



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátu složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Karla Černína, Ph.D., a JUDr. Ing. Venduly Sochorové ve věci

žalobců: a) **DAFE – PLAST Jihlava, s. r. o.**
sídlem Resslerova 1046, Polná
zastoupeného advokátem JUDr. Petrem Novotným, Ph.D.
sídlem Platněřská 2, Praha 1

b) **SULKO s. r. o.**
sídlem Československé armády 981/41, Zábřeh
zastoupeného advokátem JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D.
sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1

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

za účasti: **Z/C/H Legal, v. o. s., advokátní kancelář, insolvenční správce
dlužníka OSF 2000, s. r. o., v konkurzu**
sídlem Národní 973/41, Praha 1

**o žalobách proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 13. 5. 2019, čj. ÚOHS-
R42,43,44/2018/HS-12981/2019/310/MDo**

takto:

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

IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalovaný zahájil dne 8. 11. 2016 správní řízení ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, se žalobci a společností OSF 2000, s. r. o., IČ: 25038192 (dále jen „OSF“). Žalovaný měl podezření, že uvedené tři společnosti jednaly ve vzájemné shodě nebo dohodě spočívající v koordinaci účasti nebo v koordinaci nabídek ve výběrovém řízení (tzv. bid-rigging) k veřejné zakázce „Výměna otvorových výplní na objektech Libereckého kraje resortu školství, mládeže, tělovýchovy a sportu“, jejímž zadavatelem byl Liberecký kraj (dále jen „Výběrové řízení“).
2. Rozhodnutím ze dne 27. 2. 2018, čj. ÚOHS-S0694/2016/KD-06045/2018/851/TSl uznal žalovaný oba žalobce a společnost OSF vinnými z toho, že v blíže neurčeném období přede dnem 18. 5. 2012 koordinovali účast a nabídky do Výběrového řízení a to tak, aby z nich nejvýhodnější nabídku podal žalobce b), a takto sladěné nabídky u administrátora zakázky podali. Jednali tak ve vzájemné shodě, čímž ovlivnili výsledek Výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu výroby, distribuce a montáže oken a dveří – tím porušili zákaz v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže (výrok I.). Žalovaný ve výroku II. žalobcům plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě do budoucna zakázal. Ve výroku III. uložil žalovaný žalobci a) pokutu ve výši 4 878 000 Kč, výrokem IV. pokutu společnosti OSF ve výši 337 000 Kč a výrokem V. pak žalobci b) pokutu ve výši 15 626 000 Kč. Posledním výrokem VI. pak žalovaný uložil všem třem povinnost uhradit náklady řízení ve výši 2 500 Kč každý (dále jen „rozhodnutí o pokutě“).
3. Rozklady žalobců proti citovanému rozhodnutí o pokutě zamítl předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví (dále též „odvolací rozhodnutí“ nebo „napadené rozhodnutí“). Proti němu brojí žalobce a) u Krajského soudu v Brně žalobou podanou dne 18. 6. 2019 (zaevidována pod sp. zn. 30 Af 44/2019). Žalobce b) podal proti napadenému rozhodnutí rovněž žalobu ke zdejšímu soudu dne 4. 7. 2019 (zaevidována pod sp. zn. 30 Af 47/2019). Usnesením ze dne 12. 8. 2019, čj. 30 Af 44/2019 - 84 rozhodl krajský soud o spojení obou těchto žalob ke společnému projednání s tím, že nadále budou vedeny pod sp. zn. 30 Af 44/2019.

II. Argumentace žalobců

Nepřezkoumatelnost

4. Oba žalobci navrhují napadené rozhodnutí zrušit v první řadě proto, že je považují za nepřezkoumatelné.
5. Žalobce a) tuto vadu spatřuje v tom, že se žalovaný v rozhodnutí o pokutě dostatečně nevypořádal s jeho připomínkami a výhradami v závěrečném vyjádření ze dne 25. 1. 2018 ohledně skutečností svědčících v jeho prospěch, zejména těch, které vyplývají z řízení vedeného Policií ČR. Výši uložené pokuty pak žalovaný *de facto* nijak neodůvodnil, neboť jím uvedené důvody jsou zcela obecné a nekonkrétní. I to způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
6. Žalobce b) namítá, že předseda žalovaného nevypořádal řadu jeho rozkladových námitek vůbec, mnohé vypořádal prostým odkazem na prvostupňové rozhodnutí. Absence řádného odůvodnění zakládá nepřezkoumatelnost rozhodnutí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 7. 2009, čj. 9 As 71/2008 - 109).

7. Předseda se nevypořádal v prvé řadě s námitkou o nezpřístupnění spisu předběžného šetření pod sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD. Žalovaný nežurnalizoval spis předběžného šetření do spisu správního a žalobce tak neměl možnost ověřit, které jeho části se staly součástí správního spisu a zda spis předběžného šetření neobsahuje nějaká tvrzení či důkazy, svědčící v jeho prospěch. Z judikatury správních soudů ovšem plyne, že žalovaný je povinen všechny získané podklady a informace ve vztahu k předmětu řízení zpřístupnit – není oprávněn je selektovat (k tomu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 3. 2016, čj. 2 As 241/2015 - 39 a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 9. 2015, čj. 8 Af 8/2014 - 44). Toto pochybení žalovaného je o to závažnější, že vedl dvě předběžná šetření. To dovozuje žalobce z různých spisových značek na některých listinách. Ze správního spisu přitom není zřejmé, zda žalovaný skutečně vedl dvě šetření, co bylo jejich předmětem a co z nich žalovaný dovodil. Takový postup porušuje zásadu rovnosti zbraní – mezi procesním postavením účastníků správního řízení a správního orgánu by neměl vznikat výrazný nepoměr.
8. Žalobce b) dovozuje nepřezkoumatelnost dále z toho, že předseda žalovaného se nevypořádal s námitkou o obsahových rozporech ve správním spisu, kdy s některými nabídkami a podklady ve správním spisu někdo manipuloval. Správní spis obsahuje podklady, které uvádí odlišný čas poslední změny dokumentů předložených žalobcem a) a společností OSF, než o jaký je opřeno rozhodnutí o pokutě. Poukazuje na dokument P05-1430-CNSZč_Turnov_28ýjna_1390, u kterého je na č. l. 2250 správního spisu čas poslední změny 8:40:20 h, na č. l. 2186 správního spisu pak čas 9:41. Žalovaný však vůbec nevysvětlil, proč správní spis obsahuje ve vztahu k jednomu dokumentu různé časy – nevysvětlil ani, proč se žalovaný přiklonil k dřívějšímu času úpravy dokumentu.
9. Nepřezkoumatelnost konečně vidí žalobce b) i v tom, že se žalovaný vůbec nezabýval absencí ekonomické motivace žalobce – podle soutěžně právní doktríny totiž absence ekonomické opodstatněnosti určitého jednání vnáší výrazný prvek pochybností do příběhu žalovaného. Nabídka žalobce zcela odpovídala situaci na trhu, kdy žalobce b) patří mezi levnější dodavatele, zatímco žalobce a) mezi dražší a společnost OSF není vůbec primárně dodavatelem a dodávky zajišťuje přes subdodavatele, což opět zvyšuje ceny. Teorie újmy u bid-riggingových dohod vychází z premisy, že protisoutěžní jednání obvykle vede k předražování veřejných zakázek a tím k poškození veřejných rozpočtů, což se však v posuzovaném případě nestalo, právě naopak. Žalobce však podal nabídku o 15 mil. Kč, resp. o 20 mil. Kč nižší než ostatní účastníci a dokonce nižší, než byla očekávaná hodnota zakázky dle zadavatele.

Procesní vady

10. Dále oba žalobci namítají různá procesní pochybení žalovaného. Žalobce a) se domnívá, že postihované jednání je ve výroku I. rozhodnutí o pokutě vymezeno zcela nedostatečně a neodpovídá obecným požadavkům správního trestání. Předmětné řízení před žalovaným je řízením v oblasti správního trestání. Proto rozhodnutí sankční povahy, které je jeho výsledkem, musí obsahovat i jednoznačný popis skutku (k tomu žalobce odkazuje na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, sp. zn. 6 A 126/2002 a ze dne 31. 5. 2007, čj. 8 As 17/2007 - 135. Z rozhodnutí o pokutě nelze dovodit, kterým konkrétním jednáním měli účastníci řízení porušit zákaz dohod mezi soutěžiteli. Již s ohledem na to, že žalovaný ve vymezení jednání používá zcela vágní formulaci, že „*koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku*“, je rozhodnutí o pokutě nezákonné. Uvedenou formulaci použil žalovaný i proto, že se mu v řízení nepodařilo zjistit ani prokázat jakoukoliv formu dohody či jednání ve shodě. Zcela absentuje i vymezení místa, kde mělo k postihovanému jednání dojít, ačkoli i tato okolnost je nezbytnou součástí výroku. Uvedená situace pak způsobuje nejistotu účastníků řízení, jaké jednání je jim vlastně kladeno za vinu.
11. Podle žalobce b) zase žalovaný nezákonně zahájil správní řízení, neboť v okamžiku zahájení nedisponoval důvodným podezřením na spáchání kartelového jednání – řízení tak žalovaný

zahájil na základě své libovůle, což je nepřípustné s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2004, čj. 5 A 1/2001 - 56. Žalovaný zahájil řízení na základě přípisu ze strany Policie ČR, který však neobsahoval žádné indicie nasvědčující možnému uzavření protisoutěžní dohody. Navíc Policie ČR ani neuvažovala, že by do případné kartelové dohody měl být zapojen žalobce b), neboť v žádosti o vyjádření zmiňuje pouze žalobce a) a společnost OSF. Zároveň tvrzená nestandardní podobnost nabídek, zejména cen, je účelovým tvrzením, kterým si žalovaný odůvodnil zahájení řízení. Tuto podobnost totiž dovozoval nikoliv ze shody cenových položek, ale z jejich nepravidelné indexace. Indexy jsou přitom takového charakteru, že žalovaný musel provést detailní matematickou analýzu – nebyly patrné na první pohled. Správní řízení zahájil žalovaný dne 8. 11. 2016, ke kterému však neobsahoval správní spis žádný podklad, ze kterého by mohl žalovaný dovodit podobnost položkových cen nabídnutých účastníky. Analýza, která uvedené mohla prokázat, byla do spisu vložena 27. 9. 2017, tedy téměř jeden rok po zahájení správního řízení.

12. Dále spatřuje žalobce b) nezákonný procesní postup v již zmíněném nezpřístupnění spisu předběžného šetření. Žalovaný selektivně převzal některé podklady z trestního spisu vedeného Policií ČR do spisu správního, aniž by bylo zřejmé, z jakého důvodu převzal právě tyto dokumenty (viz předávací protokol Policie ČR ze dne 23. 3. 2016, čj. OKFK-2276/TČ-2013-252201). Žalobce nemohl ověřit, zda trestní spis neobsahoval podklady, které by mohly svědčit v jeho prospěch. Podle žalobce měly být do správního spisu zařazeny všechny podklady z trestního spisu, které přímo souvisely s předběžným šetřením žalovaného – nestalo se tak přinejmenším v případě sdělení žalovaného v odpověď na žádost Policie o součinnost. Dále měl žalovaný řádně vysvětlit, proč se některé podklady staly součástí správního spisu a jiné nikoli – o své komunikaci s Policií a nahlížení do trestního spisu měl pořídit úřední záznam. V poslední řadě pak měl být žalobci zpřístupněn alespoň obsah trestního spisu, aby byl schopen posoudit, zda se v něm mohou nacházet podklady a informace svědčící v jeho prospěch – bez tohoto přehledu nebyl schopen Policii zdůvodnit, proč je pro ochranu jeho subjektivních práv nezbytné do trestního spisu nahlédnout. Nad rámec žaloby pak ve své replice žalobce b) uvádí, že žalovaný v jiné věci (Rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 31. 10. 2018, čj. ÚOHS-R0001/2018/TS-31480/2018/310 ve věci Globus) uvedl, že spis předběžného šetření by měl být považován za materiální součást spisu správního řízení a účastníkovi musí být umožněno nahlédnout do celého správního spisu předběžného šetření. Žalobci však nebyl spis předběžného šetření vůbec zpřístupněn. Tuto námitku přitom uplatnil již v rozkladu, nikoliv až v žalobě.

Nesprávně zjištěný skutkový stav

13. Pokud jde o věcné posouzení, žalobce a) shledává v obou rozhodnutích zásadní rozpor se zjištěným skutkovým stavem, který je postaven pouze na subjektivních zjištěních žalovaného, jež nemají objektivní povahu vycházející z konkrétních důkazů. Namítá, že skutkový stav je postaven pouze na třech důkazech: (i) podrobná analýza položkových rozpočtů u všech objektů – provedená žalovaným, (ii) vyhodnocení nesrovnalostí v položkových rozpočtech – provedené žalovaným, a (iii) vyhodnocení obsahových podobností v nabídkách uchazečů a elektronických dokumentů, resp. elektronických verzí dokumentů jakožto příloh nabídek uložených na CD – provedené žalovaným. Kromě těchto subjektivních analýz žalovaného pak nemá rozhodnutí o pokutě žádnou oporu v objektivních skutečnostech či důkazech, které by prokazovaly vytýkané jednání. Není ničím prokázáno, že by žalobce jednal ve vzájemné shodě s ostatními účastníky řízení a tuto dohodu realizoval. Jednání ve vzájemné shodě nelze prokazovat konstatováním, že takové jednání nelze racionálně zdůvodnit jinak, než předchozím kontaktem. Zvláště za situace, kdy nebyl žádný takový předchozí kontakt mezi žalobcem a ostatními účastníky prokázán. Žalovaný ignoruje požadavky na prokazování jednání ve vzájemné shodě, jak je definuje judikatura (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 2. 2005, čj. 2 A 18/2002 - 58 a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 1. 2009, čj. 62 Ca 43/2007 - 216). Z nich vyplývá,

že aplikovat § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže lze pouze na řádně a úplně zjištěné konkrétní skutečnosti o kontaktech mezi soutěžiteli a koordinaci jejich jednání. Opakuje, že nebylo vůbec prokázáno, že žalobce vedl ohledně své nabídky do Výběrového řízení s ostatními účastníky jakákoli jednání, ať již přímá či nepřímá, anebo že by s nimi jednal ve vzájemné shodě a koordinoval či sladřoval nabídky. Žalovaný ani neprokázal žádnou formu kontaktu (e-mail, telefonicky, osobní, aj.) mezi žalobci.

