



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D., a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., v právní věci

žalobce: **AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o.**
sídlem Pražská 1321/38a, Praha
zastoupený JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem
sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha

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

za účasti: **1. NDC REAL ESTATE a.s.**
sídlem Jiráskovo předměstí 935, Jindřichův Hradec
zastoupená JUDr. Filipem Sojákem, advokátem
sídlem Mikuláše z Husi 382/12, Praha

2. VIALIT SOBĚSLAV spol. s r.o.
sídlem Na Švadlačkách 478/II, Soběslav
zastoupená Mgr. Pavlem Slabým, advokátem
sídlem Riegrova 2668/6, České Budějovice

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.12.2019, č.j. ÚOHS-R0173,177/2019/HS-33746/2019/310/BMa,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.12.2019, č.j. ÚOHS-R0173,177/2019/HS-33746/2019/310/BMa, kterým bylo v jeho výrocích I., II., V., VI. a VII. potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.9.2019, č.j. ÚOHS-S0070/2019/KD-25619/2019/851/MŠu, a zamítnuty rozklady žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2. Podle žalovaného žalobce, osoba zúčastněná na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. v blíže neurčeném období přede dnem 11.5.2009 koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce MK k cihelně v obci Drunče“, vyhlášenou obcí Drunče, a to tak, aby z nich nejvýhodnější nabídku podala SWIETELSKY stavební s.r.o., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele veřejné zakázky dne 11.5.2009 podali, čímž jednali ve vzájemné shodě o koordinaci účasti a nabídek ve výběrovém řízení, čímž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu inženýrského stavitelství v České republice, a tím dne 11.5.2009 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „ZOHS“). Žalovaný uložil za toto jednání žalobci pokutu ve výši 10 808 000 Kč a žalobci společně s osobou zúčastněnou na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě do budoucna zakázal.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

2. Podle žalobce je třeba zohlednit kontext, v rámci něhož bylo rozhodováno. Prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno v rámci správního řízení, které bylo vyloučeno dne 18.3.2019 ze správního řízení sp. zn. S426/2012, jehož účastníkem byl také žalobce. V tomto původním správním řízení byla žalobci uložena pokuta ve výši 10 808 000 Kč, avšak rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy neobstála před zdejšími soudem a Nejvyšším správním soudem, neboť žalovaný zajistil podklady prostřednictvím nepřipustných tzv. rybářských výprav. Právě v reakci na rozsudek zdejšího soudu žalovaný vyčlenil z původního správního řízení nyní posuzovanou věc pod sp. zn. S0070/2019. Vyčlenění věci z původního správního řízení však podle žalobce nemůže zhojit nezákonnost provedených místních šetření. Dříve získané důkazy při tzv. rybářských výpravách žalovaného tak nelze užít ani v nyní posuzované věci. Žalovaný před zahájením místních šetření disponoval podezřením z manipulace nabídek pouze ve vztahu ke třem veřejným zakázkám v Písku. Jestliže i přes takto úzké podezření vymezil žalovaný předmět správního řízení sp. zn. S426/2012 široce, byly podklady získané na základě místních šetření získány nezákonně. Žalovaný následně na základě nezákonných místních šetření „vtahoval“ do správního řízení

jednotlivé veřejné zakázky. Takto nezákonně získané důkazy stály na počátku řetězce, na jehož konci žalovaný požádal obec Drunče o informace nyní použité jako důkazy, ačkoli vyjma nezákonně získaných indicí v průběhu místního šetření dalšími informacemi nedisponoval. Podle žalobce tak vyčlenění nyní posuzované věci ze správního řízení sp. zn. S426/2012 nemůže nic změnit na nemožnosti využít žalovaným zohledněné důkazy či důkazy z těchto nezákonně získaných indicí vycházející. Napadené rozhodnutí tak je podle žalobce vyvrcholením bezprecedentního řetězce navazujících pochybení žalovaného. Žalovaný tak neměl k dispozici natolik konkrétní podezření, aby mohl ve správním řízení S0070/2019 pokračovat. Postupem žalovaného byl žalobce dotčen na svém právu na spravedlivý proces, postup žalovaného byl hrubě nespravedlivý, a tedy i v rozporu s veřejným zájmem ve smyslu § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Navíc způsob, jakým žalovaný a jeho předseda vypořádali žalobcem uplatněné námitky, ukazuje, že žalovaný i nadále implicitně zohledňuje nezákonně získané v souvislosti se správním řízením sp. zn. S426/2012. Žalobce spatřuje nespravedlnost také v tom, že zatímco osoba zúčastněná na řízení 1. nebyla po zásahu správních soudů shledána vinnou, neboť důkazy zjištěné při místním šetření dne 28.5.2014 u této osoby zúčastněné na řízení nemohl žalovaný použít, žalobce byl uznán vinným i bez patřičných důkazů o koordinaci mezi žalobcem a kteroukoli osobou zúčastněnou na řízení, byť žalovaný, aniž by to přiznával, zohledňuje nezákonně získané důkazy týkající se osoby zúčastněné na řízení 1. a SWIETELSKY stavební s.r.o. To, že SWIETELSKY stavební s.r.o. fakticky učinila doznání v žádosti o snížení pokuty podle § 22ba odst. 2 a odst. 6 ZOHS, nezbavilo žalovaného povinnosti zajistit důkazy o vině žalobce.

