



UOHSX00BN9JU

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-R42,43,44/2018/HS-12981/2019/310/MDo

Brno 13. května 2019

V řízení o rozkladech, které proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl ze dne 27. 2. 2018 podali účastníci řízení, společnosti **DAFE - PLAST Jihlava, s.r.o.**, se sídlem Resslova 1046, 588 13 Polná, IČO 46345426, zastoupená na základě plné moci JUDr. Petrem Novotným, advokátem, Advokátní kancelář Rödler & Partner, advokáti, v.o.s., se sídlem Platněřská 2, 110 00 Praha 1, **OSF 2000, s.r.o.**, se sídlem Příkop 843/4, Zábrdovice, 602 00 Brno, IČO 25038192, a **SULKO s. r. o.**, se sídlem Československé armády 981/41, 789 01 Zábřeh, IČO 47976969, zastoupená na základě plné moci Mgr. Pavlem Kopou, advokátem, se sídlem Hlinky 57/142a, 603 00 Brno, 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 zákona č. 183/2017 Sb. a na návrh rozkladové komise

rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl ze dne 27. 2. 2018 ve výrocích I. a II. dle ustanovení § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb. **potvrzuji** a podané rozklady **zamítám**.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl ze dne 27. 2. 2018 ve výroku III. dle ustanovení § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb. **potvrzují** a podaný rozklad **zamítám**.

III.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl ze dne 27. 2. 2018 ve výroku IV. dle ustanovení § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb. **potvrzují** a podaný rozklad **zamítám**.

IV.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl ze dne 27. 2. 2018 ve výroku V. dle ustanovení § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb. **potvrzují** a podaný rozklad **zamítám**.

V.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl ze dne 27. 2. 2018 ve výroku VI. dle ustanovení § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu ve znění zákona č. 183/2017 Sb. **potvrzují** a podané rozklady **zamítám**.

ODŮVODNĚNÍ

I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“ nebo „**prvostupňový orgán**“) vydal dne 27. 2. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl (dále též „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. Úřad dovodil, že se účastníci řízení, společnosti DAFE - PLAST Jihlava, s.r.o., se sídlem Resslerova 1046, 588 13 Polná, IČO 46345426 (dále též „**DAFE - PLAST**“), OSF 2000, s.r.o., tehdy se sídlem Jičínská 121/13, Liberec XVIII-Karlínky, 460 10 Liberec, IČO 25038192 (dále též „**OSF**“), a SULKO s. r. o., se sídlem Československé armády 981/41, 789 01 Zábřeh, IČO 47976969 (dále též „**SULKO**“) (dále též souhrnně „**účastník/ci řízení**“ nebo „**účastník/ci**“), dopustili správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. b) 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 o ochraně hospodářské soutěže**“ nebo „**ZOHS**“), neboť dne 18. 5. 2012 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 téhož zákona tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 18. 5. 2012 koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku „*Výměna otvorových výplní na objektech Libereckého kraje resortu školství, mládeže, tělovýchovy a sportu*“ (dále též „**předmětná veřejná zakázka**“ nebo „**předmětné výběrové řízení**“) vyhlášeného Libereckým krajem v roce 2012, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost SULKO. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad účastníkům řízení zakázal plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě specifikovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

2. Za výše uvedené uložil Úřad společnosti DAFE – PLAST výrokem III. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 4.878.000 Kč, společnosti OSF výrokem IV. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 337.000 Kč a společnosti SULKO výrokem V. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 15.626.000 Kč. Výrokem VI. napadeného rozhodnutí Úřad každého z účastníků řízení zavázal k povinnosti uhradit náklady řízení ve výši 2 500 Kč.

II. Rozklady

3. Proti napadenému rozhodnutí podali všichni účastníci řízení včas rozklad. V rámci svých rozkladů uplatnili účastníci řízení níže uvedené námítky.

Rozklad společnosti DAFE – PLAST a jeho doplnění

4. Společnost DAFE – PLAST ve svém rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve vztahu ke společnosti DAFE - PLAST zrušil a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD zastavil. Z uvedeného petitu rozkladu v souladu s ust. § 37 odst. 1 věty druhé zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb. (dále též „**správní řád**“) dovozují, že společnost DAFE – PLAST svým rozkladem napadá výroky I., II., III. a VI. napadeného rozhodnutí.
5. Společnost DAFE – PLAST v první řadě uvádí, že napadené rozhodnutí je z hlediska skutkového stavu postaveno pouze na analýze položkových rozpočtů u všech objektů předmětné veřejné zakázky uvedené v bodech 29 až 34 odůvodnění napadeného rozhodnutí a na vyhodnocení nesrovnalostí v položkových rozpočtech, obsahových podobnostech v nabídkách uchazečů, jinak nemá naprosto žádnou oporu v jakýchkoli jiných zjištěných skutečnostech. K tomu společnost DAFE – PLAST dodává, že ve spise není založen jediný relevantní důkaz, který by prokazoval, že se dopustila protiprávního jednání, které je jí kladeno za vinu – není prokázáno, že by společnost DAFE – PLAST jednala ve vzájemné shodě s ostatními účastníky řízení, není dán žádný relevantní důkaz, že by ze strany společnosti DAFE – PLAST došlo k jakékoli formě koordinace či sladování s ostatními účastníky řízení.
6. Společnost DAFE - PLAST dále uvádí, že ji Úřad procesně poškozuje, když zcela pomíjí ty skutečnosti plynoucí z předchozího řízení vedeného Policií ČR, které svědčí ve prospěch společnosti DAFE - PLAST – z podkladů zaslaných Policií ČR nevyplývá jediná relevantní skutečnost, která by zakládala důvodné podezření, že se společnost DAFE - PLAST dopustila ovlivňování či manipulace předmětné veřejné zakázky. Úřad přitom z podkladů od Policie ČR využívá ty listiny a zjištění, které dle jeho názoru prokazují jeho závěry o údajném zapojení

společnosti DAFE - PLAST do sladování nabídek, ve spisovém materiálu Policie ČR jsou obsaženy skutečnosti, které takovouto činnost společnosti DAFE PLAST vylučují.

7. Společnost DAFE – PLAST je rovněž přesvědčena, že právní závěry Úřadu jsou zcela chybné a neodpovídají zjištěnému skutkovému stavu, neboť ze zjištěného skutkového stavu nelze dovodit, že by se společnost DAFE – PLAST jakýmkoliv způsobem podílela na vzájemném sladování ve formě zkoordinování nabídek v rámci výběrového řízení. K tomu společnost DAFE – PLAST dodává, že správní orgán prvního stupně učinil závěr o tom, že se společnost DAFE – PLAST dopustila deliktu dle ust. 3 odst. 1 ZOHS výhradně a pouze na základě subjektivně učiněného závěru, že podobnost nabídek nelze rozumně zdůvodnit jinak.
8. K judikurním závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí společnost DAFE – PLAST uvádí, že ani jeden z nich věcně nepřiléhá ve vztahu ke společnosti DAFE – PLAST na danou věc, neboť v dané věci jsou závěry Úřadu založeny pouze na analýze položkových rozpočtů, aniž by byly podpořeny a prokazovány relevantními důkazy, což judikatura v oblasti bid riggingu vyžaduje. V této souvislosti společnost DAFE – PLAST uvádí, že nesouhlasí s tím, že by Úřad mohl bez dalšího vycházet pouze z analýzy položkových rozpočtů, a byl tak zbaven povinnosti prokazovat jakékoli jiné skutečnosti.
9. K tomu společnost DAFE - PLAST uvádí, že ve správním řízení nebylo zjištěno ani prokázáno, že by společnost DAFE - PLAST vedla ohledně předmětné veřejné zakázky s ostatními účastníky řízení jakákoliv osobní nebo jiná jednání; že by ostatním účastníkům řízení předávala jakékoliv informace o své nabídce do zadávacího řízení či o nabídkách ostatních účastníků řízení, tyto informace sdílela, přijímala, či ohledně nich jinak komunikovala s ostatními účastníky řízení; či se podílela na jakékoliv dohodě či jednání ve vzájemné shodě týkajícím se veřejné zakázky. Společnost DAFE – PLAST dále uvádí, že v řízení nebyl prokázán jakýkoli projev vůle směřující k unifikaci jejich budoucího protisoutěžního chování odkazuje přitom na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 80/2012-189 ze dne 12. 12 2014.
10. K závěru Úřadu o podobnosti nabídek společnost DAFE – PLAST uvádí, že v řízení nebyly zohledněny významné okolnosti, které by podobnosti nabídek mohly vysvětlit. Všechny nabídky byly postaveny na použití stejného systému, resp. profilu [obchodní tajemství]. Účastníci řízení využívali subdodávek od subdodavatelů, přičemž tito subdodavatelé mohli být pro více účastníků řízení shodní. K cenovému vzorci tvrzenému Úřadem účastník řízení uvádí, že dokumentace vytvořená zadavatelem měla charakter zadání podle Cenové soustavy URS - m³, m², počet kusů, běžný metr, tuna, a další stavební parametry, tj. byl ceněn slepý rozpočet vytvořený zadavatelem. Cenová nabídka společnosti DAFE – PLAST byla vytvořena v kalkulačním programu Kleas a společnost využívala subdodávek od subdodavatelů. Údajný cenový vzorec tak má vysvětlení pro položky parapet vnitřní, parapet vnější, žaluzie, větrací systém, zednické zaplavení, demontáž, likvidace.
11. K obsahovým podrobnostem uvedeným v bodě 41 odůvodnění napadeného rozhodnutí společnost DAFE – PLAST uvádí, že se jedná o zmatečný a irelevantní důkaz. Obdobnou výhradu má společnost DAFE – PLAST i vůči nesrovnalostem v nabídkách uvedených v bodě 45 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
12. Dále společnost DAFE – PLAST napadenému rozhodnutí vytýká, že je nepřezkoumatelné, neboť se Úřad v rámci napadeného rozhodnutí nevypořádal s námitkami, které vnesla v průběhu řízení u orgánu prvního stupně, což má za následek nepřezkoumatelnost

napadeného rozhodnutí. Společnost DAFE – PLAST rovněž uvádí, že Úřad porušil její právo na spravedlivý proces, když pominul skutečnosti svědčící v její prospěch.

13. Na základě výše uvedeného společnost DAFE – PLAST navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve vztahu ke společnosti DAFE - PLAST zrušil a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD zastavil.
14. Dne 28. 2. 2019 zaslala společnost DAFE – PLAST Úřadu podání nadepsané jako „*Vyjádření účastníka DAFE – PLAST Jihlava, s.r.o., doplnění rozkladu,*“ ve kterém společnost DAFE – PLAST nejprve uvedla, že se v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí nestala součástí správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD žádná písemnost, která by mohla mít relevantní význam pro posouzení rozkladu, který podala. K výpočtům, které druhostupňový orgán v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí učinil součástí správního spisu spol. DAFE – PLAST uvedla, že nepředstavují žádná nová skutková zjištění, která by nebyla známa již v průběhu řízení u orgánu prvního stupně.
15. Následně účastník řízení zopakoval své rozkladové námitky a doplnil je námitkou, že pokuta mu uložená napadeným rozhodnutím je zcela nepřiměřená a [*obchodní tajemství*].
16. Na závěr svého podání společnost DAFE – PLAST navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve vztahu ke společnosti DAFE - PLAST zrušil a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD ve vztahu ke společnosti DAFE - PLAST zastavil, případně aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se pokuta uložená společnosti DAFE – PLAST snižuje, a to na výši odpovídající zákonným kritériím a majetkovým poměrům účastníka řízení.

Rozklad společnosti SULKO a jeho doplnění

17. Společnost SULKO zaslala Úřadu v zákonné lhůtě rozklad proti výrokům I., II., V. a VI. napadeného rozhodnutí.
18. Ve svém rozkladu společnost SULKO uvedla, že navrhuje, aby předseda Úřadu vydal rozhodnutí, kterým se napadené rozhodnutí zruší a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD zastaví. Alternativně, neshledá-li předseda Úřadu důvody pro zastavení předmětného správního řízení, navrhuje účastník řízení, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
19. Dne 28. 3. 2018 obdržel Úřad doplnění rozkladu společnosti SULKO. V doplnění rozkladu společnost SULKO uvedla následující důvody nezákonnosti napadeného rozhodnutí.
20. Společnost SULKO v první řadě namítá, že napadené rozhodnutí je nekonzistentní, nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a nesrozumitelnost. Účastník řízení Úřadu vytýká, že Úřad používá obecné fráze, aniž by své závěry blíže odůvodnil. Dále účastník řízení argumentuje, že se Úřad nedostatečným způsobem vypořádal se vznesenými námitkami, případně je zcela pominul. K tomu společnost SULKO uvádí, že Úřad své rozhodnutí založil na presumpci údajných kontaktů účastníků řízení a nevypořádal se přitom s judikaturou, na kterou odkazovala.
21. Společnost SULKO dále Úřadu vytýká procesní vady, v důsledku kterých jsou porušena její ústavní práva včetně práva na spravedlivý proces dle čl. 36 Listiny základních práv a svobod. Společnost SULKO dovozuje, že Úřad zahájil správní řízení nezákonně, neboť v době zahájení řízení neměl důvodné podezření ze spáchání správního deliktu. Společnost SULKO Úřadu

rovněž vytýká, že jí nezpřístupnil celou spisovou dokumentaci, neboť jí neseznámil s obsahem předběžného šetření. Dále společnost SULKO uvádí, že Úřad nedostatečně konkrétním způsobem vymezil předmět správního řízení a navíc takto vymezený předmět řízení překračoval. Postup Úřadu při dokazování byl rovněž nezákonný, neboť Úřad zjištěné důkazy vykládal automaticky v neprospěch společnosti SULKO a opomenul racionální vysvětlení předložená společnosti SULKO. Dále společnost SULKO namítá, že Policie ČR předala Úřadu pouze část materiálů získaných v rámci svého šetření. Procesní pochybení spatřuje společnost SULKO rovněž v tom, že Úřad bez objektivních důvodů odmítl provést navržený důkaz.

22. V doplnění rozkladu společnost SULKO dále namítá, že skutkový stav, který vzal Úřad za základ svého rozhodnutí, byl nesprávně a neúplně zjištěn, neboť zásadní skutková zjištění nemají oporu v provedeném dokazování a jsou v rozporu s obsahem správního spisu. Úřad provedl vnitřně rozpornou, věcně nesprávnou a nedůvěryhodnou analýzu, která i přesto svědčí tomu, že k žádné koordinaci nabídek v dané věci nedošlo.
23. V této souvislosti společnost SULKO konstatuje, že ceny uvedené v nabídkách účastníků řízení neobsahují cenový vzorec a možná podobnost je objektivně zdůvodnitelná. K tomu účastník řízení argumentuje, že cenové indexy jsou účelově zaokrouhleny na 2 desetinná místa, od třetího a čtvrtého desetinného místa se liší, a kdyby účastníci řízení skutečně postupovali podle těchto cenových indexů, byly by nabídkové ceny jednotlivých položek odlišné. Účastník řízení dále poukazuje na to, že součet cenových indexů se významně liší od součtu poměrů cen za jednotlivé položky. Na podporu výše uvedených tvrzení předkládá účastník řízení v příloze doplnění svého rozkladu tabulku s výpočty. Proporčnost cen položek je důsledek fingování počítačového programu [*obchodní tajemství*]. K rozdílu mezi cenami vypočtenými na základě indexů Úřadu účastník řízení dále uvádí, že tyto rozdíly nejsou vysvětlitelné zaokrouhlením, neboť pokud by účastníci řízení postupovali podle Úřadem uváděného cenového vzorce, nedostali by se na konečné ceny uvedené v nabídkách.
24. Dále účastník řízení uvádí, že ve správním spisu chybí některé listy uvádějící ceny některých vybraných pozic ve vztahu k objektu OA, HŠ, SOŠ Trutnov (jde o pozice O 10/A, O 11, D 1 a O 12 nabídky společnosti OSF). Dále účastník řízení poukazuje na odlišné řazení některých položek nabídek společností OSF a SULKO pro tento objekt. Účastník řízení na základě výše uvedeného dovozuje, že Úřad učinil skutkové závěry, ke kterým jej neopravňovaly podklady obsažené ve spise.
25. Účastník řízení dále dovozuje, že tvrzení Úřadu ve vztahu k objektu OA, HŠ, SOŠ Trutnov vykazuje zásadní vnitřní rozpor, kdy údaje vztahující se k pozici Z1 odpovídají indexům uvedeným na prvním řádku cenového vzorce, ovšem k pozici Z2 nacházející se bezprostředně pod pozicí Z1 jsou dopočítány indexy odpovídající šestému řádku tabulky cenových vzorců, tedy položky „Zednické zaplavení, demontáž, likvidace,“ přičemž to není vysvětlitelné povahou dané položky (tj. že by položka „Zednické práce“ odpovídala položce „Zednické zaplavení, demontáž, likvidace“), protože toto případné pravidlo nebylo aplikováno pro položku Z1. To má být podle účastníka řízení dalším dokladem toho, že poměry cen nejsou naprosto shodné u všech pozic všech objektů v celé veřejné zakázce. K tomu účastník řízení dodává, že tohoto vnitřního rozporu si Úřad musel být vědom a tento rozpor ukazuje na tendenční přístup Úřadu.

