



UOHSX007LTOV

PŘEDESDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: R123,124/2015/HS-48598/2016/310/HBa

Brno 12. prosince 2016

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S204/2013/KD-5718/2015/852/DSv ze dne 16. 4. 2015, podali účastník řízení **INVISTA Craft s. r. o.** (do 31. 5. 2016 pod obchodní firmou BS Vsetín s. r. o.) se sídlem Vsetín, 4. května 870, PSČ 755 01, IČO 479 73 749, zastoupený Mgr. Lucií Stachovou, advokátem, se sídlem Poděbradova 1243/7, 702 00 Ostrava, a účastník řízení **NOSTA, s. r. o.**, se sídlem Nový Jičín, Svatopluka Čecha 2088/13, PSČ 741 01, IČO 476 71 416, zastoupený JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D., advokátem, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu ve znění pozdějších předpisů, na návrh rozkladové komise

rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S204/2013/KD-5718/2015/852/DSv ze dne 16. 4. 2015, dle ustanovení § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu ve znění pozdějších předpisů **potvrzuji** a podané rozklady **zamítám**.

ODŮVODNĚNÍ

I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“) vydal dne 16. 4. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S204/2013/KD-5718/2015/852/DSv (dále též „**napadené rozhodnutí**“), kterým (I.) shledal účastníka řízení INVISTA Craft s. r. o. (dříve BS Vsetín, s. r. o.), se sídlem Vsetín, 4. května 870, PSČ 755 01, IČO 479 73 749 (dále též jen „**BS Vsetín**“), a účastníka řízení NOSTA, s. r. o., se sídlem Nový Jičín, Svatopluka Čecha 2088/13, PSČ 741 01, IČO 476 71 416 (dále též jen „**NOSTA**“), vinnými správním deliktem proti hospodářské soutěži dle § 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. 188/2011 Sb. (dále též „**zákon**“), tím, že v období od 31. 10. 2011 do 8. 3. 2012 ve výběrových řízeních v rámci veřejné zakázky „Dodavatel stavebních prací – KKC II. – Krajské ředitelství policie zlínského kraje CZ.1.06/3.4.00/05.07008“, konkrétně v jejích částech 1.1 „Kroměříž“ a 1.5 „Horní Lideč“, veřejného zadavatele česká republika – krajské ředitelství policie Zlínského kraje, se sídlem J.A. Bati 5637, 760 01 Zlín, uveřejněné ve věstníku veřejných zakázek dne 11. 10. 2011 pod ev. č. zakázky: 60066287, na základě vzájemné komunikace a kontaktů zaslali koordinovaná oznámení o tom, že neposkytnou součinnost a neuzavřou smlouvy o dílo v té části veřejné zakázky, ve které se ta která společnost umístila jako první v pořadí, čímž jednali ve vzájemné shodě při koordinaci postupu ve výběrových řízeních v rámci uvedených částí veřejné zakázky s cílem ovlivnit jejich výsledek a narušili tak hospodářskou soutěž na trhu pozemního stavitelství na území České republiky a tím porušili v uvedeném období zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona a dopustili se správního deliktu dle § 22a odst. 1 písm. b) zákona. Za to byl účastníkům řízení uložen v bodu II napadeného rozhodnutí zákaz plnění popsaného zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě. V bodu III napadeného rozhodnutí byla účastníkům řízení dle § 22a odst. 2 zákona uložena pokuta, a to společnosti BS Vsetín ve výši 1 826 000 Kč a společnosti NOSTA ve výši 4 052 000 Kč. Bodem IV napadeného rozhodnutí bylo účastníkům řízení uloženo uhradit náklady řízení ve výši 2 500 Kč.

II. Rozklady

2. Proti napadenému rozhodnutí podali oba účastníci řízení včas rozklad, který oba směřovali do všech výroků napadeného rozhodnutí a oba se domáhají zrušení napadeného rozhodnutí.

Rozklad společnosti BS Vsetín, s. r. o.

3. Účastník řízení BS Vsetín v první řadě namítá, že se správního deliktu nedopustil. Ve věci bylo provedeno nedostatečné dokazování, důkazy jsou Úřadem desinterpretovány, neoprávněně byly zamítnuty návrhy na doplnění dokazování svědeckými výpověďmi. Důkazy byly hodnoceny a vykládány v neprospěch účastníků řízení, a to zejména, pokud se

jedná o emailové zprávy. Úřad rovněž přehlíží nelogický moment v celém řetězci zjištěných skutečností, a sice že účastník BS Vsetín odstoupil z části zadávacího řízení, v níž uspěl s vyšší nabídkovou cenou, a uzavřel smlouvu na část veřejné zakázky s nabídkovou cenou mnohem nižší. Zcela nedostatečně se Úřad vypořádal s autorstvím ručně psaných poznámek.

4. Právní kvalifikace jednání účastníků řízení je rovněž nesprávná a v posuzovaném případě nebyla ve správním řízení prokázána zejména příčinná souvislost. Nedostatek důkazů pak Úřad svou vlastní logikou překlenuje, nikoliv prokazuje.
5. Nesprávné je dle tohoto účastníka řízení i vymezení relevantního trhu jako trhu pozemního stavitelství. Dělení trhu na pouhé dvě kategorie je v důsledku restriktivní výklad, který účastníkům přitěžuje. Dle účastníka řízení je třeba primárně vycházet z klasifikace předmětu veřejné zakázky dle společného slovníku pro veřejné zakázky (CPV), tedy z nařízení č. 2195/2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky. Předmět posuzované veřejné zakázky dle přílohy III nařízení nespádá do skupiny 45.2 Pozemní a inženýrské stavitelství, nýbrž do skupiny 45.4 Kompletační a dokončovací práce. Nesprávné věcné vymezení relevantního trhu se promítá do nesprávně stanovené výše obratu pro účely výpočtu pokuty uložené za správní delikt.
6. Účastník řízení dále zpochybňuje oprávnění pana Ing. T. za něj jednat, neboť úkon, kterým ukončil účast účastníka řízení coby uchazeče v části zadávacího řízení, byl učiněn bez vědomí jednatelů účastníka řízení, navíc Ing. K. T. byl vedoucí stavební divize, neoprávněný k takovému úkonu. Dle účastníka řízení je nutno setrvat na analogii s pravidly dle zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim (dále též „**TOPO**“). Dle účastníka řízení za účastníka nejednala žádná z osob vyjmenovaná v § 8 odst. 1 písm. b) TOPO. Úřad ustanovení § 8 odst. 1 TOPO nesprávně vykládá. Na věc nelze aplikovat ani § 8 odst. 2 TOPO, neboť žádný právní předpis nestanovil účastníku řízení povinnou kontrolu nad činností pana T., ani po účastníku potažmo jeho statutárních orgánech nebylo možno spravedlivě požadovat, aby kontrolovali a prověřovali správnost a zákonnost průběhu zadávacího řízení před tím, než jim byla k podpisu předložena smlouva o dílo se zadavatelem. Nelze akceptovat ani ten závěr Úřadu, že jednatelé účastníka řízení „odstoupení“ ze zadávacího řízení na část veřejné zakázky 1.1 aprobovali. V řízení nebylo prokázáno a dokonce ani Úřadem tvrzeno, že by ukončení účasti v zadávacím řízení bylo učiněno na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu orgánů účastníka řízení. Úkonu K. T. nemohly statutární orgány účastníka řízení nijak zabránit, neboť nebyly informovány.
7. Účastník řízení napadá i uloženou pokutu, neboť je nepřiměřeně vysoká a byla uložena v rozporu s kritérii pro stanovení výše pokuty dle § 22a zákona. Úřad při ukládání pokuty nepřihlédl k následkům správního deliktu, a tedy výši faktické škody či újmy, která v tomto případě měla vzniknout na straně zadavatele. Rozhodnutí krom popisu matematického výpočtu pokuty a obecného pojednání o ukládání pokut neobsahuje vylíčení žádných konkrétních skutečností a odůvodnění, proč Úřad ukládá pokutu právě ve výši, v jaké ji uložil. Absence odůvodnění je o to závažnější vzhledem k vysoké pokutě, jakou Úřad účastníku řízení uložil.
8. Účastník řízení poukazuje na to, že odstoupením vítězných uchazečů od částí 1.1 a 1.5 veřejné zakázky se cena díla navýšila v prvním případě o 125 801,30 Kč a ve druhém případě

119 273,97 Kč, což představuje navýšení v prvním případě o 3,3 % a ve druhém případě o 3,71 % oproti nabídkové ceně vítězného uchazeče. Tento aspekt vyjadřuje míru závažnosti deliktního jednání, když je zjevné, že jednak nedošlo k navýšení ceny oproti předpokládané hodnotě zakázky, především ale rozdíl mezi cenami uchazeče prvního a druhého v pořadí u obou zakázek zdaleka nedosahuje takové míry navýšení, jak je prezentováno Úřadem v souvislosti s kartelovými dohodami.

9. Při ukládání pokuty Úřad rovněž nepřihlédl k tomu, že k vytykánému jednání mělo dojít pouze v jednom případě a deliktní jednání trvalo pouze 4 měsíce, resp. doba jednání byla fakticky dána trváním zadávacího řízení, které mohlo být ukončeno dříve. Úřad dobu trvání paušalizuje a zaokrouhluje na rok, což je postup diskriminační, neboť ve věci aplikované zásady pro ukládání pokut nereflektují rozdíl mezi jednáním trvajícím několik měsíců a celý rok, stejně tak jako nereflektují rozdíl mezi „jednáním opakujícím se a jednáním jednorázovým, tedy např. v případě zakázaných dohod ve veřejných zakázkách to, zda k němu v průběhu jednoho roku nebo kratší doby došlo v případě jedné nebo více veřejných zakázek – při aplikaci Zásad by výše pokuty byla v obou případech stejná“.
10. Účastník řízení se domnívá, že míra preventivní a sankční nemůže zcela nepřiměřeně přesáhnout samotné důsledky deliktního jednání. Výše uložené pokuty představuje v součtu 2448 % škody, která měla být zadavateli způsobena a dělá tak dojem snahy o exemplární potrestání. Úřad automaticky využívá hranici základní částky pokuty, tedy 3 % obrátu na relevantním trhu, ačkoli dle Zásad je to hranice maximální, aniž by odůvodnil, proč považuje jednání účastníků řízení za velmi závažný delikt.
11. Účastník řízení nesouhlasí s tím, že mu bylo na pokutě přitíženo za úmysl, neboť jde o dvojnásobek trestání téhož. Je-li trestána dohoda, jejímž cílem je narušení hospodářské soutěže, jde o dohodu, která musí být vždy uzavírána úmyslně.
12. Co se týká zhoršených hospodářských výsledků v roce před uložením správního rozhodnutí, nelze dovodit, že by se jednalo o účelový postup účastníka řízení, neboť dne 12. 1. 2015, kdy bylo účastníku řízení doručeno sdělení výhrad, byl již účetní rok 2014 uzavřen. Při hodnocení finančního zdraví společnosti nelze vycházet jen z výše nerozděleného zisku, který je toliko účetní položkou, je nutno zohlednit i závazky společnosti, přičemž závazky vůči bankám pochází zejm. z doby před sdělením výhrad.
13. Uložená pokuta je pro účastníka řízení likvidační, což účastník prokázal předložením dokladů o hospodářských výsledcích. Pokud měl Úřad i po přezkoumání těchto listin o prokázání likvidačnosti pochybnosti, byl účastník řízení připraven prokázat své tvrzení i jinak.
14. Účastník řízení navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

Rozklad společnosti NOSTA, s. r. o.

15. Účastník řízení NOSTA ve svém rozkladu vychází z námitek, které uváděl již ke Sdělení výhrad, neboť některé z nich Úřad dostatečně nevyřadil.
16. Z procesních pochybení považuje NOSTA za nezákonné důkazy získané při místním šetření v obchodních prostorách účastníků řízení, neboť toto místní šetření bylo učiněno bez předchozího povolení soudu a Úřad před provedením místního šetření neupřesnil, jaké

konkrétní dokumenty týkající se správního řízení dle svých předpokladů miní nalézt. O to by byla účinná kontrola zákonnosti a nezbytnosti dotčeného šetření potřebnější. Předmět řízení byl v oznámení o zahájení řízení vymezen příliš široce, nebylo ani upřesněno, jakých konkrétních výběrových řízení v jakém přibližném časovém období by se mělo správní řízení týkat. Tím byla porušena základní práva účastníka řízení a současně vznikly pochybnosti, zda se Úřad nevypravil na tzv. fishing expedition. Z důvodu nezákonnosti místního šetření jsou nepoužitelné důkazy při něm získané. Soudní přezkum místního šetření prostřednictvím žaloby na ochranu před nezákonným zásahem nebyl z důvodu přístupu českých soudů možný a nyní je již vyloučen i pro uplynutí lhůty. V dané věci tak účastník řízení neměl před místním šetřením žádnou soudní ochranu.

17. Dle účastníka řízení NOSTA byly důkazy, které Úřad shromáždil, nejednoznačné. Úřad však zvolil výklad, který jde v neprospěch účastníků řízení, což odporuje základním zásadám správního řízení a je nepřipustné. Účastník řízení předložil logicky a zejména ekonomicky zdůvodněné argumenty pro svůj postup v zadávacím řízení. Tyto však Úřad nezohlednil, ačkoli obrana účastníka řízení nebyla vyvrácena.
18. Úřad rovněž neprovedl důkazy, které společnost NOSTA navrhovala, a sice výslech svědků za účelem objasnění významu jejich komunikace a autorství ručně psaných poznámek. Tento postup považoval za nadbytečný. Účastník řízení je přesvědčen, že výslech svědků je nadále potřebný, neboť Úřad nedokázal ručně psané poznámky zcela přečíst a vykládá jejich obsah a význam v neprospěch účastníka řízení, čímž porušuje práva účastníka řízení. Považuje-li je Úřad, jak je z kontextu napadeného rozhodnutí zjevné, za jeden ze stěžejních důkazů, mělo by být postaveno najisto, jaký je význam poznámek a za jakých okolností byly vytvořeny. Jinak je odůvodnění napadeného rozhodnutí nevěrohodné a nepřesvědčivé, neboť i jediné slovo může zcela změnit význam textu. Úřadu nemůže být znám kontext poznámek, neboť ani neví, v jakém časovém období byly vytvořeny. Nadto odstoupení z výběrového řízení z obchodních důvodů je právem každého uchazeče předjímaným právní úpravou zadávání veřejných zakázek. Oproti tomu neprovedení důkazu je důvodem nezákonnosti rozhodnutí, Úřad v tomto bodě postupoval v rozporu se zákonem a judikaturou správních soudů.
19. Účastník řízení se brání proti věcnému vymezení relevantního trhu, které má v posuzovaném případě zcela zásadní a negativní vliv na jeho práva, neboť zásadně ovlivňuje výpočet pokuty. Relevantní trh byl vymezen jako trh pozemního stavitelství na území České republiky, ačkoli ze spisového materiálu dle účastníka řízení vyplývá, že výběrová řízení se týkala toliko rekonstrukčních prací, což k dotazu Úřadu ostatně potvrdil i zadavatel. Kvalifikačním předpokladem bylo předložení referencí provedených rekonstrukcí. Účastník řízení považuje argumentaci Úřadu za povrchní a nepodpořenou relevantními argumenty. V rámci obecného trhu pozemního stavitelství měl být vymezen užší – trh stavebních oprav a údržby. Jako podpůrný argument používá napadené rozhodnutí klasifikaci ekonomických činností (CZ-NACE) vedenou ČSÚ, tato klasifikace není kritériem při vymezení relevantního trhu, i Úřad se od ní ve své praxi odchýlil, nadto práce týkající se oprav a údržby jsou u ČSÚ vedeny zvlášť. Námitka stran chybného stanovení relevantního trhu nebyla Úřadem dostatečně vypořádána, odkaz na použití specializovaných postupů a technologií je nedostatečný.

20. Účastník řízení se dále v rozkladu zabývá tím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně hodnotil důkazy, s důrazem na to, že se Úřad jeho námitkami v napadeném rozhodnutí řádně nevypořádal. Pozornost pak věnuje zejména možnostem alternativního výkladu významu důkazů uvedených pod písm. i) – o) (e-maily) a důkazů pod písmeny p) a q) (ručně psané poznámky). Účastník řízení je přesvědčen, že vypovídací hodnota jednotlivých důkazů, o něž Úřad opírá svůj závěr o protisoutěžním jednání, je sporná. Jednotlivé důkazy jsou neutrální nebo ve věci irelevantní. Napadené rozhodnutí je však v rozporu se zákonem vykládá v neprospěch účastníka.
21. Účastník řízení odmítá tezi Úřadu o tom, že by ve věci byl zjištěn ucelený řetězec důkazů. Úřad nevysvětlil, jakým způsobem se vypořádal s nejednoznačným výkladem jednotlivých důkazů, a z jakého důvodu se přiklonil k závěru o deliktním jednání, pokud existují alternativní vysvětlení důkazů, která jdou ve prospěch účastníka řízení. Tím postupoval nezákonně a veden snahou vydat sankční rozhodnutí. V této souvislosti účastník řízení poukazuje i na nedostatečný rozsah odůvodnění napadeného rozhodnutí.
22. Dalším nedostatkem napadeného rozhodnutí je dle NOSTA nevypořádání námítky účastníka řízení BS Vsetín o tom, že důvodem, pro který tato společnost odmítla uzavřít smlouvu o dílo týkající se výběrového řízení Kroměříž, byla její kapacitní vytíženost. Účastník řízení tuto námitku podrobně odůvodňuje a současně namítá, že Úřad postupoval naprosto účelovým způsobem a námítky účastníků vypořádal selektivně.
23. Účastník řízení vysvětluje ekonomické důvody neuzavření smlouvy na zakázku Horní Lideč, kdy měl možnost realizovat stavby v Holešově a Horní Lidči, nicméně nabídková cena pro část zakázky v Horní Lidči byla velmi nízká a navíc geografická lokace Kroměříže mohla ovlivnit celkovou ziskovost účastníka řízení, pročež se účastník řízení rozhodl pro uzavření smluv o dílo právě pro část Kroměříž a Holešov. Příčiny odstoupení z části zadávacího řízení pro Horní Lideč byly tedy ze strany účastníka řízení zcela racionální. Pokud Úřad na toto vysvětlení nepřistoupil, je to postup nezákonný, který navíc nebyl v napadeném rozhodnutí řádně objasněn.
24. V dané věci nedošlo ke koluznímu jednání ve vzájemné shodě a toto ani nebylo ze strany Úřadu prokázáno. Úřadu se nepodařilo prokázat ani to, že by účastníci řízení měli alespoň povědomí o tom, že druhý z účastníků hodlá odstoupit od záměru realizovat veřejnou zakázku v té části, ve které zvítězil. Není prokázána cílená koordinace účastníků řízení, jejich kroky byly dány objektivními skutečnostmi. Úřad je ve věci v důkazní nouzi – neprokázal sladovací fázi jednání a za této situace je bezpředmětné uvažovat o naplnění realizační fáze jednání ve vzájemné shodě. Skutkový děj tak není možné kvalifikovat dle § 3 odst. 1 zákona.
25. Co se týká výše pokuty, považuje ji účastník řízení za nepřiměřenou, diskriminační a v rozporu se zásadou legitimního očekávání.
26. Dle názoru účastníka řízení je při výpočtu možno přihlídnout toliko k obratu dotčenému protisoutěžním jednáním, resp. k obratu dosaženému konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se údajně narušení hospodářské soutěže přímo nebo nepřímo týká, neboť je třeba vyjít z dikce čl. 18 Zásad pro ukládání pokut, které je totožné se zněním odst. 13 Pokynů Komise. Jiný postup je absurdní a nelegální, neboť pokud by teoreticky byla prokázána manipulace se všemi výběrovými řízeními v oblasti pozemního stavitelství v roce

2012, pak by konečná výše navrhané pokuty byla paradoxně stejně vysoká. Takový postup je naprosto nepřijatelný a v rozporu se zásadou proporcionality a rovnosti. Standardně počítaná pokuta je z hlediska účastníka řízení nepřiměřená a mohla by mít i likvidační charakter.

27. Jak již bylo zmíněno výše, na výši pokuty má zásadní vliv vymezení relevantního trhu. Pokud by byl relevantní trh správně vymezen jako trh stavebních oprav a údržby na území České republiky, a to samostatně pro oblast pozemního stavitelství a samostatně pro oblast inženýrského stavitelství, činila by uložená pokuta částku 3 591 000 Kč. Ani tato výše pokuty není nicméně zcela správná, neboť při výpočtu pokuty nelze vycházet, jako to učinil Úřad, z obratu skupiny, když k tomu se přihlíží jen z hlediska schopnosti účastníka řízení pokutu uhradit. Pokuta by měla být stanovena tak, že se v prvním kroku vyjde z celkového čistého obratu účastníka řízení, dále se identifikuje čistý obrat účastníka řízení dosažený pouze na relevantním trhu a pro účely posouzení možného likvidačního charakteru pokuty se přihlédne k finanční a majetkové situaci celé skupiny. Ustanovení § 22a odst. 2 zákona je nutno vykládat ve smyslu obratu té které konkrétní právnické či podnikající fyzické osoby, která se dopustila protisoutěžního jednání a s níž je vedeno správní řízení. V tomto ohledu nemá Úřad možnost správního uvážení, resp. správní uvážení Úřadu je limitováno zákonem a jím danými kritérii.
28. Účastník řízení rovněž brojí proti stupni závažnosti správního deliktu, kterou Úřad stanovil na [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...], s čímž se účastník řízení neztotožňuje. Skutková zjištění Úřadu nejsou podložena relevantními důkazy, nešlo o bid rigging. Účastníci řízení se pouze informovali o běžných skutečnostech. Proto měl být výchozí podíl základní částky stanoven níže, např. ve výši 1 %. Míra závažnosti by měla reflektovat nejen obecnou typovou závažnost deliktu, nýbrž také ad hoc závažnost konkrétního případu. V dané věci byly obě části zakázky realizovány výrazně pod zadavatelem předpokládanou cenou zakázky, což předpokládá zcela konkurenční prostředí. Údajné protisoutěžní jednání ovlivnilo cenu naprosto zanedbatelně a navíc se jednalo o zanedbatelnou část celkové velikosti trhu, výrazně méně než 1 promile. Nešlo o soustavné jednání, jednalo se o ojedinělý exces bez závažnějších implikací. K tomu účastník odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci Kartelu odpadového hospodářství, v němž byla pokuta kalkulována stejně jako v posuzovaném případě, nicméně kartelovým jednáním byl dotčen celý relevantní trh. Z toho jasně vyplývá, že Úřad k jednotlivým soutěžitelům přistupuje nerovně a pokuty neindividualizuje. Postup Úřadu v této věci je nepřiměřený a diskriminační. Sankce má zjevně toliko funkci represivní.
29. Základní částka pokuty měla být ponížena o 20 % z důvodu polehčující okolnosti spolupráce účastníka řízení s Úřadem při vyšetřování domnělého protisoutěžního deliktu, neboť účastník řízení řádně spolupracoval a poskytoval veškeré informace a podklady ve vyžádaném rozsahu, nepůsobil obstrukce a vycházel požadavkům Úřadu vstříc.
30. Účastník řízení uzavírá, že pokuta měla být kalkulována tak, že základní částka pokuty měla vycházet z hodnot výběrových řízení Kroměříž a Horní Lideč, míra závažnosti měla být 1 – 3 %, přitěžující okolnosti 20 %, polehčující 20 %, tedy celková částka pokuty měla činit mezi 72 000 – 216 000 Kč.
31. Podáním ze dne 2. 7. 2015 účastník řízení svůj rozklad doplnil. V doplnění rozkladu rekapituloval námitky proti způsobu a výši uložení pokuty, přičemž dále doplnil, že faktor

času měl být při kalkulaci výše pokuty zohledněn tak, že trvalo-li deliktní jednání čtyři měsíce a devět dní, měl být koeficient času činit maximálně 0,33, neboť jen tak se dostojí požadavku zohlednění trvání deliktu. V opačném případě lze dojít k absurdnímu závěru, že jednání trvající několik dní bude potrestáno stejně jako jednání trvající rok, což je v rozporu se zásadou proporcionality a zásadou legitimního očekávání, které jsou základními zásadami správního trestání. V této souvislosti účastník řízení poukazuje i na evropskou judikaturu.

32. Závěrem rozkladu účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Alternativně účastník řízení navrhl, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena k novému projednání Úřadu.

III. Řízení o rozkladu

33. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu ve znění pozdějších předpisů (dále též „**správní řád**“), a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladech.
34. Podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání tohoto rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladech, popřípadě, vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.
35. V rámci přezkumu napadeného rozhodnutí jsem se zejména věnoval hmotněprávním námitkám, námitkám proti zahájení správního řízení, vedení řízení, otázkám získání důkazních prostředků a hodnocení důkazů a způsobu a výši uložené pokuty. Po posouzení napadeného rozhodnutí a přezkoumání námitek účastníků řízení jsem dospěl k závěru, že správní orgán prvního stupně postupoval ve správním řízení v souladu se zákonem, jakož i dalšími obecně závaznými předpisy. Námitky účastníků řízení uplatněné v rozkladech jsem neshledal důvodnými, nezbylo tudíž jinak než rozklady zamítnout.

Rozhodné znění použitých předpisů

36. Správní řízení sp. zn. ÚOHS-S204/2013/KD bylo zahájeno dne 23. 4. 2013. Správní řízení je tedy vedeno v režimu zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění zákona č. 360/2012 Sb., která nabyla účinnosti před zahájením správního řízení, dne 1. 12. 2012, neboť z přechodných ustanovení další novely zákona učiněné zákonem č. 293/2016 Sb. vyplývá, že řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností zákona č. 293/2016 Sb., se dokončí podle dosavadních předpisů. Co se týká správního řádu coby obecného procesního předpisu, řízení bylo zahájeno dle správního řádu ve znění do 31. 12. 2013 a vzhledem k absenci výslovných přechodných ustanovení v novelách provedených zákony č. 303/2013 Sb., č. 250/2014 Sb. a č. 298/2016 Sb. je nyní správní řízení vedeno dle aktuálního účinného znění správního řádu. Tímto současně konstatuji, že správní orgán prvního stupně zahájil a vedl řízení v souladu s uvedenými závěry a použil správné znění procesních předpisů.

37. Co se týká hmotněprávní kvalifikace, delikt byl spáchán za účinnosti zákona ve znění do 30. 11. 2012. Toto znění zákona je současně zněním, dle kterého byl delikt napadeným rozhodnutím kvalifikován a sankcionován. Napadené rozhodnutí se v bodech 83 – 89 zabývá otázkou, zda není pro účastníky řízení příznivější znění zákona po 1. 12. 2012, tedy po účinnosti novely č. 360/2012 Sb. S posouzením, které učinil, se ztotožňuji, a na něj v celém rozsahu odkazuji, když ani žádný z účastníků řízení nevznáší proti tomuto posouzení námitky. V mezidobí rovněž nabyla účinnosti novela zákona provedená zákonem č. 293/2016 Sb., nicméně ani tato novela nepředstavuje obecně ani konkrétně pro účastníky řízení příznivější právní úpravu, neboť nemění skutkovou podstatu deliktu ani nepřináší modifikaci ukládání sankcí. V tomto konkrétním případě není příznivější ani v možnosti neuložit účastníkům řízení zákaz plnění veřejných zakázek, neboť taková sankce účastníkům řízení napadeným rozhodnutím uložena nebyla.

IV. Přezkum napadeného rozhodnutí

Obecné poznámky

38. Prvostupňový orgán Úřadu shledal, že oba účastníci řízení se porušením zákazu uvedeného v § 3 odst. 1 zákona dopustili správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. b) zákona. Podle § 3 odst. 1 zákona jsou dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále též „**dohody**“), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, zakázané a neplatné, pokud zákon nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad nepovolí prováděcím předpisem z tohoto zákazu výjimku. Tyto dohody jsou přímo ze zákona zakázané, což potvrzuje i rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci Plemenáři¹. V citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud konstatoval, že uvedené dohody jsou přímo ze zákona zakázané a pro posouzení, zda je postup soutěžitele v souladu se zákonem (resp. v rozporu se zákonem), postačí, že je najisto postaveno, že k takové dohodě došlo.

39. Jak již konstatoval prvostupňový orgán Úřadu, pod legislativní zkratku „dohoda“, řadí § 3 odst. 1 zákona i jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, které je jedním ze tří typů zakázaných dohod podle uvedeného ustanovení. Znakem takového jednání bývá nejčastěji určitý společně koordinovaný postup, který vědomě nahrazuje rizika soutěže určitou formou kooperace či sladčováním chování soutěžitelů. Cílem tohoto jednání soutěžitelů je pak preventivní odstranění nejistoty o budoucím chování jiných soutěžitelů, v případě horizontálního vztahu mezi soutěžiteli pak jde o odstranění takové nejistoty o budoucím chování konkurentů. K popsané formě kooperace zpravidla dochází prostřednictvím přímých nebo nepřímých kontaktů mezi soutěžiteli. Porušením zákona jednáním ve vzájemné shodě je tedy takové chování soutěžitelů, které koordinovaně omezuje soutěž mezi nimi a rizika této soutěže nahrazuje praktickou vzájemnou kooperací (aniž by přitom soutěžitelé mezi sebou uzavřeli dohodu v užším slova smyslu).

40. Narušení hospodářské soutěže či alespoň možnost jejího narušení plynoucí z dohody je nezbytným znakem skutkové podstaty uvedeného správního deliktu. Z dikce § 1 odst. 1

¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 19/2002 ze dne 12. 5. 2005.

a § 3 odst. 1 zákona vyplývá, že zákon chrání hospodářskou soutěž nejen před faktickým narušením, ale i před potenciálním narušením, tj. před ohrožením. Tento názor potvrzuje i judikatura českých soudů, ze které mj. vyplývá, že zákon o ochraně hospodářské soutěže je založen na principu potenciální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla, nebo aby následek fakticky již nastal. K vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde dohoda, která k takovému následku může vést, a to bez ohledu na úmysl, který k přijetí takové dohody vedl². To znamená, že uzavření dohody v rozporu s § 3 odst. 1 zákona je deliktem ohrožovacím, k jehož naplnění postačí ohrožení (tzn. reálné bezprostřední nebezpečí vzniku poruchy) zájmu chráněného zákonem. Potencialita narušení soutěže je přitom vztažena nejen k protisoutěžnímu cíli dohody, ale i k jejímu protisoutěžnímu následku. Není to pouze cíl dohody, co způsobuje její potenciální negativní dopad na soutěž. Zakázané a neplatné jsou tedy jak dohody, jejichž cílem je narušení soutěže (bez ohledu na to, zda takového cíle bylo dosaženo), tak dohody, jež mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (bez zřetele k tomu, byl-li stranami dohody zamýšlen)³. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu⁴ podmínku existence cílů či následků protisoutěžního jednání soutěžitelů pro posouzení protiprávnosti dohody postačuje splnit alternativně. Je tedy pouze na soutěžním úřadu, zda se bude při posuzování protisoutěžního charakteru dohody zabývat primárně jejím cílem či jejími následky. Podle evropské judikatury⁵ však budou soutěžní úřady v první řadě své úsilí směřovat k prokázání protisoutěžního cíle, neboť má-li dohoda protisoutěžní cíl, není nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu.

41. Speciálním typem zakázaných dohod, ke kterým dochází zejména při zadávání veřejných zakázek, jsou tzv. dohody o ovlivňování nabídek – tendrové kartely (tzv. bid rigging), které patří k nejnebezpečnějším praktikám narušujícím hospodářskou soutěž a které mohou vést až k ochromení některých trhů. O praktiku bid rigging jde tehdy, když se soutěžitelé (zájemci či uchazeči o zakázku), u kterých by se jinak důvodně očekávalo, že se budou samostatně ucházet o přidělení zakázky, tedy že si budou konkurovat, před podáním nabídek dohodnou, že nebudou podávat pro zadavatele/objednavatele nejvýhodnější nabídku (nabídku na základě konkurenčního boje), ale naopak zvýší cenu či sníží kvalitu zboží nebo služeb poptávaných těmito subjekty prostřednictvím výběrových řízení, a to například s cílem zvýšit částku vítězné cenové nabídky, kterou vítěz výběrového řízení získá.⁶ Cílem těchto dohod je tak ovlivnění výsledku soutěže o zakázku, přičemž z pohledu

² Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 19/2006-55 ze dne 9.1.2007 ve věci Komora veterinárních lékařů ČR.

³ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 78/2008-721 ze dne 25.2.2009 ve věci Stavební spořitelny.

⁴ Ibid.

⁵ Viz např. rozsudek Tribunálu v případě C-49/92 P ve věci Anic [1999] ECR I-4125 nebo Rozsudek SD 56 a 58/64 ve věci Consten a Grundig [1966] ECR 429.

⁶ Srov. např. rozsudek Tribunálu T-29/92 ze dne 21. 2. 1995 ve věci Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid and others [1995] ECR II-00289. V něm soud deklaroval, že zákaz stanovený článkem 81(1) Smlouvy ES se vztahuje na systém pravidel uplatňovaných v obchodní organizaci, která umožňují ve vztahu ke smlouvám v řízeních o veřejných zakázkách, prostřednictvím dohod mezi dotčenými soutěžiteli, po srovnání cen, které mají v úmyslu předložit, stanovit soutěžitele, který nabídne nejnižší cenu a který bude chráněn před rizikem, že jeho konkurenti nabídnou nižší cenu, a bude tím, kdo bude schválen k vyjednávání obsahu jeho nabídky se zadavatelem zakázky.

soutěžních norem v sobě dohody typu bid rigging principiálně zahrnují jak prvky dohody cenové, tak rozdělení trhu, tedy dva typy nejzávažnějších hard core omezení hospodářské soutěže, když podstatou těchto dohod je vyloučení vzájemné hospodářské soutěže mezi uchazeči o zakázku, tedy popření vlastního smyslu výběrového řízení. Zakázaná je proto již samotná koordinace mezi soutěžiteli při účasti na výběrovém řízení k zakázce (okruh účastníků soutěže, nabídkové ceny, apod.), neboť tak dochází ke zkrácení hospodářské soutěže, a to bez ohledu na to, jaká je konkrétní výše sladěných nabídkových cen. Vzhledem k tomu, že dohody typu bid rigging bývají pravidelně zaměřeny na veřejné zakázky, narůstá jejich společenská škodlivost i tím, že mají přímý negativní dopad na veřejné rozpočty, když nezákonným způsobem odčerpávají zdroje jinak využitelné pro veřejné účely. Tento typ dohod je proto považován za dohody s protisoutěžním cílem,⁷ kdy není nutné ze strany vyšetřujícího orgánu, pro konstatování porušení soutěžních norem, zjišťovat skutečné účinky takových dohod na hospodářskou soutěž.

42. Jednání ve vzájemné shodě představuje takový způsob jednání na trhu, který předpokládá dva základní prvky. Jednak vzájemné sladování jednání (záměru jednat) mezi soutěžiteli a poté následné jednání (realizace sladěného záměru) soutěžitelů na trhu, když mezi těmito dvěma prvky musí být příčinná souvislost. Jednání ve shodě tedy v sobě zahrnuje nejprve koordinaci stran odstraňující vzájemné pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování, dále faktický projev této koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující.
43. Neplatí však zcela, že musí být učiněna konkrétní skutková zjištění ohledně obou uvedených fází jednání. Soutěžní doktrína dovozuje, že u jednání ve shodě je třeba prokázat buď existenci kontaktů mezi soutěžiteli, nebo takové jednání na trhu, které nelze racionálně zdůvodnit jinak, než předchozím kontaktem⁸. V dané věci však byla učiněna konkrétní skutková zjištění ohledně obou uvedených fází jednání, jak bude níže rozvedeno.

Posouzení věci

44. V daném případě považuji z Oznámení o zakázce⁹ za prokázané, že byla zadavatelem – ČR-Krajským ředitelstvím policie zlínského kraje (dále též „**zadavatel**“) vypsána veřejná zakázka „Dodavatel stavebních prací – KKC II. – Krajské ředitelství policie zlínského kraje CZ.1.06/2.4.00/05.07008“ (dále též „**zadávací řízení**“), přičemž oznámení o zakázce bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 10. 2011 pod ev. č. 60066287 rozdělená na pět částí podle jednotlivých budov, a to část 1.1 Kroměříž, část 1.2 Holešov, část 1.3 Bystřice pod Hostýnem, část 1.4 Vsetín a část 1.5 Horní Lideč.
45. Dále považuji zejména z e-mailové komunikace mezi účastníky řízení a dále i interně mezi zaměstnanci a představiteli účastníků řízení za prokázané, že mezi účastníky řízení proběhla

⁷ Ibid. Srov. též rozhodnutí Komise v případech Pre-insulated Pipe Cartel IV/35.691/E-4 ze dne 21. 10. 1998 a European Sugar Industry IV/26.918 ze dne 2. 2. 1973, ze kterých plyne, že procedura veřejných zakázek předpokládá konkurenční nabídkové řízení, v nichž veřejní zadavatelé mají právo očekávat, že navržené nabídky ve výběrovém řízení nebudou výsledkem koluze mezi uchazeči o zakázku. V systému zadávání zakázek je existence soutěže mezi uchazeči o zakázku podstatná. Pokud předložená nabídka není výsledkem individuálního ekonomického výpočtu, ale znalosti nabídky jiného uchazeče nebo sladěného postupu mezi nimi, je soutěž vyloučena, či přinejmenším omezena a narušena.

⁸ Viz např. rozsudek ESD ze dne 14. 7. 1972 ve věci ICI vs Komise č. 48/69 (Dyestuffs).

⁹ Viz č. I. 42 – 53 správního spisu.

řada kontaktů, kdy se účastníci vzájemně informovali o výsledcích zadávacího řízení¹⁰. Nato každý z účastníků řízení odmítl uzavřít smlouvu na dodávku té části zakázky, v níž zvítězil¹¹ a druhý účastník byl druhý v pořadí, přičemž toto mám za prokázané z oznámení o odstoupení ze zadávacího řízení zaslaných oběma účastníky řízení zadavateli. I o tomto kroku se účastníci řízení informovali, což mám za prokázané opět z emailové komunikace¹². Následně oba uzavřeli smlouvu o dílo vždy na část zakázky, v níž byl ten který účastník řízení v pořadí druhý, což je zřejmé z příslušných smluv o dílo¹³. V důsledku tak jednáním obou účastníků řízení došlo v případech částí zakázky 1.1 Kroměříž a 1.5 Horní Lideč k uzavření smluv o dílo k provedení dvou částí veřejné zakázky za vyšší cenu¹⁴ (za cenu „druhého v pořadí“), než jaké by bylo dosaženo, kdyby se účastníci řízení svého jednání vyvarovali.

46. Celkově vzato mám za prokázané, že účastníci řízení jednali podle plánu uzavřít smlouvy o dílo za pro ně výhodnějších podmínek, než jakých by dosáhli běžným a soutěžně konformním způsobem. Míra a obsah komunikace účastníků řízení nedává prostor pro pochybnosti, že mezi účastníky muselo dojít k zevrubné dohodě o tom, jakým způsobem budou postupovat v případě situace, která v části 1.1 a 1.5 zadávacího řízení nastala, neboť kroky účastníků tak, jak vyplynuly z dokumentace zadavatele i jak se podávají z emailové komunikace, jsou naprosto jednoznačné a směřující k jedinému cíli. Objem a obsah emailové komunikace účastníků řízení je zcela nestandardní, a zatímco ojedinělý email mezi účastníky řízení by bylo možno vysvětlit způsobem, který v rozkladu nabízí společnost NOSTA, není představitelné vysvětlit takto všechny shromážděné e-maily, zvláště jsou-li zasazeny do kontextu konkrétní situace v zadávacím řízení. Nabízí se i pochybnost o legálnosti postupu účastníků řízení v případě části 1.2 Holešov¹⁵, nicméně v této části nebyly další důkazy koluze shromážděny. Účastníci řízení tedy jednali ve vzájemné shodě při postupu v části 1.1 a 1.5 zadávacího řízení s cílem ovlivnit jeho výsledek, svého cíle dosáhli a narušili tak hospodářskou soutěž. Tímto svým závěrem potvrzují jako správná zjištění, která učinil správný orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí.

Relevantní trh

47. Relevantní trh, který měl být deliktním jednáním účastníků řízení zasažen, vymezilo napadené rozhodnutí věcně jako trh pozemního stavitelství a geograficky jej omezilo územím České republiky. V souvislosti s posouzením správnosti takového vymezení nelze přehlédnout, že se v případě posuzovaného deliktu jedná o jednání zakázané per se, v jehož případě se od přesného stanovování relevantního trhu upouští, a to i v evropském kontextu. Při posuzování protisoutěžní praktiky bid-rigging tedy není podrobnější vymezení

¹⁰ Viz č. l. 72 – 79 správního spisu.

¹¹ Viz č. l. 10 a 15 správního spisu.

¹² Viz č. l. 79 – 80 a č. l.

¹³ Viz č. l. 29 – 41 a 16 – 28 správního spisu.

¹⁴ V případě části 1.1 Kroměříž nabízela společnost BS Vsetín cenu 3 761 995,70 Kč a společnost NOSTA cenu 3 887 797 Kč; v případě části 1.5 Horní Lideč nabízela společnost NOSTA cenu 3 209 656 Kč a druhá v pořadí, společnost BS Vsetín nabízela cenu 3 328 929,97 Kč, vše bez DPH. Viz č. l. 1 – 13 správního spisu.

