříčiněny snahou žalobkyň o sladění nabídek ve veřejné zakázce s cílem vyloučit férovou soutěž o ni. Tvrzení, že shodnost nabídek je „*pouze nutným sekundárním důsledkem fungování zdravé hospodářské soutěže na relevantním trhu*“, lze s ohledem na důkazy v dané věci považovat za nepřipadné. Žalovaný žalobkyním nevytýká osobní kontakty a nerozporuje podrobnost zadávací dokumentace ve vztahu k detailnosti popisu soutěžených zdravotnických přístrojů; tyto okolnosti jsou vlastní relevantnímu trhu. V projednávané věci bylo na základě uceleného řetězce důkazů prokázáno zakázané jednání žalobkyň spočívající v koordinaci postupu při podání nabídek do veřejné zakázky OSTRAVA, které pramení nikoliv z charakteru relevantního trhu jako takového, ale z pohnutky žalobkyň eliminovat hospodářskou soutěž na tomto trhu sladěním podaných nabídek tak, aby v zakázce zvítězila žalobkyně a). Námitky žalobkyně a) v tomto směru soud nemůže akceptovat.
150. Žalobkyně a) rovněž ve vztahu k veřejné zakázce OSTRAVA v obecné rovině podotýkala, že se předseda žalovaného nedostatečně vypořádal s jí navrženými důkazy a že tak jde o důkazy opomenuté. Uvedenou námitkou se soud zabýval v bodě 68 rozsudku a neshledal ji důvodnou. Žalobkyně a) v podané žalobě nekonkretizovala, na provedení jakých důkazů trvá a jaký by byl jejich přínos pro projednávanou věc. Soud proto poukazuje na rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008-78, publikovaný pod č. 2162/2011 Sb. NSS, podle něhož „*míra precizace žalobních bodů do značné míry určuje i to, jaké právní ochrany se žalobci u soudu dostane. Čím je žalobní bod - byť i vyhovující - obecnější, tím obecněji k němu může správní soud přistoupit a posuzovat jej. Není naprosto namístě, aby soud za žalobce spekulativně domýšlel další argumenty či vybíral z reality skutečnosti, které žalobu podporují.*“ Soud má za to, že skutkový stav byl v projednávané věci zjištěn dostatečně a že provedené důkazy postačují pro závěr o porušení § 3 odst. 1 ZOHS. Námitka nedostatečně zjištěného skutkového stavu tak není důvodná.
151. Soud se dále zabýval námitkou žalobkyně b), že její snahu o získání zakázky dokládá fakt, že ona sama nabízela rentgenový přístroj vyhovující požadavkům zadavatele namísto přístroje Elite nabídnutého žalobkyní a). Nevhodnost přístroje Elite dokládala znaleckým posudkem, jež byl jako důkaz proveden při jednání. Soud v prvé řadě zdůrazňuje, že v tomto řízení není oprávněn přezkoumávat postup zadavatele při zadání veřejné zakázky OSTRAVA ani důvodnost námitek, že vítězný uchazeč nenabízel přístroje požadované zadávací dokumentací. V předmětném řízení může hodnotit toliko fakt, zda žalobkyně b) skutečně měla vůli nabídnout do předmětné zakázky konkurenční nabídku a usilovala o vítězství v soutěži o veřejnou zakázku. Skutečnost, že se žalobkyně b) snažila nabídnout zdravotnické přístroje vyhovující zadávacím podmínkám, nasvědčuje aktivní participaci žalobkyně b) při podání nabídky do veřejné zakázky. Ve světle ostatních důkazů a skutečností popsaných zejména v bodech 143 a 144 však neobstojí tvrzení žalobkyně b), že se snažila v zakázce OSTRAVA zvítězit. V řízení bylo prokázáno, že jak ceny dodávaných přístrojů, tak zejména podmínky

záručního a pozáručního servisu přístrojů od subdodavatele medisap byly žalobkyní b) nabídnuty tak, aby cenám žalobkyně a) nekonkurovaly.

152. Nedůvodnými shledal soud také námitky žalobkyně b), že nebyly prokázány kontakty mezi ní a žalobkyní a). Je sice pravdou, že žádný přímý důkaz o spolupráci žalobkyň či o sladování jejich nabídek ve správním řízení nebyl opatřen, na základě důkazů nepřímých však takový závěr lze učinit. Z emailové komunikace mezi žalobkyní a) a subdodavatelem medisap vyplývá, že určitá komunikace mezi žalobkyněmi ohledně předmětné zakázky proběhla, neboť pan Neuwirth [žalobkyně a)] se při komunikaci s paní Hamšíkovou [medisap] odkazoval na „sdělení Ing. Hesové“ [žalobkyně b)]; viz bod 140 rozsudku]. Rovněž ze skutečnosti, že žalobkyně b) vyplnila cenovou tabulku i tabulku dílčích kritérií do elektronické verze příloh a způsob, jakým tak učinila, dokládá, že měla k dispozici elektronickou verzi nabídky žalobkyně a). Soud již v bodech 145 a 148 shrnul, že shromážděné důkazy poskytují ucelený řetězec nepřímých důkazů, přičemž skutečnosti z nich vyplývající nejsou rozumně vysvětlitelné jinak, než že žalobkyně sladily svůj postup při podání nabídek do veřejné zakázky OSTRAVA. Komunikace mezi žalobkyněmi byla v řízení prokázána důkazy nepřímými. Námitka je proto nedůvodná.
153. Na základě výše uvedeného soud uzavírá, že ve vztahu k veřejné zakázce OSTRAVA správní orgány shromáždily dostatek důkazů, které postačují pro závěr o porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Námitka je proto nedůvodná.

#### VII. 3. b) Veřejná zakázka LIBEREC

154. Ze správního spisu vyplynuly následující skutečnosti.
155. Krajská nemocnice Liberec, a. s. zadala veřejnou zakázku LIBEREC v otevřeném řízení se lhůtou pro doručení nabídek 22. 9. 2010 ve 14 hodin. Zadávací dokumentace byla na žádost poskytnuta 27 subjektům, mezi nimiž figurovaly obě žalobkyně. Ve stanovené lhůtě byly podány dvě nabídky, a to dne 22. 9. 2010 žalobkyní b) a společností SINOMED s. r. o. (č. l. 8549 správního spisu). Vítězem se stala SINOMED, se kterou zadavatel uzavřel kupní smlouvu. Konečná hodnota zakázky činila 54 174 550 Kč bez DPH.
156. Předmětem plnění veřejné zakázky byla dodávka zdravotnických přístrojů a zařízení včetně montáže, uvedení zařízení do provozu, instalace a vyškolení obsluhy. Konkrétně šlo o dodávku 8 typů zdravotnických přístrojů. Zadavatel u každého přístroje stanovil nepřekročitelnou maximální cenu. Základním hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena.
157. Z nabídky společnosti SINOMED vyplývá, že se na ní podíleli tři subdodavatelé: žalobkyně a) poměrem 70 % s tím, že měla zajišťovat kvalifikaci a realizaci veřejné zakázky, Siemens, s. r. o. poměrem 20 %, která měla zajišťovat servis přístrojů č. 1, 3, 7 a 8, a S & T Plus s. r. o. poměrem 10 %, která zajišťovala servis přístrojů č. 2, 4, 5 a 6 (č. l. 5671 a 5672 správního spisu). Prostřednictvím žalobkyně a) prokazovala SINOMED kvalifikační předpoklady podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ (č. l. 5642 správního spisu).
158. Ceny za jednotlivé položky plnění vykazovaly v nabídkách SINOMED a žalobkyně a) nápadné podobnosti. Nabídka SINOMED obsahovala v 6 případech cenu přesně o 1000 Kč nižší, než byla maximální cena stanovená zadavatelem (u dalších dvou přístrojů byla cena nižší o 996 Kč, resp. 998 Kč). Cena nabídnutá žalobkyní b) za jednotlivé přístroje byla naopak vyšší o 870 Kč, 860 Kč, 892 Kč, 598 Kč, 897 Kč, 898 Kč, 900 Kč a 894 Kč. Vždy se pohybovala mezi cenou za daný přístroj nabídnutý SINOMED a maximální cenou. V průměru byla cena za jednotlivé přístroje nabídnutá žalobkyní b) cca o 851 Kč vyšší než cena nabídnutá SINOMED. Konkrétní nabízené ceny a maximální cenu stanovenou zadavatelem dokládá následující tabulka (ceny jsou v Kč včetně DPH – viz č. l. 5674 a 5744 správního spisu):

Přístroj	Maximální cena	Cena nabídnutá SINOMED	Cena nabídnutá žalobkyní b)
1. Angiografická linka	20 000 000	19 999 000	19 999 870
2. Echokardiograf -high-end třídy	8 000 000	7 999 000	7 999 860
3. Intravaskulární ultrazvuk	5 000 000	4 999 004	4 999 896
4. Monitor. systém s možností měření invazivních tlaků	4 000 000	3 999 002	3 999 600
5. Telemetricky monitor. lůžko nebo intermediální	600 000	599 000	599 897
6. Bed-side echokardiograf	3 000 000	2 999 000	2 999 898
7. RTG systém pro komplexní elektrofyziologická vyšetření	12 000 000	11 999 000	11 999 900
8. Elektrofyziologické záznamové zařízení	7 000 000	6 999 000	6 999 894
Celkem	59 600 000	59 592 005	59 598 815

159. Nabídky SINOMED a žalobkyně b) kromě nápadné shody ve způsobu stanovení cen obsahovaly i další podobnosti. Vzhledem k tomu, že byly nabízeny shodné přístroje, podobnost vykazují i tabulky Specifikace včetně cen a termínů dodání (Příloha č. 1 nabídky). Popis přístrojů v tabulce SINOMED je u některých přístrojů detailnější, nicméně popis v tabulce žalobkyně b) obsahuje shodné texty, vždy zkrácené o určité pasáže (viz č. l. 5680 a násl. a 5746 a násl. správního spisu). Pro názornost lze uvést pasáž u prvního přístroje Angiografická linka, kde SINOMED uvádí: „Univerzální kardio angiografický systém s na podlaže montovaným C ramenem, digitálním plochým detektorem a plně digitálním obrazovým systémem s vysokým rozlišením v matici 1024x1024 bodů“. Žalobkyně b) v téže kolonce píše: „Univerzální kardio angiografický systém s na podlaže montovaným C ramenem“. Je zřejmé, že žalobkyně b) pro všechny přístroje zvolila jen část popisu přístrojů, která se shoduje s pasážemi objevujícími se v nabídce SINOMED. Pokud žalobkyně nabízely shodné přístroje, není zřejmé, proč jejich specifikace u všech přístrojů nebyly úplně shodné a proč žalobkyně b) některé pasáže textu popisující specifikace přístrojů vypustila. Tabulky technických specifikací přístrojů jsou u obou žalobkyň naprosto shodné (č. l. 5688 a násl. a 5750 a násl. správního spisu).

160. Co se týče technického popisu jednotlivých přístrojů, dokumenty o přístrojích č. 1, 3, 7 a 8, které žalobkyni a) dodávala Siemens, s. r. o., obsahují v nabídce SINOMED hlavičku společnosti Siemens, datum nabídky 3. 9. 2010 a označení nabídka: CZBI – 0784 – AXA, v dolní části stránky je obsaženo číslo strany (ve formátu „Page 1 of 17“; č. l. 5698 až 5714, 5729 až 5740). Dokumenty k technické specifikaci přístrojů 1, 3, 7 a 8 v nabídce žalobkyně b) obsahují rovněž 17 stran, a shodný text jako v případě nabídky SINOMED, s tím rozdílem, že chybí hlavička Siemens na každé straně, přičemž na první straně chybí i označení stránky, další strany jsou označeny ve shodném formátu jako u SINOMED s výjimkou toho, že číslování počíná až od strany 2. Je zřejmé, že dokumenty o technické specifikaci předmětných zařízení v nabídce žalobkyně b) vznikly fotokopii z listin obsažených v nabídce SINOMED. Dokumenty v nabídce žalobkyně b) byly ofoceny tak, aby neobsahovaly hlavičku Siemens (posunutím), což dokládají např. čísla stran, která tím pádem nejsou umístěna v dolním rohu stránky, jak je obvyklé, ale zhruba ve  $\frac{3}{4}$  listu papíru (l. 5758 až 5786 správního spisu). Na první straně byla překryta při pořizování kopií i spodní strana obsahující zápatí Siemens, což je znatelné čarami ve spodní straně a rovněž absencí čísla stránky na tomto listu). Cíl takového jednání je zřejmý: žalobkyně b) se snažila zakrýt původ těchto podkladů převzatých od

společnosti Siemens, neboť ona s ní ohledně dodávky předmětných přístrojů do předmětné veřejné zakázky nejednala (viz přípis Siemens žalovanému ze dne 11. 5. 2012, č. l. 5804 správního spisu).

161. K obchodní historii SINOMED na trhu dodávek zdravotnických přístrojů lze zmínit následující. Z obchodního rejstříku vyplývá, že do 20. 10. 2009 byla SINOMED majetkově propojená s žalobkyní a); po tomto datu majetkové propojení dovodit nelze. SINOMED měla v roce 2010 (až do 30. 6. 2011) kromě jednatele společnosti jen jednoho zaměstnance na stálý pracovní poměr a neměla kancelářské prostory; sídlo sdílela s řadou dalších soutěžitelů (srov. vyjádření ze dne 24. 4. 2013 na č. l. 8208). Co se týče obchodní činnosti SINOMED, žalovaný z výpisu z věstníku veřejných zakázek zjistil, že SINOMED v roce 2007 zvítězila ve dvou veřejných zakázkách na dodávky gázy do Fakultních nemocnic Brno a Plzeň. Následně v roce 2010 zvítězila v předmětné veřejné zakázce LIBEREC. Až do 18. 6. 2013, kdy byl výpis pořízen, úspěch v získání veřejných zakázkách nenásledoval (viz č. l. 8585 správního spisu).
162. SINOMED uzavřela se žalobkyní a) kupní smlouvu, jejíž obsah (předmět plnění) se shodoval s kupní smlouvou na plnění veřejné zakázky LIBEREC uzavřenou dne 3. 11. 2010 mezi zadavatelem a SINOMED (č. l. 5856 a 8567 správního spisu). Ze subdodavatelské smlouvy vyplývalo, že cena za subdodavatelské služby žalobkyně a) bude 59 097 005 Kč včetně DPH (provize SINOMED tedy činila necelé 1 %). Žalobkyně a) přitom odebrala zdravotnické přístroje od společností Siemens a S & T Plus celkem za 41 025 452 Kč (její provize tedy činila zhruba 30 % – viz č. l. 5856 a násl. správního spisu). SINOMED před podáním nabídky do předmětné zakázky komunikovala jen se žalobkyní a); se žalobkyní b) v této věci nikdy nejednala (viz přípis SINOMED ze dne 24. 4. 2013, č. l. 8208 správního spisu). Žalobkyně a) spolupráci se SINOMED vysvětlovala tím, že měla „*maximální zájem o úspěšnou realizaci zakázky, ke níž bezpochyby přispěly i zkušenosti s realizací zakázek na dodávky investičních celků poskytnuté spol. SINOMED.*“ Důvodem, proč žalobkyně a) sama nepodala nabídku, měla být zejména skutečnost, že žalobkyně a) „*neponeše za plnění této zakázky komplexní odpovědnost*“ [viz přípis žalobkyně a) ze dne 18. 1. 2013, č. l. 5990 správního spisu].
163. Kontakty mezi žalobkyněmi dovozoval žalovaný zejména z elektronického diáře Ing. Martina Jireše [žalobkyně a)]. Z něj vyplývají časté schůzky mezi Ing. Jirešem a MUDr. Řehákem [žalobkyně b)]. Zmínit lze např. schůzku ze dne 13. 9., časově předcházející podání nabídky. Dne 2. 9. byla plánována schůzka „Těšitel – Liberec“ (Ing. Martin Těšitel byl v předmětné době jednatelem SINOMED), 3. 9. „Liberec“ a 18. 9. „Liberec“ (srov. č. l. 5824 správního spisu).
164. Žalovaný v rozhodnutí I. stupně vycházel z toho, že faktickým uchazečem o veřejnou zakázku LIBEREC nebyla SINOMED, ale žalobkyně a). Uzavřel, že žalobkyně zkoordinovaly svůj postup při účasti a podání nabídek do výběrového řízení k veřejné zakázce LIBEREC tak, aby mezi sebou vyloučily konkurenci. Vzájemně si zprostředkovaly informace o svém budoucím záměru ohledně postupu při účasti a podání nabídek ve výběrovém řízení, čímž mezi sebou odstranily nejistotu o budoucím chování v soutěži (srov. zejm. body 275 – 287 rozhodnutí správního orgánu I. stupně).
165. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí uvedl, že pokud SINOMED vystupovala jako dodavatel podle zákona o veřejných zakázkách, avšak ve skutečnosti byl celý předmět zakázky plněn žalobkyní a), je nutné zabývat se vymezením takového dodavatele z pohledu zákona o ochraně hospodářské soutěže. SINOMED na trhu zdravotnické přístrojové techniky nepůsobila a není ani patrné, že by získanou referenci využila k proniknutí na trh a upevnění svého postavení. Po vítězství v zadávacím řízení SINOMED uzavřela s žalobkyní a) kupní smlouvu shodnou se smlouvou uzavřenou mezi zadavatelem veřejné zakázky a SINOMED. Fakticky tedy plnění zajišťovala žalobkyně a) v celém rozsahu. Rovněž z vyjádření žalobkyně b) v průběhu řízení vyplynulo, že SINOMED na daném trhu nepůsobila a pohybovala se na



jiných trzích. Předseda proto uzavřel, že „SINOMED vystupovala jako dodavatel pouze formálně tak, aby byl splněn požadavek ZVZ na to, že subdodavatel se nemůže účastnit veřejné zakázky jako samostatný dodavatel či dodavatel ve sdružení, a zároveň aby mohla mezi společnostmi PURO-KLIMA a HOSPIMED probíhat komunikace o podobě jejich nabídek. Využitím společnosti SINOMED jako formálního dodavatele si [žalobkyně a] zajistila pozici dodavatele celého plnění a zároveň pozici umožňující nabízet své plnění dalším uchazečům a ovlivňovat podobu jejich nabídek. (...) skutečným dodavatelem v materiálním smyslu, jehož nabídka byla vybrána, je [žalobkyně a]), která zároveň svojí pozicí subdodavatele [žalobkyně b]) získala přístup k informacím o postupu konkurenčního soutěžitele a tím i příležitost k získání záminky ke koordinaci postupu obou soutěžiteli“ (bod 137 rozhodnutí o rozkladu).

166. Podle § 51 odst. 4 ZVZ, v rozhodném znění, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) subdodavatelem a b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele ke poskytnutí plnění určeného ke plnění veřejné zakázky dodavatelem či ke poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d). Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a).
167. Z ustanovení § 69 odst. 2 ZVZ vyplývá, že dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci.
168. ZVZ obsahuje v § 17 vymezení některých pojmů. Podle písm. a) se pro účely tohoto zákona dodavatelem rozumí fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel. Subdodavatelem je pak podle písm. i) osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli ke plnění veřejné zakázky určité věci či práva.
169. Cílem § 69 odst. 2 ZVZ je zamezit ovlivňování soutěže o zakázku tím, že by dodavatel prostřednictvím nabídky jiného uchazeče mohl ovlivňovat výslednou cenu. Zákon umožňuje, aby subdodavatel nabízel své služby více dodavatelům, nikoli aby figuroval v jednom zadávacím řízení jak na straně dodavatele, tak subdodavatele.
170. Zákon o veřejných zakázkách předpokládá, že subdodavatel plní „část“ veřejné zakázky, zbývající část plní dodavatel. V posuzovaném případě však došlo k tomu, že žalobkyně a) plnila celý předmět veřejné zakázky a role SINOMED byla čistě formální. Osobně nabídku podala a zúčastnila se otvírání obálek, nicméně na plnění zakázky samotné se nijak podílet neměla; to měla zajišťovat žalobkyně a). Uvedené vyplývá zejména z kupní smlouvy uzavřené po vítězství ve veřejné zakázce mezi žalobkyní a) a SINOMED, která byla shodná jako kupní smlouva mezi SINOMED a FN Liberec. Rovněž prakticky nulová zkušenost SINOMED s veřejnými zakázkami na relevantním trhu, její personální nevybavenost pro zajištění plnění zakázky, výše provize diametrálně odlišné od provize žalobkyně a), jakož i ojedinělost úspěchu SINOMED ve veřejných zakázkách na zdravotnické přístroje, svědčí o tom, že od počátku měla realizaci celého předmětu plnění veřejné zakázky LIBEREC zajišťovat žalobkyně a). Ačkoliv v nabídce SINOMED byli jako další subdodavatelé označeni Siemens, s. r. o. a S & T Plus s. r. o., kteří dodávali konkrétní zdravotnické přístroje, s těmito společnostmi komunikovala výhradně žalobkyně a) a byla to právě ona, která fakticky plnění celého předmětu veřejné zakázky zajišťovala.

171. Soud nenachází rozumné vysvětlení, proč žalobkyně a), která fakticky představovala stoprocentního subdodavatele v nabídce SINOMED (jež nebyla personálně schopna nabídku zpracovat, neměla na to reference, kapacitu ani zkušenosti), nepodala nabídku do veřejné zakázky sama. Jediným přijatelným vysvětlením může být jen skutečnost, že žalobkyně a) chtěla v nabídce SINOMED vystupovat jako subdodavatel, aby se současně mohla subdodavately podílet i na nabídce Hospimed a jejím prostřednictvím ovlivnit výsledek veřejné zakázky, případně aby rozměnila možné pochybnosti o tom, že ve veřejných zakázkách vypisovaných předmětným zadavatelem je častým vítězem právě ona (viz bod 97 rozsudku). Soud odmítá, že by tímto důvodem mohlo být zřeknutí se odpovědnosti za podání nabídky, jak žalobkyně ve správním řízení argumentovala (bod 162). Žalobkyně a) totiž i jako subdodavatel SINOMED měla stejnou odpovědnost, jak kdyby nabídku podala sama (viz shodné znění kupních smluv).
172. Soud tedy ve shodě s žalovaným dospěl k závěru, že zajišťuje-li subdodavatel fakticky realizaci celého předmětu plnění veřejné zakázky a uchazeč, který ve veřejné zakázce zvítězil, se na plnění této zakázky fakticky nepodílí, lze takového subdodavatele pro účely posuzování porušení § 3 odst. 1 ZOHS považovat za faktického uchazeče o veřejnou zakázku a jemu přičítat podání nabídky do veřejné zakázky. Nabídka SINOMED do veřejné zakázky LIBEREC je tak přičitatelná žalobkyni a). Obstojí tedy i způsob vymezení deliktního jednání ve výroku III. prvostupňového rozhodnutí, v němž žalovaný jako zakázané jednání označil sladřování nabídek žalobkyň [nikoliv nabídky SINOMED a žalobkyně b)] do veřejné zakázky LIBEREC, neboť nabídku SINOMED fakticky považoval za nabídku podanou žalobkyní a). Správnost tohoto závěru soud s ohledem na specifika skutkových okolností při podání nabídek do veřejné zakázky LIBEREC potvrdil.
173. Žalobkyně a) namítala nesprávnou interpretaci § 51 odst. 4 ZVZ správními orgány a dodávala, že SINOMED splnila profesní kvalifikační předpoklady. Ani z § 17 písm. i) ZVZ podle jejího názoru nevyplývá, jakou část veřejné zakázky může dodavatel realizovat prostřednictvím subdodavatele. Uvedenou námitku soud neshledává důvodnou. Právě z definice subdodavatele obsažené v § 17 písm. i) ZVZ lze podle soudu dospět k závěru, že subdodavatel nemůže plnit celý předmět veřejné zakázky, ale pouze její část. Část plnění předmětu veřejné zakázky musí realizovat dodavatel. V projednávaném případě tomu tak nebylo, protože formální subdodavatel – žalobkyně a) měla podle kupní smlouvy mezi SINOMED a žalobkyní a) zajišťovat realizaci celého předmětu plnění veřejné zakázky, nikoliv pouze jeho část. Na tom nic nemění skutečnost, že SINOMED splnila profesní kvalifikační předpoklady; na realizaci veřejné zakázky se totiž fakticky nepodílela, což vyplývá ze shodných kupních smluv na plnění předmětu veřejné zakázky mezi SINOMED a zadavatelem veřejné zakázky a SINOMED a žalobkyní a).
174. Námitku žalobkyně b), že správní orgány neprokázaly, že by účastníkem zakázané dohody byla SINOMED, a nelze tak její jednání přičítat žalobkyni a), neshledal soud důvodnou. Správní orgány vycházely z toho, že z důvodů výše vysvětlených podala fakticky nabídku do veřejné zakázky LIBEREC žalobkyně a), nikoliv SINOMED. Skutečnost, zda měla být pro předmětný správní delikt trestána i společnost SINOMED, není pro přezkum zákonnosti napadeného správního rozhodnutí relevantní. Soudu nepřísluší ukládat žalovanému pokyny k tomu, jaké subjekty má pro porušení hospodářské soutěže prověřovat a stíhat; takové uvážení je v diskreci žalovaného. Soud je v tomto řízení povolán k přezkumu zákonnosti napadeného správního rozhodnutí, v jehož rámci mu přísluší hodnotit zákonnost úvahy žalovaného, že nabídka SINOMED do veřejné zakázky je fakticky přičitatelná žalobkyni a). Uvedený závěr soud potvrdil.
175. Soud je přesvědčen, že důkazy provedené ve správním řízení jednoznačně svědčí o kontaktech žalobkyň a jejich spolupráci před podáním nabídky do veřejné zakázky LIBEREC. Kontakty mezi žalobkyněmi při vypracování veřejné zakázky jsou doloženy jednak tím, že žalobkyně a)

figurovala jako subdodavatel žalobkyně b) v předmětné veřejné zakázce, dále výpisy z elektronického diáře Ing. Jireše, jednotným vzorcem při tvorbě cenové nabídky a shodnými podklady k přístrojům nabízených do veřejné zakázky, resp. jejich původem od žalobkyně a). Z nabídky žalobkyně b) je jasná snaha zakrýt faktického dodavatele přístrojů (jejich původ od společnosti Siemens). Rovněž způsob tvorby cen, kdy ceny za přístroje se v nabídce žalobkyně b) vždy pohybují mezi cenou nabídnutou žalobkyní a) a cenou maximální, nasvědčuje tomu, že žalobkyně b) při vypracování své nabídky měla k dispozici podklady od žalobkyně a). Nabídku nepodala s cílem konkurovat nabídce žalobkyně a), ale jako nabídku krycí, která měla vyvolat zdání reálné soutěže o zakázku. Na realizaci zakázky však žalobkyně b) skutečný zájem neměla.

176. Soud je přesvědčen, že ve správním řízení byly prokázány všechny aspekty naplnění skutkové podstaty podle § 3 odst. 1 ZOHS ve smyslu závěrů vyložených v bodech 124 až 126 i ve vztahu k veřejné zakázce LIBEREC. Existovala předchozí koordinace mezi žalobkyněmi ohledně podání nabídek do veřejné zakázky [schůzky žalobkyň vyplývající z elektronického diáře Ing. Jireše, fotokopie podkladů v nabídce od společnosti Siemens, způsob tvorby cen, žalobkyně a) jako subdodavatel obou dodavatelů], která vyústila v podání nabídek žalobkyněmi [zde soud vychází z přičitatelnosti nabídky SINOMED žalobkyni a), jak bylo vysvětleno v bodech 169 až 172] do veřejné zakázky, přičemž nabídky byly podány s cílem vyloučit reálnou soutěž o předmětnou veřejnou zakázku.
177. Ani v tomto případě na základě okolností popsaných zejména v bodě 175 soud neshledal důvodnou námitku, že podobnost nabídek vyplývá ze skutečnosti, že žalobkyně nabízely shodné přístroje.
178. Soud se proto ztotožnil se závěry předsedy žalovaného obsaženými v bodech 132 až 149 napadeného rozhodnutí, že předloženými důkazy bylo prokázáno jednání žalobkyň ve shodě při podání nabídek do veřejné zakázky LIBEREC.
179. Námitka nedostatečně zjištěného skutkového stavu je tedy nedůvodná.

#### *VII. 4) Námitky proti výši pokuty*

180. Podle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS *se právnícká nebo podnikající fyzická osoba jako soutěžitel dopustí správního deliktu tím, že uzavře dohodu v rozporu s § 3 odst. 1. Za uvedený správní delikt se podle odst. 2 citovaného ustanovení uloží pokuta do 10 000 000 Kč nebo 10 % z čistého obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období.*
181. Z ustanovení § 22b odst. 2 ZOHS plyne, že *při určení výměry pokuty právnícké osobě se přiblížne ke závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a ke okolnostem, za nichž byl spáchán.*

#### *VI. 4. A) Pokuta uložena žalobkyni a)*

182. Žalobkyně a) namítala, že žalovaný při stanovení výše pokuty nezohlednil poslední účetní období. To učinil až předseda žalovaného v rozhodnutí o rozkladu. Nesprávně však vycházel z hrubého obrátu soutěžitele, namísto obrátu čistého. Uložená pokuta je podle ní rovněž likvidační.
183. Předseda žalovaného se výpočtem výše pokuty uložené žalobkyni a) zabýval v bodech 173 až 187 napadeného rozhodnutí. Potvrdil správnost stanovení základní částky pokuty ve výši 20 490 000 Kč a dále připustil navýšení základní částky o 40 % (za úmyslné jednání a za spáchání dalšího deliktu). Výsledná částka by po zaokrouhlení měla činit 28 686 000 Kč. Následně předseda žalovaného zohlednil čistý obrat soutěžitele za hospodářský rok 2014, který činil 109 447 000 Kč a modifikoval uloženou pokutu na 10 900 000 Kč, aby nepřekročila zákonný limit dle § 22a odst. 2 ZOHS.

184. K námitce, že žalovaný v rozhodnutí I. stupně nezohlednil poslední ukončené účetní období, soud odkazuje na bod 67 a 119, v nichž se k předmětné nabídce vyjadřoval. Uvedená vada byla v rozhodnutí o rozkladu zhojena. Námitka je proto neopodstatněná.
185. Stejně tak soud neshledal důvodnou námitku o porušení zásady rovnosti ve správním řízení. Poskytla-li žalobkyně a) žalovanému v průběhu správního řízení příslušné účetní doklady sama, bez předchozí výzvy žalovaného, nebylo nutné ji k doložení dokladů vyzývat. Takový postup zvolil žalovaný v případě žalobkyně b), neboť nezbytnými účetními doklady nedisponoval. Uvedený postup nejenže neodporoval zásadě rovnosti, ale byl i v souladu se zásadou hospodárnosti dle § 6 odst. 2 správního řádu, podle níž správní orgán dotčené osoby co možná nejméně zatěžuje.
186. Žalobkyně a) v podané žalobě zpochybňuje správnost výpočtu čistého obratu za poslední účetní období žalovaným. Má za to, že výsledná pokuta nemůže přesahovat hranici 10 milionů Kč a že obrat měl být očištěn od obrátů dosažených mezi společnostmi ve skupině ve smyslu § 14 ZOHS.
187. K tomu soud nejprve uvádí, že názor žalobkyně a), že jí nemohla být uložena pokuta přesahující hranici 10 milionů Kč je nesprávný. Ustanovení § 22a odst. 2 ZOHS alternativně stanoví maximální hranici pro uložení pokuty buďto pevnou částkou 10 milionů Kč nebo 10 % z čistého obratu; platí vždy ta z uvedených částek, která je v daném případě vyšší (pro soutěžitele přísnější). Přesahuje-li 10 % z čistého obratu soutěžitele hodnotu 10 milionů Kč, může uložená pokuta tuto fixně stanovenou částku přesahovat. Pokud je částka připadající na 10 % obratu soutěžitele pod hranici 10 milionů Kč, bude maximální částkou pro uložení pokuty právě hodnota 10 milionů Kč. Uvedený názor podporuje i odborná literatura, podle níž „[z]a horní hranici je považována ta z alternativně použitelných hranic, která je pro příslušného soutěžitele nepřiznivější, přičemž hranice stanovená pevnou částkou se uplatní zejména u soutěžitelů, kteří nejsou založeni za účelem podnikatelské činnosti, a žádného obratu tudíž nedosahují“ (srov. RAUS, D., ORŠULOVÁ, A. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014). „Vzhledem k tomu, že výše pokuty je stanovena alternativně, může uložená pokuta překročit i částku 10 mil. Kč, takže tu nelze v žádném případě pokládat za absolutní hranici“ (srov. KINDL, J., MUNKOVÁ, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, s. 470).
188. Námitka, že žalobkyni a) nemohla být stanovena pokuta vyšší než 10 milionů Kč proto není důvodná.
189. Soud dále hodnotil, zda žalovaný správně vypočetl čistý obrat za poslední účetní období. Přitom vycházel z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 4. 2015, č. j. 2 As 204/2014-71, který se uvedenou problematikou zabýval. Z bodu 69 citovaného rozsudku vyplývá, že „při výkladu pojmu čistý obrat je nutno vycházet ze zákona o účetnictví, který tento pojem obecně definuje. Ustanovení § 14 ZOHS tento obecný pojem konkretizuje, a to pouze pro účely spojování soutěžitelů.“
190. Domáhá-li se žalobkyně a), aby pro výpočet čistého obratu byl zohledněn i obrat ve skupině dosažený mezi společnostmi, jež jsou součástí soutěžitele PURO-KLIMA, je uvedený požadavek nepřijatelný. Čistým obratem je nutné pro účely výpočtu pokuty dle § 22a odst. 2 ZOHS rozumět obecnou definici tohoto pojmu vyplývající ze zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů. Ustanovení § 14 ZOHS se vztahuje k posuzování obratu výhradně pro účely spojování soutěžitelů, nikoliv pro účely výpočtu pokuty. Tomu odpovídá i systematické zařazení citovaného ustanovení § 14 ZOHS do hlavy IV Spojování soutěžitelů, zatímco výpočet pokuty je upraven v hlavě VII Správní delikty.
191. Co se týče likvidačního charakteru uložené pokuty, soud se ztotožnil se závěry žalovaného vyslovenými v bodě 176 a 187 napadeného rozhodnutí. Pokuta byla žalobkyni a) na základě podaného rozkladu snížena. Dle předložených účetních výkazů lze mít za to, že uložená

sankce je sice citelná, nicméně není pro žalobkyni likvidační. Ostatně již při posuzování návrhu na přiznání odkladného účinku soud hodnotil, že úhrada uložené pokuty nemusí vést k ohrožení hospodářské činnosti žalobkyně a) a že v tomto ohledu může být využito nerozděleného zisku z minulých let (viz usnesení č. j. 29 Af 2/2016-140). Uloženou pokutu proto podle soudu nelze považovat za likvidační ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133, publikovaného pod č. 2092/2010 Sb. NSS).

192. Námitka nezákonného stanovení výše pokuty ve vztahu k žalobkyni a) proto není důvodná.
- VI. 4. B) Pokuta uložená žalobkyni b)
193. Žalobkyně b) namítá především nesprávné vymezení relevantního trhu, což mělo dopad na zákonnost uložené pokuty. Žalovaný dále nesprávně zohlednil závažnost jednání, délku trvání, nedostatečně odůvodnil úmyslnost jednání či souběh dvou skutků. Nevzal rovněž v úvahu převod některých společností ze skupiny HOSPIMED, který vedl ke snížení obratu soutěžitele. Uložená pokuta je tak podle žalobkyně b) nepřiměřená a likvidační. Pro případ, že by soud neshledal důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, žalobkyně b) navrhla moderaci uložené sankce.
194. Podle § 2 odst. 2 ZOHS *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.*
195. Žalovaný se vymezením relevantního trhu zabýval v bodech 170 až 192 prvostupňového rozhodnutí. Uvedl, že relevantním trhem je trh dodávek zdravotnické přístrojové techniky. Podrobnější členění podle žalovaného (viz bod 184 prvostupňového rozhodnutí) není na místě, neboť žalobkyně i další společnosti působící v dané oblasti „*jsou schopni zajistit dodávku různých druhů zdravotnické přístrojové techniky, neboť neexistují bariéry pro distribuci a dodávky těchto výrobků např. prostřednictvím výhradnosti. V souvislosti s dodávkami zdravotnické přístrojové techniky pak tyto společnosti poskytují svým zákazníkům služby technického servisu dodaných přístrojů (záruční i pozáruční).*“ Z hlediska geografického byl relevantní trh vymezen jako území České republiky a z hlediska časového jako trh trvalý (trh pravidelně se opakujících dodávek). Správnost vymezení relevantního trhu potvrdil předseda žalovaného v bodě 80 rozhodnutí o rozkladu.
196. Při jednání žalobkyně b) navrhla soudu, aby zadal znalecký posudek na ověření správnosti vymezení relevantního trhu v projednávaném případě. Soud však návrh na provedení takového důkazu pro nadbytečnost zamítl. Je přesvědčen, že závěry žalovaného ohledně vymezení relevantního trhu jsou dostačující a správné. Zodpovězení této otázky znalcem proto dle soudu není nezbytné. Při vymezení relevantního trhu v dané věci je zásadní charakter podnikání obou žalobkyň. Jak samy žalobkyně v průběhu správního řízení potvrdily, zabývají se dodávkami různých zdravotnických přístrojů a často zajišťují i související služby jako školení personálu, instalaci zařízení a záruční a pozáruční servis. Žalobkyně se zabývají tzv. „kompletátorskou činností“: zdravotnické přístroje nevyrábí, ale zajišťují jejich dodání od různých výrobců či distributorů do zdravotnických zařízení, včetně instalace zařízení, školení personálu a zajištění záručního i pozáručního servisu. S ohledem na charakter poskytovaných služeb není zcela zásadní další členění zdravotnických přístrojů, neboť žalobkyně jsou schopny dodat do zdravotnických zařízení široké spektrum přístrojů právě s ohledem na to, že ony samy tyto přístroje nevyrábí, ale spíše je poptávají od různých výrobců či distributorů. Nejsou přitom omezeny typem zdravotnických přístrojů ani např. výhradními licencemi apod.
197. Soud tak přisvědčil žalovanému, že relevantní trh v dané věci představuje trh dodávek zdravotnické přístrojové techniky. Ostatně sama žalobkyně b) na dotaz žalovaného v průběhu správního řízení označovala za relevantní trh právě trh dodávek zdravotnické přístrojové techniky. Netvrdila, že by se zabývala jen dodávkami některých typů přístrojů (viz např. přípis

ze dne 6. 3. 2013, č. 1. 6126 a násl. správního spisu). Nutnost podrobnějšího členění, kterou žalobkyně b) argumentovala, se vztahuje k vymezení relevantního trhu pro účely spojování soutěžitelů, nikoliv pro účely zakázaných dohod podle § 3 odst. 1 ZOHS.

198. Námitka nesprávného vymezení relevantního trhu proto není důvodná.
199. Dále žalobkyně b) zpochybňuje v podstatě způsob hodnocení každého z kritérií pro uložení sankce. K tomu soud předesílá, že podle judikatury Nejvyššího správního soudu „[ú]kolem soudu není nabravit správní orgán v jeho odborné dozorové kompetenci ani nabravit správní uvážení uvážením soudním, ale naopak posoudit, zda se správní orgán v napadeném rozhodnutí dostatečně vypořádal se zjištěným skutkovým stavem, resp. zda řádně a úplně zjišťil skutkový stav, a zda tam, kde se jeho rozhodnutí opíralo o správní uvážení, nedošlo k vybočení z mezí a hledisek stanovených zákonem“ (srov. rozsudek ze dne 18. 12. 2003, č. j. 5 A 139/2002-46, publikovaný pod č. 416/2004 Sb. NSS). Správním orgánům musí být dán určitý prostor pro jejich vlastní volné uvážení, jímž je i uvážení o výši uložené sankce. Do této úvahy správního orgánu soud nezasahuje, nevymyká-li se úvaha mezím stanoveným zákonem, zásadě logiky apod. (výjimku představuje institut moderace sankce dle § 78 odst. 2 s. ř. s., o němž bude pojednáno níže). Ve vztahu k uložené sankci proto soud hodnotil, zda žalovaný zohlednil veškeré relevantní okolnosti, posoudil kritéria pro ukládání sankce a nevybočil z mezí stanovených zákonem nebo zda správní uvážení nezneužil (§ 78 odst. 1, věta druhá, s. ř. s.). Není úkolem soudu přehodnocovat závěry žalovaného ohledně každého z dílčích kritérií pro ukládání sankce, nevybočuje-li závěr žalovaného z mezí stanovených zákonem.
200. Žalovaný v souladu se zásadou absorpční uložil pokutu za nejprísněji postižitelný delikt (jímž byla dle vyšší ceny veřejná zakázka OSTRAVA) a spáchání dalších 2 deliktů hodnotil jako přitěžující okolnost. Vzhledem k tomu, že v řízení o rozkladu předseda žalovaného ve vztahu k veřejné zakázce UK-1. LF řízení zastavil a žalobkyně byly ve výsledku pokutovány jen za dva skutky, lze jako přitěžující okolnost přičíst jen jednou spáchání dalšího skutku ohledně veřejné zakázky LIBEREC (viz body 162 a 163 rozhodnutí o rozkladu).
201. Při posuzování kritérií pro uložení pokuty dle § 22b odst. 2 ZOHS vycházel žalovaný ze Zásad. Jednání žalobkyň spočívající v koordinaci činnosti konkurentů při tendrech (*bid rigging*) s prvky dohody o rozdělení trhu a též cenové dohody označil žalovaný v souladu s bodem 22 Zásad za jednání velmi závažné, proto stanovil výchozí podíl dle 29 Zásad ve výši 3 % hodnoty prodeje (zejm. bod 402 a 411 prvostupňového rozhodnutí). Podle soudu uvedené hodnocení nijak nevybočuje z mezí zákona a je v souladu se Zásadami.
202. Co se týče délky trvání porušení ZOHS, žalovaný jednání označil za krátkodobé (kratší než jeden rok), což zohlednil koeficientem 1,00 dle bodu 31 Zásad. Námitky žalobkyně b), že mělo být zohledněno, že vytýkané jednání trvalo jen v řádu dní, nejsou důvodné. Zásady v bodě 31 předpokládají koeficient 1,00 pro jednání kratší jednoho roku, ať již je to jednání v řádu dnů či měsíců. Soudu se taková distinkce kritéria času jeví jako dostačující a neshledává na ni nic, co by vybočovalo z mantinelů stanovených zákonem.
203. Žalobkyním byla dále přičtena k tíži jako přitěžující okolnost úmyslnost jednání [viz bod 33 písm. b) Zásad], v důsledku čehož jim byla pokuta zvýšena o 20 %. K tomu žalovaný v bodě 416 prvostupňového rozhodnutí odkázal na část IX rozhodnutí, v níž se zabýval subjektivní stránkou deliktu. Uvedl, že od 1. 9. 2009 je odpovědnost za protisoutěžní jednání spočívající v uzavření zakázané dohody narušující soutěž odpovědností objektivní. Případný úmysl je však zohledňován při ukládání pokut. V bodě 396 žalovaný uzavřel, že z charakteru jednání žalobkyň, které vzájemně koordinovaly jednání vůči zadavatelům veřejných zakázek, čímž vědomě eliminovaly rizika vzájemné konkurence, představuje zaviněné porušení ZOHS ve formě úmyslu. Uvedený závěr předseda žalovaného potvrdil v bodě 167 rozhodnutí o rozkladu. Soud má za to, že jednání žalobkyň, které vzájemně sladily své postupy ve veřejných zakázkách s cílem, aby výhodnější nabídku podala žalobkyně a), bylo jednání

úmyslné, jehož cílem bylo vyloučit férovou soutěž o veřejnou zakázku. Úvaha žalovaného v bodě 396 prvostupňového rozhodnutí je v tomto směru dostačující. Předseda žalovaného závěry prvostupňového rozhodnutí ohledně úmyslnosti jednání potvrdil. Nebyl proto povinen blíže se k úmyslu žalobkyně vyjadřovat. Na jeho rozhodnutí je nutno nahlížet ve spojení s rozhodnutím prvostupňovým (viz např. rozsudek KS v Brně ze dne 29. 5. 2007, č. j. 62 Ca 20/2006-65, publikovaný pod č. 1296/2007 Sb. NSS). Námitka nedostatečného odůvodnění této přítěžující okolnosti či nesprávnosti navýšení pokuty z tohoto důvodu je tedy nedůvodná.

204. K souběhu deliktů se žalovaný vyjádřil obecně v bodech 405 až 408 prvostupňového rozhodnutí. Uvedl, že podle absorpční zásady se sankce uloží za delikt nejpřísněji postižitelný a jako přítěžující okolnost je přičteno spáchání více deliktů. Žalovaný proto pokutu zvýšil za dva další delikty o 40 % (bod 415 rozhodnutí). Jak již bylo zmíněno, na základě rozhodnutí o rozkladu bylo řízení o jednom z deliktů zastaveno, proto předseda žalovaného nově zohlednil jako přítěžující okolnost spáchání jednoho dalšího deliktu, z tohoto důvodu byla pokuta zvýšena o 20 % v souladu s bodem 32 písm. d) Zásad (viz bod 169 rozhodnutí předsedy žalovaného). Také odůvodnění zvýšení pokuty z důvodu spáchání dvou deliktů považuje soud za dostatečné a proti úvahám správních orgánů v tomto směru nemá výtek. Odmítá argumentaci žalobkyně b), že správní orgány měly spáchání druhého skutku zohlednit toliko v rámci kritéria času z důvodu, že délka obou vytykávaných skutků byla v součtu kratší než jeden rok. K zákonnosti posouzení hlediska času u jednání ve veřejné zakázce OSTRAVA se soud věnoval v bodě 203 rozsudku. Skutečnost, že došlo ke spáchání vícečinného souběhu, vedla v souladu se zásadou asperace ke zvýšení pokuty. Není v tomto ohledu relevantní, že druhý skutek byl taktéž jednáním krátkodobým. Zvýšení pokuty z důvodu souběhu deliktního jednání je odůvodněno závažností jednání žalobkyně, která je pochopitelně větší, dopustí-li se žalobkyně zakázaného jednání opakovaně, nehledě na to, že v obou případech trvalo zakázané jednání z hlediska časového jen několik dnů.
205. Žalobkyně b) dále uváděla, že v napadeném rozhodnutí nebyl zohledněn převod společností medisap a Hoyer Praha (ze skupiny HOSPIMED) na společnost Artesian Medical v dubnu 2015. K tomu předseda žalovaného v bodě 171 napadeného rozhodnutí uvedl, že při posouzení aktuální hospodářské situace žalobkyně b) vycházel ze stavu k poslednímu ukončenému účetnímu období, tedy k 31. 12. 2014. Předseda žalovaného tak na zmíněnou situaci v napadeném rozhodnutí reagoval, nicméně dospěl k závěru, že nemá být zohledněna při stanovení posledního ukončeného účetního období.
206. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu je nutné poslední ukončené účetní období dle § 22a odst. 2 ZOHS při rozhodování o pokutě i v řízení o rozkladu vztáhnout k období, které bezprostředně předcházelo době vydání rozhodnutí správního orgánu prvního stupně (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2014, č. j. 7 Afs 57/2011-1234, publikované pod č. 3125/2014 Sb. NSS). Pozdější hospodářský vývoj může být dle citovaného usnesení rozšířeného senátu zohledněn v rámci posuzování přiměřenosti ukládané pokuty, resp. jejích likvidačních důsledcích. Při posuzování přiměřenosti uložené pokuty předseda žalovaného prodej těchto společností výslovně nezmiňoval, nicméně dospěl k závěru, že pokuta nepřiměřená není (viz i dále bod 207 rozsudku). Jakkoliv lze v tomto směru shledat dílčí vadu odůvodnění rozhodnutí předsedy žalovaného, nezpůsobuje tato vada nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, publikovaný pod č. 3/2004 Sb. NSS). Přiměřeností uložené pokuty se předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí komplexně zabýval a ostatně jak argumentoval i žalovaný ve vyjádření k žalobě, lze předpokládat, že prodejem společností získala žalobkyně b) určité finanční prostředky, jež mohly být využity i k úhradě uložené pokuty.
207. Soud nepřehlédl, že v souladu s citovaným usnesením rozšířeného senátu č. j. 7 Afs 57/2011-1234, mělo být u žalobkyně b) jako poslední ukončené období zohledněno období roku 2013

předcházející vydání prvostupňového správního rozhodnutí. Má však za to, že námitka žalobkyně b) tak, jak byla formulována, směřovala výlučně do požadavku na zohlednění prodeje společností, k němuž došlo počátkem roku 2015, v rámci přiměřenosti uložené pokuty. Není pochyb o tom, že do posledního účetního období tato skutečnost zahrnuta býti neměla, a samotnou nezákonnost uložené pokuty z hlediska chybně použitého posledního účetního období žalobkyně nevznášela.

208. Co se týče likvidačního charakteru uložené pokuty, soud shledává dostatečné závěry žalovaného vyslovené v bodech 177 až 180 napadeného rozhodnutí a ztotožňuje se s nimi. Z předložených účetních výkazů za období 2010 – 2014 lze mít za to, že žalobkyně b) je stabilní a solventní společností s nízkým podílem zadlužení. Obdobně jako u žalobkyně a) soud již při posuzování návrhu na přiznání odkladného účinku konstatoval, že úhrada uložené pokuty nemusí vést k ohrožení hospodářské činnosti žalobkyně b) (viz usnesení č. j. 29 Af 5/2016-203). Pokuta uložená žalobkyni b) je podle soudu citelná, ovšem podle účetních výkazů žalobkyně b) i po odečtení závazků a uložené pokuty disponuje majetkem v řádech stovek milionů Kč. Uloženou pokutu proto podle soudu nelze ve vztahu k žalobkyni b) považovat za likvidační ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133, publikovaného pod č. 2092/2010 Sb. NSS.
209. Soud tedy uzavírá, že námitky žalobkyně b) směřující do zákonnosti uložené sankce nejsou důvodné.
210. K návrhu žalobkyně b) na moderaci sankce soud odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu. Z ní vyplývá, že smyslem a účelem moderace obsažené v soudním řádu správním není hledání „ideální“ výše sankce soudem namísto správního orgánu, ale její korekce v případech, že by sankce, pohybující se nejen v zákonném rozmezí a odpovídající i všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce (např. rozsudek ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 22/2012-23, publikovaný pod č. 2672/2012 Sb. NSS).
211. Žalobkyně jako eventuální petit navrhovala moderaci uložené pokuty; nekonkretizovala však, v čem by zjevná nepřiměřenost měla spočívat. Soud uznává, že pokuta v řádu desítek milionů Kč je pokutou vysokou a citelnou. Dle jeho názoru je však adekvátní a odpovídá závažnosti vytýkaného jednání. Ostatně soud neshledal, že by správní orgány při jejím ukládání porušily Zásady pro ukládání pokut, ani že by vybočily z mezí zákona. Soud proto pokutu neshledal jako zjevně nepřiměřenou okolnostem projednávaného případu, proto k moderaci dle § 78 odst. 2 s. ř. s. nepřistoupil.

### VIII. Závěr a náklady řízení

212. S ohledem na vše shora uvedené lze konstatovat, že soud neshledal důvodným žádný z žalobních bodů, a proto v souladu s ustanovením § 78 odst. 7 s. ř. s. žaloby jako nedůvodné zamítl. Neshledal rovněž, že by u žalobkyně b), která takový postup navrhovala, byly splněny podmínky pro moderaci sankce podle § 78 odst. 2 s. ř. s.
213. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobkyně ve věci úspěch neměly (žaloby byly jako nedůvodné zamítnuty), a proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.



**Poučení:**

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 27. března 2018

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.  
předsedkyně senátu