



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců Mgr. Petra Pospíšila a JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., v právní věci

žalobce: **DEREZA, společnost s ručením omezeným**, IČO 48036315
sídlem Libocká 685/43d, 162 00 Praha
zastoupená Mgr. Jitkou Linhartovou, advokátkou
sídlem Husinecká 541/13, 130 00 Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem žalovaného spočívajícím v šetření na místě v obchodních prostorách žalobce provedeném na základě pověření ze dne 16. 9. 2019, č. j. ÚOHS-23922/2019/852/HMa v rámci předběžného šetření, a v zadržování kopií záznamů zajištěných v průběhu těchto šetření

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Na základě pověření ze dne 16. 9. 2019 žalovaný provedl dne 18. 9. 2019 šetření na místě v obchodních prostorách žalobce podle § 20 odst. 1 písm. a), odst. 3, § 21f zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské

soutěže). Šetření bylo provedeno ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, které bylo spatřováno v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi žalobcem a společností Auböck s. r. o., sídlem Poříčí 247, 373 82 Boršov nad Vltavou, případně s dalšími soutěžiteli, spočívající v koordinaci nabídek ve výběrovém řízení k zakázce s názvem: „*Rekonstrukce jídelny a kuchyně a přístavba nad jídelnou v ZŠ Komenského náměstí 198, Kralupy nad Vltavou*“, jejímž zadavatelem je město Kralupy nad Vltavou, oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 20. 12. 2018 pod evidenčním číslem zakázky Z2018-044576. Cílem nebo výsledkem tohoto jednání mohlo být narušení hospodářské soutěže při účasti ve výše uvedeném výběrovém řízení. Při šetření na místě v obchodních prostorách žalobce byla zajištěna vytištěná emailová komunikace, vytištěná komunikace z aplikace whatsapp a na datový nosič vypálená elektronická data.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

2. Proti provedenému místnímu šetření podal žalobce zásahovou žalobu. Namítal, že místní šetření bylo nezákonné, neboť místní šetření proběhlo v rámci předběžného šetření. Dále v průběhu místního šetření byla užitá klíčová slova k vyhledávání informací a došlo k chybné protokolaci místního šetření. Při místním šetření došlo k pořízení kopií dokumentů nad rámec jeho vymezeného předmětu a takto pořízené kopie jsou žalovaným nezákonně zadržovány. Předmět místního šetření byl rovněž nedostatečně vymezen. Zásah správního orgánu musí být přiměřený legitimnímu cíli, který je zásahem sledován.
3. Předběžné šetření má sloužit k prověření, zda je zde dostatečně podpořené podezření na porušení zákona o hospodářské soutěži, které by odůvodnilo zahájení správního řízení. Předběžné šetření není spojeno se zahájením správního řízení. Vyšetřovaný subjekt tak v rámci předběžného šetření nepožívá procesní práva jako v rámci správního řízení. Zásadně je omezeno zejména jeho právo na účinnou obhajobu. Místní šetření představuje závažný zásah do práv šetřeného subjektu. V rámci předběžného šetření by tak žalovaný místní šetření měl provádět jen ve výjimečných případech. Žalovaný by si měl předem dostatečně ověřit, zda jsou splněny podmínky pro provedení místního šetření v rámci předběžného šetření. Žalovaný by měl rovněž ověřit, zda nejsou splněny podmínky pro zahájení správního řízení a provedení místního šetření v rámci něj.
4. Součástí práva na účinnou obhajobu je téměř okamžitý přístup do správního spisu. Účastník správního řízení má právo nahlížet do správního spisu na základě § 38 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Naproti tomu žalobce jako jiná osoba má možnost nahlížet do správního spisu za podmínek § 38 odst. 2 správního řádu, tedy prokáže-li právní zájem nebo jiný vážný důvod a nebude-li jeho nahlédnutím do spisu porušeno právo některého z účastníků, popřípadě dalších dotčených osob anebo veřejný zájem. Je tak na žalovaném, zda přístup šetřenému soutěžiteli umožní, což postavení šetřeného soutěžitele značně ztěžuje.
5. Žalovaný měl před provedením místního šetření k dispozici pouze jediný důkaz (nabídky obou šetřených soutěžitelů) a dle správního spisu provedl ještě pouze jednoduchou analýzu nabídek a učinil si přehled dalších výběrových řízení, kterých se žalobce zúčastnil společně se společností Auböck s. r. o. Žalovaný si tak buď měl více ověřit, zda podobnost nabídek je výsledkem dohody mezi žalobcem a společností Auböck s. r. o., nebo pokud podobnost nabídek považoval za dostatečný důkaz o protisoutěžním jednání, zahájit správní řízení.
6. Podle protokolu o průběhu místního šetření použili pověřeni zástupci žalovaného k vyhledání informací pouze dvě klíčová slova („*Kralupy*“ a „*auboeck*“). Pokud byla použita pouze tato dvě slova, žalovaný neměl věc v rámci předběžného šetření dostatečně prověřenou a podnikl tzv. rybářskou výpravu. V případě, že použil více klíčových slov a tato do protokolu nezaznamenal, jedná se o vadu protokolace, v jejímž důsledku byl žalobce zbaven obrany proti potenciální rybářské výpravě ve formě nepřezkoumatelnosti použitých klíčových slov a rozsahu provedeného

