



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **KIS plus, a.s.**, se sídlem Litoměřice, Želetická 305/3, zastoupený JUDr. Ivanem Vávrou, advokátem se sídlem Litoměřice, Dlouhá 16, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.10.2015, č.j. ÚOHS-R413/2014/HS-33221/2015/310/HBa,

t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.10.2015, č.j. ÚOHS-R413/2014/HS-33221/2015/310/HBa, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.11.2014, č.j. ÚOHS-S230/2012/KD-23572/2014/852/DSv.

I. Podstata věci

Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím ze dne 6.11.2014 rozhodl, že žalobce a GARDEN Studio, s.r.o. spáchali správní delikt podle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění zákona č. 155/2009 Sb. (dále jen „ZOHS“), tím, že v období od 13.8.2010 do 16.9.2010 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení „*Dodávka 1 ks komunálního vozidla s nástavbami*“ vypsáném dne 2.8.2010 společností Plzeňské městské dopravní podniky, a. s. a takto zkoordinované nabídky dne 24.8.2010 a dne 16.9.2010 podali, čímž jednali ve vzájemné shodě, přičemž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu komunální techniky na území České republiky. Toto jednání bylo oběma pachatelům do budoucna zakázáno. Žalobci byla uložena pokuta ve výši 1 501 000 Kč a povinnost nahradit náklady řízení ve výši 2 500 Kč (pokuta i povinnost nahradit náklady řízení byla uložena i druhému z pachatelů). Pouze žalobce proti tomuto rozhodnutí podal rozklad, který žalovaný druhostupňovým rozhodnutím ze dne 15.10.2015 zamítl.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

Žalobce v žalobě tvrdí, že uplatňuje stejné důvody jako v podaném rozkladu, s nimiž se žalovaný v napadeném rozhodnutí podle žalobce nevypořádal dostatečně nebo správně.

Žalovaný podle žalobce nedefinoval, jakým konkrétním jednáním a v čem konkrétně mělo k narušení hospodářské soutěže dojít. Dále žalovaný nesprávně vymezil předmět řízení, který pak rovněž nesprávně upřesnil; již na počátku řízení přitom musel být žalovanému předmět řízení znám, nikoli tedy až v jeho průběhu před upřesněním, nadto napadené (a prvostupňové) rozhodnutí takto vymezený předmět řízení nerespektuje. Žalovaný také nesprávně vyhodnotil komunikaci mezi žalobcem a GARDEN Studio, s.r.o.; žalovaný vycházel z vytištěné listiny, na níž měla být zachycena údajná elektronická komunikace tehdejšího zaměstnance žalobce Petra Adama, aniž by bylo prokázáno, že tato elektronická komunikace byla vedena z jeho zařízení (IP adresy), v jednom případě měla být dokonce vedena nikoli z počítače v provozovně žalobce, nýbrž z jiného zařízení ve večerních hodinách. U žalobce žádná taková elektronická komunikace uložena nebyla a není a žalobce není odpovědný za to, že tato komunikace byla uložena u někoho jiného (u GARDEN Studio, s.r.o.). Žalovaný podle žalobce měl provést místní šetření u žalobce, aby autenticitu údajné elektronické komunikace prokázal, toto šetření mělo být přitom podle žalobce uskutečněno s předchozím přivolením soudu. Žalovaný také podle žalobce nesprávně posoudil (a dovodil) odpovědnost žalobce za případné jednání svého zaměstnance. Kromě toho, že nebyla prokázána autenticita elektronické komunikace zaměstnance žalobce Petra Adama, i kdyby prokázána byla, nemohl by žalobce za toto jeho jednání nést absolutní odpovědnost. Dále žalobce namítá specifika trhu, na němž působí, z nichž plyne, že hospodářská soutěž nebyla narušena; ve výběrovém řízení bylo

dosaženo ceny, která ani nedosáhla ceny katalogové, navíc GARDEN Studio, s.r.o. nesložila v řízení požadovanou jistotu, tudíž byla z řízení vyřazena, a tedy pokud by žalobce s GARDEN Studio, s.r.o. postupoval na základě předchozí koordinace, logické by bylo, aby oba takto postupovali až do hodnocení nabídek; pokud jeden z účastníků řízení nesložil jistotu, v podstatě tím podle žalobce existenci předchozí koordinace popřel. Žalobce také nesouhlasí s uloženou pokutou, neboť protiprávní jednání mu nebylo prokázáno, navíc není pravdou argument, který žalovaný v rozhodnutí použil, a sice že zadavatel byl připraven o možnost řádného „vysoutěžení“ ekonomicky nejvýhodnější nabídky, též role žalobce coby organizátora je podle žalobce vykonstruována uměle. Kromě toho pokuta uložená žalobci je v nesouladu s pokutami uloženými „ostatním účastníkům řízení“.