14. Žalovaný dále podle žalobce a) používá judikatorní závěry, které však věcně nepřiléhají na projednávanou otázku. Nyní totiž závěry žalovaného stojí pouze na jeho subjektivních závěrech, aniž by byly podpořeny relevantními důkazy, které v obdobných případech „bid-riggingová“ judikatura vyžaduje. Žalobce proto nezpochybnuje obecné závěry o tom, že dohoda soutěžitelů nemusí být písemná, nebo to, že formou dohody může být i sladřování, které může mít rozmanitou formu: od zpracování společného plánu až po pouhou výměnu informací. Žalobce zpochybnuje to, že rozhodnutí o zakázaných dohodách spočívajících v koordinaci činnosti při tendrech nemůže vycházet výlučně z vlastních zjištění žalovaného. Nelze činit žádné závěry o případné dohodě, aniž by byla ve vztahu žalobci prokázána jediná skutečnost, týkající se záměru nebo cíle společného jednání účastníků či jakýkoliv projev vůle, směřující k unifikaci budoucího soutěžního chování (k tomu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 12. 2014, čj. 2 Afs 80/2012 - 189).
15. Pokud jde o ony podobnosti v nabídkách, analýza žalovaného podle žalobce a) nezohledňuje důležité okolnosti. Všechny nabídky byly totiž dle zadávací dokumentace postaveny na použití shodného výchozího systému, resp. profilu Rehau 115 – 4K. Žalovaný rovněž opomíjí, že všichni uchazeči předmětné veřejné zakázky využívali subdodávek od subdodavatelů, zejména pro parapety, větrací systémy a žaluzie. Tito subdodavatelé přitom mohli být stejní pro dva i více uchazečů. Nakupované pozice od subdodavatelů potom uchazeči mohli převzít bez větších úprav do svých nabídek. Vzhledem k tomu, že cenové nabídky a cenové relace subdodavatelů se vždy vztahovaly k určitému období, nelze ani dnes ověřit či vyloučit možnost, že pro danou poptávku předložil subdodavatel cenovou nabídku pro více uchazečů o řešenou veřejnou zakázku. Použitím shodných cenových nabídek subdodavatelů pak může vysvětlit podobnost nabídek uchazečů o veřejnou zakázku. Výběr potencionálních subdodavatelů byl velmi úzký a žalobce předpokládá, že jak on, tak jiní uchazeči, oslovili stejné subdodavatele. S ohledem na vadně zjištěný skutkový stav pak neobstojí právní závěry žalovaného. Z obou rozhodnutí je zřejmé, že žalovaný dovozuje účast žalobce na údajné dohodě z toho, že podobnost nabídek všech zúčastněných není zdůvodnitelná jinak, než předchozí vzájemnou komunikací. Žalovaný dovozuje odpovědnost žalobce za správní delikt jen z toho, že subjektivně shledal čtyři podobnosti v nabídkách účastníků. Srovnání nabídkového rozpočtu společnosti FREEZART PLUS a. s. (dále jen „Freezart“) s nabídkou žalobce neobstojí, neboť nešlo o závaznou nabídku společnosti Freezart, když tato nesplňovala základní kvalifikační předpoklady a její nabídka nemohla být z tohoto a dalších důvodů vůbec zohledňována.
16. Ve své replice pak žalobce a) blíže rozvádí a vysvětluje, čím mohla být dána podobnost nabídek. Uvádí, že uchazeči používali shodný materiál – REHAU. Zadavatel totiž stanovil výchozí požadavek veřejné zakázky tak, že jej splňoval pouze systém REHAU a rám 115 – 4k. Jediným dodavatelem výše uvedeného materiálu je společnost REHAU s. r. o. a proto materiálový vstup byl pro všechny účastníky zadávacího řízení stejný. Dále žalobce poukazuje na to, že účastníci používali shodný software, systém Klaes, což je kalkulační program a pokud si jeho uživatel nezmění standardní nastavení, mají identické schéma výpočtu, resp. kalkulace ceny výrobku. Ceny materiálu pak dodala v digitální podobě již zmíněná společnost REHAU a to přímo do programu Klaes. K cenám příslušenství (tzv. doplňků) již žalobce uvedl, že podobnost mohla být dána shodnými subdodavateli. Tyto a jiné námitky však žalovaný bagatelizuje a nedůvodné odmítá.

17. Závěrem ke skutkovému stavu žalobce a) namítá, že žalovaný pominul skutečnosti, které vyplývají z předchozího trestního řízení vedeného orgány Policie ČR a svědčí ve prospěch žalobce. Již od zahájení správního řízení žalobce upozorňoval na to, že z podkladů a spisu vedeného Policií ČR nevyplývá jediná relevantní skutečnost, která by zakládala důvodné podezření, že se žalobce účastnil ovlivňování nebo manipulace předmětné veřejné zakázky. Žalovaný selektivně z podkladů Policie ČR využívá jen ty, které podle něj prokazují závěry o údajném zapojení žalobce do sladování nabídek. Jiné skutečnosti, svědčící ve prospěch žalobce, žalovaného nezajímaly. S touto námitkou se žalovaný nevypořádal dostatečným způsobem. Zjištění Policie ČR svědčí o tom, že žalobce se ničeho nedopustil.
18. Obdobně i žalobce b) k jádru věci upozorňuje, že žalovaný neprokázal protisoutěžní jednání, které mu vytýká. Pro odpovědnost podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže je totiž nutné prokázat existenci kontaktů mezi účastníky – v tom žalovaný selhal. I údajné pochybnosti o obsahových shodách v nabídkách nejsou důvodné. Tyto údajné pochybnosti přitom nikdy neplatí vůči všem třem nabídkám současně, ale vždy pouze vůči dvěma z nich. Případné pochybnosti pak lze zcela racionálně vysvětlit. Podobnost technických zpráv žalobce b) a společnosti OSF je dána předchozí intenzivní spoluprací, neboť OSF není primárním dodavatelem otvorových výplní a tyto položky často poptává u ostatních dodavatelů, vč. Žalobce b). Společnost OSF tak mohla jako výchozí dokument použít technickou zprávu žalobce b) a tu upravit. Jednotlivé objekty jsou v nabídkách uchazečů řazeny odlišně. Podobné grafické prvky a chyby v nabídkách se vztahují pouze na nabídky žalobce a) a OSF – tyto nijak neprokazují účast žalobce b) na údajné koordinaci. Dále jsou absurdní úvahy žalovaného, že na CD nosičích je u vlastností dokumentů s položkovými rozpočty shodně uveden autor poslední změny, a to OEM. Zkratka OEM však pouze znamená, že se jedná o nepřenositelnou licenci software, která je využívána pro počítačové programy předinstalované na nově zakoupených zařízeních. Nejde tak o identifikaci konkrétního uživatele, jak se mylně domnívá žalovaný. Stejně tak časy úprav dokumentů nic neprokazují, jelikož žalobcovu údajnému jednání chybí ekonomické opodstatnění. Žalobce uzavírá, že žalovaný neprokázal předchozí kontakty mezi účastníky řízení. Dle judikatury je možné, aby žalovaný prokázal existenci protisoutěžního jednání i bez přímých důkazů. Musí však dostat vyššímu důkaznímu standardu a vytvořit dostatečně ucelený příběh, který nepřipouští alternativní vysvětlení.

Výše uložené pokuty

19. Pokud jde o uloženou pokutu, žalobce a) namítá, že mu žalovaný uložil velmi výraznou finanční sankci za jednání, které je skutkově nejen neurčité, ale i zavádějící a právně neuchopitelné.
20. Taktéž žalobce b) poukazuje na to, že uložená pokuta byla uložena v rozporu se zákonem a má pro něj zcela likvidační účinky. Žalovaný nesprávně stanovil základ pro výpočet pokuty, neboť vycházel z celkové hodnoty prodeje žalobce na trhu výroby, distribuce a montáže oken a dveří, vč. jejich příslušenství, za rok 2012 na území České republiky. Podle žalobce však měl žalovaný při výpočtu pokuty vycházet z obratu ze zboží dotčeného údajným protisoutěžním jednáním, tedy obrat z prodeje zboží anebo služeb, jichž se narušení soutěže mělo přímo či nepřímo dotýkat. To vychází nejen z unijních předpisů [Pokyny pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003], ale také z rozhodovací praxe soutěžních úřadů v jiných evropských zemích (např. Maďarsko a Slovensko). Žalovaný tak měl zohlednit obrat odpovídající hodnotě veřejné zakázky, který činil 69 696 917, 31 Kč (vítězná nabídka). Žalovaný však nesprávně vyšel z částky přesahující 620 mil. Kč, což je celkový obrat žalobce b) na relevantním trhu. K tomu žalobce uvádí několik rozhodnutí Soudního dvora EU a Komise, ze kterých je patrné, že při výpočtu pokuty se nesmí započítávat do základní částky ty prodeje, které nejsou ovlivněny protisoutěžní dohodou.
21. Při výpočtu pokuty vycházel žalovaný podle žalobce b) z nepřiměřeně vysokého koeficientu času. Pokud protisoutěžní jednání nepřevyšuje délku jednoho roku, stanoví žalovaný koeficient času

vždy na hodnotu 1. Praktickým důsledkem toho je, že dohody narušující soutěž, z nichž jedna trvala několik dnů či týdnů a druhá celý rok, jsou trestány stejně. Odkazuje na rozsudky Tribunálu, ve kterých tento orgán zdůvodnil, že i navzdory existenci odlišné metodiky pro výpočet pokuty by měl soutěžní úřad zohlednit skutečnou délku trvání protisoutěžního jednání, a to v souladu s principy proporcionality a rovného zacházení. Maximální délka trvání nyní řešené protisoutěžního jednání mohla být 37 dní – od vyhlášení veřejné zakázky do podání nabídek. Jde o 10 % z celého kalendářního roku. Užitím koeficientu 1 tedy žalovaný navýšil dobu trvání údajného správního deliktu o téměř 11 měsíců a stanovil nepřiměřeně vysokou pokutu. Ta je pro žalobce b) zcela likvidační. Žalovaný povrchně vyšel z účetních závěrek žalobce za roky 2016 a 2017, i když rozhodnutí vydal v roce 2019. Žalobce velmi podrobně popisuje své ekonomické vztahy, financování, případný úpadek v důsledku placení uložené pokuty a jeho vliv na zaměstnance, stát a dodavatele.

22. Žalobce b) závěrem žádá krajský soud, aby alespoň moderoval uloženou pokutu na částku 2 250 000 Kč v případě, pokud jeho žalobě nevyhoví.

III. Argumentace žalovaného

23. Žalovaný navrhuje podanou žalobou zamítnout. Žalovaný nepovažuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné, není povinen vyvracet všechny dílčí námitky. Žalobci měli možnost se seznámit se všemi podklady napadeného rozhodnutí, proto je nedůvodná námitka o nekompletnosti a selekci správního spisu. Pokud jde o nezpřístupnění spisu sp. zn. P 538/2015/KD, žalobce v průběhu správního řízení vůbec nenamítal, že by mu žalovaný přístup do tohoto spisu odmítl. Spis předběžného šetření sp. zn. ÚOHS-P0356/2016/KD je z roku 2016 a nejsou v něm logicky žurnalizovány originály dokumentů z roku 2015. Žalovaný tak do něj překopíroval jen relevantní dokumenty z předchozího spisu předběžného šetření. Ani námitka selektivního výběru podkladů ze spisu Policie ČR není důvodná, neboť šetření Policie ČR je širší než to, které prováděl žalovaný. Logicky tak nemohl převzít všechny dokumenty z policejního spisu, jelikož se část z nich nevztahovala k nyní řešené věci.
24. Žalovaný měl v době zahájení řízení mimo jiné nabídky účastníků do Výběrového řízení, ze kterých byl patrný cenový vzorec a další podobnosti. Zahájení správního řízení tak bylo důvodné a zákonné.
25. Pokud jde o vytýkané jednání, žalovaný poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2013, čj. 62 Af 61/2011 - 245, podle kterého existují dva důvody, kterými žalovaný může prokázat uzavření zakázané bid-riggingové dohody. Jedním z nich je, že došlo ke shodnému či nápadně podobnému jednání, jež není racionálně jinak zdůvodnitelné, než jednáním ve vzájemné shodě – předchozí soutěžně-protiprávní kontakty se presumují. Tyto závěry vyplývají i z jiných rozsudků Krajského soudu v Brně (ve věcech sp. zn. 62 Af 71/2012 a sp. zn. 30 Af 13/2017). Je i nedůvodná námitka, že absentovala ekonomická motivace k uvedenému jednání. Žalovaný zdůvodnil, že prospěch soutěžitele ze zakázaného jednání nemusí nutně spočívat ve zvýšení výnosů – podstatou bid-riggingových dohod je vyloučení hospodářské soutěže mezi uchazeči a zvyšují tak jistotu, se kterou bude určitého výnosu dosaženo.
26. Žalovaný dále uvádí, že podobnosti v technických zprávách účastníků řízení svědčí ve prospěch existence bid-riggingové dohody, byť tato okolnost sama o sobě nepostačuje k závěru o existenci takové dohody. Vlastnosti elektronických dokumentů také nebyly jediným důkazem a i bez nich lze učinit závěr o spáchání vytýkaného jednání.
27. Uložené pokuty považuje za zákonné a přiměřené. Názor žalovaného k interpretaci „hodnoty tržeb za zboží nebo služby, které přímo nebo nepřímo souvisejí s protiprávním jednáním“ potvrzuje judikatura. Pokud by žalovaný vycházel z hodnoty jediné zakázky, byla by nesouměřitelná s celkovým obrátem žalobců na dotčeném trhu a jako taková by byla zanedbatelná v jejich sféře. I koeficient času uplatnil žalovaný správně a v souladu se svými

Zásadami postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Konkrétní délku trvání deliktu žalovaný zohledňuje až v případě, kdy trvá déle než jeden rok, neboť časové hledisko nemusí vždy zcela odrážet intenzitu zásahu do soutěže na relevantním trhu. Žalovaný také odmítá, že by uložena pokuta byla likvidační.