místního šetření. Při provádění místního šetření nebyl na místě přítomen právní zástupce žalobce a žalobce nebyl poučen o právu zaznamenávat si použitá klíčová slova, absence tohoto poučení tak nemohla být ani případně zhojena přítomností právního zástupce žalobce. Použitá klíčová slova byla příliš obecná. Použitá klíčová slova měla být vymezena co nejpřesněji, aby nedocházelo k „výlovu“ informací nesouvisejících se šetřenou zakázkou.

7. V rámci místního šetření byly zajištěny dokumenty – kopie e-mailové komunikace – které z obsahového a časového hlediska nespádají do předmětu místního šetření (v protokolu o průběhu místního šetření označeny jako D1 a D2). Oba dokumenty vznikly 19. 10. 2016 a týkají se jiné zakázky. Tyto dokumenty jsou tak zadržovány žalovaným nezákonně a neměly by být použity jako podklad pro další šetření žalovaného.
8. Pověření k provedení místního šetření neobsahuje žádné časové vymezení, kdy mělo docházet k údajnému protisoutěžnímu jednání žalobce a společnosti Auböck s. r. o. Předmět místního šetření tak nebyl přesně vymezen.
9. Z výše uvedených důvodů žalobce navrhl, aby soud určil, že místní šetření provedené v obchodních prostorách žalobce bylo nezákonné, uložil žalovanému povinnost ukončit porušování práv žalobce spočívající v zadržování a využívání dokumentů získaných při nezákonném místním šetření, současně mu uložil povinnost vrátit žalobci všechny kopie dokumentů pořízené při nezákonném místním šetření a zdržet se jakéhokoliv jejich používání a využívání v dalším šetření či navazujícím správním řízení.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

10. Ve vyjádření k žalobě ze dne 18. 12. 2019 žalovaný shrnul relevantní judikaturu a komentářovou literaturu, rozebral průběh předběžného šetření a vyjádřil se k jednotlivým žalobním bodům.
11. Při provádění místního šetření v obchodních prostorách žalobce nepřekročil své zákonné pravomoci. Místní šetření bylo provedeno na základě zákonného oprávnění dle § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže se všemi formálními náležitostmi a poučeními. Jeho provedení sledovalo legitimní cíl, tj. prověření důvodného a konkrétního podezření z porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Toto podezření bylo žalobci sděleno a bylo řádně zdokumentováno. Vymezení předmětu pověření k provedení místního šetření pak zcela odpovídalo tomuto podezření. V rámci samotného místního šetření byly vyhledávány a převzaty pouze dokumenty přímo související s podezřením. Místní šetření tak vyhovělo v testu přiměřenosti sledovanému legitimnímu cíli co do vhodnosti, délky i rozsahu. Provedení místního šetření v rámci předběžného šetření nijak neoslabilo procesní práva obhajoby žalobce. Žádosti žalobce o nahlédnutí do spisu bylo vyhověno následující den po jejím obdržení, v souladu s žádostí žalobce. Právní zájem o nahlížení do spisu je dán již tím, že u nahlízejícího došlo k místnímu šetření a není třeba ho nijak obtížně dokazovat.
12. Pro posouzení vhodnosti místního šetření není rozhodující počet důkazů, ale indicie nasvědčující tomu, že došlo k protisoutěžnímu jednání. Žalovaný provedl vlastní analýzu nabídek žalobce a společnosti Auböck s. r. o. desítkami (možná stovkami) vlastních výpočtů. Žalobcem namítá absence většího ověření je příliš obecná. Není též zřejmé, jaký vliv na zhodnocení, zda se jedná o rybářskou výpravu, má mít počet použitých klíčových slov. Použitá klíčová slova „Kralupy“ a „auboeck“ jsou natolik specifická a vztahující se ke konkrétní zakázce, že podezření z rybářské výpravy samy vylučují.
13. Tvrzení žalobce, že žalovaný užil více klíčových slov, není podloženo. Použití žádných dalších klíčových slov žalobce nenamítal do protokolu a ani je neuvedl v žalobě. Rovněž úvahy žalobce o možné způsobené újmě tak jsou nepodloženy. Přestože žalobce nebyl výslovně poučen o svém právu si zaznamenávat všechna klíčová slova použitá při vyhledávání, nic mu v tom nebránilo. Žalovaný zároveň nemá uloženu povinnost takto žalobce výslovně poučit. Zástupce žalobce byl