Žalobce tedy ze shora uvedených důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí. Na svém procesním postoji žalobce v průběhu řízení nic nezměnil.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

Žalovaný se k jednotlivým bodům žalobní argumentace vyjadřuje nesouhlasně, argumentuje věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí, na svých závěrech tam obsažených setrvává, žalobu tudíž považuje za nedůvodnou, a proto navrhuje její zamítnutí. Ani žalovaný na svém procesním postoji v průběhu řízení nic nezměnil.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.). Zdejší soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

Pokud jde o argumentaci procesními vadami řízení, jež vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, žalobce namítá, že správní řízení vůči němu nebylo zahájeno zákonně pro nedostatek vymezení jeho předmětu, neboť v oznámení o zahájení správního řízení byl předmět řízení nesprávně vymezen (neodpovídal pozdějšímu rozhodnutí) a v navazujícím upřesnění předmětu řízení byl oproti oznámení o zahájení správního řízení ještě zobecněn.

Zdejší soud vychází z toho, že předmětem tohoto žalobního bodu je nedostatečné vymezení předmětu správního řízení, jež podle žalobce snižovalo možnost jeho efektivní procesní obrany (tím spíše s ohledem na to, za co byl nakonec žalobce potrestán), nikoli kupř. rozsah místních šetření (která neproběhla v prostorách žalobce), jejich „zacílení“ a rozsah zajištěných důkazních prostředků ve vztahu k samotnému vymezení předmětu řízení, jak plynulo z původního oznámení o zahájení správního řízení. Proto se zdejší soud v souladu s uplatněnými žalobními body (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) zabýval otázkou vymezení předmětu řízení z pohledu možnosti efektivní procesní obrany žalobce a možnosti jej potrestat a ve vztahu k místním šetřením pak

otázkami nutnosti předchozího přivolení soudu, nutnosti uskutečnit místní šetření „též“ u žalobce, autenticity zajištěných emailových zpráv a přičitatelnosti jednání žalobcova zaměstnance žalobci samotnému; tím jsou žalobní body vyčerpány.

Z obsahu správního spisu zdejšímu soudu vyplynulo, že podle oznámení o účastenství ve správním řízení ze dne 14.8.2012 (v něm bylo žalobci oznamováno, že je účastníkem správního řízení vedeného pro možné porušení § 3 odst. 1 ZOHS) je možné porušení ZOHS spatřováno „...v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních na dodávky zemědělské a zahradnické techniky a potřeb, a to zejména ve výběrových řízeních veřejného zadavatele Město Kyjov. Toto jednání účastníků správního řízení bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž na dotčených trzích...“. Ze dne 7.1.2014 pak pochází upřesnění předmětu správního řízení, podle kterého je možné porušení ZOHS spatřováno „...v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrových řízeních na dodávky komunální techniky na území České republiky v letech 2010 až 2012. Cílem nebo výsledkem jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohody bylo narušení hospodářské soutěže na dotčeném trhu...“. Ve správním řízení pak nakonec bylo rozhodnuto, že žalobce společně s dalším soutěžitelem (GARDEN Studio, s.r.o.) „...v období od 13.8.2010 do 16.9.2010 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení „Dodávka 1 ks komunálního vozidla s nástavbami“ vypsáném dne 2.8.2010 společností Plzeňské městské dopravní podniky, a. s. a takto zkoordinované nabídky dne 24.8.2010 a dne 16.9.2010 podali, čímž jednali ve vzájemné shodě, přičemž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu komunální techniky na území České republiky...“.