- Podle žalobce je – mimo jiné také z tiskové zprávy žalovaného reagující na dřívější rozhodnutí soudů ve vztahu k místním šetřením – zjevné, že žalovaný byl ve správním řízení sp. zn. S0070/2012 veden snahou potrestat žalobce za každou cenu. Urputná snaha o potrestání žalobce nemůže vést k nepřijatelnému popření klíčových právních principů a zásad správního trestání. Již samotný způsob vydání napadeného rozhodnutí naznačuje, že bylo o věci rozhodnuto předem – napadené rozhodnutí bylo vydáno bezprostředně po zasedání rozkladové komise, a je tak zřejmé, že posouzení rozkladovou komisí bylo pouhou formalitou. Snaha o potrestání žalobce za každou cenu se zcela mýjí se zásadami správního trestání. Žalobce namítá, že se přestupku nedopustil, byť vzhledem k plynutí času a změnám v jeho struktuře není schopen přesně rekonstruovat průběh přípravy nabídky žalobce do výběrového řízení. To, že žalobce již nedisponuje důkazy prokazujícími nesprávnost závěrů žalovaného a že tak neprokazoval svoji nevinu, mu nelze přičítat k tíži. Žalovaný podle žalobce pochybil tím, že neprokázal porušení zákazu dle § 3 odst. 1 ZOHS ze strany žalobce nade vší pochybnost. Spolu se zásadou in dubio pro reo je spojeno důkazní břemeno na straně žalovaného, na kterého dopadala povinnost prokázat spáchání přestupku nade vší rozumnou pochybnost. Není-li žalovaný schopen kvalifikovaně vyvrátit existující pochybnosti, měl žalovaný rozhodnout ve prospěch žalobce (obviněného). K prokázání zakázané dohody ve formě jednání ve vzájemné shodě musí být podle žalobce prokázána existence kontaktů mezi soutěžiteli, jejichž důsledkem je jednání na trhu s cílem nebo následkem narušení hospodářské soutěže, případně musí být prokázáno takové jednání soutěžitelů na trhu, které nelze racionálně zdůvodnit jinak než předchozím kontaktem, a předchozí kontakty mezi soutěžiteli se tak presumují. Žalovaný podle žalobce existenci kontaktů mezi žalobcem, osobou zúčastněnou na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. neprokázal. Žalovaný svůj závěr o jednání žalobce, osoby zúčastněné na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. ve vzájemné shodě založil na existenci cenového vzorce mezi jednotkovými cenami nabídkového rozpočtu žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2. a na metadatech souboru nabídkového rozpočtu předloženého žalobcem, která obsahovala údaje odkazující na SWIETELSKY stavební s.r.o. Podle žalobce jím předložená alternativní vysvětlení kvalifikovaně zpochybňují závěry žalovaného.

4. Žalobce měl zájem realizovat veřejnou zakázku prostřednictvím poddodavatele, od kterého obdržel nabídkový rozpočet, neboť samotný žalobce chtěl pravděpodobně pouze využít volné kapacity; oblasti inženýrského stavebnictví se žalobce věnoval pouze okrajově. Žalobce tak nebyl schopen ovlivnit, jakým způsobem poddodavatel soubor s nabídkovým rozpočtem zpracoval či zda poddodavatel komunikoval s jinými dodavateli. Podle žalobce přitom není podmínkou, jak dovozuje žalovaný, aby daný poddodavatel byl současně poddodavatelem osoby zúčastněné na řízení 2. v totožném rozsahu. Poddodavatel mohl obdržet nabídkový rozpočet v kompletní podobě i v případě, že by pro osobu zúčastněnou na řízení 2. poddodavately zajišťoval pouze část plnění. Jestliže osoba zúčastněná na řízení 2. ve svém vyjádření uvedla, že již nedisponuje konkrétními informacemi o průběhu přípravy nabídky, nelze její sdělení o praxi při tvorbě cenových nabídek považovat za nosný argument vyvracející námitky žalobce. Ostatně podle žalobce nelze vyloučit existenci zakázané dohody mezi osobou zúčastněnou na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o., jejíž součástí mohl být také poddodavatel žalobce, a to za účelem vítězství SWIETELSKY stavební s.r.o. ve výběrovém řízení. Tedy poddodavatel mohl žalobci poskytnout cenovou nabídku předem dohodnutou s osobou zúčastněnou na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. bez vědomí žalobce. Nastíněný scénář nemůže být vyvrácen vlastnostmi souboru (jeho metadaty) DRUNČE-AVE.XLS. Z uvedeného je podle žalobce zřejmé, že existuje několik potenciálních vysvětlení skutkových zjištění, která žalovaný nevyvrátil. Žalovaný tak pochybil, jestliže nebyl schopen vyloučit alternativní vysvětlení a námitky žalobce vypořádal prostým odkazem na rozsudek Tribunálu Soudního dvora ve věci T-27/10 ze dne 6.2.2014. Odbýváním námitek žalobce jako nepravděpodobného vysvětlení žalovaný pouze skrývá absenci smysluplné interpretace skutkových zjištění, která by dokládala existenci současně relevantních kontaktů a přítomnost společného záměru ohledně společného postupu. Žalovaný měl pochybit také tím, že přihlédl k „přiznání“ SWIETELSKY stavební s.r.o. Zákonným předpokladem narovnání dle § 22ba ZOHS je bezvýhradné přiznání účasti na dohodě a SWIETELSKY stavební s.r.o. nemohla v rámci procesu narovnání ovlivnit vymezení údajného přestupku ze strany žalovaného.
5. Žalobce dále namítá, že žalovaný stanovil pokutu v rozporu se zásadami přiměřenosti a individualizace trestu. Nadto byt' žalobce zpochybňoval zákonnost výše uložené pokuty již v řízení o rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí, předseda žalovaného tyto námitky vypořádal pouze formálně a účelově. Z prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, že žalovaný do úvahy o výši pokuty zahrnul aspekt podílu žalobce na relevantním trhu, avšak z odůvodnění již není patrné, jakým způsobem se tato úvaha projevila ve výši pokuty. Napadené a jemu předcházející rozhodnutí jsou tak z tohoto důvodu nepřezkoumatelná. Žalobce nebyl vítězem výběrového řízení na veřejnou zakázku a v průběhu plynutí času od spáchání přestupku došlo ke změnám ve vlastnické struktuře včetně navazujících personálních změn na straně žalobce, což měl žalovaný v souladu se zásadami individualizace a přiměřenosti správního trestu zohlednit; jestliže žalovaný uvedl, že tyto žalobcem namítané okolnosti jsou pro uložení sankce irelevantní, pochybil, neboť při ukládání pokuty nezohlednil všechny významné skutečnosti. Žalobce zpochybňuje závěr žalovaného o tom, že personální změny v rámci žalobce nemohou mít vliv na úvahy o výši pokuty. Chování žalobce po spáchání přestupku je podle žalobce nepochybně skutečností, která může mít vliv na to, zda je pokuta schopna plnit represivní a preventivní funkci. V nyní posuzované věci přitom změny ve vlastnické struktuře vedly k významným personálním změnám a implementaci důsledného interního kontrolního mechanismu za účelem zamezení porušení ZOHS. Podle žalobce je při úvaze o výši sankce nutné zohlednit také plynutí času od spáchání přestupku; to ostatně vyplývá ze základních zásad správního trestání. Za účelovou argumentaci pak žalobce považuje závěr žalovaného, že trestní a správní právo ovládají odlišné principy. Také rozhodovací praxe žalovaného, na kterou odkazoval žalobce, zohledňovala časový rozestup mezi spácháním přestupku a okamžikem jeho potrestání. Kromě toho žalovaný pochybil také tím, že nezohlednil délku správního řízení o přestupku. Ze srovnání s pokutami

uloženými osobě zúčastněné na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. je patrné, že žalovaný uložil pokutu také v rozporu se zásadou rovnosti a přiměřenosti. To je zřejmé zejména ve vztahu k osobě zúčastněné na řízení 2., které byla uložena pokuta v prakticky totožné výši za dotčenou veřejnou zakázku a šest dalších veřejných zakázek. Žalovaný tak postupoval v rozporu s § 2 odst. 4 správního řádu.

6. Podle žalobce byl také chybně určen počátek běhu subjektivní lhůty pro uložení pokuty dle § 22 odst. 5 ZOHS. Podle žalobce měl být počátek běhu subjektivní lhůty stanoven k okamžiku uskutečnění (nezákonného) místního šetření, tj. ke dni 28.5.2014.
7. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí ve výrocích I., II. a IV. zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, a to i při jednání.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

8. Žalovaný má žalobu za nedůvodnou. Žalovaný vycházel z těch důkazů ve správním spisu, které nebyly získány na místních šetřeních – zejména z analýz obsahu podaných nabídek a zjištěných cenových vzorců. Argumentace žalobce je podle žalovaného věnována izolovaným jednotlivým skutečnostem bez zohlednění jejich vzájemných souvislostí. K jednotlivým žalobním námitkám argumentuje žalovaný věcně shodně jako v napadeném a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí; především je toho názoru, že žalobcem předestřená alternativní vysvětlení nemohla založit důvodné pochybnosti o uzavřeném řetězci nepřímých důkazů, počátek běhu subjektivní lhůty přitom nelze vázat k získání subjektivního pocitu správního orgánu (žalovaného), věrohodnou indicii o jednání žalobce získal žalovaný teprve porovnáním nabídek žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2.
9. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby. Na tomto procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, a to i při jednání.

IV. Posouzení věci

10. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).
11. Žaloba není důvodná.
12. Klíčovou otázkou v nyní posuzované věci je přípustnost (zákonost) získání prvotního podezření žalovaného na základě nezákonných místních šetření. Usnesením ze dne 18.3.2019, č.j. ÚOHS-S426/2012/KD-06020/2019/851/MŠu, žalovaný ze správního řízení sp. zn. ÚOHS-S426/2012/KD vyloučil řízení ve věci možného porušení § 3 odst. 1 ZOHS, které žalovaný spatřoval „...v jednání ve shodě a/nebo dohodě účastníků řízení...“ žalobce a osob zúčastněných na řízení „...spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce MK k cibelně v obci Drunče“, vyhlášenou obcí Drunče v roce 2009...“. Vyloučené věci bylo přiřazena sp. zn. ÚOHS-S0070/2019/KD. Zmíněným usnesením byla dále vyloučena do samostatných řízení prověřování možného porušení § 3 odst. 1 ZOHS v rámci jednání ve shodě a/nebo dohodě soutěžitelů spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrových řízeních pro veřejné zakázky „Kanalizace a ČOV Hadravova Rosička“ (sp. zn. ÚOHS-S0071/2019) a „Oprava místních komunikací a výsadba zeleně v obci Urbanov“ (sp. zn. ÚOHS-S0072/2019/KD). Z odůvodnění tohoto usnesení žalovaného vyplývá, že důvodem pro vyloučení nyní posuzované věci ze společného řízení sp. zn. ÚOHS-S426/2012/KD byla skutečnost, že nelze použít důkazy získané při nezákonných místních šetřeních; „...jelikož je ve správním řízení sp. zn. S426/2012/KD posuzováno Úřadem více skutků s tím, že dokazování některých z nich je založené výhradně na materiálech zajištěných při šetřeních na místě, rozhodl Úřad vyloučit ze společného řízení sp. zn. S426/2012/KD řízení se

věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona...“ týkající se vymezených veřejných zakázek – rekonstrukce MK k cihelně v obci Drunče, kanalizace a ČOV Hadravova Rosička a oprava místních komunikací a výsadba zeleně v obci Urbanov. U vyloučených věcí žalovaný v usnesení uvedl, že „...při dokazování vycházel i z dokumentů získaných mimo provedená šetření na místě...“.

13. Původní správní řízení sp. zn. ÚOHS-S426/2012/KD bylo zahájeno na základě podnětu, který byl doručen Policií České republiky. Žalovaný provedl šetření na místě v obchodních prostorách několika soutěžitelů a na základě tam zajištěných důkazů následně rozšířil okruh účastníků řízení a provedl další šetření na místě v obchodních prostorách a upřesňoval předmět správního řízení. V rozhodnutí ze dne 4.5.2016, č.j. ÚOHS-S426/2012/KD-19076/2015/851/LŠt, dospěl k žalovaný k závěru o porušení ZOHS v souvislosti s jedenácti veřejnými zakázkami, včetně veřejné zakázky Rekonstrukce MK k cihelně v obci Drunče. Předseda žalovaného toto prvostupňové rozhodnutí vyjma korekce výše některých pokut potvrdil rozhodnutím ze dne 22.7.2016, č.j. ÚOHS-R131,147,148,149,150,151,152,156,158,159,169/2016-30631/2016/310. Rozsudkem zdejšího soudu č.j. 62 Af 92/2016-398 ze dne 6.3.2018 bylo rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22.7.2016 zrušeno z důvodu nezákonnosti místních šetření a procesní nepoužitelnosti takto získaných stěžejních důkazů. Podle § 88 odst. 5 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, lze k urychlení řízení nebo z jiného důležitého důvodu jednotlivý skutek ze společného řízení usnesením vyloučit a vést o něm samostatné řízení. Jestliže tímto postupem reagoval žalovaný na závazný právní názor soudů v situaci, kdy dospěl k přesvědčení, že ve vztahu k jednotlivým veřejným zakázkám (mimo jiné i ve vztahu k veřejné zakázce v nyní posuzované věci) disponoval rozdílným okruhem procesně použitelných důkazů či vstupních indicií, nelze proti takovému postupu nic namítat.
14. Zdejší soud se k dosahu doktríny „ovoce z otráveného stromu“, na níž staví žalobce nosnou část své žalobní argumentace, vyjádřil již v rozsudku č.j. 62 Af 91/2019-148 ze dne 2.12.2021 v souvislosti s procesně související věcí „Kanalizace a ČOV Hadravova Rosička“ (sp. zn. ÚOHS-S0071/2019) a v nyní posuzované věci nemá důvod svůj názor měnit. I v nyní posuzované věci je z obsahu správního spisu zřejmé, že žalovaný vystavěl závěr o přestupku žalobce na důkazech, které získal na základě žádosti podle § 21e odst. 3, resp. odst. 2, ZOHS. Jakkoli lze žalobci přisvědčit v tom ohledu, že žalovaný získal vstupní indicie o možném spáchání přestupku podle ZOHS v rámci nezákonných místních šetření v podobě e-mailové komunikace vymezené v bodu 51. prvostupňového rozhodnutí, podkladem rozhodnutí se staly skutečnosti plynoucí z dokumentace o veřejné zakázce, jež byly opatřeny zákonným postupem podle § 21e ZOHS (nezákonnost tohoto postupu žalobce ani nenamítá). V rámci (nezákonného; srov. rozsudek zdejšího soudu č.j. 62 Af 92/2016-398 ze dne 6.3.2018) místního šetření žalovaný nezískal žádný podklad, o který by bylo napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí v nyní posuzované věci opřeno. Dokumentace, jež se teprve stala reálným základem důvodného podezření, že ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce žalobce jednal s dalšími soutěžiteli ve vzájemné shodě o koordinaci účasti a nabídek, tak nemá přímý původ v nezákonném místním šetření. Dokumentaci o veřejné zakázce tak nelze považovat za „plod z otráveného stromu“; za ten by bylo možné (nutné) označit toliko důkaz, který by měl přímý původ v nezákonném místním šetření. K obdobnému závěru za srovnatelných skutkových okolností ostatně dospěl i Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 1 As 80/2018-201 ze dne 30.1.2019, v němž dal za pravdu závěru ohledně nepoužitelnosti doktríny „plodů z otráveného stromu“ na důkazy pouze navazující na důkaz získaný nezákonným způsobem, jež nikterak nezákonným postupem získány nebyly (obdobně též nález Ústavního soudu sp.zn. III. ÚS 2260/10 ze dne 8.3.2019).
15. Z uvedeného rovněž plyne, že počátek běhu subjektivní prekluzivní lhůty pro potrestání žalobce v nyní posuzované věci se nemohl odvíjet od uskutečnění (nezákonného) místního šetření, které proběhlo dne 28.5.2014.

16. Pokud jde o podklady napadeného rozhodnutí, pak žádný právní předpis nestanoví, o jak rozsáhlé (především co do jejich počtu) podklady má (může) být rozhodnutí trestající pachatele za spáchání přestupku opřeno. Podstatný je obsah podkladů a jejich význam pro posuzovanou věc; řetězec (i nepřímých) důkazů může vyvěrat byt' i z jediného podkladu. Koordinace při podávání nabídek (tj. přestupek spočívající v porušení § 3 odst. 1 ZOHS) v případě veřejných zakázek přitom může být podle individuálních skutkových poměrů posuzované věci dobře prokázána i na základě obsahu samotné dokumentace o veřejné zakázce, kterou je zadavatel povinen uchovávat (ve vztahu k nyní posuzované věci šlo o dokumentaci podle § 155 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách), z níž vyplývá určitý cenový vzorec, na němž jsou jednotlivé nabídky vystavěny, jež není rozumně vysvětlitelný jinak, než že je důsledkem vzájemného ovlivnění osob podávajících nabídky předcházejícího podání nabídek.
17. V nyní posuzované věci je podstatné, že informace o souboru „DRUNČE-AVE.XLS“ (metadata) v nabídce žalobce za autora označují „l.fruhaufova“ a v řádku „Společnost“ obsahují údaj „Swietelsky s.r.o.“. V části „Související data“ je v řádku „Vytvořeno“ uveden časový údaj 7.5.2009 12:04, v řádku „Naposledy vytištěno“ pak údaj 7.5.2009 14:55. Z nabídky osoby zúčastněné na řízení 2. vyplývá, že se na zpracování této nabídky podílela Lenka Frühaufová (závěrečná strana návrhu smlouvy o dílo), nadto podpis Lenky Frühaufové v závěru návrhu smlouvy o dílo je shodný s podpisem u nabídkového (položkového) rozpočtu předloženého osobou zúčastněnou na řízení 2. Byla to také Lenka Frühaufová, která e-mailem ze dne 4.5.2019 jménem osoby zúčastněné na řízení 2. jako vedoucí oddělení přípravy a kalkulací požádala o zadávací dokumentaci. Je tedy zřejmé, že Lenka Frühaufová – pracovník SWIETELSKY stavební s.r.o. – se podílela na vypracování nabídkového rozpočtu žalobce v elektronické podobě.
18. Jde-li pak o samotný cenový vzorec, jehož vyhodnocení se v posuzované věci stalo klíčovým důkazem, pak ten vyjadřuje matematickou souvislost mezi cenami jednotlivých (šestnácti z celkových sedmnácti) položek rozpočtu na předmětnou veřejnou zakázku. Jedním z požadavků na zpracování nabídek bylo předložení vyplněného výkazu výměr (položkového rozpočtu), který byl přiložen k zadávací dokumentaci (str. 8 zadávací dokumentace). Nabídkový rozpočet obsahoval sedmnáct položek. Ze žalovaným zpracované tabulky, která prochází správním spisem, je zjevné, že u šestnácti ze sedmnácti položek nabídkového rozpočtu je mezi nabídkami žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2. korelace. Částky u jednotlivých položek (vyjma položky č. 10 - Odstranění bláta a hlinitého nánosů) uvedené v nabídce žalobce jsou ve srovnání s nabídkou osoby zúčastněné na řízení 2. vždy poníženy koeficientem 0,99.
19. Žalobce namítá, že žalovanému předestřel jiná rozumná vysvětlení shora uvedených skutkových zjištění – společný základ nabídek mohl vzniknout buď proto, že oba dodavatelé měli společného poddodavatele a do položkového rozpočtu uváděli ceny tohoto poddodavatele, nebo proto, že oba dodavatelé při „naceňování“ jednotlivých položek vycházeli z ceníků ÚRS a RTS, které si upravili každý určitým koeficientem, anebo proto, že osoba zúčastněná na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. koordinovaly svůj postup bez vědomí žalobce.
20. Zdejší soud souhlasí se žalobcem potud, že za (nepřímý) důkaz protisoutěžní koordinace lze považovat takové chování soutěžitelů, jehož důvod (příčinu) nelze vysvětlit jiným způsobem, v dané situaci racionálním, než vzájemným ovlivněním několika soutěžitelů, které jejich chování předcházelo, přičemž pro akceptaci tohoto důkazu je nezbytné vyvrátit veškeré racionální pochybnosti o tom, zda ke společnému postupu soutěžitelů došlo následkem jejich přímého či zprostředkovaného kontaktu, veškeré racionální pochybnosti o tom, zda sledované jednání není náhodné, a veškeré racionální pochybnosti o tom, zda sledované jednání není pouhým logickým důsledkem ekonomických podmínek na trhu (obdobně např. zdejší soud již v rozsudku č.j. 62 Ca 16/2009-375 ze dne 21.10.2010, Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 5 Afs 7/2011-619 ze dne

29.3.2012 bez ohledu na výsledek tamního řízení). Na rozdíl od žalobce však zdejší soud pokládá žalobcem předestřené varianty jiného rozumného vysvětlení za žalovaným vyvrácené.

21. Z odpovědi RTS, a.s. ze dne 3.6.2016 k výzvě žalovaného plyne, že položky v rozpočtu k veřejné zakázce v nyní posuzované věci neodpovídaly cenové soustavě RTS. Ve vztahu k cenové soustavě ÚRS je sice z tabulky přiložené ke sdělení ÚRS PRAHA, a.s. ze dne 30.6.2016 patrné, že čtrnáct ze sedmnácti rozpočtových položek je zahrnuto do této cenové soustavy, avšak mezi těmito položkami a cenami předloženými dodavatelí nebyl zjištěn cenový vzorec. Je tedy zjevné, že existence cenového vzorce nebyla (nemohla být) dána užitím cenových soustav RTS či ÚRS.
22. Podle vyjádření SWIETELSKY stavební s.r.o. ze dne 29.6.2015 se na přípravě nabídky nepodílel jiný subjekt, byť je pravdou, že SWIETELSKY stavební s.r.o. toto sdělení relativizovala: „...k výše uvedenému je třeba poznamenat, že společnost Swietelsky nijak speciálně neviduje informace o tom, jakým konkrétním způsobem bylo s případně poskytnutými dílčími cenovými nabídkami (tj. dílčími cenovými nabídkami poskytnutými třetími subjekty) dále naloženo...“. Podle sdělení osoby zúčastněné na řízení 2. ze dne 12.5.2015 jsou poddodavatelé vybíráni teprve následně, uspěje-li osoba zúčastněná na řízení 2. se svojí nabídkou a je-li poddodavatele zapotřebí. Ani žalobce vyjma obecného tvrzení neoznačil konkrétního poddodavatele, který by případně měl plnění v rámci veřejné zakázky pro žalobce realizovat. Nic tedy nenasvědčuje tomu, že shoda v nabídkách byla dána existencí (hypotetického) poddodavatele. Aby vůbec mohly být dány rozumné pochybnosti pramenící z využití téhož poddodavatele, museli by žalobce a osoba zúčastněná na řízení 2. mít v úmyslu totožného poddodavatele oslovit a pak jej také využít, a to v rozsahu podstatné části (téměř celé) veřejné zakázky. Žádného konkrétního poddodavatele žalobce neuvádí a nadto je nepravděpodobné, aby takový poddodavatel (existoval-li by) se podílel na plnění v témže (navíc v takto značném) rozsahu. Bylo-li by (žalobcem jen hypoteticky zmiňovaným) úmyslem žalobce „jen“ využití volných zdrojů v dané oblasti a měl-li být zbytek (ve skutečnosti podstatná část) plnění realizován pomocí poddodavatele, pak se – bez jakkoli konkrétní žalobcovy argumentace v tomto směru – jeví jako nepravděpodobné, aby tyto volné zdroje odpovídaly též volným zdrojům osoby zúčastněné na řízení, nadto by to neodpovídalo sdělení osoby zúčastněné na řízení 2. ohledně její praxe při tvorbě cenových nabídek. Samotná metadata teorii společného poddodavatele rovněž činí nevěrohodnou; nejvýše by snad mohlo jít o situaci, kdy by jeden dodavatel měl být současně poddodavatelem druhého dodavatele (a oba by nabídku podali), to však, jak plyne ze správního spisu, vylučovaly zadávací podmínky a kromě toho by takový postup nebyl možný s ohledem na § 69 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Bez ohledu na to, že žalobce žádného konkrétního poddodavatele neuvádí, je nevěrohodný jeho argument, že takový (hypotetický) poddodavatel by se seznámil s nabídkou osoby zúčastněné na řízení 2., tu by pak podle přesného cenového vzorce upravil a následně ji „předal“ žalobci, aby ten ji sám podal; to by předpokládalo, že osoba zúčastněná na řízení 2. svojí nabídku poskytla poddodavatelí, přestože to podle ní neodpovídá její praxi (ona při přípravě nabídek poddodavatele předem nevyužívá a smlouvy s nimi uzavírá eventuálně až po získání zakázky), a takový poddodavatel by shodou žalobcem nikterak nevyjasňovaných okolností (náhodou) oslovil právě žalobce, nadto z informací o souboru „DRUNČE-AVE.XLS“ (metadata) v nabídce žalobce plyne, že byl vytvořen dne 7.5.2009, 12:04, a následně změněn a uložen téhož dne v 16:55, tedy všechny tyto děje, včetně samotného „náhodného“ oslovení žalobce poddodavatelem, by se zřejmě musely odehrát během tohoto časového rozmezí. To představuje legendu velmi nevěrohodnou. Případné vzájemné koordinaci postupu mezi osobou zúčastněnou na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. „bez vědomí žalobce“ pak nic nenasvědčuje.
23. Za tohoto stavu – vzhledem k podrobnému matematickému základu argumentace žalovaného v souvislosti s nabídkovým rozpočtem žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2. a s poukazem na metadata v nabídce žalobce zjevně odkazující na SWIETELSKY stavební s.r.o., což žalobce

nedokázal věcně zpochybnit žádnou věrohodnou legendou o objektivních příčinách korelace a uvedených údajů v rámci metadat – nejsou skutková zjištění žalovaného nedostatečná.

24. Z týchž důvodů není vůbec namístě ani argumentace žalobce ohledně porušení zásady in dubio pro reo; žádné objektivní pochybnosti totiž ve skutkových poměrech nyní posuzované věci dány nebyly.
25. Je pravdou, že žalovaný v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí (především bod 97.) argumentuje také „přiznáním“ SWIETELSKY stavební s.r.o. v souvislosti s institutem narovnání dle § 22ba odst. 2 ZOHS, tu je však třeba přihlídnout k tomu, že toto „přiznání“ vůbec nebylo klíčovým důkazem; těmi byly údaje v metadatech elektronického rozpočtu směřující k SWIETELSKY stavební s.r.o., ačkoli soubor s nabídkovým rozpočtem předložil žalobce, a korelace mezi jednotlivými položkami v nabídkách žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2. Odkaz na proceduru narovnání se SWIETELSKY stavební s.r.o. to jen nepřímou podporuje.
26. Z uvedených důvodů tedy závěr žalovaného o porušení § 3 odst. 1 ZOHS (co do hodnocení skutkových zjištění velmi podrobně odůvodněný) ob stojí. V tomto kontextu lze jen odkázat na skutkovým poměrům nyní posuzované věci přílehlavé pojednání předsedy žalovaného o problematice odhalování kartelových dohod a důkazním standardu v bodech 57. a 58. napadeného rozhodnutí. Z ničeho neplyne, že by napadené rozhodnutí bylo vedeno „jen“ snahou „za každou cenu žalobce potrestat“, jak žalobce tvrdí.
27. Vycházel-li předseda žalovaného z týchž skutkových podkladů jako žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí a převzal-li pro jeho správnost i veškeré právní posouzení obsažené v prvostupňovém rozhodnutí, pak ani v rychlosti vydání napadeného rozhodnutí po projednání věci v rozkladové komisi předsedy žalovaného nelze shledávat nic podezřelého, co by jeho zákonnost mohlo atakovat. Je pravdou, že podle obsahu správního spisu byl návrh rozkladové komise elektronicky podepsán jejím předsedou dne 6.12.2019 v 10:40 a napadené rozhodnutí bylo předsedou žalovaného elektronicky podepsáno téhož dne v 11:33, to však může vypovídat nejvýše o tom, že rozkladová komise či předseda žalovaného s vědomím, že pro posouzení věci je nezbytná hluboká znalost posuzované věci včetně skutkových detailů, pracují s připravenými pracovními variantami rozhodnutí o rozkladu, což není postupem v principu nikterak nezákonným.
28. Podle žalobce je napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí nezákonné také z důvodu nepřiměřenosti uložené pokuty. Žalovaný přípisem ze dne 13.6.2019, č.j. ÚOHS-S0070/2019/KD-16657/2019/851/MŠU, vyzval žalobce k předložení podkladů o celkovém čistém obratu žalobce a čistém obratu soutěžitele, jehož byl žalobce součástí, spolu se žádostí o zaslání účetní závěrky žalobce. Požadované doklady poskytl žalobce podáním ze dne 24.6.2019. Je tedy zřejmé, že ve vztahu k ekonomickým ukazatelům žalobce vycházel žalovaný z jemu poskytnutých údajů. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí nejprve vymezil obecná východiska pro ukládání pokut a následně konkrétně odůvodnil výši pokuty u žalobce a osoby zúčastněné na řízení 2. a SWIETELSKY stavební s.r.o. Zatímco v případě SWIETELSKY stavební s.r.o. žalovaný mimo jiné zohlednil další správní řízení a pokutu proto oproti základní částce vycházející z obecných východisek snížil o 90 %, pokuta uložená žalobci byla ve srovnání se základní částkou navýšena (0,5 %), což bylo odůvodněno potřebou pokutu dostatečně citelnou. Také v případě osoby zúčastněné na řízení 2. žalovaný výši pokuty korigoval s ohledem na další správní řízení jím vedená. Z ničeho tedy neplyne, že by žalovaný za týchž skutkových poměrů potrestal žalobce v principu jinak než zbylé účastníky správního řízení, ani že by výše uložené pokuty byla vůči žalobci nespravedlivá, ani že by ve srovnání s pokutami uloženými zbylým účastníkům správního řízení či obecně jevila znaky nepřiměřenosti. Žalovaný i předseda žalovaného svůj postup řádně odůvodnili, přitom jasně a srozumitelně intimované důvody se zdejšímu soudu jeví jako rozumné a přílehlavé, a to i bez bližšího odůvodnění pokuty ve vztahu k tržnímu podílu žalobce na relevantním trhu.

29. Zdejší soud nesdílí ani názor žalobce, podle kterého měl žalovaný zohlednit, že žalobcova nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější. Jestliže protiprávnost jednání žalobce měla spočívat právě v tom, že s dalšími soutěžiteli koordinoval svůj postup při podávání nabídek, a tím i fakticky v určení pořadí nabídek soutěžitelů jednajících ve vzájemné shodě, pak je zřejmé, že výsledné pořadí dodavatelů podávajících nabídky je ve vztahu k úvahám o výši pokuty bezvýznamné; rozhodně nemělo jít v posuzované věci o okolnost polehčující.
30. Namítá-li žalobce, že v jeho struktuře včetně personálních aspektů došlo ke změnám, které by měly do budoucna výrazně snížit riziko zakázaného jednání podle ZOHS, pak bylo-li tomu tak, je to jen dobře, aniž by to však mělo představovat v kontextu žalobní argumentace vedené v tom směru, že žalobce v nyní posuzované věci ZOHS vůbec neporušil, okolnost polehčující.
31. Zdejší soud ve vztahu k uložené pokutě souhlasí také s úvahami žalovaného o vlivu plynutí času od spáchání přestupku do vydání napadeného rozhodnutí. Je zřejmé, že délka trvání správního řízení byla ovlivněna složitostí a rozsahem posuzované věci a také předchozím soudním přezkumem dřívějšího rozhodování žalovaného v této věci.
32. Žalobce dále namítá, že jeho odpovědnost za přestupek již (před vydáním napadeného rozhodnutí) zanikla. Přestupek byl dokonán dnem podání nabídek obci Drunče (11.5.2009). Podle § 22 odst. 5 zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném ke dni spáchání přestupku lze uložit pokutu nejpozději do 3 let ode dne, kdy se o porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem žalovaný dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo. Podle § 41 s.ř.s. zároveň platí, že z důvodu řízení před správními soudy tyto lhůty neběžely v období od 15.9.2016 do 2.2.2019. Z rozhodování ve věci sp. zn. 62 Af 92/2016 je zdejšímu soudu známo, že na místních šetřeních dne 28.5.2014 žalovaný zajistil e-mailovou komunikaci indikující podezření na možné spáchání přestupku. Právě v reakci na zjištění učiněná v průběhu (nezákonného) místního šetření žalovaný žádostí ze dne 16.6.2014, č.j. ÚOHS-S426/2012/KD-12240/2014/850/LŠt a žádostí ze dne 29.7.2014, č.j. ÚOHS-S426/2012/KD-15938/2014/850/LŠt, vyzval obec Drunče dle § 21e ZOHS, aby poskytla informace a podklady k veřejné zakázce. Z úředního záznamu žurnalizovaného na č.l. 31 elektronického obsahu spisu je patrné, že žalovaný převzal požadované podklady od obce Drunče dne 19.8.2014. Z dříve zajištěné e-mailové komunikace v rámci místních šetření mohla být patrná (plánovaná/hypotetická) forma „nějaké“ součinnosti či koordinace, toto zjištění přitom žalovaný učinil v podstatě „náhodou“ při prověřování jiného skutku (jenž měl podle jeho názoru místní šetření odůvodňovat); o existenci takové možné koordinace neměl žalovaný do té doby ani rámcovou představu. Bez zasazení tohoto zjištění do širšího kontextu zjištění stran charakteru veřejné zakázky a zadávacího postupu, jenž se jí týkal, včetně účasti žalobce v něm a jím podané nabídky, nešlo o vstupní zjištění takového významu, jenž by počátek běhu subjektivní prekluzivní lhůty pro uložení pokuty mohl založit; o tom, že žalobce § 3 odst. 1 ZOHS porušil (mohl porušit), se z e-mailové komunikace žalovaný ještě dozvědět nemohl. Žalovaný si teprve poté opatroval dokumentaci o veřejné zakázce a teprve po jejím získání mohl nabýt důvodného podezření o reálném zapojení žalobce do koordinace. Počátek běhu prekluzivní lhůty k potrestání žalobce se tak odvíjel nejdříve od předání podkladů obcí Drunče, tj. ode dne 19.8.2014, a tedy k zániku odpovědnosti žalobce za přestupek (se zohledněním jejího stavění podle § 41 s.ř.s. v době řízení před zdejším soudem ve věci sp. zn. 62 Af 92/2016 a před Nejvyšším správním soudem ve věci sp. zn. 1 As 80/2018 od 15.9.2016 do 2.2.2019; to není mezi žalobcem a žalovaným sporné) plynutím času před vydáním napadeného rozhodnutí nedošlo.
33. Zdejší soud tak uzavírá, že sdílí bez výhrad pohled žalovaného. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný

skutkový stav. Zdejší soud tak neshledal žalobní argumentaci důvodnou a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil ani žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

34. Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 5 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, ten však náhradu žádných nákladů řízení nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává. Osobám zúčastněným na řízení nevznikly náklady související s povinností uloženou zdejším soudem, k náhradě jiných nákladů zdejší soud neshledal žádný důvod, a proto osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 17. března 2022

David Raus v.r.
předseda senátu