celou dobu přítomen při provádění šetření, sledoval, jaká slova žalovaný pro vyhledávání používá, mohl si je zapisovat, pokud chtěl, stejně tak při použití slov nesouvisejících s předmětem pověření toto namítnout. To se ale nestalo.

14. Dokumenty označené v protokole jako D1 a D2 do předmětu místního šetření nespádají pouze zdánlivě. Slouží jako důkaz o tom, že se žalobce a společnost Auböck s. r. o. znají, mají na sebe kontakt a v minulosti spolu komunikovali. V pověření k místnímu šetření není nutné vymezovat časové hledisko. Nadto je časové vymezení místního šetření logicky dáno konkrétní zakázkou přesně specifikovanou v pověření. Povinnost řádné žurnalizace správního spisu vylučuje, aby z něj jakékoli dokumenty byly vyjmuty a předány žalobci, i kdyby mohly být opatřeny v rozporu se zákonem.
15. Na základě uvedeného žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

V. Posouzení věci soudem

16. Soud, v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s.“), bez nařízení jednání, se v mezích žalobních bodů zabýval tím, zda lze na základě zjištěného skutkového stavu dospět k závěru o nezákonnosti zásahu žalovaného, přičemž shledal, že **žaloba není důvodná**.
17. Podle § 82 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s.“), každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením (dále jen „zásah“) správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo, může se žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu nebo určení toho, že zásah byl nezákonný.
18. Zákon definici zásahu neobsahuje, vymezuje jej velmi obecně a široce. Přesná definice ani není možná, protože pod pojem zásahu spadá velké množství faktických činností správních orgánů, ke kterým jsou různými zákony oprávněny. Judikatura je již poměrně bohatá na příklady zásahů. Zásahem může být např. odtažení vozidla, provedení místního šetření, výzva k odstranění reklamního zařízení, či neprovedení záznamu v katastru nemovitostí.
19. Nejvyšší správní soud již ve svém rozsudku ze dne 17. 3. 2005, č. j. 2 Aps 1/2005-65, č. 603/2005 Sb. NSS (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), konstatoval, že ochrana podle § 82 a násl. s. ř. s. je důvodná tehdy, jsou-li – a to kumulativně, splněny následující podmínky: Žalobce musí být přímo (1. podmínka) zkrácen na svých právech (2. podmínka) nezákonným (3. podmínka) zásahem, pokynem nebo donucením („zásahem“ správního orgánu v širším smyslu) správního orgánu, které nejsou rozhodnutím (4. podmínka), a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo (5. podmínka), přičemž „zásah“ v širším smyslu nebo jeho důsledky musí trvat nebo musí hrozit opakování „zásahu“ (6. podmínka). Není-li byt' jen jediná z uvedených podmínek splněna, nelze ochranu podle § 82 a násl. s. ř. s. poskytnout. Od velké novely soudního řádu správního (zákon č. 303/2011 Sb., účinný od 1. 1. 2012), která umožnila dříve nepřipustnou určovací zásahovou žalobu, je zapotřebí pečlivě rozlišovat konstitutivní a deklaratorní výrok o nezákonném zásahu. Zatímco u konstitutivního výroku je nutno splnit všech šest shora uvedených podmínek a soud rozhoduje na základě zjištěného skutkového stavu ke dni svého rozhodnutí, u deklaratorního výroku z povahy věci podmínka č. 6 nemusí být splněna a soud vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době zásahu.
20. Jak plyne z výše uvedeného, o zásah ve smyslu § 82 s. ř. s. se v první řadě jedná pouze za předpokladu, že v žalobě tvrzeným jednáním by žalobce mohl alespoň potenciálně být přímo zkrácen na svých právech. To konkrétně znamená, že mezi napadeným zásahem a tvrzeným porušením práv musí existovat bezprostřední vztah (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2007, č. j. 2 Aps 1/2006-80, č. 1176/2007 Sb. NSS).