26. Společnost SULKO dále uvádí, že určité podobnosti v poměrech cen jsou objektivně vysvětlitelné, a to použitím stejného cenového software - systému *[obchodní tajemství]*. V důsledku toho nemůže Úřad tvrdit, že existuje cenový vzorec u 361 položek cenového rozpočtu a je třeba zkoumat pouze poměr cen mezi jednotlivými pozicemi, kterých je pouze 6 a které nevykazují žádný vzorec. K tomu společnost SULKO dodává, že provozovatel systému *[obchodní tajemství]* uvedl, že výpočet ceny příslušenství (parapetu, montáže či servisu) se kalkuluje automaticky po zadání okenních prvků. Společnost SULKO v této souvislosti rovněž argumentuje, že i když společnost OSF nebyla licencovaným partnerem využívajícím systém *[obchodní tajemství]*, mohla tento program využívat nepřímo v rámci tzv. dealerských obchodních programů, případně mohla funkcionalitu, při které se zvýší cena proporčně u vyššího počtu položek naráz nastavit mimo program *[obchodní tajemství]*. Společnost OSF navíc jednotlivé položky v minulosti poptávala u jiných dodavatelů a mohla si na ně nechat vypracovat cenovou nabídku.
27. Dále společnost SULKO argumentuje, že Úřad účelově vyzdvihuje význam malého počtu podrobností, které se navíc vztahují vždy proti dvěma nabídkám, a ignoruje zásadní rozdíly v nabídkách. K tomu společnost SULKO uvádí, že podobnost technické zprávy nabídek společností SULKO a OSF je snadno vysvětlitelná *[obchodní tajemství]*. Z technické zprávy společnosti OSF plyne, že společnost OSF v rámci předmětného výběrového řízení využila technickou zprávu, kterou obdržela v minulosti, kdy prokazovala kvalifikaci prostřednictvím jiného dodavatele *[obchodní tajemství]*. Technické zprávy společností OSF a SULKO navíc vykazují i zásadní rozdíly – část, která je obsažena v technické zprávě společnosti OSF, v technické zprávě společnosti SULKO chybí a naopak. Do jisté míry je odlišná i grafická úprava. Dále se liší vzorce a barva jednotlivých komponent. Jednotlivé objekty jsou navíc v nabídkách obou společností řazeny odlišně.
28. Rovněž podobnost mezi nabídkami společností OSF a DAFE – PLAST, přítomnost znaku „Kč“ na totožných místech nabídky, je podle účastníka řízení snadno vysvětlitelná tím, že společnost OSF poptávala dodávky od jiných dodavatelů a disponuje tak jejich dokumenty.
29. K otázce podobnosti podaných nabídek společnost SULKO dále uvádí, že podobnost nabídky společnosti OSF tu s technickou zprávou společnosti SULKO, tu s nabídkou společnosti DAFE – PLAST vyvrací závěr o koordinaci, neboť nejpravděpodobnějším vysvětlení tohoto je inspirace společností OSF dokumenty získanými dříve.
30. Společnost SULKO rovněž argumentuje, že elektronické vlastnosti dokumentů, které účastníci správního řízení předložili zadavateli výběrového řízení, nic neprokazují a Úřad je vykládá účelově. Údaj o autoru poslední změny je nicneříkající a může být ovlivněn celou řadou externích faktorů. Údaje o vlastnostech elektronických dokumentů jsou snadno ovlivnitelné (např. počítačovými programy, změnou nastavení data či času v PC, zkopírováním již existujících dokumentů do počítače z jiného zařízení, kde bylo nesprávně nastavené datum, infikováním počítačovým virem). Vlastnosti dokumentů v posuzovaném případě navíc o koordinaci nesvědčí.
31. Společnost SULKO rovněž dovozuje, že srovnání nabídek účastníků řízení s nabídkou společnosti FREEZART PLUS a.s. (dále též „**společnost FREEZART**“) je irrelevantní. Společnost FREEZART se výběrového řízení nezúčastnila a ani zúčastnit nemohla, neboť nesplňovala základní kvalifikační předpoklady. Nabídka společnosti FREEZART nebyla sestavována

s vážným úmyslem zúčastnit se reálného hospodářského styku, v nabídce není uvedena nabídková cena všech položek. Nižší cena nabídky společnosti FREEZART mohla být způsobena low costovým řešením, které nedosahovalo potřebné kvality. Společnost SULKO nad rámec výše uvedeného uvádí, že majitel společnosti FREEZART „*v minulosti vystupoval v korupčních kauzách týkajících se možného ovlivňování veřejných zakázek*“, a proto je diskutabilní, zda je jeho vysvětlení možné považovat za důvěryhodné.

32. Společnost SULKO dále namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že dle vyjádření Libereckého kraje byl předběžný rozpočet předmětné zakázky zpracován společností SULKO, ačkoliv se ve správním spise nacházejí indicie, že společnost SULKO tento rozpočet nezpracovávala. Dále společnost SULKO namítá, že k jednání, jak jej Úřad popisuje, schází ekonomická motivace, neboť nabídka společnosti SULKO byla „*o 15, resp. téměř 20 mil. nižší než nabídky uchazečů a také než předpokládaná hodnota zakázky*“. Společnost SULKO dále poukazuje na to, že se Úřad nevypořádal dostatečně s tvrzením společnosti DAFE – PLAST, že si nevyzvedla zadávací dokumentaci, neboť ji získala od svého dodavatele, což je relativně běžná praxe.
33. Společnost SULKO rovněž uvádí, že Úřad založil své rozhodnutí na nesprávném právním posouzení, když Úřad dovozuje, že se účastníci řízení dopustili zakázané dohody ve formě jednání ve vzájemné shodě, neboť Úřad dovozuje prokázání této dohody bez toho, aniž by dostal potřebnému důkaznímu standardu.
34. Společnost SULKO má rovněž za to, že výrok o uložení pokutě je nezákonný, neboť pokuta byla uložena v rozporu s pravidly obsaženými v Zásadách 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 znění¹ (dále též „**Zásady ukládání pokut**“ nebo „**Zásady**“) – tato pravidla Úřad aplikoval nepřiměřeným a restriktivním způsobem. Toto pochybení Úřadu se dle účastníka řízení projevilo zejména tím, že Úřad nesprávně stanovil základní částku pro výpočet pokuty, nezohlednil skutečnou dobu trvání správního deliktu, resp. vůbec neprokázal dobu, po kterou měl správní delikt účastníka řízení trvat, a dopustil se dvojího přičítání za údajné úmyslné jednání účastníka řízení.
35. Základní částka pro výpočet pokuty se dle účastníka řízení měla počítat pouze z hodnoty tržeb, které přímo nebo nepřímo souvisejí s protiprávním jednáním, jak stanoví čl. 18 Zásad ukládání pokut. To ovšem Úřad interpretoval tak, že při výpočtu základní částky pokuty přihlíží k tržbám soutěžitele na celém relevantním trhu, měl přitom zohlednit pouze obrat odpovídající hodnotě veřejné zakázky na výměnu oken. Účastník řízení dále dovozuje, že postup Úřadu je absurdní a nelegální, neboť i kdyby mu byla teoreticky prokázána manipulace se všemi výběrovými řízeními na relevantním trhu, byla by konečná částka pokuty stejně vysoká. To je ovšem v rozporu se zásadami proporcionality a rovnosti, a Úřad tedy v tomto případě postupoval diskriminačně a mimo jakékoli rozumné správní uvážení.
36. Námitkami účastníka řízení byl dále zpochybněn časový koeficient zohledňující ve výši pokuty celkovou dobu trvání deliktu – Úřad aplikoval koeficient času ve výši 1, vzhledem k velmi

¹ Zásady jsou dostupné na internetových stránkách Úřadu <https://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez/ceska-republika.html>.

krátké délce trvání údajného protiprávního jednání měl aplikovat koeficient 0,1. V této souvislosti odkazuje společnost SULKO na unijní judikaturu.²

37. Účastník řízení společnost SULKO dále namítá, že mu nemělo být na pokutě přitíženo za úmysl, neboť mu úmysl nebyl prokázán, míra zavinění, resp. intenzita porušení zákona není znakem skutkové podstaty zakázané dohody a jde o dvojí trestání téhož. Je-li trestána dohoda, jejímž cílem je narušení hospodářské soutěže, jde o dohodu, která musí být vždy uzavírána úmyslně.
38. Účastník řízení v doplnění svého rozkladu rovněž konstatoval, že pokuta mu napadeným rozhodnutím ukládaná je pro něj zcela likvidační. V této souvislosti společnost SULKO argumentuje, že se Úřad nezabýval otázkou, zda napadené rozhodnutí vedlo k dosažení spravedlivé rovnováhy mezi zájmem na ochraně majetku jednotlivce a širšími společenskými zájmy, a dalšími kritérii plynoucími z věty třetí čl. 1 Protokolu č. 1 k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv (dále též „Úmluva“), ačkoliv tak učinit měl.
39. V závěru doplnění svého rozkladu účastník řízení zopakoval svůj návrh, aby předseda Úřadu vydal rozhodnutí, kterým se napadené rozhodnutí zruší a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD zastaví. Alternativně, neshledá-li předseda Úřadu důvody pro zastavení předmětného správního řízení, navrhuje účastník řízení, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Rozklad společnosti OSF

40. Společnost OSF ve svém rozkladu uvádí, že jej podává do všech výroků napadeného rozhodnutí. V petitu svého rozkladu se ovšem společnost OSF domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve vztahu ke společnosti OSF zrušil a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD ve vztahu ke společnosti OSF zastavil. Na základě výše uvedeného v souladu s ust. § 37 odst. 1 věty druhé správního řádu dovozují, že společnost OSF svým rozkladem napadá výroky I., II., IV. a VI. napadeného rozhodnutí.
41. Společnost OSF napadenému rozhodnutí v první řadě vytýká, že z jeho odůvodnění neplyne, zda je její nabídka autentická a zda byla do předmětného výběrového řízení skutečně podána společností OSF. Společnost OSF rovněž namítá, že Úřad získával podklady pro své rozhodnutí pod různými předstíranými záminkami a že byl od počátku přesvědčen o vině společnosti OSF a pouze se snažil dohledávat důkazní materiál, kterým by své rozhodnutí mohl odůvodnit. Takovýto postup Úřadu dle společnosti OSF odpovídá zapovězenému „lovu informací“, a takto získané důkazy jsou tedy nezákonné. Společnost OSF dále uvádí, že uložená pokuta je pro ni likvidační a že v současné době ji nemá z čeho zaplatit.
42. Na základě výše uvedeného společnost OSF navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD ve vztahu ke společnosti OSF zastavil.

² Konkrétně na rozsudek Tribunálu ve věci Cheil Jedang v. Komise (č. T-220/00), rozsudky Tribunálu ve věci BASF and UCD v. Komise (č. T-101/05 a T-111/05), rozsudek Tribunálu ve věci Total Raffinage Marketing v. Komise (č. T-566/08).

III. Řízení o rozkladech

43. V souladu s § 86 odst. 2 správního řádu zaslal správní orgán prvního stupně dne 4. 4. 2018 jednotlivým účastníkům řízení stejnopisy podaných rozkladů. Tímto přípisem prvostupňový orgán účastníky řízení rovněž vyzval, aby se k zasláným rozkladům vyjádřili. Tohoto svého práva nevyužil žádný z účastníků řízení.
44. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 správního řádu, a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladech.
45. V rámci řízení o rozkladech bylo doplněno dokazování a správní spis sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD (dále též „**správní spis**“) doplněn o účetní závěrku společnosti SULKO za rok 2017, účetní závěrku společnosti OSF za rok 2017 a výroční zprávu společnosti DAFE – PLAST za rok 2017. V souvislosti s námitkami vznesenými společností SULKO v rámci doplnění jejího rozkladu byl správní spis rovněž doplněn o další výpočty vztahující se k poměrům nabídkových cen účastníků řízení.³
46. Přípisy ze dne 6. 2. 2019 byli účastníci řízení vyrozuměni v souladu s § 36 odst. 3 ve spojení s § 93 odst. 1 správního řádu o možnosti seznámit se s podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim se před vydáním rozhodnutí v předmětné věci. Tohoto práva využily společnosti SULKO a DAFE – PLAST.
47. 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.

Rozhodná znění použitých předpisů

48. Před tím, než přikročím ke komplexnímu přezkumu napadeného rozhodnutí, je nutné postavit na jisto, jaké znění relevantních procesních i hmotněprávních předpisů je třeba na posuzovanou věc aplikovat.
49. Procesněprávní úprava předmětného správního řízení je roztříštěna do několika zákonů. Z hlediska procesního platí obecná zásada, že nové procesní právo (jeho změny) platí ode dne nabytí účinnosti nové právní úpravy i pro řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti s tím, že právní účinky úkonů, které v řízení nastaly přede dnem nabytí účinnosti, zůstávají zachovány (pokud přechodné ustanovení nestanoví něco jiného).⁴ Úřad při vedení správního řízení vycházel primárně z procesních ustanovení ZOHS, která představují lex specialis k obecné právní úpravě obsažené ve správním řádu. Procesní úpravu správního trestání však nově obsahuje rovněž zákon o č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále též „**přestupkový zákon**“), který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017. Tento zákon kodifikuje správní trestání a sjednocuje hmotněprávní i procesněprávní úpravu přestupků fyzických

³ Viz č. l. 2729 až 2832 správního spisu.

⁴ Srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II ÚS 512/05 ze dne 2. 2. 2006, rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 1556/2004 ze dne 15. 12. 2004 a rozsudek NSS sp. zn. 1 Azs 55/2006 ze dne 25. 7. 2007.

osob a správních deliktů podnikajících fyzických osob a právnických osob.⁵ Přestupkový zákon tak představuje lex generalis vůči ostatním speciálním zákonům (včetně ZOHS) a do jejich znění se promítl prostřednictvím tzv. změnového zákona, kterým je zákon č. 183/2017 Sb. Jeho aplikace na předmětné správní řízení je však vyloučena vzhledem k přechodnému ustanovení § 112 odst. 4 přestupkového zákona, podle kterého se zahájena řízení o přestupku, resp. o správním deliktu, s výjimkou řízení o disciplinárním deliktu, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí podle dosavadních zákonů.

50. Správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD bylo zahájeno dne 8. 11. 2016. Napadené rozhodnutí bylo vydáno dne 27. 2. 2018. Ke dni zahájení tohoto správního řízení tak platil zákon o ochraně hospodářské soutěže ve znění zákona č. 293/2016 Sb., který nabyl účinnosti 19. 10. 2016; ke dni vydání napadeného rozhodnutí byl zákon o ochraně hospodářské soutěže účinný ve znění novel provedených zákonem č. 183/2017 Sb.⁶ a zákonem č. 262/2017 Sb.⁷
51. Přechodná ustanovení těchto novel neuvádí specifická pravidla pro postup v probíhajících řízeních o možném porušení soutěžního práva zahájených podle předchozích předpisů. Zákon č. 183/2017 Sb., který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017, je primárně zákonem, který sladuje jiné speciální předpisy týkající se správního trestání s novou právní úpravou správního trestání obsaženou v přestupkovém zákonu. Do § 112 odst. 4 přestupkového zákona je vtělena vůle zákonodárce, aby se procesní režim probíhajících řízení neměnil a neaplikovaly se na ně procesní postupy, které nový zákon přináší. Oba zákony, přestupkový zákon i zákon č. 183/2017 Sb., je proto třeba v souladu se zásadou racionálního zákonodárce a principem jednoty právního řádu⁸ vykládat ve vzájemné souvislosti. Pokud zákon č. 183/2017 Sb. adaptuje procesní předpisy zvláštních zákonů pro aplikaci nového přestupkového zákona, pak je aplikace těchto změn přímo propojena také s aplikací procesních pravidel vyplývajících z aplikace nového přestupkového zákona. Jinými slovy je třeba výkladově překlenout vznikající nelogičnost (je totiž nesmyslné aplikovat výjimky z obecného předpisu, který se na věc vůbec neaplikuje). V případě ZOHS dochází právě k takové situaci. Zákon č. 183/2017 Sb. přináší procesní pravidla, která jsou přímo navázána na účinnost nového přestupkového zákona. Svědčí o tom i důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb., podle níž se „v zákonech upravujících působnost Úřadu pro ochranu

⁵ Nově se pod pojmem „přestupek“ rozumí rovněž správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob. Srov. § 112 odst. 1 věta první přestupkového zákona.

⁶ Zákon č. 183/2017 Sb. ze dne 9. 6. 2017, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích. Tento zákon nabyl účinnosti 1. 7. 2017, s výjimkou ustanovení části sto dvacáté šesté čl. CXXVIII, která nabyla účinnosti 1. 8. 2017 a části třicáté páté čl. XXXV, čl. CLXXXVII bodů 5 a 8 a čl. CCXXIII, které nabyly účinnosti 1. 1. 2018.

⁷ Zákon č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže a o změně zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, (zákon o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže). Tento zákon nabyl účinnosti dne 1. 9. 2017.

⁸ Srov. zejména rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 9/2003-90 ze dne 13. 5. 2004, podle kterého „v souladu s principem právní jistoty má každý adresát právní normy právo očekávat, že řešení, která zákonodárce zvolí, jsou racionální a směřují k funkčnímu uspořádání společenských vztahů, a nikoliv naopak. Jestliže zákonodárce z nejrůznějších důvodů zvolí řešení jiné, musí je tím spíše přesně, jasně, určitě a srozumitelně vyjádřit v právních předpisech, jimiž jsou právní normy komunikovány svým adresátům. Neučiní-li tak, je zcela na místě dát přednost takovému výkladu, který je rozumný a odpovídá přirozenému smyslu pro spravedlnost.“

*hospodářské soutěže k projednávání přestupků zakotvují rozsáhlé odchylky od obecné úpravy, které jsou potřebné vzhledem ke specifické povaze přestupků, které projednává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [...]*⁹ Z daného tedy vyplývá, že je třeba zachovat procesní režim před nabytím účinnosti přestupkového zákona.

52. Pokud jde o dosud poslední novelizaci zákona o ochraně hospodářské soutěže provedenou zákonem č. 262/2017 Sb., jednalo se o změny provedené v souvislosti s přijetím zákona č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže a o změně zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (zákon o náhradě v oblasti hospodářské soutěže), kdy v ZOHS se změnila ustanovení o spisu a nahlížení do něj a zpřístupnění informací obsažených ve spisu.¹⁰ Jinými slovy se tak jedná o drobné změny, které se procesně zásadně nedotýkají předmětného správního řízení. Vzhledem k výše uvedenému, je tedy řízení dále vedeno podle procesních ustanovení ZOHS ve znění zákona č. 293/2016 Sb. (při zohlednění zákona č. 262/2017 Sb.).
53. Co se dále týká správního řádu coby obecného procesního předpisu, správní řízení bylo zahájeno podle správního řádu ve znění zákona č. 298/2016 Sb., který nabyl účinnosti dne 19. 9. 2016. V průběhu správního řízení byl následně správní řád třikrát novelizován, a to zákonem č. 183/2017 Sb., zákonem č. 225/2017 Sb.¹¹ a zákonem č. 176/2018 Sb.
54. Zákon č. 183/2017 Sb. neobsahuje žádná přechodná ustanovení. Jak jsem však již podrobně vysvětlil výše, ve vztahu k zákonu o ochraně hospodářské soutěže je tento zákon velmi úzce spjat s přestupkovým zákonem. V případě novelizace správního řádu ovšem nelze podobnou spojitost najít. Úprava správního řádu provedená touto novelou se omezuje na otázku přístupu k utajovaným informacím, které mohou být součástí správního spisu, zavádí se nový hybridní způsob doručování a drobně se pozměňují některé další postupy, které nemají přímý vztah ke správnímu trestání. Důvodová zpráva v této souvislosti hovoří o tom, že se touto novelou „*stát v citlivých oblastech, do kterých spadá například problematika soukromých bezpečnostních služeb, zahraniční obchod s vojenským materiálem či udělování státního občanství, práva azylu apod., snaží eliminovat bezpečnostní rizika tím, že si orgány veřejné moci ve správních řízeních vyžádají stanovisko/vyjádření Policie České republiky a/nebo předání informací zpravodajských služeb, tedy orgánů disponujících klíčovými informacemi v oblasti vnitřní bezpečnosti.*“¹² Z toho je zjevné, že novelizace správního řádu není tak úzce systematicky vázána na přestupkový zákon. Novela reaguje na problémy na aplikaci nového přestupkového zákona nezávislé, a proto zde nelze použít shodný výklad jako v případě novelizace zákona o ochraně hospodářské soutěže. Správní řád je proto aplikován ve znění zákona č. 183/2017 Sb.
55. Dne 1. 1. 2018 nabyla účinnosti novela správního řádu č. 225/2017 Sb. V rámci této novely byla změněna ustanovení správního řádu týkající se rozhodnutí podmíněného závazným stanoviskem a opatření obecné povahy. Přechodná ustanovení této novely nevztahují její aplikaci na zahájená řízení, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti

⁹ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto dvanácté – změna zákona o ochraně hospodářské soutěže.

¹⁰ Srov. § 21c, § 21c ZOHS, v účinném znění.

¹¹ Zákon č. 225/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

¹² Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto padesáté deváté – změna správního řádu.

této novelizace, a proto není namístě v tomto správním řízení novelu č. 225/2017 Sb. aplikovat.

56. K problematice rozhodného znění správního řádu dále uvádím, že z napadeného rozhodnutí plyne, že bylo vydáno dle správního řádu „*ve znění pozdějších předpisů*“, z napadeného rozhodnutí ovšem nevyplývá, o které znění správního řádu konkrétně se jedná. Z tohoto důvodu je vhodné upřesnit, že rozhodným zněním správního řádu pro prvostupňové řízení a napadené rozhodnutí byl správní řád ve znění zákona č. ve znění zákona č. 183/2017 Sb. Vzhledem k tomu, že obsah ani jedné z novel, které nabyly účinnosti v době od zahájení správního řízení do vydání prvostupňového rozhodnutí, neměl pro toto správní řízení přímý vliv, nelze mít za to, že by tímto opomenutím byla dotčena zákonnost či správnost napadeného rozhodnutí.
57. Kromě výše uvedených novel nabyla účinnosti v průběhu tohoto správního řízení dne 1. 11. 2018 také novelizace správního řádu provedená zákonem č. 176/2018 Sb., jejíž přechodná ustanovení ovšem nevztahují její aplikaci na zahájená řízení, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti této novelizace.
58. Z pohledu procesněprávních norem lze tak shrnout, že se správní řízení dokončí podle zákona o ochraně hospodářské soutěže **ve znění zákona č. 293/2016 Sb.** (při zohlednění zákona č. 262/2017 Sb.) a při subsidiárním použití **správního řádu ve znění zákona č. 183/2017 Sb.**
59. Pokud jde o hmotněprávní kvalifikaci, právní úprava je zde opět roztříštěná, když připadá v úvahu aplikace ZOHS a nově přestupkového zákona.
60. Přestupkový zákon v přechodném ustanovení § 112 odst. 1 stanovuje, že odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. V § 2 přestupkového zákona, týkající se časové působnosti zákona, je dále stanoveno, že odpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku příznivější.
61. Ve výše uvedených ustanoveních přestupkového zákona se tak explicitně promítá obecná zásada zákazu retroaktivity, resp. zpětné účinnosti zákona¹³, která může být prolomena pouze v případě příznivosti pozdějšího zákona pro pachatele, resp. účastníka řízení (tzv. retroaktivita in mitius).¹⁴ Důvodem tohoto průlomu je především skutečnost, že pokud společnost některé jednání již nezakazuje a nepostihuje hrozbou správního trestu, nelze spravedlivě trvat na potrestání pachatele, resp. účastníka řízení. Správní delikt se posuzuje podle předpisů platných a účinných v době jeho spáchání. Pokud tedy dojde k dekriminalizaci daného jednání, resp. ke změně právní úpravy a konkrétní deliktní jednání bude ze zákona vypuštěno, zanikne trestnost tohoto deliktu a nebude možné za jeho spáchání pachatele

¹³ Ústavní zakotvení této zásady nalezneme v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, vyhlášené Usnesením Předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., jako součást ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů, dle kterého platí, že: „*Trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.*“

¹⁴ Srov. dále rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 As 7/2008-55 ze dne 4. 12. 2008.

potrestat. V takovém případě by tak byl nový zákon pro účastníka řízení nejpříznivější. Může však dojít i k situaci, že skutková podstata deliktního jednání v zákoně zůstane, dojde pouze ke změně podmínek odpovědnosti za daný delikt. Je tak vždy třeba posoudit, která právní úprava je pro účastníka řízení příznivější; konkrétní zákony se přitom hodnotí jako celek, nikoliv pouze jejich jednotlivá ustanovení. Rozhodující je tak celkový výsledek z hlediska trestnosti s přihlédnutím ke všem specifikům konkrétního případu; hodnotit se tak budou především podmínky odpovědnosti za správní delikt, resp. přestupek a druhy správních trestů a principů pro jejich ukládání. Úřad příznivost právní úpravy posuzuje z úřední povinnosti; opomenutí by mohlo znamenat zásah do práva účastníka řízení na spravedlivý proces.¹⁵

62. Správní delikt byl spáchán dne 18. 5. 2012, tedy za účinnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném do 30. 11. 2012, tedy ve znění novely č. 188/2011 Sb. Toto znění zákona je současně zněním, dle kterého byl delikt v napadeném rozhodnutí kvalifikován a sankcionován. Prvostupňový orgán se v bodech 58 až 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí zabývá otázkou, zda není pro účastníky řízení příznivější některé z pozdějších znění zákona o ochraně hospodářské soutěže, přičemž po rozboru jednotlivých novel zákona o ochraně hospodářské soutěže (zákon č. 360/2012 Sb., zákon č. 135/2016 Sb., zákon č. 293/2016 Sb., zákon č. 183/2017 Sb. a zákon č. 262/2017 Sb.) dochází k závěru, že žádné z pozdějších znění zákona o ochraně hospodářské soutěže není pro účastníky řízení příznivější. Obdobně přitom prvostupňový orgán konstatoval i pro nový přestupkový zákon, který je v pozici subsidiarity a který se promítl do znění ZOHS zejména prostřednictvím změnového zákona č. 183/2017 Sb. S posouzením, které prvostupňový orgán učinil ohledně rozhodné právní úpravy pro hmotněprávní kvalifikaci, se ztotožňuji, a v podrobnostech na něj odkazují, když ani žádný z účastníků řízení nevznáší proti tomuto posouzení námitky. I v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí tedy posuzují jednání účastníků řízení dle zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění novely č. 188/2011 Sb.

IV. Přezkum napadeného rozhodnutí

Obecné poznámky

63. Prvostupňový orgán shledal, že se všichni účastníci řízení porušením zákazu uvedeného v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže dopustili správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS. Podle § 3 odst. 1 ZOHS 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 Plemenáři.¹⁶ 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.

¹⁵ Srov. nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 192/05 ze dne 11. 7. 2007.

¹⁶ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 19/2002 ze dne 12. 5. 2005.

64. Jak již konstatoval prvostupňový orgán, pod legislativní zkratkou „dohoda“, řadí § 3 odst. 1 ZOHS 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).
65. Narušení hospodářské soutěže či alespoň možnost jejího narušení plynoucí z dohody je nezbytným znakem skutkové podstaty uvedeného správního deliktu. Z dikce § 1 odst. 1 a § 3 odst. 1 ZOHS 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 vedl¹⁷. To znamená, že uzavření dohody v rozporu s § 3 odst. 1 ZOHS 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).¹⁸ Podle judikatury Nejvyššího správního soudu¹⁹ 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 judikatury²⁰ 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.
66. 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

¹⁷ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 19/2006-55 ze dne 9.1.2007 ve věci Komora veterinárních lékařů ČR.

¹⁸ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 78/2008-721 ze dne 25.2.2009 ve věci Stavební spořitelny.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Viz např. rozsudek Tribunálu v případech 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.

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.²¹ Cílem těchto dohod je tak ovlivnění výsledku soutěže o zakázku, přičemž z pohledu 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 zkreslení 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,²² kdy není nutné ze strany vyšetřujícího orgánu, pro konstatování porušení soutěžních norem, zjišťovat skutečné účinky takových dohod na hospodářskou soutěž.

67. 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.
68. 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 kontaktem.²³

²¹ 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.

²² 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.

²³ Viz např. rozsudek ESD ze dne 14. 7. 1972 ve věci ICI vs Komise č. 48/69 (Dyestuffs).

V. Námitky procesních pochybení

K námitkám nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

69. Účastníci řízení, společnosti DAFE – PLAST a SULKO dovozují, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné. Společnost SULKO v doplnění svého rozkladu namítá, že Úřad používá obecné fráze („*má za prokázané*“, „*o svém právním závěru nemá pochybnosti*“), aniž by své závěry blíže odůvodnil, což má za následek nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Tuto námitku nepokládám za důvodnou. Kdykoliv prvostupňový orgán uvádí, že má určitý stav věci za prokázaný nebo že o něčem nemá pochybnosti, vyplývá z napadeného rozhodnutí, proč prvostupňový orgán k takovému závěru dospěl.²⁴
70. K námitce společnosti SULKO, že se Úřad nedostatečně vypořádal s judikaturou, kterou společnost SULKO argumentovala,²⁵ v první řadě uvádím, že z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu plyne, že povinnost řádného odůvodnění rozhodnutí nelze mechanicky ztotožňovat s povinností poskytnout podrobnou odpověď na každý jednotlivý argument. Odpověď na základní námitky v sobě může v některých případech konzumovat i odpověď na některé námitky dílčí a související.²⁶ S výše uvedenou argumentací účastníka řízení se navíc Úřad vypořádává v bodě 126 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde uvádí, proč není touto argumentací napadený právní závěr Úřadu v rozporu s principy správního trestání, přičemž Úřad na tomto místě napadeného rozhodnutí zdůvodňuje, proč o svém právním závěru nemá pochybnosti.
71. Rovněž z bodu 121 odůvodnění napadeného rozhodnutí ve spojení s bodem 110 napadeného rozhodnutí (na který bod 121 odkazuje) jednoznačně plyne, že má prvostupňový orgán za to, že se jedná o jinou situaci, než jaká byla posuzovaná v judikatuře namítané účastníkem řízení – v daném případě prvostupňový orgán dovozuje, že porušení pravidel hospodářské soutěže představuje jediné logické vysvětlení posuzovaného jednání soutěžitelů, nikoliv pouze jednu z možných či pravděpodobných variant. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je rovněž patrné, proč prvostupňový orgán dochází k tomuto závěru.
72. K námitce společnosti SULKO, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nedostatečným způsobem vypořádal s námitkou společnosti DAFE – PLAST, že je relativně běžnou praxí, když zadávací dokumentaci získá od svého dodavatele konstatuji, že prvostupňový orgán v odůvodnění napadeného rozhodnutí v poznámce pod čarou č. 15 uvádí, že společnost DAFE-PLAST ve svém vyjádření ze dne 10. 2. 2017 uvedla, že v minulosti zcela na běžné bázi získávala zadávací dokumentaci v elektronické podobě od svého obchodního partnera, společnosti REHAU Automotive, s.r.o. (dříve REHAU, s.r.o.), IČO 45799261, resp. pana Ing. [Jméno Příjmení], přičemž je přesvědčena, že i v případě předmětné veřejné zakázky se dostala k elektronické podobě zadávací dokumentace touto

²⁴ Srov. např. bod 97 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

²⁵ Společnost SULKO ve svém vyjádření ke sdělení výhrad citovala rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2011, č. j. 7 As 102/2010-86 v jeho částech, které se týkají zásady *in dubio pro reo* a problematiky pochybností o skutkovém stavu, a nález Ústavního soudu ze dne 16. 6. 2011 sp. zn. I. ÚS 864/11 týkající se principu presumpce nevinu a standardů dokazování.

²⁶ Srov. blíže rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 2. 2013, č. j. 7 As 79/2012-54; ze dne 29. 8. 2013, č. j. 7 As 182/2012-58; ze dne 19. 2. 2014, č. j. 1 Afs 88/2013-66.

cestou. Úřad ovšem na tomto místě napadeného rozhodnutí uvádí, že ani jeden z těchto subjektů nebyl mezi těmi subjekty, které si zažádaly o přístup k zadávací dokumentaci. Prvostupňový orgán se tak vypořádal i s námitkou účastníka řízení, jak byla v rámci prvostupňového řízení formulována, a napadené rozhodnutí tak nelze považovat za nepřezkoumatelné z důvodu, že by tak prvostupňový orgán neučinil. Nad rámec výše uvedeného dodávám, že zjištění učiněné prvostupňovým orgánem odpovídá obsahu správního spisu a po věcné stránce se tak s výše uvedenou argumentací prvostupňového orgánu ztotožňuji.

73. Také s námitkami společnosti DAFE – PLAST uvedenými ve vyjádření k podkladům rozhodnutí²⁷ se Úřad vypořádal dostatečným způsobem. V první řadě je zapotřebí uvést, že společnost DAFE – PLAST ve svém vyjádření uvedla obecně, že z podkladů získaných od Policie ČR nevyplývá jediná relevantní skutečnost, která by zakládala důvodné podezření, že by se společnost DAFE – PLAST účastnila ovlivňování předmětné veřejné zakázky. K tomu společnost DAFE – PLAST mj. dodala, že *„ve spisovém materiálu Policie ČR, který je součástí správního spisu Úřadu, je totiž obsažena celá řada skutečností, které ve svém důsledku vylučují jakoukoli formu zapojení naší společnosti do (možného) ovlivnění předmětné veřejné zakázky Libereckého kraje, neboť společnost DAFE – PLAST Jihlava s.r.o. zde není uváděna v žádné jiné souvislosti, než v té, že podala nabídku do výběrového řízení a že její nabídka nebyla v tomto řízení vybrána k plnění veřejné zakázky.“* V této souvislosti nejprve uvádím, co již poznamenal prvostupňový orgán, tedy že společnost DAFE – PLAST ve svém vyjádření neodkazuje na jedinou konkrétní skutečnost zjištěnou Policií ČR před zahájením správního řízení, která by dle jeho názoru vylučovala jakoukoli formu zapojení společnosti DAFE-PLAST do ovlivnění veřejné zakázky. Prvostupňový orgán v bodě 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, jaká zjištění vyplynula z šetření provedeného Policií ČR a jakým postupem na tato zjištění navázal. Z tohoto bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí plyne, proč správní orgán nepřisvědčil výše uvedené námitce společnosti DAFE – PLAST. Správní orgán prvního stupně se tak s námitkou účastníka řízení dostatečným způsobem vypořádal. Napadené rozhodnutí tedy nelze považovat za nepřezkoumatelné.
74. K problematice přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí uzavírám, že nemohu přisvědčit ani jedné z námitek účastníků řízení. Úřad se v napadeném rozhodnutí dostatečným způsobem vypořádal se všemi námitkami, které účastníci řízení v průběhu řízení u prvostupňového orgánu vznesli.

K námitce nezákonného zahájení řízení

75. Společnost SULKO namítá, že správní řízení bylo zahájeno nezákonně, neboť Úřad v době jeho zahájení neměl důvodné podezření ze spáchání správního deliktu. K této námitce uvádím, že podle ustanovení § 21 odst. 1 ZOHS se řízení ve věcech možného sjednání protisoutěžní dohody zahajují 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.

²⁷ Viz č. I. 2308-2311 správního spisu.

62 Ca 43/2007-2016, je jediným udržitelným a respektujícím základní práva účastníků řízení takový výklad, podle kterého lze sankční deliktní správní řízení pro porušení zákona zahájit, je-li dáno důvodné podezření.

76. Okamžikem, kdy je namístě zahájit sankční správní řízení, a kterým dle dříve účinné právní úpravy počínala běžet subjektivní lhůta pro uložení sankce, se ve své rozhodovací praxi zabýval i Vrchní soud v Praze, který ve svém rozhodnutí sp. zn. 7 A 167/94 dovedl, že pojem „dozvědět se o porušení povinnosti“ neznamená „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. Průkaz, že povinnost byla porušena, a kdo je za to odpovědný, je vlastním předmětem řízení. Proto zahájení řízení musí předcházet určitá skutečnost, z níž důvodnost podezření plyne. (...) 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 z určitého zdroje, musí však mít nezbytnou míru věrohodnosti a určitosti, aby na druhé straně nedošlo k zahájení řízení naprosto nedůvodně.“
77. V této souvislosti konstatuji, že již před zahájením správního řízení Úřad disponoval zejména podklady postoupenými Policií ČR,²⁸ kterými krom jiného byly nabídky, které účastníci řízení podali v rámci předmětné veřejné zakázky, včetně těch částí nabídek, které obsahují nesrovnalosti a obsahové podobnosti popsané v bodech 40 až 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podklady postoupené Policií ČR tak dokládaly, že existuje důvodné podezření, že hospodářská soutěž v dané oblasti není dostatečně funkční, a že je tedy dáno důvodné podezření, že došlo ke spáchání správního deliktu. Podle shora citované judikatury postačí k zahájení správního řízení taková vědomost o skutkových okolnostech, která umožní předběžné právní posouzení. Na základě výše uvedených podkladů tak Úřad před zahájením správního řízení ve věci shledal, že existuje podezření z možného protisoutěžního jednání, jehož se měly dopustit společnosti DAFE – PLAST, OSF a SULKO. Tento postup považuji za zákonný a správný.
78. K námitce, že Úřadu byla předána pouze část materiálů z šetření prováděného Policií ČR, uvádím, že v rámci svého šetření Policie ČR zkoumala, zda došlo při realizaci předmětné veřejné zakázky ke spáchání některého z trestných činů dle zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.²⁹ Vzhledem k takto širokému předmětu policejního šetření nebylo namístě v rámci předběžného šetření dle § 20 odst. 1 písm. a) ZOHS ve věci možného uzavření zakázané dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS ani v rámci vlastního správního řízení učinit součástí správního spisu všechny dokumenty, které získala Policie ČR v rámci svého šetření. V důsledku opačného postupu by rozsah převzatých dokumentů neodpovídal rozsahu dozorové působnosti Úřadu stanovené v § 20 odst. 1 písm. c) ZOHS.
79. K námitce společnosti SULKO, že analýza nabídek, které účastníci řízení zaslali do zadávacího řízení, byla učiněna součástí spisu až dne 27. 9. 2017, uvádím, že uvedená analýza byla rozhodná až pro prokázání, zda účastníci řízení uzavřeli zakázanou dohodu ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS, předběžné právní posouzení bylo tak možno učinit i bez ní. Účastník řízení měl přitom dost času se s uvedenou analýzou seznámit, neboť Úřad v rámci správního řízení

²⁸ Srov. č. l. 1 až 1627 správního spisu.

²⁹ Srov. č. l. 1 až 851 správního spisu.

postupoval v souladu s § 21b ZOHS a umožnil všem účastníkům řízení seznámit se s podklady rozhodnutí. Jejich procesní práva tak byla šetřena. Ani této námitce proto nemohu přisvědčit.

K námitce neurčitého vymezení předmětu řízení a překračování rámce předmětu řízení

80. K námitce společnosti SULKO týkající se neurčitého vymezení předmětu řízení v oznámení o zahájení správního řízení uvádím, že dle judikatury Nejvyššího správního soudu³⁰ platí, že „(p)okud jde o samotnou povahu oznámení o zahájení správního řízení, je nutno vzít v potaz, že na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů. Nicméně předmět jakéhokoliv zahajovaného řízení (a pro oznámení o zahájení správně-trestního řízení to platí zvláště) musí být identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit.“
81. V oznámení o zahájení řízení ze dne 8. 11. 2016 č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-44880/2016/851/TSI je předmět řízení vymezen tak, že je zřejmé, jaký typ zakázané dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS měli účastníci řízení mezi sebou uzavřít, ve vztahu k jaké veřejné zakázce se tak mělo stát,³¹ se kterými soutěžiteli měla společnost SULKO tuto zakázanou dohodu uzavřít a na jakém relevantním trhu se tak mělo stát. Takto vymezené jednání není možné zaměnit s jiným. Společnost SULKO i ostatní účastníci správního řízení přesně věděli, pro jaké jednání je správní řízení vedeno, čemuž mohli přizpůsobit svoji procesní strategii. Takto vymezeným předmětem správního řízení tedy nebylo dotčeno právo společnosti SULKO ani jiného účastníka řízení na obhajobu.
82. K tomu dále uvádím, že v souladu s citovanou judikaturou Nejvyššího správního soudu nemusí být při zahájení správního řízení ještě zcela jasné, jak konkrétně došlo k jednání, a proto není na újmu zákonnosti vymezení předmětu řízení, když Úřad v oznámení o zahájení řízení uvedl, že možné porušení zákona spatřuje „v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě účastníků řízení spočívající v koordinaci účasti a/nebo v koordinaci nabídek“. Proto mi nezbývá, než odmítnout námitku účastníka řízení, že v oznámení o zahájení řízení byl předmět řízení vymezen neurčitě.
83. Ani námitku překračování rámce předmětu řízení nepovažuji za důvodnou. Z obsahu správního spisu plyne, že prvostupňový orgán si v rámci zkoumání, zda existuje jiné rozumné vysvětlení pro zjištěnou podobnost nabídek účastníků řízení, opatřil i podklady týkající se veřejných zakázek, ve kterých zvítězil některý z účastníků řízení, aby tak mohl pro účely dokazování v tomto správním řízení porovnat tvorbu rozpočtu v rámci těchto veřejných zakázek s tvorbou rozpočtů vztahujících se k zakázce Výměna otvorových výplní na objektech Libereckého kraje resortu školství, mládeže, tělovýchovy a sportu. Takto zjišťované skutečnosti tak měly souvislost s předmětem tohoto správního řízení, a námitku překračování jeho rámce proto musím odmítnout.

³⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009 – 551.

³¹ Veřejná zakázka byla v Oznámení o zahájení správního řízení identifikována dle svého názvu, zadavatele a evidenčního čísla dle Věstníků veřejných zakázek.

84. V souvislosti s námitkou společnosti OSF ohledně způsobu, jakým prvostupňový orgán získával podklady pro rozhodnutí, konstatuji, že prvostupňový orgán postupoval při získávání podkladů v souladu s právními předpisy a v případě vyžadování informací dle § 21e ZOHS jeho žádost vždy obsahovala náležitosti zde stanovené. I tuto námitku tak považuji za nedůvodnou.

K námitce nedostatečného vymezení skutku ve výroku rozhodnutí

85. K námitce, že ve výroku napadeného rozhodnutí je skutek vymezen nejasně co do času spáchání, uvádím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí je jednoznačně uvedeno, že *účastníci řízení dne 18. 5. 2012 porušili zákaz stanovený § 3 odst. 1 ZOHS a dopustili se správního deliktu dle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS.*³² Tuto námitku proto musím odmítnout jako nedůvodnou.

86. K námitce ohledně nedostatečného vymezení místa spáchání správního deliktu ve výroku napadeného rozhodnutí uvádím, že zákonné požadavky na výrok rozhodnutí jsou stanoveny správním řádem. Podle § 68 odst. 2 správního řádu se *„(v) výrokové části uvede řešení otázky, která je předmětem řízení, právní ustanovení, podle nichž bylo rozhodováno, a označení účastníků podle § 27 odst. 1. Účastníci, kteří jsou fyzickými osobami, se označují údaji umožňujícími jejich identifikaci (§ 18 odst. 2); účastníci, kteří jsou právnickými osobami, se označují názvem a sídlem. Ve výrokové části se uvede lhůta ke splnění ukládané povinnosti, popřípadě též jiné údaje potřebné k jejímu řádnému splnění a výrok o vyloučení odkladného účinku odvolání (§ 85 odst. 2). Výroková část rozhodnutí může obsahovat jeden nebo více výroků; výrok může obsahovat vedlejší ustanovení.“* K náležitostem výroku rozhodnutí uvádí Ústavní soud dále, že *„(v) výrok rozhodnutí přitom obsahuje autoritativní řešení otázky, která je předmětem řízení, kdy v této části rozhodnutí ukládá správce daně povinnosti a zakládá práva, mění právní vztahy nebo je autoritativně deklaruje. Výrok proto musí být po obsahové stránce jasný, srozumitelný, přesný a určitý, aby mohl být závazný a vykonatelný.“*³³ Nejvyšší správní soud pak uvedl, že *„(p) rincipy právní jistoty pak vyžadují, aby ten, komu je ukládán trest, neměl naprosto žádnou pochybnost o tom, jakými jednáními naplnil skutkovou podstatu deliktu, o jaký delikt se jedná“.*³⁴

87. K tomu dále konstatuji, že Nejvyšší správní soud se v rozhodnutích citovaných účastníkem řízení zabýval otázkou, s jakou mírou specifičnosti má být správní delikt vymezen ve výrokové části rozhodnutí o správním deliktu a zda nestačí, aby byly skutečnosti specifikující správní delikt uvedeny pouze v odůvodnění rozhodnutí o správním deliktu. Z judikatury citované účastníkem řízení plyne závěr, že ve výroku rozhodnutí musí být delikt specifikován tak, aby nemohl být zaměnitelný s jiným, nestačí, když tato specifikace bude provedena pouze v odůvodnění rozhodnutí.

88. K problematice místa spáchání soutěžněprávního deliktu uvádím, že zákon o ochraně hospodářské soutěže je založen na tzv. teorii účinku³⁵ – z hlediska místní příslušnosti není pro určení, zda se na určité jednání vztahuje zákon o ochraně hospodářské soutěže rozhodné, kde ke spáchání správního deliktu došlo, rozhodující je, kde nastaly jeho účinky.

³² K okamžiku spáchání a dokonání deliktu viz blíže body 93 a další napadeného rozhodnutí.

³³ Viz náleze Ústavního soudu ze dne 21. 7. 2004, sp. zn. II. ÚS 583/03.

³⁴ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2006, č. j. 6 As 23/2005-66.

³⁵ Srov. § 1 odst. 5 a 6 ZOHS.

Tomu odpovídá i nutnost vymezit relevantní trh, na kterém k narušení hospodářské soutěže došlo. Určení dotčeného relevantního trhu není totožné s určením místa spáchání správního deliktu, plní však obdobnou funkci. V rámci určení, kde ke správnímu deliktu došlo, je tak ve správním rozhodnutí o soutěžněprávním deliktu nutno stanovit, na jakém relevantním trhu byl správní delikt spáchán, nikoliv na jakém místě byl spáchán.

89. Vzhledem k tomu, že v řízeních ve věcech uzavření zakázané dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS není nutné vůbec zkoumat, na jakém místě byla zakázaná dohoda uzavřena, nebude tato okolnost rozebírána v odůvodnění sankčního rozhodnutí. Tím spíše není pro přezkoumatelnost sankčního rozhodnutí v řízení ve věcech uzavření zakázané dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS nutné, aby bylo ve výrokové části takového rozhodnutí uvedeno místo, kde došlo ke spáchání správního deliktu.
90. V této souvislosti dále konstatuji, že judikatura Krajského soudu v Brně i Nejvyššího správního soudu mnohokrát aprobovala rozhodnutí předsedy Úřadu, kterými potvrdil prvostupňová rozhodnutí, kde byl správní delikt ve výroku rozhodnutí vymezen bez uvedení místa spáchání tohoto deliktu.³⁶ Nedostatečné vymezení skutku ve výroku rozhodnutí je přitom vadou rozhodnutí, ke které jsou správní soudy povinny přihlížet z úřední povinnosti. Námitku účastníka řízení tak považuji za nedůvodnou.

K námitce neprovedení navrhovaného důkazu

91. K námitce neprovedení důkazu navrhovaného společností SULKO uvádím, že v situaci, kdy prvostupňový orgán ve smyslu § 3 správního řádu zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti (k tomu viz dále), bylo namísto odmítnout provedení navrhovaného důkazu. Postup prvostupňového orgánu byl v souladu s požadavky plynoucími z judikatury Ústavního soudu vztahující se k možnosti odmítnout provedení důkazu.³⁷ Ve svém nálezu sp. zn. IV. ÚS 570/03 ze dne 30. 6. 2004 Ústavní soud odkázal na své dřívější závěry plynoucí z nálezu I. ÚS 733/01 ze dne 19. 2. 2002 a uvedl, že: *„mimo formální absenci rozhodovacích důvodů neakceptování důkazního návrhu obviněného co do věcného obsahu odůvodnění lze založit toliko třemi důvody: Prvním je argument, dle něhož tvrzená skutečnost, k jejímuž ověření nebo vyvrácení je navrhován důkaz, nemá relevantní souvislost s předmětem řízení. Dalším je argument, dle kterého důkaz není s to ani ověřit ani vyvrátit tvrzenou skutečnost, čili ve vazbě na toto tvrzení nedisponuje vypovídací potencií. Konečně třetím je pak nadbytečnost důkazu, tj. argument, dle něhož určité tvrzení, k jehož ověření nebo vyvrácení je důkaz navrhován, bylo již v dosavadním řízení bez důvodných pochybností (s praktickou jistotou) ověřeno nebo vyvráceno.“* K tomu dále dodávám, že problematikou neprovedení navrženého důkazu, účastnického výslechu jednatele účastníka řízení ve věci týkající se zakázané bid riggingové dohody, se ve svém rozsudku ze dne 12. 6. 2013 č. j. 62 Af 61/2011-245 zabýval Krajský soud v Brně, kde uvedl, že *„zdejší soud souhlasí se závěrem žalovaného o nadbytečnosti provádění výslechu jednatele žalobce a), neboť je více než pravděpodobné, že by tento jednatel při účastnickém výslechu potvrdil vše, co žalobce a) ve správním řízení tvrdil prostřednictvím svých podání. Takový výslech do správního řízení nic nového nemohl přinést.“*

³⁶ Srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. 3. 2018 č. j. 29 Af 2/2016-212, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2013 č. j. 62 Af 61/2011-245. či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2015 č. j. 2 As 187/2014 – 86.

³⁷ Srov. např. IV.ÚS 570/03 ze dne 30. 6. 2004, nález I. ÚS 733/01 ze dne 19. 2. 2002.

Navrhovaný důkaz, tedy výslech jednatele společnosti SULKO, nemohl vést k potvrzení či vyvracení skutečností tvrzených účastníkem řízení, neboť prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí dospěl k závěrům o skutečnostech rozhodných pro předmět správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD, o kterých nejsou důvodné pochybnosti. Ani této námitce účastníka řízení proto nemohu přisvědčit.

92. V této souvislosti dodávám, že rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 3. 2008 č. j. 2 Afs 31/2007-96, který účastník řízení v rozkladu cituje, se vztahuje ke zcela odlišné věci. Tento rozsudek byl součástí soudního přezkumu rozhodnutí v řízení o doměření daně dle zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. V daném řízení byla důkazní povinnost na straně daňového subjektu, nikoliv na straně správního orgánu. Nesplnění této povinnosti přitom bylo jednou z podmínek pro vyměření daně podle pomůcek, k čemuž v tomto řízení došlo. Navíc ani z tohoto rozsudku neplyne závěr uváděný účastníkem řízení, že neprovedení navrhovaného důkazu je bez dalšího důvodem pro nezákonnost rozhodnutí správního orgánu. Nad rámec výše uvedeného dodávám, že citovaná pasáž rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 3. 2008 č. j. 2 Afs 31/2007-96 se v rozkladu jeví jako účelově vytržená z kontextu. Nejvyšší správní soud v tomto cituje názor vyslovený v jiných rozhodnutích týkajících se správy daní následujícího znění: *„Rozhoduje-li správní orgán v neprospěch daňového subjektu, protože daňový subjekt neprokázal své tvrzení (z důvodů neunesení důkazního břemene podle § 31 odst. 9 zákona ČNR č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků), pak takový závěr předpokládá, že správní orgán řádně a úplně provedl navržené důkazy. Důkaz, který daňový subjekt k prokázání svého tvrzení označil, není třeba provést tehdy, jestliže jeho prostřednictvím nepochybně nemohou být rozhodné skutečnosti prokázány. Správní orgán nemůže provedení důkazu odmítnout s tím, že od něho nelze očekávat potvrzení pravdivosti tvrzené skutečnosti (např. nevyslechnutí navržených svědků s poukazem na ekonomickou či personální propojenost s daňovým subjektem), neboť správní orgán nemůže předem hodnotit pravdivost a věrohodnost důkazů, aniž by je vůbec provedl“.*

VI. Hmotněprávní námitky

Obecně k hmotněprávním námitkám

93. K otázce hodnocení důkazů prvostupňovým orgánem nejprve uvádím, že Nejvyšší správní soud vymezil standard usvědčení pachatele na základě užití pouze nepřímých důkazů následovně: *„Pokud je odpovědnost za přestupkové jednání dovozována z nepřímých důkazů, musí tyto důkazy tvořit ucelený logicky provázaný důkazní řetězec, v němž žádný důkaz nezpochybnuje pravost, věrohodnost a přesvědčivost důkazů ostatních. Logická a ničím nenarušovaná soustava vzájemně se doplňujících nepřímých důkazů musí spolehlivě prokazovat všechny okolnosti spáchaného skutku, majícího znaky skutkové podstaty přestupku, nad vší rozumnou pochybnost stavět najisto, že se jednání dopustil právě ten, kdo má být za přestupek postižen, a současně vylučovat možnost jiného závěru.“*³⁸ Z daného tedy vyplývá, že nepřímý důkaz je zásadně použitelný jen s takovými dalšími důkazy a poznatky, které jednak propojí nepřímý důkaz se zjišťovanou skutečností a které lze dále s tímto

³⁸ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 5. 2007, č. j. 8 As 10/2006-48.

nepřímým důkazem propojit do jednoho logického a vnitřně nerozporného celku vytvářejícího dostatečně spolehlivý obraz zjišťované skutečnosti.

94. K tomu dále uvádím, 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.³⁹
95. Krajský soud v Hradci Králové ve svém rozsudku potvrzeném Nejvyšším správním soudem uvedl, že *„mylná je v tomto směru úvaha žalobce, že v demokratickém právním státě nemůže být nikdo „odsouzen“ jen na základě indicií, které jsou nepřímými důkazy. Odpovědnost za přestupek lze dovozovat i na základě nepřímých důkazů, ale jen tehdy, tvoří-li ucelený a logicky provázaný důkazní řetězec, v němž žádný důkaz nezpochybuje pravost, věrohodnost a přesvědčivost důkazů ostatních.“*⁴⁰
96. V rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD prvostupňový orgán na základě analýzy poměrů cen (viz dále) zjistil, že nabídky účastníků řízení obsahují cenový vzorec, který není odůvodněn ani výměrou jednotlivých položek a jejich jednotkovými cenami, ani využitím kalkulačního systému *[obchodní tajemství]*. Prvostupňový orgán dále zjistil, že se obdobné cenové vzorce nevyskytují ani u kvalifikovaného odhadu předloženého Libereckým krajem, ani u nabídky připravené do výběrového řízení společností Freezart. Prvostupňový orgán rovněž shledal, že nabídky účastníků správního řízení podané v rámci předmětné veřejné zakázky obsahují takové podobnosti, které nelze odůvodnit zadávací dokumentací (nadbytečné znaky v části položkových rozpočtů společností DAFE-PLAST a OSF a totožné odstavce a grafické nákresy, včetně překlepů, v nabídkách společností SULKO a OSF). Prvostupňový orgán rovněž zjistil podobnosti v elektronických dokumentech přiložených k nabídkám jednotlivých uchazečů.

K analýze poměrů cen

97. Prvostupňový správní orgán v napadeném rozhodnutí dovedl na základě analýzy nabídnutých cen, že účastníci řízení stanovili cenový vzorec dílčích cen uvedených v nabídkách podaných do předmětného výběrového řízení. Prvostupňový orgán v rámci své analýzy zvolil postup, při kterém byly ceny nabídnuté účastníky řízení porovnány tak, že se nabídka vítězné společnosti SULKO dvakrát nacházela v čitateli zlomku vyjadřujícího poměr mezi jednotlivými dílčími cenami (tj. prvostupňový orgán zjišťoval index S/O a index S/D). V rámci porovnávání nabídkových cen účastníků řízení prvostupňový orgán dále vypočítal poměry cen mezi jednotlivými dílčími cenami společnosti OSF (v čitateli) a společnosti DAFE – PLAST (ve jmenovateli). Takto zjištěné poměry cen byly zaokrouhleny na dvě desetinná místa.⁴¹

³⁹ 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.

⁴⁰ Viz rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 12. 3. 2014, č. j. 50 A 2/2014 – 37.

⁴¹ Viz č. I. 2127 až 2157 správního spisu.

98. Dle závěrů plynoucích z analýzy provedené správním orgánem prvního stupně⁴² uvedených v odůvodnění napadeného rozhodnutí byl cenový vzorec zjištěný indexy poměrů cen následující:

	SULKO/OSF	SULKO/DAFE-PLAST	OSF/DAFE-PLAST
otvorová výplň včetně montáže	1,11	0,87	0,78
parapet vnitřní včetně montáže	0,69	0,82	1,19
parapet venkovní včetně montáže	0,25	0,17	0,67
žaluzie včetně montáže	0,59	0,89	1,52
větrací systém včetně montáže	0,77	1,11	1,44
zednické zapravení, demontáž, likvidace	1,15	0,77	0,67

99. Nabídky účastníků řízení obsahovaly i jiné položky než ty, které jsou obsaženy ve výše uvedené tabulce a jak plyne z analýzy provedené správním orgánem prvního stupně, vztahoval se cenový vzorec i na tyto položky. Z porovnání nabídnutých jednotkových cen učiněných v uvedené analýze považují za prokázané, že cenový vzorec rovněž existuje v nabídce jednotkových cen za pozici s názvem „Provedení přípojovací spáry“. Tato pozice se skládá ze 3 položek, a to s názvy „Venkovní provedení spáry“, „Vnitřní provedení spáry“ a „Napojení parapetu“. V tomto pořadí jsou výše uvedené položky řazeny v nabídkách všech účastníků řízení. U každé z budov, na kterou se výběrové řízení vztahovalo, je přitom pozice s názvem „Provedení přípojovací spáry“ uvedena právě jednou. Jak plyne z analýzy provedené prvostupňovým orgánem, existoval mezi poměry cen u tří výše uvedených položek následující cenový vzorec:

Provedení přípojovací spáry	SULKO/OSF	SULKO/DAFE-PLAST	OSF/DAFE-PLAST
Venkovní provedení spáry	1,11	0,87	0,78
Vnitřní provedení spáry	0,69	0,82	1,19
Napojení parapetu	0,25	0,17	0,67

100. Výše uvedené hodnoty odpovídají prvním třem řádkům tabulky uvedené v bodě 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Poměry cen u položky „Venkovní provedení spáry“ jsou tedy obdobné jako v případě položky „otvorová výplň včetně montáže,“ poměry cen u položky „Vnitřní provedení spáry“ odpovídají poměrům cen u položky „parapet vnitřní včetně montáže“ a poměry cen u položky „Napojení parapetu“ odpovídají poměrům cen u položky „parapet venkovní včetně montáže“.
101. Dále z analýzy nabídek podaných účastníky řízení plyne, že v rámci dílčích cen vztahujících se k Obchodní akademii, Hotelová škola a Střední odborná škola, Turnov, Zborovská 519, příspěvkové organizace, byly poměry cen vztahující se k zednickým pracím následující:

	SULKO/OSF	SULKO/DAFE-PLAST	OSF/DAFE-PLAST
Zednické práce – pozice Z1	1,11	0,87	0,78
Zednické práce – pozice Z2	1,15	0,77	0,67

102. Výše uvedené hodnoty odpovídají prvnímu a šestému řádku tabulky uvedené v bodě 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Poměry cen u položky „Zednické práce – pozice Z1“ jsou tedy obdobné jako v případě položky „otvorová výplň včetně montáže,“ poměry cen

⁴² Viz č. I. 2127 až 2157 správního spisu.

u položky „Zednické práce – pozice Z2“ odpovídají poměrům cen u položky „zednické zapravení, demontáž, likvidace“. Výše uvedený objekt byl přitom jediný, u kterého se tyto položky vyskytly.

103. Z analýz provedených prvostupňovým orgánem rovněž vyplývá, že v rámci dílčích cen vztahujících se k objektu Střední průmyslová škola stavební, Liberec, Sokolovské náměstí 14, příspěvková organizace, byly poměry cen u pozice „Dodávka a montáž uzamykatelných klik“ následující:

	SULKO/OSF	SULKO/DAFE-PLAST	OSF/DAFE-PLAST
Dodávka a montáž uzamykatelných klik	1,11	0,87	0,78

104. Výše uvedené hodnoty poměrů cen u položky „Dodávka a montáž uzamykatelných klik“ odpovídají prvnímu řádku tabulky uvedené v bodě 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tedy hodnotám poměrů cen u položky „otvorová výplň včetně montáže“. Výše uvedený objekt byl přitom jediný, u kterého se položka „Dodávka a montáž uzamykatelných klik“ vyskytla.

105. Z analýzy položkových rozpočtů provedené prvoinstančním orgánem tak jednoznačně plyne závěr, že mezi nabídkami účastníků řízení existoval cenový vzorec. Poměry cen uvedených v nabídkách účastníků řízení nabývají u položek stejného typu shodných hodnot, přičemž v některých případech se tyto hodnoty zároveň shodují i s hodnotami poměrů cen u položek jiného typu.

K námitce, že nabídky účastníků řízení neobsahují cenový vzorec

106. Společnost SULKO namítá, že nabídky účastníků řízení neobsahují cenový vzorec. Společnost SULKO argumentuje, že cenové indexy jsou účelově zaokrouhleny na dvě desetinná místa, neboť na dalších desetinných místech se poměry liší, přičemž tyto odlišnosti nelze vysvětlit zaokrouhlením výsledku, který vznikne součinem příslušného indexu a nabídkové ceny jiného účastníka řízení. K rozdílům mezi cenami vypočtenými na základě indexů Úřadu společnost SULKO dále uvádí, že tyto rozdíly nejsou vysvětlitelné zaokrouhlením, neboť pokud by účastníci řízení postupovali podle Úřadem uváděného cenového vzorce, nedostali by se na konečné ceny uvedené v nabídkách. V rámci zkoumání této námítky jsem na základě podkladů již ve spise založených učinil součástí správního spisu další výpočty vztahující se k poměrům nabídkových cen obsažených v nabídkách, které účastníci správního řízení podali do předmětného výběrového řízení.⁴³
107. K tomu v první řadě uvádím, že v případě zakázané dohody typu bid riggingu, jejíž součástí je vytvoření cenového vzorce, závisí obvykle ceny, které v rámci výběrového řízení nabídli ti uchazeči, kteří nezmáhali ve výběrovém řízení a účastnili se bid riggingové dohody (tj. účastníci řízení, kteří podali tzv. krycí nabídku), na cenách nabídnutých účastníkem výběrového řízení, který v takovémto výběrovém řízení uspěl, resp. na základě bid riggingové dohody uspět měl.
108. K problematice analýz cen nabídek při podezření, že byla uzavřena zakázaná bid riggingová dohoda, proto konstatuji, že při zkoumání, zda mezi nabídkami podanými do výběrového řízení existuje či neexistuje cenový vzorec, se jeví z důvodu přesnosti jako nejlepší při

⁴³ Viz č. I. 2 729 až 2 832 správního spisu.

porovnávání jednotlivých cen takový postup, kdy jsou cenové indexy spočítány tak, že se cena vítězného soutěžitele nachází ve jmenovateli zlomku vyjadřujícího poměr cen a v čitateli tohoto zlomku se nachází nabídková cena účastníka výběrového řízení, který ve výběrovém řízení neuspěl, přičemž se takto vypočtou poměry mezi cenami nabídek každého z neúspěšných účastníků výběrového řízení, u kterých je dáno podezření, že se možné zakázané dohody účastnili, a vítěze výběrového řízení. Tímto způsobem jsou u jednotlivých dílčích cen nabídek zjištěny indexy, pro které platí, že výsledkem jejich součinu s cenou nabídnutou vítězným účastníkem výběrového řízení bude odpovídající dílčí cena účastníka výběrového řízení, který podal krycí nabídku. Vítězem předmětné veřejné zakázky byla společnost SULKO, proto v rámci správního řízení tomuto odpovídá index poměru cen mezi cenou nabídnutou společností OSF (v čitateli) a cenou nabídnutou společností SULKO (ve jmenovateli) a index poměru cen mezi cenou nabídnutou společností DAFE – PLAST (v čitateli) a cenou nabídnutou společností SULKO (ve jmenovateli).

109. K tomu dodávám, že takto zjištěné poměry cen je namístě zaokrouhlit, neboť v případě nabídkových cen krycích nabídek by bylo podezřelé, kdyby nabídkové ceny byly uváděny s přesností vyšší než na setiny (tj. na haléře), a poměr cen tak nemusí zcela přesně odpovídat číslu, kterým byla vynásobena dílčí cena vítězného účastníka výběrového řízení.
110. Prvostupňový orgán ovšem v rámci své analýzy zvolil odlišný postup. Jak jsem již uvedl, byly účastníky řízení nabídnuté ceny porovnány tak, že se nabídka vítězné společnosti SULKO dvakrát nacházela v čitateli zlomku vyjadřujícího poměr mezi jednotlivými dílčími cenami (tj. prvostupňový orgán zjišťoval index S/O a index S/D).⁴⁴ I tento postup vedl k jednoznačnému závěru, že mezi nabídkami společností SULKO, OSF a DAFE-PLAST existuje cenový vzorec. Takto zjištěné poměry cen však představují převrácené hodnoty pro indexy⁴⁵, pro které platí, že výsledkem jejich součinu s cenou nabídnutou vítězným účastníkem výběrového řízení bude odpovídající dílčí cena účastníka výběrového řízení, který podal krycí nabídku. Vzhledem k výše uvedeným obvyklým aspektům bid riggingové dohody ovšem takto zjištěné indexy budou obsahovat i další odchylky, než je ta uvedená v bodě 109 odůvodnění tohoto rozhodnutí - takto není zjištěno číslo, které bylo použito při sestavování krycích nabídek, ale jeho převrácená hodnota, což má za následek, že zaokrouhlením poměrů cen může dojít k dalším odchylkám. V důsledku zaokrouhlování dále nemusí hodnoty indexů vzniklé zaokrouhlením poměru cen vítězné nabídky (v čitateli) a krycí nabídky (ve jmenovateli) být zcela rovny převráceným hodnotám indexu, které představují zaokrouhlený poměr cen krycí nabídky (v čitateli) a vítězné nabídky (ve jmenovateli).
111. Za účelem přezkumu přesnosti zjištěného cenového vzorce byla analýza provedená prvostupňovým orgánem doplněna tak, že byly vypočítány indexy poměrů cen OSF/SULKO a DAFE-PLAST/SULKO, tj. poměry cen zaokrouhlené na dvě desetinná místa. Poměry jednotkových cen uchazečů⁴⁶ ukazuje následující tabulka:

	OSF/SULKO	DAFE-PLAST/SULKO
otvorová výplň včetně montáže	0,9	1,15
parapet vnitřní včetně montáže	1,45	1,22

⁴⁴ Viz č. I. 2127 až 2157 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

⁴⁵ S přihlédnutím k zaokrouhlení, viz dále.

⁴⁶ Včetně cen u objektů, na které se vztahovalo opční právo.

parapet venkovní včetně montáže	4	6
žaluzie včetně montáže	1,7	1,12
větrací systém včetně montáže	1,3	0,9
zednické zapravení, demontáž, likvidace	0,87	1,3

112. K tomu uvádím, že cenový vzorec dle výše uvedené tabulky se opakuje u celkem 1604 položek, přičemž u poměrů cen mezi společnostmi OSF a SULKO byl součin příslušné ceny společnosti SULKO a spočítaného indexu O/S po zaokrouhlení na celé Kč roven příslušné ceně společnosti OSF ve 1597 případech, u poměrů cen mezi společnostmi DAFE – PLAST a SULKO pak byl součin příslušné ceny společnosti SULKO a spočítaného indexu D/S po zaokrouhlení na celé Kč roven příslušné ceně společnosti DAFE – PLAST v 1593 případech.⁴⁷
113. Ve vztahu k pozici s názvem „Provedení připojovací spáry“ byly zjištěny následující hodnoty indexů.⁴⁸

Provedení připojovací spáry	OSF/SULKO	DAFE-PLAST/SULKO
Venkovní provedení spáry	0,9	1,15
Vnitřní provedení spáry	1,45	1,22
Napojení parapetu	4	6

114. K tomu uvádím, že cenový vzorec dle výše uvedené tabulky se opakuje u celkem 45 položek, přičemž u poměrů cen mezi společnostmi OSF a SULKO byl součin příslušné ceny společnosti SULKO a spočítaného indexu O/S po zaokrouhlení na celé Kč roven příslušné ceně společnosti OSF ve 44 případech, u poměrů cen mezi společnostmi DAFE – PLAST a SULKO pak byl součin příslušné ceny společnosti SULKO a spočítaného indexu D/S po zaokrouhlení na celé Kč roven příslušné ceně společnosti DAFE – PLAST rovněž ve 44 případech.⁴⁹
115. V rámci dílčích cen vztahujících se k Obchodní akademii, Hotelová škola a Střední odborná škola, Turnov, Zborovská 519, příspěvkové organizace, byly indexy poměrů cen u položek zednické práce následující:

	OSF/SULKO	DAFE-PLAST/SULKO
Zednické práce – pozice Z1	0,9	1,15
Zednické práce – pozice Z2	0,87	1,3

116. V rámci dílčích cen vztahujících se k Střední průmyslové škole stavební, Liberec, Sokolovské náměstí 14, příspěvkové organizaci, byly indexy poměrů cen u pozice „Dodávka a montáž uzamykatelných klik“ následující:

	OSF/SULKO	DAFE-PLAST/SULKO
Dodávka a montáž uzamykatelných klik	0,9	1,15

117. K tomu dodávám, že v případě všech tří pozic, tj. zednických prací a pozice „Dodávka a montáž uzamykatelných klik“, byl součin příslušné ceny společnosti SULKO a spočítaného indexu O/S po zaokrouhlení na celé Kč roven příslušné ceně společnosti OSF a součin

⁴⁷ Viz č. I. 2832 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

⁴⁸ Tato pozice se u každého z objektů, na které se předmětná veřejná zakázka vztahovala, nachází právě jednou (včetně objektů, na které se vztahovalo opční právo).

⁴⁹ Viz č. I. 2832 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

příslušné ceny společnosti SULKO a spočítaného indexu D/S byl po zaokrouhlení na celé Kč roven příslušné ceně společnosti DAFE – PLAST.

118. Na základě výše uvedeného konstatuji, že nemohu přisvědčit námitce účastníka řízení, že Úřadem tvrzený cenový vzorec fakticky neexistuje. Z doplnění dokazování plyne jednoznačný závěr, že v případě poměrů cen OSF/SULKO a DAFE – PLAST/SULKO platí, že se součin dílčí ceny SULKO a příslušného cenového indexu po zaokrouhlení na celé Kč rovná příslušné dílčí ceně společnosti OSF či DAFE – PLAST. Toto zaokrouhlení způsobuje, že se v daných případech poměr cen nevítězné společnosti (v čitateli) a vítězné společnosti SULKO (ve jmenovateli) nerovná zcela přesně příslušnému indexu O/S či D/S.

K námitkám dalších nedostatků analýzy poměrů cen

119. K námitce společnosti SULKO, že analýza provedená prvostupňovým orgánem obsahuje zásadní vnitřní rozpor, když údaje vztahující se k pozici Z1 odpovídají indexům uvedeným na prvním řádku cenového vzorce, ovšem k pozici Z2 nacházející se bezprostředně pod pozicí Z1 jsou dopočítány indexy odpovídající šestému řádku tabulky cenových vzorců, konstatuji, že právě skutečnost, že cenové indexy uvedené v napadeném rozhodnutí odpovídají i jiným položkám (kromě položek, na které odkazuje účastník řízení, se dále jedná o položky „Provedení připojovací spáry“ a položku „Dodávka a montáž uzamykatelných klik“), svědčí ve prospěch závěru Úřadu, že nabídky účastníků řízení byly předmětem předchozí koordinace. Shodné poměry cen vztahující se k typově různým položkám činí tuto skutečnost jen zřetelnější. Poměry cen u položek „otvorová výplň včetně montáže“ jsou navíc shodné hned se třemi dalšími typy položek – viz výše.
120. K tomu uvádím, že pro účely zkoumání obsahových podobností položkových rozpočtů, není rozhodné, že poměry cen u položky „Zednické práce – pozice Z2“ odpovídají poměrům cen u položky „zednické zapravení, demontáž, likvidace“ nacházející se na druhém řádku tabulky cenových vzorců a nikoliv poměrům cen u položky „parapet vnitřní včetně montáže“ nacházející se na druhém řádku tabulky cenových vzorců, neboť ve prospěch závěru o existenci cenového vzorce svědčí sama skutečnost, že poměry cen u dvou typů položek jsou shodné. K výše uvedenému dodávám, že ze správního spisu plyne, že v nabídkách všech účastníků řízení se položka zednické práce u pozice Z2 nachází právě 5 řádků pod položkou zednické práce u pozice Z1,⁵⁰ a tyto nabídkové ceny jsou tak ve stejné „vzdálenosti“ od sebe jako položky „otvorová výplň včetně montáže“ a „zednické zapravení, demontáž, likvidace“.
121. K námitce, že správní spis neobsahuje nabídky cen společnosti OSF ve vztahu ke čtyřem pozicím u objektu Obchodní akademie, Hotelová škola a Střední odborná škola, Turnov, Zborovská 519, příspěvková organizace, konstatuji, že součástí správního spisu jsou i CD poskytnutá Libereckým krajem, přičemž na č. I. 1666 je žurnalizováno CD s nabídkou společnosti OSF, a její cenové nabídky ve vztahu k předmětným čtyřem pozicím jsou tak součástí spisu včetně těchto čtyř pozic. Ve vztahu k účastníkem řízení tvrzenému odlišnému řazení některých pozic nabídek účastníků řízení vztahujících se k výše uvedenému objektu, konstatuji, že Úřad v rámci provedené analýzy vždy porovnával nabídky cen vztahující se ke shodné pozici a položce.

⁵⁰ Viz. č. I. 240, 524, 705 správního spisu a CD založena na č. I. 1664 až 1666 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

122. K výpočtům provedeným společností SULKO dále dodávám, že porovnávání součtů indexů (tj. zaokrouhlených poměrů cen) a součtů nezaokrouhlených poměrů cen, jak jej provádí účastník řízení v doplnění svého rozkladu, má mizivou vypovídací hodnotu pro posouzení možných nepřesností vzniklých zaokrouhlováním, neboť v souladu s pravidly zaokrouhlování může být hodnota po zaokrouhlení vyšší či nižší než nezaokrouhlená hodnota. K otázce možných nepřesností vzniklých zaokrouhlením viz výše.
123. K problematice existence cenového vzorce uzavírám, že nemohu přisvědčit ani jedné z námitek, které se k cenovému vzorci vztahují. Analýza provedená prvostupňovým orgánem jednoznačně prokazuje existenci cenového vzorce v nabídkách. Všechna data, ze kterých prvostupňový orgán při zpracování analýzy vycházel, jsou součástí správního spisu. Analýza není zatížena vnitřním rozporem - i skutečnost, která dle společnosti SULKO představuje vnitřní rozpor provedené analýzy, svědčí o tom, že v nabídkách účastníků řízení existoval cenový vzorec. Po přezkoumání tvrzené „neexistence“ cenových indexů jsem dospěl k dalším závěrům prokazujícím existenci cenového vzorce v nabídkách, jak je uvedeno výše. Námitkám proto nelze přisvědčit.

K námitce irelevance nabídky společnosti FREEZART

124. Účastník řízení dále brojí proti srovnání nabídek účastníků správního řízení s nabídkou společnosti FREEZART. K tomu uvádím, že ze správního spisu i z napadeného rozhodnutí⁵¹ je patrné, že v případě nabídkového rozpočtu společnosti FREEZART se nejednalo o nabídku, kterou by Liberecký kraj v předmětném výběrovém řízení posuzoval. Pro závěry prvostupňového orgánu je podstatné, že v rámci přípravy nabídky do předmětného výběrového řízení společnost FREEZART zpracovala nabídkový rozpočet. Prvostupňový orgán v rámci analýzy, kterou ve správním řízení provedl, spočítal poměry cen účastníků řízení s příslušnou cenou uvedenou v nabídkovém rozpočtu společnosti FREEZART. Z analýzy provedené prvostupňovým orgánem vyplynulo, že takto zjištěné poměry cen nejsou u všech pozic konstantní, jako je tomu v případě poměrů nabídkových cen pouze účastníků řízení. K tomu uvádím, že pro potřeby přezkoumání, zda se bude obdobný cenový vzorec objevovat i při porovnání nabídek účastníků řízení s cenami jiného nabídkového rozpočtu, tj. s cenami nabídkového rozpočtu společnosti FREEZART, není rozhodné, zda společnost FREEZART nakonec nabídku do předmětného výběrového řízení podala či nikoliv.
125. Dále konstatuji, že argument účastníka řízení společnosti SULKO, že je zde pochybnost o důvěryhodnosti majitele společnosti FREEZART, čímž je dotčena důvěryhodnost „jeho vysvětlení,“ které Úřadu poskytl není nikterak podložen, účastník řízení v této souvislosti neuvádí nic, z čeho by takováto pochybnost plynula – z tvrzení uvedeného v článku, na který odkazuje účastník řízení, že z policejního spisu plyne, že majitel společnosti FREEZART měl zprostředkovat předání úplatku, nelze dovodit závěr o nedůvěryhodnosti žádného z podkladů, které jsou součástí správního spisu, tento článek se předmětu tohoto správního řízení vůbec nedotýká.
126. K námitkám společnosti SULKO, dle kterých není namístě zohledňovat nižší nabídkovou cenu uvedenou v nabídkovém rozpočtu společnosti FREEZART, konstatuji, že prvostupňový orgán v odůvodnění napadeného rozhodnutí v části týkající se zjištěných skutečností pouze uvedl,

⁵¹ Viz bod 32 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

že nabídková cena společnosti FREEZART je ve srovnání s nabídkami účastníků řízení výrazně nižší, čímž prokazoval neexistenci cenového vzorce mezi společnostmi FREEZART a účastníků řízení. Z této skutečnosti však Úřad nevyvozoval žádné další závěry.

K námitce ohledně kvalifikovaného odhadu k veřejné zakázce

127. K otázce kvalifikovaného odhadu k předmětné veřejné zakázce konstatuji, že prvostupňový orgán v bodě 31 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že Liberecký kraj sdělil, že tento kvalifikovaný odhad byl zpracován společností SULKO. Zároveň ale prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí uvedl, že společnost SULKO tvrdí, že se nepodílela na přípravě podkladů pro Liberecký kraj v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. K tomu uvádím, že prvostupňový orgán neučinil v napadeném rozhodnutí žádné závěry ohledně otázky, kdo zpracoval kvalifikovaný odhad k předmětné veřejné zakázce. Tento postup prvostupňového orgánu nerozporuji, neboť tato otázka, kdo zpracoval uvedený kvalifikovaný odhad, nebyla relevantní pro předmět správního řízení sp. zn. S0694/2016/KD, a nebylo namístě jí blíže zkoumat.

K námitkám vysvětlitelnosti podobnosti nabídek

128. K námitce, že nabídky účastníků řízení vykazují též zásadní rozdíly, v první řadě uvádím, že ani prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí netvrdí, že by snad tyto nabídky byly zcela shodné. Prvostupňový orgán dovozuje, že podané nabídky vykazují takovou podobnost, která není vysvětlitelná jinak než jejich koordinací.
129. Kromě výše uvedeného cenového vzorce prvostupňový orgán mimo jiné zjistil, že se v nabídkách účastníků řízení vyskytují nesrovnalosti v položkových rozpočtech společností OSF a DAFE-PLAST (chyby v součtech u ceny za jeden kus, u celkové ceny za pozici a v případě jednoho z objektů i chyby v souhrnu cen za tento objekt).
130. Dále prvostupňový orgán zjistil následující obsahové podobnosti podaných nabídek, a to totožné chyby vyskytující se v nabídkách společností OSF a DAFE-PLAST, totožné části technických zpráv obsažených v nabídkách společností SULKO a OSF – v Technických zprávách se nacházejí shodné odstavce, shodné nákresy v části „Detailní provedení díla“ technické zprávy společnosti OSF a odpovídající části Technické zprávy společnosti SULKO, včetně označení oken značkou HR+, přičemž v těchto částech technických zpráv je rovněž obsažen shodný překlep.
131. Ve vztahu k elektronickým dokumentům získaných od Libereckého kraje, Úřad zjistil, že u dokumentů s položkovými rozpočty všech objektů (celkem 15) je shodně uvedeno ve vlastnostech v kolonce Autor poslední změny OEM (přičemž v kolonce Autor je u společnosti SULKO uvedeno jméno *[Jméno Příjmení]* a u společností DAFE-PLAST a OSF je tato kolonka nevyplněná). Obdobně u dokumentu se smlouvou o dílo je u všech tří společností ve vlastnostech v kolonkách Autor i Autor poslední změny uvedeno OEM a v kolonce Vytvořeno údaj 14. 5. 2012 15:42. V elektronických přílohách zadávací dokumentace poskytnutých uchazečům jsou údaje v těchto kolonkách odlišné. Dále Úřad zjistil, že u dokumentů obsahujících položkové rozpočty společností OSF a DAFE-PLAST na sebe časově navazují okamžiky jejich posledních úprav. Údaje v kolonce Naposledy upraveno činí u dokumentů společnosti OSF od 18. 5. 2012 8:39:06 hod. do 18. 5. 2012 8:42:08 hod. a u dokumentů společnosti DAFE-PLAST 18. 5. 2012 od 8:42:50 hod. do 18. 5. 2012 8:45:46 hod.

132. K námitce, že proporcionalita nabídek je vysvětlitelná systémem fungování kalkulačního systému [obchodní tajemství], což má potvrzovat i vyjádření dodavatele tohoto systému, a k námitce, že podobnosti nabídek jsou odůvodnitelné tím, že účastníci řízení vyplňovali zadavatelem vytvořenou slepou nabídku s předem určenými parametry, v první řadě uvádím, že fungováním programu [obchodní tajemství] by byly vysvětlitelné shodné poměry cen u položek stejného typu pouze v případě, že by kalkulace v systému [obchodní tajemství] pro všechny položky opakující se v nabídkách účastníků řízení fungovala
- tak, že by se ceny za jednotlivé dílčí položky stejného typu lišily pouze v závislosti na hodnotě jednoho parametru (např. m²), a konstantní poměry cen by tak vlastně vyjadřovaly poměry cen za jednotku takového parametru (např. ceny za 1 m²), přičemž veškeré další náklady by byly kalkulovány ve formě přírážky v % k ceně za jednotku tohoto parametru, nebo
 - tak, že by se ceny za dílčí položky stejného typu lišily v závislosti na hodnotě vícera parametrů, mezi kterými by ovšem byl vztah přímé úměry (tj. hodnoty takovýchto parametrů by byly stále v konstantním poměru), přičemž veškeré další náklady by byly kalkulovány ve formě přírážky v % k ceně za jednotku některého či některých z výše uvedených parametrů.
133. K tomu konstatuji, že v rámci nabídek účastníků řízení se např. pojmem „otvorová výplň“ v závislosti na konkrétní pozici rozumí okno nebo dveře.⁵² Dále zdůrazňuji, že některé z prvků v rámci otvorové výplně jsou závislé na jejím obsahu (např. okenní tabule), jiné na jejím obvodu (např. kování), a mezi těmito rozměry není přímá úměra.⁵³ Otvorové výplně se liší svými tvary a u některých jsou zvláštní požadavky.⁵⁴ Cenová kalkulace v systému [obchodní tajemství] probíhá individuálně pro dílčí komponenty dané otvorové výplně, které jsou v rámci jednotlivých pozic různě zastoupeny, a negeneruje tak výsledky, které by při různých nebo i stejných cenách materiálu vysvětlovaly okolnost, že se ceny účastníků řízení za všechny položky stejného typu liší, ale stále jsou ve stejném poměru. Skutečností, že systém [obchodní tajemství] nepracuje s cenou za „1 m² otvorové výplně“, odpovídá i ilustrativní příklad nabídky cenové nabídky oken na č. I. 2017 až 2018 správního spisu, z tohoto příkladu nelze dovodit, že by existovala jednotná cena za 1 m² otvorové výplně, neboť po přepočtení na 1 m² otvorové výplně se takto přepočtené ceny vzorových nabídek liší.
134. Obdobně by byla proporcionalita nabídek vysvětlitelná tím, že účastníci řízení vyplňovali zadavatelem vytvořenou slepou nabídku s předem určenými parametry, pokud by všechny tyto parametry byly v konstantním poměru (tj. mezi parametry by existovala přímá úměra). Jak jsem již uvedl výše, v posuzovaném případě tomu tak není.
135. Nad rámec výše uvedeného dodávám, že fungováním systému [obchodní tajemství] ani vyplňováním slepé nabídky s předem určenými parametry nemůže být tím spíše vysvětlena podobnost nabídek spočívající ve shodných poměrech cen u položek jiného typu (např. shodné poměry cen u položek „otvorová výplň včetně montáže“ a „Venkovní provedení spáry“, viz výše).

⁵² Srov. č. I. 112 až 166 správního spisu.

⁵³ Např. čtvercové okno o obsahu 1 m² má obvod 4 m, ale čtvercové okno o obsahu 4 m² má obvod 8 m.

⁵⁴ Např. pevné zasklení – viz č. I. 113 (rub) správního spisu.

136. Podobnost nabídek nemůže být vysvětlena ani možností, že by vícero účastníků řízení využilo stejného subdodavatele, neboť takováto okolnost by vůbec nevysvětlovala, že jsou ceny účastníků řízení různé (v případě položky „parapet venkovní včetně montáže“ jsou ceny uvedené nabídkce spol. OSF čtyřnásobně vyšší než ceny společnosti SULKO, ceny spol. DAFE – PLAST jsou dokonce šestnásobně vyšší než ceny spol. SULKO), ale ve stejném poměru.
137. K otázce nemožnosti jiného racionálního vysvětlení podobnosti v nabídkách do předmětného řízení uvádím, že argumenty prezentované účastníky řízení nemohou obstát coby jiné, racionální vysvětlení podobnosti nabídek. Existenci stejných překlepů v podaných nabídkách společností OSF a DAFE – PLAST nelze vysvětlit jinak než spoluprací těchto společností před předmětným výběrovým řízením, neboť vzorové položkové rozpočty byly zadavatelem poskytnuty uchazečům až po vypsání předmětného výběrového řízení, jde o dokumenty specifické pro předmětnou veřejnou zakázku. Nejde přitom o jednu grafickou chybu, jak tvrdí účastník řízení, ale o grafickou chybu, která se vyskytuje ve všech položkových rozpočtech u 15 objektů, kdy u každého položkového rozpočtu je na řádcích č. 88 a 89 (označení použité z elektronických verzí položkových rozpočtů) uveden znak „- Kč“ shodně u obou nabídek.
138. Ani podobnost v nabídkách společností SULKO a OSF není odůvodnitelná jejich dřívější spoluprací – technické zprávy společností OSF a SULKO obsahují shodné pasáže i v těch částech, které jsou očividně specifikovány pro účely předmětné veřejné zakázky – i v části nadepsané jako „Výměna vzduchu v učebnách“ se nacházejí shodné pasáže.⁵⁵ Obě nabídky zde dokonce hovoří o oknech systému „SULKO HR+“. Námitky jsou proto nedůvodné a je třeba je odmítnout.

K námitkám ohledně vlastností elektronických dokumentů

139. K námitkám ohledně možného vysvětlení podobností v elektronických dokumentech přiložených k nabídkám jednotlivých uchazečů v první řadě uvádím, že zajištěné důkazy je třeba hodnotit v kontextu s ostatními a nikoli izolovaně. V této souvislosti je dále třeba zdůraznit poznatek prvostupňového orgánu, že v případě nabídek společností OSF a DAFE – PLAST je u dokumentů s položkovými rozpočty všech objektů (celkem 15) ve vlastnostech těchto dokumentů kolonka „Autor“ nevyplněna.⁵⁶ K tomu uvádím, že vzhledem k tomu, že software MS Office neumožňuje, aby byl údaj o uživatelském jméně, resp. autorovi ve výchozím nastavení nevyplněn, musel být obsah této kolonky v těchto dokumentech obsažených v nabídkách účastníků řízení vymazán, a jedná se tak o značně nestandardní podobnost výše uvedených nabídek. Dále zdůrazňuji poznatek prvostupňového orgánu, že čas poslední úpravy 15 souborů společnosti OSF je v rozmezí od 8:39:06 hod. do 8:42:08 hod., což přesně navazuje na úpravu 15 dokumentů u společnosti DAFE-PLAST v rozmezí od 8:42:50 hod. do 8:45:46 hod. (stejněho dne).⁵⁷ Souhlasím tedy s prvostupňovým orgánem, že se i ve vlastnostech elektronických dokumentů vyskytují podobnosti svědčící ve prospěch závěru, že účastníci řízení uzavřeli zakázanou bid riggingovou dohodu. Ke skutečnostem zjištěným prvostupňovým orgánem z elektronických vlastností dokumentů dále uvádím, že tyto skutečnosti mají v souhrnu s ostatními zjištěnými důkazy dostatečnou vypovídací schopnost ohledně uzavření zakázané bid riggingové dohody.

⁵⁵ Srov. č. I. 552, 803, 804 správního spisu.

⁵⁶ Srov. bod 44 napadeného rozhodnutí.

⁵⁷ Srov. bod 45 napadeného rozhodnutí.

140. K námitce, že údaje o vlastnostech elektronických dokumentů jsou snadno ovlivnitelné, konstatuji, že uvedené dokumenty byly poskytnuty Libereckým krajem, který je obdržel v rámci předmětného výběrového řízení přímo od účastníků tohoto správního řízení. Nelze přitom rozumně předpokládat, že by kdokoliv, kdo s těmito elektronickými dokumenty přišel do styku, měl důvod v neprospěch účastníků řízení zasahovat do jejich vlastností způsobem uvedenými v doplnění rozkladu společnosti SULKO. Nelze ani rozumně předpokládat, že to snad byl počítačový virus, co změnilo vlastnosti elektronických dokumentů do podoby, která je popsána v napadeném rozhodnutí.

K námitce nesprávného právního hodnocení

141. Společnost SULKO dále uvádí, že možnost prokázat delikt spočívající v jednání ve vzájemné shodě prostřednictvím prokázání jednání na trhu, které nelze vysvětlit jinak než předchozím kontaktem, zcela výjimečná a měla by sloužit jako *ultima ratio* v případech, kdy jednání na trhu skutečně nelze vysvětlit jinak. K tomu společnost SULKO uvádí, že se Úřad ani nesnaží v řízení prokázat existenci předchozích kontaktů mezi účastníky řízení. Dále společnost SULKO uvádí, že Úřad v řízení neprokázal ani takové jednání na trhu, které by nebylo možné vysvětlit jiným způsobem než koluzí, interpretace Úřadu je „*přinejlepším jeden z „možných příběhů“, jakým lze sledovaný výsledek vykládat“*. Úřad nezajistil žádné přímé důkazy o údajném protisoutěžním jednání, ani řetězec ani soubor nepřímých důkazů. Rovněž společnost DAFE – PLAST namítá, že ve správním řízení nebylo zjištěno, že by společnost DAFE – PLAST s ostatními účastníky řízení vedla jakákoliv jednání nebo jim předávala jakékoliv informace.

142. K těmto námitkám uvádím, že dle judikatorních závěrů⁵⁸ představuje možnost prokázání zakázané bid riggingové dohody prokázáním takového jednání na trhu, které nelze racionálně zdůvodnit jinak, než předchozím kontaktem účastníků řízení, jednu ze dvou rovnocenných možností. Konkrétně k tomu Krajský soud v Brně uvádí, že Úřad „*při prokazování jednání ve vzájemné shodě musí buď prokázat, že mezi soutěžiteli probíhala soutěžně-protiprávní komunikace, jejímž důsledkem je jednání soutěžitelů na trhu determinované tímto sladčováním, nebo že došlo ke shodnému či nápadně podobnému jednání, jež není racionálně jinak zdůvodnitelné, než jednáním ve vzájemné shodě; v posléze uvedené variantě se pak presumují předchozí soutěžně-protiprávní kontakty.*“ Prokáže-li tedy Úřad, že k takovému jednání došlo, pak již není nutné, aby Úřad prokazoval existenci kontaktů mezi soutěžiteli, jejichž důsledkem je vytýkané jednání na trhu. Jak jsem již uvedl výše, bylo napadeným rozhodnutím prokázáno, že ze strany účastníků řízení došlo k takovému jednání, které nelze racionálně vysvětlit jinak než jejich předchozím kontaktem (tj. předchozím sladčováním nabídek). V takovém případě je namísto jednání účastníků řízení kvalifikovat jako správní delikt dle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS spočívající v uzavření zakázané dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS.

143. K problematice sladovací fáze 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 propojit jednotlivé okolnosti případu vlastní dedukcí. Tomuto závěru odpovídá i judikatura ESD, z níž plyne, že jelikož jsou zákaz účasti na protisoutěžních praktikách a dohodách, jakož i sankce,

⁵⁸ Srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2011-245 ze dne 12. 6. 2013.

kteřé 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.⁵⁹

144. Nemohu se tedy ztotožnit s námitkou nesprávného právního hodnocení a nezbývá mi než tuto námitku odmítnout.

K námitce neautenticity nabídky společnosti OSF

145. Společnost OSF v podaném rozkladu uvádí, že vzhledem k tomu, že nearchivuje nabídky v zakázkách, ve kterých neuspěla, nemůže potvrdit, zda je jejich předmětná zakázka autentická a zda byla skutečně podána do výběrového řízení společností OSF.
146. Ani této námitce nemohu přisvědčit. Souhlasím se zjištěním uvedeným v napadeném rozhodnutí,⁶⁰ že společnost OSF podala dne 18. 5. 2012 nabídku do předmětného výběrového řízení, neboť tato skutečnost plyne ze správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD. Na č. l. 397 až 581 se nachází kopie nabídky společnosti OSF, na č. l. 1666 se nachází obsah CD poskytnutého Libereckým krajem – nabídky společnosti OSF.⁶¹ Jak plyne z přílohy protokolu o otevírání obálek nabídek, prošla tato nabídka společnosti OSF kontrolou dle § 71 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném k datu kontroly (dále též „**zákon o veřejných zakázkách**“) a bylo zjištěno, že návrh smlouvy a prohlášení uchazeče dle 68 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách jsou podepsány osobou oprávněnou jednat za uchazeče, tj, za společnost OSF.⁶² Na č. l. 397 správního spisu se nachází kopie krycího listu nabídky společnosti OSF do předmětné zakázky. Na tomto krycím listu se nachází podpis prokuristy společnosti OSF [*Jméno Příjmení*] a razítko společnosti OSF. K tomu dále konstatuji, že dle úředního záznamu o podaném vysvětlení⁶³ sdělil prokurista společnosti OSF [*Jméno Příjmení*] následující: „*K předloženému krycímu listu nabídky a jeho přílohám uvádím, že razítko na krycím listu je naše a je tam i můj podpis a veškerý materiál poznávám je to od nás.*“ Ze správního spisu tedy jednoznačně plyne, že společnost OSF podala nabídku do předmětného výběrového řízení. Tuto námitku proto musím odmítnout jako nedůvodnou.

⁵⁹ 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; viz rovněž rozsudek Tribunálu (tehdy označovaného jako „Soud prvního stupně“) ve věci Dresdner Bank a další v. Komise, rozsudky Soudního dvora ve věcech Sumitomo Metal Industries v. Komise, Aalborg Portland v. Komise a Technische Unie v. Komise.

⁶⁰ Viz bod 19 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

⁶¹ Na tyto části spisu přitom odkazuje i prvostupňový orgán v bodě 19 napadeného rozhodnutí.

⁶² Viz č. l. 1677 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

⁶³ Viz č. l. 1395 – 1397 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

Závěr k hmotněprávním námitkám

147. Na základě výše uvedeného konstatuji, že nemohu vyhovět ani jedné z hmotněprávních námitek účastníků řízení. Prvostupňový orgán zjistil stav věcí, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, přičemž zejména zjistil, že mezi nabídkami účastníků řízení existuje cenový vzorec, v obsahu podaných nabídek se vyskytují i další nesrovnalosti a obsahové podobnosti, a podobnosti vykazují i elektronické vlastnosti dokumentů obsažené v nabídkách účastníků řízení. Zjištěné důkazy vykládal prvostupňový orgán zákonným způsobem. Nemohu ani přisvědčit námitkám účastníků řízení vztahujícím se k možnostem jiného racionálního vysvětlení podobností podaných nabídek a souhlasím s prvostupňovým orgánem, že tyto podobnosti lze vysvětlit pouze existencí zakázané bid riggingové dohody. Rovněž souhlasím s právním hodnocením jednání účastníků řízení, tj. že účastníci řízení porušili zákaz uvedený v § 3 odst. 1 ZOHS a dopustili se tak správního deliktu dle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS.

VII. K výroku o zákazu plnění zakázané dohody do budoucna

148. Výrok o zákazu plnění zakázané dohody do budoucna jsem rovněž přezkoumal v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 5 správního řádu. S e závěrem, který prvostupňový orgán v tomto směru učinil, se ztotožňuji. V situaci, kdy Úřad dospěl k závěru, že byla uzavřena zakázaná dohoda dle 3 odst. 1 ZOHS (ve formě jednání ve vzájemné shodě), bylo namístě, aby Úřad ve výrokové části napadeného rozhodnutí plnění této dohody dle ust. § 7 odst. 1 ZOHS do budoucna zakázal.

VIII. Námitky proti výši pokut

Obecně k uloženým pokutám

149. Prvostupňový orgán dovodil, že účastníci řízení jednali ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci činnosti konkurentů při tendrech (bid rigging) s prvky dohody o rozdělení trhu a dohody cenové. Tyto praktiky spadají do kategorie tzv. kartelů s tvrdým jádrem a představují nejzávažnější porušení soutěžního zákona, které dle Zásad ukládání pokut spadají do kategorie velmi závažných porušení zákona. V souladu se Zásadami ukládání pokut základní částku pokuty ve výši 2,1 % hodnoty prodeje na trhu výroby, distribuce a montáže oken a dveří (otvorových výplní stavebních konstrukcí), včetně jejich příslušenství, v České republice za poslední ukončené účetní období, v němž u jednotlivých účastníků řízení došlo k zakázanému jednání ve shodě (v roce 2012). Úřad dovodil, že délka trvání porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže na daném relevantním trhu nebyla delší než 1 rok, a proto v jeho základní výši, časový koeficient tedy činil hodnotu 1. Úřad dále shledal, že se účastníci řízení dopustili zakázaného jednání úmyslně, což představuje přitěžující okolnost, za což jim zvýšil částku pokuty o 20 %. Dále Úřad posoudil, zda ukládané pokuty nepřesahují „zákonnou maximální výši 10 % z celkového čistého obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období“⁶⁴ a zda nejsou pro účastníky řízení likvidační.
150. K otázce horní hranice ukládaných pokut uvádím, že dle § 22a odst. 2 ZOHS se za uzavření zakázané dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS uloží soutěžiteli pokuta do 10 000 000 Kč nebo 10 % z čistého obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období. Prvostupňový orgán vydal napadené rozhodnutí dne 27. 2 2018, při zjišťování nejvyšší možné výše pokuty

⁶⁴ Bod 148 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

prvostupňový orgán vycházel u všech účastníků řízení z hodnoty čistého obratu vztahující se k účetnímu období za kalendářní rok 2016, což ke dni vydání napadeného rozhodnutí nepředstavovalo u žádného z účastníků řízení poslední ukončené účetní období. Společnosti OSF a společnosti DAFE – PLAST byla uložena pokuta do 10 000 000 Kč, je tedy jisté, že v těchto případech uložená pokuta nepřevyšovala svou zákonnou hranici, neboť tato hranice činí vždy nejméně 10 000 000 Kč. Společnosti SULKO ovšem byla uložena pokuta vyšší než 10 000 000 Kč, je proto nutné zabývat se problematikou jejího čistého obratu.

151. Čistý obrat dosažený společností SULKO v účetním období kalendářní rok 2017 činil 493 137 000 Kč,⁶⁵ a nejvyšší možná výše pokuty dle § 22 odst. 2 ZOHS tedy činila 49 313 700 Kč, a přesahovala tak pokutu uloženou Úřadem ve výši 15 626 000 Kč. Postup Úřadu tak představoval vadu, která nemohla mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, neboť nelze předpokládat, že by výrok napadeného rozhodnutí o pokutě ukládané společnosti SULKO byl jiný, kdyby se jí Úřad nedopustil, neboť při ukládání pokuty Úřad využil údaje o čistém obratu za rok 2016 pouze k určení nejvyšší možné výše pokuty.
152. S výše uvedenou výhradou pokládám postup prvostupňového orgánu při ukládání pokut za zákonný, správný a odpovídající Zásadám ukládání pokut; pokuty jsou uloženy v zákonném rozmezí; výše ukládaných pokut rovněž vyhovuje požadavkům stanoveným judikaturou správních soudů i judikaturou Ústavního soudu. Ke konkrétním námitkám účastníků řízení vůči ukládaným pokutám se vyjadřuji dále.

K námitce nesprávného základu pokuty

153. Společnost SULKO dovozuje, že Úřad stanovil nesprávně základ pro výpočet pokuty, neboť měl při určování základu pro výpočet pokuty přihlídnout toliko k obratu z prodeje zboží či služeb, jehož se údajně narušení hospodářské soutěže přímo nebo nepřímo týká. Podle účastníka řízení tak měl zohlednit pouze obrat odpovídající hodnotě veřejné předmětné veřejné zakázky.
154. K námitkám ohledně nesprávného základu pro určení pokuty uvádím, že 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 poukazují na rozsudek Tribunálu ve věci ze dne 16. 6. 2011 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

⁶⁵ Viz č. I. 2712 správního spisu.

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.

155. 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.
156. 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 výroby, distribuce a montáže otvorových výplní v roce 2012, pak toto stanovisko považuji za spekulativní a nesprávné. Je-li stejný základ pro určení výše pokuty, neznamena to ještě, že ukládaná pokuta bude rovněž stejná.⁶⁶
157. Nemohu tedy přisvědčit námitkám účastníka řízení společnosti SULKO ohledně nesprávného základu pro určení pokuty.
158. *K námitce nesprávného časového koeficientu pro výpočet pokut*
159. Námitkami společnosti SULKO byl dále zpochybněn časový koeficient zohledňující ve výši pokuty celkovou dobu trvání deliktu. Ani s těmito námitkami jsem se však neztotožnil a nepovažoval je za důvodné.
160. Úřad po celou dobu aplikace Zásad rozlišuje tři kategorie správních deliktů podle délky protisoutěžního jednání, a to protisoutěžní jednání krátkodobá (0 až 1 rok), střednědobá (1 až 10 let) a dlouhodobá (delší než 10 let).⁶⁷ 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.
161. K tomu uvádím, že u protisoutěžního jednání trvajících méně než jeden rok, Úřad setrvale v souladu se svou praxí aplikuje koeficient 1.⁶⁸ 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

⁶⁶ V hypotetickém případě, který nastiňuje účastník řízení, by byla ukládaná pokuta zvýšena z důvodu dalších přitěžujících okolností, případně z důvodu uvedeného v bodě 36. Zásad pro ukládání pokut.

⁶⁷ Bod 25 Zásad.

⁶⁸ Srov. např. rozhodnutí Úřadu ve věci kartelu v hasičské technice č. j. ÚOHS-S600/2013/KD-19265/2014/850/KNe, příp. již odkazovaná rozhodnutí ve věcech bid riggingu

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.

K námitce nezákonného přitížení za úmysl

162. Společnost SULKO namítá, že jí nemělo být na pokutě přitíženo za úmysl, neboť jí úmysl nebyl prokázán, míra zavinění, resp. intenzita porušení zákona není znakem skutkové podstaty zakázané dohody a jde o dvojí trestání téhož. Je-li trestána dohoda, jejímž cílem je narušení hospodářské soutěže, jde o dohodu, která musí být vždy uzavírána úmyslně.
163. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že za zavinění ve formě úmyslu bylo přitíženo 20 % všem účastníkům řízení, přičemž své úvahy o subjektivní stránce deliktu Úřad rozvádí v bodech 134 až 136 odůvodnění napadeného rozhodnutí. S těmito úvahami se ztotožňuji a ke konkrétní námitce účastníka řízení dodávám, že zákon s účinností od 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.
164. V daném případě je z provedeného dokazování patrný způsob provedení deliktního jednání, z něhož lze jednoznačně seznat, že všichni účastníci řízení jednali v úmyslu přímém. Všichni 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.
165. 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 námitkám likvidačnosti ukládaných pokut

166. Všichni účastníci řízení dále namítají, že pokuta, kterou jim Úřad v napadeném rozhodnutí uložil, je pro ně likvidační. Společnosti SULKO a OSF přitom pouze obecně konstatují, že je pro ně ukládaná pokuta likvidační.
167. Pravidlo, že ukládaná pokuta by neměla být likvidační, plyne z ústavních principů, jak je vyložil Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002, kde dovedl, že „(z)ákladním kritériem, ze kterého je třeba dle názoru Ústavního soudu vycházet, je tzv. kritérium podstaty, dle kterého platí, že ne každé odnětí majetku na základě pokut, příp. poplatků a daní, zakládá zásah do vlastnických práv, nýbrž jen takové, jež majetkové vztahy dotčeného subjektu zásadně mění, tj. tak, že mění jeho celkovou majetkovou pozici "zmařením" samé podstaty majetku. Konkrétně v případě pokut stanovených právníkem a fyzickým osobám podnikajícím podle zvláštních předpisů je třeba vycházet z toho, že je vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla "zničena" majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Jinými slovy řečeno, nepřijatelné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter." Ústavní soud dále v nálezu Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. 6. 2002 dospěl k závěru, že uložení pokuty v likvidační výši je „nejtvrdším“ zásahem do majetkových poměrů, které může vést k porušení článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, například tehdy, pokud pokuta natolik přesáhne možné výnosy, že podnikatelská činnost

daného subjektu se stane „bezúčelnou“ – bude v delším období plně směřovat pouze k uhrazení uložené pokuty. K tomu dodávám, že čistý obrat ve smyslu § 22a odst. 3 ZOHS představuje součet všech výnosů za účetní období.

168. Dále uvádím, že ani okolnost, že se pokutovaná společnost nachází v účetní ztrátě, nemůže být sama o sobě opodstatněním pro závěr, že jí ukládaná pokuta bude likvidační. V této souvislosti dále konstatuji, že možnost, že uložení pokuty způsobí v tomto účetním období dané obchodní společnosti účetní ztrátu v žádném případě nelze zaměňovat s možností, že by daná pokuta byla likvidační. Skutečnost, že se účetní jednotka nachází za určité období v účetní ztrátě, znamená, že náklady dané účetní jednotky převyšují její výnosy. Nejedná se přitom o nikterak nezvyklou ekonomickou situaci, která by musela mít za následek ukončení podnikání dané účetní jednotky. Pokud dojde k tomu, že ukládaná pokuta bude „jazýčkem na vahách“, který účetní ztrátu způsobí nebo pokud ukládaná pokuta účetní ztrátu prohloubí, nebude to mít za následek „zmaření“ podstaty majetku či „zničení“ její majetkové základny pro další podnikatelskou činnost, pouze se majetková situace pokutované společnosti stane méně příznivou.
169. K tomu uvádím, že dle účetní závěrky společnosti SULKO za rok 2017 činil její zisk *[obchodní tajemství]* Kč, což představuje zlepšení oproti roku 2016, kdy tato společnost zaznamenala ztrátu ve výši *[obchodní tajemství]* Kč. Jak jsem již uvedl výše, čistý obrat společnosti SULKO za rok 2017 činil *[obchodní tajemství]* Kč,⁶⁹ což představuje zlepšení oproti roku 2016, kdy čistý obrat představoval částku *[obchodní tajemství]* Kč. Výše uvedené údaje společnosti SULKO za rok 2017 ukazují na zlepšení její finanční situace. Vzhledem k výše uvedeným údajům nelze očekávat, že by uložení pokuty ve výši dle napadeného rozhodnutí došlo k situaci, kdy veškeré jí dosažené výnosy budou směřovat pouze k uhrazení této pokuty. S ohledem na to, že společnost SULKO pokračovala ve své činnosti i v situaci, kdy její účetní ztráta činila *[obchodní tajemství]* Kč (za rok 2016) a *[obchodní tajemství]* (za rok 2015),⁷⁰ a že v roce 2017 již dosáhla zisku, uvádím, že nelze předpokládat, že by pro ni byla ukládána pokuta likvidační,⁷¹ resp. že by v jejím důsledku byla zničena její majetková základna pro další podnikatelskou činnost.
170. K námitce společnosti SULKO, že se prvostupňový orgán při ukládání pokuty v napadeném rozhodnutí nevypořádal s otázkami plynoucími z čl. 1 Protokolu č. 1 Úmluvy, konstatuji, že literatura citovaná účastníkem řízení k otázce spravedlivé rovnováhy uvádí,⁷² že „(e)xistence spravedlivé rovnováhy je poslední z podmínek, kterou musí stát splnit, pokud chce svůj zásah do pokojného užívání majetku ospravedlnit. Jedná se o relativně pestrou množinu úvah: kromě jakéhosi minimalistického testu přiměřenosti, který však rozhodně nedosahuje plného (třístupňového) testu proporcionality, se v něm skrývá také posuzování dalších skutkových a právních okolností konkrétního případu. Vždy je však patrné, že se jedná o posouzení skutkových okolností konkrétního případu s ohledem na právní a majetkové poměry konkrétního stěžovatele [viz např. Schirmer proti Polsku, rozsudek, 12. 3. 2003, č. 68880/01, § 44; O. B. Heller, a. s. a Československá obchodní banka, a. s. proti České republice,

⁶⁹ Viz č. I. 2712 správního spisu.

⁷⁰ Viz č. I. 2085 správního spisu.

⁷¹ Srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 21. 4. 2017 č. j. 9 Af 19/2013-112.

⁷² Srov. Kmec, J., Kosař, D., Kratochvíl, J., Bobek, M. Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. Vydání. Praha :C. H. Beck, 2012, str. 1278.

rozhodnutí, 9. 11. 2004, č. 55631/00 a 55728/00, oddíl 3.3.; specificky s ohledem na požadavek individualizace majetkové sankce, srov. AGOSI proti Spojenému království, rozsudek, 24. 10. 1986, č. 9118/80, § 62].“ Zabývá-li se tedy správní orgán náležitě otázkou individualizace pokuty a její možnou likvidačností, pak se zabývá otázkou spravedlivé rovnováhy mezi zájmem na ochraně majetku jednotlivce a veřejným zájmem. Pravidlo plynoucí z Úmluvy se má promítnout do úvah správního orgánu, nemá se jednat o zvláštní oddělený přezkum. Jak jsem již uvedl výše, prvostupňový orgán se problematikou pokuty ukládané společnosti SULKO zabýval způsobem souladným s právními předpisy. Tímto způsobem tak byla v napadeném rozhodnutí zohledněna ochrana vlastnického práva plynoucí z čl. 1 Protokolu č. 1 k Úmluvě.

171. Ve vztahu k namítané [obchodní tajemství]⁷³ konstatuji, že společnost DAFE – PLAST [obchodní tajemství].⁷⁴ K problematice účastníkem řízení namítané [obchodní tajemství].⁷⁵
172. K výše uvedenému konstatuji, že společnost DAFE – PLAST není nikterak vysoce zadlužena, ukazatelé likvidity se pohybují v doporučených hodnotách s výjimkou ukazatele okamžité likvidity. V této souvislosti je ovšem třeba zohlednit, že napadeným rozhodnutím uložená pokuta je splatná ve lhůtě 90 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí a že společnost DAFE – PLAST byla již ve sdělení výhrad,⁷⁶ které jí bylo doručeno dne 12. 12. 2017,⁷⁷ informována o tom, že jí Úřad hodlá uložit pokutu ve výši 4 878 000 Kč, a úhrada uložené pokuty tak nemůže představovat neočekávatelný výdaj.
173. Na základě uvedených údajů uzavírám, že nelze dovozovat, že by ukládaná pokuta byla pro DAFE – PLAST likvidační. Uložená pokuta nepředstavuje ani 1,5 % z výnosů společnosti DAFE – PLAST za rok 2017, společnost je v zisku, a ani z údajů o zadluženosti či likviditě společnosti neplyne nic, z čeho by šlo usuzovat na možnou likvidačnost ukládané pokuty.
174. K výše uvedenému uvádím, že když není ukládaná pokuta likvidační pro společnost DAFE – PLAST, není ani likvidační pro soutěžitele, jehož je společnost DAFE – PLAST součástí (viz bod. 8 až 10 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
175. Ve vztahu k namítané likvidačnosti pokuty uložené společnosti OSF konstatuji, že společnost OSF zaznamenala v roce 2017 ztrátu ve výši 10 000 Kč, což představuje zhoršení oproti roku 2016, kdy společnost OSF dosáhla zisku ve výši 4 323 000 Kč.⁷⁸ Čistý obrát společnosti OSF činil v roce 2017 42 509 000 Kč, v roce 2016 62 158 000 Kč. Jak jsem již uvedl výše, sama skutečnost, že se společnost ocitla v účetní ztrátě, nemůže odůvodňovat závěr o likvidačnosti ukládané pokuty. V případě společnosti OSF se navíc jedná pouze o účetní ztrátu ve výši 10 000 Kč za situace, kdy v předchozích letech společnost dosáhla zisku⁷⁹ a ukládaná pokuta nedosahuje ani 1 % z čistého obrátu. Vzhledem k výše uvedeným údajům nelze očekávat, že by uložením pokuty ve výši dle napadeného rozhodnutí došlo k situaci, že veškeré jí

⁷³ Č. I. 2721 správního spisu.

⁷⁴ Č. I. 2721 správního spisu.

⁷⁵ Srov. č. I. 2719 až 2720 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD.

⁷⁶ Přípis. č. j. ÚOHS-S0694/2016/KD-35968/2017/851/TSl ze dne 11. 12. 2017 nacházející se na č. I. 2272-2288 správního spisu.

⁷⁷ Viz č. I. 2286 správního spisu.

⁷⁸ Viz č. I. 2714 správního spisu.

⁷⁹ Srov. č. I. 2714 a č. I 2111 správního spisu.

dosažené výnosy budou směřovat pouze k uhrazení této pokuty, a ukládaná pokuta tedy bude pro společnost OSF likvidační.

176. 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.

IX. K výroku o náhradě nákladů řízení

177. Výrok o náhradě nákladů řízení jsem rovněž přezkoumal v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 5 správního řádu. S posouzením, které prvostupňový orgán v tomto směru učinil, se ztotožňuji, a odkazuji na něj, když ani žádný z účastníků řízení nevznáší proti tomuto posouzení námitky. Souhlasím se závěrem prvostupňového orgánu, že je namístě uložit účastníkům řízení povinnost uhradit paušální částku náhrady nákladů řízení ve výši 2 500 Kč. Napadené rozhodnutí bylo vydáno v rámci správního řízení, které bylo vyvoláno porušením právní povinnosti účastníků řízení, a z důvodu značné délky a rozsahu dokazování provedeného ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0694/2016/KD bylo namístě paušální částku náhrady nákladů správního řízení zvýšit na 2 500 Kč dle ust. § 6 odst. 2 věty první vyhlášky č. 520/2005 Sb. o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení.
178. V této souvislosti dodávám, že prvostupňový orgán postupoval v souladu s právními předpisy, když výši náhrad nákladů řízení určil dle výše uvedené vyhlášky v jejím původním znění, tj. ve znění účinném do 30. 6. 2017, neboť dle přechodného ustanovení novely č. 112/2017 Sb., kterou byla s účinností od 1. 7. 2017 výše uvedená vyhláška změněna, se náklady řízení zahájených a pravomocně neskončených přede dnem nabytí účinnosti této novely posoudí dle dosavadních právních předpisů.

X. Závěr

179. Ze všech shora uvedených důvodů mám za to, že napadeným rozhodnutím nejsou nikterak dotčena práva účastníků řízení, a proto na základě návrhu rozkladové komise dle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po přezkoumání souladu jak napadeného 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 správná ustanovení právních předpisů, při jejich výkladu se nedopustil žádného interpretačního pochybení. Ani postup prvostupňového správního orgánu při ukládání pokut jsem neshledal v rozporu s právními předpisy. Pokuty uložené prvostupňovým orgánem považuji za zákonné a přiměřené. Prvostupňový orgán při jejich ukládání nikterak nevybočil z mezí zákona a dané pokuty uložil v rámci svého správního uvážení. Neshledal jsem ani, že by uložené pokuty byly pro kteréhokoliv z účastníků řízení likvidační. Stejně tak souhlasím s uloženými náklady řízení ve výši 2.500 Kč.
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 namístě rozklady proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu zamítnout, neboť žádné z namítaných pochybení jsem neshledal, a napadené rozhodnutí ve všech výrocích potvrdit.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu ve znění zákona č. 183/2017 Sb. ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Vážený pan
JUDr. Petr Novotný, advokát (právní zástupce DAFE - PLAST Jihlava, s.r.o.)
Advokátní kancelář Rödl & Partner, advokáti, v.o.s.
Platněřská 2
110 00 Praha 1
2. OSF 2000, s.r.o.
Příkop 843/4, Zábrdovice
602 00 Brno
3. Vážený pan
Mgr. Pavel Kopa, advokát (právní zástupce SULKO s.r.o.)
Hlinky 57/142a
603 00 Brno

Vypraveno dne:

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