IV. Řízení před krajským soudem

28. Ve věci proběhlo dne 16. 12. 2021 z iniciativy soudu ústní jednání podle § 49 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Na jednání provedl soud dokazování následujícími důkazními prostředky:
- spisem žalovaného vedeným pod sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD, který obsahuje komunikaci žalovaného s Policií ČR, Útvarem pro odhalování korupce a finanční kriminality SKPV, Expoziturou Ústí nad Labem, Oddělením odhalování a vyšetřování, v době od 17. 5. 2015 do 24. 2. 2016 (zapůjčen žalovaným na výzvu soudu, zástupci obou žalobců využili před jednáním možnosti do něj nahlédnout)
 - vyjádřením jednatele společnosti KLAES k možnosti obdobných cenových výstupů z programu KLAES, nedatováno, dle údajů zástupce žalobce a) je ze dne 15. 10. 2020 (č. l. 142-143 soudního spisu)
 - zopakování důkazu vlastnostmi elektronických dokumentů s položkovými rozpočty žalobce a) a společnosti OSF – čas poslední úpravy (č. l. 1664 a 1666 správního spisu)
 - doklady o majetkové situaci žalobce b), které soudu předložil (č. l. 102-123, 142-163, 213-279, 284, 287-290, 294-297, 299-303 soudního spisu sp. zn. 30 Af 47/2019)
 - výroční zpráva žalobce b) za rok 2019 založená ve sbírce listin obchodního rejstříku (č. l. 187-200 soudního spisu)
29. Soud umožnil žalobcům se k těmto důkazům vyjádřit a zejména navrhnout přečtení listin ze spisu obsahujícího komunikaci žalovaného s Policií ČR, jež by měly svědčit v jejich prospěch. Žalobci označili pouze vyjádření žalovaného pro Policii ČR ze dne 26. 5. 2015. Podle jejich názoru z něj vyplývá, že tytéž podklady, které žalovaný v tomto vyjádření označil za zcela nedostatečné indicie pro to, aby mohl vyslovit názor, že došlo mezi žalobci a společností OSF k zakázané dohodě, vedly později bez jakýchkoliv doplnění k zahájení správního řízení a dokonce na nich žalovaný vystavěl i konečný závěr o vině všech tří účastníků řízení.
30. Krajský soud na jednání zamítl návrhy důkazů žalobce b) články z médií, které měly prokazovat předpokládaný nepříznivý vývoj české a světové ekonomiky, neboť podle názoru soudu nebyly způsobilé prokázat skutečnosti, jež by byly pro posouzení věci relevantní. Likvidačnost pokuty nelze odvozovat ze skutečností, jež mají teprve po jejím uložení nastat, tím méně pak z předpokládaného, avšak nejistého budoucího makroekonomického vývoje.

V. Posouzení věci krajským soudem

31. Žaloby **nejsou důvodné.**

Skutková zjištění

32. Soud nejprve stručně nastíní skutkový stav, jak vyplynul z napadeného rozhodnutí, ze správního spisu (v němž soud ověřoval skutečnosti, které byly mezi stranami sporné) a z dokazování před soudem, a to jen v rozsahu potřebném pro následné právní posouzení věci.

33. Dne 17. 5. 2015 obdržel žalovaný od součásti Policie ČR, Útvaru pro odhalování korupce a finanční kriminality SKPV, Expozitura Ústí nad Labem, Oddělení odhalování a vyšetřování (dále jen „Policie ČR“) „Žádost o vyjádření k veřejné zakázce“ dle § 8 odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (dále jen „trestní řád“), č. j. OKFK-2276-77/TČ-2013-252201. Policie ČR žalovaného požádala o posouzení krycích listů nabídek žalobce a) a společnosti OSF, dále o právní posouzení, zda subjekt, který provedl předběžné necenění veřejné zakázky [za nějž Policie ČR označuje žalobce b)] je oprávněn se následně takové veřejné zakázky zúčastnit a dále o posouzení zadávací dokumentace pro potřeby vedeného přípravného řízení ohledně možného uzavření kartelové dohody. Jako přílohu své žádosti přiložila Policie ČR nabídky žalobců a společnosti OSF včetně zadávací dokumentace.
34. Dne 26. 5. 2015 žalovaný odeslal Policii ČR „Sdělení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“, čj. ÚOHS-P538/2015/KD-12293/2015/851/ZKr, ze kterého plyne, že žalovaný provedl podrobnou analýzu nabídek žalobců a společnosti OSF, přičemž zjistil v některých částech nabídek vysokou míru podobnosti, jež byla později zmíněna i v rozhodnutí o pokutě. Žalovaný upozornil Policii ČR zejména na grafické chyby a podobnost technických zpráv mezi žalobcem b) a společností OSF, zároveň ale uvedl, že tyto skutečnosti samy o sobě nemohou svědčit o spolupráci uchazečů ve Výběrovém řízení. Žalovaný dále provedl podrobnou analýzu položkových rozpočtů, kdy Policii ČR upozornil na existenci cenových vzorců mezi nabídkovými cenami nabídek. I v tomto případě žalovaný uvedl, že i když je existence cenových vzorců považována za významnou indicii svědčící o uzavření kartelové dohody, není možné vyloučit jiný objektivní důvod cenových vzorců bez analýzy dalších informací, které však žalovaný neměl k dispozici a k jejichž získání by bylo nutné zahájit řádné správní řízení. Ohledně možnosti účasti subjektu, který předběžně nacenil veřejnou zakázku, v zadávacím řízení žalovaný uvedl, že dle judikatury Soudního dvora Evropské unie i ustálené rozhodovací praxe žalovaného je to za splnění určitých podmínek přípustné.
35. Policie ČR následně dne 13. 10. 2015 požádala žalovaného o součinnost při dalším postupu v trestním řízení ve formě součinnostní schůzky. Soud ze spisu dovozuje, že dne 19. 10. 2015 proběhla neformální schůzka mezi žalovaným a Policií ČR za účelem organizace dalšího postupu v trestním řízení. Následně dne 23. 10. 2015 Policie ČR požádala žalovaného o zaslání analýzy položkových rozpočtů nabídek žalobců a společnosti OSF, což žalovaný učinil dne 26. 10. 2015. Ze správního spisu následně vyplývá, že Policie ČR věc odložila a odevzdala žalovanému jako příslušnému orgánu pro projednání přestupku v souladu s § 159a odst. 1 písm. a) trestního řádu ve formě „Zaslání poznatku k veřejné zakázce Libereckého kraje č. 5/OR/2012“ ze dne 24. 2. 2016.
36. Žalovaný požádal Policii ČR o součinnost podáním ze dne 7. 3. 2016, č. j. ÚOHS-P0356/2016/KD-08950/2016/851/ZSt, konkrétně o možnost nahlédnutí do trestního spisu o předběžném řízení, poskytnutí kopií dokumentů a osobní konzultace v sídle žalovaného. Soud ze spisu dovozuje, že někdy v průběhu března 2016 žalovaný nahlédl do policejního spisu, neboť Policie ČR poskytla požadované dokumenty dne 23. 3. 2016 a doplnila je o další informace dne 19. 9. 2016. Žalovaný poté zahájil dne 8. 11. 2016 správní řízení, jehož účastníky byli žalobci a společnost OSF, na základě podkladů postoupených Policií ČR.
37. Veřejná zakázka, které se řízení týkalo, byla zadána formou otevřeného řízení. Šlo o výměnu otvorových výplní ve vybraných školách a školských zařízeních, zadávací dokumentaci obdrželo celkem 25 společností a předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla 82 mil. Kč bez DPH. Lhůta pro podání nabídek končila 18. 5. 2012, 12:00h – v poslední den lhůty byly podány celkem 3 nabídky, a to nabídka žalobce a) v 9:08 hod s nabídkovou cenou 88 587 922,22 Kč bez DPH, nabídka žalobce b) v 9:53 hod s nabídkovou cenou 69 696 917,31 Kč bez DPH a nabídka společnosti OSF v 10:33 hod s nabídkovou cenou 84 652 824,75 Kč bez DPH. Vítězem veřejné zakázky se stal žalobce b).

38. Žalovaný založil napadené rozhodnutí o vině ze spáchání přestupku na nepřímých důkazech, které měly tvořit ucelený provázaný logický řetězec, jenž nelze vysvětlit jiným způsobem, než že žalobci a) a b) společně se společností OSF jednali ve vzájemné shodě a koordinovali svoji účast a nabídky do výběrového řízení na veřejnou zakázku.
39. První okruh skutkových zjištění, jež mají podle žalovaného tvořit důkazní řetězec, vychází z porovnání nabídek všech tří uchazečů. Každá nabídka byla rozdělena do tří částí, přičemž tyto části byly u každé nabídky totožně řazeny a strukturovány (bod 27 rozhodnutí o pokutě).
40. Druhá část nabídek vždy obsahuje podrobnou cenovou kalkulaci ke každému objektu, kterých bylo celkem 11, s položkovým rozpočtem jednotlivých pozic, kterých bylo celkem 361. Každá z pozic obsahuje položky: otvorová výplň včetně montáže, parapet vnitřní včetně montáže, parapet venkovní včetně montáže, žaluzie včetně montáže, větrací systém včetně montáže, zednické zapravení, demontáž, likvidace. Při přezkumu podaných nabídek žalovaný zjistil, že mezi cenami všech tří uchazečů existuje určitý vzájemný poměr, tzv. cenový vzorec. Tento vzorec se opakuje se u všech pozic všech objektů v celé veřejné zakázce (body 29, 122-124, 90 rozhodnutí o pokutě, body 99-123 rozkladového rozhodnutí).
41. Mimo struktury nabídky a cenového vzorce, které jsou společné všem třem uchazečům o veřejnou zakázku, žalovaný dále zjistil určité obsahové shody v nabídkách žalobce a) a společnosti OSF. Vyskytují se v nich totožné chyby v součtech u ceny za jeden kus i u celkové ceny, přičemž u objektu Obchodní akademie, Hotelová škola a Střední odborná škola, Turnov, Zborovská 519, je pak chyba přímo v součtu souhrnu za tento objekt (bod 40 rozhodnutí o pokutě a bod 129 rozkladového rozhodnutí). Dále jsou v nabídkách žalobce a) a společnosti OSF na několika totožných místech na začátku strany uvedeny znaky „ - Kč, - Kč“, které musely být chybně vloženy do položkového rozpočtu, neboť tato chyba se nevyskytuje ve vzorech poskytnutých zadavatelem (body 41, 91 rozhodnutí o pokutě, bod 137 rozkladového rozhodnutí). V jiném směru jsou si pak podobné nabídky žalobce b) a společnosti OSF. V části „Technická zpráva“ se nachází některé totožné odstavce včetně grafického návrhu řešení, stejné nákresy a totožný překlep „Systémová lišta s jazýčkem“ (bod 42 rozhodnutí o pokutě, bod 138 rozkladového rozhodnutí).
42. Konečně i elektronické dokumenty všech tří účastníků vykazují dle žalovaného podobnosti. U dokumentů se smlouvou o dílo je ve vlastnostech v kolonkách Autor i Autor poslední změny uvedeno „OEM“, v dokumentech s položkovými rozpočty je uveden jako Autor poslední změny taktéž „OEM“ (body 44, 91 rozhodnutí o pokutě, bod 139 a násl. rozkladového rozhodnutí). U smluv o dílo je v kolonce Vytvořeno časový údaj 14. 5. 2012 15:42 hod shodný pro všechny tři účastníky (bod 44 rozhodnutí o pokutě, bod 140 rozkladového rozhodnutí).
43. Druhý okruh zjištění žalovaného, jež mají podporovat závěr o existenci bid-riggingové dohody, pak tvoří nejrůznější podezřelé okolnosti, jež žalovaný v průběhu řízení zjistil.
44. Žalovaný především upozornil, že není zřejmé, jak žalobce a) získal zadávací dokumentaci pro vytvoření své nabídky, když si ji prokazatelně nevyzvedl (body 18, 92 rozhodnutí o pokutě, bod 72 rozkladového rozhodnutí).
45. Žalobce b) (vítězný uchazeč o veřejnou zakázku) byl ze všech tří uchazečů jediný, který byl schopen uvést jména svých zaměstnanců, jež nabídku vypracovali (bod 23 rozhodnutí o pokutě). Zároveň byl také jediný, kdo měl v elektronických verzích svých položkových rozpočtů vyplněné jméno konkrétní osoby v kolonce Autor, ostatní uchazeči museli tuto kolonku cíleně vymazat (bod 44 rozhodnutí o pokutě, bod 140 rozkladového rozhodnutí).
46. Konečně jsou tu časové souvislosti. Dokumenty s položkovými rozpočty žalobce a) a společnosti OSF na sebe bezprostředně navazují časem úprav dne 18. 5. 2012, kdy údaje v kolonce „Naposledy upraveno“ u společnosti OSF jsou v rozmezí 8:39:06 hod do 8:42:08 hod a u žalobce a) téhož dne v rozmezí od 8:42:50 hod do 8:45:46 hod. (body 45, 91, 125 rozhodnutí o

pokutě, bod 140 rozkladového rozhodnutí). Všechny tři nabídky pak byly podány téhož dne 18. 5. 2012, tedy v poslední den lhůty, a to relativně krátce po sobě - žalobce a) v 9:08 hod, žalobce b) v 9:53 hod a společnost OSF v 10:33 hod (bod 19 rozhodnutí o pokutě).