Oznámení o zahájení správního řízení musí mimo jiné obsahovat vymezení předmětu řízení (§ 46 odst. 1 správního řádu). Je-li z moci úřední zahajováno řízení pro podezření ze správního deliktu ve formě kartelové dohody (porušení § 3 odst. 1 ZOHS), pak těžiště dokazování a jeho hodnocení nutně spočívá ve správním řízení, nikoli v úkonech žalovaného uskutečňovaných před jeho zahájením. Na počátku správního řízení tedy žalovaný musí mít silné indicie o protisoutěžním jednání konkrétního typu, zároveň však objektivně nemá možnost své podezření vymezit zcela přesně tak, aby nakonec věrně odpovídalo pozdějšímu rozhodnutí o spáchání správního deliktu. Pak tedy nemůže být žalovanému vytýkáno, že předmět řízení byl vymezen obecněji než nakonec samotné vytýkané jednání, ani že byl předmět řízení v jeho průběhu upřesňován, ani že upřesnění vedlo k obecnějšímu vymezení než samotné zahájení řízení. Ve fázi zahajování správního řízení má tedy žalovaný pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů, ty pak v průběhu správního řízení doplňuje, a to jak na základě samotného dokazování, tak na základě jeho hodnocení. Nicméně předmět takto zahajovaného řízení musí být přesto 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 (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.3.2010 ve věci sp. zn. 1 Afs 58/2009); dostatečné vymezení předmětu správního řízení v celém jeho průběhu tedy především souvisí s efektivní a

reálnou možností podezřelého účinně se v řízení (proti podezření, pro které je řízení vedeno) hájit.

Jestliže tedy žalovaný předmět správního řízení plynoucí z jeho prvního úkonu směrem k žalobci v průběhu řízení upřesňoval, pak z pohledu účinné obhajoby je podstatné, jak byl předmět správního řízení vymezen po jeho upřesnění. Přesvědčení žalobce, že žalovaný již při zahájení řízení musel mít k dispozici podklady, z nichž měl předmět řízení vymežit jinak, zdejší soud nesdílí. Vyhodnocování podkladů totiž není jednorázovým krokem a byť již v době doručování oznámení ze dne 14.8.2012 správním spisem musely procházet listiny zajištěné při místním šetření uskutečněném dne 6.2.2012, nelze žalovanému vytýkat, že obsah těchto listin vyhodnocoval průběžně, a to v samotném průběhu řízení, kdy jeho účastníkem již byl žalobce (tj. v období po 14.8.2012), což se pak odrazilo v upřesnění předmětu řízení. Upřesnění ze dne 7.1.2014 vymezuje právní normu, na jejíž porušení měl žalovaný podezření (§ 3 odst. 1 ZOHS), vymezuje osoby podezřelé, srozumitelně uvádí trh, na němž mělo k jednání dojít (komunální technika a území České republiky) i období (roky 2010 – 2012) a popisuje, z čeho je (na uvedeném trhu v uvedeném období) žalobce podezřelý (z jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě spočívajícího v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních). Takové upřesnění žalobci možnost účinné obhajoby podle zdejšího soudu zajišťovalo a skutková věta obsažená v prvostupňovém rozhodnutí z tohoto upřesnění v žádném ohledu nevybočuje. Podle zdejšího soudu přitom žalovaný v napadeném rozhodnutí (od bodu 45.) velmi přílehavě zmiňuje skutečnosti, z nichž nelze dovozovat, že by žalobce v průběhu řízení nerozuměl, z čeho je podezřelý (žalobce na žádosti žalovaného o poskytnutí informací věcně reagoval, nevznášel námitky, nevyjadřoval žádnou nejistotu ohledně předmětu řízení, v určité fázi řízení vyjadřoval dokonce souhlas s narovnáním).

Z pohledu možnosti účinné obhajoby žalobce ve vztahu k vymezení předmětu řízení je též podstatné, že v průběhu řízení (dne 4.8.2014) žalovaný vydal výhrady k dohodě, v nichž zevrubně popsal skutečnosti vztahující se k jednání žalobce a GARDEN Studio, s.r.o. při koordinaci účasti a nabídek do výběrového řízení vedeného právě Plzeňskými městskými dopravními podniky, a.s., a to včetně důkazů, detailního popisu jednání a jeho právního posouzení, dopadu jednání na trh, odpovědností za delikt i předpoklad pokuty, na což žalobce reagoval dne 20.8.2014 dokonce tak, že přiznává spáchání správního deliktu a žádá o snížení zamýšlené pokuty, teprve v pozdější fázi řízení svoji strategii žalobce změnil (v podání ze dne 6.10.2014), ani v této fázi však nenamítal, že by předmětu řízení neporozuměl.

Předmět řízení byl tedy upřesňován v průběhu řízení postupně, takové upřesnění zdejší soud pokládá za zákonné a věcně též dostatečné; žalobní bod ohledně nedostatku ve vymezení předmětu řízení a nezákonnosti zahájení řízení ve vztahu k žalobci pro nedostatek ve vymezení předmětu řízení tedy zdejší soud za důvodný nepovažuje.