¹⁵ Pochybnost je dána zejm. obsahem emailu na č. l. 82 správního spisu, v němž pracovník spol. NOSTA píše zaměstnanci společnosti BS Vsetín o tom, že dne 11. 3. 2013 byla společnosti NOSTA vrácena z Holešova jistina, a táže se ho, kam se má vrátit podíl BS Vsetín ve výši 300tis. Kč, zda na její účet konkrétního čísla či jinam.

relevantního trhu nutné. V této souvislosti např. Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Ca 22/2007 ze dne 14. 6. 2012 uvedl, že „[p]okud žalovaný dovodil, že dohoda je zakázanou pro svůj protisoutěžní cíl, má závěr v tom směru, že v takovém případě je standard přesného vymezení relevantního trhu nižší, než v případě dohod zakázaných pro svůj protisoutěžní účinek, své opodstatnění. Relevantní trh totiž není pojmem samoučelným a nevymezuje se proto, „aby byl vymezen“, nýbrž proto, aby bylo možno v případě posuzování dohod z pohledu jejich zákazu podle § 3 předchozího zákona a § 3 zákona především zjistit, jaké dopady na takový trh dohoda měla. Dopady je třeba přesně pojmenovat co do jejich kvality a kvantity v případě dohod, na něž by se mohlo aplikovat pravidlo *de minimis*; u cenových dohod a u dohod o rozdělení trhu to v úvahu nepřichází. Stejně tak je třeba dopady takto pojmenovat v případě dohod, u nichž se analýzou dovozuje protisoutěžní účinek. V obou uvedených kategoriích případů je tomu tak proto, že bez jeho řádného vymezení nelze spolehlivě stanovit podíly účastníků kartelu na trhu – a tedy ani dopad srozumitelně kvantifikovat. V případě cenových protisoutěžních dohod a dohod rozdělujících trh, zakázaných podle jejich cíle, může být protisoutěžní charakter spolehlivě určen i bez natolik precizního vymezení relevantního trhu, jakého by bylo potřeba v předchozích případech.“

48. Význam stanovení relevantního trhu pak u tzv. hard core dohod spočívá zejména v tom, že z obratu na něm je počítána pokuta. Relevantní trh tedy u tvrdých omezení není nezbytné stanovovat s takovou precizností jako v jiných případech, ale v zásadě jej postačí stanovit tak, aby bylo obecně popsáno, jaký trh jednání účastníků řízení zasáhlo.
49. Ze závěrů Tribunálu v případě T-61/99, *Adriatica di Navigazione*, lze dovodit, že u řízení o zakázané dohodě obsahující tvrdá omezení je nutné vytyčit relevantní trh tak, aby byl schopen „identifikovat podmínky podnikání“ na daném trhu a „uspokojit základní požadavky právní jistoty“. V dalším rozhodnutí (věc T-213/00, *CMA CGM*) dokonce Tribunál výslovně stanovil, že účelem určení relevantního trhu je pouze zjistit, zda zakázaná dohoda ovlivnila obchod mezi členskými státy, to pouze tehdy, pokud nelze k tomuto závěru dospět jinými metodami. Shledal dokonce, že Komise před aplikováním čl. 81 (dnešní čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie) všechny relevantní trhy nemusela vymezit. Také evropská judikatura tedy stanovuje, že „...potřeba precizního vymezení relevantního trhu je dána tam, kde bez takového přesného vymezení nelze určit, zda je cíl nebo výsledek dohody protisoutěžní, popř. zda je tomu tak v míře, v níž může být dotčen obchod mezi členskými státy.“ (viz výše zmíněný rozsudek krajského soudu č.j. 62 Ca 22/2007 ze dne 14. 6. 2012). Konečně ve věci T-62/98, *Volkswagen AG*, shledal Tribunál, že vzhledem k tomu, že šlo o cílové jednání, a že z podstaty jednání bylo dovozeno ovlivnění obchodu mezi členskými státy, nebylo vůbec zapotřebí pro tento účel definovat geografický trh.
50. K věcnému vymezení relevantního trhu v oblasti stavebnictví přistupuje Úřad dlouhodobě tak, že za rozhodující považuje možnosti substituce na straně nabídky¹⁶, jak podrobně rozvádí i napadené rozhodnutí v bodu 113. Zadávací řízení jsou specifickým druhem poptávky tím, že zadavatel má přesný požadavek a nehledá, resp. v průběhu zadávacího řízení již není oprávněn hledat substitut. Mimo jiné právě proto je zadávací řízení

¹⁶ K tomu z nejnovějších rozhodnutí viz rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 8. 2. 2016, č. j. Č. j.: ÚOHS-R381, 382, 388, 389, 390, 393, 395/2015-04749/2016/310/JZm.

procedurou sledovanou – nelze připustit, aby zadavatel požadavky jdoucími nad rámec nezbytnosti subjekty na nabídkové straně diskriminoval. Na nabídkovou stranu trhu je tak nutno hledět prizmatem konkrétní poptávky, nabídka musí být schopna splnit právě to, co je v zadávacím řízení požadováno, neboť poptávka zadavatele není flexibilní.

51. V částech zadávacího řízení dotčených jednáním účastníků byly, jak vyplývá z dokumentace shromážděné ve správním spisu¹⁷, požadovány běžné stavební práce prováděné při změnách již dokončených staveb v oblasti pozemního stavitelství. Jak nabídková strana, tak poptávka tedy nebyly specializované. Není na místě relevantní trh věcně vymezit širěji, než jak to bylo učiněno v napadeném rozhodnutí, neboť požadavek zadavatele nepřesahuje rámec pozemního stavitelství. Současně není na místě ani užší vymezení, neboť v daném případě se nejednalo primárně o žádnou specializovanou stavební činnost, která by přesahovala rámec běžného provádění pozemních staveb nebo která by tento rámec podstatně zužovala a pro kterou by bylo třeba zvláštních a specializovaných schopností a tomu odpovídajících oprávnění, resp. osvědčení. Není racionální a neodpovídalo by celému rozsahu v zadávacím řízení poptávaného díla, pokud by byl relevantní trh vymezen např. jako trh demoličních prací, omítkářských prací, přípravy stavenišť, výstavby svislých konstrukcí, apod., neboť subjekty pohybující se pouze na jednotlivých dílčích trzích by nebyly schopny se zadávacího řízení účastnit. Podnikatelské aktivity obou účastníků řízení tvoří provádění stavebních prací, v případě společnosti NOSTA pokrývají aktivity oblast pozemního a inženýrského stavitelství, v případě společnosti BS Vsetín se jedná zejm. o aktivity v oblasti pozemního stavitelství. Obdobná situace je v případě ostatních uchazečů v daném zadávacím řízení.¹⁸ Věcné vymezení relevantního trhu, jak bylo provedeno v napadeném rozhodnutí, považuji za správné a pro dané účely dostačující.
52. Geografické vymezení relevantního trhu by mělo vycházet z homogenity soutěžních podmínek vymezené ekonomické činnosti. Vymezení relevantního trhu územím České republiky je v souladu jak s evropskou judikaturou (viz rozsudek Soudního dvora ve věci 27/76, „United Brands“), tak doktrínou [viz např. bod 8 Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03)], neboť v řízení nebylo zjištěno, že by na tomto území panovaly rozdílné soutěžní podmínky, ani takové skutečnosti nejsou Úřadu známy z úřední činnosti. O tom, že trhem pro oblast pozemního stavitelství je celé území České republiky, svědčí i to, že oba účastníci řízení na tomto trhu skutečně působí, což potvrzují ve svých vyjádřeních¹⁹ a je to patrné i z přehledu zadávacích řízení, jichž se účastnila společnost BS Vsetín²⁰. Konečně i to, že by snad soutěžitel na nabídkové straně nepokrýval svou nabídkou celý relevantní trh, samo o sobě neznámá, že by území nebylo homogenní – to totiž záleží na „objektivní homogenitě“ podmínek (např. legislativních, technických, cenových), nikoliv na „subjektivní homogenitě“ nabídky účastníků trhu.
53. Domnívám se, že není na místě geografický trh vymezit úžeji, a to mj. i s ohledem na náklady na přepravu materiálu a osob, neboť řada soutěžitelů navzdory těmto nákladům podniká na území celé České republiky, řadu nákladů lze navíc snížit pomocí

¹⁷ Viz č. I. 193 – 224 správního spisu.

¹⁸ Viz např. www.pozemstav.com, www.lawstav.cz, www.tufir.cz, www.smo.cz.

¹⁹ Viz č. I. 70 a 177 správního spisu.

²⁰ Viz č. I. 89 – 93 správního spisu.

subdodavatele. Má-li vymezení relevantního trhu svůj praktický význam při stanovení výše pokuty, pak skutečnost že některý ze soutěžitelů působí jen v části vymezeného relevantního trhu, jej nikterak nepoškodí, neboť jeho obrat reflektuje pouze finanční toky na této části relevantního trhu. Geografický relevantní trh vymezený šířeji se tedy příslušného soutěžitele nedotkne, jelikož pokuta je počítána z hodnoty prodejů dosažených na relevantním trhu, a tedy má-li účastník řízení obrat jen na části trhu, bude pokuta počítána jen z takto zjištěného obratu.

54. Shrnuji tedy, že geografické vymezení relevantního trhu územím České republiky provedl prvostupňový orgán správně. Na tomto území panují pro účastníky řízení homogenní podmínky a oba podnikají téměř výhradně na tomto území.
55. Celkově pak shledávám, že podmínky a standardy vymezení relevantního trhu, jak jsou abstrahovány z citovaných rozhodnutí Tribunálu, byly v tomto případě naplněny. Relevantní trh byl vymezen tak, že z něj lze seznat podmínky, za nichž na něm účastníci řízení podnikali (především to, jakému konkurenčnímu tlaku byli vystaveni), aniž by jeho definice účastníkům řízení přinášela právní nejistotu či nějakým neoprávněným způsobem zasáhla do jejich práv.

K nezákonnému zahájení řízení

56. Účastník řízení NOSTA považuje za nezákonné důkazy získané při místním šetření v obchodních prostorách účastníků řízení, neboť toto místní šetření bylo učiněno bez předchozího povolení soudu a Úřad před provedením místního šetření neupřesnil, jaké konkrétní dokumenty týkající se správního řízení dle svých předpokladů míní nalézt. Předmět řízení byl v oznámení o zahájení řízení vymezen příliš široce, nebylo ani upřesněno, jakých konkrétních výběrových řízení v jakém přibližném časovém období by se mělo správní řízení týkat. Tím byla porušena základní práva účastníka řízení a současně vznikly pochybnosti, zda se Úřad nevypravil na tzv. fishing expedition. Z důvodu nezákonnosti místního šetření jsou nepoužitelné důkazy při něm získané. Soudní přezkum místního šetření prostřednictvím žaloby na ochranu před nezákonným zásahem nebyl z důvodu přístupu českých soudů možný a nyní je již vyloučen i pro uplynutí lhůty. V dané věci tak účastník řízení neměl před místním šetřením žádnou soudní ochranu.
57. Co se týká zahájení řízení, to bylo učiněno dne 23. 4. 2013 na základě podnětu ze dne 14. 10. 2012 podaného Ministerstvem pro místní rozvoj, který se týkal podezření na koordinovaný postup uchazečů v předmětném zadávacím řízení. Předmět řízení byl v oznámení o zahájení správního řízení vymezen tak, že „*možné porušení § 3 odst. 1 zákona spatřuje Úřad v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a/nebo v koordinaci nabídek a/nebo v rozdělení trhu v rámci výběrových řízení v oblasti stavebnictví, zejména v oblasti pozemního stavitelství*“, kteréžto jednání účastníků řízení mělo být způsobilé narušit hospodářskou soutěž na dotčených trzích.
58. Podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona se ostatní řízení podle tohoto zákona zahájí z moci úřední, toto ustanovení tedy předvídá zahájení správního řízení ex officio, bližší podmínky pro zahájení tohoto řízení však zákon nestanoví. Proto se na zahájení správního řízení

použijí pravidla obecného právního předpisu, kterým je správní řád. Ani ten však v ustanovení § 42 žádné bližší podmínky pro zahájení správního řízení neuvádí, tedy mimo to, že správní orgán je povinen přijímat podněty, aby bylo zahájeno řízení z moci úřední. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 1. 2009, č. j. 62 Ca 43/2007-2016, je jediným udržitelným a základní práva účastníků řízení respektujícím takový výklad, podle kterého lze sankční deliktní správní řízení pro porušení zákona zahájit, je-li dáno důvodné podezření.

59. K pojmu důvodné podezření se vyjadřuje Komentář ke správnímu řádu²¹, který uvádí, že „dozvědět se o porušení povinností“ neznamena, že již v tom okamžiku musí být najisto postaveno, že k porušení povinnosti nesporně došlo, nýbrž postačí, že vzniklo důvodné podezření, že se tak stalo. Jak vyplývá z rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 7 A 167/94 (SoJ 99, sv. 17, s. 541), jde o vědomost o skutkových okolnostech v takovém rozsahu, který umožní i jejich předběžné právní posouzení. Zákon nepředpokládá, že by muselo jít o informaci zvláště kvalifikovanou nebo přicházející od určitého zdroje, musí však mít nezbytnou míru věrohodnosti a určitosti, aby na druhé straně nedošlo k zahájení řízení naprosto nedůvodně.
60. Úřad před zahájením správního řízení ve věci shledal, že existuje podezření z možného protisoutěžního jednání, jehož se měly dopustit společnosti NOSTA a BS Vsetín. Podnět ministerstva byl naprosto jednoznačný a opatřený přílohami dokládajícími podezření, že hospodářská soutěž v dané oblasti není dostatečně funkční. Podle shora citované judikatury postačí k zahájení správního řízení taková vědomost o skutkových okolnostech, která umožní předběžné právní posouzení. Obsahem byl, mimo označení konkrétní veřejné zakázky veřejného zadavatele ČR – Krajské ředitelství PČR Zlínského kraje a výčtu konkrétních společností, které se na protiprávním jednání měly podílet, také popis tohoto jednání.
61. Z právě popsaného podání a z dokumentů poskytnutých ministerstvem Úřad bezpochyby nabyl dostatečné povědomí o skutkových okolnostech věci, přičemž právně bylo zřejmé, že může jít o jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi určitými subjekty a že tato dohoda nebo shoda spočívá v koordinaci účasti a nabídek a/nebo v rozdělení trhu v rámci výběrových řízení v oblasti stavebnictví, zejm. v oblasti pozemního stavitelství. Popis protisoutěžního jednání je navíc dostatečně věrohodný, aby vzbuzoval oprávněné podezření, že minimálně u jmenovaného zadávacího řízení se mohlo jednat o předem domluvený a koordinovaný postup, který je třeba blíže objasnit. Z popisu jednání také zjevně vyplývá, o jaký správní delikt se jedná, ačkoliv v podnětu přesně označen není, a že se tedy může jednat o tzv. bid-rigging. Dále bylo v podnětu poukázáno na konkrétní společnosti, které se jednání dopustily a jakým způsobem z něj profitovaly. Samotný obsah podnětu tedy nepůsobil nijak nevěrohodně a oprávněně byl pro Úřad indicií o tom, že při tendrech ve stavebnictví, zejm. v pozemním stavitelství může mezi uvedenými dvěma společnostmi docházet k protisoutěžní činnosti.
62. Z těchto důvodů nepovažují postup Úřadu za nijak neobvyklý nebo protizákonný. Úřad získal podložené podezření o protisoutěžním jednání konkrétních subjektů a jedinou

²¹ Jemelka, Poledníčková, Bohadlo.: Správní řád, Komentář, C.H.Beck, 2013.

možností, jak získat další zdroj informací o tomto jednání bylo zahájit správní řízení a provést místní šetření.

63. Právě místní šetření je totiž klíčovým nástrojem pro získání relevantních informací o protisoutěžním jednání soutěžitelů a tak tomu bylo i v tomto případě. Jde o nezbytný nástroj v rámci vyšetřovací pravomoci soutěžního Úřadu, jehož účelem je zajištění důvěryhodných a jedinečných důkazů pro zjištění a následné potrestání protisoutěžního jednání. Místní šetření je tak nenahraditelným zdrojem informací, neboť využívá prvek překvapení. Soutěžitelé, kteří jsou podrobena šetření na místě, nemají díky elementu překvapení možnost manipulovat s důkazy či se jich zbavovat nebo je nějakým způsobem pozměňovat. Tím, že je Úřad nadán pravomocí vstupovat do obchodních prostor soutěžitele a obstarat v těchto prostorách nezbytné důkazní prostředky, se naplňuje účel existence zákona o ochraně hospodářské soutěže a Úřadu samotného, neboť bez těchto důkazů by často nebylo možné odhalit závažné protisoutěžní jednání soutěžitelů.
64. Zdůrazňuji proto, že ve fázi zahájení správního řízení Úřad často nemůže a dle ustálené soudní judikatury ani nemusí disponovat natolik kvalifikovanými důkazy, ze kterých by byl schopen zcela přesně popsat protisoutěžní jednání; k získání relevantních důkazů slouží institut místního šetření a ten je v praxi využíván až poté, co je zahájeno správní řízení. Uzavírám tedy, že postup Úřadu nebyl žádným administrativním excesem, ale proběhl zcela standardním způsobem. Úřad získal hodnověrné informace o možném protisoutěžním jednání a ty vyhodnotil tak, že je dáno důvodné a objektivizované podezření spáchání správního deliktu, pročež zahájil správní řízení.
65. Pokud jde o samotné vymezení předmětu správního řízení, ani na něm nespátřuji odklon od dosavadní praxe Úřadu či nezákonnost.
66. Soudy již mnohokrát judikovaly, že nároky na správní orgán a vymezení předmětu řízení v této fázi postupu musí být reálné, protože správního řízení, v němž dochází ke shromažďování důkazů a jejich vyhodnocování, teprve nastane. Odkazují zde např. na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 11. 12. 1997, sp. zn. 2 A 10/97, kde soud uvedl, že si „lze stěžít představit, jak by mohl správní orgán bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, když teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit závěr o porušení zákona, o němž získal vědomost teprve do zahájení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost“.
67. Zákon sice (jak je uvedeno shora) přesně neupravuje, jaké náležitosti musí být splněny při zahájení místního šetření ani jak přesně má být vymezen předmět řízení, klade však konkrétní požadavky na institut pověření k místnímu šetření v ustanovení § 21f. Podle § 21f odst. 5 zákona [p]řed 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.
68. Národní požadavky na možnost provést místní šetření jsou obdobné postupu Komise EU. Touto otázkou se zabývalo např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 26. června 1980 ve věci National Panasonic (UK) Limited proti Komisi Evropských společenství (dále též „Komise“) č 136/79, které uvádí, že ve smyslu Nařízení 17, čl. 14/3 je náležitostí rozhodnutí o nařízení místního šetření účel a předmět řízení, kde a kdy bude místní šetření prováděno a poučení o možnosti podat žalobu. Shodný závěr vyplývá i z pozdějších rozhodnutí. Podle

čl. 20 odst. 4 nařízení č. 1/2003 musí rozhodnutí o nařízení místního šetření „stanovit předmět a účel kontroly“. Soudní dvůr ve své judikatuře rozhodl, že Komise má v podstatě povinnost co nejpřesněji uvést, co je předmětem řízení, a skutečnosti, kterých se má kontrola týkat, třebaže není nutné, aby toto rozhodnutí přesně vymezovalo relevantní trh ani uvádělo přesnou právní kvalifikaci domnělých protiprávních jednání nebo období, během něhož měla být tato protiprávní jednání spáchána (srov. mj. rozhodnutí ve věci Nexans a Nexans Francie v. Komise, C-37/13P, bod 36 a citovaná judikatura).

69. S ohledem na námitku účastníka řízení NOSTA stran nevymezení časového období, v němž mělo k závadnému jednání dojít, zde zdůrazňuji, že v souladu s evropskou judikaturou není Komise povinna při vymezení předmětu šetření uvést dobu, během níž k protiprávnímu jednání docházelo (viz rozsudky Dow Benelux v. Komise, Hoechst v. Komise, a Roquette Frères). Citovat lze např. Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. října 1989 ve věci Dow Chemical Ibérica, SA, a další proti Komisi Evropských společenství, spojené věci 97/87, 98/87 a 99/87, body 43. - 49.
70. K obecnému vymezení předmětu řízení v dané věci v první řadě uvádím, že nelze směřovat okamžik zahájení řízení a vymezení předmětu řízení při tomto zahájení správního řízení a vymezení skutku v rozhodnutí správního orgánu. Tyto dva okamžiky přitom nemohou být směřovány.
71. Podle Nejvyššího správního soudu „...mezi skutkem, pro který je „sdělováno obvinění“ a skutkem, za který je pak adresát sankčního rozhodnutí trestán, vskutku nemusí existovat po stránce skutkové naprostý soulad, neboť v průběhu řízení mohou některé dílčí skutečnosti teprve vyplynout najevo, či může jinak dojít ke korektuře původních skutkových předpokladů. Pokud však je v průběhu řízení zjištěn určitý aspekt jednání, který „obviněnému“ dosud nebyl vytýkán a vede-li toto nové dílčí skutkové zjištění k rozšíření právní kvalifikace postihovaného jednání, je nutno přistoupit k „rozšíření obvinění“ a poskytnout tak stíhané osobě právo přizpůsobit této nové skutečnosti svou obhajobu“.²²
72. Obdobně se k vymezení předmětu správního řízení vyjadřuje i komentář k ustanovení § 42 správního řádu²³, který uvádí, že [p]okud se tedy vymezuje předmět řízení, je zde třeba uvést, co tvoří skutkový stav, který má být v řízení podroben bližšímu zkoumání a právně kvalifikován (např. konkrétní jednání nebo opomenutí účastníka řízení), a dále uvedení, o jakých právech nebo povinnostech má být v řízení rozhodováno. Toto obecné vymezení předmětu řízení může mít různé podoby v závislosti na povaze daného řízení. V případě sankčních řízení má vymezení skutku, o kterém bude v řízení jednáno, poměrně velký význam, a to zejména s ohledem na vznik překážek řízení podle § 48. V případě skutkového stavu lze při formulaci oznámení o zahájení řízení vycházet z toho, že správní orgán má pouze omezené informace, které zpravidla postačují pouze k tomu, aby odůvodnily zahájení řízení. Správní orgán proto v oznámení o zahájení řízení vymezí předmět řízení pouze jednoduchým popisem skutku, který je tímto předmětem řízení a který by se neměl nijak zásadně měnit.
73. V rozsudcích Vrchního soudu v Olomouci ze dne 11. 12. 1997, sp. zn. 2 A 10/97, ve věci Pražské kanalizace a vodní toky, s. p., a ze dne 15. 5. 2001, č. j. 2 A 10/2000 - 58, ve věci

²² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2011, č.j. 5 Afs 91/2009-149.