47. Žalovaný uzavřel, že výše popsané skutečnosti nejsou rozumně zdůvodnitelné jinak, než předchozí vzájemnou komunikací, výměnou informací, kooperací či jiným projevem sladování nabídek mezi uchazeči o veřejnou zakázku. Z výše uvedeného dovodil žalovaný existenci bid-riggingové dohody mezi žalobci a společností OSF. Podstatou bid-riggingové dohody je vyloučení vzájemné hospodářské soutěže mezi uchazeči o zakázku. Žalobce a) a společnost OSF podali tzv. krycí nabídky, které neměly konkurovat nabídce žalobce b), jež veřejnou zakázku získal.
48. Dokazování provedené ve správním řízení doplnil soud na jednání, a to zejména spisem sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD, z něž vyplývá, jak probíhala komunikace žalovaného s Policií ČR před zahájením předběžného šetření. Dále soud provedl důkaz písemným vyjádřením jednatele společnosti KLAES z roku 2020, který popsal, za jakých okolností a z jakých důvodů mohou dospět dva uživatelé tohoto programu k obdobným cenám ve svých rozpočtech. Soud dokazoval též vlastnostmi (konkrétně časovým údajem o poslední změně) elektronických dokumentů s položkovými rozpočty žalobce a) a společnosti OSF uloženými na CD poskytnutými Libereckým krajem a založenými ve správním spise, přičemž z dokazování vyplynulo, který ze dvou časových údajů evidovaných v tzv. metadatech podléhá korekci na letní čas nastavené v operačním systému počítače a který nikoliv. Konečně soud doplnil dokazování též doklady o majetkové situaci žalobce b) v době vydání napadeného rozhodnutí, jež mu tento žalobce předložil.

Nepřezkoumatelnost

49. Nejprve se soud musel zabývat námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Její příčinou může být buď nesrozumitelnost, nebo nedostatek důvodů. V obou případech však platí, že je potřeba s tímto institutem zacházet obezřetně a vyhradit jeho užití pouze těm případům, kdy vady odůvodnění reálně brání soudu v tom, aby napadené rozhodnutí přezkoumal (ve vztahu k soudním rozhodnutím srov. k nesrozumitelnosti rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 4. 2013, čj. 6 Ads 17/2013 - 25, bod [19], k nedostatku důvodů pak usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 12. 2017, čj. 2 As 196/2016 - 123, č. 3668/2018 Sb. NSS, body [29] - [30]). Zejména je nutno zdůraznit, že správní orgán, stejně jako soud, není povinen vyvracet jednotlivě každou dílčí námitku, pokud své rozhodnutí jako celek logicky a přesvědčivě odůvodní (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 12. února 2009 sp. zn. III. ÚS 989/08, N 26/52 SbNU 247).
50. Žalobci své námitky stran nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí formulovali tak, že žalovaný vůbec nevypořádal některé důležité rozkladové námitky. V tom jim soud nemohl dát za pravdu, neboť postoj předsedy žalovaného ke všem námitkám žalobců je z jeho rozhodnutí zřejmý. Zda jsou důvody pro zamítnutí námitek také přesvědčivé, to už je otázka věcného hodnocení napadeného rozhodnutí.
51. V první řadě šlo o námitku žalobce a), že žalovaný nezohlednil v jeho prospěch skutečnosti vyplývající z šetření vedeného Policií ČR. Předseda žalovaného tu zcela správně odkázal na prvostupňové rozhodnutí (bod 73 rozkladového rozhodnutí), jelikož žalovaný v něm na tuto námitku přiměřeně reagoval. Upozornil, že žalobce a) nepoukazuje na jedinou konkrétní skutečnost, kterou by Policie ČR zjistila a která by jeho podíl na ovlivnění veřejné zakázky vylučovala (bod 108 rozhodnutí o pokutě). Stejně obecná zůstala tato námitka i podaném rozkladu. Dokonce ani v žalobě ji žalobce a) více nekonkretizoval. V doplnění žaloby uvedl pouze, že Policie neodhalila navzdory nasazení operativní techniky a podání vysvětlení od řady osob nic, co by o jeho zapojení do zakázané dohody svědčilo. Takto obecná námitka již na první

pohled nemůže obstát, neboť žalovaný zakládal své závěry na svých vlastních zjištěních, nikoliv na skutečnostech zjištěných Policií ČR.

52. Co se týká námitky obou žalobců, že žalovaný selektivně vybíral dokumenty z policejního spisu a zařazoval je do spisu správního, ani tato námitka nepředstavuje důvod nepřezkoumatelnosti. Předseda žalovaného se k ní, byť stručně, v napadeném rozhodnutí vyjádřil a vysvětlil, že rozsah šetření Policie ČR byl mnohem širší než rozsah šetření jeho úřadu (body 77, 78 rozkladového rozhodnutí). Žalobci přitom nepoukázali na existenci jediného dokumentu z policejního šetření, který by žalovaný záměrně opomenul do správního spisu zařadit.
53. Žalobci b) nelze přisvědčit ani v tom, že by se žalovaný úplně opomněl vypořádat s jeho námitkou, že tvrzené jednání nemělo pro něj žádný ekonomický smysl. I této problematice se žalovaný dostatečně věnoval již v prvostupňovém rozhodnutí, přičemž to tvoří s druhostupňovým jeden celek. Popsal, že smyslem celé akce bylo, aby žalobce b) veřejnou zakázku vyhrál, přičemž zbývající dva uchazeči mu pouze poskytlí krytí, aniž by měli skutečný úmysl mu ve snaze získat tuto zakázku jakkoliv konkurovat (body 88, 95, 98 rozhodnutí o pokutě). Z toho je zcela zřejmé, že zpětně již nelze určit, zda by při skutečném konkurenčním boji nemohl kdokoliv z účastníků – včetně žalobce b) – ve skutečnosti nabídnout zadavateli lepší cenu, případně lepší podmínky, než jaké nabídl při pouhé zdánlivosti takové konkurence. Předseda žalovaného pak již jen obecně popsal, v čem spočívají výhody bid-riggingových dohod. Jde zejména o ochranu před rizikem, že konkurenti nabídnou nižší cenu nebo lepší podmínky, tedy o zvýšení jistoty výnosu pro zvoleného uchazeče (bod 66 napadeného rozhodnutí). Implicitně se tak i rozkladový orgán ekonomickou motivací žalobce b) zabýval.
54. Pokud jde o vlastnosti elektronických dokumentů poskytnutých Libereckým krajem, předseda žalovaného vysvětlil, proč považuje za vysoce nepravděpodobné, že by s nimi kdokoliv manipuloval nebo že by je ovlivnil počítačový virus, jak žalobce b) v rozkladu tvrdil (bod 140 rozkladového rozhodnutí). Je pravda, že předseda žalovaného se výslovně nevyjádřil k odlišným časům uvedeným na různých vytištěných verzích elektronických dokumentů, jež jsou založeny ve spise. Jasně však v odkazovaném bodě napadeného rozhodnutí konstatoval, že žalovaný vycházel z elektronických dokumentů poskytnutých Libereckým krajem, čímž dal najevo, že elektronické verze dokumentů získané od Libereckého kraje na CD považuje z důvodu jejich předpokládané autentičnosti za směrodatnou (CD jsou založena na č. l. 1664, 1665, 1666 správního spisu). Věcně soud tuto otázku posoudí níže.
55. Zčásti důvodnou by mohla být výtku žalobce b), že se žalovaný nevyjádřil k nezpřístupnění spisu předběžného šetření sp. zn. P 538/2015/KD, ke které žalovaný ve vyjádření pro soud uvedl, že ji žalobce b) uplatnil až v žalobě. To ovšem není pravda, neboť žalobce b) tak argumentoval již v doplnění rozkladu ze dne 28. 3. 2018 - uvedl, že mu nebyl poskytnut k nahlédnutí spis předběžného šetření. Žalobce b) se sice během řízení na prvním stupni nedomáhal nahlázení do žádných dalších dokumentů kromě těch, jež byly součástí správního spisu, a ani v rozkladu nespecifikoval, jaký konkrétní spis předběžného šetření má na mysli. Nicméně jeho rozkladovou námitku je nutno chápat tak, že v průběhu správního řízení mu nebyl poskytnut přístup k žádnému spisu předběžného šetření. V napadeném rozhodnutí se k tomu předseda žalovaného nevyjádřil, byť podle bodu 21 napadeného rozhodnutí o této výtce věděl. Pouze z výše zmíněného bodu 78 implicitně vyplývá, že žalovaný předběžné šetření vedl, s Policií v jeho rámci komunikoval a získané materiály zařadil do správního spisu. Ve svém vyjádření v rámci soudního řízení pak teprve žalovaný vysvětluje, že relevantní materiály ze spisu sp. zn. P 538/2015/KD překopíroval do jiného spisu předběžného šetření sp. zn. ÚOHS-P0356/2016/KD. V duplice žalovaný dodává, že spis předběžného šetření sp. zn. ÚOHS-P0356/2016/KD učinil součástí správního spisu a žalobce b) se tak mohl se všemi podklady seznámit. To znovu potvrdil na výzvu soudu k zaslání obou spisů předběžného šetření a dodal, že spis sp. zn. ÚOHS-P0356/2016/KD vložil do správního spisu celý a žádným dokumentem z něj tedy již nedisponuje.

56. Krajský soud uvážil o této námitce tak, že stěžejní v tomto případě není, nakolik podrobně a adresně se k ní žalovaný ve svém rozhodnutí vyslovil, ale zda byl jeho postup v řízení procesně správný. Pokud by totiž soud naznal, že žalobci měli právo se s výše uvedenými spisy seznámit a žalovaný jim ho upřel, pak by žalovaný v případě vrácení věci k novému řízení ani dost dobře nemohl své rozhodnutí v tomto směru lépe odůvodnit (vadný úřední postup se uspokojivě a přezkoumatelně obhájit nedá, lze jej jediné přiznat). Místo toho by musel žalovaný napravit svou procesní chybu. Rušit proto napadené rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost v této otázce by bylo v rozporu se zásadou procesní ekonomie a s principy racionálního uvažování. Soud tudíž v další části tohoto rozsudku nejprve zhodnotí, zda se žalovaný skutečně dopustil procesního pochybení v otázce zpřístupnění spisů předběžného šetření, a následně uváže, jaké z toho případně plynou pro hodnocení věci důsledky.
57. Předseda žalovaného velmi obsáhle a zcela dostatečně odůvodnil své závěry a vypořádal námitky též ve vztahu k uloženým pokutám (body 149 a násl. rozkladového rozhodnutí).

Procesní vady

58. Podle žalobce a) není výrok rozhodnutí o pokutě dostatečně určitý, protože popis skutku neobsahuje místo spáchání přestupku a také popis jednání je zcela neurčitý. Naprosto vyčerpávajícím způsobem už na tuto námitku reagoval předseda žalovaného (body 85 a násl. rozkladového rozhodnutí) a krajský soud se s ním plně ztotožňuje. Skutek je ve výroku popsán tak, že není zaměnitelný s jiným obdobným jednáním. Místo spáchání ani přesný způsob, jakým účastníci dospěli k zakázané dohodě, není znám, protože její existence je prokazována jen nepřímými důkazy. Zcela však postačuje, že z výroku je patrné, k jaké veřejné zakázce se dohoda vztahovala a že spočívala v tom, že účastníci řízení koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení a takto sladěné nabídky následně podali.
59. K vedení správního spisu a spisu předběžného šetření se vyjádřil zdejší soud v rozsudku ze dne 10. 9. 2015, čj. 62 Af 8/2014 - 144, který potvrdil Nejvyšší správní soud svým rozsudkem ze dne 22. 3. 2016, čj. 2 As 241/2015 - 39. Z obou rozhodnutí plyne, že žalovaný je povinen žurnalizovat listiny, které byly získány předběžným šetřením, do spisu hlavního (správního) řízení a umožnit tak účastníkům řízení realizaci jejich práva nahlížet do spisu v souladu s § 38 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Součástí spisu musí být všechny dokumenty, které se dané věci týkají, a to bez ohledu na to, zda se jedná o podklady ve prospěch nebo neprospěch účastníka řízení, zda budou využity v rámci hodnocení věci a zda je žalovaný považuje za relevantní. Z toho důvodu si soud vyžádal od žalovaného oba spisy, resp. dokumenty vedené pod spisovými značkami, na něž poukazovali žalobci, tj. sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD a ÚOHS-P0356/2016/KD.
60. Soud na základě zhodnocení těchto spisů naznal, že se žalovaný dopustil dvou procesních pochybení. Za prvé, neučinil součástí spisu všechny listiny, které vzešly z jeho komunikace s Policií ČR v době, kdy policie celou věc prověřovala pro podezření ze spáchání trestného činu (sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD). Většina těchto listin sice ve správním spise založena je, nicméně chybí zejména dobrozdání žalovaného („Sdělení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“ ze dne 26. 5. 2015, čj. ÚOHS-P538/2015/KD-12293/2015/851/ZKř), jež si Policie vyžádala ve své první písemnosti ze dne 17. 5. 2015 pro účely svého šetření (viz výše v části Skutková zjištění). Krajský soud uznává, že se ještě nejednalo o předběžné šetření žalovaného, ale pouze o poskytnutí součinnosti policii v rámci jejího vlastního vyšetřování. V danou chvíli nemohlo být ještě zřejmé, zda se celá věc nevyřeší v trestním řízení. Jestliže však policie následně věc odložila a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže začal totéž jednání prošetřovat pro podezření z přestupku, pak má krajský soud za to, že výše citované závěry správních soudů je třeba vztáhnout i na dosavadní komunikaci s Policií. Samozřejmě to platí jen potud, pokud tomu nebrání úprava v trestním řádu (zejména by mohlo jít o zmaření policejního vyšetřování, pokud by například část obviněných nebo část skutku nadále prošetřovala pro podezření ze spáchání

trestného činu). V daném případě ale podle všeho žádné takové nebezpečí nehrozilo. Žalovaný tak měl veškeré listiny se sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD, resp. veškerou svou komunikaci s Policí ČR před zahájením předběžného šetření, založit do správního spisu a umožnit účastníkům, aby se s ní seznámili.