Pokud jde o důkazy, které žalovaný opatřil, a o jejich hodnocení, pak z obsahu správního spisu plyne, že klíčovým (a ve skutečnosti jediným) důkazem o porušení § 3

odst. 1 ZOHS byly skutečnosti plynoucí z elektronické komunikace. Ty žalobce zpochybňuje, neboť není znám jejich původ a nelze ověřit autenticitu údajně proběhlé komunikace.

Žalovaný vystavěl svoji argumentaci ohledně porušení § 3 odst. 1 ZOHS na následující emailové komunikaci: email ze dne 13.8.2010 zaslaný Petrem Adamem společnosti GARDEN Studio, s.r.o. s předmětem „*Plzeň*“ a textem „*V příloze posílám podklady pro výběrko v Plzni..., děkuji.*“, na který dne 13.8.2010 reagovala Ladislava Dvořáková z GARDEN Studio, s.r.o. emailem s předmětem „*Re: Plzeň*“ a textem „*Dobrý den, žádná příloha u toho není.*“, na což dne 13.8.2010 reagoval Petr Adam emailem s předmětem „*Re: Plzeň*“ a textem „*Dobrý den, děkuji za informaci, posílal jsem zazipovaný soubor, asi ho ochrana PC schovala...tak snad teď.*“, který byl pak dále přeposlán v rámci GARDEN Studio, s.r.o.; přílohu tohoto emailu byla technická a cenová specifikace komunálního nosiče náradí Holder C245 pro účely vypracování a podání její nabídky do výběrového řízení. Dále správním spisem prochází email ze dne 15.9.2010, který zaslal Petr Adam Milanu Hrubému z AGROCAR s.r.o. s předmětem „*Re: Plzeň výběrko KIS*“ a textem „*Tak ještě zpracované výběrko...*“, včetně předcházejícího emailu od Petra Adama s textem „*Ahoj tak snad teď...P.*“; přílohou byla technická a cenová specifikace komunálního vozidla Holder C245 k vypracování a podání nabídky žalobce do výběrového řízení. Dále správním spisem prochází email ze dne 20.9.2010 zaslaný Petrem Adamem Milanu Hrubému z AGROCAR s.r.o. s předmětem „*FW: Plzeň*“ a textem „*Tak snad teď...P.*“, včetně předcházejících emailů z 13.8.2010, „*V příloze posílám podklady pro výběrko v Plzni...*“ a „*Posílám radši ještě jednou, v komprimovaný podobě se nemusela v mailu zobrazit...*“; přílohou je technická a cenová specifikace komunálního nosiče náradí Holder C245 pro účely vypracování a podání nabídky společností AGROCAR s.r.o. do výběrového řízení. To žalovaný zasadil do kontextu dalších svých skutkových zjištění, podle nichž společnost Plzeňské městské dopravní podniky, a.s., uskutečnila výběrové řízení „*Dodávka 1 ks komunálního vozidla s nástavbami*“ (vypsáno dne 2.8.2010, výzvy rozeslány dne 4.8.2010, jednalo se o řízení mimo režim zákona o veřejných zakázkách), mezi oslovenými subjekty byl mimo jiné žalobce, GARDEN Studio, s.r.o. a AGROCAR s.r.o., nabídku podal žalobce a GARDEN Studio, s.r.o., zvítězil žalobce s nabídkou podle emailů, GARDEN Studio, s.r.o. podala též nabídku podle emailů. Z toho žalovaný dovodil, že společnost Plzeňské městské dopravní podniky, a.s. uskutečňovala výběrové řízení, v němž byly doručeny dvě nabídky v souladu s předchozí emailovou komunikací, byť nabídka GARDEN Studio, s.r.o. nebyla hodnocena, neboť GARDEN Studio, s.r.o. nesložila jistotu. Iniciativa ke koordinaci postupu ve výběrovém řízení vzešla podle žalovaného od žalobce, neboť on (prostřednictvím svého zaměstnance Petra Adama) kontaktoval další dva soutěžitele a zaslal jim vypracované nabídky s cenami, jaké mají nabídnout, a jednomu z nich zaslal též svoji nabídku přesně v podobě, jak ji posléze skutečně do výběrového řízení podal. Za prokázané tedy žalovaný měl, že žalobce a GARDEN Studio, s.r.o. předem koordinovaným postupem ovlivnili výsledek výběrového řízení tak, aby zvítězil předem dohodnutý soutěžitel, jímž byl žalobce, a zamýšleného výsledku dosáhli.