21. Aktivní legitimace v řízení o žalobě ve smyslu § 82 s. ř. s. tedy svědčí každému, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech zásahem správního orgánu. Určující skutečností pro vyslovení závěru o existenci aktivní legitimace na straně žalobce je tedy tvrzení přímého zkrácení na právech zásahem správního orgánu, nikoli skutečnost, že k přímému zásahu do práv žalobce skutečně došlo (to již je otázkou pro posouzení žaloby ve věci samé). Přímé zkrácení na svých právech konkretizovanými postupy žalovaného je ze strany žalobce tvrzeno a je jím argumentováno. Tato podmínka řízení je tedy splněna.
22. Pokud jde o legitimaci pasivní, žalovaným je správní orgán, který podle žalobního tvrzení provedl zásah. Tu je nepochybně správním orgánem žalovaný; jeho identifikace není sporná. I tato podmínka řízení je tedy splněna.
23. Žaloba byla podána dne 18. 11. 2019, přičemž z časového vymezení specifikovaných zásahů vyplývá, že byla podána včas.
24. Na základě takto vymezeného „půdorysu“ se soud zabýval vymezeným zásahem žalovaného a posuzoval její důvodnost.
25. V daném případě žalobce podanou žalobou brojil proti zásahu žalovaného spočívajícímu v provedení místního šetření dne 18. 9. 2019 v obchodních prostorách žalobce na základě pověření č. j. ÚOHS-23922/2019/852/HMa. Žalobce namítá, že místní šetření proběhlo v rámci předběžného šetření a v důsledku toho se cítí být dotčen na svém právu na účinnou obhajobu. Žalobce dále namítá, že při místním šetření byla použita klíčová slova, došlo k chybné protokolaci, byly pořízeny kopie dokumentů nad rámec vymezeného předmětu místního šetření a předmět místního šetření byl rovněž nedostatečně vymezen. Z těchto důvodů pak žalobce považuje místní šetření za rybářskou výpravu.
26. Ze spisového materiálu žalovaného vyplývá, že na základě pověření ze dne 16. 9. 2019, č. j. ÚOHS-23922/2019/852/HMa, proběhlo dne 18. 9. 2019 místní šetření v obchodních prostorách žalobce. V tomto pověření k provedení místního šetření v obchodních prostorách žalobce podle § 21f ve spojení s § 20 odst. 1 a 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže bylo jako důvod místního šetření uvedeno prověření možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, na kterém se podílel žalobce a společnost Auböck s. r. o. Možné porušení citovaného ustanovení bylo žalovaným spatřováno „*v jednání ve shodě a/ nebo dohodě soutěžitelů, případně s dalšími soutěžiteli, spočívající v koordinaci nabídek ve výběrovém řízení k zakázce s názvem: ‚Rekonstrukce jídelny a kuchyně a přístavba nad jídelnou v ZŠ Komenského náměstí 198, Kralupy nad Vltavou‘, jejímž zadavatelem je Město Kralupy nad Vltavou, IČO: 00236977, se sídlem 278 01 Kralupy nad Vltavou, Palackého nám. 1, oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 20. 12. 2018 pod evidenčním číslem zakázky Z2018-044576.*“ Účelem místního šetření mělo být: „*Prověření obchodních záznamů a zajištění kopií obchodních záznamů týkajících se shora vymezeného podezření z možného porušení § 3 odst. 1 zákona.*“ Jako důvodná indicie byly v pověření uvedeny „*nestandardní podobnosti v podaných nabídkách společností DEREZA a Auböck*“.
27. Ze spisového materiálu žalovaného dále vyplývá, že uvedená nestandardní podobnost v podaných nabídkách spočívala v tom, že většina položek cenové nabídky společnosti Auböck s. r. o. byla 0,8864násobkem cen žalobce. Některé další položky se v ceně lišily o právě jedno procento, 2,5% či 3%. Dále shodně v obou nabídkách nebylo v některých položkách přesunu hmot vyplněno množství a byla uvedena stejná jednotková cena. Tyto rozdíly byly podloženy porovnáním a výpočty provedenými žalovaným a předcházely pověření k provedení místního šetření u žalobce.
28. Z protokolu o předmětném místním šetření ze dne 18. 9. 2019 pak vyplynulo, že při místním šetření zaměstnanci žalovaného provedli fyzické prověřování obchodních záznamů uložených v počítačích a mobilních telefonech uživatelů, a to za přítomnosti některého zástupce či pracovníka žalovaného. Vlastní šetření probíhalo od 9:46 hod. do 13:30 hod. v kanceláři Hany

Halamové, účetní, Petra Bezoušky, přípraváře, Moniky Šebkové, prokuristky, a Filipa Zábranského, jednatele. Z e-mailové schránky Petra Bezoušky byly převzaty fotokopie e-mailů získaných při filtrování dle slova „Kralupy“ (označeno A1, dohromady 5 listů) a z jeho počítače vypálena složka obsahující data týkající se nabídky k šetřené zakázce. Z e-mailové schránky Filipa Zábranského byly převzaty fotokopie e-mailů získaných při filtrování dle slova „Kralupy“ (označeno B1-B6, dohromady 10 listů). Z mobilního telefonu Moniky Šebkové z aplikace whatsApp konverzace týkající se zakázky Kralupy (označeno C1, dohromady 2 listy) a z e-mailové schránky v jejím počítači převzaty fotokopie e-mailů získaných při filtrování dle slova „auboec“ (označeno D1-D2, dohromady 4 listy). Žalobce byl poučen o svých právech dle § 21f odst. 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Místnímu šetření nebyl přítomen právní zástupce soutěžitele. V průběhu šetření žalobce nevznnesl žádné námítky.

29. Ze spisového materiálu žalovaného dále vyplývá, že dne 6. 11. 2019 žalobce požádal, aby dne 7. 11. 2019 mohl nahlédnout do spisu. Žádost odůvodnil obranou svých zájmů v rámci předběžného šetření. Žalovaný žádosti vyhověl a k nahlédnutí do spisu došlo v žalobcem požadovaném dni (7. 11. 2019).
30. Soud se v rozhodující míře ztotožnil s přiléhavou argumentací žalovaného obsaženou v jeho vyjádření k žalobě.
31. Žalovaný provedl místní šetření u žalobce v rámci předběžného šetření, k němuž je žalovaný oprávněn dle § 20 odst. 1 a odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Lze přisvědčit žalobci, že provádění předběžného šetření se musí řídit zásadou přiměřenosti, že předběžné šetření není spojeno se zahájením správního řízení a že vyšetřovaný subjekt v rámci předběžného šetření nepožívá práva jako v rámci správního řízení. Nicméně s tvrzeními žalobce týkajícími se nezákonnosti místního šetření z důvodu jeho provedení v rámci předběžného šetření se soud neztotožnil. V rámci předběžného šetření mohou být jak teprve vyhledávány skutečnosti odůvodňující podezření z porušení zákona o hospodářské soutěži, tak už určité podezření na takové jednání může existovat (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 11. 2011, č. j. 5 Aps 4/2011-326, č. 2458/2012 Sb. NSS). Napadené místní šetření bylo provedeno na základě důvodné indicie, kdy žalovaný na základě obdrženého podnětu provedl řadu vlastních výpočtů a tyto výpočty ho pak vedly k podloženému závěru, že mezi nabídkami šetřených soutěžitelů jsou nestandardní podobnosti. Napadené místní šetření trvalo pouze několik hodin v rámci jednoho dne. V průběhu místního šetření byly zajištěny pouze kopie dokumentů přímo se dotýkající prověřované zakázky nebo vyhledané pomocí relevantních klíčových slov (k relevantnosti použitých klíčových slov viz dále). Do práva žalobce na účinnou obhajobu, pokud jde o nahlížení do spisu, nebylo zasaženo. Jeho žádosti o nahlédnutí do spisu ze dne 6. 11. 2019 bylo plně vyhověno, jeho právní zájem pro nahlédnutí do spisu (§ 38 odst. 2 správního řádu) spočívající v tom, že vůči němu probíhá předběžné šetření, nebyl žalovaným nijak zpochybňován. Ze spisu žalovaného nevyplývá a žalobce nijak nedokládá, že by mu přístup do spisu byl jakýmkoli způsobem odepřen či ztížen. Délka trvání a rozsah místního šetření provedeného v rámci předběžného šetření tak nepřekročily rámeček, který mu zákon o ochraně hospodářské soutěže vyhrazuje.
32. Co se týče použití klíčových slov „Kralupy“ a „auboec“, tak použití klíčových slov je třeba považovat za racionální způsob vyhledávání obchodních záznamů. Použití klíčových slov, které neobsahují název zakázky, může umožnit nalezení obchodní dokumentace, která není součástí prověřované zakázky, ale týká se zakázky, která je s prověřovanou zakázkou spojena v rámci *bid riggingového* jednání. Použití klíčového slova, které se týká místa realizace šetřené zakázky („Kralupy“) a dalšího na prošetřované zakázce zúčastněného soutěžitele („auboec“), tak nepřekročilo vymezený rozsah šetření (srov. bod 25 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 3. 2019, č. j. 2 As 257/2018-87, č. 3881/2019 Sb. NSS).

33. Pokud jde o žalobcem namítanou vadu v protokolaci, zákon o ochraně hospodářské soutěže výslovně neupravuje náležitosti protokolu ze šetření. Podle jeho § 25a přichází v úvahu užití správního řádu. Podle § 18 odst. 2 správního řádu musí protokol mj. obsahovat vylíčení průběhu předmětných úkonů, přičemž je ovšem třeba respektovat § 21c odst. 1 zákona o hospodářské soutěži ve vztahu k zákonem chráněným formám tajemství.
34. V případě, kdy při šetření byla použita dvě klíčová slova uvedená v protokolu, nedošlo k vadě v protokolaci. Použití třeba jen dvou klíčových slov, která mají úzkou vazbu na prošetřované možné porušení zákona o hospodářské soutěži (v tomto případě „Kralupy“ a „auboeck“) nelze považovat za projev *rybářské výpravy*. V případě, že by byla při šetření použita i další klíčová slova, která by následně nebyla uvedena v protokolu, šlo by sice o vadu v protokolaci, ale tato vada by byla pro posouzení věci relevantní pouze tehdy, pokud by se negativně projevila ve sféře žalobce (srov. bod 29 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 3. 2019, č. j. 2 As 257/2018-87, č. 3881/2019 Sb. NSS). Ze spisu žalovaného soud nezjistil, že by byla pro vyhledávání použita jiná klíčová slova než ta uvedená v protokolu. Všechny při místním šetření získané kopie e-mailové komunikace a konverzace z aplikace whatsapp obsahují jedno z klíčových slov uvedených v protokolu. Při místním šetření zkopírovaná elektronická složka dokumentů se prokazatelně týká šetřené zakázky. Po celou dobu byl místnímu šetření přítomen zástupce nebo pracovník žalobce, k průběhu šetření a jeho protokolaci nebyla vznesena žádná námitka. Žalobce neprokázal, že by došlo k vadné protokolaci, a tedy ani k jeho újmě související s vadnou protokolací.
35. Závěr, že žalobce neprokázal vadu v protokolaci, nemění ani fakt, že zástupci/pracovníci žalobce přítomní místnímu šetření nebyli výslovně seznámeni s právem zaznamenávat si použitá klíčová slova pro vyhledávání. Žalovaný nemá povinnost žalobce o tomto právu poučit, taková povinnost není žalovanému nikde uložena. Není možné po žalovaném požadovat, aby při provádění šetření poučoval šetřeného soutěžitele o všech dílčích právech a jejich nuancích. Takový požadavek není proveditelný a žalovanému by fakticky neumožňoval poučovací povinnost řádně splnit. Z žalobcem uváděného rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2019, č. j. 29 A 7/2019-173, dle názoru soudu nevyplývá žalobcem uváděná poučovací povinnost a možnost zhojení její absence. Citovaný rozsudek v souvislosti se zaznamenáváním klíčových slov pouze konstatuje, že osoba přítomná za šetřeného soutěžitele (jedno zda právní zástupce, jiný zástupce či pracovník) má možnost se ohradit proti zadávaným klíčovým slovům v rámci vyhledávaných informací a listin. Možnost vznesení takové námítky přítom není mezi stranami sporná.
36. Soud se neztotožnil ani s tvrzením žalobce, že dokumenty získané při místním šetření označené jako D1 a D2 nespádají do předmětu provedeného místního šetření z obsahového a časového hlediska. Dokumenty označené jako D1 a D2 mohou dokládat, že mezi žalobcem a společností Auböck s. r. o. probíhala již dříve komunikace. Dokumenty byly nalezeny na základě klíčového slova „auboeck“, které má, jak již bylo uvedeno výše, úzkou vazbu na šetřenou zakázku. Zároveň, jak již bylo rovněž uvedeno výše, použití klíčových slov, které neobsahují název zakázky, může umožnit nalezení obchodní dokumentace, která není součástí prověřované zakázky, ale týká se zakázky, která je s prověřovanou zakázkou spojena v rámci *bid riggingového* jednání. *Bid riggingové* jednání mívá dlouhodobější charakter a nebývá spojeno s jednou jedinou zakázkou, aby z něj mohli profitovat všichni zúčastnění soutěžitelé. Z toho důvodu soud zastává názor, že zajištěné dokumenty označené jako D1 a D2 nepřekračují z obsahového a časového hlediska předmět provedeného místního šetření. V argumentaci žalobce uváděný náleží Ústavního soudu ze dne 15. 5. 2018, sp. zn. II. ÚS 635/18 (rozhodnutí Ústavního soudu jsou dostupná na nalus.usoud.cz) se týká vymezení trvajících zásahu a lhůty pro podání zásahové žaloby. Z citovaného nálezu nelze dle názoru soudu dovodit nezákonnost zadržování dokumentů zajištěných při místním šetření, jak uvádí žalobce. Citovaný náleží se nezabývá časovým hlediskem místního šetření ve vztahu k jeho předmětu.

37. Pokud jde o časové vymezení domnělého protisoutěžního jednání, žalovaný není povinen v pověření k místnímu šetření uvést dobu, během níž k domnělému protisoutěžnímu jednání docházelo (srov. bod 29 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 11. 2019, č. j. 5 As 339/2018-40). Časové vymezení místního šetření se nicméně odvíjí od obsahu indicie, která žalovaného vedla k podezření z protisoutěžního jednání, v tomto případně šetřené zakázky. Žalovanému nelze vytýkat, že nevymezil časové rozmezí, ve kterém se žalobce měl dopouštět protisoutěžního jednání. Toto vymezení je implicitně dáno šetřenou zakázkou (a v případě, že by během šetření byly nalezeny podklady a informace týkající se související zakázky v rámci *bid riggingového* jednání, nejednalo by se o překročení předmětu provedeného místního šetření).
38. Soud tedy shledal, že nebylo zasaženo do práva žalobce na účinnou obhajobu. Soud dále shledal, že předmětné místní šetření vyhovělo jak v kritériu rozsahu, tak v kritériu délky. Bylo dáno rovnítko mezi úvodním podezřením – předmětem místního šetření – a vlastním průběhem místního šetření.
39. Lze shrnout, že předmětné místní šetření v obchodních prostorách žalobce provedené v rámci předběžného šetření nepřekročilo rámec daný zákonem. Bylo provedeno v souladu s § 20 odst. 1 písm. a), odst. 3 a § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže se všemi náležitostmi včetně poučení. Jejich provedení sledovalo legitimní cíl, tj. prověření podloženého podezření z porušení § 3 odst. 1 citovaného zákona. Toto podezření bylo žalobcům sděleno, bylo řádně zdokumentováno ve správním spise a žalobce měl možnost se se všemi podklady seznámit. V rámci místního šetření byly vyhledávány a převzaty pouze dokumenty přímo související s úvodním podezřením. Místní šetření obstálo v testu přiměřenosti sledovanému legitimnímu cíli co do vhodnosti, délky i rozsahu. I ve světle relevantní judikatury [srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 2. 10. 2014 ve věci *Delta pekářny a. s. proti České republice* (stížnost č. 97/11), nebo rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2017, č. j. 6 As 113/2017-83, č. 3586/2017 Sb. NSS, ze dne 21. 12. 2017, č. j. 5 As 256/2016-231, či ze dne 29. 3. 2018, č. j. 5 As 119/2017-60] zdejší soud naznal, že nezákonnost zásahu není dána.

VI. Závěr a náklady řízení

40. S ohledem na shora uvedené proto soud shledal námitky žalobce neopodstatněnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti, zamítl žalobu jako nedůvodnou podle § 87 odst. 3 s. ř. s.
41. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

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

Brno 21. prosince 2020

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu