



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobců: **a) ESOX, spol. s r.o.**, IČO 005 58 010, se sídlem Libušina tř. 826/23, Brno, zast. JUDr. Oktaviánem Kociánem, advokátem, se sídlem Příkop 838/6, Brno, **b) Stavební společnost NAVRÁTIL, s.r.o.**, IČO 469 72 021, se sídlem Vápenice 2970/17, Prostějov, zast. Mgr. Vojtěchem Peštukou, advokátem, se sídlem Rumunská 1798/1, Praha 2, **c) EUROGEMA CZ, a.s.**, IČO 268 01 001, se sídlem Blanická 917/19, Olomouc, zast. JUDr. Petrem Ritterem, advokátem, se sídlem Riegrova 376/12, Olomouc, **d) Prostějovská stavební společnost-PROSTAS, s.r.o.**, IČO 607 22 291, se sídlem Ječmínkova 1981/11, Prostějov, zast. JUDr. Pavlem Štěpánkem, advokátem, se sídlem Havlíčkova 2959/7, Prostějov, **e) INSTA CZ s.r.o.**, IČO 253 74 311, se sídlem Jeremenkova 1142/42, Olomouc, zast. JUDr. Danou Cetkovskou, advokátkou, se sídlem Komenského 1586/23, Prostějov, **f) REALINVEST s.r.o.**, IČO 469 61 895, se sídlem Kostelecká 263/16, Prostějov, zast. Mgr. Bc. Lucíí Janovskou Nejedlou DiS., advokátkou, se sídlem nám. Edmunda Husserla 1379/16a, Prostějov, **g) POZEMSTAV Prostějov, a.s.**, IČO 255 27 380, se sídlem Pod Kosířem 329/73, Prostějov, zast. Mgr. Matyášem Kuželou, advokátem, se sídlem Truhlářská 1104/13, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: SYNER Morava, a.s., IČ 634 93 675, se sídlem Ve Slatinách 1, Liberec, zast. Mgr. Václavem Čechtickým, advokátem, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, Liberec, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 8. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R192,199,200,201,202,203,213/2018/HS-06991/2019/310/AŠi, v řízení o kasačních stížnostech žalobců a), b), c), d), e), f) a g) proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 6. 2020, č. j. 62 Af 26/2019 - 213,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnosti **s e z a m í t a j í**.
- II.** Žádný z účastníků ani osoba zúčastněná na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech.

O d ů v o d n ě n í :

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Předseda žalovaného v záhlaví uvedeným rozhodnutím zamítl rozklady žalobců a) až g) a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 15. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0008/2017/KD-33378/2018/851/EDI (dále též „prvostupňové rozhodnutí“).

[2] Výrokem I. prvoinstančního rozhodnutí žalovaný rozhodl, že žalobci a), b), c), d), e), g) a osoba zúčastněná na řízení tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 4. 10. 2010 koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku „EÚO ZŠ E.Valenty, Prostějov“ (dále též „VZ ZŠ“) zveřejněnou zadavatelem městem Prostějov tak, aby z nich nejvýhodnější nabídku podal žalobce g), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele podali, jednali ve vzájemné shodě, čímž ovlivnili výsledek uvedeného zadávacího řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu pozemního stavitelství v České republice, a tím dne 4. 10. 2010 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále též „ZOHS“), a dopustili se správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. b) tohoto zákona.

[3] Výrokem II. prvostupňového rozhodnutí žalovaný rozhodl, že stejného narušení hospodářské soutěže se dopustili a dne 28. 5. 2009 porušili uvedený zákaz společnosti Mechanika Prostějov, výrobní družstvo, se sídlem Letecká 3753/2, Prostějov (dále též „Mechanika“), a žalobce d) tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 28. 5. 2009 koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku „Lázně – rekonstrukce podhledu aprosklené stěny“ (dále též „VZ Lázně“) zveřejněnou městem Prostějov dne 5. 5. 2009 tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce d), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele podali.

[4] Výrokem III. žalovaný rozhodl, že žalobci g), d), b) a f) se dopustili uvedeného narušení hospodářské soutěže a dne 26. 3. 2009 porušili uvedený zákaz tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 26. 3. 2009 koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku „Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor“ (dále též „VZ Zámek“) zveřejněnou dne 4. 3. 2009 zadavatelem městem Prostějov tak, aby z nich nejvýhodnější nabídku podal žalobce g).

[5] Výrokem IV. žalovaný rozhodl, že žalobci c), g), b) a f) se dopustili téhož narušení hospodářské soutěže a dne 11. 6. 2009 porušili totéž ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 11. 6. 2009 koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce Sportcentrum, dům dětí a mládeže, Olympijská 4, Prostějov“ (dále též „VZ RS“) zveřejněnou dne 15. 5. 2019 zadavatelem městem Prostějov tak, aby z nich nejvýhodnější nabídku podal žalobce g), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele podali.

[6] Výroky V., VI., VII., a VIII., žalovaný podle § 7 odst. 1 ZOHS žalovaný osobám uvedeným ve výroku I., II., III. a IV. plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemně shodě specifikovaného v těchto výrociích do budoucna zakázal.

[7] Žalovaný dále v prvostupňovém rozhodnutí podle § 22a odst. 1 písm. b) a odst. 2 ZOHS výrokem XII. uložil žalobci a) za správní delikt uvedený ve výroku I. pokutu ve výši 6.871.000 Kč, výrokem XIII. uložil žalobci c) za správní delikty uvedené ve výrociích I. a IV. pokutu ve výši 13.354.000 Kč, výrokem XIV. uložil žalobci e) za správní delikt uvedený

pokračování

ve výroku I. pokutu ve výši 1.804.000 Kč., výrokem XVI. uložil žalobci g) za správní delikty uvedené ve výrocích I., III., a IV., pokutu ve výši 11.567.000 Kč, výrokem XVII. uložil žalobci d) za správní delikty uvedené ve výrocích I., II. a III. pokutu ve výši 1.467.000 Kč, výrokem XVIII. uložil žalobci f) za správní delikty uvedené ve výrocích III. a IV. pokutu ve výši 515.000 Kč, výrokem XIX. uložil žalobci b) za správní delikty uvedené ve výrocích I., III. a IV. pokutu ve výši 4.636.000 Kč, výrokem XX. uložil osobě zúčastněné na řízení pokutu ve výši 8.655.000 Kč.

[8] Výrokem XXI. žalovaný podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb. uložil žalobcům a dalším uvedeným osobám, každému jednotlivě, povinnost uhradit náklady řízení paušální částkou 2.500 Kč.

[9] Žalobce a) v žalobě namítl, že se žalovanému nepodařilo beze všech pochybností prokázat spáchání správního deliktu. Rozhodnutí žalovaného se opírá toliko o nepřímé důkazy. Originální vlastnosti elektronických dokumentů, na něž žalovaný odkazuje, nebylo možné ověřit. Žalovanému přitom nic nebránilo do jím vedeného spisu zařadit originální nosiče, včetně jejich obalu. Podle názoru žalobce a) se týkalo o nepřípustný důkaz zejména v situaci, kdy žalovaný zahájil šetření na základě anonymních oznámení a kdy se tak nabízí varianta zásahu do obsahu dokumentů v souvislosti s konkurenčním bojem. Žalovaný se dostatečně nevypřádal ani s námitkou žalobce a), že součástí jím předložené nabídky se již stal rozpočet upravený na subdodávky a obchodní zvyklosti žalobce a). Žalovaný nezohlednil, zda postižené jednání účastníků mělo skutečný dopad na soutěž a na vznik prospěchu, jehož by v důsledku posuzovaného jednání bylo dosaženo. Aplikace doktríny *hardcore* je v tomto případě v příkrém rozporu se skutečností, že ke vzniku prospěchu dosaženého v důsledku protisoutěžního posuzovaného jednání nedošlo, neboť vysoutěžená nabídková cena byla o cca 2.000.000 Kč nižší, než předpokládaná cena uvedená v zadání veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že se jednalo o otevřené řízení, nemohla údajná dohoda zapříčinit narušení hospodářské soutěže v rozsahu přesahující kritéria *de minimis*. Uložená pokuta je nepřiměřená co do vztahu k charakteru a ceně soutěžené zakázky. Žalobce a) upozornil, že na trhu působí nepřetržitě od 1. 5. 1990 a za celou dobu své existence se nedopustil žádného správního deliktu.

[10] Žalobce b) v žalobě žalovanému vytknul, že nepostupoval správně a objektivně při vyhodnocení analýzy porovnávající položkové ceny v nabídkách jednotlivých uchazečů o veřejné zakázky mezi sebou navzájem a vzorovými ceníky poskytnutými společnostmi ÚRS Praha a.s. (dále též „ÚRS“) a RTS, a.s. (dále též „RTS“). Podle žalobce b) shromážděné podklady a argumentace žalovaného nevyklučují možný vznik shody v nabídkách do veřejných zakázek v důsledku poptání cenové nabídky více uchazečů od stejného subdodavatele, což je běžná praxe ve stavebnictví. V případě podobnosti ve vlastnostech elektronických dokumentů, které uchazeči o veřejné zakázky předložili v rámci svých nabídek, žalobce b) žalovanému vytknul, že se vůbec nezabýval tím, jak tyto podobnosti vznikly a zda lze jejich výskyt jednoznačně přičíst žalobci b), nebo je možné, aby vznikly i bez jeho přičinění. Z poznámek jednatele žalobce b) nelze dovozovat kontakt žalobce b) s Mechanikou ve sdružení s žalobcem d), osobou zúčastněnou na řízení a žalobcem g) za účelem sladění postupu k předmětným veřejným zakázkám. Uloženou pokutu označil žalobce b) za likvidační. Žalovaný neprokázal, že by mezi žalobci docházelo k dohodě, disponuje pouze nepřímými důkazy, které ale netvoří ucelený řetězec. Není ani žádný přímý důkaz o tom, že by jednání účastníků nebo žalobce b) mělo úmyslnou formu jednání.

[11] Žalobce c) v podané žalobě namítl, že se žalovaný nezabýval možností podobnosti mezi nabídkovými cenami v důsledku poptání cenové nabídky u týchž subdodavatelů. V důsledku toho, že si žalovaný vystačil s pouhou domněnkou, že podobnost v nabídkových rozpočtech nelze vysvětlit jinak, byly zcela zásadním způsobem porušeny základní zásady správního řízení

vyjádřené v § 3 a § 50 odst. 2 a 3 správního řádu. Žalovaným shromážděné nepřímé důkazy nemohou obstát samostatně ani ve svém souhrnu. Žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav. Zadávací řízení na akce VZ ZŠ a VZ RS proběhlo v době, kdy již byl vypuštěn § 6 ZOHS, který upravoval vyloučení ze zákazu dohod podle § 3 odst. 1 téhož zákona. Nadále byl uplatňován princip tzv. dohod *de minimis*, přičemž podmínky pro vymezení dohod, jejichž dopad je na soutěž nepatrný, byly následně upraveny oznámením žalovaného o dohodách *de minimis*. Ustanovení o zákazu dohod *bid-rigging* toto oznámení neobsahuje, explicitní zákaz dohod *bid-rigging* lze dohledat až v oznámení žalovaného vydaném v roce 2014. Žalobce setrval na tom, že jednání, které popisuje žalovaný, nemůže spadat pod § 6 odst. 2 ZOHS, případně čl. II. odst. 11 Oznámení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství (2001/C 368/7).

[12] Žalobce d) v žalobě namítl, že se žalovaný nezabýval tím, že použití ceníků RTS a ÚRS mohlo mít za následek určitou podobnost v nabídkách. Podobnost nabídkových cen uchazečů mohla být též důsledkem poptání cenové nabídky více uchazeči od stejného subdodavatele. Argumentace žalovaného, že v nabídkách žádné informace o subdodavatelích nebyly uvedeny a že uchazeči ve veřejných zakázkách neprokazovali kvalifikaci prostřednictvím subdodavatelů, tuto možnost nevyvrací. Ohledně podobností ve vlastnostech elektronických dokumentů žalobce d) namítl, že se žalovaný vůbec nezabýval tím, jak tyto podobnosti vznikly či mohly vzniknout, zda je lze přičíst žalobci d), nebo je možné, aby vznikly i bez jeho přičinění. Závěrem žalobce d) namítl, že uložená pokuta je pro něj likvidační a že žalovaný objektivně neprokázal, že by mezi účastníky docházelo k dohodě. Jednání žalobců a existenci kontaktů mezi nimi žalovaný neprokázal, vyjadřuje pouze svůj subjektivní názor. Není jediný přímý důkaz, že by žalobci jednali ve formě úmyslu.

[13] Žalobce e) v žalobě vyjádřil přesvědčení, že závěry znaleckého posudku soudního znalce z oboru výpočetní techniky Ing. Marka Fialy ze dne 29. 4. 2019 předloženého žalobcem b) zpochybňují skutkové závěry žalovaného ohledně pravdivosti zjištění, která byla základem pro vydání jeho rozhodnutí. Vytkl žalovanému porušení § 50 odst. 3 správního řádu spočívající v nezohlednění skutečnosti, že řízení bylo zahájeno na základě anonymních podnětů, které mohly být součástí konkurenčního boje na trhu pozemního stavitelství v regionu.

[14] Žalobce f) v žalobě namítl, že žalovaný svým postupem porušil § 3 a § 68 odst. 3 správního řádu. Jeho chováním nedošlo k porušení § 3 odst. 1 ZOHS a nebylo prokázáno, že cílem nebo výsledkem jeho jednání by bylo narušení hospodářské soutěže. Závěry žalovaného o chování žalobce f) představují pouze jakousi hypotetickou analýzu, ale není zde jediný přímý důkaz o tom, že by se žalobce f) s dalšími společnostmi jakkoli kontaktoval či domlouval na tvorbě své nabídky. Žalovaný dostatečně neprokázal existenci kontaktů mezi soutěžiteli.

[15] Žalobce g) v žalobě namítl, že se cítí poškozen postupem žalovaného, který nevzal v potaz jeho návrhy na doplnění dokazování. Argumentaci v prvostupňovém rozhodnutí označil za zavádějící a v řadě bodů zcela nepravdivou, což dále podrobně popsal na konkrétních případech a shrnul, že žalovaný na jednu stranu nekriticky přejímal jakékoliv indicie, které by mohly naznačovat koordinaci soutěžního jednání mezi uchazeči o veřejné zakázky, a na druhou stranu ignoroval tvrzení žalobce g) a dalších účastníků a nezjišťoval skutečnosti svědčící v jejich prospěch. Svůj závěr o protisoutěžním jednání žalovaný opřel pouze o nepřímé důkazy, které jako celek neobstojí. Žalobce g) podrobnou argumentací zpochybnil analýzu poměrů jednotkových cen v nabídkách soutěžitelů provedenou žalovaným a závěr žalovaného o údajné podobnosti ve vlastnostech elektronických dokumentů. Dále žalovanému vytkl, že zásadním způsobem porušil zásady správního trestání. Prvostupňové rozhodnutí žalovaného neobsahuje srozumitelné a jednoznačné zdůvodnění stanovení výše pokuty, kterou žalobce g)

pokračování

považuje za uloženou v likvidační výši, neboť několikanásobně převyšuje zisk žalobce g) v posledních letech.

[16] Krajský soud usnesením ze dne 29. 7. 2019, č. j. 62 Af 26/2019 – 70, spojil řízení o výše uvedených žalobách vedená u krajského soudu pod sp. zn. 62 Af 26/2019, 62 Af 35/2019, 62 Af 36/2019, 62 Af 37/2019, 62 Af 39/2019, 62 Af 40/2019 a 62 Af 41/2019 ke společnému projednání, s tím, že věc bude nadále vedena pod sp. zn. 62 Af 26/2019.

[17] Krajský soud následně v záhlaví uvedeným rozsudkem žaloby zamítl. Žalobcem f) namítané nicotnosti rozhodnutí žalovaného krajský soud nepřisvědčil, neboť žalovaný i jeho předseda nepochybně byli věcně příslušní k vydání rozhodnutí o rozkladu i prvostupňového rozhodnutí. Tato rozhodnutí nejsou vnitřně rozporná, neboť odůvodnění jako celek i jeho jednotlivé části zjevně souvisí s výroky rozhodnutí. Krajský soud dále shledal, že žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí rozvedl nosné důvody, které jej k vydání rozhodnutí vedly, a podstatnou argumentaci žalobců vypořádal. Prvostupňové rozhodnutí je tedy přezkoumatelné, stejně jako rozhodnutí předsedy žalovaného, který v napadeném rozhodnutí zrekapituloval námitky uplatněné v rozkladech a jednotlivě je vypořádal.

[18] Ke znaleckým posudkům předloženým žalobci e) a b) krajský soud uvedl, že z nich vyplývá toliko to, že nelze s jistotou potvrdit ani vyvrátit, zda CD předložená zadavatelem jsou originály, zda jsou tedy právě těmi nosiči dat, které byly součástí nabídek. Krajský soud ve shodě s žalovaným neshledal žádný důvod k tomu považovat obsah původních CD tvořících součást nabídek za pozměněný. Důkazy z těchto podkladů pocházející tak byly procesně použitelnými. Nebylo žádného důvodu, aby žalovaný prokazoval, že s elektronickými podklady na CD nebylo v mezidobí manipulováno.

[19] Rovněž důkazy pocházející z místního šetření byly procesně použitelné, neboť existoval proporcionalní vztah mezi rozsahem podezření, jež se musí v rozumně konkrétní míře promítnout do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k šetření a rozsahem samotného šetření.

[20] Krajský soud neshledal důvody k aplikaci pravidla *de minimis*, podle kterého zákaz protisoutěžních dohod nedopadá na takové dohody, které mají zcela zanedbatelný vliv (dopad) na hospodářskou soutěž. Dohody typu *bid-rigging*, k níž došlo v posuzované věci, totiž směřují k určení cen a rozdělení trhu. Tento typ dohod byl z pravidla *de minimis* vyňat od počátku [§ 6 odst. 2 písm. a) ZOHS]. Nebylo proto namístě v nyní posuzované věci výjimku *de minimis* aplikovat.

[21] K žalobci zpochybňovanému zavinění ve formě úmyslu krajský soud uvedl, že klíčovým nepřímým důkazem, o který žalovaný opřel svůj závěr o protisoutěžním jednání žalobců, byly shodné poměry jednotkových cen v nabídkách jednotlivých soutěžitelů (žalobců). Připustil, že ne u všech dílčích položek zůstal v rámci podtypu plnění zachován stejný poměr. Výskyt shodných poměrů mezi některými položkami je ovšem natolik častý, že může spolehlivě indikovat kooperaci při podávání nabídek.

[22] Vyjma podobností položek v rozpočtu přihlédl žalovaný ke shodným vlastnostem souborů uložených na CD, která byla přiložena k nabídkám. Výskyt údajů úzce souvisejících se žalobcem b) ve vlastnostech elektronických rozpočtů předložených dalšími soutěžiteli označil krajský soud za významnou indicii pro závěr o protisoutěžní koordinaci mezi žalobci a), b), c), d), e) a g) u VZ ZS. Další indicie zjištěné žalovaným – poznámky jednatele žalobce b) zajištěné při místním šetření naznačující spolupráci se žalobcem d) (jako členem sdružení) a osobou

zúčastněnou na řízení spolu s přítomností nabídek uchazečů, kteří si zadávací dokumentaci nevyzvedli, ač v podrobnostech nebyla zadávací dokumentace veřejně přístupná – vhodně doplnily řetězec nepřímých důkazů o protiprávním jednání výše uvedených žalobců spočívající v koordinaci účasti a nabídek.

[23] Ke zpochybnění postupu žalovaného při zjišťování položek, které byly zahrnuty ve vzorových cenících RTS a ÚRS, krajský soud uvedl, že správním spisem prochází výzvy žalovaného, kterými autory těchto ceníků vyzval k vyplnění slepých rozpočtů, které odpovídaly rozpočtům ze zkoumaných veřejných zakázek. Postup žalovaného, který si vyžádal údaje přímo od zpracovatelů, tj. autorů vzorových ceníků, a ty pak sám zkoumal ve vztahu k nabídkovým rozpočtům, shledal krajským soud možným a rozumným. Ani žalobci, přestože uvedli, že ceníky RTS a ÚRS využívali, neuvedli konkrétní položku, která měla být ze strany žalovaného, RTS nebo ÚRS opomenuta či chybně uvedena, přestože se ve vzorových cenících nacházela. Krajský soud dodal, že autoři vzorových ceníků jsou nepochybně nejlépe obeznámeni s jejich obsahem.

[24] Tvrzení žalobce d), že z kapacitních důvodů zadal vypracování rozpočtu Ing. Bakalovi, který byl zaměstnancem žalobce b), krajský soud neuvěřil. I kdyby část, či celý rozpočet pro žalobce d) vypracoval Ing. Bakala, nevysvětlovalo by to výskyt jména další pracovnice žalobce b) v části „autor poslední změny“ a firmy žalobce b) v elektronických dokumentech (rozpočet a harmonogram), které žalobce d) přiložil k nabídce. Z dalších indicií [autor poslední změny, poznámky jednatele žalobce b)] jasně plyne účast žalobce d) na kartelu.

[25] Z tabulky obsahující porovnání nabídek k VZ Lázně je patrné, že byt' nabídky podali 4 soutěžitelé, podezřele častý výskyt totožného poměru jednotkových cen (0,95) bylo možné vysledovat pouze u nabídky žalobce d) a Mechaniky. Podle tabulek porovnávacích nabídkové ceny se vzorovými ceníky RTS a ÚRS je zjevné, že ani u této veřejné zakázky nemohla být častá shoda poměrů nabídkových cen žalobce d) a Mechaniky způsobena využíváním vzorových ceníků. Cílem protisoutěžní dohody nepochybně bylo narušení hospodářské soutěže, a podmínky aplikace § 3 odst. 1 ZOHS tak byly naplněny. To, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo, zohlednil žalovaný při úvahách o výši pokuty

[26] V případě VZ Zámek je výskyt shodných poměrů mezi některými položkami natolik častý, že tato skutečnost může dobře indikovat kooperaci při podávání nabídek. Množství položek, jejichž ceny by mohly být ovlivněny ceníky ÚRS, byl zcela zanedbatelný. Také u této veřejné zakázky vycházel žalovaný nejen z podobností v rozpočtech, nýbrž také z dalších nepřímých důkazů. Krajský soud žalovanému přisvědčil, že možný kontakt mezi soutěžiteli vyplývá také ze shodných údajů v elektronických dokumentech – položkových rozpočtech. Z totožného formátování elektronického dokumentu může rovněž vyplývat koordinace mezi žalobci b), d) a g)

[27] Obdobně ze srovnávací tabulky k VZ RS je patrné, že v jednotkových nabídkových cenách žalobců b), c), f) a g) se nápadně často vyskytují shodné poměry. Z tabulky týkající se poměru jednotkových cen v nabídkách jednotlivých soutěžitelů a ceníků RTS je zřejmé, že nabídkové ceny v opakovaně stejném poměru nemohlo způsobit užití vzorového ceníku RTS a totéž lze konstatovat k ÚRS ceníku. Častý výskyt totožných či velmi podobných poměrů mezi jednotkovými nabídkovými cenami žalobců tak mohl indikovat kooperaci mezi žalobci b), c), f) a g). Kooperaci mezi žalobci b), c) a g) dokládají také shody ve vlastnostech elektronických dokumentů, které tito žalobci předložili v rámci svých nabídek. Narušení hospodářské soutěže je opět zjevné. Byt' žalobce f) nepředložil svoji nabídku elektronicky, a jeho účast na kartelu tak bylo možné prokázat pouze na základě výskytu shodných či podobných poměrů

pokračování

jeho položkového rozpočtu ve vztahu k nabídkám ostatních uchazečů, postačoval tento nepřímý důkaz k zahrnutí žalobce f) do kartelu spolu s ostatními.

[28] Krajský soud shrnul, že společný postup soutěžitelů spočívající v koordinaci při podávání nabídek lze nepochybně podřadit pod zákonné vymezení jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS. Žalovaný v omezené míře prokázal komunikaci mezi některými soutěžiteli na základě poznámek zajištěných při místním šetření v obchodních prostorách žalobce b). Klíčovou skupinu (nepřímých) důkazů tvořily dílčí části nabídek žalobců v dílčích zadávacích řízeních. Z podkladů shromážděných žalovaným promítnutých do „srovnávacích tabulek“ je zřejmé, že nabídky žalobců vykazovaly shodné znaky (totožné vlastnosti elektronických dokumentů) a významná část položek v rozpočtu byla ve shodném poměru. Mezi žalobci docházelo k výměně informací o obsahu nabídek (určení cen) a určení jejich pořadí v zadávacích řízeních. Docházelo tedy ke koordinaci protisoutěžního jednání, které bylo realizováno okamžikem podání „smluvených“ nabídek, a to za účelem ovlivnění výsledku zadávacích řízení. Jestliže byla prokázána koordinace postupu soutěžitelů spočívající v dohodě typu *bid-rigging*, tedy v protisoutěžní dohodě, jejímž imanentním cílem je narušení soutěže, neboť soutěžitelé koordinací při podávání nabídek vědomě směřovali k určování cen, případně k rozdělení trhu v rámci vymezených veřejných zakázek, pak se podle krajského soudu jednalo ze strany žalobců nejméně o úmysl nepřímý.

[29] Námitce žalobce a), že alespoň v jednom případě vysoutěžená nabídková cena u veřejné zakázky byla nižší oproti předpokládané hodnotě veřejné zakázky, a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě tak nemohlo mít dopad na relevantní trh, nedal krajský soud za pravdu, neboť předpokládaná hodnota je pouhým kvalifikovaným odhadem zadavatele, který se může nakonec míjet s realitou. Je to právě zadávací řízení, v rámci kterého má být zjištěna „tržní“ (skutečná) cena zakázky. Nadto zakázané jsou také dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže bez ohledu na výsledek. Tribunál např. v rozsudcích ve věci T-73/04 ze dne 8. 10. 2008 a ve věci T-410/03 ze dne 18. 6. 2008 připustil, že není povinností soutěžního úřadu, aby zjišťoval, zda kartel skutečně vedl k navýšení cen – to platí o to více u *hardcore* dohod, mezi něž dohody typu *bid-rigging* jistě patří. Vyjma jednoho ze čtyř zadávacích řízení vítěznou nabídku podal člen kartelu; jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě tedy dopad na hospodářskou soutěž mělo. Protisoutěžní dohody tak u všech čtyř veřejných zakázek byly zakázanými dohodami, jejichž cílem nebo výsledkem bylo narušení hospodářské soutěže.

[30] Rozhodnutí žalovaného reflektuje částečně odlišnou situaci žalobce f) vyvolanou tím, že nepodal nabídky elektronicky. Žalovaný správně porovnával jednotkové ceny uvedené v nabídkách, mimo jiné i v nabídce žalobce f), a správně zjistil určitý cenový vzorec ve všech těchto nabídkách, aniž by tento vzorec mohl být vyvolán využitím stavebních ceníků RTS a ÚRS či využitím subdodavatelů (žádní „shodní“ subdodavatelé nebyli uvedeni).

[31] K usnesení Policie České republiky č.j. KRPM-113709-178/TČ-2016-140080 ze dne 11.5.2018 o odložení věci podle § 159a odst. 1 trestního řádu, krajský soud uvedl, že se sice týkalo podezření z protisoutěžního jednání, jež se mimo jiné věcně kryje s nyní posuzovanou věcí. Policie ČR vycházela z podezřelé podobnosti jednotlivých nabídek u veřejných zakázek, ale především žalovaný správně vycházel z toho, že odložení věci policií nemohlo vyloučit potrestání žalobců za porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže ve správním řízení.

[32] Při hodnocení potrestání žalobců krajský soud vycházel z přesvědčení, že jejich jednání lze hodnotit jako tzv. *hardcore* dohody – protisoutěžní dohody nejzávažnějšího typu, což se musí projevit ve výši pokuty. To, zda součet všech uložených pokut výrazně převyšuje hodnotu konkrétní veřejné zakázky, není při posuzování přiměřenosti uložených pokut významné,

nebot' celková suma uložených pokut je dána závažností protisoutěžního jednání a počtem účastníků protisoutěžních dohod. V odůvodnění uložených pokut, odůvodnění přiměřenosti pokut a jejich dopadů na žalobce neshledal krajský soud pochybení žalovaného. Toto odůvodnění obsahuje jak východiska zahrnující majetkovou situaci žalobců, tak charakter protisoutěžního jednání. Krajský soud se ztotožnil se závěry žalovaného s tím, že z hospodářského výsledku a míry zadlužení je patrné, že uložené pokuty likvidační nebyly.

II. Obsah kasačních stížností a navazujících podání

II. a) Kasační stížnost stěžovatele a)

[33] Proti tomuto rozsudku krajského soudu podal žalobce a) [dále též „stěžovatel a)“] kasační stížnost. Namítal, že nebyla vůbec doložena subjektivní stránka údajně spáchaného správního deliktu. Dohoda mezi soutěžiteli ve smyslu § 3 ZOHS nebyla nijak prokázána. Pochybení krajského soudu spatřuje stěžovatel a) v tom, že samostatně podané žaloby účastníků spojil ke společnému projednání, aniž by vzal ohled na specifika jednotlivých zadávacích řízení, různý počet účastníků a v neposlední řadě též i jejich rozdílnou argumentaci. Usnesení Policie ČR ze dne 11. 5. 2018 mělo být hodnoceno tak, že se nepodařilo prokázat subjektivní stránku deliktu.

II. b) Kasační stížnost stěžovatele b)

[34] Žalobce b) [dále též „stěžovatel b)“] podal rovněž kasační stížnost. V případě VZ ZŠ vytknul žalovanému, že při hledání cenových vzorců v cenových nabídkách zcela rezignoval na posouzení dalších kritérií této zakázky a jejich dopadu na výsledek soutěže a posouzení úlohy dalších kritérií se vůbec nevěnoval ani v jednom ze svých rozhodnutí. Namítl, že pokud nabídková cena tvoří 85 % váhy rozhodných kritérií a nabídkové ceny se liší nejvýše o cca 6 % (spíše však 1 – 4%), není možné přijmout závěr o jednání uchazečů ve shodě za účelem sladění cen pro ovlivnění výsledku soutěže výběrem určeného dodavatele pouze ze srovnání cen uchazečů. Navíc srovnáním vlastností elektronických dokumentů z nabídek není prokázáno jednání ve shodě ve vztahu k dalšímu kritériu výběru.

[35] I bez ohledu na jiná kritéria hodnocení nabídek ovšem samotné srovnání cenových nabídek, resp. údajné cenové vzorce z nich plynoucí, jako důkaz jednání uchazečů ve shodě neobstojí. Krajský soud shodně s žalovaným uzavírá, že v nabídkách vidí určitý cenový vzorec, ovšem nikde nedefinuje žádnou jeho obecnou, nicméně dostatečně určitou charakteristiku, která je přitom definičním znakem vzorce. Cenový vzorec se totiž netýká všech nabídkových položek. I krajský soud dává stěžovateli b) v bodě č. 52 kasační stížností napadeného rozsudku za pravdu, že zdaleka ne u všech položek jsou poměry totožné a četnost výskytu totožných cenových poměrů již podle krajského soudu pouze indikuje cenový vzorec. O cenovém vzorci žalovaný i krajský soud hovoří bez jeho dalšího podrobného upřesnění. Z kasační stížností napadeného rozsudku ani z rozhodnutí žalovaného tak nevyplývá, zda cenový vzorec znamená, že určité typy položek v nabídce jsou u všech uchazečů vždy ve stejném poměru, či zda s ohledem na objem jednotlivých položek vzájemné poměry vytvářejí nějaký vzájemný vzorec v konečných cenách. Z napadeného rozhodnutí není patrné ani to, jak velká část z oné většiny položek v cenových nabídkách těch kterých uchazečů je skutečně shodná. Kasační stížností napadený rozsudek taktéž nikde neodůvodňuje, resp. nevysvětluje údajný cenový vzorec stěžovatelů g) a c), kteří nemají s ostatními účastníky žádnou shodu v parametrech elektronických dokumentů, resp. nijak se nesnaží vyloučit možnou a pravděpodobnou nahodilost výskytu shodných cenových položek.

pokračování

[36] Stěžovatel b) tak má za to, že krajský soud zaměnil podobnost nacenění položek nabídkového rozpočtu za cenový vzorec a rezignoval přitom na jeho odpovídající definici, resp. nedostál požadavkům na odůvodnění cenového vzorce jako součásti tvrzeného jednání ve shodě, odvozeného z nepřímého důkazu srovnání cenových nabídek uchazečů. Navíc selhal i při srovnávání nabídkových cen s ceníky RTS a ÚRS. Žalovaný oba subjekty vyzval k doplnění slepých rozpočtů podle jejich ceníkových cen k říjnu 2010 (datum podání nabídek uchazeči). U takto získaných dat ale nijak dále nezkoumal, zda jsou relevantní ve vztahu k ceníkovým cenám RTS a ÚRS, které uchazeči skutečně použili. Jinými slovy, nezabýval se průběžnými aktualizacemi ceníkových cen v čase a různými cenovými hladinami, které ceníkové ceny mají. Srovnání nabídkových cen uchazečů s takto získanými ceníkovými cenami RTS a ÚRS tudíž nemohlo přinést závěr, že určitou podobnost mezi cenami jednotlivých položek nemohlo způsobit použití vzorových ceníků RTS a ÚRS. Podle stěžovatele b) tak krajský soud v rámci hodnocení důkazů údajnými cenovými vzorci pro VZ ZŠ pochybil, když se nevypořádal se všemi souvislostmi, a tudíž zásadně neprověřil důkazní hodnotu důkazů, která je s ohledem na popsání nedostatky příliš malá na to, aby prokázala vzájemné sladňování postupů dotčených uchazečů, ačkoliv se tak na první pohled subjektivně může jevit.

[37] Z dat souborů neplyne žádné sladění žalobců g) a c) mezi sebou ani s ostatními uchazeči. Charakter „Your User Name“ pro znak „Autor poslední změny“ společný souboru žalobce g) a a) nelze brát v potaz, jelikož jde o tovární přednastavení systému OFFICE, v němž byly dokumenty tvořeny, vyskytující se v celé řadě instalací těchto programů, které tak je neutrální a neprůkazné.

[38] Ve vztahu k charakterům elektronických souborů „autor“ a „vytvořeno“ nelze dovodit shodné jednání, protože charakter „autor“ zůstává stejný při kopírování souboru, ale dochází přitom ke změně charakteru „vytvořeno“, které uvádí čas zkopírování (viz posudek znalce Ing. Marka Fialy, č. 620/3/2019 ze dne 29. 4. 2019). Oba tyto charaktery tudíž nejsou vypovídající o tom, kdo a kdy dokument skutečně vytvořil. Z charakteru „autor“ plyne nanejvýš původce vzoru, který mohl vzniknout kdykoliv v minulosti s jakýmkoliv obsahem a mohl být v budoucnu v libovolném počtu kopírován, přičemž každou další kopií dokumentu získal nový charakter vytvořeno. Stěžovatel b) tak má za to, že existuje legitimní výklad, že Ing. Václav Bakala mohl vytvořit dne 30. 9. 2010 dokument s nabídkovou cenou stěžovatele b), ale mohl jej vytvořit z jakéhokoliv souboru, který jako uživatel vytvořil dříve, a další dokumenty, které jej uvádějí jako „autora“, mohly vzniknout nezávisle na této činnosti, kdykoliv v minulosti se jakýmkoli způsobem (např. z jiných soutěží, jiné obchodní komunikace, či subdodavatelské činnosti) mohly dostat do dispozice ostatních uchazečů. Také v případě vztahu charakteru „autor poslední změny“ a „naposledy upraveno“ mohlo dojít k úpravám dokumentu, který původně editoval uživatel „Haluzová“, ale tyto změny se v metadatech neprojevíly změnou v charakteru „autor poslední změny“. Stěžovatel b) navázal, že krajský soud pochybil, když se nevypořádal se všemi souvislostmi plynoucími ze získaných informací.

[39] Stěžovatel b) přitom nedostatečnost odůvodnění ohledně výše uvedených ceníkových cen a metadat elektronických souborů namítal již v žalobě a rovněž v řízení před žalovaným před vydáním prvostupňového rozhodnutí navrhol doplnění dokazování. Žalovaný nicméně důkazy neprovedl, ale současně se s návrhy na jejich provedení v odůvodnění svých rozhodnutí nijak nevypořádal. Tím, že krajský soud tento postup potvrdil, zatížil své rozhodnutí nezákonností a nepřezkoumatelností spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí ve vztahu k tvrzenému jednání účastníků ve shodě.

[40] Z poznámek jednatele stěžovatele b) získaných při místním šetření nelze dovodit souvislost s údajným jednáním uchazečů ve shodě. Poznámka z 2. 8. 2010 předchází svým datem

datu vyhlášení veřejné zakázky a poznámka z 30. 8. 2010 nedokazuje kontakt mezi stěžovatelem b) a jinými uchazeči. Závěr krajského soudu, který dal poznámky jednatele stěžovatele do souvislosti se skutečností, že stěžovatelé a) a c) si nevyzvedli část zadávací dokumentace, která nebyla elektronicky dostupná na profilu zadavatele, a přesto jejich nabídka obsahuje vytištěné dokumenty, které jsou z větší části graficky a textově shodné, stěžovatel b) zpochybnil tím, že z metadat elektronických verzí těchto souborů žádné propojení neplyne, jak popsáno výše. Údajná podobnost může být založena pouze na generičnosti použitého formátu.

[41] Ve vztahu k VZ Zámek stěžovatel b) ke shodě ve formátování částí rozpočtu s názvem „Elektrozvody vnitřní – slaboproud“ a „Elektrická požární signalizace“ ve sloupci montáž namítl, že bylo pominuto, že příslušný dokument zadávací dokumentace má jiného autora, než jsou autoři příslušných dokumentů podaných nabídek, a srovnání je tudíž bezpředmětné. Samotné dokumenty nabídek pak v dalších parametrech metadat nevykazují jakoukoli shodu, aby bylo možno s jistotou tvrdit, že formátování má jeden zdroj, přičemž Times New Roman je nejpoužívanější font a zdrojem mohly být např. údaje od subdodavatele. Navíc se jedná o cca 25 položek z přibližně 1200 položek rozpočtu, tj. formátování je stejné cca u 2 % položek a to ještě jen v jenom sloupci ze čtyř. Samotný kontakt mezi uchazeči není možné považovat za důležitý důkaz jednání ve shodě. Bylo by absurdní domnívat se, že podobně velké společnosti podnikající ve stejném oboru ve stejném okresním městě se příležitostně z různých důvodů nesetkávají.

[42] Za nepřipustné stěžovatel b) označil, že žalovaný v posuzované věci týkající se veřejných zakázek v letech 2009 a 2010 presumoval podezření na základě anonymního podání týkajícího se let 2016 a 2017.

[43] Závěr krajského soudu o správnosti závěru žalovaného, že odložení věci policií nemohlo vyloučit správné potrestání žalobců za porušení zákona o ochraně hospodářského soutěže podle stěžovatele b) neobstojí, neboť Policie ČR a žalovaný hodnotili porušení téhož zákona. Není přípustné, aby v takové situaci státní orgány jednaly diametrálně odlišně. Policie ČR navíc shledala, že nebyly zjištěny skutečnosti důvodně navštěvující spáchání trestného činu, který měl být spáchán porušením ZOHS.

[44] Závěrem stěžovatel b) brojil proti závěru krajského soudu, v němž shledal správným postup žalovaného, který nepřipustil důkazy navržené stěžovatelem b) a g). Konstatování žalovaného, že se v prvostupňovém rozhodnutí s návrhy důkazů vypořádal závěrem, že nejsou schopny potvrdit ani vyvrátit jimi prokazované skutečnosti, však nemá oporu v prvostupňovém rozhodnutí. Žalovaný v něm takto o předmětných důkazních návrzích nehovoří, z čehož vyplývá, že se s nimi nevypořádal a krajský soud si toho nevšimnul. V uvedeném stěžovatel b) spatřuje další vadu spočívající v nedostatečně zjištěném skutkovém stavu.

II. c) Kasační stížnost stěžovatele c)

[45] Žalobce c) [dále též „stěžovatel c)“] namítl, že se soud nevypořádal s námitkami účastníků řízení a žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav. Důkazy provedené v předchozím řízení nepostačují k prokázání jednání účastníků ve shodě. Žalovaný znemožnil jakoukoliv kontrolu informací v cenících poskytnutých společnostmi ÚRS a RTS tím, že si nevyžádal vzorové ceníky a tyto se nestaly součástí správního spisu. Žalovaný odmítl žalobci navržené důkazy, které by mohly vést k řádnému zjištění skutkového stavu. Závěr soudu, že ze strany stěžovatele c) mělo být poukázáno na konkrétní položku, která měla být chybně uvedena či opomenuta, nemůže obstát, neboť nedostatečné zjištění skutkového stavu správním orgánem nelze přičítat k tíži účastníka řízení.

pokračování

[46] Námitka účastníků řízení o případné podobnosti mezi nabídkovými cenami jednotlivých uchazečů v důsledku cenové nabídky těchto subdodavatelů nebyla žalovaným ani soudem akceptována, jelikož nabídky uchazečů prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů neobsahovaly. Podle tehdy platné právní úpravy však nebyl povinen uchazeč o veřejnou zakázku v nabídce povinen uvést, že hodlá část plnění provést prostřednictvím subdodavatelů. To, zda uchazeč toto právo využil či nikoli, nemůže být kladeno k jeho tíži, nehledě na to, že žalovaný tuto námitku bez jakékoliv argumentace odmítl. Nelze proto akceptovat závěr, že podobnosti v nabídkách jednotlivých uchazečů bez dalšího dokazování prokazují uzavření zakázané dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS. V posuzované věci nenastala situace, kdy nepřímé důkazy tvoří ucelený logický provázaný řetězec.

[47] Zadávající řízení na VZ ZŠ proběhlo v době po nabytí účinnosti novely ZOHS provedené zákonem č. 155/2009 Sb. V tomto znění již byl vypuštěn § 6, který upravoval vynětí ze zákazu dohod podle § 3 odst. 1 téhož zákona, přičemž nadále byl uplatňován základní princip tzv. dohod *de minimis*, přičemž podmínky pro vymezení dohod, jejichž dopad na soutěž je nepatrný, byly následně upraveny Oznámením žalovaného o dohodách *de minimis*. V tomto oznámení jsou vymezeny v souladu s komunitárním právem dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný. Zákaz dohod *bid-rigging* toto oznámení neobsahuje. Zadávací řízení na zakázku VZ RS proběhlo ještě za účinnosti zákona č. 143/2001 Sb., přičemž ani v tehdy platném § 6 odst. 2 ZOHS není zákaz dohod *bid-rigging* uveden.

[48] Žalovaný a následně i krajský soud se nesprávně vypořádali s námitkou, že dohody mezi podniky, které ovlivňují obchod mezi členskými státy, neomezují výrazně hospodářskou soutěž, jestliže jejich celkový podíl nepředstavuje 10 % na kterémkoliv z relevantních trhů ovlivněných touto dohodou, když bylo prokázáno, že tento podíl účastníků je mnohem menší.

[49] Výše sankce není v souladu s § 14 ZOHS, neboť stěžovatel c) v žádném roce své existence nedosáhl obrátu přesahujícího 500 mil. Kč. Žalovaný vycházel z toho, že v roce 2010 stěžovatel c) dosáhl objemu prodeje ve výši 536.588.686 Kč. Objem prodeje se však nerovná obrátu.

II. d) Kasační stížnost stěžovatele d)

[50] Žalobce d) [dále též „stěžovatel d)“] rovněž podal kasační stížnost. Uvedl, že z nepřímých důkazů v posuzované věci nevyplývá porušení ZOHS, neboť nepřímé důkazy lze vysvětlit i jinak a toto vysvětlení nebylo vyvráceno. Podobnost nabídkových rozpočtů mohla vzniknout zejména použitím vzorových ceníků ÚRS a RTS a použitím nabídkových rozpočtů předložených stejnými subdodavateli pro různé uchazeče o veřejné zakázky. Žalovaný se vypořádal s možností vzniku podobnosti nabídkových rozpočtů použitím vzorových ceníků ÚRS a RTS tak, že požádal společnosti ÚRS a RTS o vyjádření ke slepým rozpočtům, které jim žalovaný předložil. Stěžovatel d) požadoval, aby byl proveden důkaz přímo vzorovými ceníky. Ty si však žalovaný nevyžádal a takový důkaz proveden nebyl. To podle stěžovatele d) představuje pochybení při zjišťování skutkového stavu, které znemožnilo potvrdit nebo vyvrátit možnost, že podobnosti v nabídkových rozpočtech jsou způsobeny použitím vzorových ceníků. Analýza porovnání položkových cen byla žalovaným provedena na základě nesprávných, resp. sporných informací a nelze ji považovat ani za nepřímý důkaz. Tato analýza přitom představuje hlavní nepřímý důkaz a její zpochybnění vede logicky ke zpochybnění celého řetězce nepřímých důkazů. Stěžovatel d) vytknul žalovanému, že tuto možnost vzniku podobnosti nabídek nijak neproověřil. Žalovaný mohl vyzvat stěžovatele d), aby označil své subdodavatele, které obvykle využívá k přípravě cenových nabídek. To však žalovaný neučinil a tento nedostatek nezohlednil ani krajský soud.

[51] K dalšímu článku řetězce nepřímých důkazů spočívajícímu v podobnosti ve vlastnostech elektronických dokumentů, předložených uchazeči o veřejné zakázky v rámci nabídek, stěžovatelé uváděli možnosti, jak mohly tyto podobnosti vzniknout. K této námitce nezaujal krajský soud žádné stanovisko, a kasační stížností napadený rozsudek je tak v tomto bodě nepřezkoumatelný. Sporná zůstala otázka autentičnosti podkladů na CD získaných od zadavatele, kdy z posudku ze dne 25. 9. 2019 vypracovaného Ing. Michaelem Trezzi, CSc., a znaleckého posudku ze dne 29. 4. 2019 vypracovaného Ing. Markem Fialou vyplynulo, že nelze potvrdit ani vyvrátit, že tato CD jsou totožná s těmi, která byla zadavateli předána jako součást nabídek do veřejných zakázek. Se závěrem krajského soudu, že žádný ze žalobců nepředestřel konkrétní dobře hájitelnou legendu ohledně záměny CD, vyjma zcela obecného tvrzení o možnosti záměny nosičů dat, nelze podle stěžovatele d) zcela souhlasit, neboť při ústním jednání před krajským soudem zástupce stěžovatele d) uvedl, že záměnu mohl provést autor anonymních podání, která byla podnětem pro zahájení správního řízení. Je totiž logické a pravděpodobné, že právě autor těchto anonymních podání měl od samého počátku zájem způsobit stěžovatelům potíže při získávání veřejných zakázek a způsobit jim i újmu v podobě uložených pokut. S velkou pravděpodobností se mohlo jednat o osobu, která je v konkurenčním postavení vůči stěžovatelům na trhu veřejných zakázek.

[52] Krajský soud neuvěřil legendě, že vypracování rozpočtu provedl Ing. Bakala z důvodu nedostatečné kapacity vlastních zaměstnanců stěžovatele d). Soud však neprovedl stěžovatelem d) navržený důkaz výsledkem Ing. Bakaly, u kterého nelze předem vyloučit, že by mohl závěry soudu změnit.

[53] K závěru krajského soudu, že častá shoda poměrů nabídkových cen stěžovatele d) a Mechanikou k VZ Lázně nemohla být způsobena využíváním vzorových ceníků, stěžovatel d) uvedl, že Mechanika byla jeho stálým dodavatelem a samostatně se neúčastnila zadávacích řízení na stavební zakázky. Po vypsání této zakázky stěžovatel d) tradičně oslovil Mechaniku ke zpracování nabídky pouze na výplně otvorů. Stěžovateli d) nebylo známo, že Mechanika se rovněž účastní výběrového řízení. Tím se vysvětluje možná podobnost jednotkových cen. V žádném případě ale nedošlo ke sladování zakázek, neboť stavba obsahovala řadu dalších položek – subdodávek, které nemohly být vzájemně řešeny, např. podhledy.

[54] Krajský soud odmítl při jednání provést důkazy navržené stěžovatelem d), aniž by zmínil, které konkrétní důkazy stěžovatel d) navrhoval a proč tyto důkazy považuje za nadbytečné. To považuje stěžovatel d) za nepřijatelný přístup k doplnění dokazování.

II. e) Kasační stížnost stěžovatele e)

[55] Žalobce e) [dále též „stěžovatel e)“] v kasační stížnosti v první řadě uvedl, že si není vědom jakéhokoli pochybení při podání nabídky, a popřel, že by mezi ním a ostatními uchazeči o veřejnou zakázku byla uzavřena jakákoli dohoda, kterou by porušil § 3 odst. 1 ZOHS. Namítl, že žalovaný měl při vznesené námitce ohledně možné manipulace s CD vyžádanými od zadavatele v maximálně možném rozsahu prověřit, kde byly CD archivovány, kdo a za jakých podmínek k nim měl přístup a zda se k nim nemohla dostat nepovolaná osoba. Jestliže žalovaný v průběhu správního řízení neodstranil pochybnosti o věrohodnosti, resp. pravosti CD, jejichž údaje byly použity jako nepřímý důkaz pro závěr, že stěžovatel e) spolu s ostatními uchazeči veřejné zakázky uzavřeli nedovolenou dohodu, pak nesplnil podmínku pro to, aby vyloučil jiný důvod pro takové chování uchazečů o veřejnou zakázku, tedy že důvodem je nikoli chování uchazečů, ale důsledek informace poskytnuté v rámci nedůvěryhodných technických dat na CD od zadavatele. Podle stěžovatele e) není jeho povinností prokazovat

pokračování

alternativní legendu ohledně záměny CD, jak dovodil krajský soud, ale soud má zkoumat, zda k této námitce žalovaný přihlédl a vypořádal se s ní.

II. f) Kasační stížnost stěžovatele f)

[56] Žalobce f) [dále též „stěžovatel f)“] v kasační stížnosti namítl, že žalovaný rozhodl na základě neúplně a nedostatečně zjištěného skutkového stavu a porušil zásadu materiální pravdy tím, že dokazování a hodnocení důkazů postavil pouze na svých vlastních domněnkách. Žalovaný se nezabýval důkazy svědčícími ve prospěch stěžovatele f) a neutvořil komplexní celek ze zjištěných důkazů, čímž došlo k porušení § 50 správního řádu. Stěžovatel f) namítl, že nebyla prokázána příčinná souvislost mezi jednáním uchazečů ve shodě v podobě vzájemného sladování a následným jednáním uchazečů. Důkaz kontaktu mezi stěžovatelem b) a g) je vůči stěžovateli b) irelevantní a nemůže být vůči němu uplatňován. Jde pouze o domněnku žalovaného, že by tento důkaz mohl vypovídat o kontaktu i s ostatními soutěžiteli, tj. i se stěžovatelem f). U veřejné zakázky VZ RS se jednalo o neplatné výběrové řízení, kde navíc byl vyloučen stěžovatel f), protože neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, čímž tato veřejná soutěž pro něj skončila. V právním hodnocení cenových nabídek se stěžovatel f) ztotožnil s argumentací vyjádřenou v kasační stížnosti stěžovatele b).

II. g) Kasační stížnost stěžovatele g)

[57] Žalobce g) [dále též „stěžovatel g)“] v kasační stížnosti vyjádřil přesvědčení, že podobnost v nabídkových rozpočtech uchazečů o veřejné zakázky mohla být způsobena i jinými skutečnostmi, než jejich protisoutěžním jednáním. Stěžovatel g) v průběhu správního řízení žádal žalovaného, aby v tomto směru doplnil dokazování. Žalovaný však žádnou z těchto možností dostatečně neověřil a své rozhodnutí založil pouze na indiciích a spekulacích.

[58] Podobnost nabídkových rozpočtů mohla podle stěžovatele g) vzniknout zejména: a) použitím vzorových ceníků ÚRS a RTS uchazeči o veřejnou zakázku, b) přípravou nabídkového rozpočtu stejným subdodavatelem pro více uchazečů o veřejnou zakázku a/nebo c) tím, že uchazeči o veřejné zakázky působí na stejném trhu, který byl v době veřejných zakázek cenově ustálen.

[59] Nesprávný je závěr žalovaného a krajského soudu, že analýza porovnávající položkové ceny v nabídkách jednotlivých uchazečů o veřejné zakázky (dále též „analýza“) vyvrací možnost, že za podobnostmi v nabídkách jednotlivých uchazečů o veřejné zakázky bylo použito vzorových ceníků. Analýza byla zpracována tak, že žalovaný požádal soukromé společnosti ÚRS a RTS o sdělení, které položky nabídkových rozpočtů do veřejných zakázek byly v příslušné době v jejich vzorových cenících. To ÚRS a RTS učinily tak, že se vyjádřily ke slepým rozpočtům, které jim žalovaný zaslal. Stěžovatel g) již v průběhu řízení navrhol, aby si žalovaný vzorové ceníky vyžádal a ověřil informace získané od ÚRS, neboť nejsou kompletní. Žalovaný však na tyto výzvy a návrhy nereagoval, vzorové ceníky si nevyžádal a spolehl se na neověřené informace od RTS a ÚRS a prvostupňové rozhodnutí opřel o analýzu zpracovanou na jejich základě. Tento postup považuje stěžovatel g) za zásadní pochybení žalovaného při zjišťování skutkového stavu. Tím, že si nevyžádal vzorové ceníky, žalovaný znemožnil jakoukoli kontrolu informací, které mu poskytly ÚRS a RTS, a svého závěru, že vzorové ceníky nestojí za podobnostmi v nabídkových rozpočtech. Stěžovatel g) v průběhu řízení neměl k dispozici historické (více než 10 let staré) verze vzorových ceníků.

[60] ÚRS ke slepému rozpočtu na VZ ZŠ sdělila žalovanému, že neobsahuje žádnou položku ze vzorového ceníku ÚRS. Již tato skutečnost podle stěžovatele g) indikovala, že údaje získané

od ÚRS nejsou správné a kompletní. I u slepých rozpočtů k ostatním veřejným zakázkám ÚRS deklarovala velmi nízký počet položek, které se měly nacházet v jejím vzorovém ceníku. Tato skutečnost též svědčí o nesprávnosti a neúplnosti poskytnutých informací.

[61] Stěžovatel g) navázal, že se mu po vydání napadeného rozsudku podařilo získat přístup k historické verzi programu BUILDpower společnosti RTS, v níž našel též náhodně vybrané položky z nabídkových rozpočtů do VZ RS a VZ Zámek, u kterých ÚRS tvrdila žalovanému, že se v jejím vzorovém ceníku nenacházejí. I v případě těchto veřejných zakázek se tedy potvrdilo, že informace od ÚRS a na nich postavená analýza nejsou pravdivé a úplné. Žalovaný vazbu mezi vzorovým ceníkem ÚRS a nabídkami do veřejných zakázek nechal v potaz z důvodu (údajně) nízkého počtu položek nacházejících se ve Vzorovém ceníku ÚRS. Tedy s ohledem na mylný a chybný předpoklad vycházející z nepřesných informací poskytnutých ÚRS. Z analýzy založené na správných a úplných informacích by vyplynula podstatně vyšší shoda mezi nabídkami stěžovatele g) do veřejných zakázek a Vzorovým ceníkem ÚRS. Výše uvedené tak podle stěžovatele g) prokazuje, že rozhodnutí žalovaného i kasační stížností napadený rozsudek vychází z nesprávných a neúplných informací. Za situace, kdy analýza nabídek představuje hlavní indicii, na které žalovaný postavil prvostupňové rozhodnutí, je jejím zpochybněním narušena koherence důkazního řetězce, o který žalovaný opřel svá rozhodnutí a krajský soud napadený rozsudek.

[62] Žalovaný vůbec neprověřoval možnost vzniku podobnosti v nabídkách uchazečů o veřejné zakázky též v důsledku poptání cenové nabídky více uchazeči od stejného subdodavatele. Žalovaný se neobrátil na účastníky řízení s žádostí, aby mu deklarovali své obvyklé subdodavatele využívané pro přípravu cenových nabídek, a u těchto subdodavatelů neověřil, zda se nepodíleli na přípravě nabídek pro více uchazečů o veřejné zakázky. Jediné, co žalovaný ověřil, byl podíl subdodavatelů na faktickém plnění veřejné zakázky, a to navíc pouze u VZ ZŠ. To je však rozdílná otázka směřující ke zcela jinému skutkovému zjištění. Stěžovatel g) upozornil žalovaného, že používá stejného subdodavatele, kterého v nabídkách do VZ Zámek zmínil i stěžovatel b) a d). Na místním relevantním trhu bylo pouze několik dodavatelů, kteří mohli uchazečům o veřejné zakázky poskytnout specializované subdodávky a na které se tak uchazeči mohli obrátit s žádostí o nacenění položek do nabídkových rozpočtů. Sám žalovaný konstatoval, že stěžovatelé g) a b) uvedli stejného subdodavatele v nabídce do VZ ZŠ. Tyto skutečnosti svědčící ve prospěch stěžovatele g) však žalovaný ani krajský soud nebrali v potaz, resp. se s nimi nevypořádali.

[63] K námitce stěžovatele g), že podobnost v nabídkách mohla být vedle použití vzorových ceníků a shodných subdodavatelů způsobena též ustálenou cenovou situací na trhu pozemního stavitelství, se rozhodnutí žalovaného ani kasační stížností napadený rozsudek vůbec nevyjadřují a prostě ji ignorují. Napadený rozsudek je proto nepřezkoumatelný.

[64] Stěžovatel g) dále zpochybnil závěry žalovaného ohledně vlastností elektronických dokumentů a konstatoval, že rozhodnutí žalovaného i napadený rozsudek se opírají o zpochybněné důkazy.

[65] Závěr o porušení § 3 odst. 1 ZOHS stěžovatelem g) byl přijat, aniž byl prokázán jakýkoli kontakt mezi stěžovatelem g) a ostatními uchazeči o veřejné zakázky. Stěžovatel g) rovněž nesouhlasí s názorem krajského soudu, že kooperaci mezi uchazeči o veřejnou zakázku prokazuje shoda v údajích „naposledy vytištěno“ ve vlastnostech elektronických dokumentů. Z této indicie nelze učinit závěr o kooperaci uchazečů. Akceptace názoru krajského soudu by zásadním způsobem snížila důkazní standard vyžadovaný pro závěr o protisoutěžním jednání.

pokračování

Podle stěžovatele g) lze takovou shodu vysvětlit např. tím, že vícero uchazečů o veřejnou zakázku oslovilo s žádostí o zpracování cenové nabídky stejného subdodavatele.

[66] Rozsudek krajského soudu podle stěžovatele g) nerespektuje princip presumpce nevinny a s ním spojenou zásadu *in dubio pro reo*. Vysvětlení podobností v nabídkách uchazečů o veřejné zakázky totiž musí být vyloučeno mimo jakoukoliv pochybnost. Nelze se spokojit s tím, že závěr o protisoutěžním jednání stěžovatele g) je pravděpodobný. Bez stoprocentní jistoty o porušení ZOHS stěžovatelem g) nemůže v právním státě dojít k uložení pokuty. Žalovaným shromážděné důkazy nevytváří ucelený, logický a provázaný důkazní řetězec prokazující protisoutěžní jednání stěžovatele g) a nevyklučují jiné rozumné vysvětlení podobností v nabídkách uchazečů.

II. h) Vyjádření žalovaného

[67] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele a) uvedl, že z provedeného dokazování je patrný způsob provedení deliktního jednání, z něhož lze seznat, že účastník řízení jednal úmyslně. Nepodložené tvrzení stěžovatele a) o nekomunikaci se stěžovatelem b) nemůže v kontextu shromážděného důkazního materiálu obstát. Policií ČR bylo trestní stíhání odloženo zejména z důvodu promlčení trestných činů. Policie ČR nicméně konstatovala, že provedeným prověřováním byl zjištěn výskyt podezřelé korelace v nabídkových cenách jednotlivých položek. Dalším důvodem odložení věci byla skutečnost, že nebylo možné zjistit konkrétní fyzické osoby, které se měly dopustit daného jednání. Žalovaný dále poukázal na odlišnost trestního řízení a řízení o správních deliktech podle ZOHS a zmínil, že Policie ČR se nezabývala, na rozdíl od žalovaného, odpovědností právnických osob, nýbrž odpovědností fyzických osob, čímž se naopak vůbec nezaobíral žalovaný.

[68] Ke kasační stížnosti stěžovatele b) žalovaný uvedl, že shromáždil dostatečné množství nepřímých důkazů přesvědčivě prokazujících jednání ve vzájemné shodě a koordinaci mezi jednotlivými účastníky řízení, a to u všech dotčených veřejných zakázek. Argumentace stěžovatele b) týkající se cenových vzorců v cenových nabídkách nebyla obsažena v žalobě, a jedná se tudíž o novou argumentaci, která je nepřipustná podle § 104 odst. 4 s. ř. s. Žalovaný k této námitce podotknul, že za účelem porovnání cen v nabídkách jednotlivých rozpočtů vypracoval ke každé zkoumané veřejné zakázce tabulku obsahující porovnání jednotlivých nabídek účastníků řízení, z nichž následně vypočítal cenový vzorec. Skutečnost, že tyto podklady nepřepsal do vydaných rozhodnutí, nemůže způsobit jejich nezákonnost. Žalovaný dále popsal, jakým způsobem se cenový vzorec projevuje v položkových rozpočtech. Zkoumání vzorce či podobností v dalších parametrech bylo nadbytečné, neboť jediným významným hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena. K namítanému selhání při srovnání nabídkových cen s ceníky RTS a ÚRS žalovaný uvedl, že postup, který při porovnání nabídkových rozpočtů účastníků řízení a ceníků RTS a ÚRS zvolil, je nejefektivnějším a nejpresnějším řešením. Tento závěr ostatně podpořil i krajský soud.

[69] K argumentaci stěžovatele b) ve vztahu k vlastnostem elektronických dokumentů žalovaný upozornil, že pracuje s až příliš velkým množstvím náhody, přičemž tak činí v rámci svého vysvětlení podobností elektronických dokumentů vůbec poprvé. Jedná se tudíž o zcela novou argumentaci, kterou je třeba považovat za nepřipustnou ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. Podle žalovaného však shromážděné důkazy podávají, hlavně v kombinaci s cenovým vzorcem a poznámkami zajištěnými na místním šetření u stěžovatele b), dostatečné svědectví o jednání ve vzájemné shodě, což potvrdil i krajský soud. K argumentaci stěžovatele b), že žalovaný ve svém hodnocení důkazů v předmětných zakázkách v letech 2009 a 2010 nepřipustně presumoval podezření na základě podezření z let 2016 a 2017, žalovaný uvedl, že provedl prošetření daného podnětu, přičemž ve Věstníku veřejných zakázek prověřil veřejné zakázky

zadané v období od 1. 1. 2006 do 6. 9. 2016. S nepřipuštěním důkazů navrhovaných stěžovateli b) a g) se žalovaný dostatečně vypořádal v rozkladovém rozhodnutí. Obě rozhodnutí žalovaného je třeba zkoumat jako jeden celek, jak vyplývá z ustálené judikatury správních soudů.

[70] Ke kasační stížnosti stěžovatele c) žalovaný uvedl, že není bezpodmínečně nutné, aby žalovaný postavil dokazování výlučně na přímém důkazu. K tvrzení stěžovatele c), že mu byla znemožněna jakákoliv kontrola a přezkoumatelnost informací v cenících poskytnutých společnostmi RTS a ÚRS tím, že si žalovaný nevyžádal vzorové ceníky a tyto se nestaly součástí spisu, žalovaný uvedl, že je zcela nepravdivé, neboť stěžovatelé měli k vyplněným slepým rozpočtům ve správním spisu přístup po celou dobu řízení, a mohli tak cokoli namídat proti jakékoli vyplněné či nevyplněné položce. Ohledně možnosti, že podobnosti v cenových nabídkách mohly být způsobeny týmiž subdodavateli, žalovaný uvedl, že mu není známo, proč stěžovatel c) své subdodavatele během celého správního řízení ani v řízení před krajským soudem neuvedl. V případě ocenění položkového rozpočtu společným subdodavatelem by musel tento společný subdodavatel existovat a musel by dodávat celé, popřípadě většinu požadovaného plnění. Tato skutečnost však nebyla zjištěna. Vzhledem k tomu, že dohody typu *bid-rigging* jsou dohodami s tvrdým jádrem (tzv. *hardcore* kartely), aplikace pravidla *de minimis* je vyloučena. Nejedná se totiž o dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný. S poukazem na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2011 – 245, žalovaný uvedl, že podíly účastníků řízení na relevantním trhu jsou v této věci irelevantní, neboť dohody typu *bid-rigging* nelze podřadit pod pravidlo *de minimis*, a uvedené limity na ně proto nelze aplikovat. Z § 3 odst. 1 ZOHS vyplývá, že zákaz dohod typu *bid-rigging* byl platný a účinný i v době, kdy došlo k deliktnímu jednání účastníků řízení. Ke stěžovatelem c) namítanému stanovení výše pokuty v rozporu se zákonem žalovaný uvedl, že tato námitka nebyla uvedena v žalobě, a je proto podle § 104 odst. 4 s. ř. s. nepřijatelná.

[71] Ve vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele d) žalovaný uvedl, že neměl důvod pochybovat o pravosti CD poskytnutých zadavatelem, ze kterých si následně pořídil identické kopie, a originály CD zadavateli vrátil. Obsah CD nosičů navíc vždy odpovídal jednotlivým tištěným nabídkám účastníků řízení. Pravost tištěných nabídek žádný z účastníků řízení nerozporoval. Není žádný racionální důvod k pochybnostem o věrohodnosti shromážděných důkazů. Ve vztahu k argumentaci stěžovatele d) ohledně Mechaniky žalovaný upozornil, že v nabídkách obou těchto uchazečů se stejné poměry jednotkových cen nacházely v několika částech rozpočtu, např. vzduchotechnika a elektromontáže, což podle stěžovatele d) nebyly části, na něž údajně poptal subdodávky u společnosti Mechanika. Provádění dalších důkazů navrhovaných stěžovatelem d) by nemělo na danou věc žádný dopad.

[72] Ve vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele e) žalovaný k otázce pravosti a autenticity CD nejprve poukázal na své vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele d). Ani znalecký posudek předložený stěžovatelem e) podle žalovaného neprokazuje, že by skutečně došlo k tvrzené manipulaci s CD nosiči. V průběhu správního řízení žalovaný nezaznamenal žádné známky o tom, že by s nabídkami či jejich některými částmi bylo manipulováno. Podle žalovaného si lze jen stěží představit situaci, že by kdokoli záměrně zaměnil nabídky jednotlivých účastníků řízení uchovávané u zadavatele, a to natolik důmyslně, aby ve vlastnostech elektronických dokumentů našel žalovaný podobnosti, ale pouze v některých aspektech a jen u některých účastníků řízení.

[73] Ke kasační stížnosti stěžovatele f) žalovaný uvedl, že veškerá argumentace tohoto stěžovatele týkající se zadávacího řízení pro veřejnou zakázku „Dostavba Sportcentrum – dům dětí a mládeže“ je irelevantní, neboť správní řízení ve věci možného porušení § 3 odst. 1 ZOHS týkající se této veřejné zakázky bylo pro uplynutí lhůty pro uložení pokuty zastaveno.

pokračování

Přestože stěžovatel f) k posuzovaným veřejným zakázkám neposkytl CD nosiče, a nebylo tedy možno porovnat elektronické vlastnosti dokumentů s ostatními účastníky řízení, i tak byly vůči tomuto stěžovateli správní delikty spočívající v koordinaci u VZ Zámek a VZ RS prokázány. Žalovaný dále shrnul jednotlivé důkazy, které k dotčeným veřejným zakázkám ve vztahu ke stěžovateli f) nashromáždil. Správní řízení ani rozhodnutí v něm vydaná nejsou zatížena stěžovatelem f) uváděnými vadami.

[74] Ke kasační stížnosti stěžovatele g) se žalovaný vyjádřil tak, že krajský soud se zabýval všemi námitkami stěžovatele g). Ve vztahu k vyžádání všech vzorových ceníků RTS a ÚRS a jejich porovnání s nabídkami jednotlivých uchazečů žalovaný uvedl, že jím zvolený postup byl rychlejší, hospodárnější a přesnější než ten, který navrhoval stěžovatel g). Pro vyloučení všech pochybností bylo zcela jistě vhodnější, když žalovaný zadal vyplnění slepých rozpočtů a porovnání cenových nabídek s ceníky RTS a ÚRS přímo společností, které tyto ceníky vytvářejí a které je tak mohou porovnat se všemi svými dostupnými ceníky za pomoci automatické databáze, než aby si nechal těmito společnostmi zaslat jejich ceníky (příčemž vlivem nepřesnosti žádosti mohlo dojít k nezaslání některého ze specifických ceníků, který by pak nebyl k tíži účastníků řízení zohledněn) a ty pak ručně položku po položce porovnal. Kdo jiný, než právě společnosti, které stavební ceníky vydávají, by měl mít přesnější a úplnější údaje k vyplnění žalovaným zasláných rozpočtů.

[75] K argumentaci stěžovatele g), že v průběhu řízení neměl k dispozici historické ceníky RTS a ÚRS a žádal proto žalovaného, aby si ceníky vyžádal a umožnil žalobci ověřit, zda se v nich nacházejí položky z nabídkových rozpočtů, žalovaný uvedl, že nesouhlasí s přenášením důkazního břemene ze stěžovatele na žalovaného, neboť je to právě stěžovatel kdo má v průběhu správního řízení tvrdit a prokazovat svá tvrzení. Sama skutečnost, že stěžovatel g) namítal nesprávnost informací a pokladů poskytnutých společnostmi RTS a ÚRS, aniž by dále uvedl, proč se domnívá, že jsou poskytnuté informace nepravdivé, tak nemohla zakládat pochybnost o věrohodnosti informací a podkladů poskytnutých společnostmi RTS a ÚRS a znevažovat jejich validitu.

[76] Skutečnost, že ceníky ÚRS neobsahovaly dané položky, či pouze jejich minimum, nic nevypovídá o správnosti údajů poskytnutých ÚRS a už vůbec ne RTS. V případě, že ceník ÚRS neobsahoval dané položky, mohli uchazeči o veřejnou zakázku využít ceník RTS, který obsahoval daleko větší množství položek. V případě printscreenů, které zachycují výstupy z programu BUILDpower, a závěr, který z něj stěžovatel g) vyvozuje, se jedná o zcela nové důkazy, resp. argumentaci uplatněnou až v kasační stížnosti, kterou je třeba považovat za nepřijatelnou podle § 104 odst. 4 s. ř. s.

[77] Žalovaný neměl důvod pochybovat o správnosti a úplnosti informací a podkladů poskytnutých společnostmi RTS a ÚRS tím spíše, že stěžovatel g) a ani nikdo z dalších účastníků řízení neposkytl žádný důkaz svědčící o opaku, když pouze požadovali vyžádání vzorových ceníků RTS a ÚRS. Společnosti RTS a ÚRS navíc byly v souladu s § 21e ZOHS povinny poskytnout žalovanému úplné, správné a pravdivé informace. Výstupy z programu BUILDpower doložené stěžovatelem g) budí pochybnosti o jejich pravosti a pravdivosti, neboť stěžovatel g) si mohl výsledky do značné míry přizpůsobit na podporu své argumentace.

[78] Pokud se jedná o rozpočet VZ ZŠ, tj. slepý rozpočet č. 5, ten byl tvořen 369 položkami. Z vyplněných slepých rozpočtů společnosti RTS a ÚRS žalovaný zjistil, že ceník RTS obsahoval 297 položek a ceník ÚRS žádnou položku. Stěžovatel g) v daném programu přitom našel 11 položek, které se měly vyskytovat v ceníku ÚRS. Tvrzení stěžovatele g), že vybral pro ilustraci několik položek na str. 6 slepého rozpočtu č. 5, se nezakládá na pravdě. Z výstupu je totiž patrné,

že pouze 5 položek je obsaženo na str. 6 slepého rozpočtu č. 5. Nabízí se tedy spíše varianta, že si stěžovatel g) zadal všechny, popřípadě většinu položek do daného programu a u 11 položek mu daný program vygeneroval shodu. Vzhledem k tomu, že stěžovatel g) ani víc potenciálně chybných položek nedoložil, má žalovaný za to, že daných 11 položek se mohlo nacházet v ceníku ÚRS, ačkoliv lze pochybovat o správnosti daného zjištění. I pokud by však ÚRS ve své odpovědi pochybila, nic to nemění na tom, že 11 položek z celkového počtu 369 je zcela marginální číslo.

[79] Slepý rozpočet VZ RZ č. 4 byl tvořen 394 položkami. Z vyplněných slepých rozpočtů společnostmi RTS a ÚRS žalovaný zjistil, že ceník RTS obsahoval 281 položek a ceník ÚRS 36 položek. Stěžovatel g) v daném programu přitom našel dalších 10 položek, které se měly vyskytovat v ceníku ÚRS.

[80] Pokud se jedná o rozpočet VZ Zámek, tj. slepý rozpočet č. 2, ten byl tvořen 334 položkami. Z vyplněných slepých rozpočtů společnosti RTS a ÚRS žalovaný zjistil, že ceník RTS obsahoval 232 položek a ceník ÚRS 14 položek. Stěžovatel g) v daném programu přitom našel dalších 9 položek, které se měly vyskytovat v ceníku ÚRS. Obdobně jako u VZ ZŠ se jedná o zanedbatelné množství položek, které se měly vyskytovat v ceníku ÚRS. Uvedené tak podle žalovaného neprokazuje argumentaci stěžovatele g), že za podobnostmi nabídkových rozpočtů stojí použití vzorových ceníků RTS a ÚRS. Ani dodatečně doložené důkazy týkající se vzorových ceníků ÚRS tak nemají vliv na existující cenový vzorec mezi jednotlivými cenami uchazečů a nijak jej nepopírají. Důležitá je totiž skutečnost, že cenový vzorec mezi jednotlivými nabídkovými rozpočty existoval i v případě položek, které se nevyskytovaly ve vzorových cenících RTS a ÚRS. Ani v tomto případě stěžovatel g) neprokázal, že by řetězec nepřímých důkazů, které shromáždil žalovaný, nebyl ucelený a koherentní. Ve správním řízení nebylo prokázáno, že za podobnostmi nabídkových rozpočtů stojí použití stejného subdodavatele pro přípravu cenové nabídky. S ohledem na rozsah cenových vzorců v rámci jednotlivých posuzovaných veřejných zakázek, kdy jde o většinu položek rozpočtu, se to navíc jeví jako krajně nepravděpodobné, neboť by všichni uchazeči o veřejnou zakázku museli zvažovat případné (téměř 100%) plnění zakázky prostřednictvím jednoho subdodavatele nebo několika zcela totožných subdodavatelů. Stěžovatel g) taktéž nemá pravdu v tom, že by žalovaný vůbec neproěřoval roli subdodavatelů a jejich možný vliv na cenové vzorce. Jak potvrdil i krajský soud, žalovaný se zabýval tím, zda cenové vzorce nemohou být způsobeny případnými subdodávkami od stejných subjektů.

[81] V případě VZ ZŠ bylo zadavatelem plnění ze strany subdodavatelů omezeno na maximálně 30 % z objemu stavebních nákladů akce. Všichni uchazeči ve svých nabídkách přitom uvedli budoucí subdodavatele a jejich podíl na plnění zakázky s tím, že subdodavatelé jednotlivých uchazečů nebyli shodní, a to ani když subdodávky byly sjednány na shodnou část plnění, což vyvrací i tvrzení stěžovatele g), že existoval pouze omezený okruh subdodavatelů. Rozsah jejich plnění (0 % až 30 %) pak ani neodpovídal rozsahu cenového vzorce v nabídkových cenách. Žalovaný tak má za prokázané, že cenové vzorce a další podobnosti v nabídkách nemohly být způsobeny případnými subdodávkami, resp. zapojením téhož subdodavatele. Ani stěžovatelem zmíněná ustálenost cen na trhu pozemního stavitelství nemohla zdůvodňovat naprostou cenovou shodu u některých položek. K tvrzení, že shody ve vlastnostech elektronických dokumentů mohly vzniknout v důsledku použití stejného dodavatele, žalovaný uvedl, že se jedná o zcela účelový a vágní argument, kdy stěžovatel g) ani neuvedl onoho stejného subdodavatele. Závěrem žalovaný zdůraznil, že se ve správním řízení neprokazoval samotný kontakt mezi uchazeči, nýbrž spáchání správního deliktu formou jednání ve vzájemné shodě, a uzavřel, že stěžovatelé jednali ve vzájemné shodě a není možné žádné jiné alternativní vysvětlení předložené stěžovatelem g).

II. i) Replika stěžovatele b)

[82] Stěžovatel b) v replice k vyjádření žalovaného uvedl, že žádný z jím uplatněných důvodů kasační stížnosti nepředstavuje nepřijatelnou právní novotu ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s., protože všechny již byly obsaženy v patřičné míře podrobnosti v žalobě. Uvedl dále, že v rozhodnutích žalovaného chybí alespoň obecný popis cenového vzorce shledaného žalovaným. Absentuje informace o tom, jaké jsou jednotlivé parametry cenového vzorce a jak tyto parametry ovlivňují obecné nabídkové ceny. Cenový vzorec není a nemůže být pouze srovnávací tabulka nabídkových cen, nebo jak tvrdí žalovaný ve svém vyjádření, matematické vyjádření souvislosti mezi jednotlivými položkovými rozpočty. To může sloužit pouze jako podklad pro cenový vzorec, který pak musí být obsažným analytickým vyhodnocením dat z této tabulky, který podává jasné informace o tom, jak jsou ceny provázány a jaké to má důsledky pro způsobilost ovlivnění výběru uchazeče. Hodnocení dalších kritérií kromě nabídkové ceny je velmi podstatné, protože jejich váha snižuje váhu nabídkových cen, tudíž i jejich vzájemných rozdílů a v konečném důsledku tak značně proměňuje schopnost těchto nabídkových cen ovlivnit výsledek zadávacího řízení. Žalovaný odmítá pochopit, že tvrzenou podobnost vlastností elektronických dokumentů zakládá na defaultním nastavení příslušného software. Stěžovatel b) vyjádřil nesouhlas s tím, že by se předseda žalovaného v rozhodnutí o rozkladu vypořádal s návrhy důkazů. V tomto rozhodnutí totiž přitakává odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. V rozhodnutí o rozkladu jde o zcela obecné odůvodnění, které neobstojí. Žalovaný pro účely své argumentace zkreslil odůvodnění usnesení Policie ČR o odložení věci. Akcentuje promlčení případných trestných činů a zmiňovanou nemožnost zjistit konkrétního pachatele. Pomíná ovšem, že kromě policejním orgánem zjištěných korelací cen nebyly zjištěny žádné další důkazy. Je tudíž s podivem, že jeden státní orgán důkazy zjistí a druhý nikoli, a to přestože mají k dispozici totožné podklady. V argumentaci ohledně ceníků RTS a ÚRS podle stěžovatele b) žalovaný vůbec nereaguje na jeho žalobní námitku.

II. j) Replika stěžovatele g)

[83] Stěžovatel g) v replice k vyjádření žalovaného uvedl, že řada tvrzení žalovaného obsažených v jeho vyjádření je hrubě zavádějící či nepravdivá. Žalovaný i krajský soud vycházeli při svém rozhodování z nesprávných informací. Klíčový důkaz není pravdivý. Rozsah vadnosti tohoto důkazu přitom nelze bez dalšího relevantně ověřit, neboť vzorové ceníky ÚRS a RTS nejsou součástí správního spisu. Stěžovatel g) žalovaného opakovaně upozorňoval na nesprávnost a neúplnost sdělení, které žalovanému poskytly ÚRS a RTS. Stěžovatel g) odmítá snahu žalovaného obracet důkazní postavení a povinnosti. Je to žalovaný, kdo odpovídá za řádné zjištění skutkového stavu. Stěžovatel g) se dále ohradil proti tvrzení žalovaného, že si výstupy z programu BUILDpower přizpůsobil na podporu své argumentace. Argumentace žalovaného svědčí o nepochopení funkce a účelu vzorových ceníků. Vzorové ceníky ÚRS a RTS jsou cenové soustavy používané v celé ČR pro oceňování stavební produkce. Podle odhadu stěžovatele g) každý ze vzorových ceníků aktuálně obsahuje cca 200 000 položek stavební produkce. Počet položek ve vzorových cenících přitom neustále roste v důsledku vývoje nových produktů a postupů a jejich etablování na trhu. Z výše uvedeného vyplývá, že je zcela nemyslitelné, aby ve vzorovém ceníku nebyla ani jedna položka ze stavebního rozpočtu. To by implikovalo, že se jedná o naprosto jedinečnou stavbu, která nevyužívá žádnou ze zavedených položek stavební produkce. To rozhodně není případ staveb, které byly předmětem dotčených veřejných zakázek. Pokud tedy ÚRS k rozpočtům z těchto staveb sdělila žalovanému, že ve svém ceníku nenašla ani jednu z rozpočtových položek či pouze jejich minimum, byla to jasná indikace toho, že dotčený pracovník ÚRS se žádostí žalovaného nezabýval. Tvrzení žalovaného, že skutečnost, že ceník ÚRS neobsahoval dané položky či pouze jejich minimum, nic nevyovídá o správnosti

údajů poskytnutých společností ÚRS, je tak naprosto mylné. Za zásadní stěžovatel g) označil, že namátkové ověření pomoci programu BUILDpower potvrdilo nesprávnost a nepravdivost informací, ze kterých vycházeli žalovaný a krajský soud. Skutečný rozsah této nesprávnosti a nepravdivosti lze zjistit pouze ověřením kompletních ceníků ÚRS a RTS platných k datu příslušné veřejné zakázky.

[84] K ustálené cenové situaci na trhu pozemního stavitelství stěžovatel g) uvedl, že žalovaný v bodě 173 rozhodnutí o rozkladu řešil něco úplně jiného než cenovou situaci na trhu pozemního stavitelství a kasační stížností napadený rozsudek se v rámci námitky proti nedostatečně zjištěnému skutkovému stavu cenovou situací na trhu pozemního stavitelství nijak nezabýval. Současně stěžovatel g) zdůraznil, že situace na příslušném trhu mohla mít značný vliv na nabídky uchazečů do předmětných veřejných zakázek. Jednalo se o cenově velmi ustálený trh, v případě něhož nelze dojít k závěru o kartelové dohodě pouze na základě určitých podobností v nabídkách uchazečů o veřejné zakázky. Žalovaný neprokázal kontakty ani jakoukoli koordinaci mezi stěžovatelem g) a ostatními uchazeči o předmětné veřejné zakázky. Nereagoval na argumenty stěžovatele g), že informace o subdodavatelích svých konkurentů nemůže mít k dispozici a je to žalovaný, kdo odpovídá za zjištění skutkového stavu.

II. k) Duplika žalovaného

[85] Žalovaný v duplice k vyjádřením stěžovatelů b) a g) uvedl, že ze srovnávacích tabulek jasně vyplývá cenový vzorec spočívající ve shodných poměrech jednotkových cen v nabídkách jednotlivých soutěžitelů. Žalovaný jej ve svých rozhodnutích popsal, a analytické vyhodnocení dat obsažených v tabulkách tak z jeho strany bylo provedeno. Klíčovými důkazy prokazujícími delikttní jednání nebyly vzorové ceníky ÚRS či RTS, nýbrž cenové vzorce mezi jednotlivými nabídkami uchazečů a dále shodné vlastnosti elektronických dokumentů vztahující se k jednotlivým veřejným zakázkám. Odpovědi společností RTS a ÚRS sloužily žalovanému jako nástroj pro vyvrácení či potvrzení hypotézy, že shody mezi jednotkovými cenami mohly vzniknout z důvodu použití těchto vzorových ceníků jednotlivými uchazeči o veřejné zakázky. Z jimi poskytnutých informací přitom vyplynulo, že vzorové ceníky RTS ani ÚRS nemohly stát za shodami jednotkových cen mezi nabídkovými rozpočty. Za novou argumentaci a důkazy ze strany stěžovatele g) považuje žalovaný *printscreensy*, které zachycují výstupy z programu BUILDpower, a závěry, které z nich stěžovatel g) dovozuje, nikoli dřívější námitky neprovedení důkazu vyžádání vzorových ceníků. I když by žalovaný akceptoval hypotézu stěžovatele g) o pochybení společnosti ÚRS při poskytování údajů žalovanému o možné existenci několika dalších položek, které se nacházely v ceníku ÚRS, jedná se o zcela minimální množství položek, které se měly vyskytovat ve vzorovém ceníku ÚRS. Je třeba mít na paměti, že žalovaný obstaral kromě cenových vzorců i další důkazy svědčící o kooperaci mezi jednotlivými soutěžiteli. K námitce stěžovatele g) spočívající v odůvodnění shodných jednotkových cen ustálenou situací na trhu pozemního stavitelství žalovaný uvedl, že není reálné, aby nabídkové ceny uchazečů vykazovaly naprostou shodu v řádu haléřů u některých položek rozpočtů pouze na základě ustálené situace na trhu, aniž by mezi soutěžiteli probíhala určitá forma komunikace a sladování. Ve správním řízení bylo prokázáno, že cenový vzorec v nabídkových rozpočtech jednotlivých uchazečů k daným veřejným zakázkám nemohl být způsoben podílem stejných subdodavatelů.

II. l) Triplika stěžovatele g)

[86] Stěžovatel g) v triplice nesouhlasil s tvrzením žalovaného, že vzorové ceníky ÚRS a RTS nepředstavují klíčový důkaz. Konstatoval, že důkaz vzorovými ceníky je klíčový v tom smyslu, že může jednoznačně potvrdit vady analýzy a ukázat, že podobnosti v nabídkách uchazečů o veřejné zakázky mohly být výsledkem dovoleného a běžného jednání, které nijak neporušuje

pokračování

pravidla hospodářské soutěže. Analýza je jediným důkazem žalovaného, který se vztahoval ke všem veřejným zakázkám. V důsledku jejího zpochybnění nelze hovořit o uceleném řetězci důkazů. Z printscreenů pořízených z programu BUILDpower žalobce dovozuje pouze závěry, které tvrdil jak ve správním řízení, tak v řízení před krajským soudem. Stěžovateli g) není jasné, na základě jakých podkladů dospěl žalovaný k závěru, že nebyly splněny podmínky k tomu, aby za podobnostmi v nabídkách uchazečů mohly být veřejné ceníky. Zejména nerozumí tomu, jak mohl žalovaný učinit takto jednoznačný závěr ohledně vzorových ceníků, aniž by je vůbec kdy viděl a aniž by v rámci správního řízení v tomto směru provedl jakékoli relevantní dokazování. Stěžovatel g) se dále ohradil vůči snaze žalovaného obracet důkazní břemeno a nutit jej a ostatní stěžovatele, aby prokazovali svoji nevinu. Další důkazy shromážděné žalovaným jsou pouze náhodné a neurčité skutečnosti, které žalovaný účelově vyložil tak, aby podporovaly jeho závěr o porušení zákona stěžovateli. Ustálená cenová situace na trhu pozemního stavitelství je nepřímým důkazem toho, že podobnosti v nabídkách mohly mít i jiný základ než kartelovou dohodu. Touto indicií se však žalovaný nezabýval, stejně jako se nezabýval ostatními skutečnostmi svědčícími ve prospěch stěžovatele g). Žalovaným zmiňovaných položek, ve kterých by nabídkové ceny uchazečů byly zcela shodné, bylo v nabídkách naprosté minimum. Jednalo se přitom o položky s cenou v řádech několika málo korun, u kterých nelze předpokládat ani očekávat cenový rozptyl mezi nabídkami uchazečů. Položky, u kterých žalovaný ve své analýze vyznačil úplnou shodu mezi nabídkami uchazečů (poměr 1.00), naopak v přesné shodě zpravidla nebyly.

III. Posouzení kasačních stížností

[87] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasačních stížností a konstatoval, že kasační stížnosti byly podány včas, osobami oprávněnými, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a všichni stěžovatelé jsou v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupeni advokáty. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasačních stížností v souladu s ustanovením § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejich rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

[88] Kasační stížnosti nejsou důvodné.

[89] Podle § 3 odst. 1 ZOHS, ve znění účinném do 31. 8. 2009, *dobody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dobody"), které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku.*

[90] Ustanovení § 6 odst. 1 ZOHS v tomtéž znění upravovalo, na jaké dohody se zákaz dohod podle § 3 odst. 1 nevztahuje, a v odst. 2 stanovilo, jakých dohod se vyloučení ze zákazu dohod podle odstavce 1 se netýkalo, i když splňovaly podmínky stanovené v odstavci 1.

[91] Podle § 3 odst. 1 ZOHS, ve znění účinném od 1. 9. 2009 (po novele provede zákonem č. 155/2009 Sb.), *dobody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dobody"), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dobody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.*

III. a) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele a)

[92] Stěžovatel a) namítal, že nebyla doložena subjektivní stránka, resp. dohoda mezi soutěžiteli ve smyslu § 3 ZOHS. Nejvyšší správní soud k této námitce konstatuje, že nepřímé důkazy v podobě podobných poměrů položkových cen uvedených uchazeči o veřejné zakázky (stěžovateli) v nabídkách, poznámky jednatele stěžovatele b) a podobnosti v elektronických souborech ve svém souhrnu prokazují kooperaci stěžovatelů při protisoutěžním jednání podáváním dohodnutých nabídek za účelem ovlivnění výsledku zadávacích řízení, ke které nemohlo dojít náhodou, ale pouze úmyslnou činností uchazečů (stěžovatelů). Podrobněji se k těmto důkazům zdejší soud vyjadřuje níže. Nelze proto stěžovateli a) přisvědčit, že dohoda mezi stěžovateli nebyla prokázána. Nejvyšší správní soud tak ve shodě s krajským soudem k této námitce uzavírá, že ze strany stěžovatelů šlo přinejmenším o úmysl nepřímý.

[93] Nejvyšší správní soud dále konstatuje, že krajský soud nepochybil, když samostatně podané žaloby spojil ke společnému projednání, neboť stěžovatelé brojili proti totožnému rozhodnutí a jejich námitky se prolínaly a navzájem podobaly. Byly tak splněny podmínky pro spojení věcí stanovené v § 39 odst. 1 s. ř. s., dle kterého, samostatné žaloby směřující proti témuž rozhodnutí anebo proti rozhodnutím, která spolu skutkově souvisejí, může předseda senátu usnesením spojit ke společnému projednání.

III. b) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele b)

[94] Stěžovatel b) krajskému soudu v první řadě vytýkal, že při hledání cenových vzorců rezignoval na posouzení dalších kritérií zakázky VZ ZŠ. Této námitce zdejší soud nepřisvědčil, neboť při prokazování jednání uchazečů o veřejnou zakázku ve shodě, jak tomu bylo v posuzované věci, je rozhodující zjištění a prokázání tohoto nežádoucího a zakázaného jednání uchazečů o veřejnou zakázku. Na tom, u jakého kritéria pro výběr zhotovitele veřejné zakázky se toto zakázané jednání konkrétně projevilo a bylo prokázáno, nezáleží. V posuzované věci navíc celková nabídková cena za veřejnou zakázku byla rozhodujícím kritériem výběru zhotovitele (váha tohoto kritéria u VZ ZŠ byla 85%). Stěžovatelem b) zmíněná skutečnost, že srovnávání vlastností elektronických dokumentů z nabídek jednání ve shodě ve vztahu k dalšímu kritériu výběru (výše poskytnuté bankovní záruky za jakost s vahou 15 %) není prokázáno, proto nemá pro posouzení věci význam.

[95] Stěžovatel b) dále zpochybňuje existenci cenového vzorce nalezeného žalovaným a krajským soudem. K tomu zdejší soud uvádí, že ze srovnávacích tabulek obsažených na č. l. 9757 až 9759 správního spisu vyplývá, že při porovnání nabídek mezi vybraným uchazečem o veřejnou zakázku - stěžovatelem b) a ostatními uchazeči o veřejnou zakázku [stěžovateli a) c), d), e), g) a osobou zúčastněnou na řízení], činí poměr jednotkových cen u jednotlivých položek rozpočtu, kterých je celkem 369, mezi stěžovatelem b) a stěžovatelem d) 0,99 u 322 položek, tj. v 87 %, mezi stěžovatelem b) a stěžovatelem a) 0,98 u 245 položek, tj. v 66 %, mezi stěžovatelem b) a osobou zúčastněnou na řízení 0,97 u 325 položek, tj. v 88 %, mezi stěžovatelem b) a stěžovatelem e) 0,96 u 346 položek, tj. v 94 %, mezi stěžovatelem b) a stěžovatelem g) 0,95 u 237 položek, tj. v 64 %, mezi stěžovatelem b) a stěžovatelem c) 0,96 u 201 položek, tj. v 54 %. Poměr cen jednotlivých položek v nabídkovém rozpočtu mezi stěžovatelem b) a ostatními uchazeči o veřejnou zakázku je tedy velice podobný (rozdíl se pohybuje v hodnotách 0,95 – 0,98), a to vždy u několika stovek položek, tj. u většiny položek.

[96] V návaznosti na výše uvedené Nejvyšší správní soud konstatuje, že považuje za vyloučené, aby se takovéto nepatrně odlišné poměry jednotkových cen položek v nabídkách soutěžitelů (stěžovatelů) u tolika jednotlivých položek v přesném poměru vyskytly náhodou.

pokračování

„Do očí bijící“ jsou zejména poměry v položkách mezi stěžovatelem b) a osobou zúčastněnou na řízení a mezi stěžovateli d) a e), které přesahují 80 % všech položek. Mezi stěžovatelem b) a stěžovatelem e) se dokonce poměr jednotkových cen vyskytuje u 346 položek z 369, tj. v 94 % položek.

[97] Již v bodě 87 prvostupňového rozhodnutí žalovaného je vysvětleno, že cenový vzorec spočívá ve vzájemných poměrech cen za jednotlivé položky rozpočtů uváděných uchazeči o veřejné zakázky, které jsou si velmi podobné. Rovněž krajský soud vysvětlil, že cenový vzorec spočíval ve vzájemné podobnosti jednotkových cen uváděných uchazeči. S tímto závěrem žalovaného a krajského soudu se Nejvyšší správní soud s ohledem na výše zmíněné poměry jednotkových cen mezi stěžovatelem b) a dalšími uchazeči o veřejnou zakázku plně ztotožňuje. Je tedy jasné, v čem konkrétně žalovaný a krajský soud spatřovali cenový vzorec, a nelze proto stěžovateli b) přisvědčit, že není zřejmé, co cenový vzorec znamená, a že krajský soud dostatečně vzorec nevysvětlil. Skutečnost, že stejný cenový vzorec spočívající ve stejném poměru jednotkových cen v nabídkách soutěžitelů se netýká všech nabídkových položek, na jeho existenci nic nemění, neboť téměř totožný vzájemný poměr jednotkových cen se vyskytuje natolik často a pravidelně, že jej nelze vysvětlit jinak, než kooperací mezi uchazeči o veřejné zakázky (výše uvedenými stěžovateli a osobou zúčastněnou na řízení).

[98] K námitce stěžovatele b), že napadený rozsudek neosvětluje údajný cenový vzorec stěžovatelů g) a c), kteří nemají s ostatními účastníky žádnou shodu v parametrech elektronických dokumentů, Nejvyšší správní soud s poukazem na výše uvedené poměry jednotkových cen konstatuje, že i v případě těchto stěžovatelů prokazatelně existuje cenový vzorec spočívající ve vzájemných poměrech položkových cen dokládající koordinaci uchazečů při vytváření nabídek. Skutečnost, že není shoda v parametrech elektronických dokumentů, na tom nic nemění.

[99] Námitka, v níž stěžovatel b) krajskému soudu vytýká, že nehodnotil, resp. nijak se nesnažil vyloučit možnou a pravděpodobnou nahodilost výskytu shodných cenových položek, je nedůvodná, neboť pakliže krajský soud zcela správně shledal, že popsané poměry v jednotkových cenách uchazečů (stěžovatelů) indikují jejich spolupráci při vytváření nabídkových rozpočtů, je zřejmé a logické, že nepovažoval výskyt shodných cenových položek za nahodilý.

[100] Pokud stěžovatel b) krajskému soudu vytýká, že zaměnil podobnost nacenění položek rozpočtu za cenový vzorec a nedostatečně své závěry zdůvodnil, nelze mu přisvědčit. Krajský soud vystihl podstatu věci a popsal, v čem cenový vzorec spočívá, přičemž zcela přiléhavě poukázal na skutečnost, že shodné poměry nelze vysvětlit ani hypotetickým využíváním vzorových ceníků RTS, jak je zřejmé z tabulky zpracované žalovaným na č. l. 9760 – 9763 správního spisu, obsahující porovnání nabídek s údaji poskytnutými RTS, neboť část položek nebyla do vzorových ceníků zahrnuta (72) a většina (203) z těch položek, které ve vzorových cenících byly obsaženy (267), se od hodnot ve vzorových cenících odlišuje. Pokud stěžovatel b) krajskému soudu vytýká, že se nezabýval průběžnými aktualizacemi ceníkových cen v čase a různými cenovými hladinami, nelze mu rovněž přisvědčit, neboť krajský soud stejně jako žalovaný vycházel ze vzorových ceníků RTS v době podání nabídek, tj. k říjnu 2010. Cena v cenících RTS tedy byla ze stejného období, jako cenové nabídky stěžovatelů, a tudíž relevantní z hlediska porovnání jejich případné shody. Závěr krajského soudu (a žalovaného), že podobnosti mezi cenami jednotlivých položek nemohlo způsobit použití vzorových ceníků, je tedy zcela správný. V návaznosti na výše uvedené je zřejmé, že neobstojí ani námitka stěžovatele b), v níž krajskému soudu vytýká, že se nevypořádal se všemi souvislostmi a neprovedl relevanci jednotlivých důkazů.

[101] Stěžovatel b) dále argumentoval, že z dat souborů neplyne žádné sladění žalobců g) a c) mezi sebou ani s ostatními uchazeči a že charakter „Your User Name“ pro znak „Autor poslední změny“ společný souboru stěžovatele g) a a) nelze brát v potaz, jelikož jde o tovární přednastavení systému OFFICE. Tyto námitky ovšem nevyvrací závěr krajského soudu o shodných vlastnostech souborů uložených na CD, založený na tom, že v souboru s rozpočtem stěžovatelů a), b), d), e) a osoby zúčastněné na řízení byl ve vlastnostech dokumentu uveden jako autor zaměstnanec stěžovatele b) – Ing. Václav Bakala. V souboru nabídky stěžovatele d) a osoby zúčastněné na řízení byla jako autorka poslední změny souboru uvedena další pracovnice stěžovatele b) a v části „vlastní“ ve vlastnostech rozpočtu bylo v rozpočtu stěžovatelů a), b), c), d), e) g) a osoby zúčastněné na řízení uvedeno jméno a elektronický kontakt (pracovní e-mail) pracovníka stěžovatele b). Shodný autor pak byl obsažen také v souborech s finančním harmonogramem a časovým harmonogramem u stěžovatele a), b) a osoby zúčastněné na řízení.

[102] K poukazu stěžovatele b) na skutečnost, že charakter autorů zůstává stejný při kopírování souboru, ale dochází přitom ke změně charakteru „vytvořeno“ uvádějícího čas zkopírování, z čehož následně dovodil, že existuje legitimní výklad, že další dokumenty, které uvádějí Ing. Václavu Bakalu jako autora, mohly vzniknout nezávisle na jeho činnosti a mohly se dostat do dispozic ostatních uchazečů, Nejvyšší správní soud uvádí, že tuto hypotetickou konstrukci považuje za vyloučenou, neboť shodný autor je u dokumentu rozpočet obsahující nabídkovou cenu u stěžovatelů a), b), d), osoby zúčastněné na řízení a stěžovatele e), tj. u pěti (většiny) uchazečů o veřejnou zakázku ze 7, přičemž tato shoda v autorovi Ing. Václavu Bakalovi se vyskytuje v tomtéž zadávacím řízení na veřejnou zakázku pouze u souboru s rozpočtem a u dalších souborů se již nevyskytuje, další dokumenty však rovněž vykazují jiného shodného autora. Nejvyšší správní soud považuje uvedenou argumentaci stěžovatele b) za nevěrohodnou a neopodstatněnou také proto, že zahrnuje velké množství náhody a stěžovatel b) s ní přichází poprvé až v kasační stížnosti, přičemž neuvádí konkrétně, z jakých minulých soutěží či veřejných zakázek či z jaké obchodní korespondence mohli mít ostatní uchazeči o veřejnou zakázku k dispozici soubor s rozpočtem, jehož autorem je výše uvedeným zaměstnanec stěžovatele b). Nejvyšší správní soud má navíc za to, že soubory tohoto typu tvoří „know-how“ společnosti a nejsou, resp. neměly by být ostatním uchazečům (tj. konkurenci) běžně k dispozici. S přihlédnutím k dalším důkazům zjištěným žalovaným [výše již zmíněné vzájemné poměry cen položek v nabídkových rozpočtech a poznámky jednatele stěžovatele b)], tak má Nejvyšší správní soud za to, že uvedení Ing. Václava Bakaly jako autora v souboru s rozpočtem výše uvedených stěžovatelů a osoby zúčastněné na řízení nebylo náhodné a svědčí o kooperaci účastníků. Uvedené závěry platí rovněž ve vazbě k charakteru „Autor poslední změny“ a „naposledy upraveno“ původně editované uživatelem „Haluzová“. Krajský soud se vlastnostmi elektronických dokumentů a jejich shodou podrobně zabýval a Nejvyšší správní soud proto v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že v závěrech krajského soudu týkajících se vlastností elektronických souborů neshledal stěžovatelem b) namítané pochybení spočívající v nevyřazení se se všemi souvislostmi plynoucími ze získaných informací.

[103] Pokud stěžovatel b) krajskému soudu soud vytknul, že potvrdil postup žalovaného, který neprovedl stěžovatelem b) požadované doplnění dokazování, v první řadě je třeba uvést, že žalovaný v bodě 410 prvostupňového rozhodnutí zmínil požadavek uvedený ve vyjádření stěžovatele b) na doplnění dokazování vyžádáním všech vzorových ceníků RTS a ÚRS a jejich porovnáním s nabídkami účastníků řízení, dále zjištěním, kde a jak byla uložena předmětná CD u zadavatele, a vyšetřením, jak údajné podobnosti a informace ve vlastnostech elektronických dokumentů vznikly a zda lze jejich výskyt jednoznačně přičíst stěžovateli b) nebo je možné, aby vznikly i bez jeho přičinění. Žalovaný k tomu odkázal na svá vyjádření k návrhům ostatních stěžovatelů, v nichž mimo jiné uvedl, že nezjistil, že by cenový vzorec existující

pokračování

mezi nabídkovými cenami stěžovatelů byl způsoben využitím ceníků RTS a ÚRS, a CD předložená zadavatelem jsou originály předložené jako součást nabídek jednotlivých stěžovatelů, a v bodu 360 konstatoval, že provedené dokazování považuje za dostatečné a další pouze obecné návrhy na doplnění dokazování považuje za nadbytečné. Z uvedeného je zřejmé, že žalovaný již v prvostupňovém rozhodnutí uvedl důvody, proč nepovažoval návrhy na doplnění dokazování učiněné stěžovatelem b) za důvodné.

[104] V rozkladu stěžovatel b) požadoval, aby si žalovaný vyžádal všechny vzorové ceníky od RTS a ÚRS, porovnal je s nabídkami stěžovatele b) a ostatních uchazečů na veřejné zakázky a aktualizoval analýzu cenových položek, zjistil, kde a jak byla uložena předmětná CD v archívu města Prostějov, a provedl šetření k tomu, jak údajné podobnosti a informace ve vlastnostech elektronických dokumentů vznikly či mohly vzniknout, a zda lze jejich výskyt jednoznačně přičíst stěžovateli b), nebo je možné, aby vznikly i bez jeho přičinění. Žalovaný ve vyjádření k rozkladu stěžovatele b) uvedl, že shromáždil dostatek nepřímých důkazů k prokázání skutkového stavu nade vší pochybnost, z čehož je zřejmé, že považoval návrh stěžovatele b) na doplnění dokazování za nadbytečný.

[105] Nejvyšší správní soud konstatuje, že požadavek stěžovatele b) na doplnění dokazování rovněž nepovažuje za opodstatněný, neboť porovnání cenových položek s ceníky RTS dostatečně prokázalo, že shoda jednotkových cen položek mezi uchazeči není dána tím, že by uchazeči o VZ ZŠ vycházeli z tohoto vzorového ceníku. Ohledně vlastností elektronických dokumentů považuje Nejvyšší správní soud v návaznosti na výše uvedené možnost vzniku podobností nastíněnou stěžovatelem b) za vyloučenou. Ohledně těchto otázek tak již nebylo třeba provádět jakékoliv dokazování. Pokud tedy krajský soud dospěl k závěru, že žalovaným zjištěný řetězec nepřímých důkazů svědčí o narušení hospodářské soutěže a naplnění podmínek § 3 odst. 1 ZOHS, jedná se o správný závěr, nikoli o nezákonnost či nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku spočívající v nedostatku důvodů ve vztahu k tvrzenému jednání účastníků ve shodě, jak tvrdí stěžovatel b) v kasační stížnosti.

[106] Ve vztahu k poznámkám jednatele stěžovatele b) Nejvyšší správní soud uvádí, že z poznámky ze dne 2. 8. 2010 zajištěné žalovaným při šetření na místě v sídle stěžovatele b) „Objednávka – SYNER MORAVA – volat“ a „Volat SYNER – SSN“ nevyplývá pro posuzovanou věc nic zásadního, neboť z této poznámky je patrný kontakt mezi stěžovatelem b) a osobou zúčastněnou na řízení, avšak není zřejmé, v jaké záležitosti měly tyto subjekty jednat. Jinak tomu však je v případě druhé poznámky ze dne 30. 8. 2010, „Mechanika – účast ve sdružení s PROSTASEM E.VALENTY ZŠ“, neboť z této poznámky je patrné, že jednatel stěžovatele b) věděl o tom, že stěžovatel d) podá žádost o účast v zadávacím řízení ve sdružení s Mechanikou před tím, než takto dne 1. 9. v 8:51 hod. žádost podali a než dne 1. 10. 2010 podali nabídku. Z uvedeného je zřejmé, že stěžovatel b) nejspíše od stěžovatele d) či Mechaniky (popř. od některého z ostatních uchazečů o veřejnou zakázku) získal tuto informaci, a tedy byl již před podáním žádosti o účast v zadávacím řízení se stěžovatelem d) a Mechanikou či s některým z dalších stěžovatelů v kontaktu. Poznámka jednatele stěžovatele b) ze dne 30. 8. 2010 tudíž představuje další nepřímý důkaz svědčící o kooperaci stěžovatele b) s ostatními uchazeči o veřejnou zakázku.

[107] Jak již bylo uvedeno výše, neobstojí argumentace stěžovatele b), podle níž z dat souborů neplyne sladění stěžovatelů g) a c) mezi sebou ani s ostatními uchazeči, a nevyvrací proto závěr krajského soudu, že poznámky jednatele stěžovatele b) zajištěné při místním šetření spolu s přítomností nabídek uchazečů, kteří si zadávací dokumentaci nevyzvedli, ač v podrobnostech nebyla zadávací dokumentace veřejně přístupná, vhodně doplnily řetězec nepřímých důkazů.

[108] Ohledně shody ve formátování u VZ Zámek v části rozpočtu s názvem „Elektrorozvody vnitřní – slaboproud“ a „Elektrická požární signalizace“ ve sloupci montáž má Nejvyšší správní soud stejně jako krajský soud za to, že je-li ve sloupcích elektronického dokumentu u výše uvedených položkových rozpočtů stejných řádků (jedná se o buňky F5 až F14 v tabulce týkající se elektrorozvodů a buňky F4 až F11 v tabulce týkající se požární signalizace) shodný formát s výjimkou jednoho sloupce a tato anomálie se vyskytovala v nezměněné podobě v elektronických nabídkách stěžovatelů b), d) a g) a v listinné nabídce stěžovatele f), může z této shody vyplývat koordinace mezi uvedenými stěžovateli. Argumentace stěžovatele b), v níž tento závěr zpochybňuje tím, že se jedná o cca 25 položek z přibližně 1.200 položek rozpočtu, tj. jedná se o 2 % položek a to ještě v jednom v jednom sloupci ze čtyř, závěr o možné koordinaci mezi uvedenými stěžovateli nevyvrací, nýbrž potvrzuje, neboť k výskytu uvedené odchylky v tak malém rozsahu na totožném místě v dokumentu stěží mohlo dojít náhodou, a svědčí tak o kooperaci mezi uvedenými stěžovateli při vypracování této dokumentace.

[109] Úvaze stěžovatele b), že nelze očekávat, že podobně velké společnosti podnikající ve stejném oboru ve stejném okresním městě se příležitostně z různých důvodů nesetkávají, lze v obecné rovině přisvědčit. V posuzované věci je však z uvedených skutečností zřejmé, že stěžovatelé a osoba zúčastněná na řízení koordinovali své jednání v zadávacím řízení na veřejné zakázky, přičemž jejich jednání se týkalo nabídnuté ceny za zhotovení veřejné zakázky, tj. jednáním stěžovatelů došlo k narušení hospodářské soutěže.

[110] K námitce stěžovatele b), v níž za nepřijatelné označil, že žalovaný v posuzované věci týkající se veřejných zakázek v letech 2009 a 2010 presumoval podezření na základě anonymního podání týkajícího se let 2016 a 2017, Nejvyšší správní soud v prvé řadě konstatuje, že anonymní podání, která žalovaný obdržel a na základě nichž dne 18. 1. 2017 zahájil správní řízení, upozorňují na dlouhodobou kartelovou činnost stěžovatele b). V prvním podání ze dne 15. 8. 2016 je mimo jiné uvedeno, že stěžovatel b) podvádí ve výběrových řízeních. Stejně tomu je v případě druhého podání ze dne 9. 8. 2016, kde je uvedeno, že stěžovatel b) se ovlivňování výběrových řízení na stavby dopouští minimálně 15 let. V dalším podání ze dne 9. 10. 2016 pak je uvedeno, že stěžovatel b) se dopouští kartelového jednání minimálně 10 let, a rovněž podání ze dne 15. 11. 2016 zmiňuje účast stěžovatele b) na kartelovém jednání a uvádí některé konkrétní příklady veřejných zakázek, v nichž k tomuto jednání došlo. Uvedená podání se tedy nevztahují pouze k rokům 2016 a 2017. V postupu žalovaného, který prošetřoval veřejné zakázky na základě těchto anonymních podání, nespátňuje Nejvyšší správní soud nic nezákonného, neboť správní orgány z povahy věci vyšetřují a posuzují věci, které se již udály, tj. staly se před zahájením řízení, ať už z úřední povinnosti či na základě podnětu.

[111] Stěžovatelem b) zmíněné usnesení Policie ČR o odložení věci podle § 159a odst. 1 trestního řádu vskutku nemohlo vyloučit správní potrestání stěžovatelů za porušení ZOHS. Žalovaného tento úkon orgánů činných v trestním řízení v posuzované věci k ničemu nezavazuje, jelikož žalovaný je na Policii ČR zcela nezávislý správní orgán, u něhož je dozor nad ochranou hospodářské soutěže navíc jedna z jeho hlavních specializací. Nejvyšší správní soud uvádí, že usnesení policejního orgánu o odložení věci dle § 159a odst. 1 trestního řádu nepředstavuje překážku věci rozhodnuté a nevylučuje (ani v trestním řízení) znovuotevření věci a rozhodnutí o vině a trestu (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 27. 10. 2015, sp. zn. I. ÚS 860/15, bod 51). Tento závěr zastávají i obecně používané komentáře (srov. Stříž, I., In: Draštík, A., Fenyk, J., a kol.: Trestní řád. Komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2017, komentář k § 159a). Stejně tak nemůže být usnesení policejního orgánu o odložení věci překážkou pro rozhodnutí žalovaného o správním deliktu ve správním řízení. Žalovaný tudíž byl oprávněn k tomu samostatně se věcí zabývat a rozhodnout o sankci za správní delikt.

pokračování

[112] K námitce, v níž stěžovatel b) vytýkal krajskému soudu, že nesprávně aproboval závěr žalovaného, který neprovedl důkazy navržené stěžovateli b) a g), Nejvyšší správní soud uvádí, že v bodě 410 prvostupňového rozhodnutí žalovaný zrekapituloval požadavek stěžovatele b) na doplnění dokazování, a jak již bylo uvedeno výše, vyjádřil se k němu tak, že odkázal na svá vyjádření k návrhům ostatních stěžovatelů. V bodě 360 téhož rozhodnutí ve vztahu k návrhům stěžovatele g) na doplnění dokazování konstatoval, že je považuje za nadbytečné. Žalovaný v bodě 104 rozhodnutí o rozkladu konstatoval, že v prvostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že důkazy navrhované stěžovateli b) a g) nejsou s to ověřit ani vyvrátit těmito stěžovateli uváděné skutečnosti. V návaznosti na výše uvedené je nutno stěžovateli b) přisvědčit, že tento závěr v prvostupňovém rozhodnutí žalovaného vskutku není ve vztahu k vyjádřením stěžovatelům b) a g) uveden. Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud považuje skutkový stav za řádně žalovaným zjištěný a již výše požadavek stěžovatele b) na doplnění dokazování vyhodnotil jako neopodstatněný, uzavírá k této námitce stěžovatele b), že uvedená nepřesnost v rozhodnutí žalovaného nemá za následek nezákonnost při zjišťování skutkového stavu.

III. c) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele c)

[113] Stěžovatel c) uplatnil obdobné námitky jako stěžovatelé a) a b), tedy že se krajský soud nevypořádal s námitkami účastníků řízení, žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav, důkazy provedené v předchozím řízení nepostačují k prokázání jednání účastníků řízení ve shodě, žalovaný pochybil při posouzení informací v cenících poskytnutých společnostmi ÚRS a RTS a že podobnost nabídkových cen je způsobena využitím subdodavatelů. Nejvyšší správní soud proto odkazuje na závěry uvedené výše ke kasační stížnosti stěžovatelů a) a b). Otázce možného vysvětlení shod v nabídkách použitím rozpočtových systémů společností ÚRS a RTS a postupu žalovaného při ověřování této námitky se také Nejvyšší správní soud podrobněji věnuje dále v rámci vypořádání kasační stížnosti stěžovatele g).

[114] Stěžovateli c), stejně jako ostatním stěžovatelům nic nebránilo v rámci své argumentace zpochybňující zjištěný skutkový stav a právní závěry žalovaného z něj vyplývající uvést, které konkrétní položky jednotkových cen v nabídkách soutěžitelů byly při porovnání s ceníky ÚRS či RTS opomenuty či chybně uvedeny [stěžovatel g) tak učinil až v řízení o kasační stížnosti, viz níže]. Krajský soud tedy zcela správně a přiléhavě v bodě 54 kasační stížností napadeného rozsudku konstatoval, že stěžovatelé neuvedli konkrétní položku, která měla být ze strany žalovaného, RTS nebo ÚRS opomenuta či chybně uvedena, přestože se ve vzorových cenících nacházela. Nejvyšší správní soud se s tímto závěrem krajského soudu plně ztotožňuje a dodává, že argumentace stěžovatelů ohledně vzorových ceníků ÚRS a RTS nevyvrací závěry žalovaného ohledně existence výše popsaného cenového vzorce u cen jednotlivých položek v nabídkových rozpočtech stěžovatelů, a tudíž ani nemůže vést k závěru o nedostatečném zjištění skutkového stavu žalovaným.

[115] K poukazu stěžovatele na princip *de minimis* v souvislosti se zadávacím řízením na VZ ZŠ, které proběhlo v době po nabytí účinnosti novely ZOHS provedené zákonem č. 155/2009 Sb., a se zadávacím řízením na VZ RS, které proběhlo ještě za účinnosti ZOHS před touto novelizací, a k navazující námitce, že ani v ustanovení tehdy platného § 6 odst. 2 ZOHS není upraven zákaz dohod *bid-rigging*, Nejvyšší správní soud poukazuje na řádně, srozumitelně a podrobně zdůvodněné závěry krajského soudu uvedené v bodech 46 až 48 kasační stížností napadeného rozsudku, se kterými se plně ztotožňuje. Ve shodě s krajským soudem k právní otázce aplikace principu *de minimis* tedy Nejvyšší správní soud v posuzované věci uzavírá, že „byl společný postup soutěžitelů spočívající v koordinaci při podávání nabídek nebyl výslovně z výjimky *de minimis* vyňat, tento typ dohod konstantně (a logicky) patří mezi tvrdé dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže. Navíc již v § 6 ZOHS a následně v oznámení žalovaného byly z aplikace *de minimis*

vyňaty horizontální dohody o přímém nebo nepřímém určení cen, o omezení nebo kontrole výroby nebo odbytu anebo o rozdělení trhu, nákupních zdrojů nebo zákazníků (§ 6 odst. 2 písm. a/ ZOHS), přitom společný postup soutěžitelů spočívající v koordinaci při podávání nabídek je svým charakterem dohodou o rozdělení trhu či zákazníků (vždy) a dohodou o určení ceny (zpravidla, je-li hodnocení nabídek založeno alespoň zčásti na hodnotícím kritériu, jímž je nabídková cena). Jestliže dohody typu bid-rigging směřují k určení cen a rozdělení trhu, přitom tento typ dohod byl zpravidla de minimis vyňat od počátku (§ 6 odst. 2 písm. a/ ZOHS), pak vůbec nebylo namístě v nyní posuzované věci výjimku de minimis aplikovat.“ Ke stejnému závěru, že koncept dohod de minimis platný před novelou ZOHS provedenou zákonem č. 155/2009 Sb. se po této novele materiálně nezměnil, dospěl v bodě 240 rozhodnutí o rozkladu taktéž žalovaný.

[116] Nejvyšší správní soud poukazuje na konkrétní jednání stěžovatelů, za něž byli uznáni vinnými ze spáchání správního deliktu. Bylo zjištěno, že koordinace jednání stěžovatelů spočívala právě ve stanovování cenových nabídek podávaných v jednotlivých zadávacích řízeních. Nepochybně se proto v případě posuzovaného jednání stěžovatelů jednalo přinejmenším o horizontální dohodu mezi soutěžiteli o stanovení cen, která byla zakázána bez ohledu na podíl zapojených soutěžitelů na trhu [před 31. 8. 2009 výslovně § 6 odst. 2 písm. a) ZOHS, po tomto datu byly tyto dohody vyloučeny z aplikace výjimky de minimis dle Oznámení o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, vydaného na základě zmocnění v § 3 odst. 1 ZOHS ve znění účinném po 1. 9. 2009]. Tento závěr žalovaného i krajského soudu přitom nemohl být pro stěžovatele jakkoli překvapující, jedná se totiž o ustálenou judikaturu (srov. k tomu též rozsáhlý rozbor v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2011 - 245). Ostatně i na úrovni práva EU, které slouží jako předobraz pro českou úpravu soutěžního práva, rovněž dohody typu bid-rigging zahrnující prvky horizontálních dohod o cenách a o rozdělení trhu patří do kategorie nejzávažnějších omezení hospodářské soutěže, které nepodléhají výjimce de minimis (z poslední doby např. rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 1. 2021, ve věci C-450/19, *Kilpailu- ja Kuluttajavirasto*).

[117] K námitce, v níž stěžovatel c) s poukazem na skutečnost, že v žádném roce své existence nedosáhl obrátu přesahujícího 500 milionů Kč, označil vyměřenou pokutu za rozpornou s § 14 ZOHS, Nejvyšší správní soud v první řadě konstatuje, že tato námitka je nepřijatelná, ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s., neboť ji stěžovatel c) neuplatnil v žalobě, ač tak učinit mohl. Pouze pro úplnost a nad rámec potřebného odůvodnění tak Nejvyšší správní soud k této námitce konstatuje, že není důvodná, neboť žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí vycházel při stanovení pokuty z objemu prodeje stěžovatele c) ve výši 536.588.686 Kč, který odlišil od obrátu stěžovatele c) za rok 2017 ve výši 320.238.000 Kč, a dbal na to, aby uložená pokuta nepřekročila 10 % z celkového čistého obrátu dosaženého tímto stěžovatelem za poslední ukončené účetní období. Při uložení pokuty stěžovateli c) tak žalovaný postupoval v souladu s § 22a odst. 1 písm. b) a odst. 2 ZOHS v rozhodném znění.

III. d) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele d)

[118] Pokud stěžovatel d) obdobně jako ostatní stěžovatelé namítal, že z nepřímých důkazů v posuzované věci nevyplývá porušení ZOHS, nebo je lze vysvětlit i jinak, s ohledem na výše uvedené tato námitka neobstojí. Stejně tak již Nejvyšší správní soud vyvrátil námitku, že podobnost nabídkových rozpočtů mohla vzniknout použitím vzorových ceníků ÚRS a RTS či použitím nabídkových rozpočtů stejných subdodavatelů. Výše již také bylo uvedeno, že nevyžádání si kompletních vzorových ceníků žalovaným nepředstavuje pochybení žalovaného při zjišťování skutkového stavu. Stejně tak již bylo zmíněno, že porovnání položkových cen, resp. poměr mezi nimi, dokládá kooperaci mezi uchazeči (stěžovateli). Výtka žalovanému, že mohl stěžovatele d) vyzvat k označení subdodavatelů, které obvykle využívá k přípravě

pokračování

nabídek, není důvodná, neboť naopak to byl stěžovatel d), který mohl tyto subdodavatele kdykoli sám uvést v rámci argumentace, kterou vznesl na svou obranu. Pokud tak neučinil ani v kasační stížnosti, nezbyvá, než konstatovat, že to činí jeho argumentaci ohledně shody ceníků způsobené shodnými subdodavateli nedůvěryhodnou a účelovou.

[119] Stěžovatel d) dále krajskému soudu vytýká, že nezaujal stanovisko k možnostem vzniku podobností elektronických dokumentů. Není tomu tak, neboť krajský soud se touto otázkou zabýval, vyhodnotil žalobci předložené znalecké posudky a v bodě 38 napadeného rozsudku konstatoval, že nelze s jistotou potvrdit, ani vyvrátit, zda CD předložená zadavatelem jsou originály, tj. právě těmi CD, které byly součástí nabídek. Krajský soud navázal, že zadavatel žalovanému poskytl CD způsobem a v podobě, jak odpovídá pravidlům archivování a jak je obvyklé. Konstatoval, že přisvědčit konstrukci ohledně nevyloučení možnosti záměny CD u zadavatele by znamenalo její uplatnitelnost prakticky kdykoliv. Jestliže v posuzované věci chování zadavatele ani forma či způsob uchovávání a poskytnutí CD neindikují manipulaci s elektronickými podklady a současně žádný ze žalobců nepředestřel, vyjma obecného tvrzení o možnosti záměny nosičů dat, konkrétní hájitelnou alternativní legendu ohledně záměny CD, neshledal krajský soud ve shodě s žalovaným důvod považovat obsah původních CD tvořících součást nabídek za pozmeněný. S tímto závěrem krajského soudu se Nejvyšší správní soud plně ztotožňuje. Možnost uvedenou stěžovatelem d) při jednání u krajského soudu, že autor anonymních podání, na základě kterých žalovaný zahájil v posuzované věci řízení, veden snahou poškodit stěžovatele z konkurenčních důvodů, mohl provést záměnu CD u zadavatele, považuje Nejvyšší správní soud za vyloučenou, a to i s ohledem na skutečnost, že žádný ze stěžovatelů nepředložil alternativní (autentické) nabídky, ani nezmínil jakoukoli jinou odlišnost. Záměnu CD rovněž vylučuje nikým nezpochybněná skutečnost, že vytištěné nabídky a elektronické dokumenty na CD od zadavatele se shodovaly.

[120] Za situace, kdy v posuzované věci existuje výše uvedený řetězec nepřímých důkazů a shodu v elektronických dokumentech lze nalézt nejen v tom, že některé z nich vypracoval Ing. Bakala, ale v řadě jiných atributů, nebylo na místě již provádět výslech tohoto zaměstnance stěžovatele b), neboť by to na zjištěném skutkovém stavu nemohlo nic změnit.

[121] Argumentaci stěžovatele d), v níž u VZ Lázně vysvětluje častou shodu poměru nabídkových cen mezi ním a Mechanikou tím, že tato společnost byla jeho stálým dodavatelem, a účastnila se rovněž samostatně výběrového řízení, Nejvyšší správní soud nemohl přisvědčit, neboť z tabulky založené na č. l. 9711 a 9712 správního spisu je patrné, že častá shoda poměru nabídkových cen jednotlivých položek mezi stěžovatelem d) a družstvem Mechanika se vyskytovala u všech částí nabídkového rozpočtu na VZ Lázně, tj. u rekonstrukce zasklení, opravy podhledu, vzduchotechniky a elektromontáže, nikoli tedy pouze u výplně otvorů, ke které, jak stěžovatel d) uvádí, tradičně tuto společnost oslovil ke zpracování nabídky. Uvedené svědčí o koordinaci mezi stěžovatelem d) a družstvem Mechanika při podání nabídky. O správnosti tohoto závěru je Nejvyšší správní soud přesvědčen také proto, že u tří shodných položek stěžovatel d) a družstvo Mechanika vůbec nevyplnili nabídkovou cenu a k jedné položce shodně přiřadili hodnotu 0 Kč. Ve shodě s krajským soudem Nejvyšší správní soud konstatuje, že další indicíí o koordinaci stěžovatele d) s družstvem Mechanika bylo uvedení identifikačního čísla stěžovatele d) v krycích listech rozpočtů.

[122] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stěžovatele d), v níž krajskému soudu vytýkal, že odmítl při jednání provést jím navržené důkazy. Ze zvukového záznamu o jednání konaném u krajského soudu dne 18. 6. 2020 obsaženého na CD založeném ve spise krajského soudu totiž Nejvyšší správní soud zjistil, že krajský soud při jednání vyhlásil usnesení, že další dokazování prováděno nebude, a k požadavku na výslech svědků uvedl, že řízení

před žalovaným probíhalo relativně dlouho, žalovaný měl dostatek procesního prostoru, aby dokazování provedl v co nejširším rozsahu tak, jak to pokládá za potřebné, aby jeho rozhodnutí obstálo. Krajský soud dospěl k závěru, že buď rozhodnutí žalovaného obstojí i bez vyslechnutí svědků, což znamená, že není důvod, aby nedostatek spočívající v nevyslechnutí daných svědků krajský soud vytýkal žalovanému a tyto svědky sám vyslýchal, anebo rozhodnutí žalovaného neobstojí, a to právě proto, že by se jednalo o tak podstatný důkaz, že ho stěží může krajský soud provádět. Krajský soud uzavřel, že svědky vyslýchat nebude. Navázal, že bude vycházet ze skutkového stavu obsaženého ve správním spise, dvou znaleckých posudků a usnesení Policie ČR ze dne 11. 5. 2018, č. j. KRPM-113709-178/TČ-2016-140080. Z výše uvedeného tak je zřejmé, že krajský soud rozhodl o tom, že nebude provádět další dokazování a tento svůj postup řádně zdůvodnil.

III. e) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele e)

[123] Vzhledem k tomu, že (jak shora vysvětleno) v posuzované věci bylo řetězcem nepřímých důkazů prokázáno koordinované jednání stěžovatelů porušující § 3 odst. 1 ZOHS, nepřisvědčil zdejší soud námitce stěžovatele e), že neporušil § 3 odst. 1 ZOHS. K argumentaci stěžovatele e), že žalovaný měl prověřit autenticitu CD, které tvořily přílohu nabídek, Nejvyšší správní soud uvádí, že žalovaný se s otázkou autenticity CD řádně vypořádal v bodech 106 až 119 rozhodnutí o rozkladu. Konstatoval, že ohledně procesní stopy samotných CD, resp. jejich identických kopií založených ve spise, ověřil, že si prvostupňový orgán vyžádal originály kompletních nabídek ke všem předmětným veřejným zakázkám (včetně příloh, které v některých případech tvořily i CD nosiče) od zadavatele. Zároveň s pořízením identických kopií jednotlivých CD nosičů, které jsou součástí spisového materiálu, pořídil i fotokopie originálů CD obsahující některé identifikační údaje jednotlivých účastníků řízení dokládající dále jejich pravost. U všech posuzovaných zakázek, ve kterých účastníci řízení předložili i CD nosiče s elektronickými dokumenty, jejichž obsah vždy odpovídal jednotlivým tištěným nabídkám účastníků řízení. Pravost tištěných nabídek přitom žádný z účastníků řízení nerozporoval. Bez reálného racionálního důvodu nemůže být námitka nezákonné manipulace se spisovým materiálem důvodná. Stěžovatelé přitom neuvedli, jakým způsobem mělo být s jednotlivými elektronickými dokumenty uloženými na CD nosičích konkrétně manipulováno, ani jaké jsou podle nich odlišnosti mezi tištěnými a elektronickými verzemi nabídek. Jedná se tedy o hypotetický konstrukt odtržený od reality.

[124] Krajský soud v bodě 39 napadeného rozsudku k otázce autenticity CD uvedl, že nebylo žádného důvodu, aby žalovaný prokazoval, že s elektronickými podklady na CD nebylo v mezidobí manipulováno. Byl tedy splněn požadavek stěžovatele e) uvedený v kasační stížnosti, že soud má zkoumat, zda k této námitce žalovaný přihlédl a vypořádal se s ní.

[125] Nejvyšší správní soud se s uvedenými závěry žalovaného a krajského soudu plně ztotožňuje a v návaznosti na výše uvedené ke kasační stížnosti stěžovatele e) uzavírá, že argumentaci stěžovatele e) týkající se autenticity předmětných CD považuje za nedůvodnou a účelovou, jelikož stěžovatel e) zpochybňuje autenticitu těchto CD, označuje data na nich za nedůvěryhodná, avšak nepředkládá žádné důvody pro takovou domněnku, pouze obecně tvrdí, že data na CD mohla být pozměněna. Navíc jak již přelichavě konstatoval žalovaný, obsah elektronických dokumentů vždy odpovídal tištěným nabídkám účastníků řízení, což vyvrací možnou manipulaci s CD. Nejvyšší správní soud proto stejně jako žalovaný i krajský soud neshledal žádný důvod k opodstatněnosti domněnky, že by CD uložená u zadavatele mohla být jakkoli pozměněna.

pokračování

III. f) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele f)

[126] Stěžovatele f) namítal nedostatečné zjištění skutkového stavu. Nejvyšší správní soud zde opětovně poukazuje na to, že žalovaný zjistil skutkový stav v souladu se zásadou materiální pravdy upravenou v § 3 a § 50 odst. 2 a 3 správního řádu a na základě takto zjištěného skutkového stavu ve věci rozhodl, přičemž Nejvyšší správní soud neshledal v právním posouzení věci ze strany žalovaného pochybení. O rozsahu dokazování ostatně svědčí množství spisového materiálu, který tvoří více než 11.000 stran. Pokud stěžovatel f) žalovanému vytýká, že nevytvořil ze zjištěných důkazů komplexní celek, není tomu tak, neboť žalovaný hodnotil důkazy jednotlivě i ve vzájemné souvislosti, v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů upravenou v § 50 odst. 4 správního řádu. Namítá-li stěžovatel f), že nebyla prokázána příčinná souvislost mezi jednáním uchazečů ve shodě v podobě vzájemného sladování a následným jednáním uchazečů, nelze mu přisvědčit, neboť zejména podobnost poměru jednotkových cen v nabídkách soutěžitelů a elektronických dokumentech je natolik zřejmá, častá a pravidelná, že ji nelze vysvětlit náhodnou, resp. jinak, než právě spoluprací stěžovatelů při podání nabídek v jednotlivých zadávacích řízeních. V podrobnostech Nejvyšší správní soud odkazuje na výše uvedené odůvodnění tohoto rozsudku a rovněž na podrobně zdůvodněné závěry krajského soudu. Skutečnost, že ve výběrovém řízení VZ RS byl stěžovatel f) vyloučen z důvodu neprokázání splnění kvalifikace na výše uvedených závěrech ohledně jeho účasti na kartelu nic nemění.

III. g) Vypořádání kasační stížnosti stěžovatele g)

[127] K námitkám stěžovatele g), v nichž uvádí, že existují jiná rozumná vysvětlení podobnosti v nabídkách uchazečů o veřejné zakázky, žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav a měl vyhovět požadavku na doplnění dokazování, Nejvyšší správní soud odkazuje na výše uvedené závěry, z nichž je patrná jejich nedůvodnost.

[128] Stěžovatel g) dále obsáhle uváděl důvody vzniku podobnosti nabídkových rozpočtů. Nejvyšší správní soud již výše vysvětlil, že v případě VZ ZŠ použitím vzorových ceníků RTS tyto podobnosti vzniknout nemohly, neboť položky obsažené v rozpočtech na VZ ZŠ nebyly z části do vzorových ceníků zahrnuty a ve většině se od hodnot ve vzorových cenících odlišují. Také v případě VZ Lázně je z tabulek porovnávacích nabídkové ceny se vzorovými ceníky RTS a ÚRS obsaženými na č. l. 9713 a 9714 správního spisu zjevné, že nabídkové ceny stěžovatelů b), d) a g) a Mechaniky se od cen uváděných v RTS ceníku liší a v ÚRS se většina položek nenachází. Obdobná situace z hlediska porovnání cen uvedených v nabídkách a cenících RTS a ÚRS nastala také v případě VZ RS a VZ Zámek.

[129] Zároveň z ničeho nevyplývá, že ke vzniku podobnosti nabídkových rozpočtů došlo v důsledku přípravy nabídkových rozpočtů stejným subdodavatelem. Stěžovatel g) tuto skutečnost žádným způsobem nedoložil a setrvává pouze v rovině nepodloženého tvrzení. Zjištěný skutkový stav navíc dokládá, že v podobnosti nabídkových rozpočtů v důsledku jejich přípravy stejným subdodavatelem nedošlo. U VZ ZŠ totiž každý ze stěžovatelů uvedl v nabídce jiného subdodavatele s jiným předmětem subdodávky a také s jiným procentuálním podílem subdodávky: stěžovatel b) uvedl jako subdodavatele společnost IZOLTING MORAVIA s.r.o. s předmětem subdodávky – střecha, podíl subdodávky činil 15,65 %. Ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2017 dále stěžovatel b) žalovanému sdělil, že jako subdodavatel se na plnění veřejné zakázky podílely i společnosti PMP Prostějov, s.r.o., a Rode S s.r.o. Praha. Stěžovatel e) uvedl v nabídce jako subdodavatele společnost SULKO s.r.o. pro dodávku a montáž otvorových prvků (podíl subdodávky činil 30 %). Stěžovatel d) ve sdružení Mechanikou jako subdodavatele uvedl společnost DOSEDĚL IZOLACE s.r.o. pro izolaci střechy a klempířské konstrukce (podíl

subdodávky činil 11 %). Osoba zúčastněná na řízení jako subdodavatele uvedla společnost DECRO Bzenec s.r.o. pro plastové výplně otvorů (podíl subdodávky činil 29 %). Stěžovatel c) v nabídce uvedl 0 % podíl subdodavatele. Stěžovatel a) jako subdodavatele uvedl společnost AZW, a.s. pro „Dmž + mtž + revize hromosvodů“, podíl subdodávky činil 1,76%. Stěžovatel g) jako subdodavatele uvedl společnost PMP Prostějov, s.r.o. pro otvorové výplně z plastů (podíl subdodávky činil 28,4 %). Uvedené tak vyvrací tvrzení stěžovatele g), že ke vzniku podobnosti nabídkových rozpočtů došlo v důsledku přípravy nabídkových rozpočtů stejným subdodavatelem, a to i s ohledem na skutečnost, že procentuální výše plnění od každého subdodavatele byla odlišná.

[130] V návaznosti na výše uvedené Nejvyšší správní soud konstatuje, že neobstojí tvrzení stěžovatele g), že stěžovatelé g) a b) uvedli stejného subdodavatele v nabídce do VZ ZŠ. Stěžovatel b) totiž v nabídce uvedl společnost IZOLTING MORAVIA s. r. o. a stěžovatel g) jako subdodavatele uvedl společnost PMP Prostějov, s. r. o. Skutečnost, že stěžovatel b) ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2017 žalovanému sdělil, že vedle společnosti IZOLTING MORAVIA s.r.o. se jako subdodavatel podílely na plnění VZ ZŠ i společnosti PMP Prostějov, s.r.o. a Rode S s.r.o. na tom, že v nabídkách stěžovatelů b) a g) byli uvedeni odlišní subdodavatelé, nic nemění.

[131] K namítané nesprávnosti postupu žalovaného při použití ceníků RTS a ÚRS Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem uvádí, že postup žalovaného, který si vyžádal údaje prostřednictvím vyplnění slepých rozpočtů přímo od zpracovatelů vzorových ceníků a ty pak sám zkoumal ve vztahu k cenám uvedeným v nabídkových rozpočtech, považuje za možný, logický a v neposlední řadě efektivní. Nutno připustit, že účastníkům řízení by se mohl jevit jako přesvědčivější postup požadovaný stěžovatelem g), tj. aby si žalovaný vzorové ceníky sám vyžádal, a tím ověřil takto získané informace. Pokud tak však žalovaný neučinil, nepovažuje to Nejvyšší správní soud na rozdíl od stěžovatele g) za pochybení při zjišťování skutkového stavu. Jestliže by žalovaný takto postupoval, byl by výsledek porovnání nabídkových cen uvedených stěžovateli s ceníky RTS a ÚRS nepochybně stejný, neboť žalovaný by ze vzorových ceníků zjistil tytéž ceny jako společnosti RTS a ÚRS, které neměly žádnou motivaci poskytnout žalovanému nepravdivé či chybné informace. Navíc, jak konstatoval žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, tyto společnosti byly povinny poskytnout v souladu s § 21e ZOHS žalovanému úplně, správné a pravdivé informace. Nejvyšší správní soud v této souvislosti dále konstatuje, že stěžovatel g) neuvádí žádnou konkrétní položku, jejíž výše by byla ve vyplněných slepých rozpočtech uvedena chybně. Skutečnost, že ÚRS žalovanému sdělila, že předmětné veřejné zakázky obsahují velmi nízký počet položek, které se měly nacházet v jejím vzorovém ceníku, neznamená nesprávnost a neúplnost informací poskytnutých touto společností.

[132] K poukazu stěžovatele g) na skutečnost, že po vydání kasační stížností napadeného rozsudku v historické verzi programu BUILDpower společnosti RTS nalezl též náhodně vybrané položky z nabídkových rozpočtů do VZ RS a VZ Zámek, u kterých ÚRS tvrdila žalovanému, že se v jejím vzorovém ceníku nenacházejí, Nejvyšší správní soud v první řadě uvádí, že podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu „[u]stanovení § 109 odst. 4 s. ř. s. [po novele s. ř. s. provedené zákonem č. 303/2011 Sb., se jedná o ustanovení § 109 odst. 5 – pozn. soudu] *naproti tomu brání tomu, aby se poté, co bylo vydáno přezkoumávané rozhodnutí, uplatňovaly skutkové novoty. K takto uplatněným novým skutečnostem kasační soud při svém rozhodování nepřiblíží*“ (srov. rozsudek NSS ze dne 22. 9. 2004, č. j. 1 Azs 34/2004 - 49, č. 419/2004 Sb. NSS). Jak již Nejvyšší správní soud konstatoval např. v rozsudku ze dne 25. 9. 2008, č. j. 8 Afs 48/2006 - 155, ustanovení § 104 odst. 4 s. ř. s. představuje zavedení koncentračního principu do řízení před Nejvyšším správním soudem. Užití tohoto principu lze považovat za zcela racionální, neboť zajišťuje, aby výhrady účastníků řízení proti pravomocnému správnímu

pokračování

rozhodnutí byly pořadem práva nejprve projednány krajskými soudy, přičemž Nejvyšší správní soud přezkoumá již pouze zákonnost závěrů krajských soudů k jednotlivým skutkovým a právním otázkám, které jim byly v žalobách předestřeny (promítly-li se, pochopitelně, do námitek kasačních). Pokud by bylo v řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem připuštěno uplatnění skutkových a právních novot (zde srov. též ustanovení § 109 odst. 5 s. ř. s.) vedlo by to fakticky k popření kasačního principu, na němž je řízení o tomto mimořádném opravném prostředku vystavěno. Ustanovení § 104 odst. 4 s. ř. s. (obdobně jako § 109 odst. 5 s. ř. s. vylučující možnost dodatečného uplatňování argumentů skutkových) tedy nesleduje restriktci práv fyzických a právnických osob na přístup k soudní ochraně. Po účastnících předcházejícího žalobního řízení (z logiky věci je zřejmé, že musí jít pouze o účastníky aktivně legitimované) lze jistě spravedlivě požadovat, aby na principu *vigilantibus iura* postupovali v řízení shora popsáním způsobem s tím, že v případě, kdy tak neučiní, ponесou (z hlediska možnosti uplatnění procesní argumentace v dalším stupni) případné nepříznivé důsledky (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2012, č. j. 4 Azs 1/2011 – 89). Zde stěžovateli nic nebránilo, aby existenci sporných položek v systému ověřil již dříve (nejpozději před vydáním napadeného rozsudku krajského soudu) a zjištěnou skutečnost uplatnil v řízení o žalobě. Zjištění stěžovatele g) z programu BULDPower tak představuje novou skutečnost, ke které zdejší soud nemohl přihlížet.

[133] Pouze pro úplnost tak Nejvyšší správní soud konstatuje, že i pokud by informace poskytnuté společností ÚRS žalovanému nebyly úplné, na posouzení věci by to nic nezměnilo. Charakter poměru nabídkových cen v položkových rozpočtech vítěze veřejné zakázky a ostatních uchazečů je totiž u všech veřejných zakázek takový, že jasně svědčí o spolupráci uchazečů při vyhotovení položkového rozpočtu nabídkových cen. Tento poměr nabídkových cen se u veřejných zakázek vyskytoval zcela nezávisle na tom, zda položka byla uvedena v ceníku ÚRS a RTS či nikoli. Navíc, jak přiléhavě zmínil žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele d), případně nově nalezené položky z nabídkových rozpočtů do VZ RS a VZ Zámek ve vzorovém ceníku ÚRS představují marginální počet při porovnání s celkovým počtem položek (11 položek v případě 369 položek u VZ ZŠ, 10 položek z 394 u VZ RS a 9 položek z 334 u VZ Zámek). Porovnání cen uvedených v položkovém rozpočtu nabídkových cen stěžovatelů s ceníky RTS a ÚRS považuje Nejvyšší správní soud toliko za podpůrný postup, nikoli hlavní indicii, na které žalovaný postavil prvostupňové rozhodnutí, jak tvrdí stěžovatel g) v kasační stížnosti.

[134] K argumentaci stěžovatele g), v níž vytkl žalovanému, že vůbec neprověřoval možnost vzniku podobnosti uchazečů o veřejné zakázky též v důsledku poptání cenové nabídky více uchazeči od stejného subdodavatele, Nejvyšší správní soud uvádí, že k situaci ohledně subdodavatelů u VZ ZŠ se již vyjádřil výše. U VZ Lázně uchazeči o veřejnou zakázku, kteří podali nabídky [stěžovatelé b), d), g) a Mechanika], žádné subdodavatele neuváděli. V případě VZ Zámek stěžovatelé b), d) a g) neprokazovali splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatelů a pouze stěžovatel f) prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, společnosti REISEWITZ spol. s r.o. V případě VZ RS stěžovatel g) uzavřel za účelem plnění předmětné zakázky smlouvu o poskytnutí subdodávky se společností GEODETIKA, s.r.o., jejímž předmětem bylo provedení veškerých geodetických prací. Stěžovatelé b), c) a f) neuvedli v nabídkách žádné subdodavatele. Z výše uvedeného je zřejmé, že uchazeči (stěžovatelé) i u dalších uvedených zakázek měli vždy jiného subdodavatele, resp. podali nabídky bez uvedení subdodavatelů.

[135] Za této situace nebylo nutné, aby se žalovaný obrátil na stěžovatele se žádostí, aby mu deklarovali své obvyklé subdodavatele využívané pro přípravu cenových nabídek a u těchto subdodavatelů ověřil, zda se nepodíleli na přípravě nabídek pro více uchazečů o veřejné zakázky, jak požaduje stěžovatel g) v kasační stížnosti. Uvádí-li stěžovatel g), že jediné,

co žalovaný ověřil, byl podíl subdodavatelů na faktickém plnění veřejné zakázky, a to navíc pouze u VZ ZŠ, není tomu tak. V prvostupňovém rozhodnutí totiž žalovaný uvedl subdodavatele uvedené v nabídkách jednotlivých uchazečů (stěžovatelů) u všech veřejných zakázek, u nichž se zabýval porušením hospodářské soutěže. Nejedná se ani o rozdílnou otázku směřující ke zcela jinému skutkovému zjištění, jak tvrdí stěžovatel g) v kasační stížnosti, neboť pokud stěžovatel g) vysvětluje vznik podobnosti v nabídkách uchazečů o veřejné zakázky poptáním cenové nabídky od stejného subdodavatele, pak by se tento subdodavatel měl na plnění veřejné zakázky fakticky účastnit, tj. měl by být uveden v nabídce, resp. měl by se účastnit plnění veřejné zakázky. To však v posuzované věci zjištěno nebylo, neboť stěžovatelé v nabídkách uváděli odlišné subdodavatele, resp. žádné subdodavatele neuváděli. Jak již přílehavě konstatoval žalovaný, v případě VZ ZŠ dle podmínek zadávací dokumentace byly subdodávky omezeny na max. 30 % hodnoty plnění, tj. existence stejného subdodavatele nemohla vysvětlit výše popsané pravidelné podobnosti v rozpočtových položkách nabídkových cen v řádu několika setin, tvořící vzorec. Zároveň tedy není pravdou, že by se žalovaný nevypořádal se stěžovatelem g) namítanou možností vzniku podobností mezi nabídkovými cenami v důsledku poptání cenové nabídky u stejného subdodavatele.

[136] S ohledem na výše uvedený řetězec nepřímých důkazů dokládající kooperaci stěžovatelů a výše již popsaný vzorec v cenách položek v nabídkovém rozpočtu, nepovažuje Nejvyšší správní soud za věrohodný ani argument stěžovatele g) o cenové ustálenosti trhu. Pokud stěžovatel g) žalovanému a krajskému soudu vytýká, že se s touto námitkou nevypořádali, Nejvyšší správní soud konstatuje, že žalovaný se sice v rozhodnutí o rozkladu cenovou ustáleností trhu namítanou stěžovatelem g) výslovně nezabýval, nicméně v bodě 174 tohoto rozhodnutí k rozkladu stěžovatele g) uzavřel, že za neobvyklou podobností jednotlivých nabídek nemůže být žádná jiná okolnost, než zakázaná dohoda mezi jednotlivými soutěžiteli. Z toho je zřejmé, že nepovažoval za důvodný ani tento argument stěžovatele g).

[137] Krajský soud se k argumentu stěžovatele g) o cenové ustálenosti trhu uvedenému v žalobě rovněž výslovně nevyjádřil, to však nemá za následek nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Krajský soud totiž svůj závěr o tom, že ze strany stěžovatelů došlo k porušení hospodářské soutěže, řádně, srozumitelně a přehledně zdůvodnil ucelenou argumentací. Na přesvědčivosti a přezkoumatelnosti jeho závěrů nic neubírá, že se výslovně nevyjádřil k argumentu stěžovatele g) o cenové ustálenosti trhu, který je nevěrohodný, jak bylo vysvětleno výše. Nejvyšší správní soud v této souvislosti konstatuje, že soudy nemají povinnost reagovat na každou dílčí argumentaci a tu obsáhle vyvrátit. Jejich úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace (srov. rozsudek NSS ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013 - 19). Podstatné je, aby se soud ve svém rozhodnutí vypořádal se všemi stěžejními námitkami účastníka řízení, což může v některých případech konzumovat i vypořádání některých dílčích a souvisejících námitek (rozsudek NSS ze dne 24. 4. 2014, č. j. 7 Afs 85/2013-33). Nejvyšší správní soud dále již v rozsudku ze dne 23. 11. 2017, č. j. 1 As 299/2016 - 59, vyslovil, že „*rozsah reakce soudu na konkrétní námitky by měl být co do šíře odůvodnění přiměřený. Soudy proto nemusejí odpovědět na každou jednotlivou dílčí argumentaci, zpravidla postačuje, jsou-li vypořádány alespoň základní námitky účastníka řízení (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008 - 13).*“ Ústavní soud v bodě 68 nálezu ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, pak výstižně uvádí, že „*[n]ení porušením práva na spravedlivý proces, jestliže obecné soudy nebudují vlastní závěry na podrobné oponentuře (a vyvracení) jednotlivě vznesených námitek, pakliže proti nim staví vlastní ucelený argumentační systém, který logicky a v právu rozumně vyloží tak, že podpora správnosti jejich závěrů je sama o sobě dostatečná.*“

[138] Argumentaci stěžovatele g) v níž zpochybňuje závěry žalovaného ohledně vlastností elektronických dokumentů a uvádí, že rozhodnutí žalované i kasační stížností napadený rozsudek

pokračování

se opírají o zpochybněné důkazy, Nejvyšší správní soud rovněž nepřisvědčil s ohledem na výše již zmíněné závěry. Závěr krajského soudu, že kooperaci mezi uchazeči o veřejnou zakázku prokazuje shoda v údajích „naposledy vytištěno“ ve vlastnostech elektronických dokumentů, považuje Nejvyšší správní soud za příléhavý, neboť shodu v údajích „naposledy vytištěno“, a to ve všech souborech s položkovými rozpočty stěžovatelů b) d), a g) vyjma rozpočtu Stavební úpravy S a shodný časový údaj („Vytvořeno“) uvedený také v souborech s rozpočty Stavební úpravy S a Stavební úpravy O, a to v nabídkách stěžovatelů b), g) a g), nelze vskutku vysvětlit jinak, než spoluprací uchazečů o veřejné zakázky (stěžovatelů). V návaznosti na výše uvedené Nejvyšší správní soud konstatuje, že vysvětlení stěžovatele g), že vícero uchazečů o veřejnou zakázku oslovilo s žádostí o zpracování cenové nabídky stejného subdodavatele, nemůže obstát.

[139] Skutečnost, že nebyl prokázán přímý kontakt mezi stěžovatelem g) a ostatními uchazeči o veřejné zakázky, nevyvrací závěr žalovaného i krajského soudu, že ze strany stěžovatelů došlo k jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS, založený na provázaném a uceleném řetězci výše popsanych nepřímých důkazů.

IV. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[140] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodnými všechny stěžovateli uplatněné námitky, kasační stížnosti jsou proto nedůvodné. Nejvyšší správní soud tedy dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnosti zamítl.

[141] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasačních stížnostech podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelé neměli v řízení úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemají. Procesně úspěšnému žalovanému pak nevznikly v řízení náklady přesahující rámec nákladů jeho běžné úřední činnosti. Osoba zúčastněná na řízení má podle § 60 odst. 5 s. ř. s. právo na náhradu jen těch nákladů řízení, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. V tomto řízení však osobě zúčastněné na řízení žádná povinnost uložena nebyla a Nejvyšší správní soud neshledal ani jinou okolnost zvláštního zřetele hodnou, a proto ani osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 18. března 2021

Mgr. Aleš Roztočil v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Jana Desenská