Pokud jde o způsob získání emailů, ty žalovaný získal při místních šetřeních u GARDEN Studio, s.r.o. a AGROCAR s.r.o. Tvrdí-li žalobce, že tato šetření musela proběhnout s předchozím přivolením soudu, zdejší soud mu zapravdu nedává; podle Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 25.2.2016 ve věci sp. zn. 5 Afs 7/2011, v němž jsou interpretovány předchozí závěry Evropského soudu pro lidská práva obsažené v rozsudku ze dne 2.10.2014, stížnost č. 97/11, a Ústavního soudu obsažené v nálezu ze dne 9.2.2016, sp. zn. IV. ÚS 4397/12) je třeba umožnit bez předchozího povolení soudu alespoň následnou efektivní soudní kontrolu, tj. umožnit, aby se jí soutěžitelé, kteří se cítí být zasaženi místním šetřením, mohli domáhat. To přitom žalobce ani nyní v žalobě nečiní.

Dovozuje-li žalobce, že obdobné šetření, jaké proběhlo u GARDEN Studio, s.r.o. a AGROCAR s.r.o., muselo proběhnout i v jeho prostorách, aby bylo možno zajistit pro správní řízení použitelné důkazy ohledně komunikace, u níž by bylo možno ověřit autenticitu, ani v tomto ohledu mu zdejší soud zapravdu nedává. Žalovaný důkazy o elektronické komunikaci zajistil u jiných podezřelých soutěžitelů a při hodnocení důkazů ji učinil součástí řetězce, který kromě této samotné komunikace tvoří i faktické jednání soutěžitelů při podávání nabídek ve výběrovém řízení. Není vadou dokazování, že obdobné šetření žalovaný neprováděl i u samotného žalobce, vystavěl-li žalovaný své závěry na hodnocení důkazů, které opatřil jak u jiných soutěžitelů, tak u samotného zadavatele, pokládal-li je pro řádné zjištění skutkového stavu za dostatečné. Podle zdejšího soudu správně žalovaný především od bodu 59. napadeného rozhodnutí žalobci vysvětluje, proč dokazování pokládal za dostatečné i bez místního šetření, jež by se uskutečňovalo u samotného žalobce; zdejší soud se se závěry žalovaného bez jakékoli výhrady ztotožňuje.

Popírá-li tedy žalobce autenticitu uvedených emailových zpráv (v tom směru, že snad ze strany žalobce taková komunikace vůbec vedena nebyla) z toho důvodu, že u něj tyto zprávy zajištěny nebyly, tato jeho argumentace není podle zdejšího soudu důvodná především proto, že ostatní účastníci této komunikace ji nepopírají a tato komunikace zapadá do řetězce, jenž je tvořen i navazujícím jednáním soutěžitelů ve výběrovém řízení, jež je věcně v souladu s uvedenou komunikací. Hodnocení žalovaného týkající se uvedené komunikace včetně věrohodnosti emailů v kontextu jejich zajištění u GARDEN Studio, s.r.o. a AGROCAR s.r.o. a následného jednání ve výběrovém řízení pokládá zdejší soud za bezvadné a není důvodu mu cokoli vytýkat; zdejší soud by mohl argumentaci žalovaného k obdobně formulovanému rozkladovému bodu zopakovat, popř. ji parafrázovat, ani zčásti by se však od ní coby argumentace srozumitelné a odpovídající skutkovým zjištěním věcně neodchýlil, a tudíž na ni odkazuje – především na body 59., 60. a 61. napadeného rozhodnutí. Popírá-li pak žalobce autenticitu uvedených emailových zpráv z toho důvodu, že v žádném jeho komunikačním zařízení není takováto komunikace obsažena, pak i v tomto ohledu zdejší soud souhlasí se žalovaným v jeho vyjádření k obdobně formulovanému rozkladovému důvodu v bodu 56. napadeného rozhodnutí; vskutku lze i podle zdejšího soudu předpokládat (přinejmenším to nelze vyvrátit), že aktuálně může jít o argument pravdivý, neboť žalobce již měl dostatek časového prostoru k případnému „zahlázení stop“ o takové komunikaci. V kontextu s body 59. – 61.