²³ Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013.

ČESKÝ TELECOM, a. s. vrchní soud konstatoval, že pokud nedošlo k zásadní změně vymezení předmětu řízení, která by si vyžádala zastavení původního řízení a eventuální zahájení řízení nového, tak „[n]ení chybou, jestliže žalovaný v průběhu správního řízení upřesňoval předmět řízení, neboť k tomu nepochybně správní řízení slouží. Stěží si lze představit, jak by mohl žalovaný bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, jestliže teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit si závěr o porušení zákona, o němž získal vědomost do zahájení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost.“

74. Z uvedeného je zřejmé, že pokud jde o samotnou povahu oznámení o zahájení správního řízení, je nutno vzít v potaz, že na samém počátku řízení není zpravidla možné jeho předmět zcela přesně vymežit. V této fázi má správní orgán totiž k dispozici velmi málo údajů o konečné podobě protisoutěžním jednání, přičemž se jedná o informace plynoucí zejména z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů.
75. Na rozdíl od vymezení předmětu řízení, který může být dále v souladu s vývojem dokazování upřesňován nebo rozšiřován, musí být popis skutku v rozhodnutí správního orgánu již konkretizován natolik přesně, aby nemohl být zaměněn s jiným. K požadavkům na konkretizaci skutku ve výroku správního rozhodnutí o správním deliktu se podrobně vyjádřil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73 (č. 5/2008 Sb.NSS, všechna zde citovaná rozhodnutí jsou dostupná též na www.nssoud.cz), následovně: „Vymezení předmětu řízení ve výroku rozhodnutí o správním deliktu proto vždy musí spočívat ve specifikaci deliktu tak, aby sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným.“
76. Při zahájení řízení tedy Úřad nepochybil, neboť řízení bylo zahájeno na základě důvodného podezření, že došlo ke spáchání deliktu, řízení bylo vymezeno svým právním rámcem a účastníky, předmět řízení byl vymezen jako zakázaná dohoda v širším smyslu v oblasti stavebnictví, zejm. pozemním stavitelstvím. K tomu podotýkám tolik, že zkušenost z jiných řízení ukazuje, že v případě tendrových kartelů se často nejedná o ojedinělý skutek, nýbrž o jednání spočívající v opakovaném ovlivňování výsledků zadávacích řízení na určitém relevantním trhu nebo o dohodu o rozdělení trhu trvající i několik let, jehož je jedno ovlivněné zadávací řízení jen průvodním jevem, tedy z tohoto hlediska je obecnější vymezení předmětu řízení racionální a při přezkumu zákonnosti postupu Úřadu je nutno zaměřit se i na další kroky, které Úřad v obecně zahájeném správním řízení činil, neboť jen tak je možné zjistit, zda se Úřad v případě místního šetření vydal na „fishing expedition“ či zda zůstal v mezích svého důvodného podezření, k čemuž se vyjádřím níže při posouzení zákonnosti provedených místních šetření.
77. Pokud se týká tohoto konkrétního případu, nelze v souvislosti s obeznámeností účastníka řízení s předmětem řízení přehlédnout, že ve věci se uplatnila všechna specifika řízení podle zákona, oproti standardnímu správnímu řízení, v němž k popisu skutku slouží toliko oznámení o zahájení řízení a rozhodnutí. V tomto konkrétním řízení tak oba účastníci řízení brzy po zahájení správního řízení požádali o nahlížení do správního spisu a toto jim bylo umožněno, byli tedy v řádu málo měsíců seznámeni s podnětem a jeho obsahem. Již v září

2014 se uskutečnilo jednání o proceduře narovnání²⁴, kde bylo účastníkům řízení velmi podrobně sděleno, jaká jsou skutková zjištění Úřadu, jakými důkazy jsou podložena, jak je Úřad právně kvalifikuje a jakou za ně lze uložit pokutu. V lednu 2015 byly účastníkům řízení sděleny výhrady k jejich jednání, v nichž byl již skutek popsán ve standardu dostačujícím výroku rozhodnutí, a v dubnu 2015 bylo vydáno napadené rozhodnutí. Účastníci řízení tedy měli po téměř celou dobu trvání správního řízení naprosto přesnou a jednoznačnou představu o tom, jaké podezření proti nim vyvstalo. Tato skutečnost je patrná i z toho, že po celou dobu správního řízení žádný z účastníků žádnou pochybnost o předmětu řízení nevyjádřil.

K nezákonnému místnímu šetření

78. Téhož dne, kdy Úřad zahájil správní řízení, provedl místní šetření v obchodních prostorách obou účastníků řízení.
79. Z protokolů o průběhu místních šetření a z jejich příloh vyplývá, že se jednak všechny získané dokumenty staly součástí správního spisu, jednak že Úřad shromažďoval toliko dokumenty k zadávacímu řízení, jehož se týkalo podezření, a okolnostech účasti účastníků řízení v něm.
80. Co se týká předběžného souhlasu soudu s místním šetřením, jehož se v rozkladu dovolává účastník řízení NOSTA, dle § 21f odst. 5 zákona je jednoznačná a dle něho platí, že *[š]etření se provádí na základě písemného pověření vystaveného předsedou Úřadu nebo jinou osobou k tomu oprávněnou podle vnitřních předpisů Úřadu. Pověření musí obsahovat zejména jméno, popřípadě jména, příjmení, funkci a podpis osoby oprávněné k jeho vystavení, datum vyhotovení a otisk úředního razítka, dále právní ustanovení, podle kterého má být šetření provedeno, označení obchodních prostor soutěžitele, v nichž má být šetření provedeno, předmět šetření a datum jeho zahájení, jakož i jméno, popřípadě jména a příjmení zaměstnanců Úřadu, případně dalších Úřadem pověřených osob, které mají šetření provést.*
81. K provedení místního šetření tedy není vyžadován souhlas soudu, k tomuto závěru nedospěla ani česká soutěžní judikatura²⁵ či doktrína. Pověření udělená zaměstnancům

²⁴ Viz protokoly na č. l. 276-284 správního spisu.

²⁵ Viz např. usnesení Ústavního soudu ze dne 26. 8. 2010, sp. zn. III. ÚS 2309/09: „K tvrzení stěžovatelky o nutnosti předchozího soudního souhlasu k provedení šetření Úřadu se dostatečně vyjádřily již správní soudy. Stěžovatelka nezpochybňuje, že taková povinnost nevyplývá z české zákonné právní úpravy, avšak dovozuje ji z judikatury ESLP, resp. jeho výkladu čl. 8 Úmluvy. Na závěrech správních soudů, že z judikatury ESLP (ani ve věci "Colas") taková striktní a jasná povinnost, jak ji dovozuje stěžovatelka, nevyplývá, nelze shledat nic protiústavního. Správní soudy se řádně zabývaly judikaturou ESLP (včetně té namítané stěžovatelkou) a dospěly k závěru o relevantních odlišnostech ve stěžovatelčině věci, které dostatečně rozvedly. Je proto možno poukázat na odůvodnění jejich rozhodnutí k této otázce, včetně argumentace, že ve věci "Colas" ESLP rozhodl také s ohledem na jím popsané okolnosti jednání francouzských orgánů při šetření; je třeba přihlídnout ke konkrétním okolnostem v každé věci.

Ústavní soud nemůže v této souvislosti opomenout svůj nálezný ze dne 8. 6. 2010 sp. zn. Pl. ÚS 3/09, kde se blíže vyjádřil k otázce nedotknutelnosti obydlí, a to i v kontextu příslušné judikatury ESLP. Zde se vyslovil k povinnosti předchozího soudního souhlasu k prohlídce "jiných prostor", avšak učinil tak v souvislosti s řešením ústavní stížnosti fyzické osoby a v rámci trestního řízení (resp. hrozby trestní represe); poukázal přitom zejména na nemožnost striktního oddělení osobních aktivit jednotlivce od jeho aktivit pracovních a zájmových a potřebu ochrany soukromé sféry jednotlivce.

Úřadu splňovala podmínky uvedeného ustanovení a z protokolu o průběhu místního šetření je zřejmé, že bylo učiněno zadost i podmínkám místního šetření uvedeným v § 21f odst. 6 zákona, tedy před zahájením šetření byl účastníkům řízení sdělen právní důvod a účel šetření a účastníci řízení byli poučeni o svých právech a povinnostech včetně možnosti uložení pokuty.

82. Z rozsudku ESLP ve věci Delta Pekárny dovozuje účastník řízení NOSTA nedostatečnost následné kontroly zákonnosti místního šetření, což dle jeho názoru rovněž způsobuje nezákonnost místního šetření a nepoužitelnost důkazů v něm získaných. Tento argument je založen na skutečnosti, že ESLP ve věci Delta Pekárny konstatoval, že došlo k zásahu do práva na soukromí, neboť „soudní kontrola ex post facto, tak jak byla provedena v projednávané věci [případ Delta pekárny], neposkytovala stěžovatelské společnosti dostatek záruk proti svévoli, a zásah do jejích práv tedy nelze považovat za striktně přiměřený sledovanému legitimnímu cíli.“²⁶
83. Jak je patrné z rozsudku ESLP pro ochranu práva na soukromí mohou být dostatečné i následné prostředky soudní kontroly, jako je žaloba podle § 82 nebo § 65 s. ř. s., přičemž v případě Delta pekárny došlo k tomu, že žaloba podle § 82 s. ř. s. mohla podle tehdy platného znění s. ř. s. směřovat pouze proti probíhajícímu nebo hrozícímu zásahu a dále byla správními soudy považována za subsidiární ve vztahu k žalobě podle § 65 s. ř. s. Přesto však v rámci přezkumu na základě žaloby podle § 65 s. ř. s. nedošlo v případě Delta Pekárny k řádnému posouzení samotného průběhu a oprávněnosti provedení místního šetření. Účinné ochraně ex post tedy podle ESLP v případě Delta Pekárny bránily celkem dvě překážky. Za prvé se jednalo o podmínku uvedenou v § 82 s. ř. s. ve znění účinném do 31. 12. 2011 spočívající v požadavku na trvání nebo hrozbu dalšího zásahu. Tato překážka však počínaje 1. 1. 2012 již neexistovala a podmínka nebyla zákonem vyžadována. Za druhé se jednalo o překážku spočívající ve výkladu správních soudů, podle nichž nebyla žaloba podle § 82 s. ř. s. přípustná, pokud mohl dotčený subjekt využít žaloby podle § 65 s. ř. s., přičemž ani v rámci tohoto soudního řízení dle ESLP fakticky k přezkumu oprávněnosti provedení a průběhu šetření na místě nedošlo. Je tedy vskutku možné, že by v důsledku převládajícího názoru správních soudů v letech 2012 a 2013 mohlo dojít k odmítnutí žaloby podané podle § 82 s. ř. s., avšak ohledně skutečnosti, že oprávněnost provedení a postup Úřadu v rámci místních šetření nebude předmětem přezkumu napadeného rozhodnutí podle § 65 s. ř. s. v právě posuzované věci, nelze učinit stejný závěr. S ohledem na obsah rozkladových námitek, odkazy na závěry ESLP ve věci Delta Pekárny a potřebu zohlednit tuto judikaturu v rámci soudního přezkumu, je tedy na místě očekávat, že se situace z případu Delta Pekárny opakovat nebude a účastníkům řízení nebude zabráněno v přístupu k soudní ochraně.

Ani z nálezu Ústavního soudu ze dne 10. 10. 2001 sp. zn. I. ÚS 201/01 pak nelze dovodit povinnost předchozího souhlasu soudu ke vstupu a šetření prováděnému v sídle (obchodních prostorách) právnické osoby v rámci správního řízení. V dané věci šlo rovněž o problematiku prohlídky "jiných prostor" v trestním řízení a navíc se jednalo o situaci, kdy prohlídku provedla policie v prostorách jedné právnické osoby, ačkoliv příkaz k prohlídce byl udělen k prostorám jiné právnické osoby.“ Na těchto závěrech nezměnil nic ani pozdější rozsudek ESLP ve věci Delta Pekárny ze dne 2. 10. 2014, číslo stížnosti 97/11.

²⁶ Viz bod 93 tohoto rozsudku.

84. Jak vyplývá z rozsudku ESLP v případě Delta Pekárny, nedostatek prostředků k ochraně nebyl způsoben primárně nastavením právních předpisů v České republice, ale jejich nevhodnou aplikací správními soudy, která ve svém důsledku neumožnila domáhat se ochrany žalobou podle § 82 s. ř. s. s poukazem na její podpůrný charakter k žalobě podle § 65 s. ř. s., aniž by pak v rámci této žaloby byl požadovaný přezkum postupu Úřadu v tamní věci proveden. A priori proto nelze hovořit o nezákonnosti místních šetření v důsledku nedostatku nástrojů soudní ochrany. Jelikož žaloba podle § 82 s. ř. s. po šetřeních provedených po 1. 1. 2012 podána nebyla, není k dispozici právní názor, jímž by bylo možno nahlížet právě posuzovanou věc. Klíčovou otázkou je tak budoucí postup správních soudů v posuzovaném případě, resp. odpověď na otázku, zda bude žaloba podle § 65 s. ř. s. na rozdíl od případu Delta Pekáren v posuzovaném případě efektivním obranným prostředkem či nikoli. Jako předseda Úřadu tedy v tomto ohledu skutečně nemohu předjímat postup správních soudů a konstatovat, že v právě posuzovaném případě účastníci řízení skutečně neměli k dispozici žádný prostředek ochrany²⁷. Účastníci řízení sice nevyužili možnosti podat žalobu podle § 82 s. ř. s., avšak stále jim ještě zbývá možnost podat žalobu podle § 65 s. ř. s., přičemž v tomto okamžiku není možné konstatovat, že soudní přezkum nebude vyhovovat požadavkům zaznívajícím ze strany ESLP.
85. Krajský soud v Brně se ve svém rozsudku ze dne 14. 10. 2016, č. j. 62 Af 39/2016-115 zabýval podrobně tím, jakým způsobem je nutno k přezkumu zákonnosti místního šetření provedeného Úřadem přistupovat. Meze možností místního šetření jsou dány předmětem řízení, jak je vymezen v oznámení o zahájení správního řízení, a rozsahem pověření k provedení místního šetření. Zejména jsou-li tyto dva dokumenty obecné, je nutno provést přezkum zákonnosti místního šetření z hlediska několika kritérií. V první řadě je třeba zkoumat naplnění výslovných zákonných podmínek, tedy to, zda měl Úřad ze zákona možnost místní šetření provést, zda jej provedl v obchodních prostorách, zda sledovalo obecně legitimní cíl, čímž je efektivní výkon ochrany hospodářské soutěže.
86. V daném případě byla místní šetření provedena v rámci zahájeného správního řízení, a to v obchodních prostorách obou účastníků řízení, jak je patrné z pořizovaných protokolů, na základě § 21f zákona. Místní šetření navíc sledovala účel, který je zákonem předpokládán, tedy byla provedena k ochraně hospodářské soutěže. Místní šetření tedy nevybočilo z pravidel stanovených zákonem, a je tedy stricto sensu zákonné.
87. Dalšími podmínkami, které pro provedení místního šetření krajský soud v uvedeném rozsudku stanovuje, jsou jeho nezbytnost, tj. především přiměřenost, kterou je nutné posoudit v testu vhodnosti, délky a rozsahu.
88. Co se týká vhodnosti – adekvátnosti místního šetření, je nutno zabývat se posouzením existence konkrétních skutkových zjištění, které měl úřad k dispozici před zahájením místního šetření. Zde odkazují na své závěry o charakteru podnětu a informací z něj zjištěných v bodu 59 a dalších tohoto rozhodnutí. Místní šetření proběhla v situaci, kdy měl Úřad konkrétní a dostatečné informace o tom, že hospodářská soutěž může být narušena

²⁷ Na okraj podotýkám, že ve věci Delta Pekáren vydal Nejvyšší správní soud dne 25. 2. 2016 rozsudek, č. j. 5 Afs 7/2011-799, na základě kterého posléze Krajský soud v Brně provedl v rozsudku ze dne 14. 10. 2016, č. j. 62 Af 39/2016-115 přezkum místního šetření v intencích ustanovení § 82 s. ř. s., ač v daném případě se již jednalo o řízení dle § 65 s. ř. s. Uvedený postup tak naznačuje judikatorní změny výkladu § 82 s. ř. s. ve vztahu k místním šetřením provedeným Úřadem.

protisoutěžním jednáním, že toto jednání může spočívat v koordinaci účasti v zadávacím řízení a že se jej patrně dopustili účastníci řízení. Tyto informace poskytují dostatečný rámec pro zaměření místního šetření.

89. Pokud jde o rozsah místního šetření, tento je patrný z pořízených protokolů – je zřejmé, že Úřad ověřoval údaje získané z podnětu a nevybočil z definovaných mezí konkrétního zadávacího řízení. Obsahem protokolů o průběhu místních šetření je tak prokázáno, že Úřad se nedopustil při místním šetření naprosto žádného excesu a nemohlo se tedy jednat o rybářskou výpravu, jak naznačuje účastník řízení NOSTA ve svém rozkladu.
90. Před posouzením délky trvání místních šetření považuji za nutné zdůraznit, že trvání místního šetření závisí vždy na okolnostech případu, jeho složitosti, velikosti soutěžitele, počtu míst (budov, kanceláři, jiných prostor), tedy není neobvyklé, že místní šetření mohou ve složitějších věcech probíhat od brzkého rána do pozdních hodin, a to i několik dnů. V případě místních šetření provedených v posuzované věci, tato v době od 9:44 (9:45 hod. BS Vsetín) do 14:00 hodin, tedy nepřesáhla dobu několika hodin, což lze považovat za naprosto přiměřené rozsahu podezření a objemu získaných informací.
91. Ze všeho uvedeného tedy uzavírám, že místní šetření provedená u obou účastníků řízení, jsou v souladu se zákonem, při jejich provádění nedošlo k naprosto žádnému excesu a zcela obstojí v testu přiměřenosti.
92. Nad rámec úvah o vlastním vymezení předmětu správního řízení ve vztahu k provedeným místním šetřením bych chtěl poukázat také na skutečnost, že se šetřené subjekty vždy současně v den provedení šetření na místě staly účastníky řízení. Podle § 21f zákona je Úřad oprávněn provádět místní šetření v prostorách soutěžitelů bez ohledu na to, zda mají či nemají postavení účastníků správního řízení. Shodně o této možnosti hovoří i komentářová literatura: „*Tato povinnost [strpět šetření na místě a výkon pravomocí Úřadu podle § 21f] se na soutěžitele vztahuje primárně v situacích, kdy je již Úřadem vedeno správní řízení, na základě § 20 odst. 3 se však toto ustanovení přiměřeně použije i na fázi předběžného šetření v rámci výkonu dozoru uskutečňovaného na základě § 20 odst. 1 písm. a).*“²⁸ Místní šetření tak Úřad může provádět nejen ve fázi předběžného šetření tj. před zahájením správního řízení, ale rovněž v rámci tohoto řízení u soutěžitelů, kteří nejsou jeho účastníky, ale nacházejí se u nich prověřované informace. Standard, který je požadován pro specifikaci předmětu správního řízení a účelu šetření na místě je tak formulován i s ohledem na toto pojetí právní úpravy místního šetření. Soutěžitel, který nemá postavení účastníka řízení, tak má skutečně k dispozici pouze a jen informace uvedené v písemném pověření a tyto informace jsou zákonodárcem považovány za dostačující s ohledem na zákonnost provedení místního šetření. V posuzovaném případě však souběžně s provedením šetření na místě bylo šetřeným subjektům přiznáno postavení účastníka řízení a tedy získaly i další možnost přístupu k informacím založeným ve správním spise. Tím spíše nemohlo být postupem Úřadu zasaženo do jejich práva na obhajobu, neboť další specifické informace ohledně rozsahu úvodních podezření a vývoje zjišťování skutkového stavu bez problémů získávali, jak již bylo naznačeno výše.

²⁸ Raus, D.; Oršulová, A.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. Vydání, Wolters Kluver, 2014, str. 473.