61. Pokud jde o spis předběžného šetření (sp. zn. ÚOHS-P0356/2016/KD), žalovaný uvádí, že všechny listiny z něj učinil součástí spisu správního a oba žalobci se s nimi seznámili v rámci nahlížení do správního spisu. Soud nemá důvod o tomto tvrzení pochybovat. Z listin založených do spisu je zřejmý celý průběh komunikace mezi Policí a žalovaným poté, co Policie ČR dne 24. 2. 2016 věc odložila a odevzdala žalovanému jako příslušnému orgánu pro projednání přestupku. Nejeví se, že by jakákoliv vyhotovená listina chyběla. Přesto musí krajský soud žalovanému vytknout, že ve správním spisu chybí úřední záznam o tom, že byl celý spis předběžného šetření žurnalizován do správního spisu, a také obsah tohoto spisu (spisový přehled). To namítali i sami žalobci při jednání před soudem. Podle krajského soudu jde nicméně s ohledem na výše uvedené o pouhé formální pochybení, jehož faktický dopad do práv účastníků je nulový. Nanejvýš mohl u nich vyvolat nejistotu a zbytečná podezření, že nějaké listiny ve spise chybí nebo že žalovaný neměl dostatečné indicie k zahájení řízení.
62. Soud nicméně naznal, že ani jedno z výše popsaných pochybení nemohlo mít vliv na zákonnost výsledného rozhodnutí. Všechny dokumenty ze spisu sp. zn. ÚOHS-P0356/2016/KD a řada dokumentů ze spisu sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD do správního spisu vloženy byly. Ty, u kterých se tak nestalo, neobsahovaly podle soudu žádné skutečnosti, jež by mohli účastníci řízení využít ve svůj prospěch v rámci své procesní obrany. Žalobci se snažili při jednání soud přesvědčit, že takovouto listinou je výše zmíněné „Sdělení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“, které má potvrzovat, že ty podobnosti v nabídkách, které později žalovaný označil za klíčové důkazy pro existenci zakázané dohody, nebyly podle jeho tehdejšího názoru pro takový závěr postačující. Soud ale výše shrnul obsah tohoto dokumentu (viz bod 34 tohoto rozsudku) a má naopak za to, že z něj jasně vyplývá, že žalovaný již tehdy považoval podobnosti mezi nabídkami za velmi silné indicie svědčící o bid-riggingu. Pouze uváděl, že bez dalších informací nemůže vyloučit, že pro tyto podobnosti existuje nějaké jiné rozumné vysvětlení. To se ale v průběhu správního řízení neprokázalo, jak soud vyloží níže. Uvedený dokument tudíž podle soudu zcela vyvrací námitku žalobce b) (a shodné tvrzení obou žalobců na jednání soudu), že v době zahájení správního řízení neměl žalovaný dostatek podkladů pro důvodné podezření ze spáchání přestupku.
63. Každopádně soud žalobcům s dostatečným předstihem před ústním jednáním oznámil, že si spis sp. zn. ÚOHS-P538/2015/KD od žalovaného vyžádal a že do něj mohou nahlédnout. Oba žalobci tak učinili, ale na jednání pak neoznačili žádný dokument, se kterým by nebyli během správního řízení seznámeni a který by vylučoval jejich účast na zakázané dohodě či zpochybňoval důkazy, jež proti nim žalovaný v průběhu správního řízení shromáždil. Proto soud uzavírá, že procesní pochybení žalovaného týkající se přístupu žalobců k dokumentům vzniklým před zahájením správního řízení, nemohla mít vliv na zákonnost výsledného rozhodnutí. Pokud snad došlo k určitému ztížení výkonu práva na obhajobu v průběhu správního řízení, soud tato pochybení napravil a žalobcům umožnil v soudním řízení v plné míře vytěžit spis obsahující „předprocesní“ komunikaci žalovaného s Policí ČR. Zřetelně se však ukázalo, že žalovaný žalobcům neodepřel přístup k žádnému klíčovému dokumentu, jenž by mohl jejich procesní obranu podpořit. Obdobný postup zdejšího soudu v minulosti aproboval Nejvyšší správní soud (srov. rozsudek ze dne 28. 6. 2017, čj. 8 As 236/2016 – 51, body 16 a násl.).
64. Za pravdu nemohl dát soud žalobci b) ani v tom, že žalovaný nezanechal ve spise dostatečnou „procesní stopu“ o pořizování důkazů. Žalobce b) tuto námitku spojuje zejména se získáváním podkladů z trestního spisu v rámci předběžného šetření. Soud má za to, že nároky žalobce jsou v tomto směru přemrštěné. O nahlížení do policejního spisu žalovaný (jako osoba nahlízející) logicky žádný úřední záznam nevyhotovoval a ani by takový záznam sám o sobě neměl pro

účastníky řízení žádnou přidanou hodnotu. Výběr dokumentů z trestního spisu, které shledal relevantními pro své předběžné šetření ve věci, není totiž podle soudu žalovaný povinen zvlášť písemně zdůvodňovat. Muselo by se totiž jednat buď o zcela povšechné konstatování, že v ostatních dokumentech žalovaný nenalezl žádné další skutečnosti svědčící ve prospěch či neprospěch osoby, jejichž aktivit se předběžné šetření týká, nebo naopak o zcela detailní obsahový rozbor jednotlivých dokumentů v trestním spise, jichž zpravidla budou desítky či stovky. To vše za situace, kdy ještě ani není jisté, zda nějaké správní řízení bude vůbec v prověřované věci zahájeno. Pokud k tomu nakonec dojde a účastník takového řízení se domnívá, že v trestním spise by se mohly nacházet podklady, jež podporují jeho procesní obranu, je na něm, aby o tom buď předložil dostatečně silné indicie, nebo aby se nahlédnutí do trestního spisu domáhal a svůj předpoklad si v něm ověřil. Žalobce b) žádné věrohodné indicie nenabídl. Omezil se na tvrzení o původním směřování policejního šetření, jež však o ničem nevypovídá. Žalobce b) taktéž netvrdí, že by se o získání přístupu do policejního spisu byť i jen pokusil. Jeho výtky, že mu nahlížení znemožnil žalovaný tým, že nežurnalizoval do svého spisu předběžného šetření spisový přehled spisu vedeného Policií, tak zůstává čistě hypotetická. Zdůvodnění toho, proč je nahlédnutí do trestního spisu nezbytné pro ochranu práv žalobce, bylo podle soudu možno založit již na samotném faktu, že vůči němu žalovaný vede na základě podnětu Policie správní řízení pro podezření z přestupku.

65. Žalobce b) tvrdí, že žalovaný postupoval nezákonně, protože zahájil správní řízení bezdůvodně a na základě libovůle, neboť nedisponoval důvodným podezřením o spáchání správního deliktu, což je v rozporu s judikaturou Nejvyššího správního soudu. Soud nemůže přisvědčit žalobci b), neboť ze správního spisu je jasně patrné, že správní řízení žalovaný zahájil na základě podnětu Policie ČR. Jak vyplývá ze shrnutí skutkového stavu výše, žalovaný získal vůbec první povědomí o Výběrovém řízení na základě žádosti Police ČR o spolupráci ze dne 17. 5. 2015. Teprve v ten moment obdržel nabídky žalobců a společnosti OSF a zadávací dokumentaci, přičemž podání Police ČR vůbec nemuselo být zdůvodněno, žalovaný měl ze zákona povinnost mu vyhovět a poskytnout polici součinnost. Je pravdou, že Policie ČR zpočátku přípravného řízení uvažovala o kartelové dohodě pouze mezi žalobcem a) a společností OSF, avšak později (23. 10. 2015) již požádala o zaslání analýzy cen všech nabídek. V této fázi také žalovaný poprvé nabídkové ceny analyzoval a zjistil, že obsahují určitý vzorec. Při odložení a předání věci žalovanému ze dne 24. 2. 2016 pak již i sama Policie ČR zmiňuje, že také v nabídce žalobce b) jsou obsaženy indicie svědčící o uzavření kartelové dohody. Žalovaný tudíž měl zcela konkrétní a dostatečně podložené podezření pro zahájení správního řízení, jež vycházelo z předchozí spolupráce s Policií ČR, z jejího podnětu (předání věci) a konečně i z podkladů získaných následně z policejního spisu v rámci předběžného prověřování věci před zahájením správního řízení. Stejně neobstojí ani námitka žalobce b) vznesená na soudním jednání, že bylo ze strany žalovaného na místě provést místní šetření – to je otázka procesní strategie – případně zahájit tzv. sektorové šetření – v posuzované věci nešlo o abstraktní prověřování situace v určitém sektoru, nýbrž o prověření zcela konkrétního podezření, kdy výstupem nemá být obecné doporučení, ale rozhodnutí o případném deliktu uchazečů o Veřejnou zakázku.

Zjišťování skutkového stavu

66. Soud nejprve pro pořádek podotýká, že námitku žalobce a), že žalovaný pominul skutečnosti, které vyplývají z předchozího trestního řízení vedeného orgány Policie ČR, již věcně vypořádal výše zároveň s tím, když hodnotil, zda se jí předseda žalovaného zabýval a přezkoumatelně ji zamítl (bod 51 tohoto rozsudku).
67. První část námitek obou žalobců týkající se zjišťování skutkového stavu zpochybňuje samotný základní předpoklad, na němž žalovaný své rozhodnutí vystavěl. Podle krajského soudu je ale tento základ zcela správný. Jednání ve vzájemné shodě lze skutečně u zakázaných dohod prokázat i nepřímými důkazy – tím, že jednání uchazečů o veřejnou zakázku nelze racionálně zdůvodnit jinak, než jejich předchozím kontaktem a sladováním. Pokud je řetězec takovýchto

nepřímých důkazů ucelený, pak není nutné prokazovat konkrétní kontakty mezi soutěžiteli. Žalovaný i jeho předseda se zdůvodnění tohoto vstupního předpokladu věnovali ve svých rozhodnutích i s odkazy na odpovídající judikaturu, proto by zcela postačovalo na jejich odůvodnění odkázat (body 81, 110 rozhodnutí o pokutě, body 67-68 rozkladového rozhodnutí). Nad rámec toho nicméně krajský soud doplňuje, že z premisy, podle níž na jednání ve shodě lze usuzovat, neexistuje-li pro paralelní jednání podniků jiné přijatelné vysvětlení, než že došlo k předchozímu sladění jejich postupu, vychází Soudní dvůr EU (rozsudek SDEU ze dne 31. 3. 1993, spojené věci C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, a C-125/85 až C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö a další proti Komisi, bod 71), stejně jako judikatura českých správních soudů (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 3. 2021, čj. 4 As 214/2020 - 230, body 92 a násl.).

68. Krajský soud nyní optikou výše uvedeného předpokladu posoudí námitky žalobců proti jednotlivým důkazům, jež proti nim žalovaný shromáždil. Poté zodpoví otázku, zda veškeré důkazy jako celek (vyjma těch, které případně v soudním přezkumu neobstojí, neboť soud u nich dá za pravdu žalobcům) vytvářejí ucelený řetězec, z něž vyplývá jediné možné vysvětlení, totiž existence zakázané dohody mezi uchazeči o Veřejnou zakázku.
69. První podobnost měla spočívat v obdobné struktuře všech tří nabídek. Vůči tomu žalobce b) namítá, že řazení jednotlivých objektů v položkových rozpočtech je u každého uchazeče jiné. V tom mu soud musí dát za pravdu, byť nutno pro pořádek dodat, že zároveň nejde o tak zásadní rozdíl, že by předchozí koordinaci vylučoval. Obměnit pořadí objektů v nabídce je velmi snadný a málo pracný způsob, jak vytvořit zdání odlišnosti. Nicméně s ohledem na to, že žalovaný vzájemnou podobnost struktury nabídek ve svém rozhodnutí blíže nerozpracoval a ani ve svých vyjádřeních pro soud se k této otázce nijak nevyslovil, konstatuje soud, že tuto okolnost je nutno z řetězce nepřímých důkazů vyloučit.
70. Stěžejním skutkovým zjištěním a klíčovým důkazem v celém řetězci nepřímých důkazů je podle krajského soudu vztah mezi nabídkovými cenami jednotlivých uchazečů o Veřejnou zakázku. Tento cenový vzorec představuje shodný poměr mezi cenami jednotlivých položek obsažených v cenových kalkulacích, které uchazeči předložili zadavateli. Podle napadeného rozhodnutí vznikl tak, že cena všech položek stejného názvu žalobce b) byla vynásobena určitým koeficientem, přičemž se tak stalo u všech pozic (tedy jednotlivých otvorových výplní včetně doplňků a souvisejících prací) ve všech školních objektech, jež byly součástí Veřejné zakázky. Ve výsledku tak například všechny otvorové výplně (jež mohou představovat okna nebo dveře), a to včetně montáže, v celém nacenění žalobce a) mají cenu ve výši odpovídající 115 % nabídky žalobce b), zatímco v nacenění společnosti OSF odpovídá jejich cena 90 % ceny žalobce b). Jiný poměr, avšak opět platný pro všechny položky totožného názvu u všech pozic a objektů, pak lze nalézt u každé položky (jde celkem o šest základních položek: - otvorová výplň včetně montáže, - parapet vnitřní včetně montáže, - parapet venkovní včetně montáže, - žaluzie včetně montáže, - větrací systém včetně montáže, - zednické zapravení, demontáž, likvidace). Vše je přehledně shrnuto v tabulkách v bodech 111-116 napadeného rozhodnutí.
71. Stojí přitom za pozornost, že i když poměry cen jsou u různých typů položek vzájemně odlišné, tak zcela shodné poměry cen se vyskytují u některých dalších specifických položek. Tyto specifické položky se buď vyskytují u každého objektu pouze jednou (nejsou vázány na jednotlivé pozice) nebo jsou specifické jen pro některé objekty v zakázce. Specifické položky přitom obsahují pouze práci. Nadto s položkami, jež mají totožný poměr cen, mnohdy navzájem nijak nesouvisí – např. poměr cen pro základní položku „otvorovou výplň včetně montáže“ je totožný i pro specifické položky „venkovní provedení spáry“ a „zednické práce – pozice Z1“. Jak ukazuje předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí, shodný poměr cen je dán daleko spíše s tím, zda se specifická položka nachází v nacenění na řádku se shodným pořadovým číslem jako položka, s níž sdílí stejný cenový poměr (bod 120 napadeného rozhodnutí).

72. Zatímco v rozkladu zpochybňoval žalobce b) obsáhle existenci cenového vzorce a uplatnil proti výpočtům žalovaného řadu námitek, jež předseda žalovaného vypořádal, ve své žalobě již žalobce b) tyto argumenty nevznsl. Krajský soud proto jen z důvodu návaznosti na následující argumentaci stručně podotýká, že zatímco v nabídce žalobce b) jsou uvedeny ceny všech položek včetně halěrů, tj. zaokrouhleny na 2 desetinná místa (a v elektronické verzi nabídky dokonce na více desetinných míst), tak ceny nabízené žalobcem a) a společností OSF jsou v jejich položkových rozpočtech shodně zaokrouhleny na celé koruny. Podle krajského soudu je možno předpokládat, že právě dodatečným manuálním zaokrouhlením vypočtených a sečtených cen mohly vzniknout chyby v součtech, jež se v nabídkách žalobce a) a společnosti OSF na řadě míst vyskytují [příkladem může být pozice O7/B1 na č. l. 217 v nabídce žalobce a) či pozice D5 na č. l. 469 v nabídce společnosti OSF)]. Chyby v součtech označil žalovaný za další podobnost mezi nabídkami žalobce a) a společnosti OSF a žádný žalobců s ním v tomto ohledu nijak nepolemizuje.
73. Věcné námítky proti údajnému cenovému vzorci tak v soudním řízení uplatnil pouze žalobce a). Ten nabídl celkem tři okolnosti, jejichž kombinací lze existenci shodných poměrů cen vysvětlit, aniž by bylo nutno presumovat předchozí kontakty ústící v zakázanou dohodu. Těmito okolnostmi jsou:
- použití shodného okenního profilu
 - využití totožných subdodavatelů
 - provedení výpočtu cen ve stejném kalkulačním programu
74. Soud nemohl dát této argumentaci za pravdu. Přitakat lze žalobci a) pouze v tom směru, že všichni uchazeči mohli použít shodný profil Rehau 115 – 4K, neboť zřejmě jako jediný splňoval technická kritéria zadavatele. Avšak použití stejného profilu by mohlo vysvětlit totožné ceny nebo jejich shodné poměry mezi uchazeči pouze ve vztahu k cenám materiálu, a to ještě nejspíš jen pokud jde o okna, nikoliv nutně pokud jde o dveře, parapety či žaluzie. Všechny položky však v sobě obsahovaly též cenu za montáž a některé dokonce zahrnovaly výhradně jen práce, zpravidla zednické. Použití stejného okenního profilu tudíž samo o sobě nemůže vysvětlit zjištěný cenový vzorec a musely by k němu přistoupit ještě další okolnosti (srov. též bod 123 rozhodnutí o pokutě).
75. Takovouto další okolností má být využití těchto subdodavatelů pro dodání dalších položek plnění – parapetů, větracích systémů a žaluzií, včetně montáží a stavebních prací. To je však v příkrém rozporu s nabídkami uchazečů. Ti v příloze č. 6 zadávací dokumentace shodně uvedli, že práce nebudou provádět pomocí subdodavatelů. Přitom podle podmínek zadávacího řízení byli povinni své subdodavatele označit, pokud by hodlali jejich pomoc v maximálním rozsahu 35 % k plnění Veřejné zakázky využít (bod 26 rozhodnutí o pokutě). Krajský soud tak nemůže nahlížet na věc jinak, než že tvrzení o subdodavatelích vznáší žalobce a) účelově *ex post*, aniž by se zakládalo na pravdě. Ostatně nepředkládá k němu jediný důkaz, např. cenovou nabídku konkrétního subdodavatele, ze které vyšel při zpracování své cenové nabídky. Cenový vzorec tedy nemůže být vysvětlen převzetím již naceněných položek od subdodavatelů.
76. Uspokojivé vysvětlení cenového vzorce nenabízí ani tvrzení, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku tvořili své nabídky v kalkulačním programu Klaes. Program Klaes sice používali v době podání nabídek do zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle svého tvrzení oba žalobci, nikoliv však společnost OSF – ta podle svého vyjádření sestavovala nabídky v programu Excel (bod 38 rozhodnutí o pokutě). Soud k tomu dodává, že také u žalobce a) má vážnou pochybnost o tom, že svou cenovou nabídku vypracoval v (jakémkoliv) kalkulačním programu. Výsledek takového automatizovaného procesu by jen stěží mohl vyústit v matematické chyby v součtech jednotlivých položek u některých pozic, jaké se v nabídce žalobce a) vyskytují. Ty svědčí přinejmenším o dodatečné manuální korekci vypočtených cen.

77. Vedle toho již ve správním řízení žalovaný vyhodnotil dvě vyjádření společnosti Klaes v kombinaci s vyjádřením žalobce a) a velmi podrobně popsal, proč by ani použití tohoto programu všemi třemi účastníky řízení nevysvětlovalo shodné poměry cen (bod 122 rozhodnutí o pokutě, body 132 a násl. rozkladového rozhodnutí). Nic nového v tomto směru do věci nevneslo ani další vyjádření jednatele společnosti Klaes, jež předložil v soudním řízení žalobce a). Stejně je, že nacenění probíhalo v podstatě kusově – každá pozice každého objektu představuje zcela odlišnou otvorovou výplň (okno či dveře). Pokud jde o okna, navzájem se liší nejen obsahem, ale i obvodem a také tím, zda je při stejném obsahu okno spíše vyšší (tudíž s kratšími parapety) nebo spíše širší (tudíž s delšími parapety). Některé výplně musely splňovat speciální požadavky, např. pevné zasklení. V programu Klaes se kalkuluje cena pro jednotlivé dílčí komponenty, proto je těžko představitelné, že při všech těchto individuálních odlišnostech by mohlo dojít k tomu, že by všichni žalobci nezávisle na sobě dospěli k cenám jednotlivých položek, jež jsou u každé pozice (tedy u každé individuální výplně včetně všech doplňků a prací) v přesně stejném poměru. Žalovaný poukazuje i na to, že použití programu Klaes nevysvětluje shodné poměry cen u položek zcela odlišného typu (např. výše zmíněná „otvorová výplň včetně montáže“ je u všech uchazečů o zakázku ve stejném poměru jako „venkovní provedení spáry“, ačkoliv druhá uvedená položka neobsahuje žádný materiál). Krajský soud nad rámec toho, co uvedl žalovaný, a jen pro dokreslení poukazuje na to, že není naprosto zřejmé, proč se při údajném použití stejného kalkulačního programu se stejnými vstupy, kde odlišnost nabídkových cen má být údajně dána pouze výší marže jednotlivých uchazečů, markantně liší nabídkové ceny u položek zahrnujících vnitřní parapet a venkovní parapet. Zatímco u vnitřního parapetu včetně montáže je nabídka žalobce a) ve výši 122 % a nabídka společnosti OSF ve výši 145 % nabídky žalobce b), u venkovního parapetu včetně montáže jde o hodnoty ve výši 600%, resp. 400 % nabídky žalobce b). Krajský soud považuje za nemožné, že by se oba uchazeči shodně, avšak nezávisle na sobě, rozhodli uplatňovat na venkovní parapety několikanásobně vyšší marži než na parapety vnitřní.
78. Krajský soud neshledává nic závadného ani na tom, že pro ověření svých závěrů o tom, že cenový vzorec není důsledkem způsobu zpracování zadávací dokumentace či náhodné shody okolností, provedl žalovaný navíc i srovnání nabídek uchazečů s cenovou nabídkou společnosti Freezart. Ta zvažovala svou účast v zadávacím řízení, ale nakonec k ní nepřistoupila, neboť nesplňovala kvalifikační předpoklady. Cenovou nabídku, byť neúplnou, však vytvořila, a žádný náznak cenového vzorce u ní žalovaný neshledal (bod 32 rozhodnutí o pokutě, body 124 a násl. rozkladového rozhodnutí). Podle krajského soudu tímto srovnáním žalovaný pouze zvýšil přesvědčivost své argumentace. To, že položkový rozpočet nebyl dokončen a společnost Freezart nakonec nabídku nepodala, neubírá její dokumentaci na autenticitě ani provedenímu srovnání na relevanci. Žalobce a) netvrdí, že by snad společnost Freezart svou nabídku vyhotovila účelově na objednávku žalovaného a s cílem účastníky řízení usvědčit z jednání ve shodě. Obdobně je tomu i v případě srovnání cenových nabídek uchazečů s kvalifikovaným odhadem ceny veřejné zakázky před zadávacím řízením, ať už toto nacenění zpracoval žalobce b), který to v řízení před žalovaným popřel, nebo jiná osoba. Ani zde žalovaný cenový vzorec neshledal (bod 31 rozhodnutí o pokutě, bod 127 rozkladového rozhodnutí).
79. Pokud jde o další podobnosti, na ty se zaměřil žalobce b). V první řadě namítal, že jde v řadě případů jen o podobnosti mezi dvěma nabídkami, nikoliv o podobnost, jež by se týkala všech uchazečů. Krajský soud na to odpovídá, že i takovéto podobnosti mohou být v kombinaci s dalšími důkazy relevantní. Zejména se to týká podobností mezi nabídkami žalobce a) a společností OSF. Jejich nabídky měly být podle předpokladu žalovaného zpracovány pouze jako nabídky „krycí“, tedy odvozené od nabídky žalobce b). Proto dává smysl, že pouze u nich by byl vymazán v elektronické formě dokumentů autor poslední změny nebo že pouze u nich se vyskytly chyby v součtech (dané zřejmě dodatečným zaokrouhlením na koruny, jak soud vysvětlil výše).

80. Pokud jde o technickou zprávu, tu mohl být žalobce a) schopen jakožto výrobce oken zpracovat samostatně, zatímco společnost OSF jakožto pouhý dodavatel mohla – aby si ušetřila práci – využít technickou zprávu, kterou získala od žalobce b). Soud přitom nemůže přisvědčit žalobci b) v tom, že společnost OSF vyšla pouze z technické zprávy, kterou získala v rámci předchozí legitimní spolupráce se žalobcem b) jako subdodavatelem. Toto tvrzení vypořádal přesvědčivě již ve správním řízení předseda žalovaného. Poukázal na to, že společnost OSF musela mít k dispozici technickou zprávu žalobce b) upravenou přímo pro danou veřejnou zakázku, neboť použila totožný text jako žalobce b) i v kapitole „Výměna vzduchu v učebnách“ (bod 138 rozkladového rozhodnutí). S tímto závěrem žalobce b) nikterak nepolemizuje. Odvolává se pouze na to, že v technické zprávě společnosti OSF figuruje na místě, kde technická zpráva žalobce b) používá pojem „zhotovitel“, pojem „dodavatel oken“ (což má svědčit o využití technické zprávy získané během předchozí dodavatelsko-odběratelské spolupráce) a poukazuje na chybějící pasáže, mírně odlišnou grafickou úpravu a další odlišnosti v technické zprávě společnosti OSF. K tomu soud uvádí, že žalovaný netvrdil, že by snad obě technické zprávy byly úplně totožné. Poukazyval však na shody, zejména totožné překlepy, které nemohly vzniknout jinak, než převzetím textů z technické zprávy žalobce b) do zprávy společnosti OSF. Odlišnosti, na něž žalobce b) poukazuje, tak mohou svědčit nanejvýš o tom, že technická zpráva společnosti OSF je kompilátem více technických zpráv žalobce b), který byl případně ještě dále upraven. Nezpochybnuje však úspěšně základní předpoklad žalovaného, že společnost OSF měla při zpracování své technické zprávy k dispozici technickou zprávu žalobce b) zpracovanou přímo pro danou Veřejnou zakázku.
81. Žalobce b) ve své žalobě dále upozornil, že zkratka „OEM“ znamená nepřenositelnou licenci software a nejedná se tudíž o identifikaci autora poslední změny, ale o obvyklé označení, které se může nacházet na několika počítačích zároveň. Předseda žalovaného, byť to nevedl výslovně, tuto námitku implicitně uznal (bod 125 rozhodnutí o pokutě). Také podle krajského soudu nelze z této podobnosti nic dovozovat – jde o natolik obecné označení, že je skutečně možno ho přičíst náhodě, resp. shodnému nastavení více počítačů různých uživatelů. Co již ale za pouhou shodu okolností považovat nelze, je fakt, že zatímco elektronické dokumenty s položkovými rozpočty žalobce b) mají v kolonce Autor uvedeno jméno konkrétní osoby, v položkových rozpočtech ostatních dvou uchazečů byla tato kolonka cíleně vymazána. Tato okolnost silně podporuje úvahu, že položkové rozpočty žalobce a) a společnosti OSF vytvořila tatáž osoba, která vytvořila položkový rozpočet žalobce b), a vymazání autora ve vlastnostech elektronických dokumentů představuje pokus tuto skutečnost zakrýt. S tímto zjištěním žalovaného, které je přinejmenším podezřelé a přispívá k závěru, že došlo ke kooperaci mezi uchazeči o veřejnou zakázku, jež bylo výsledkem předchozího dorozumění, již žádný ze žalobců nepolemizuje.
82. S tím souvisí další podezřelá okolnost, totiž časy úprav jednotlivých dokumentů. I v tomto případě se žalobci vůbec nevyjadřují k jednomu z aspektů tohoto problému – všechny tři smlouvy o dílo všech tří uchazečů byly vytvořeny stejného dne ve stejnou dobu (14. 5. 2012 v 15:42 hod). Podle krajského soudu se v žádném případě nemůže jednat o náhodu. Jediné možné vysvětlení je, že všechny dokumenty (v nichž postačovalo změnit údaje o jedné smluvní straně) vytvořila tatáž osoba ve stejnou chvíli na tomtéž počítači. Žalobce b) se pokoušel ve vztahu k elektronickým dokumentům zpochybnit pouze druhý časový aspekt, totiž navazující časy úprav položkových rozpočtů žalobce a) a společnosti OSF dne 18. 5. 2012, tedy v poslední den lhůty pro podání nabídek. Podle něj tato okolnost nevypovídá o možné koordinaci postupu uchazečů o Veřejnou zakázku, neboť je naprosto běžné, že těsně před uplynutím lhůty pro podání nabídek finalizují uchazeči své nabídky do zadávacího řízení. Toto vysvětlení je podle krajského soudu naprosto nevěrohodné. Časy poslední úpravy na sebe v tomto případě navazují tak těsně, že šlo evidentně o jedinou operaci zahrnující všechny dotčené dokumenty. Někdo zkrátka zkontroloval, uložil a zavřel postupně všechny položkové rozpočty společnosti OSF, přičemž u posledního z nich se tak stalo v čase 8:42:08 hod, a následně totéž učinil s rozpočty

žalobce a), přičemž u prvního z nich se tak stalo o pouhých 42 vteřin později. S dokumenty přitom mohla dotyčná osoba pracovat po celou předchozí dobu, neboť čas zaznamenaný v kolonce „Naposledy upraveno“ vypovídá jen o uložení dokumentu po provedených úpravách. I kdyby ale měl být každý dokument otevřen a během několika vteřin upraven, uložen a znovu zavřen, stačila by takováto doba např. k vymazání údajů v kolonce „Autor“.

83. Pokud jde o rozpor v tom, jak jsou časy úprav položkových rozpočtů zaznamenány ve správním spisu, na kterém vystavěl část žalobního bodu žalobce b), soud mu musel dát zčásti za pravdu. Ve spisu jsou na různých místech založeny vytištěné sjetiny počítačové obrazovky s otevřenými metadaty (vlastnostmi) jednotlivých elektronických dokumentů. Jedny obsahují čas uvedený s přesností na vteřiny, druhé jen s přesností na minuty a navíc se o hodinu liší. Navíc v jednom případě jsou nedopatřením společnosti OSF přiřazeny dokumenty žalobce a). Jde ale pouze o pomocné výtisky. Jak soud uvedl výše, autentické jsou elektronické verze dokumentů uložené na CD, která předložil žalovanému Liberecký kraj a které jsou kopií CD s nabídkami, jež dodali sami uchazeči o Veřejnou zakázku. Soud ověřil, že časy posledních úprav zaznamenané ve vlastnostech těchto elektronických dokumentů odpovídají tomu, co uvedl ve svém rozhodnutí žalovaný (bod 45 rozhodnutí o pokutě). Na jednání soudu konaném dne 16. 12. 2021 za přítomnosti zástupců stran demonstroval soud na vybraných příkladech, jak k onomu zdánlivému rozporu došlo – vlastnosti elektronických dokumentů jsou zaznamenány na dvou různých místech (ve dvou různých otevíratelných oknech), přičemž v jednom případě se časový údaj přizpůsobuje automatickému nastavení letního času ve Windows, zatímco ve druhém případě zůstává neměnný. Právě tato druhá, neměnná hodnota, která je navíc uvedena s přesností na vteřiny, je tak pro skutková zjištění směrodatná. Časový údaj poslední úpravy, který podléhá automatické korekci na letní čas, by navíc v případě žalobce a) bez vypnutí této korekce následoval až po podání nabídky, což je zjevně nemožné. Vůči tomuto vypořádání své námítky zástupce žalobce b) žádnou výhradu na jednání soudu nevznesl. Ostatně byl si jistě podstaty celého problému vědom již ve správním řízení, neboť – jak sám v žalobě upozornil – žalovaný v roli orgánu prvního stupně tuto otázku podrobně vysvětlil ve svém vyjádření k podanému rozkladu.
84. Krajský soud tak shrnuje, že ze skutkového hlediska neobstála pouze dvě ze všech zjištění, na nichž žalovaný své závěry založil. Šlo v prvním případě o obdobnou strukturu všech tří nabídek. Tu ovšem sám žalovaný v rozhodnutí o pokutě nijak zvlášť neakcentoval a předseda žalovaného ji v napadeném rozhodnutí už ani nezmiňuje. Ve druhém případě se pak jednalo o zkratku OEM uvedenou u všech tří uchazečů ve vlastnostech jejich elektronických dokumentů v kolonkách Autor a Autor poslední změny. Tuto výtku shledal v podstatě oprávněnou už předseda žalovaného (byť pouze mlčky), když v reakci na ni zdůraznil jiné podezřelé okolnosti, zejména vymazané údaje o konkrétní osobě autora dokumentu. Šlo tedy o zjištění spíše okrajová. Zbylá skutková zjištění, zahrnující podobnosti v nabídkách uchazečů a další podezřelé okolnosti (jak je krajský soud shrnul výše v bodech 39-46 tohoto rozsudku) testem soudního přezkumu prošly. Klíčový je cenový vzorec, na který navazuje řada dalších zjištění, zejména obsahové podobnosti v nabídkách, časy vytvoření a úprav elektronických dokumentů, nejasnosti kolem toho, odkud získal žalobce a) zadávací dokumentaci a další. Ve svém souhrnu jsou podle názoru krajského soudu shromážděné důkazy stále naprosto postačující pro závěr, že mezi žalobci a společností OSF muselo dojít k zakázané dohodě o koordinaci účasti ve Veřejné zakázce. Zjištěné okolnosti nelze totiž žádným jiným způsobem uspokojivě vysvětlit.

Výše pokuty

85. Zatímco žalobce a) brojil proti uložené pokutě jen velmi obecně a zejména poukazoval na její nepřezkoumatelné odůvodnění (viz výše), žalobce b) napadal jemu uloženou pokutu ve výši 15 626 000 z více hledisek. Tím prvním byla její zákonnost.

86. Žalobce b) především obsáhle argumentoval proti tomu, že za základ pro výpočet pokuty vzal žalovaný nikoliv jen hodnotu Veřejné zakázky, již se bid riggingová dohoda týkala, ale celkový obrat žalobce na celém relevantním trhu výroby, distribuce a montáže oken a dveří včetně jejich příslušenství na území celé České republiky. Náhled žalovaného je však zcela správný a v minulosti jej již potvrdil i Nejvyšší správní soud, podle nějž „*neobstojí námitka, že základní částka pokuty měla být odvíjena toliko z obrátu (tržeb) souvisejících s hodnotou předmětné veřejné zakázky a s vytýkaným jednáním, nikoli z obrátu (tržeb) na celém relevantním trhu*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 3. 2021, čj. 5 As 267/2019 - 106).
87. Nic jiného nevyplývá ani z rozsudku Soudního dvora EU, na který žalobce b) v žalobě odkazoval (rozsudek SDEU ze dne 11. 7. 2013 ve věci C-444/11 P, Team Relocations a další proti Komisi). Za prvé se, stejně jako další judikatura a rozhodnutí Komise, na které se žalobce dále odvolává, se netýká bid-riggingové dohody (tj. manipulace s konkrétní veřejnou zakázkou), ale „klasické“ kartelové dohody na volném trhu. Zejména zde ale soudní dvůr v bodech 76-78 vysvětluje, že by bylo v rozporu s cíli metodiky používané Komisí, kdyby se měly do hodnoty tržeb počítat pouze obchody prokazatelně ovlivněné kartelovou dohodou. S ohledem na tyto autoritativní závěry soudů se krajský soud již hlouběji nezabýval poukazy žalobce b) na údajnou praxi Komise a maďarského a slovenského úřadu pro ochranu hospodářské soutěže [které ostatně nejsou přesné, jak vysvětluje žalovaný ve svém vyjádření k žalobě žalobce b) ze dne 9. 8. 2019 na č. l. 388 spisu sp. zn. 30 Af 47/2019].
88. Velmi podobná je i situace v případě tvrzení žalobce b), že žalovaný měl v jeho prospěch zohlednit krátkou dobu trvání přestupku (37 dnů). Žalovaný podle svých Zásad postupu při stanovování výše pokut podle krajského soudu zcela správně stanovil koeficient času ve výši 1, protože přestupkové jednání žalobkyně netrvalo déle než 1 rok. Také tento postup již aproboval Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku čj. 5 As 267/2019 - 106, v němž uvedl: „*Trvání kartelu v oblasti veřejných zakázek se co do délky jednotlivého skutku v zásadě řídí potřebou realizovat sladěný záměr až do konce, tedy dosáhnout v konkrétním zadávacím řízení konkrétního výsledku; trvání takového skutku je tedy zásadně odvislé od harmonogramu zadavatele v zadávacím řízení a je ve značné části mimo vůli delikventa. Délka takového jednání tudíž již dále není sama o sobě faktorem, který by zvyšoval či snižoval míru závažnosti deliktu. Z tohoto důvodu koeficient času o velikosti 1, který nemá de facto na výši pokuty vliv, svým způsobem reflektuje uvedené specifikum; další zohlednění časového období v rámci jednoho roku není dle Nejvyššího správního soudu odůvodněné.*“
89. Ani v tomto případě nepřesvědčil žalobce soud o tom, že je třeba tento přístup změnit s ohledem na judikaturu Tribunálu EU. Shodně s duplikou žalovaného ze dne 12. 11. 2019 (č. l. 119 a násl. soudního spisu) krajský soud potvrzuje, že všechny žalobcem odkazované rozsudky Tribunálu se týkaly deliktů jednání, jež přesahovala svým trváním dobu jednoho roku. Nikterak tedy nepodporují teze žalobce, že to byla judikatura Soudního dvora EU, co přimělo Evropskou komisi reflektovat při ukládání pokut za soutěžní delikty v rámci koeficientu času fakt, že protiprávní jednání nepřesáhlo jeden rok. Komise si pouze v čl. 24 svých „Pokynů pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení 1/2003“ zavedla pravidlo, podle nějž se období protiprávního jednání kratší než půl roku počítá jako půl roku a teprve doba překračující hranici půl roku se počítá jako celý rok. Z toho autonomního rozhodnutí Komise, jak hodlá na trvání protiprávního jednání metodicky nahlížet, nelze pro postup žalovaného dovozovat nic závazného. Žalovaný zkrátka takovéto (nepatrně) jemnější časové rozlišení nezavedl a hranici rozlišení stanovil na délce jednoho roku, nikoliv půl roku. Důvody této koncepce jsou racionální a hájitelné, jak vyložil Nejvyšší správní soud ve výše uvedené citaci, a krajský soud se s nimi ztotožňuje.
90. Druhá skupina námitek žalobce b) pak směřovala k tomu, že uložená pokuta je likvidační, proto navrhl její snížení na 2 250 000 Kč. Nutno říci, že žalobce b) tuto námitku uplatnil ve správním řízení jen ve zcela obecné podobě. Ve svém doplnění rozkladu se o ní na konci povšechně zmiňuje s tím, že ji hodlá následně v dalším podání rozvést a doložit k ní potřebné důkazy. To

však až do vydání rozkladového rozhodnutí neučinil. Přesto se žalovaný i jeho předseda této otázce věnovali, byť pochopitelně v odpovídající míře obecnosti (body 149, 153 rozhodnutí o pokutě, body 166 a násl. rozkladového rozhodnutí). Napadená rozhodnutí tak rozhodně nelze z tohoto důvodu označit za nepřezkoumatelná.

91. Teprve v žalobě žalobce obsáhle rozvedl argumenty o likvidačním účinku pokuty na své podnikání a doložil k tomu celou řadu důkazů. Takovýto postup je přípustný, byť se v jeho důsledku přenáší hodnocení účinků uložené pokuty na majetkové poměry žalobce až do fáze soudního řízení (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2021, čj. 1 As 381/2020 - 43, bod 17). Pokud tedy žalobce požádal v žalobě o moderaci výše pokuty s ohledem na své majetkové poměry a likvidační důsledek uložené pokuty, je na soudu, aby toto hledisko zhodnotil (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2006, čj. 2 As 33/2006 - 102). Činí tak ovšem obdobně, jako by to učinil žalovaný, pokud by žalobce vznesl svou námitku řádně ve správním řízení. Soud tedy hodnotí situaci ke dni vydání správního rozhodnutí a nezohledňuje následný hospodářský vývoj, neboť tím by překročil časový rámec soudního přezkumu vyplývající z § 75 odst. 1 s. ř. s. (usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, čj. 1 As 9/2008 - 133, č. 2092/2010 Sb. NSS, bod 32, obdobně též rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2015, čj. 5 As 63/2013 - 51, č. 3233/2015 Sb. NSS, ze dne 14. 8. 2014, čj. 10 Ads 140/2014 - 58, bod 29, či ze dne 15. 4. 2015, čj. 6 Ads 297/2014 - 36). Tím méně pak mohl krajský soud při hodnocení údajného likvidačního charakteru pokuty přihlížet k predikovanému budoucímu vývoji české ekonomiky jako celku či jejích segmentů, v nichž se pohybuje žalobce b), a neprováděl proto důkazy předloženými články z médií.
92. Soud se při hodnocení otázky, zda pokuta uložená za porušení hospodářské soutěže nebude mít na delikventa likvidační dopad, nemůže spokojit jen s tím, že pokuta nepřesáhla horní hranici 10 % z čistého obrátu za poslední ukončené účetní období před vydáním napadeného rozhodnutí. Způsob stanovení horní hranice pokuty v oblasti ochrany hospodářské soutěže představuje sice jakousi „generální prevenci“ proti ukládání likvidačních pokut, vždy je však třeba zhodnotit i celkovou hospodářskou kondici soutěžitele, jelikož „*při stejné výši čistého obrátu může být pokuta ve výši 2 % čistého obrátu pro jednoho soutěžitele likvidační, zatímco jiný soutěžitel úhradu takové pokuty snese bez významnějšího dopadu na svou podnikatelskou činnost*“ (usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2014, čj. 7 Afs 57/2011-1234, č. 3125/2014 Sb. NSS). Zároveň však podle krajského soudu nemůže být důvodem pro snížení pokuty kvůli jejímu likvidačnímu charakteru pouhé zjištění, že soutěžitel se nachází ve ztrátě nebo v nepříznivé finanční situaci. Ke snížení pokuty může z důvodu likvidačnosti dojít pouze v případě prokázání, že výše pokuty by přivodila zánik majetkové základny pro další podnikatelskou činnost, případně že natolik přesáhne možné výnosy, že se další činnost soutěžitele v podstatě stává bezúčelnou, tj. směřující po značné časové období pouze k úhradě uložené pokuty [srov. nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002 (N 105/27 SbNU 177; 405/2002 Sb.), či sp. zn. Pl. ÚS 52/13 ze dne 9. 9. 2014 (N 163/74 SbNU 397; 219/2014 Sb.)]. Nic takového se v daném případě neprokázalo.
93. Krajský soud vyšel při hodnocení dopadu pokuty do majetkové sféry žalobce b) z provedených důkazů, zejména z odborného vyjádření společnosti Ostravská znalecká, a. s., ze dne 28. 6. 2019. Ta hodnotila dopad povinnosti uhradit pokutu uloženou žalovaným na ekonomickou situaci a solventnost žalobce b) podle stavu účetnictví žalobce v květnu 2019, tedy před vydáním napadeného rozhodnutí. Soud pro úplnost podotýká, že má o závěrech tohoto hodnocení jisté pochybnosti. Odborné dobrozdání líčí na jednu stranu žalobce b) jako relativně finančně stabilní podnik se zdravou strukturou aktiv a pasiv, jehož křehká finanční rovnováha je dána pouze tím, že je vysoce závislý na úvěrech od třetích osob, zejména od banky. Na druhou stranu ovšem dochází zpracovatelky vyjádření k závěru, že nutnost uhradit částku 15 626 000 Kč by byla pro žalobce likvidační, neboť v důsledku překročení bankou stanoveného ukazatele maximální míry

zadluženosti by se spustil dominový efekt, kdy by banka zrušila úvěrovou linku a přikročila k zesplatnění čerpaných úvěrů a realizaci zajištění, z čehož by pak vyplynuly další nepříznivé důsledky vedoucí až k žalobcově úpadku. Tyto závěry považuje krajský soud za poněkud rozporuplné.

94. Obrat žalobce b) se v letech 2017-2018 pohyboval okolo 500 000 000 Kč, uložená pokuta pak představuje 3,17 % z čistého obrátu žalobce za rok 2017. Při tomto objemu zakázek tak výše pokuty ekonomicky odpovídá propadu tržeb zhruba o 3 % procenta v jednom roce. Takový propad může nastat velmi jednoduše, např. nepovedenou či ztracenou zakázkou, chybou ve výrobě apod. Jestliže takováto běžně představitelná situace může skutečně žalobce b) přivést až k úpadku, pak lze úspěšně pochybovat o tom, že je relativně finančně stabilním podnikem (resp. že jím byl v květnu 2019). Stejně pochybnosti vyvolává i fakt, že na účtech měl žalobce mít částku, jež nedosahovala ani výše pokuty (z toho ještě část byla vázána bankovní zárukou), přičemž průměrné měsíční náklady na jeho činnost disponibilní částku na účtech podle jeho vlastního tvrzení několikanásobně přesahovaly (viz bod 202 žaloby). Nelze také přehlížet, že banka ke krokům, které zpracovatelky posouzení líčí jako nutný důsledek úhrady pokuty ve výši cca 15 mil. Kč, nemusí vůbec přikročit. Jde o její smluvní oprávnění. Nepřikročila k nim ani v roce 2016 (rámcová smlouva s bankou o revolvingovém úvěru byla uzavřena v dubnu 2015), kdy žalobce vykázal při svém podnikání ztrátu ve výši téměř 30 mil. Kč.
95. I přes tyto výhrady nicméně krajský soud nakonec závěry odborného posouzení Ostravské znalecké akceptoval. Vyšel tedy z toho, že v roce 2019 nebylo v možnostech žalobce b) uhradit jednorázově částku ve výši 15 626 000 Kč. Pokud jde o to, jak velkou částku by jednorázově schopen uhradit byl, žalobce b) poukazuje na str. 45 své žaloby na údajný výpočet zpracovatelek výše zmíněného odborného vyjádření, podle něž by mělo jít o částku ve výši max. 2,5 mil. Kč. Takový výpočet však není součástí předloženého odborného vyjádření a není tedy zřejmé, zda má skutečně tvrzené odborné zaštitění, nebo jde jen o extrapolaci odborných závěrů provedenou samotným žalobcem. Nelze přitom přehlížet, že i z této žalobcovy tabulky vyplývá, že teprve při nutnosti uhradit částku 7,5 mil. Kč se dostává ukazatel zadluženosti, který je rozhodující pro aplikaci smluvních sankcí ze strany úvěrující banky, na kritickou mezní hodnotu. Částku 2,5 mil. Kč odvozuje žalobce naproti tomu od hodnoty tzv. Altmanova indexu, který má vyjadřovat finanční zdraví podniku jediným číslem, přičemž samy zpracovatelky odborného vyjádření, ač tento index používají, poukazují na jeho problematičnost a pouze doplňkovou roli (str. 22 odborného vyjádření).
96. Pochybnosti krajského soudu o reálnosti odhadu částky 2,5 mil. Kč umocňují i skutečnosti, které zjistil při dokazování výroční zprávou žalobce b) za rok 2019 založenou ve sbírce listin obchodního rejstříku. Cílem bylo ověřit tvrzení žalovaného ve vyjádření k odkladnému účinku žaloby (na které odkázal i v následném vyjádření k samotné žalobě), že žalobce měl v souladu s aktuálním principem promítnout uloženou pokutu do svého účetnictví nejpozději ke dni nabytí právní moci napadeného rozhodnutí, tj. k 23. 5. 2019. Soud při tom zjistil, že žalobce takto nepostupoval, ovšem auditorská společnost ve své zprávě, jež je součástí výroční zprávy, toto rozhodnutí akceptovala. Z výroční zprávy nicméně také plyne, že žalobce v roce 2019 zvýšil položku „Ostatní rezervy“ určenou na soudní spory, reklamace a opravy budov o 3 204 000 Kč a zároveň vykázal výsledek hospodaření ve výši 1 501 000 Kč. Na účtech pak měl ke konci roku peněžní prostředky ve výši téměř 44 mil. Kč. Podle krajského soudu i tyto skutečnosti naznačují, že žalobcem uváděná maximální částka 2,5 mil. Kč, kterou byl údajně schopen v květnu 2019 nanejvýš uhradit a jež se má údajně zakládat na odhadu zpracovatelek odborného posouzení, je značně podhodnocená.
97. Přes všechny tyto pochyby nakonec soud vyšel z toho, že žalobce byl v květnu 2015 schopen okamžitě uhradit pouze částku do výše 2,5 mil. Kč, aniž by to pro něj mělo fatální ekonomické důsledky. Ani tak ovšem nemá soud za to, že by uložená pokuta ve výši 15 626 000 Kč byla pro žalobce likvidační. Žalovaný totiž ve vyjádřeních k odkladnému účinku a k žalobě správně

poukázal na některé možnosti, které žalobce může využít k tomu, aby dopad uložené pokuty zmírnil. Některé z nich, pravda, v žalobcově situaci zřejmě využitelné nejsou. Zpětný leasing dlouhodobého majetku je vyloučen tím, že podle odborného posouzení Ostravské znalecké většina takového majetku je zastavena ve prospěch banky. Také zvýšení současného bankovního úvěru zpracovatelky odborného posouzení výslovně vyloučily, neboť žalobce úvěr zajistil řadou způsobů a již nemá bance co nabídnout. Dvě důležité možnosti zmíněné žalovaným nicméně odborné vyjádření Ostravské znalecké zcela pomíjí. Za prvé, žalobce může zpeněžit některé své pohledávky, jejichž celková výše mnohonásobně překračuje uloženou pokutu (byť podle tvrzení žalobce je 45 % z nich rizikových, viz bod 212 žaloby), a to formou faktoringu nebo forfaitingu, neboť bance zastavil žalobce podle odborného posouzení pouze část svých pohledávek (jak velkou, to z odborného vyjádření nevyplývá). Za druhé, žalobce může požádat o povolení úhrady pokuty ve splátkách podle § 156 odst. 1 zákona č. 280/2009S, daňový řád, čímž může její úhradu rozložit do několika dalších účetních období.

98. Krajský soud tyto úvahy činí s plným vědomím toho, že i při využití těchto postupů zůstává uložená pokuta velmi citelným zásahem do žalobcova podnikání. Především je nutno počítat s tím, že skutečná hodnota pohledávek bývá zpravidla nižší než jejich hodnota účetní a že jejich zpeněžením prostřednictvím výše zmíněných finančních nástrojů žalobce získá pouze část jejich skutečné hodnoty. Stejně tak nelze vyloučit, že pokud se žalobcovo podnikání bude i nadále vyvíjet stejným způsobem jako v roce 2019, resp. v době zpracování odborného posouzení, pak se může i po úhradě části pokuty zpeněžením pohledávek a následným schválením splátkového kalendáře ve vztahu k neuhrazené části pokuty stát hlavním smyslem žalobcovy ekonomické činnosti po následujících 3 – 5 let právě úhrada zbytku pokuty. Tuto dobu však podle krajského soudu stále nelze označit za natolik dlouhou, že by důsledek uložené pokuty byl pro žalobce likvidační. Po žalobci b) lze naopak spravedlivě požadovat, aby takto intenzivní újmu snášel.
99. Krajský soud v této souvislosti připomíná, že podle Nejvyššího správního soudu představuje zkoumání likvidačnosti pokuty korektiv, který vstupuje do hry spíše výjimečně. V případě právnických osob lze dokonce připustit ze zákazu likvidačního charakteru pokut výjimky, například u zvláště závažných správních deliktů spáchaných právnickými osobami (usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, čj. 1 As 9/2008 - 133, č. 2092/2010 Sb. NSS, body 27 a násl.). V nynějším případě žalovaný takto své rozhodnutí neodůvodnil a ani podle náhledu krajského soudu nejde o pokutu likvidační. Nicméně při hodnocení přiměřenosti jejích dopadů do ekonomické činnosti žalobce nelze pomíjet fakt, že zakázané dohody ovlivňující veřejné zakázky patří do kategorie nejzávažnějších omezení hospodářské soutěže (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 3. 2021, čj. 4 As 214/2020 - 230). Žalobce navíc o hrozící pokutě, včetně její výše, věděl již od okamžiku sdělení výhrad dne 12. 12. 2017. Přesto zjevně nevytvářel dostatečné rezervy pro její úhradu a pokračoval ve svém rizikovém způsobu financování prostřednictvím celé řady úvěrů (bankovních, leasingových i dodavatelských). Žalobce sice poukazuje na to, že se do své křehké finanční situace dostal nezaviněně v důsledku dlouholetých ztrát v letech 2012 – 2016, nicméně je třeba říci, že ani nezaviněné finanční problémy nemohou odůvodnit imunitu vůči veřejnoprávním sankcím. Pokuta nesmí mít likvidační důsledky sama o sobě. Dokonce i v případě předluženého subjektu však Nejvyšší správní soud nakonec uzavřel, že by uložená pokuta neměla ztratit cokoli z své účinnosti (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2015, čj. 8 Afs 25/2012 - 351, body 439 a násl.).
100. Soud závěrem uvádí, že žalobce b) sice požádal o snížení uložené pokuty, kromě tvrzení o jejím likvidačním charakteru však nenabídl soudu žádné další argumenty, jež by měly svědčit o tom, že uložená pokuta je svou výší nepřiměřená. Protože soud pokutu likvidační neshledal, nevyhověl ani návrhu na její moderaci.

VI. Náklady řízení

101. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu těch nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který úspěch ve věci neměl. Žalobce před soudem neuspěl (soud žalobu zamítl jako nedůvodnou), proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu by jinak – jakožto úspěšnému účastníkovi řízení – právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu mu je však nelze přiznat, neboť nepřesahují rámec jeho běžné úřední činnosti (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. 3. 2015, čj. 7 Afs 11/2014 - 47, č. 3228/2015 Sb. NSS).
102. O nákladech osoby zúčastněné na řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 5 s. ř. s., podle něhož má osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. V tomto řízení žádná povinnost osobě zúčastněné na řízení uložena nebyla.

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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 21. 12. 2021

Mgr. Milan Procházka, v. r.
předseda senátu