napadeného rozhodnutí podle zdejšího soudu plně ob stojí závěr obsažený v bodu 56. napadeného rozhodnutí, že – i bez toho, že by byly tyto emaily zajištěny u žalobce v jeho zařízení – lze mít za prokázané, že jde o komunikaci vedenou žalobcem (jeho zaměstnancem). Žalobce podle zdejšího osudu ostatně argumentaci v tom směru, že emailová komunikace Petra Adama není autentickou komunikací, ve správním řízení i nyní před zdejším soudem vede pouze v obecné rovině a nikterak nevysvětluje shodnost nabídek a nabídkových cen s údaji v emailech, nebyly-li by emaily autentické. Zdejší soud tedy ve shodě se žalovaným je toho názoru, že i bez důkazu, že emaily byly zaslány z „IP adresy“ žalobce, žalovaným zjištěný skutkový stav ob stojí, aniž by závěry žalovaného ohledně koordinace nabídek v uvedeném výběrovém řízení jakkoli oslabovalo, že v jednom případě byla komunikace vedena nikoli z počítače v provozovně žalobce, nýbrž z jiného zařízení ve večerních hodinách; důkaz koordinace soutěžního chování není důvodu vázat na komunikaci z „oficiální“ adresy. Tvrdí-li pak žalobce v rámci žalobního bodu zpochybňujícího autenticitu emailové komunikace, že není odpovědný za to, že tato komunikace byla uložena u někoho jiného (myšleno u GARDEN Studio, s.r.o.), pak žalovaný nedovodil odpovědnost za uložení komunikace, nýbrž za komunikaci samotnou, již bylo jednání soutěžitelů (mimo jiné právě žalobce) koordinováno.

Žalobce dále argumentuje v tom směru, že mu nemá být automaticky přičítáno jednání jeho zaměstnance – Petra Adama, k němuž tento zaměstnanec nebyl oprávněn. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí. Jednání Petra Adama je přičitatelné žalobci, neboť se jednalo o zaměstnance žalobce, koordinována byla nabídka samotného žalobce v konkrétním výběrovém řízení (nabídku pak v souladu s předchozí komunikací, jak shora uvedeno, podal žalobce), zčásti s využitím pracovního vybavení (část komunikace z pracovní adresy), zčásti zřejmě bez něj (část komunikace ze soukromé emailové adresy), v obou případech se však jednalo o komunikaci charakteru pracovního přímo souvisejícího s podnikáním žalobce. K obdobně formulované rozkladové argumentaci žalovaný podle zdejšího soudu zcela správně vyšel z toho, že v případě koordinace naplňující znaky kartelové dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS není nutné, aby byla vedena statutárním orgánem či osobou k tomu formálně jakkoli zmocněnou, a že v praxi tomu tak zpravidla nebývá; jestliže žalovaný především v bodech 65. a násl. napadeného rozhodnutí argumentuje v tom směru, že pro dovození odpovědnosti není podstatné, kdo je formálně oprávněn za soutěžitele navenek jednat, nýbrž konkrétní chování soutěžitele na trhu (např. podání koordinované nabídky), za které nese soutěžitel odpovědnost, neboť byť by z pohledu soukromého práva mohla být uzavřena kupř. neplatná smlouva, nic to nemění na tom, že koluze se na trhu projeví, je-li koordinace realizována, pak s tímto pojetím zdejší soud také bez výhrady souhlasí. Soutěžitel tedy odpovídá za delikt objektivně, bez ohledu na míru svého subjektivního zavinění, tj. jde o odpovědnost za výsledek; proto lze jednání žalobcova zaměstnance žalobci přičítat jak v situaci, kdy by k takovému jednání dal prokazatelně pokyn, tak v situaci, kdy by se jednalo o kroky bez takového pokynu.

Proti závěru o protisoutěžním charakteru jednání dále žalobce argumentuje specifickými podmínkami na trhu a z toho plynoucím nenarušením hospodářské

soutěže. Ani tu nedává zdejší soud žalobci zapravdu. Skutečnost, že nabídková cena byla nižší než cena katalogová, nevylučuje, že byla předem koordinována. Protisoutěžní charakter není odvislý od zjištění, že výsledkem koordinace byla „vysoká nabídka“ („drahé zboží“), nýbrž že nabídka (cena zboží) byla předchozí koordinací ovlivněna, a to má zdejší soud ve shodě se žalovaným za prokázané. Ani fakt, že nabídka GARDEN Studio, s.r.o. nakonec nebyla hodnocena, neboť GARDEN Studio, s.r.o. neuhradila jistotu, na koordinaci nabídek ničeho nemění. Není pravdou, že by se žalovaný k této argumentaci nevyjádřil, jak tvrdí žalobce, neboť v bodu 53. napadeného rozhodnutí reagoval tak, že delikt byl dokonán podáním koordinovaných nabídek. Byť jde o reakci stručnou, podle zdejšího soudu tato reakce vystihuje podstatu koordinace v nyní posuzované věci. Nesložení jistoty společně s podáním nabídky i podle zdejšího soudu nikterak neprolamuje závěry žalovaného o tom, že nabídky samotné byly předem koordinovány. Tvrdí-li nyní žalobce, že tím, že GARDEN Studio, s.r.o. jistotu nesložila, fakticky popřela dohodu, ani s tím zdejší soud nesouhlasí, neboť důvody nesložení jistoty jsou výlučně spekulací a není logického důvodu, aby předchozí koordinace ve vztahu k později vybrané nabídce musela být vždy „dotažena“ až do fáze hodnocení nabídek; zdejší soud by mohl nabídnout odlišnou spekulaci založenou na logičtějším úsudku, podle něhož věděla-li GARDEN Studio, s.r.o. na základě předchozí koordinace, že její nabídka nebude vybrána, nebylo důvodu, aby po dobu výběrového řízení deponovala částku odpovídající požadované jistotě.

Žádnému z těchto dílčích argumentů tedy zdejší soud zapravdu nedává, především však žádný z těchto argumentů nezpochybňuje závěry žalovaného o protisoutěžním charakteru žalobcova jednání. Žalovaný velmi dobře vystihuje podstatu protisoutěžního efektu tak, že ve výběrovém řízení vzniklo toliko zdání férové soutěže, nicméně zakázku získal již předem určený soutěžitel, čímž došlo zcela k vyloučení soutěže o zakázku, a tedy zcela odpadl benefit, který pro zadavatele výběrové řízení má; pak tedy ačkoli lze presumovat dopad jednání na hospodářskou soutěž, v daném případě je prokázano, že koluzní jednání negativní účinky jednoznačně způsobilo (bod 70. napadeného rozhodnutí). Správně též žalovaný akcentoval, že se v posuzované věci jednalo o koordinaci, která měla protisoutěžní cíl, tj. cíl jdoucí zcela proti smyslu zadávání veřejných zakázek – a nic na tom podle zdejšího soudu nemění fakt, že zadavatel (v postavení zadavatele sektorového) nepostupoval podle zákona o veřejných zakázkách povinně, nýbrž se tak rozhodl postupovat s ohledem na vyšší předpokládané hodnoty, tedy jde o dohodu charakteru „bid-rigging“ (horizontální protisoutěžní dohodu, jejímž cílem je manipulace nabídek); takové dohody jsou tradičně (doktrínou i judikaturou, přitom judikatura tuzemská není v tomto ohledu žádnou výjimkou; rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20.12.2012 ve věci sp. zn. 1 Afs 77/2012, rozsudek Tribunálu ze dne 27.9.2012 ve věci T- 362/06) pokládány za protisoutěžní *per se*, zakázané již pro svůj protisoutěžní cíl, neboť mají negativní dopad na soutěžní prostředí vždy (jinak by uzavírány nebyly). Podstatou koordinace v nyní posuzované věci byla koordinace cenová a v takovém případě pro závěr o silné závažnosti protisoutěžního jednání *per se* postačí typový charakter porušení pravidel hospodářské soutěže bez toho, aby byl skutečný dopad zakázané dohody na relevantní trh prokázán (rozsudek Soudního dvora EU ze dne 24.9.2009 ve věci C-125/07 P, C-

133/07 P, C-135/07 P a C-137/07 P). Navíc v nyní posuzované věci dopad na hospodářskou soutěž prokázán byl; žalovaný srozumitelně vysvětlil, že žalobce a GARDEN Studio, s.r.o. nepodali nabídky dle svého svobodného uvážení při vědomí konkurenčního boje, nýbrž takové, které odpovídaly jejich předchozí koordinaci; pak tedy plně ob stojí argument žalovaného žalobcem zpochybňovaný, že zadavatel byl připraven o možnost řádného „vysoutěžení“ ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Zdejší soud k závěrům žalovaného ohledně dopadu na hospodářskou soutěž v mezích uplatněných žalobních bodů nemá, co by dodal.

Žalobce taktéž argumentuje proti výši uložené pokuty. Pokud jde tedy o pokutu uloženou žalobci, pak z odůvodnění obou postupně vydaných rozhodnutí je patrné, že žalovaný vycházel z rámce stanoveného v § 22b odst. 2 ZOHS, podle něhož se při určení výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, těmito kritériím se žalovaný věnoval a své úvahy do obou postupně vydaných rozhodnutí zachytil. Obecně odůvodnění pokuty podle zdejšího soudu nejeví znaky nepřezkoumatelnosti; žalovaný vycházel z hodnoty prodejů na dotčeném trhu, z čistého obrátu žalobce za rok 2013, přitom přihlédl i k pozdějšímu vývoji finanční situace žalobce, dohodu charakteru „bid-rigging“ správně kvalifikoval jako jednání úmyslné, žalobce pokládal za organizátora, přitom nakonec pokutu uložil ve výši nepřesahující 15% její maximální možné výše a odůvodnil to i souladem s vyhlášenými Zásadami pro ukládání pokut. Pokud jde o uplatněné žalobní body, pak žádný z nich není podle zdejšího soudu důvodným.