93. Námitky stran zákonnosti zahájení řízení, místních šetření a potažmo použitelnosti důkazů při místních šetřeních získaných tak považuji za nedůvodné. Jejich vypořádání jsem provedl zevrubně, nicméně obecně, neboť účastníci řízení žádný konkrétní zásah místního šetření do svých práv neuvádí.

K nezákonnosti hodnocení důkazů a neprovedení navrhovaných důkazů

94. Oba účastníci řízení v rozkladech vytýkají napadenému rozhodnutí, že ve věci shromážděné důkazy vykládá v neprospěch účastníků řízení, opomíjí jiná vysvětlení, naprosto nedostatečně se vypořádává s autorstvím ručně psaných poznámek a přehlíží ten nelogický moment v řetězci, že účastník řízení BS Vsetín odstoupil z části zadávacího řízení, v níž uspěl s vyšší nabídkovou cenou, a uzavřel smlouvu na část veřejné zakázky s nabídkovou cenou mnohem nižší. Účastník řízení NOSTA pak v rozkladu podrobně rozebírá jednotlivé e-maily a ručně psané poznámky a podává k nim alternativní vysvětlení jejich existence a obsahu.
95. K dokazování lze obecně říci, že důkaz zajištěný ve správním řízení, zvláště důkaz nepřímý, je třeba vždy hodnotit v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů v kontextu s ostatními důkazy, nikoliv izolovaně. I v případě, že žádný ze shromážděných důkazů není sám o sobě dostačujícím důkazem k prokázání protisoutěžního jednání, ucelený souhrn těchto důkazů může mít dostatečnou vypovídací schopnost. Nepřímé důkazy mohou představovat ve svém souhrnu důkaz porušení pravidel hospodářské soutěže, pokud neexistuje jiné logické vysvětlení posuzovaného jednání soutěžitelů (srov. např. rozsudek Soudního dvora Sumitomo Metal Industries, bod 51; obdobně rozsudky Soudního dvora Aalborg Portland, body 55 až 57, a Technische Unie, bod 165).
96. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že správní orgán prvního stupně se podrobně zabýval všemi ve věci shromážděnými důkazy²⁹, přičemž mezi těmito nevytvářejí rozpory, naopak v souhrnu dávají poměrně plastický obraz skutkového stavu, přičemž tento se shoduje s výrokem napadeného rozhodnutí a s mými závěry uvedenými výše v tomto rozhodnutí.
97. Zatímco obsah a interpretace důkazů ze zadávacího řízení nejsou účastníky řízení zpochybňovány, za problematickou a nezákonnou považují účastníci řízení interpretaci emailové komunikace a ručně psaných poznámek. Na rozdíl od účastníka řízení NOSTA nepovažují za „*pojmově vyloučené, aby Úřad dovozoval počátek údajné protisoutěžní koordinace na základě výměny veřejných informací (byť mezi přímými konkurenty)*“³⁰. E-mail označený v napadeném rozhodnutí jako důkaz i) sdělující výsledky části zadávacího řízení Kroměříž by se v případě, že by byl ojedinělý, dal patrně vysvětlit dobrými vztahy a slušným vychováním, jako to činí účastník řízení. Totéž by se možná dalo vztáhnout i na další e-mailovou komunikaci, která je součástí správního spisu, pokud by e-maily byly nahlíženy bez dalších souvislostí a individuálně. Na prvotní e-mail však navazuje interní komunikace v rámci BS Vsetín (viz důkaz j) a především další komunikace mezi účastníky řízení obsahující informace o vysvětlení k jednotlivým částem zakázky (viz důkaz o), z níž je patrné, že společnost BS Vsetín měla imanentní zájem o část zakázky Horní Lideč a v části

²⁹ Viz body 13 – 25 napadeného rozhodnutí.

³⁰ Viz e-mail ze dne 31. 10. 2011 (důkaz i).

Kroměříž záměrně opomíjí jeden požadavek, ačkoliv již věděla, že v této části měla nejnížší nabídkovou cenu. Na to důkazně navazuje informace o odstoupení NOSTA z části zadávacího řízení Horní Lideč (viz důkaz l) a do toho přistupují listiny poskytnuté zadavatelem (důkazy pod body a) – h) napadeného rozhodnutí) a prokazující, že účastníci řízení 7. 3. 2012 a 8. 3. 2012 odstoupili ze soutěže vždy v té části, v níž zvítězili, tedy účastník řízení NOSTA v části Horní Lideč a účastník řízení BS Vsetín v části Kroměříž, a následně o dva týdny později uzavřeli smlouvy o dílo na části zakázek, v nichž se umístili jako druzí. Za těchto okolností nelze než uzavřít, že e-mail ze dne 31. 10. 2011, v němž společnost NOSTA informuje společnost BS Vsetín o výsledku otevírání obálek v části Kroměříž, lze považovat ze shromážděných důkazů za první důkaz naprosto nestandardního a jinými než koluzními příčinami nevysvětlitelného kontaktu a kroků obou účastníků řízení, které měly sloužit ke koordinaci účastníků a hladkému průběhu realizace jednání ve shodě. Pokud účastník řízení NOSTA dovozuje v rozkladu „nevinnost“ obsahu jednotlivých e-mailů, je tento výklad jejich obsahu možný jen tak, že jsou e-maily vzájemně izolovány a od průběhu zadávacího řízení abstrahovány, což však není způsob, jakým by bylo možno k hodnocení důkazů přistoupit.

98. Námitky účastníků řízení směřují i proti provedení důkazu ručně psanými poznámkami³¹, neboť nebyly provedeny důkazy ohledně okolností jejich vzniku, autorství a jejich obsahu. Ručně psané poznámky nelze dle účastníků řízení bez dalšího přečíst a jejich význam tak může být zcela jiný, než jaký z něj dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí.
99. Po přezkoumání obsahu ručně psaných poznámek jsem dospěl k závěru, že zjištění konkrétního autora poznámek stejně jako zjištění přesného data jejich vzniku není ve věci rozhodné. Poznámky byly zajištěny při místním šetření v obchodních prostorách účastníků řízení v kancelářích pracovníků angažujících se ve věci konkrétního zadávacího řízení, jednoznačně se týkají ve věci šetřeného zadávacího řízení, přičemž podstatná část jejich obsahu je čitelná a obsah koresponduje s ostatními důkazy, jak jsou analyzovány v této části rozhodnutí. I z těchto poznámek tak vyplývá rozdělení částí zakázek mezi účastníky řízení. Bez ohledu na to, kdo je jejich autorem, sloužily jako orientace v zadávacím řízení. Shodně jako správní orgán prvního stupně proto považuji za nadbytečné provést výslech navržených svědků Ing. L. G. a Ing. K. T.
100. Účastník řízení BS Vsetín namítá, že výklad jednání účastníků řízení jako koluzního je ekonomicky nesmyslný, neboť odstoupením ze zadávacího řízení v části Kroměříž získal méně hodnotnou zakázku Horní Lideč. Tento argument by byl nepochybně relevantní v případě, že by nebyly k dispozici důkazy o komunikaci a koordinovaném postupu účastníků řízení. Důkazně však bylo v této věci vyvráceno, že by postup účastníků byl nahodilý. Oficiální důvody pro odstoupení z částí zadávacího řízení jsou zcela nepřesvědčivé, v podrobnostech viz bod 22 napadeného rozhodnutí, je zřejmé, že ekonomický smysl odstoupení účastníků řízení z předmětných částí zadávacího řízení leží jinde. Motivací nemusí být jen získání zakázky s vyšší hodnotou, ale také ziskovost (vyšší marže), kterou koordinovaný postup účastníkům řízení umožnil získat. Rovněž mohla existovat jiná vzájemná protiplnění, o nichž se Úřadu nepodařilo dohledat spolehlivé důkazy, jakkoliv jejich existenci shromážděné důkazy okrajově naznačují, např. již

³¹ Pozn. v napadeném rozhodnutí označených jako důkazy p) a q), č. l. 126 a 137 správního spisu.

zmiňovaný e-mail o jistně v části Holešov³² či např. e-mail zaměstnankyně BS Vsetín společnosti NOSTA ze dne 22. 3. 2012³³ o výsledcích otevírání obálek pro část zakázky Vsetín. Ekonomický důvod jednání účastníků řízení je skryt v rámcovém ujednání účastníků řízení stran celého zadávacího řízení, tento je však pro účely tohoto řízení nepodstatný. Pro prokázání jednání ve vzájemné shodě není nutné prokazovat všechny podrobnosti dohody, a tedy ani ekonomické pohnutky či systém vzájemných protiplnění účastníků řízení. Tuto rozkladovou námitku nepovažuji za důvodnou.

101. Ze všeho shora uvedeného uzavírám, že správní orgán v napadeném rozhodnutí dostal své povinnosti hodnotit důkazy jednotlivě i v souhrnu, že shromážděné důkazy tvoří ucelený, spojitý a na sebe navzájem navazující řetěz důkazů vylučující jakoukoliv pochybnost o vině účastníků a že z těchto důkazů orgán prvního stupně učinil správná skutková zjištění. Účastníky namítané rozpory v důkazech či v jejich interpretaci jsem neshledal a nemohu přisvědčit účastníkům řízení v jejich námitkách, že nebyla prokázána cílená koordinace účastníků řízení či že jejich kroky byly vedeny nikoliv koluzí, ale objektivními okolnostmi.

K nesprávně vymezenému relevantnímu trhu

102. V otázce relevantního trhu směřují námitky účastníků řízení k tomu, že relevantní trh byl vymezen příliš široce, dělení trhu na pouhé dvě kategorie je výklad, který účastníkům řízení přitěžuje. Účastník řízení BS Vsetín má za to, že je třeba primárně vycházet z klasifikace předmětu veřejné zakázky dle společného slovníku pro veřejné zakázky (dále též „CPV“), tedy z nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 2195/2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky. Předmět posuzované veřejné zakázky dle přílohy III nařízení nespadá do skupiny 45.2 Pozemní a inženýrské stavitelství, nýbrž do skupiny 45.4 Kompletační a dokončovací práce. Účastník řízení NOSTA namítá, že výběrová řízení se týkala toliko rekonstrukčních prací, kvalifikačním předpokladem byly reference provedených rekonstrukcí. V rámci obecného trhu pozemního stavitelství měl být vymezen užší – trh stavebních oprav a údržby. Jako podpůrný argument používá napadené rozhodnutí klasifikaci ekonomických činností (CZ-NACE) vedenou ČSÚ, tato klasifikace není kritériem při vymezení relevantního trhu, i Úřad se od ní ve své praxi odchýlil, nadto práce týkající se oprav a údržby jsou u ČSÚ vedeny zvlášť. Otázka stanovení relevantního trhu pak má dle obou účastníků řízení nepochybný vliv na výši uložené pokuty, neboť se odráží v základní částce pokuty.
103. Pokud se týká šíře vymezení relevantního trhu, považuji jej z důvodů uvedených již výše v tomto rozhodnutí za správně pojatý. V dané věci není možné primárně vycházet z klasifikace předmětu veřejné zakázky dle CPV, neboť CPV je instrument, jehož účelem je unifikace a klasifikace prací a zboží pro účely veřejných zakázek dle mezinárodních standardů. Tato klasifikace nesouvisí s relevantními trhy, CPV jsou pomůckou při popisu veřejné zakázky, představují srozumitelnou a přehlednou možnost orientace v zadávacích řízeních z hlediska uchazečů, neboť uchazeč může vyhledávat zadávací řízení podle CPV kódů, které „umí“. To je patrné i z české judikatury, např. Nejvyšší správní soud v rozsudku

³² Viz č. I. 82 správního spisu.

³³ Označený v napadeném rozhodnutí důkaz n), č. I. 112 a 113 správního spisu.

ze dne 26. 9. 2013, č. j. 7 Afs 98/2012 – 171, uvedl: „*Jednotná klasifikace umožňuje vytvořit informační systém pro zadávání veřejných zakázek a snížit riziko chyby při překladu oznámení. V důsledku toho usnadňuje vyhledávání podnikatelských příležitostí a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách. Úřad ostatně v napadeném rozhodnutí uvedl, že „u zahraničních dodavatelů je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek právě tento CPV kód.“ Proto je nutné dbát na označení veřejné zakázky CPV kódem natolik výstižným způsobem, jak je to jen možné, tj. popsáním výstižných znaků zakázky. ... Z výše uvedeného plyne, že by nemělo docházet k situaci, kdy předmět veřejné zakázky nelze podřadit pod žádný z CPV kódů. Nelze dovozovat, že každou veřejnou zakázku smíšeného charakteru je možno podřadit pod některou se „sběrných“ kategorií, které jsou v CPV klasifikaci uvedené. Ačkoliv v některých případech může nastat situace, kdy je třeba vybírat z více kódů, je důležité, aby si zadavatel pro název oznámení o zakázce zvolil pouze jeden. V případě, že míra přesnosti kódu je nedostatečná, musí veřejní zadavatelé uvést oddíl, skupinu, třídu nebo kategorii, která lépe vystihuje předmět jejich nákupu – obecnější kód, který lze podle členění CPV klasifikace rozpoznat. K dalšímu upřesnění pak slouží pomocné uvádění dalších CPV kódů. Vadný není postup, který opomíjí některý z nepodstatných prvků zakázky. Za diskriminační pro uchazeče je však třeba považovat takový postup, který rezignuje na označení podstatného, zpravidla převažujícího, znaku veřejné zakázky.“*

104. Klasifikace oblasti dle CPV se s rozsahem relevantního trhu nemusí překrývat a nepřekrývá, klasifikace CPV nesleduje hledisko substituce plnění, ať už z hlediska zadavatele či uchazeče. V daném případě vymezil zadavatel hlavní předmět veřejné zakázky dle CPV jako stavební práce, další předměty pak kvalifikoval kódem pro rekonstrukce budov. Z projektové dokumentace a stavebně-technických zpráv, jak jsou založeny ve správním spisu, vyplývá, že předmětem plnění byly běžné stavební práce, a to i výkopové, zemní, izolační, bourací, práce na základových, vodorovných i svislých konstrukcích, atp., tedy jednak práce, z nichž některé by do účastníkem řízení navrhované CPV kategorie 45.4 Kompletační a dokončovací práce spadaly, jiné však nikoliv. Domnívám se, že relevantní trh nelze dle CPV vymezit, neboť CPV z podstaty věci slouží jinému účelu, kterým je takové rozčlenění zboží a služeb, které by se co nejvíce blížilo předmětům veřejných zakázek, tedy zaměřuje se na co nejpodrobnější členění možné poptávky bez ohledu na možnou zastupitelnost. Z obdobných důvodů nelze vymezit relevantní trh ani jako trh rekonstrukčních prací, jako navrhuje účastník řízení NOSTA, neboť takto vymezený trh by nepokrýval ani rozsah prací požadovaných zadavatelem. Argument účastníka řízení NOSTA, že zadavatel požadoval reference v rozsahu tří rekonstrukcí objektů občanské vybavenosti nebo rekonstrukce administrativních objektů, je zavádějící, neboť jak vyplývá z části III.2.3 Oznámení o zakázce³⁴, zadavatel v rámci požadavků na technickou způsobilost požadoval mj. „seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací“ a až jako specifikaci minimální úrovně tohoto kvalifikačního předpokladu stanovil nejméně 3 rekonstrukce objektů občanské vybavenosti nebo rekonstrukce administrativních objektů. Mimoto z popisu zakázky v části II.1.5 Oznámení o zakázce vyplývá³⁵, že „[v] každém

³⁴ Viz č. I. 44 správního spisu.

³⁵ Viz č. I. 43 správního spisu.

objektu se provádí práce v členění: a) back office (BO) stavební práce, b) front office (FO) rekonstrukce vstupních prostor v souladu s projektem P1000.“

105. K vymezení relevantního trhu tedy uzavírám, že napadené rozhodnutí relevantní trh řádným a odůvodněným způsobem vymezuje, přičemž není důvodné stanovení užší. Jakákoliv klasifikace vedená za účelem statistickým (Úřad v napadeném rozhodnutí jako podpůrný zdroj informací používá klasifikaci CZ-NACE vedenou Český statistickým úřadem) či za účelem sjednocení předmětů zakázek (účastníkem řízení uváděná klasifikace CPV) může být jen podpůrným zdrojem informací, nikoliv závaznou metodikou. Takto ostatně napadené rozhodnutí nepřistupuje ani ke klasifikaci CZ-NACE, jak je mu účastníky řízení vytýkáno.

K důvodům neuzavření smlouvy o dílo

106. Účastník řízení NOSTA v další části rozkladu vytýká napadenému rozhodnutí, že se nezabývá námitkou BS Vsetín o tom, že tato společnost neuzavřela smlouvu o dílo týkající se části Kroměříž z důvodu kapacitní vytiženosti. Účastník řízení NOSTA tuto námitku podrobně rozpracovává ve svém rozkladu a namítá, že Úřad k vypořádání námitek účastníků řízení přistupoval účelově a selektivně.
107. Účastník řízení rovněž předkládá vlastní ekonomické důvody neuzavření smlouvy na zakázku Horní Lideč, kdy měl možnost realizovat stavby v Holešově a Horní Lidči, nicméně nabídková cena pro část zakázky v Horní Lidči byla příliš nízká a navíc geografická lokace Kroměříže mohla ovlivnit celkovou ziskovost účastníka řízení, pročež se rozhodl uzavřít smlouvu o dílo pro část Kroměříž a Holešov. Odstoupení z části zadávacího řízení pro Horní Lideč byly tedy ze strany účastníka řízení zcela racionální.
108. Rovněž účastník řízení BS Vsetín v této souvislosti zdůrazňuje, že odstoupením z prvního místa ve výběrovém řízení v části veřejné zakázky Kroměříž si ve svém důsledku pohoršil, neboť posléze sice získal jinou část zakázky (Horní Lideč), hodnota této zakázky však byla nižší. Tato skutečnost má dokazovat, že argumenty společnosti ohledně její nedostatečné kapacity ke krytí všech nasmlouvaných kontraktů v daném období jsou relevantní (tj. odstoupení z objemnější a náročnější zakázky a přijetí menší a méně náročné). Společnost BS Vsetín měla tedy pro svůj postup pádné ekonomické důvody, které však Úřad nezohlednil.
109. K této účastnické argumentaci předem uvádím, že díla dle obou smluv o dílo měla být provedena v termínu 4 – 7/2012, nabídkové ceny v obou částech zadávacího řízení (dle zpráv o posouzení a hodnocení nabídek) se liší cca o šestinu (552 tis. Kč bez DPH). Obrat společnosti BS Vsetín na trhu pozemního stavitelství činil v roce realizace zakázky 50,7 mil. Kč, obrat soutěžitele NOSTA [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...]). Z obsahu smluv o dílo a výše nabídkových cen, potažmo cen za dílo ze smluv je tedy patrné, že smlouvy měly být plněny ve stejném období a ve velmi srovnatelných objemech. Ve světle těchto skutečností pak zcela obecné vysvětlení nepřijetí zakázky kapacitní vytižeností účastníků řízení či ekonomickými důvody není vysvětlením přesvědčivým. Obě zakázky jsou natolik srovnatelné, že odstoupení z dotčených částí zadávacího řízení mohlo mít pro účastníky

řízení smysl pouze tehdy, pokud by měli jistotu jiné zakázky za podmínek mezi sebou sjednaných.

110. Za těchto okolností pak nepovažuji za smysluplné zabývat se dílčími argumenty účastníka řízení týkajícími se zvýšených nákladů na dopravu pracovníků, stravného, vytižeností stavbyvedoucích, vzdáleností sídel subdodavatelů od místa plnění zakázek, atp. Tato a další tvrzení totiž nemohou obstát ve světle důkazů o charakteru komunikace účastníků řízení a jejich prokázaného jednání.
111. Částmí napadeného rozhodnutí, v němž Úřad na uvedené námitky reaguje, jsem se podrobně zabýval a ztotožňuji se napadeným rozhodnutím v tom, že námitky účastníků řízení by v případě jiné důkazní situace mohly být dostačující obhajobou a vysvětlením postupu účastníků coby uchazečů v zadávacím řízení. Je-li však z důkazů shromážděných zvláště v samém úvodu správního řízení jednoznačně patrné, že postup účastníků řízení byl jednáním, jehož jednotlivé kroky byly koordinované a mezi účastníky provázané, pak se vysvětlení účastníků o ekonomické výhodnosti jiných částí zadávacího řízení a nedostatku kapacit k provedení zakázek jeví skutečně jako vysvětlení zcela účelová.

K neprokázání jednání ve vzájemné shodě a nesprávné právní kvalifikaci jednání účastníků řízení

112. Oba účastníci řízení se shodují, že jim zakázané jednání ve vzájemné shodě nebylo prokázáno, neprokázána zůstala sladovací fáze jednání a kauzální nexus. Nedostatek důkazů pak správní orgán prvního stupně nesprávně a účelově nahrazuje vlastními úvahami. Kroky účastníků řízení byly dány objektivními okolnostmi. Není-li prokázána sladovací fáze, nemá smysl hovořit o fázi realizační. Skutkový děj tak není možno kvalifikovat podle § 3 odst. 1 zákona.
113. Ke skutkovým zjištěním a jejich právní kvalifikaci, jak je učinil správní orgán prvního stupně, jsem se již vyjádřil podrobně v části „posouzení věci“ v úvodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, na kteréžto odkazuji. V dané věci tvoří důkazy ucelený a nerozporný řetěz, který nedává příliš prostoru pro pochybnosti či alternativní vysvětlení jednání účastníků řízení. Skutková zjištění tak považuji za úplná a reflektující obsah ve věci shromážděných důkazů. Právní kvalifikaci jednání účastníků řízení pak považuji za správnou a přílehavou. Účastníci řízení prokazatelně jednali ve vzájemné shodě, přičemž cílem jejich jednání bylo narušit hospodářskou soutěž, čehož v tomto případě dosáhli.
114. K neprokázání fáze sladovací podotýkám, že vytýkané jednání účastníků řízení není vysvětlitelné jinak než z podstaty věci tajnou dohodou mezi účastníky řízení, z čehož je zřejmé, že sladovací fáze proběhnout musela, a v tomto ohledu je Úřad oprávněn provázat jednotlivé okolnosti případu vlastní úvahou. To naznačuje i judikatura ESD, z níž plyne, že jelikož jsou zákaz účasti na protisoutěžních praktikách a dohodách, jakož i sankce, které mohou pachatele postihnout, obecně známé, je obvyklé, že se činnosti, se kterými jsou tyto praktiky a dohody spojeny, odehrávají tajně, že setkání se konají tajně a že související dokumentace je omezena na minimum. Od Komise tedy nelze vyžadovat, aby předložila písemnosti výslovně prokazující navázání kontaktu mezi dotčenými hospodářskými subjekty. I když Komise objeví takové písemnosti, jsou obvykle útržkovité a rozptýlené, takže se často ukazuje jako nezbytné rekonstruovat některé podrobnosti dedukcemi.

Existenci protisoutěžního jednání nebo protisoutěžní dohody lze tedy dovodit z určitého počtu shod okolností a indicií, které, jsou-li nahlíženy vcelku, mohou při neexistenci jiného soudržného vysvětlení představovat důkaz porušení pravidel hospodářské soutěže (rozsudek Soudního dvora ze dne 7. ledna 2004, Aalborg Portland a další v. Komise, 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, Recueil, s. I-123, body 55 až 57; viz rovněž rozsudek Dresdner Bank a další v. Komise, bod 35 výše, body 64 a 65 a citovaná judikatura).

115. Tento okruh námitek proto nepovažuji za důvodný a ztotožňuji se se závěry napadeného rozhodnutí.

K oprávnění zaměstnance jednat za účastníka řízení

116. Účastník řízení BS Vsetín zpochybňuje oprávnění svého zaměstnance Ing. T. za něj jednat, neboť odstoupení z části zadávacího řízení bylo učiněno bez vědomí jednatelů účastníka řízení. Ing. T. coby vedoucí stavební divize navíc nebyl k takovému úkonu oprávněn. Věc nelze dle účastníka řízení posoudit analogií podle TOPO. Odstoupení nebylo statutárními orgány aprobováno. Účastník řízení již dříve předložil dokumenty o rozsahu pracovní činnosti uvedeného zaměstnance, z nichž vyplývá³⁶, že jako hlavní stavbyvedoucí - vedoucí stavební divize byl v oblasti veřejných zakázek povinen připravovat a kompletovat podklady cenových nabídek k účastem ve výběrových řízeních, připravovat a předkládat k odsouhlasení smlouvy o dílo a obecně zodpovídal za komunikaci s objednatelem ve věcech technických popř. smluvních, kterou účastník řízení prokazuje, že se v případě odstoupení z části zadávacího řízení jednalo o exces, kterému nemohly statutární orgány účastníka řízení zabránit, neboť o něm nebyly informovány.

117. V souvislosti s jednáním právnické osoby považuji za vhodné na úvod uvést, že podle § 15 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku účinného v době spáchání deliktního jednání platilo, že *(1) Kdo byl při provozování podniku pověřen určitou činností, je zmocněn ke všem úkonům, k nimž při této činnosti obvykle dochází a (2) Překročí-li zástupce podnikatele zmocnění podle odstavce 1, je takovým jednáním podnikatel vázán, jen jestliže o překročení třetí osoba nevěděla a s přihlédnutím ke všem okolnostem případu vědět nemohla.* Podle § 20 tehdy účinného zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku *(1) Právní úkony právnické osoby ve všech věcech činí ti, kteří k tomu jsou oprávněni smlouvou o zřízení právnické osoby, zakládací listinou nebo zákonem (statutární orgány). (2) Za právnickou osobu mohou činit právní úkony i jiní její pracovníci nebo členové, pokud je to stanoveno ve vnitřních předpisech právnické osoby nebo je to vzhledem k jejich pracovnímu zařazení obvyklé. Překročí-li tyto osoby své oprávnění, vznikají práva a povinnosti právnické osobě jen pokud se právní úkon týká předmětu činnosti právnické osoby a jen tehdy, jde-li o překročení, o kterém druhý účastník nemohl vědět.* Dle §166 zákona 89/2012 Sb., občanského zákoníku nyní platí, že *(1) Právnickou osobu zastupují její zaměstnanci v rozsahu obvyklém vzhledem k jejich zařazení nebo funkci; přitom rozhoduje stav, jak se jeví veřejnosti. Co je stanoveno o zastoupení právnické osoby zaměstnancem, platí obdobně pro zastoupení právnické osoby jejím členem nebo členem jiného orgánu*

³⁶ Viz č. I. 388 správního spisu.

nezapsaného do veřejného rejstříku. (2) Omezení zástupčího oprávnění vnitřním předpisem právnické osoby má účinky vůči třetí osobě, jen muselo-li jí být známo. Z citovaných ustanovení civilních předpisů je patrné, že právní úkon, resp. právní jednání zaměstnance právnickou osobu, za niž vystupuje, zavazuje (přičítá se jí) v závislosti na tom, zda třetí osoba mohla vědět, že jednání zaměstnance již vybočuje z jeho kompetence.

118. Dle ustanovení § 8 odst. 1 písm. b) TOPO platí, že *trestným činem spáchaným právnickou osobou je protiprávní čin spáchaný jejím jménem nebo v jejím zájmu nebo v rámci její činnosti, jednal-li tak ten, kdo u této právnické osoby vykonává řídicí nebo kontrolní činnost, i když není osobou uvedenou v písmenu a).* Dle § 8 odst. 2 písm. b) TOPO *lze právnické osobě přičítat spáchání trestného činu uvedeného v § 7, jestliže byl spáchán zaměstnancem uvedeným v odstavci 1 písm. d) na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu orgánů právnické osoby nebo osob uvedených v odstavci 1 písm. a) až c) anebo proto, že orgány právnické osoby nebo osoby uvedené v odstavci 1 písm. a) až c) neprovedly taková opatření, která měly provést podle jiného právního předpisu nebo která po nich lze spravedlivě požadovat, zejména neprovedly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců nebo jiných osob, jimž jsou nadřizeny, anebo neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu.*

119. Z dokumentace obsažené ve spisu je patrné, že Ing. T. jako hlavní stavbyvedoucí a vedoucí stavební divize vystupoval z titulu své funkce vůči zadavateli v předmětném zadávacím řízení, poskytoval vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny v některých částech veřejné zakázky a sdělil zadavateli, že v části Kroměříž odstupuje společnost BS Vsetín ze zadávacího řízení. Ze strany zadavatele byly tyto úkony akceptovány a ze správního spisu nevyplývá a ani účastník řízení netvrdí, že by byly někdy později zadavatelem, účastníkem řízení BS Vsetín nebo třetí osobou zpochybněny. Z civilního hlediska tedy jde o platná jednání, která účastníka řízení zavazovala, neboť zaměstnanec účastníka řízení vystupoval vůči zadavateli jménem účastníka řízení, činil úkony vyžadované zadavatelem po účastníku řízení a z hlediska jeho pracovního zařazení a funkce na straně zadavatele zjevně nebyly pochybnosti, zda tento pracovník nepřekračuje své pravomoci. Z interního hlediska nejsem přesvědčen, že by se Ing. T. dopustil – bez ohledu na to, zda se jednalo či nejednalo o součást deliktního jednání – překročení svých pracovních povinností, neboť z popisu pracovní činnosti vyplývá, že odpovídal za komunikaci s dodavateli v oblastech technických, *popř. smluvních*, což v širším slova smyslu je i komunikace se zadavatelem v zadávacím řízení včetně odstoupení z něj.

120. Deliktní jednání, které je účastníku řízení vytýkáno, spočívá v tom, že účastníci řízení koordinovaně odstoupili z částí zadávacího řízení a uzavřeli smlouvy v částech jiných, kde původně skončili na druhém místě. Jakkoli úvod tohoto jednání mohl být v režii vedoucího stavební divize, fakticky završeno bylo uzavřením smluv o dílo, kteréžto však již uzavírali statutární zástupci jednotlivých společností, čímž předchází úkony aprobovali. Statutární orgán společnosti BS Vsetín se vůči postupu stavbyvedoucího nijak nevymezil, přestože mohl a měl vědět o tom, že jeho nabídky na část zakázky Kroměříž s větší předpokládanou hodnotou mohla být vítězná. Úkon vedoucího stavební divize nebyl ničím zpochybněn a smlouva na část zakázky Horní Lideč s nižší předpokládanou hodnotou byla uzavřena. Lze si jen těžko představit, že by vedení společnosti o možnosti vítězství v části Kroměříž nebylo vůbec informováno a stavbyvedoucí jednal na vlastní pěst. Celý průběh zadávacího řízení je

dle zákona pečlivě zaznamenáván a stavbyvedoucí tak nemohl při nejlepší vůli předpokládat, že by podání nejvýhodnější nabídky v části Kroměříž před vedením společnosti utajil (a to nejen před vlastním statutárním orgánem ale i před jinými zaměstnanci společnosti BS Vsetím, kteří by mohli vedení společnosti informovat).

121. Účastník řízení namítá, že je na místě použít analogii s TOPO, kterou však dle jeho názoru Úřad provádí nesprávně, neboť dovozuje, že i na základě takovéto analogie za vytýkané jednání odpovídá účastník řízení. Účastník řízení je přesvědčen, že vedoucího stavební divize nelze považovat za osobu dle § 8 odst. 1 písm. b) TOPO, tedy za osobu, která by prováděla řídicí nebo kontrolní činnost, a současně není možné aplikovat ani ustanovení § 8 odst. 2 písm. b) TOPO, neboť žádný předpis účastníku řízení nestanoví povinnou kontrolu nad činností pana T. Takovou kontrolu nebylo možno po účastníku řízení potažmo jeho statutárních orgánech spravedlivě požadovat. Nemohli kontrolovat a prověřovat správnost a zákonnost průběhu zadávacího řízení před tím, než jim byla k podpisu předložena smlouva o dílo se zadavatelem.
122. Na rozdíl od účastníka řízení považuji za jednoznačné, že z pracovního zařazení hlavní stavbyvedoucí - vedoucí stavební divize je patrné, že v případě Ing. T. se jednalo o řídicího pracovníka ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 písm. b) TOPO, myslitelná je i subsumpce pod ustanovení § 8 odst. 1 písm. a) TOPO, a sice pod pojem „osoby oprávněné jménem nebo za právnickou osobu jednat“, neboť takovou osobou se myslí osoba ve smyslu ustanovení civilních předpisů, v době spáchání deliktu osoba dle § 20 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, případně osoba dle § 15 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku.
123. V každém případě však nelze přehlédnout sběrné ustanovení § 8 odst. 2 písm. b) TOPO. V dané věci jsem přesvědčen o tom, že po statutárních orgánech, tedy jednatelích je možné spravedlivě žádat, aby měli alespoň základní přehled o tom, do jakého zadávacího řízení se jejich společnost hlásí a s jakými výsledky. I s tímto minimálním penzem informací by totiž kroky své vlastní společnosti v zadávacím řízení nemohli přehlédnout. Situace, jak ji nastiňuje účastník řízení v rozkladu, totiž že po statutárech uchazečské společnosti nelze požadovat, aby prověřovali průběh zadávacího řízení před tím, než je jim k podpisu předložena smlouva, tedy z hlediska účastníka zadávacího řízení závěrečný dokument, se jeví až absurdně. I pokud je akceptována ta verze, že jednatele účastníka řízení nemohli jednání zaměstnance společnosti zabránit, neboť o něm nebyli informováni a sami se o zadávacím řízení dozvěděli až ze smlouvy o dílo, lze jednatelům jednoznačně přičíst k tíži, že úkony účastníka řízení v zadávacím řízení zjevně nikdo interně nedozoroval - za účastníka řízení činila v zadávacím řízení úkony osoba, která k tomu až podle současných tvrzení účastníka řízení nebyla oprávněna. Stran kontroly účastník řízení v rozkladu uvádí, že žádnou zákonnou povinnost kontroly nemá, tedy to, že by se o ni pokoušel, ani netvrdí.
124. Uzavírám, že vyjde-li se z analogického použití § 8 TOPO, je účastník řízení za deliktní jednání odpovědný už jen proto, že neprovedl žádné opatření, které by zajistilo, že v zadávacím řízení za něj bude vystupovat osoba kompetentní, neprováděl žádnou kontrolu nad činností svého zaměstnance a neučinil žádná opatření k tomu, aby bylo deliktnímu jednání zabráněno či aby byly odstraněny jeho následky.

125. Obdobně nemám pochybnosti o tom, že jednání Ing. G., tehdejšího jednatele účastníka řízení NOSTA, tohoto účastníka řízení zavazovalo a odpovědnost za ně je odpovědností účastníka řízení, kteréžto námitky se v průběhu správního řízení rovněž vyskytly. V podrobnostech odkazují na napadené rozhodnutí, s jehož odůvodněním se ztotožňuji.
126. V případě dohody ve smyslu § 3 odst. 1 zákona však není nutné pro její postih ze strany soutěžního úřadu, aby byla uzavřena statutárním orgánem či osobou zmocněnou, v praxi tomu tak zpravidla nebývá. Podstatou problému není to, kdo je formálně oprávněn za soutěžitele navenek jednat, ale konkrétní chování soutěžitele na trhu (např. podání koordinované nabídky), za které nese soutěžitel odpovědnost. Pokud se tedy např. bid riggingu účastní za soutěžitele osoba, která není – jako tvrdí účastník řízení v tomto případě – oprávněna za něj obchodní případy řešit, přesto se však v jednání soutěžitele koluzní dohoda projeví, jedná se o jednání soutěžitele a ten je za něj objektivně odpovědný bez ohledu na to, jak by bylo jednání zaměstnance kvalifikováno z hlediska soukromého práva nebo TOPO. Srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 5. 2011, č. j. ÚOHS-R138, 147-152/2007/HS-3525/2011/310/KPo, které bylo soudy co do výroku o vině potvrzeno, viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2012, č. j. 62 Af 37/2011-149: *„I kdyby se jednání dne 13. prosince 2006 nezúčastnily vždy osoby, které by byly oprávněny jménem žalobců jinak jednat, na charakteru jednání by to ničeho neměnilo. Nemusí-li ke vzniku „dohody“ být splněny podmínky podávané z práva soukromého, jak soud shora podal, pak ani nedostatek oprávnění uskutečňovat právní úkony jménem nebo za žalobce není překážkou kvalifikace jednání jako protiprávního podle § 3 odst. 1 zákona.“*
127. Účastník řízení tedy odpovídá za delikt objektivně, bez ohledu na míru svého zavinění. Je nesporné, že právnická osoba činí své úkony navenek prostřednictvím osob fyzických, tedy i svých zaměstnanců³⁷. Jednání zaměstnance bylo učiněno jménem a ve prospěch účastníka řízení, v rámci jeho soutěžní (podnikatelské) činnosti. Jde tak o jednání, které je z hlediska soutěžněprávní doktríny o odpovědnosti nazíráno jako jednání, za jehož rozpor se soutěžním právem nese odpovědnost soutěžitel. Námitka stran nepřičitatelnosti takového jednání účastníkovi řízení (soutěžiteli) proto není důvodná.

K pokutám

128. Následně jsem se věnoval přezkumu uložených sankcí. Prvostupňový orgán se k uloženým sankcím vyjádřil v bodech 129 - 147 napadeného rozhodnutí. Sankci ukládal s vědomím toho, že při stanovení její konkrétní výše musí vycházet ze zákonných (zákonem

³⁷ Nejvyšší správní soud v této souvislosti od účasti zaměstnanců právnických osob na deliktech, za něž tyto právnické osoby odpovídají objektivně, abstrahuje a zdůrazňuje odpovědnost právnických osob za výsledek, viz např. rozsudek NSS, č. j. 2 As 24/2006-57 ze dne 22. 1. 2007: *„Také v dalším rozsudku ze dne 27. 1. 2004, sp. zn. 3 As 3/2003 (tamtéž), týkajícím se celního deliktu, kterého se dopustil zaměstnanec právnické osoby tím, že nesprávně vyplnil celní deklaraci, Nejvyšší správní soud uvedl, že: "odpovědnost právnických osob a fyzických osob vystupujících jako podnikatelé je v celním zákoně založena tak, že tyto subjekty odpovídají za porušení právních povinností bez ohledu na zavinění. Je tomu tak z praktických důvodů ve snaze zjednodušit postavení celních orgánů při ukládání sankcí podnikatelským subjektům. Zjišťování a dokazování zavinění v situacích, kdy porušení povinností je často výsledkem činnosti řady jednotlivců, tak jak to ostatně namítal i žalobce, by totiž bylo velmi obtížné a zdlouhavé. Proto je právní úprava celních deliktů založena na objektivní odpovědnosti za výsledek, na rozdíl např. od odpovědnosti podle trestního zákona.“*

předepsaných) kritérií, která tato pokuta má v sobě odrážet, a že má přihlédnout k závažnosti, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Dále pak Úřad v konkrétní výši pokuty zohlednil další jím zjištěná specifika případu, která jsou vzhledem k jejich charakteru pro stanovení pokuty relevantní.

129. Prvostupňový orgán Úřadu účastníkům řízení vytkl porušení § 3 odst. 1 zákona, neboť dle zjištění Úřadu soutěžitelé jednali ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci činnosti konkurentů v zadávacím řízení. Orgán prvního stupně vyhodnotil tyto praktiky jako tzv. kartel s tvrdým jádrem představující nejzávažnější formu protisoutěžního jednání, která dle Zásad spadá do kategorie velmi závažných porušení soutěžního zákona. Za tyto delikty ukládá Úřad nejpřísnější pokuty. Při výpočtu pokuty u nejzávažnějších deliktů proto Úřad dle Zásad stanovil výchozí podíl 2-3 % hodnoty prodeje (viz dále). Dále pak Úřad u každého z účastníků řízení posoudil, zda mu svědčí nějaké polehčující a přitěžující okolnosti.
130. Prvostupňový orgán ve svém rozhodnutí citoval všechna zákonná a judikatorní východiska, která je nutné při ukládání pokuty aplikovat, a jeho závěry ob stojí. Vzhledem k tomu, že účastníci řízení vznesli proti výroku o sankci celou řadu námitek, vyjádřím se nyní k jednotlivým složkám pokuty podrobněji.
131. Výše pokuty je do značné míry správním uvážením Úřadu, což dokládá i tento závěr Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 7 As 15/2013: *„Nelze po správních orgánech očekávat přesné zdůvodnění, proč byla uložena pokuta zrovna ve výši 200.000 Kč a nikoliv například ve výši 210.000 Kč. Podstatou správní uvážení je, že s ohledem na pestrost možných situací není možné nastavit žádný univerzální vzorec pro výpočet konkrétní výše pokuty. Pokud by tomu tak bylo, zahrnul by jej bezesporu zákonodárce přímo do zákona. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodné, že výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně zdůvodněna, bylo přihlédnuto ke všem zákonným hlediskům a úvahy žalované se pohybují v mezích správního uvážení.“*
132. Základním obecným východiskem pro stanovení výše pokuty, resp. posouzení přiměřenosti výše pokuty, je skutečnost, že trest by měl zejména odpovídat povaze a závažnosti správního deliktu, za nějž je ukládán. Podle § 22a odst. 2 zákona může Úřad soutěžitelům uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok. Dle § 22b odst. 2 zákona při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Dále se přihlédne k jednání právnické osoby nebo orgánu veřejné správy v průběhu řízení před Úřadem a jejich snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu. V posuzované věci jde o porušení zákazu stanoveného v § 3 odst. 1 zákona, a to o jednání ve vzájemné shodě.

Závažnost

133. Postup prvostupňového orgánu při stanovení základní částky pokuty vychází ze Zásad postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění, uveřejněných Úřadem v měsíci dubnu roku 2007 (dále též „Zásady“)³⁸, kde je uvedeno, že

³⁸ Viz internetové stránky Úřadu www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html.

stanovení základní částky pokuty se uskutečňuje jednotlivě pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání, jemuž je pokuta ukládána. Základní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném relevantním trhu (dále též „**hodnota prodeju**“), typovou závažnost protisoutěžního jednání a délku protisoutěžního jednání.

134. Úřad většinou kvalifikuje dohody bid-rigging jako typově nejzávažnější hard core dohody, a proto při výpočtu základní výše pokuty vychází z 2-3% hodnoty prodeju soutěžitele na relevantním trhu za období, jehož se protisoutěžní jednání týkalo, tento postup je dlouhodobou praxí Úřadu. Odkázat lze na řadu rozhodnutí z uplynulých let např. na rozhodnutí ve věci bid-riggingu v zahradní technice sp. zn. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm, a sp. zn. ÚOHS-R413/2014/HS-33221/2015/310/HBa, příp. na bid-rigging ve zdravotnictví sp. zn. ÚOHS-R3,5/2015/HS-39442/2015/310/HBt. Ve všech těchto případech Úřad kvalifikoval protisoutěžní jednání jako typově nejzávažnější, a shodně jako v předmětné věci vycházel z 2-3% hodnoty prodeju na relevantním trhu. Ani v tomto případě Úřad nevybočil ze své praxe a postupoval v souladu se Zásadami.
135. Vedle této typové závažnosti deliktu by měl Úřad hodnotit také individuální či konkrétní závažnost deliktu. Při posouzení individuální či konkrétní závažnosti deliktu je třeba přihlídnout k řadě skutečností, jejichž povaha a význam se mění dle okolností specifických danému případu a hodnocení individuální závažnosti deliktu se tak může lišit. Závažnost deliktu a riziko jeho negativního dopadu na soutěž a spotřebitele se pak zvyšuje s délkou trvání porušení zákona. Podle bodu 20 Zásad však posouzení závažnosti bude Úřadem prováděno případ od případu pro všechny typy protisoutěžního jednání, neboť při hodnocení závažnosti jednání musí Úřad přihlížet ke značnému počtu skutečností, jejichž povaha a význam se mění podle druhu daného jednání a jeho zvláštních okolností.
136. Orgán prvního stupně v průběhu správního řízení v základní výši pokuty zohlednil typovou závažnost, která je, jak již bylo řečeno, u dohod bid-rigging standardně stanovována ve výši 2-3 % obratu na relevantním trhu³⁹. Stran tohoto konkrétního případu zohlednil zejm. tu okolnost, že došlo k naplnění cíle a záměru účastníků řízení a potažmo k takovému zásahu do zadávacího řízení, který měl vliv na výběr vítězné nabídky. Na tomto postupu nespátřuji nic nezákonného. V případě nejsou dány okolnosti hodné zvláštního zřetele, které by posuzovaný případ odlišovaly od jiných dohod typu bid-rigging, ani účastníci netvrdí žádné skutečnosti, které by závažnost jejich jednání relativizovaly. Z hlediska závažnosti by bylo možno ještě přihlídnout ke způsobu provedení, kdy oba účastníci řízení byli v deliktním jednání obdobně činní, tedy u žádného z nich nelze hovořit o pasivní úloze, u žádného z nich nelze hovořit ani o snaze od deliktního jednání v průběhu páčání upustit, žádný z účastníků řízení netvrdí ani žádné jiné důvody, které by jeho jednání „ospravedlňovaly“. Namítá-li účastník řízení BS Vsetín, že při ukládání pokuty nebylo přihlídnuto k následkům správního deliktu, není tato námitka důvodná. Úřad přihlédl k tomu, že k narušení soutěže skutečně došlo, účastníci svůj záměr realizovali.

³⁹ K této procentní výši podotýkám, že Komise je oprávněna uložit pokutu za závažnost až do výše 30 % obratu na relevantním trhu, přičemž standardně se základní částky pokut za kartely pohybují v rozmezí 15 – 20 % obratu na relevantním trhu. Pokuta za závažnost ve výši 2-3 % obratu na relevantním trhu tak není excesivní ani v českém, ani v evropském kontextu.

Následek správního deliktu dle zákona se totiž neshoduje s výší škody, která je jednáním delikventa způsobena.

137. Účastník řízení BS Vsetín namítá, že míru závažnosti je třeba určit z poměru výše navýšení cen veřejných zakázek, k níž v důsledku nezákonného jednání došlo, a výše pokut, které byly za nezákonné jednání uloženy. Ceny veřejných zakázek byly navýšeny o 3,3 % v prvním případě (125 801 Kč) a o 3,7 % ve druhém případě (119 273,97 Kč). Uvádí, že výše uložené pokuty představuje v součtu 2 448 % škody, což je potrestání zcela exemplární.
138. K této námitce účastníka uvádím, že je pravdou, že navýšení výsledné ceny v dotčených částech zadávacího řízení představovalo částky uváděné účastníkem řízení. Nicméně konkrétní výše škody není takovým faktorem, který by byl Úřad povinen brát ze zákona při svém rozhodování v úvahu a v daném případě jej považuji za údaj, který náhled na výši pokuty účelově zkresluje. Co se týká hodnoty zakázky, v souvislosti s námitkou účastníka řízení považuji za korektní uvést, že celková hodnota zakázky představovala částku 23 332 000 Kč, přičemž předpokládané hodnoty jednotlivých jejích částí činily v případě části 1.1 Kroměříž částku 4 891 000 Kč a v případě části 1.5 Horní Lideč částku 4 655 000 Kč⁴⁰. Ve smlouvách o dílo byly ceny stanoveny ve výši 3 887 797 Kč za část 1.1 Kroměříž⁴¹ a ve výši 3 328 929 Kč za část 1.5 Horní Lideč⁴². Všechny uváděné částky jsou bez DPH. Činí-li výše pokut částku 1 826 000 Kč (BS Vsetín – Horní Lideč) a 4 052 000 Kč (NOSTA – Kroměříž), pak je zjevné, že výše pokuty dosahuje v případě účastníka řízení BS Vsetín toliko polovinu ceny jí získané zakázky, v případě účastníka řízení NOSTA výše pokuty mírně přesahuje cenu její zakázky. V součtech, kterými účastník řízení BS Vsetín argumentuje, pak výše pokut činí 5 878 tis. Kč oproti cenám za obě části zakázky ve výši 7 216 tis. Kč. Výše pokut tedy v součtu zjevně nedosahuje ani obrátu, který z narušených zakázek měli realizovat účastníci řízení. Z tohoto důvodu nepovažuji výši škody, kterou argumentuje účastník řízení, za faktor, od něhož by se měla odvozovat individuální závažnost deliktního jednání.
139. Účastník řízení NOSTA se se stupněm závažnosti jednání rovněž neztotožňuje. Má za to, že skutková zjištění Úřadu nejsou podložena relevantními důkazy, nešlo o bid rigging, účastníci se pouze informovali o běžných skutečnostech. Proto měl být výchozí podíl základní částky pokuty stanoven níže, např. ve výši 1 %. K této části námitky nad rámec odůvodnění 2-3 %, kterým jsem se zabýval výše, dodávám, že skutková zjištění Úřadu považuji za správná, ze shromážděných důkazů je jednoznačně zřejmé, že míra informací, které si účastníci řízení vyměňovali, šla výrazně nad rámec běžné komunikace obchodních partnerů, tím spíše konkurentů, a směřovala k utvrzení se a realizaci záměru ovlivnit výsledek zadávacího řízení a z takového jednání profitovat. Pokud by skutková zjištění měla být upravena v tom smyslu, jak navrhuje účastník řízení, tzn. že šlo o informace o běžných skutečnostech, nikoli o bid-rigging, nebylo by na místě snižovat výši pokuty za závažnost, nýbrž by pokuta nesměla být vůbec uložena.
140. Obdobně jako společnost BS Vsetín, i účastník řízení NOSTA namítá, že obě části zakázky byly realizovány výrazně pod zadavatelem předpokládanou cenou zakázky, což

⁴⁰ Viz č. I. 43 správního spisu.

⁴¹ Viz č. I. 33 správního spisu.

⁴² Viz č. I. 20 správního spisu.

předpokládá zcela konkurenční prostředí a protisoutěžní jednání ovlivnilo cenu zanedbatelným způsobem, když se navíc jednalo o naprosto zanedbatelnou část celkové velikosti trhu, výrazně méně než 1 promile. Navíc nešlo o soustavné jednání, ale o ojedinělý exces bez závažnějších implikací. Účastník řízení odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci kartelu odpadového hospodářství⁴³, v němž byla pokuta kalkulována stejně jako v posuzovaném případě, ačkoli deliktem byl narušen celý relevantní trh. Úřad tedy postupuje schematicky a nerovně. Pokuta je diskriminační, nepřiměřená a zjevně pouze represivní.

141. K těmto námitkám účastníka řízení uvádím, že ukládání sankcí se děje ve sféře volného správního uvážení, určité „zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, respektive volit některé z více možných řešení, které zákon umožňuje.“⁴⁴ Ustanovení § 2 odst. 2 správního řádu zároveň představuje zákaz zneužití pravomoci a správního uvážení. Ten spočívá v tom, že správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, ke kterým mu byla zákonem nebo na základě zákona svěřena. Tato zásada souvisí s ustanovením čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, podle kterého jsou orgány veřejné moci povinny šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod. Tato zásada má tedy dva hlavní aspekty. Prvním je zákaz zneužití správní úvahy, tedy zákaz zneužití prostoru, který má správní orgán vymezen zákonem k tomu, aby rozhodl přiměřeně vzhledem k okolnostem případu. Správní orgán v rámci správního uvážení nesmí překročit zákonné meze, které jeho správní uvážení omezují, a to jak meze vyplývající ze zvláštního zákona (např. dolní a horní hranice sazby pokuty za delikt), tak meze vyplývající z dalších ustanovení správního řádu (např. zásadu rovnosti, zásadu ochrany veřejného zájmu apod.). Problematikou správního uvážení se zabývá rovněž Doporučení Rady Evropy, které zakotvuje základní meze, ve kterých by se mělo správní uvážení pohybovat. Jde především o to, aby nebyla tato úvaha zneužita k jinému účelu, než ke kterému je určena, je třeba přihlížet k okolnostem konkrétního případu (vycházet jen ze skutečností relevantních pro daný případ) při zachování nestrannosti, rovného zacházení, proporcionality, legitimního očekávání atd.⁴⁵

142. Povinností správního orgánu tedy v kontextu právě uvedených tezí je uložit za správní delikt zákonnou sankci, tzn. sankci, která plní svůj účel a funkci. Sankce spočívá v právní újmě, která má postihnout pachatele deliktu a již pachatel pocítuje jako zlo vůči své osobě. I když teorie správního práva tíhne spíše k preventivní funkci trestu, přístup Nejvyššího správního soudu je poněkud odlišný. V judikatuře Nejvyššího správního soudu se objevují dvě funkce trestu, funkce represivní a funkce preventivní. Například v rozsudku z 31. 3. 2010, sp. zn. 1 Afs 58/2009 – 541, soud uvádí v souvislosti se spáchaným deliktem na úseku hospodářské soutěže následující: „*Úhrada pokuty se zpravidla vždy negativně odrazí v některé oblasti hospodaření společnosti. Citelnost pokuty je jejím zamýšleným účinkem, aby odradila soutěžitele od porušení zákona. Jen tak může plnit funkci preventivní a represivní. Pokud jde o tvrzené nevyužití zásady subsidiarity správního trestání, ani Nejvyšší správní soud neshledal, že by k naplnění účelu ochrany veřejného statku (férové soutěže pro všechny účastníky trhu), jakož i zmíněné funkce preventivní a represivní, bylo*

⁴³ Viz rozhodnutí Úřadu ze dne 19. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe.

⁴⁴ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 58/2009 – 585.

⁴⁵ Srov. Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 21, 22.

dostatečným neuložení sankce.“ Obdobně se vyjádřil také rozšířený senát v usnesení ze dne 24. 6. 2015, č. j. 7 Afs 57/2011-1234: „*Účelem takto stanovené pokuty je předně postihnout zisk, který byl nezákonným jednáním soutěžitelem dosažen; jedná se zde o odčerpání nepoctivě nabytého prospěchu*“. Městský soud v Praze ve svém rozsudku ze dne 16. 11. 2004, sp. zn. 10 Ca 250/2003 rovněž uvedl, že „*[p]reventivní úloha postihu nespočívá jen v účinku vůči žalobci. Postih musí mít sílu odradit od nezákonného postupu i jiné nositele stejných zákonných povinností, tento účinek pak může vyvolat jen postih odpovídající významu chráněného zájmu, včas a věcně a správně vyvozený. Jde-li o finanční postih, musí být znatelný v majetkové sféře delikventa, tedy být nikoliv pro něho zanedbatelný a nutně tak musí obsahovat i represivní složku. V opačném případě by totiž postih delikventa postrádal smysl.*“ Represivní složka zde nemá jinou úlohu než dodat na přesvědčivosti funkci preventivní.

143. V daném případě je možno přisvědčit účastníku řízení v tom ohledu, že zakázka nepředstavuje výrazný podíl na celém trhu pozemního stavitelství, jakož i v tom, že je trestán toliko za jeden delikt, kdy profit z deliktního jednání se pohyboval – jak namítal i účastník řízení BS Vsetín - toliko v řádu statisíců. Jak však vyplývá z nastíněných obecných úvah, pokuta plní řadu funkcí a jejím účelem je takový zásah do majetkových poměrů delikventa, aby jej jednak pocítil jak sám delikvent, jednak aby odradil případné další subjekty od podobného jednání. V posuzované věci základní částka pokuty nedosahuje v případě žádného z účastníků řízení ani výši obratu z části zakázky, na níž byly účastníky řízení uzavřeny smlouvy o dílo. Má-li platit premisa, že deliktní jednání se nemá vyplácet a současně že stanovení pokuty v zákonných mezích je věcí správního uvážení, považují základní částky pokut za přiměřeně a spravedlivě stanovené. K tomuto závěru mě vede i fakt, že výše pokuty za závažnost může v případech pokut ukládaných za protisoutěžní jednání Komisí dle nařízení č. 1/2003 a dle navazujících pokynů dosahovat až 30 % obratu podniku na relevantním trhu, tedy řádově více, a dále fakt, že je politikou Úřadu ukládat pokuty mírně citelnější než dosud, čemuž by mělo odpovídat i nově připravované soft-law Úřadu, tedy nové zásady pro ukládání pokut.

144. Výši ukládané pokuty nelze srovnávat s rozhodnutím č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe v případě kartelu odpadového hospodářství, na něž odkazuje účastník řízení NOSTA, neboť jednak se jedná o rozhodnutí staršího data, jednak zde byla uplatněna procedura narovnání⁴⁶, tj. všichni účastníci daného řízení uznali právní a skutkové závěry Úřadu popsané ve sdělení výhrad a současně akceptovali výši pokuty indikovanou Úřadem. Splnili tedy předpoklady pro významné snížení pokuty. Kromě toho byla také uplatněna žádost dle leniency programu, která s sebou při splnění stanovených podmínek přináší možnost snížení pokuty o 50 %. V posuzovaném případě však leniency žádost uplatněna nebyla a ani procedura narovnání nebyla úspěšná, neboť účastníci řízení neuznali závěry Úřadu, a tedy nemohli využít snížení dle ustanovení § 22ba zákona. Nelze tedy srovnávat výši pokuty v takto odlišných případech. Legitimní očekávání tak účastníkům řízení nemůže vzniknout na základě postupu Úřadu vůči žadatelům o leniency, či na základě úspěšné procedury narovnání, když k žádné z těchto skutečností v případě účastníků řízení nedošlo.

⁴⁶ Srov. bod 10 rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe ze dne 19. 11. 2012.

145. Uzavírám tedy, že koeficient závažnosti byl v tomto případě stanoven správně a přiléhavě.

Relevantní obrat pro základní částku pokuty

146. Účastník řízení NOSTA namítá, že základní částka pokuty měla být jednak stanovena z jinak určeného relevantního trhu, jednak by měla vycházet z obratu dosaženému konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se údajné narušení hospodářské soutěže přímo nebo nepřímo týká. Jiný postup je absurdní a nelegální, neboť pokud by byla prokázána manipulace se všemi výběrovými řízeními v oblasti pozemního stavitelství v roce 2012, pak by konečná výše navrhované pokuty byla paradoxně stejně vysoká, což je nepřijatelné.
147. Jak bylo řečeno již výše, vymezení relevantního trhu orgánem I. stupně bylo v daném případě (jednání spočívající v uzavření hard core dohody) dostačující pro prokázání naplnění zákonných znaků skutkové podstaty posuzovaného správního deliktu. Důvody, proč nebyl trh vymezen úžeji, jsou rozebrány v příslušné části tohoto rozhodnutí. Jakkoli tedy účastník řízení zdůrazňuje, že vymezení relevantního trhu má zásadní vliv na výpočet pokuty, není na místě stanovit základní částku pokuty z jiného základu, než je obrat na trhu pozemního stavitelství
148. Ani zúžení relevantního trhu na hodnotu jedné zakázky nepovažuji za účelné. Z bodu 18 Zásad plyne, že *„[z]ákladní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném geografickém relevantním trhu“*. Základní částku pokuty však nelze kalkulovat z obratu z jediné zakázky na relevantním trhu. Zde poukazuji na rozsudek Tribunálu ve věci T-211/08, Putters International NV, kde Tribunál obdobnou námitku odmítl. Při výkladu shodného pojmu obsaženého v Pokynech pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003 (2006/C 210/02) *„jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo dotklo“* dochází k závěru, že odkazuje na tržby na relevantním trhu, a že pokud má Komise *„vycházet z hodnoty tržeb za zboží nebo služby [...], které přímo nebo nepřímo souvisejí s protiprávním jednáním“*, má vycházet z tržeb, kterých bylo dosaženo na relevantním trhu bez ohledu na to, zda byly v celé výši ovlivněny nezákonným jednáním, protože *„...obrat z prodeje výrobků, které byly předmětem restriktivního jednání, je objektivním kritériem, které udává skutečnou míru škodlivosti tohoto jednání pro běžnou hospodářskou soutěž...“*. Mám za to, že není důvodu toto pravidlo nepoužít také ve zde posuzované věci. Pokud napadené rozhodnutí vzalo v úvahu celý obrat účastníků řízení na relevantním trhu, mám za to, že tím správně vzalo v úvahu škodlivost posuzovaného jednání. Jinými slovy - pokud by byla pokuta počítána skutečně pouze z hodnoty jediné zakázky, byla by nesouměřitelná s celkovým obratem účastníků řízení na dotčeném trhu. Výsledná sankce by v daném případě byla natolik zanedbatelná, že by pro účastníky řízení nepředstavovala žádné odrazení od dalšího protiprávního jednání.
149. Pokud by byl navíc relevantní trh vymezen vždy pouze jako trh jedné veřejné zakázky, došlo by v důsledku protiprávního jednání účastníků řízení ke 100% zasažení soutěže na takovémto trhu, což by znamenalo nejvyšší míru škodlivosti takového jednání, která by se rovněž musela promítnout do výše pokuty.

150. Uvádí-li účastník řízení, že jiný postup, než stanovení základu pro pokutu z obratu jediné zakázky, je absurdní a nelegální, neboť by pokuta byla shodná jako v případě, že by byla prokázána manipulace se všemi výběrovými řízeními v oblasti pozemního stavitelství v roce 2012, pak toto stanovisko považují za spekulativní. Naopak poslední praxe Úřadu je jednoznačně vedena snahou pokuty individualizovat⁴⁷, ať už jejich zvýšením či snížením.

Pojem soutěžitele pro účely uložení pokuty

151. Dle účastníka řízení NOSTA nelze při výpočtu pokuty vycházet z obratu skupiny, neboť k tomu se přihlíží jen z hlediska schopnosti účastníka řízení pokutu uhradit. Pokuta by měla být stanovena tak, že se v prvním kroku vyjde z celkového čistého obratu účastníka řízení, dále se identifikuje čistý obrat účastníka řízení dosažený pouze na relevantním trhu a pro účely posouzení možného likvidačního charakteru pokuty se přihlédnou k finanční a majetkové situaci celé skupiny. Ustanovení § 22a odst. 2 zákona je nutno vykládat ve smyslu obratu té které konkrétní právnické či podnikající fyzické osoby, která se dopustila protisoutěžního jednání a s níž je vedeno správní řízení. V tomto ohledu nemá Úřad možnost správního uvážení, resp. správní uvážení Úřadu je limitováno zákonem a jím danými kritérii. V této souvislosti účastník řízení argumentuje případem CANDY⁴⁸
152. Znění ustanovení § 22a odst. 2 zákona hovoří o obratu soutěžitele. Již bylo jednoznačně judikováno, že obsah pojmu soutěžitel používaný českým právním řádem je obsahově shodný s pojmem „podnik“⁴⁹, s nímž pracuje unijní právo a judikatura. Soudní dvůr EU pak vymezuje pojen podnik jako „*jakýkoli subjekt vykonávající hospodářskou činnost nezávisle na právním postavení tohoto subjektu a způsobu jeho financování*“⁵⁰. Pro výklad pojmu „podnik“ je proto rozhodující funkční pojetí, neboť je vymezen prostřednictvím hospodářské činnosti dané entity, která podle Soudního dvora musí spočívat v nabízení zboží nebo poskytování služeb na daném trhu⁵¹. Právní subjektivita zde není určující. V některých případech tedy bude soutěžitelem skutečně jediná právnická osoba, s níž je vedeno řízení, v jiných bude soutěžitelem celá skupina právnických osob, či entita, která právní subjektivitu nemá. Dceřiné společnosti, které nemohou autonomně určovat své chování na trhu, pak samostatným soutěžitelem nejsou a při vymezení soutěžitele je třeba zahrnout i společnost ovládající⁵². Pokud tedy půjde o situaci, kdy je soutěžitel jen právnická osoba, s níž je vedeno řízení o správním deliktu, která neovládá, resp. není z funkčního hlediska součástí žádné skupiny, pak je logicky obratem soutěžitele jen obrat této právnické osoby. Naopak v situaci, kdy je soutěžitel vymezen jako skupina právnických osob, pak je nutné z obratu této skupiny při výpočtu pokuty také vycházet.

⁴⁷ Viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 11. 2. 2016, č. j. ÚOHS-R381,382,388,389,390,393,395/2015-04749/2016/310/JZm; rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 25. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm, a další.

⁴⁸ Viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS- S461/2011/KD-3367/2013/820/LSo ze dne 25. 2. 2013 a navazující rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R66/2013/HS-24518/2013/320/Edy ze dne 16. 12. 2013.

⁴⁹ Ke shodnosti pojmů se vyjádřil Nejvyšší správní soud například v rozsudku sp. zn. 5 As 61/2005 ze dne 29. 10. 2007.

⁵⁰ Viz rozsudek Soudního dvora EU ze dne 23. dubna 1991, Höfner a Elser (C-41/90, Recueil, s. I-1979, bod 21).

⁵¹ Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 11. července 2006, FENIN v. Komise (C-205/03 P, Sb. rozh. s. I-6295, bod 25).

⁵² Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 Afs 25/2012 ze dne 29. 1. 2015.

153. Zásady stanoví zcela jasně, že výchozí částka odpovídá hodnotě prodejů soutěžitele na relevantním trhu. Základní částka pokuty se navíc stanoví pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání samostatně, jak rovněž plyne ze Zásad bodu 17. Pokud jde o vymezení geografického území, to je součástí vymezení relevantního trhu, jehož vymezení se odráží v základní částce pokuty.
154. Úřad vyžádal od jednotlivých účastníků řízení informace o tom, zda jsou součástí skupiny, resp. zda tvoří s ostatními majetkově či personálně propojenými společnostmi jednoho soutěžitele, tj. jednu hospodářskou jednotku sestávající se z jedné organizace osobních, hmotných a nehmotných prvků, která dlouhodobě sleduje specifický hospodářský cíl, a zároveň si vyžádal údaje o celkové hodnotě prodejů soutěžitele, jehož je účastník řízení součástí v oblasti pozemního stavitelství na území ČR. Na základě poskytnutých údajů definoval Úřad v úvodní části napadeného rozhodnutí soutěžitele a za příslušné období stanovil výchozí částku pokuty, jak je ostatně zřejmé z napadeného rozhodnutí, kde je v poznámkách pod čarou vysvětlen příslušný údaj o hodnotě prodejů obsažený ve správním spisu a napadeném rozhodnutí.
155. Postup Úřadu odpovídá jak zákonu, tak Zásadám a nelze potvrdit, že by byl některý z účastníků řízení diskriminován, neboť základní částka pokuty je v obou případech počítána z obratu na relevantním trhu, a to v případě společnosti BS Vsetín z obratu této společnosti, neboť její mateřská společnost obrat na relevantním trhu nevykazuje a obrat skupiny na relevantním trhu je tak roven obratu společnosti BS Vsetín, a v případě účastníka řízení NOSTA z obratu skupiny na relevantním trhu, přičemž však podotýkám, že na obratu skupiny na trhu pozemního stavitelství se společnost NOSTA podílela v předmětném období [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...].
156. Dovolává-li se účastník řízení případu CANDY, pak v této souvislosti nelze pustit ze zřetele, že se jedná o případ specifický. Standardní praxe Úřadu vychází při kalkulaci základní částky pokuty bez výjimky z obratu soutěžitele, jak byl výše definován⁵³.
157. V případě CANDY se pak jednalo o situaci, kdy se společnosti které byly součástí skupiny CANDY, buďto vůbec nepohybovaly na relevantním trhu nebo se jejich činnost omezovala výlučně na tzv. in house dodávky. Ve výsledku tedy hodnoty prodejů a obrat soutěžitele na relevantním trhu byl zároveň obratem společnosti CANDY. Oba případy jsou tedy jen velmi obtížně srovnatelné, situace společnosti CANDY se blíží situaci účastníka řízení BS Vsetín, nikoli však NOSTA. Hovoříme-li však o nezbytnosti ochrany legitimního očekávání účastníků řízení, pak je toto založeno primárně Zásadami, které velmi jednoznačně hovoří o tom, že při výpočtu pokuty Úřad vychází z obratu a hodnoty prodejů soutěžitele.
158. V případech, které příkladmo jmenuji v poznámce pod čarou, jsou pokuty počítány z obratu soutěžitele – skupiny na relevantním trhu. V případě účastníka řízení NOSTA se na relevantním trhu pohybovala v posuzovaném období ještě jeho dceřiná společnost NOSTA METAL, s. r. o., kterou Úřad v napadeném rozhodnutí zahrnuje do skupiny NOSTA, a i z jejího obratu na relevantním trhu správně vychází, jakkoliv jak již bylo výše zmíněno,

⁵³ Viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 11. 2. 2016, č. j. ÚOHS-R381,382,388,389,390,393,395/2015-04749/2016/310/JZm, rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R3,5/2015/HS-39442/2015/310/HBt, rozhodnutí Úřadu ze dne 19. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S346/2010/KD-21896/2010/850/KNe.

tento tvoří zanedbatelnou část předmětného obratu. I při kontrole, zda není překročena maximální hranice pro uložení pokuty a zda pokuta není likvidační, je opět v souladu se zákonem i Zásadami vycházeno z obratu soutěžitele dle § 22a odst. 2 zákona, v tomto případě ale z obratu, který soutěžitel dosahuje ze všech jím provozovaných soutěžních činností (pokud se zabývá více činnostmi), tedy na všech relevantních trzích, kde působí.

159. V daném případě tedy paralelu s určením základní částky pokuty dle § 22a odst. 2 zákona v případě CANDY nenacházím a jsem přesvědčen, že Úřad postupoval zcela v mezích této zákonné úpravy a k žádnému nedůvodnému vybočení z dosavadní rozhodovací praxe nedošlo, když pro výpočet pokuty použil obrat soutěžitele.

Koeficient času

160. Námitkami obou účastníků řízení byl dále zpochybněn časový koeficient zohledňující ve výši pokuty celkovou dobu trvání deliktu. Ani s těmito námitkami účastníků jsem se však neztotožnil a nepovažoval je za důvodné.
161. Úřad po celou dobu aplikace Zásad rozlišuje tři kategorie správních deliktů podle délky protisoutěžního jednání, a to protisoutěžní jednání krátkodobá (0 až 1 rok), středně dobá (1 až 10 let) a dlouhodobá (delší než 10 let) (bod 25 Zásad). Vzhledem k tomu, že toto členění se jeví být nedostatečné, zohledňuje Úřad ve shodě s praxí Komise konkrétní délku trvání deliktu, ale až v situaci, kdy delikt trvá déle než jeden rok.
162. Shrnuji tedy, že u protisoutěžního jednání trvajících méně než jeden rok, Úřad setrvale v souladu se svou praxí aplikuje koeficient 1 (srov. např. kartel v hasičské technice č. j. ÚOHS-S600/2013/KD-19265/2014/850/KNe, příp. již odkazovaná rozhodnutí bid-riggingu⁵⁴, apod.). Ačkoliv také u jednání kratšího než jeden rok lze tvrdit, že časový koeficient rovnající se 1 dostatečně neodpovídá skutečné délce trvání deliktu, nelze časové hledisko takto zjednodušovat. Ve skutečnosti totiž samotný časový koeficient nemusí vždy zcela přesně odrážet intenzitu zásahu do soutěže na relevantním trhu, příp. to, jaký konkrétní dopad zjištěné jednání na soutěž mělo, což platí o to více u jednání typu bid-rigging, které je zaměřeno na dosažení určitého závadného cíle, přičemž délka jeho trvání, na rozdíl od jiných typů zakázaných dohod, zpravidla nestoupá v závislosti na běhu času. Přímá úměra v této věci tedy vždy neplatí, proto lze stěží jednoznačně stanovit, že jednání trvajících 5 měsíců bylo závažnější než například jednání trvajících jeden měsíc nebo několik dní. Z těchto důvodů Úřad setrvává na své dosavadní praxi a u protisoutěžního jednání trvajících méně než jeden rok aplikuje koeficient času 1.
163. Účastník řízení BS Vsetín argumentuje tím, že deliktní jednání bylo jednorázové a trvalo jen 4 měsíce, avšak Úřad neodlišuje tuto situaci od situace, kdy by k deliktnímu jednání docházelo opakovaně v průběhu jednoho roku, což účastník řízení považuje za přístup diskriminační a paušalizující.
164. I tuto argumentaci musím odmítnout. Jednání účastníků trvalo právě tak dlouho, jak bylo nezbytně nutné, aby byl jejich záměr ovlivnit výsledek zadávacího řízení realizován a doveden do konce. Faktor času nebyl v tomto případě pod jejich kontrolou a záleželo na

⁵⁴ Viz shodně pozn. pod čarou 52.

délce zadávacího řízení, krocích zadavatele a jeho úkonech, že délka deliktního jednání trvání roku nepřesáhla. I tyto skutečnosti koeficient času o velikosti jedna přiléhavě vyjadřuje. Argument o stejném, a tedy paušálním posouzení opakovaného deliktního jednání v průběhu roku považuji za spekulativní, neboť opakovanost jednání při rozhodování o ukládání pokuty zohledněna bývá.

165. Postup Úřadu při aplikaci tohoto koeficientu tedy nepovažuji za disproportní či rozporný se zásadou legitimního očekávání, neboť odpovídá dlouhodobé praxi Úřadu a ostatně i komentářové literatuře⁵⁵.

Přitížení za úmysl

166. Účastník řízení BS Vsetín namítá, že mu nemělo být na pokutě přitíženo za úmysl, neboť jde o dvojí trestání téhož. Je-li trestána dohoda, jejímž cílem je narušení hospodářské soutěže, jde o dohodu, která musí být vždy uzavírána úmyslně.
167. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že za zavinění ve formě úmyslu bylo přitíženo 20 % oběma účastníkům řízení, přičemž své úvahy o subjektivní stránce deliktu Úřad rozvádí v bodech 126 – 128 napadeného rozhodnutí. S těmito úvahami se ztotožňuji a ke konkrétní námitce účastníka řízení dodávám, že zákon počínaje 1. 9. 2009 stojí na koncepci objektivní odpovědnosti za delikt, tedy účastníci řízení odpovídají za výsledek/škodlivý stav. Zavinění, které však není znakem skutkové podstaty deliktu dle zákona, se pak může projevit několika možnými způsoby. Není-li prokázáno, nemá vliv na výši pokuty, bez ohledu na to, zda se jedná o hard-core jednání, či nikoliv. Je-li zavinění prokázáno, pak je Úřad dle Zásad oprávněn za prokázaný úmysl na pokutě přitížit.
168. V daném případě je z provedeného dokazování patrný způsob provedení deliktního jednání, z něhož lze jednoznačně seznat, že oba účastníci jednali v úmyslu přímém. Oba účastníci řízení zjevně chtěli dosáhnout určitého výsledku zadávacího řízení a tomu podřídili své kroky a jejich vzájemnou koordinaci. Navíc jako profesionálové na určitém trhu si museli být vědomi nezákonnosti svého jednání a i jeho případné právní kvalifikace.
169. Přitížení za úmyslné zavinění je tedy v tomto případě na místě a nejedná se o dvojí přičítání téhož, neboť konstrukce odpovědnosti za delikt dle zákona je koncipována jako odpovědnost objektivní a zavinění není obsaženo ve skutkové podstatě deliktu.

K polehčujícím okolnostem a snížení pokuty

170. Účastník řízení NOSTA namítá, že základní částka pokuty měla být ponížena o 20 % z důvodu polehčující okolnosti spolupráce s Úřadem při vyšetřování domnělého protisoutěžního deliktu, neboť účastník řízení řádně spolupracoval a poskytoval veškeré informace a podklady ve vyžádaném rozsahu, nepůsobil obstrukce a vycházel požadavkům Úřadu vstříc.

⁵⁵ Viz Raus, D.; Oršulová, A.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. Vydání, Wolters Kluwer, 2014.

171. K otázce polehčujících okolností shodně se správním orgánem prvního stupně uvádím, že tyto nelze v daném konkrétním případě spatřovat v jednání či spolupráci účastníků řízení. Polehčující okolnost, kterou by bylo možné zohlednit dle § 22b odst. 2 zákona, podle něhož se přihlédne k jednání právnické osoby nebo orgánu veřejné správy v průběhu řízení před Úřadem a jejich snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu, totiž spočívá v nadstandardní spolupráci, která by umožnila Úřadu významné zrychlení průběhu řízení, případně odhalení dalšího deliktního jednání, nikoli v tom, že daný subjekt plní své zákonné povinnosti řádně a včas. Povinnost poskytovat Úřadu informace vyplývá z § 21e zákona a je běžné, že účastníci řízení Úřadu poskytují včas pravdivé a správné informace. Skutečnost, že subjekt nečiní obstrukce v řízení, také nezakládá polehčující okolnost, neboť se opět jedná o očekávané chování.
172. Přisvědčit nemohu ani alternativnímu způsobu, kterým účastník řízení NOSTA pokutu počítá, ať už bere za základ stanovení pokuty za závažnost toliko obrat z jediné zakázky, či ať už koeficient času stanovuje o velikosti 0,33, neboť oba tyto přístupy jsou rozporné s dosavadní praxí Úřadu při používání správního uvážení při výměře pokuty, jejich nesprávnost je rozebrána pod jednotlivými body tohoto rozhodnutí, a jak je zvláště v případě kalkulace pokuty z hodnoty výběrového řízení patrné, vede k absurdnímu důsledku, kdy by dle názoru účastníka řízení pokuta činila částku tak nízkou, že by pro účastníka řízení nepředstavovala žádnou sankci a v podstatě by ztratila svůj smysl.

Likvidačnost pokuty a zkresení výsledků hospodaření

173. Účastník řízení BS Vsetín namítá, že se mu výrazně zhoršily hospodářské výsledky a Úřad se jeho hospodářskou situací zabýval nedostatečně. Nicméně ze zhoršených hospodářských výsledků nelze dovozovat, že by to byl ze strany účastníka řízení účelový postup, neboť jeho účetnictví bylo již před sdělením výhrad uzavřeno. Při hodnocení finančního zdraví společnosti nelze vycházet jen z výše nerozděleného zisku, který je toliko účetní položkou, je nutno zohlednit i závazky společnosti, přičemž závazky vůči bankám pochází zejména z doby před sdělením výhrad. Účastník řízení namítá, že uložená pokuta je pro něj likvidační a že není schopen ji uhradit, což dokládá.
174. V daném případě Úřad vycházel ze závěrek účastníka řízení, což je standardní postup a těmito se dostatečně zabýval, přičemž posuzoval nejen období rozhodné, ale dlouhodobý vývoj hospodaření společnosti, což je patrné z poznámky pod čarou na str. 37 napadeného rozhodnutí. Napadá-li účastník řízení jako spekulaci názor Úřadu, že své výsledky hospodaření v průběhu správního řízení zkrleslil, což je však vyvráceno tím, že se výši pokuty účastník řízení dozvěděl až ze sdělení výhrad, kdy už do účetnictví nemohl zasáhnout, pak k tomu uvádím, že účastníkům řízení jsou výše pokut sdělovány nejen ve sdělení výhrad, ale už při jednání o proceduře narovnání, což se stalo i v tomto případě, a to dne 17. 9. 2014. Posléze došlo ke zhoršení některých ukazatelů, což lze demonstrovat např. na výsledku hospodaření, který se až do roku 2013 včetně pohyboval v kladných hodnotách, nicméně v roce 2014 se propadl do ztráty ve výši 5 mil. Kč, a to při obdobných tržbách jako v letech předchozích.
175. Jakkoliv tedy i já mohu mít pochybnosti o správnosti údajů uvedených v účetních výkazech účastníka řízení, považuji za podstatné, že z výkazu zisku a ztráty společnosti BS

Vsetín ke dni 31. 12. 2015⁵⁶ vyplývá, že se jednak oproti předchozím rokům výrazně zvýšil obrat této společnosti (o více než 20 mil. Kč) a jednak se oproti roku 2014 dostala společnost opět do zisku, který před zdaněním činil 6,2 mil. Kč, tedy více než trojnásobek uložené pokuty. Z výroční zprávy účastníka řízení⁵⁷ současně vyplývá, že u účastníka řízení došlo k restrukturalizaci a plánem roku 2016 je obrat účastníka řízení ještě zvýšit na konkrétní úroveň. Z výroční zprávy se rovněž podává, že k rozvahovému dni byla u účastníka řízení vytvořena rezerva na úhradu pokuty uložené Úřadem ve výši 100 % částky, tedy ve výši 1 826 000 Kč.

176. Z uvedeného tedy jednoznačně vyplývá, že bez ohledu na ojedinělý pokles v hospodaření účastníka řízení v roce 2014⁵⁸ není pokuta pro účastníka řízení likvidační, činí 1,33 % obratu účastníka řízení za rok 2015, účastník řízení je schopen ji uhradit a k její úhradě má již vyhrazeny finanční prostředky. Likvidačnost pokuty pro účastníka řízení dle hospodářských výsledků za poslední účetní období nenaznačuje žádný ukazatel.

177. Obecně dodávám, že každý účastník řízení má v případě aktuální platební neschopnosti možnost využít institutu posečkání s úhradou pokuty, případně může příslušného správce daně požádat o rozložení plnění na splátky.

Závěr k výším a způsobu uložení pokut

178. K výši a způsobu uložení pokut závěrem shrnuji, že pokuty uložené oběma účastníkům považuji za přiměřené, přezkoumatelně uložené a nevybočující z mezí správního uvážení. Úřad postupoval v souladu se zákonem, Zásadami i judikatorním vývojem. Za základ pokuty vzal správně obrat na relevantním trhu pozemního stavitelství v České republice, základní částku pokuty stanovil ve výši 2-3 %, neboť nebyly dány žádné důvody pro odchýlení se od tohoto procenta, pokuta byla uložena z obratu za poslední ukončené účetní období trvání kartelu, tedy za rok 2012, koeficient času byl vzhledem k trvání v délce přes 4 měsíce stanoven o velikosti 1, tedy se na výši pokuty neprojevil, oběma účastníkům bylo v souladu se Zásadami a standardní praxí přitíženo za prokázaný úmysl, a naopak nebyla shledána žádná polehčující okolnosti, či okolnost, která by účastníky řízení odpovědnosti zprošťovala. Výsledná výše pokut se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a pro žádného z účastníků řízení není likvidační. S odkazem na tyto všechny okolnosti jsem neshledal žádné důvody pro změnu výše pokut či jejich neuložení.

V. Závěr

179. Ze všech shora uvedených důvodů mám za to, že napadené rozhodnutí nikterak neatakuje práva účastníků řízení, a proto na základě návrhu rozkladové komise dle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po přezkoumání souladu jak napadeného

⁵⁶ Viz č. I. 664 správního spisu.

⁵⁷ Dostupné na serveru www.justice.cz.

⁵⁸ Z č. I. 408 nicméně vyplývá, že celkový obrat účastníka řízení činil v roce 2014 částku 114 610 000 Kč a pokuta tedy představovala 1,59 % tohoto obratu, tedy ani v tomto případě se její výše nevzdálila z naprosté spodní hranice zákonné sazby.

rozhodnutí, tak správního řízení, které mu přecházelo, s právními předpisy, jakož i po přezkoumání věcné správnosti napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uplatněných v rozkladech, jsem dospěl k závěru, že se správní orgán prvního stupně nedopustil žádných pochybení, jež by mohla mít vliv na zákonnost a věcnou správnost napadeného rozhodnutí.

180. Orgán prvního správního stupně řádně zjistil skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Na takto zjištěný skutkový aplikoval správný právní předpis správního časového znění, při jeho výkladu se nedopustil žádného interpretačního pochybení a v jeho rámci užil právní normu, kterou správně aplikoval.
181. Napadené rozhodnutí rovněž splňuje kritéria přezkoumatelnosti, tedy jedná se o rozhodnutí srozumitelné, které je opřené o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč prvostupňový orgán rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí. Prvostupňový orgán se v napadeném rozhodnutí také vypořádal s námitkami vznesenými účastníky řízení v průběhu řízení.
182. Vzhledem k výše konstatovanému je na místě rozklady proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu zamítnout, neboť žádné z namítaných pochybení jsem neshledal, a napadené rozhodnutí ve všech výrociích potvrdit.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Lucie Stachová, advokát, se sídlem Poděbradova 1243/7, 702 00 Ostrava
JUDr. Robert Neruda, Ph.D., advokát, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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