Zpochybňuje-li žalobce uložení pokuty proto, že neobstojí důkazy o protisoutěžním jednání, již shora zdejší soud dospěl k závěru, že tyto důkazy ob stojí. Zpochybňuje-li žalobce uložení pokuty proto, že se protiprávního jednání nedopustil, již shora zdejší soud dospěl k závěru, že protisoutěžní jednání (porušení § 3 odst. 1 ZOHS) bylo žalobci prokázáno. Zpochybňuje-li žalobce uložení pokuty proto, že není pravdou, že zadavatel byl připraven o možnost řádného „vysoutěžení“ ekonomicky nejvýhodnější nabídky, již shora zdejší soud dospěl k závěru, že tento závěr žalovaného má ve zjištěném skutkovém stavu oporu. Pokud jde o zbylý argument žalobce, podle něhož na něj nelze nahlížet jako na organizátora, pak nedůvodnost tohoto argumentu žalobce plyne z emailové komunikace, na níž byl založen důkaz o koordinaci. Z obsahu jednotlivých emailů a z jejich posloupnosti lze spolehlivě dovodit, že to byl žalobce, kdo vypracoval nabídky pro oba v úvahu přicházející dodavatele v postavení svých konkurentů (GARDEN Studio s.r.o. a AGROCAR s.r.o.). Jestliže tedy ke zpochybnění role organizátora (vůdčího člena kartelu) ze strany žalobce uvedl žalovaný v bodu 80. napadeného rozhodnutí, že aktivní vypracování nabídek a snaha o to, aby oba další soutěžitelé obdrželi nabídky v takové elektronické podobě, aby se dala zobrazit a použít, tedy aby bylo možno nabídky na základě koordinace i realizovat, a též aby AGROCAR s.r.o. nezaměnila nabídku připravenou pro ni a nabídku žalobce (neboť této společnosti žalobce poslal i nabídku vlastní), činí ze žalobce soutěžitele, který zastával při procesu sladování společného jednání vedoucí roli, pak jde o závěry odpovídající skutkovým zjištěním, a tedy ani tato žalobní námitka není důvodná. Konečně tvrdí-li žalobce, že jemu uložená pokuta je

v nesouladu s pokutami uloženými „ostatním účastníkům řízení“, pak může jít pouze o pokutu uloženou GARDEN Studio s.r.o. Odůvodnění rozdílu ve výši pokuty (cca 1,5 mil. Kč oproti 74 tis. Kč) je však především z prvostupňového rozhodnutí patrné; kromě zohlednění role organizátora k tíži žalobce je rozdíl (body 89. a násled. prvostupňového rozhodnutí) odůvodňován potrestáním GARDEN Studio s.r.o. v jiném řízení, v němž byla trestána koordinace vedoucí k rozdělení trhu s komunální technikou v období od 22.3.2010 do 14.8.2012, což bylo podle žalovaného deliktem závažnějším. Už z toho je patrné, že GARDEN Studio s.r.o. se při trestání v nyní posuzované věci nacházela podle žalovaného v odlišné situaci, kterou žalovaný srozumitelně zdůvodnil. Nic dalšího proti uložené pokutě žalobce neuvádí.

V. Shrnutí

Zdejší soud dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je ve spojení s předchozím prvostupňovým rozhodnutím přezkoumatelné. Žalovaný rovněž podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis a v jeho rámci správnou právní normu, přitom se nedopustil ani žádného výkladového či procedurálního pochybení, které by mohlo atakovat zákonnost napadeného rozhodnutí. V mezích uplatněných žalobních bodů tedy žaloba není důvodná a nad jejich rámec zdejší soud nezjistil vadu, ke které by musel přihlídnout ze své úřední povinnosti a která by mohla přivodit nutnost napadené rozhodnutí zrušit. Proto byla žaloba jako nedůvodná podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnuta.

VI. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků zdejší soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšným byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly v řízení o žalobě žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti. Proto zdejší soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

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

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

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

V Brně dne 5. dubna 2017

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu