



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:

a) ESOX, spol. s r.o.

sídlem Libušina tř. 826/23, Brno
zastoupený JUDr. Oktaviánem Kociánem, advokátem
sídlem Příkop 6, Brno

b) Stavební společnost NAVRÁTIL, s.r.o.

sídlem Vápenice 2970/17, Prostějov
zastoupený JUDr. Jaromírem Josefem, advokátem
sídlem Velkomoravská 378/1, Hodonín

c) EUROGEMA CZ, a.s.

sídlem Blanická 917/19, Olomouc
zastoupený JUDr. Petrem Ritterem, advokátem
sídlem Riegrova 12, Olomouc

d) Prostějovská stavební společnost – PROSTAS, s.r.o.

sídlem Ječmínkova 1981/11, Prostějov
zastoupený JUDr. Pavlem Štěpánkem, advokátem
sídlem Havlíčkova 2959/7, Prostějov

e) INSTA CZ s.r.o.

sídlem Jeremenkova 1142/42, Olomouc
zastoupený JUDr. Danou Cetkovskou, advokátkou
sídlem Komenského 23, Prostějov

f) REALINVEST s.r.o.

sídlem Kostelecká 263/16, Prostějov
zastoupený Mgr. et Bc. Lucií Janovskou Nejedlou, DiS.
sídlem Edmunda Husserla 1379/16a, Prostějov

g) POZEMSTAV Prostějov, a.s.

sídlem Pod Kosířem 329/73, Prostějov
zastoupený Mgr. Matyášem Kuželou, advokátem
sídlem Truhlářská 1104/13, Praha

proti

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

za účasti:

SYNER Morava, a.s.

sídlem Ve Slatinách 1, Liberec XVI-Nový Harcov, Liberec
zastoupená Mgr. Václavem Čechtickým, advokátem
sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, Liberec

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.3.2019, č.j. ÚOHS-R192,199,200,201,202,203,213/2018/HS-06991/2019/310/AŠi,

takto:

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

Odůvodnění:I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobci se domáhají zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.3.2019, č.j. ÚOHS-R192,199,200,201,202,203,213/2018/HS-06991/2019/310/AŠi, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.11.2018, č.j. ÚOHS-S0008/2017/KD-33378/2018/851/EDI, a zamítnuty rozklady žalobců. Podle žalovaného žalobci koordinovali účast a nabídky do několika zadávacích řízení, čímž ovlivnili výsledek zadávacích řízení, narušili hospodářskou soutěž, a tím porušili zákaz podle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „ZOHS“), a dopustili se tak správního deliktu. Žalovaný plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě podle § 7 odst. 1 ZOHS do budoucna zakázal a uložil pokuty (v rozpětí od 101 000 Kč do 13 354 000 Kč).

II. Shrnutí procesního postojů žalobců

2. Podle žalobce a) se žalovaný nedostatečně vypořádal s námitkami uplatněnými v průběhu správního řízení. Žalovaný se opírá pouze o nepřímé důkazy. Žalovaný neprokázal společný postup soutěžitelů při cenové dohodě. Originální vlastnosti elektronických dokumentů, na které odkazuje žalovaný, nebylo možné ověřit, neboť nebyly založeny do správního spisu, a to zejména v situaci, kdy žalovaný vycházel z anonymních oznámení. K zásahu do obsahu dokumentů tak podle žalobce a) mohlo dojít. Žalovaný nevypořádal námitku žalobce a) o tom, že jím předložená

nabídka obsahovala rozpočet upravený na subdodávky podle obchodních zvyklostí žalobce a) a ve vlastnostech dokumentu nebyl jako autor uveden pracovník žalobce b). Vysoutěžená nabídková cena byla přibližně o 2 000 000 Kč nižší, než byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky. V posuzované věci šlo o otevřené zadávací řízení a údajná dohoda uchazečů nebránila podání výhodnější nabídky. Podle žalobce a) tak údajná dohoda nemohla vést k narušení hospodářské soutěže v rozsahu přesahujícím kritéria de minimis. Uložená pokuta je podle žalobce a) nepřiměřená. Celkově byla na pokutách uložena dvojnásobně vysoká částka, než jaké dosahovala vysoutěžená cena veřejné zakázky. Součet hospodářských výsledků žalobce a) za období let 2013 až 2018 byl 6 999 906 Kč, v současnosti disponuje žalobce a) částkou ve výši přibližně 4 000 000 Kč a je tak zřejmé, že pokuta byla uložena v nepřiměřené výši.

3. Žalobce b) spatřuje nezákonnost napadeného rozhodnutí v tom, že žalovaný nepřihlédl k označeným důkazům a ty ani neprovedl; řízení je stíženo vadou, která má za následek nesprávné rozhodnutí ve věci. Žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav a napadené i jemu předcházející rozhodnutí spočívá v nesprávném právním posouzení věci. Závěry žalovaného o podobnosti nabídek nejsou podloženy důkazy a jsou pouhými domněnkami. Podobnost nabídek mohla být způsobena tím, že uchazeči vycházeli ze specifických ceníků RTS a ÚRS. Určitá shoda nabídek mohla pramenit také z toho, že jednotliví uchazeči poptávali plnění u stejných subdodavatelů. Žalovaný pochybil tím, že údaje podle vzorových ceníků neověřoval. Žalobce b) dále namítá, že CD předložené městem Prostějov se mohlo odlišovat svým obsahem od CD, které žalobce b) přiložil ke svým nabídkám. V zadávacích podmínkách nebyl stanoven font písma, v jakém má být nabídka zpracována, a údajná shoda formátování u veřejné zakázky Zámek je pouhou spekulací žalovaného. Z poznámek jednatele žalobce b) nelze dovozovat kontakt s dalšími žalobci za účelem společného postupu. Jestliže by policejní orgán dospěl k závěru o promlčení věci, vydal by usnesení dle § 159a odst. 2 zákona č. 141/1961 Sb., trestního řádu (dále jen „trestní řád“), pro nepřipustnost trestního stíhání dle § 11 trestního řádu a nikoli dle § 159a odst. 1 trestního řádu. Výše uložené pokuty (4 636 000 Kč) je pro žalobce b) likvidační, neboť banka, od které čerpá žalobce b) úvěr, by patrně přistoupila k zesplatnění úvěru. Žalovaný jednání žalobců ve vzájemné shodě neprokázal; o úmyslné formě jednání neexistuje podle žalobce b) žádný přímý důkaz.
4. Žalobce c) zpochybňuje zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť předseda žalovaného nevypořádal námítky uplatněné žalobcem c) v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí. Předseda žalovaného pochybil také tím, že nevypořádal námítky dalších žalobců, které byly uplatněny v dalších rozkladech proti prvostupňovému rozhodnutí. Závěr žalovaného, že podobnost nabídek je zdůvodnitelná pouze vzájemnou kooperací mezi žalobci, nemůže obstát. Žalovaný nezkoumal, zda „jistá podobnost“ v nabídkách jednotlivých uchazečů nepramení z užití totožných vzorových ceníků. Žalobce c) dále namítá, že uchazeči nebyli podle tehdy účinné právní úpravy povinni v nabídce uvést, zda část plnění poskytnou prostřednictvím subdodavatelů, a tedy mohla nastat situace, kdy jednotliví uchazeči poptávali cenové nabídky u stejného subdodavatele, přestože tato okolnost z podaných nabídek není zřejmá. To, že vzájemnou koordinaci uchazečů má prokazovat podání nabídek v jeden den, je podle žalobce c) absurdní. Žalovaný měl provést důkazy navrhované dalšími žalobci; postupem žalovaného byla porušena zásada vyšetřovací a zásada materiální pravdy. Žalovaný i jeho předseda nedostatečně zjistili skutkový stav. Nadto napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí nemá oporu ani ve zjištěném skutkovém stavu. Žalovaný nezjistil skutečnosti svědčící ve prospěch žalobce, přestože tak měl podle § 50 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „správní řád“), činit. Z napadeného rozhodnutí podle žalobce c) nevyplývá, zda se žalovaný či jeho předseda zabývali existencí potenciálních důvodů, které by mohly vysvětlit podobnosti v nabídkách jednotlivých uchazečů. Žalovaný neměl k dispozici originály elektronických dokumentů, a je tak možné, že došlo k editaci jednotlivých souborů. Podle žalobce c) žalovaný v jeho oznámení o dohodách de minimis vymezil dohody, které považuje za dohody obsahující

„tvrdá omezení“ a které jsou proto z blokové výjimky vyňaty; v tomto vymezení dohody typu bid-rigging nebyly uvedeny. Na jednání účastníků tak dopadal základní princip dohod de minimis, neboť § 6 ZOHS byl zákonem č. 155/2009 Sb. zrušen. Obdobně v oznámení Komise 2001/C 368/7 nebyly bid-riggingové dohody uvedeny; ty byly uvedeny až v oznámení z roku 2014, které nelze uplatňovat retroaktivně. V případě veřejné zakázky EÚO ZŠ Valenty, Prostějov tak nebyla dohoda typu bid-rigging vyňata z principu de minimis. Zadávací řízení na veřejnou zakázku Rekonstrukce Sportcentrum, dům dětí a mládeže, Olympijská 4, Prostějov proběhlo ještě před zrušením § 6 ZOHS. V § 6 odst. 2 ZOHS nebyl uveden zákaz bid-riggingových dohod. Podíl žalobce c) na relevantním trhu byl pouze 0,2 %, podíl ostatních uchazečů nebyl o mnoho vyšší, a nemohlo tak dojít k ovlivnění hospodářské soutěže.

5. Žalobce d) namítá, že žalovaný nepřihlédl ke tvrzeným skutečnostem a navrhovaným důkazům. Dále žalobce d) namítá, že žalovaný neúplně zjistil skutkový stav věci tím, že neprovedl navržené důkazy, a na základě provedených důkazů dospěl k nesprávným skutkovým zjištěním. Napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí spočívají na nesprávném právním posouzení věci. Z ručně psaných poznámek jednatele žalobce b) neplyne kontakt se soutěžitelem Mechanika Prostějov, výrobní družstvo a žalobcem d). Žalovaný se nezabýval tím, zda podobnost nabídek jednotlivých uchazečů nevychází z použití totožných vzorových ceníků RTS a ÚRS či z poptávání nabídek u totožných subdodavatelů. Žalovaný měl pochybit také tím, že si nevyžádal RTS a ÚRS ceníky. Žalobce d) zpochybňuje autentičnost CD s elektronickými dokumenty. Porovnání formátování podkladů na CD týkajících se veřejné zakázky Zámek je založeno pouze na spekulacích žalovaného. Žalobce d) uvádí, že úpravu položkového rozpočtu pro něj externě prováděl Ing. Václav Bakala, a to mimo jiné na základě nabídky Mechanika Prostějov, výrobní družstvo. Žalobce d) jako subdodavatele oslovil Mechaniku Prostějov, výrobní družstvo, aniž věděl, že se tento subdodavatel také účastní veřejné zakázky Lázně. Tím lze vysvětlit podobnost jednotlivých cen. S tímto subdodavatelem spolupracoval žalobce d) také v předcházejících letech. Jestliže policejní orgán trestní věc odložil podle § 159a odst. 1 trestního řádu, nebylo to z důvodu promlčení věci, neboť pak by policejní orgán postupoval podle § 159a odst. 2 trestního řádu. Dále žalobce d) namítá, že v rámci subdodávek jsou občasné kontakty mezi soutěžiteli zcela běžné. Nadto výše uložené pokuty je pro žalobce d) likvidační. Žalovaný neprokázal jednání účastníků ve vzájemné shodě a svými dedukcemi pouze vyjádřil svůj subjektivní názor; o úmyslné formě jednání neposkytl žalovaný přímý důkaz. Pokud jde pak o podobnost jeho žaloby se žalobou žalobce b), ta pramení pouze z toho, že žalobce d) zpočátku nebyl zastoupen advokátem, a proto využil obsahu žalob ostatních žalobců. Závěr žalovaného o trvajících spolupráci mezi žalobci b) a d) i po vydání napadeného rozhodnutí je tak mylný.
6. Také podle žalobce e) žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav ve vztahu k pravosti elektronických podkladů, což je patrné také podle závěrů znalce Ing. Marka Fialy. Dále žalobce e) namítá nepřiměřenost uložené pokuty. V podání ze dne 3.10.2019, po podání žaloby, žalobce e) předložil zdejšímu soudu znalecký posudek č. 39402419 ze dne 25.9.2019, kterým byla posuzována pravost podkladů na CD.
7. Žalovaný postupoval v rozporu se zásadou materiální pravdy a nedostatečně zjistil skutkový stav také podle žalobce f). Napadené rozhodnutí je podle žalobce f) chybné, nezákonné a nepřezkoumatelné. Žalovaný zajišťoval pouze důkazy v neprospěch žalobce f) a postupoval v rozporu se zásadou vyhledávací. Zjištění žalovaného jsou pouhými spekulacemi bez opory v důkazech. Podle žalobce f) nebyla prokázána ani subjektivní stránka jednání, které je mu kladeno za vinu. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není patrné, na základě čeho dospěl žalovaný k závěru o spáchání správního deliktu žalobcem f). Žalovaný žalobci f) připisuje jednání jiných soutěžitelů, ve vztahu k žalobci f) nic nezjistil. Kromě nezákonnosti a nepřezkoumatelnosti vykazuje napadené rozhodnutí také znaky nicotnosti. Žalobce f) při cenotvorbě u hlavní stavební výroby vycházel z ceníků ÚRS a RTS, případně z vnitřních ceníků žalobce. Přidruženou stavební výrobu (řemesla) zajišťoval žalobce f) prostřednictvím subdodavatelů. Některé subdodávky byly

specifické natolik, že je mohl poskytnout pouze omezený okruh subdodavatelů, a mohla tím vzniknout podobnost s nabídkami jiných soutěžitelů. Žalobci f) nebylo známo, jaké další soutěžitele město Prostějov vyzvalo k podání nabídky; nabídku podal žalobce f) poslední den lhůty pro podání nabídek z důvodu časové tísně. Žalovaný neprokázal existenci kontaktů mezi žalobcem f) a ostatními soutěžiteli, které viní z uzavření kartelové dohody, a to ani na základě shodného či nápadně podobného jednání. Závěr žalovaného o úmyslném jednání žalobce f) je pouhou domněnkou.

8. Žalobce g) vytýká žalovanému ve vztahu k prvostupňovému rozhodnutí nedostatečné zjištění skutkového stavu a porušení zásady vyšetřovací a zásady materiální pravdy. Žalovaný nedostatečně zjištěný skutkový stav nahradil svými spekulacemi a upřednostňoval důkazy svědčící v neprospěch žalobce g). Žalovaný vycházel pouze z nepřímých důkazů, které nemohou obstát. Přestože žalobce navrhoval provedení důkazů, které měly svědčit ve prospěch žalobce g), žalovaný tyto návrhy nevyslyšel. Žalovaný nedostatečně ověřil, zda se subdodavatelé podíleli na vypracování nabídkových rozpočtů; faktický podíl subdodavatelů na plnění veřejné zakázky nelze ztotožnit s podílem subdodavatelů na vypracování rozpočtů. Na vypracování nabídkového rozpočtu se zpravidla podílí subjekt odlišný od subdodavatele, který realizuje část plnění v rámci veřejné zakázky; nelze proto vyloučit, že se soutěžitelé obrátili na totožný subjekt za účelem zpracování části nabídkového rozpočtu. Žalobce g) i žalobce b) měli shodného subdodavatele u veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty. Poměry mezi položkami jednotlivých nabídek navíc nejsou shodné; závěr žalovaného o existenci cenového vzorce je tak pouhou domněnkou. Žalovaný nezkoumal, zda podobnost nabídkových rozpočtů nebyla způsobena použitím vzorových ceníků nebo ustálením situace na relevantním trhu. Vyjma zakázky „základní škola“ nebyl rozsah plnění prostřednictvím subdodavatelů omezen. Žalovaný pochybil také tím, že neověřil správnost vyplnění slepých rozpočtů (od RTS a ÚRS), přestože slepé rozpočty byly nejvýznamnějším – či spíše jediným – důkazem. Žalovaný si nevyžádal ani vzorové ceníky. Žalovaný přesunul provedení důkazu na soukromé subjekty – RTS a ÚRS. Byl to žalovaný, kdo měl dostatečně zjistit skutkový stav. Možnosti žalovaného k předložení důkazů svědčících v jeho prospěch byly omezeny také plynutím času, neboť od podání nabídek již uplynulo několik let. Žalovaný měl pochybit také tím, že neprokázal pravost a důvěryhodnost souborů na CD. Elektronické dokumenty či CD mohly být upraveny či vyměněny. Z poznámek jednatele žalobce g) nelze prokázat kontakt mezi žalobci b) a g) u veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty. Nebyl zjištěn jediný přímý důkaz, a to ani v rámci provedených neohlášených místních šetření; indicie shromážděné žalovaným jsou sporné a nejednoznačné. Podle žalobce g) je pravděpodobné, že autor anonymních podnětů byl motivován zhoršením postavení žalobce g) na trhu. Z analýzy žalovaného plyne, že v rámci veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty pouze 20 % položek nebylo ve vzorových cenících; těchto 20 % položek se mohlo nacházet ve specifických cenících ÚRS a RTS. Obdobně u veřejné zakázky Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor pouze 10 % nebylo ve vzorových cenících. K údajnému kontaktu mezi uchazeči mělo dojít již dne 2.3.2009, přestože veřejná zakázka Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor byla ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněna teprve dne 4.3.2009. Žalobce g) dále namítá, že u elektronického dokumentu v rámci zakázky EÚO ZŠ E.Valenty byl uveden údaj „Your user name“; podle tohoto údaje nelze identifikovat autory dokumentu, navíc „Your user name“ je běžně užívané (často defaultní) označení. Údaj o jménu a e-mailu dalšího soutěžitele (žalobce b/) v elektronickém dokumentu žalobce g) neprokazuje spolupráci mezi soutěžiteli. Argument žalovaného, že žalobci a) a c) si zadávací dokumentaci nevyzvedli, nemá ve vztahu k žalobci g) žádnou vypovídací hodnotu. Kontakt mezi žalobcem b), d) a SYNER Morava, a.s. v rámci veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty nemá ve vztahu k žalobci g) také žádnou relevanci. Také u veřejné zakázky Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor žalobce g) namítá, že údaj „Your user name“ v elektronickém dokumentu je běžně využíván a není patrné, co z této skutečnosti žalovaný vyvodil. Informace o ELMAR group spol. s r.o. u rozpočtu měření a regulace potvrzuje argumentaci žalobce g) a také to, že uchazeči o veřejnou zakázku

využívali při přípravě nabídek totožného subdodavatele. Právě volba stejného subdodavatele může vysvětlovat shodu údajů „naposledy vytištěno“ a „naposledy upraveno“, neboť rozpočty ústředního vytápění, měření a regulace a vzduchotechniky obvykle zajišťuje subdodavatel. Poznámky jednatele žalobce b), ze kterých žalovaný dovozuje údajnou spolupráci se žalobcem g), získal žalovaný při nezákonném místním šetření. Vymezení právního důvodu místního šetření bylo široké a zcela nekonkrétní; v oznámení o zahájení místního šetření zcela chyběly konkrétní skutečnosti nebo důkazy, na nichž žalovaný založil svoji domněnku o protisoutěžním jednání žalobce g). Místní šetření proto bylo rybářskou výpravou a důkazy z něho vzešlé (poznámky jednatele žalobce b/) nejsou procesně použitelnými. Žalovaný neprokázal kontakt ani s ostatními uchazeči o veřejnou zakázku Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor, přestože prokázání takového kontaktu je podmínkou sine qua non pro závěr o uzavření protisoutěžní dohody dle § 3 odst. 1 ZOHS. Také u veřejné zakázky Rekonstrukce Sportcentrum nebylo pouze necelých 10 % položek z 1 168 položek nabídkového rozpočtu ve vzorových cenících a u těchto 10 % mohla podobnost vzniknout využitím stejného subdodavatele. Shoda u těchto položek mohla být způsobena také tím, že se nacházely ve specifických cenících ÚRS a RTS. Také shoda některých vlastností u elektronických rozpočtů „Měření regulace“, „Elektrická požární signalizace“ a „ZTI+ÚT+plyn“ byla podle žalobce způsobena tím, že tyto položky zpracovával pro více soutěžitelů totožný subdodavatel. To, že jiní soutěžitelé, kteří si nevyzvedli zadávací dokumentaci k veřejné zakázce Rekonstrukce Sportcentrum, přesto podali nabídky, nelze přičítat k tíži žalobce g) a nelze z toho vyvozovat kontakt s ostatními uchazeči. Žalovaný nerespektoval presumpci nevinny a princip in dubio pro reo. Prvostupňové rozhodnutí bylo pro žalobce g) překvapivé, neboť Policie České republiky již dříve po šetření možného spáchání přečinu porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže nezjistila skutečnosti důvodně nasvědčující spáchání trestného činu. Poukazuje-li žalovaný na podobnost žalobní argumentace jednotlivých žalobců, pak jde podle žalobce g), jak doplnil v replice k vyjádření žalovaného, o projev důkazní nouze žalovaného.

9. Napadenému rozhodnutí pak žalobce g) vytýká, že neobsahuje vypořádání všech námitek, které byly žalobcem g) uplatněny. Není pravdou, že by z prvostupňového rozhodnutí vyplývalo, že žalovaný dospěl k závěru, že účastníky řízení navrhované důkazy nemohly ověřit či vyvrátit tvrzené skutečnosti; žalovaný důkazní návrhy zcela ignoroval bez řádného zdůvodnění a předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí toto pochybení nenapravit. Předseda žalovaného nadto ani nezduvodnil, proč by měly být návrhy účelové či obecné. Žalobce g) i další žalobci zpochybnili pravost a důvěryhodnost CD získaných od zadavatele, a bylo tak na předsedovi žalovaného, aby tyto pochybnosti v napadeném rozhodnutí vyvrátil. Předseda žalovaného se v napadeném rozhodnutí zabýval nakládáním se spisem ze strany žalovaného, přestože žalobce g) a další účastníci řízení namítali manipulaci se spisem (dokumentací o veřejné zakázce) u zadavatele. Závěr předsedy žalovaného o důkazním řetězci, „...*který prokazuje protisoutěžní jednání žalobce a zcela vylučuje jiné rozumné vysvětlení podobnosti v nabídkách uchazečů...*“, je pouhým konstatováním, je nedostačující a nepřezkoumatelný. Předseda žalovaného pochybil také tím, že sám neověřil stavební ceníky RTS a ÚRS a ceníky specifické. Vyjma veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty nebyl podíl subdodavatelů omezen a uchazeči jednotlivé subdodavatele nemuseli v nabídkách uvést; účast totožného subdodavatele při tvorbě nabídkového rozpočtu tak nelze vyloučit úvahou, že subdodavatel nebyl v nabídkách jednotlivých uchazečů zmíněn. Žalobci g) není zřejmé, na základě čeho dospěl předseda žalovaného k závěru, že neobvyklá podobnost nabídek musela být důsledkem protisoutěžní dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS. Napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné také z důvodu chybějícího popisu hodnocení jednotlivých důkazů a závěrů, které byly na základě provedení konkrétního důkazu učiněny. Není pravdou (jak nesprávně uvedl předseda žalovaného), že Policie České republiky odložila věc z důvodu promlčení. Nepřezkoumatelná je úvaha žalovaného o výši pokuty. Jestliže žalovaný vycházel při stanovení výše pokuty z hodnot jednotlivých veřejných zakázek, pak není zřejmé, proč poměr mezi hodnotami nebyl dodržen i při navyšování pokuty. Navýšil-li žalovaný základní částku pokuty o

20 % za údajné úmyslné zavinění, bylo na žalovaném, aby prokázal, že žalobce g) správní delikt spáchal úmyslně. Žalobce g) dále namítá, že výše uložené pokuty (11 567 000 Kč) několikanásobně převyšuje jeho zisk v posledních letech, k čemuž žalovaný nepřihlédl. Ani nová analýza likvidačnosti nezkoumala reálné dopady, jak je patrné ze znaleckého posudku 3451-31/19 a z vyjádření znaleckého ústavu Kreston A&CE Consulting, s.r.o., které měl předseda žalovaného k dispozici. Tím, že předseda žalovaného provedl nové důkazy až v rámci řízení o rozkladu, také zbavil žalobce g) možnosti napadnout závěry plynoucí z nově provedených důkazů řádnými opravnými prostředky. V případě, že zdejší soud nepřisvědčí žalobním námitkám, žalobce g) navrhuje, aby bylo od pokuty upuštěno, případně aby byla snížena tak, aby její výše nepřesahovala 1 000 000 Kč.

10. Všichni žalobci setrvali na svých procesních postojích během celého řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

11. Žalovaný ve vztahu k žalobě žalobce a) především uvádí, že závěr o spáchání správního deliktu lze učinit výlučně na základě nepřímých důkazů, jestliže nashromážděné důkazy – jako tomu bylo v nyní posuzované věci – tvoří jednotný vnitřně nerozporný důkazní řetězec. Dále žalovaný zrekapituloval jednotlivé důkazy, které nashromáždil, a uvedl, že jednání ve vzájemné shodě je hůře prokazatelné. To, že se do zadávacího řízení mohl přihlásit uchazeč nejednající ve vzájemné shodě s ostatními, nemění nic na „trestnosti“ jednání žalobce a). Ve zbytku žalovaný argumentuje k žalobním námitkám žalobce a) věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí.
12. Ve vztahu k žalobě žalobce b) žalovaný především uvádí, že nebyl povinen provést všechny žalobcem b) navrhované důkazy; dále žalovaný argumentuje věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí. Postup žalovaného, který požádal autory ceníků o vyjádření, byl rychlejší, než kdyby došlo k vyžádání RTS a ÚRS ceníků a k jejich následnému porovnávání přímo žalovaným. To, že ke vzájemným kontaktům mezi některými žalobci dochází i nadále, má podle žalovaného vyplývat také z obdobných či dokonce identických pasáží v žalobách žalobců b) a d).
13. Ve vztahu k žalobám žalobců c) a d) žalovaný především uvádí, že tito žalobci nenavrhovali žádné doplnění dokazování, a dále setrvává na svých argumentech obsažených v napadeném rozhodnutí. Ve vztahu k žalobě žalobce d) žalovaný především poukazuje na to, že uvedl-li, že jestliže zaměstnanec žalobce b) pro svého zaměstnavatele zpracoval rozpočet a zároveň bez živnostenského oprávnění k poskytování takových služeb zpracovával rozpočet také pro žalobce d), lze tuto skutečnost vysvětlit jako kooperaci mezi žalobci b) a d). Spoluprací žalobce d) s Mechanikou Prostějov, výrobní družstvo nelze vysvětlit podobnost u některých položek v nabídkách uchazečů – kupříkladu totožné IČO na krycích listech. Podle žalovaného možnou kooperaci indikuje také to, že žalobce d) uplatnil ve vztahu k šetření policejního orgánu identickou žalobní námitku, kterou uplatnil také žalobce b). To má být patrné také z argumentace žalobce d) týkající se výše pokuty, která obsahuje shodné obraty, jaké jsou použity v žalobě žalobce b).
14. Také ve vztahu k žalobním námitkám žalobce e) žalovaný předestřel argumentaci věcně shodnou, jakou uvedl již v napadeném rozhodnutí, a dále poukázal především na to, že kooperaci mezi žalobci může dokládat také odkaz žalobce e) na znalecký posudek Ing. Fialy, který byl předložen žalobcem b).
15. Žalovaný odmítá také žalobcem f) tvrzenou nezákonnost napadeného rozhodnutí. Žalovaný vypořádal všechny námitky uplatněné v průběhu správního řízení a napadené rozhodnutí tak je přezkoumatelné. Nadto žalobce f) vyjma obecných tvrzení neuvedl, v čem konkrétně mají vady napadeného rozhodnutí spočívat. Žalovaný dbal na zásadu vyšetřovací i zásadu materiální pravdy. Napadené rozhodnutí má náležitosti podle § 68 správního řádu, deliktní jednání bylo podle

žalovaného dostatečně prokázáno. Dále žalovaný k žalobním námitkám žalobce f) argumentuje věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí.

16. Ani žalobní námitky žalobce g) nepovažuje žalovaný za důvodné. Podle žalovaného uplatnil žalobce g) shodně námitky jako v řízení o rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí, a proto odkazuje na napadené rozhodnutí. Námitku o nezákonnosti provedeného místního šetření uplatnil žalobce g) teprve v žalobě a žalovaný ani jeho předseda se tak k ní nemohli dříve vyjádřit. Podle žalovaného proběhlo místní šetření na základě konkrétní a dostatečné informace o tom, že hospodářská soutěž mohla být narušena koordinací účasti v zadávacích řízeních. Rozsah místního šetření byl podle žalovaného zřejmý z pořízených protokolů, z nichž vyplývá, že žalovaný prověřoval údaje získané z podnětů a podkladů, které získal zadavatel. Žalovaný tedy vylučuje, že se z jeho strany jednalo o rybářskou výpravu. Žalovaný se domnívá, že ke koordinaci mezi soutěžiteli dochází i v současnosti, jak lze dovodit z obsahové podobnosti žalob žalobce g) a žalobce d). Napadené a prvostupňové rozhodnutí jsou přezkoumatelná. Žalovaný i jeho předseda zdůvodnili, proč neprovedli žalobcem g) a dalšími účastníky správního řízení navrhované důkazy. Podle žalovaného nosné důvody, včetně dílčích důvodů pro navýšení pokuty, napadené i prvostupňové rozhodnutí obsahují. Před vydáním napadeného rozhodnutí byla zpracována nová analýza likvidačnosti pokuty z důvodu předložení nových podkladů ze strany žalobce g), který měl před vydáním napadeného rozhodnutí možnost se s obsahem této nové analýzy seznámit. Ani z předloženého znaleckého posudku neplyne, že by uložená pokuta měla být likvidační.
17. Žalovaný tedy navrhuje, aby zdejší soud podané žaloby zamítl.
18. I žalovaný setrval na svém procesním postoji během celého řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.

IV. Posouzení věci

19. Žaloby byly podány osobami oprávněnými (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloby jsou přípustné (§ 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.).
20. Usnesením ze dne 29.7.2019, č.j. 62 Af 26/2019-70, zdejší soud spojil jednotlivé žaloby proti napadenému rozhodnutí vedené původně 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. Nyní o nich tedy rozhoduje společně.
21. Nejprve se zdejší soud zabýval (žalobcem f/) namítanou nicotností napadeného rozhodnutí. Podle § 77 odst. 1 správního řádu ve znění účinném od 1.7.2017 je nicotné rozhodnutí, k jehož vydání nebyl správní orgán vůbec věcně příslušný; to neplatí, pokud je vydal správní orgán nadřízený věcně příslušnému správnímu orgánu. Nicotné je dále rozhodnutí, které trpí vadami, jež jej činí zjevně vnitřně rozporným nebo právně či fakticky neuskutečnitelným, anebo jinými vadami, pro něž je nelze vůbec považovat za rozhodnutí správního orgánu. Správní řízení bylo zahájeno dne 18.1.2017, tedy před novelizací § 77 a § 78 správního řádu, které upravovaly nicotnost správního rozhodnutí. Novelizace byla provedena zákonem č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích. Část sto šedesátá zákona č. 183/2017 Sb., která upravovala změnu správního řádu, neobsahovala přechodná ustanovení. Před novelizací § 77 a § 78 správního řádu mohl nadřízený správní orgán vyslovit nicotnost pouze z důvodu vydání rozhodnutí správním orgánem, který nebyl vůbec věcně příslušný, a ve zbytku důvodů nicotnosti mohl nicotnost vyslovit pouze správní soud (dělená působnost). Z důvodové zprávy k zákonu č. 183/2017 Sb. vyplývá, že ke změně právní úpravy došlo v reakci na případy, kdy došlo k omylu v osobě pachatele při ukládání blokových pokut (nově pokut ukládaných příkazem na místě). Ke změně důvodů nicotnosti ovšem nedošlo a okruh důvodů nicotnosti tak zůstal totožný.

22. Pokud jde tedy o nicotnost, pak nicotné (nulitní) správní rozhodnutí je pouze takové, které je stíženo nejzávažnějšími vadami, které nejsou zhojitelné (rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č.j. 8 Afs 78/2006-74 ze dne 13.5.2008). Žalovaný i jeho předseda nepochybně byli věcně příslušní k vydání napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí, jak plyne ze zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a ze ZOHS. Podle § 20 odst. 1 písm. a) ZOHS vykonává žalovaný dozor nad tím, zda a jakým způsobem soutěžitelé plní povinnosti vyplývající pro ně z tohoto zákona nebo z rozhodnutí žalovaného vydaných na základě tohoto zákona. Podle § 7 odst. 1 ZOHS po zjištění uzavření zakázané dohody žalovaný tuto skutečnost uvede v rozhodnutí a tímto rozhodnutím plnění dohody do budoucna zakáže. Z § 22a ZOHS (dříve § 22) vyplývá pravomoc žalovaného ukládat pokuty za správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob. Prvostupňovým rozhodnutím uložené povinnosti – uhrazení pokuty a zákaz vymezeného chování do budoucna – jsou povinnostmi právně i fakticky uskutečnitelnými.
23. Pokud jde o otázku eventuální zjevné vnitřní rozpornosti, pak v nyní posuzované věci napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí *prima facie* vnitřně rozpornými nejsou. Výrokové části těchto rozhodnutí, kterými byly uloženy povinnosti jednotlivým žalobcům v mezích pravomoci žalovaného, mají svůj odraz v odůvodnění. Odůvodnění jako celek i jeho jednotlivé části zjevně souvisí s výroky napadeného i prvostupňového rozhodnutí. Napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí tak podle zdejšího soudu nejsou zjevně vnitřně rozpornými.
24. Zdejší soud neidentifikoval ani jiné vady, pro které by bylo důvodu na napadené či prvostupňové rozhodnutí nahlížet jako na rozhodnutí nicotná.
25. Žalobci namítají nepřezkoumatelnost napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí pro nedostatek důvodů. Taková nepřezkoumatelnost je dána (také) tehdy, nevypořádá-li se správní orgán s námitkami či návrhy účastníka správního řízení; z odůvodnění správního rozhodnutí musí být mimo jiné zřejmé, z jakých důvodů správní orgán k námitkám či návrhům účastníka řízení nepřihlédl, případně proč považuje námitky za liché a jaké skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí.
26. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí zrekapituloval sdělení jednotlivých účastníků správního řízení týkající se tvorby a zpracování nabídek u zkoumaných veřejných zakázek a dále zrekapituloval skutková zjištění k jednotlivým veřejným zakázkám - EÚO ZŠ E.Valenty, Prostějov; Lázně – rekonstrukce podhledu a prosklené stěny; Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor a Rekonstrukce Sportcentrum, dům dětí a mládeže, Olympijská 4, Prostějov. Žalovaný srozumitelně uvedl, kterým soutěžitelům (případně jejich sdružením) byla poskytnuta zadávací dokumentace a kterými soutěžiteli pak byly nabídky podány. Žalovaný ke každé veřejné zakázce popsal průběh jejího zadávání a základní charakteristiku podaných nabídek, a to včetně otázky subdodavatelů, byli-li v nabídce uvedeni. Z prvostupňového rozhodnutí je zcela zřejmé, že nosné nepřímé důkazy se opíraly především o porovnání nabídkových rozpočtů jednotlivých soutěžitelů, které žalovaný provedl. Nabídky, jejichž součástí byly také položkové rozpočty a návrhy smlouvy o dílo, získal žalovaný od zadavatele – města Prostějov. Byť žalovaný v podrobnostech odkázal na tabulku žurnalizovanou ve správním spisu, která obsahovala porovnání jednotlivých položek rozpočtu soutěžitelů, je ze samotného prvostupňového rozhodnutí jasně seznatelné, že žalovaný mezi položkami v nabídkových rozpočtech identifikoval „určitý cenový vzorec“ (souhrnně bod 87.). Podle žalovaného bylo možné u „většiny položek“ v nabídkách vysledovat shodný poměr či poměr nepatrný jen odlišně (v řádu jedné či několika setin). Odlišný poměr byl zjištěn pouze u několika málo položek s jednotkovými cenami v řádu jednotek či desítek korun. Žalovaný také srozumitelně popsal svá skutková zjištění týkající se nevyplnění ceny, uvedení jednotkové ceny 0 Kč či shodných chyb v nabídkách oproti zadávací dokumentaci (veřejná zakázka malého rozsahu Lázně – rekonstrukce podhledu a prosklené stěny). Z prvostupňového rozhodnutí dále jasně plyne, že se žalovaný zabýval možnou

podobností nabídkových cen z důvodu využití stavebních ceníků RTS a ÚRS; žalovaný jasně vycházel z toho, že někteří stavebníci těchto ceníků využívají. U každé zkoumané veřejné zakázky žalovaný zdůvodnil, proč nemohla být podobnost (shodný poměr mezi rozpočtovými položkami) nabídek soutěžitelů způsobena právě užitím stavebních ceníků RTS a ÚRS.

27. Dále podle prvostupňového rozhodnutí byly nepřímé důkazy založeny na podobnosti (shodě) vlastností elektronických dokumentů pocházejících od soutěžitelů, které žalovaný získal od zadavatele. Žalovaný vytvořil podrobné tabulky shrnující podobnosti elektronických dokumentů, které byly jednotlivými soutěžiteli předloženy zadavateli v rámci nabídek. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí vymezil ty vlastnosti elektronických dokumentů, které se objevovaly v nabídkách více soutěžitelů. Z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je zcela zřejmé, které vlastnosti (kupříkladu autor poslední změny) byly v jiných nabídkách (v nabídkách jiných soutěžitelů) totožné. V případech, kdy bylo možné z vlastností elektronického dokumentu identifikovat konkrétní fyzickou osobu, doplnil žalovaný – v návaznosti na procesní stanoviska soutěžitelů – jeho pracovní zařazení či jiný obdobný vztah k jednotlivým soutěžitelům. U veřejné zakázky Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor považoval žalovaný za podstatný nepřímý důkaz i shodné formátování elektronických dokumentů, které byly součástí nabídek soutěžitelů.
28. Poslední skupina nepřímých důkazů podle prvostupňového rozhodnutí pocházela z podkladů získaných v rámci místního šetření v obchodních prostorách žalobce b).
29. Z prvostupňového rozhodnutí je dále jasně patrné, že žalovaný jednotlivé nepřímé důkazy dostatečně konkretizoval a poté je ve vztahu ke každé zkoumané veřejné zakázce (jejímu zadání) shrnul (část „shrnutí“; v této části se žalovaný také srozumitelně vypořádal s možnou účastí subdodavatelů a možností jejího vlivu na podobnost nabídek). Věcná správnost a zákonnost závěrů žalovaného již není otázkou přezkoumatelnosti rozhodnutí.
30. Pokud jde o přezkoumatelnost, pak žalovaný dále v prvostupňovém rozhodnutí vymezil relevantní trh, a to z věcného i geografického a časového hlediska. Vymezil rozhodná ustanovení ZOHS, která na jednotlivé správní delikty dopadaly, a zabýval se také aplikací doktríny de minimis. Z prvostupňového rozhodnutí (především body 274. a 275.) plyne, že dohody typu bid-rigging jsou podle žalovaného protisoutěžními dohodami s tvrdým jádrem (hard-core), které mají protisoutěžní cíl, a proto nebylo nutné zkoumat skutečné účinky na hospodářskou soutěž. Žalovaný na bid-riggingovou dohodu soutěžitelů neaplikoval doktrínu de minimis, neboť na dohody s tvrdým jádrem nebylo podle § 6 ZOHS před jeho zrušením ani podle oznámení žalovaného o dohodách de minimis možno takovou doktrínu aplikovat. Žalovaný tedy už v prvostupňovém rozhodnutí žalobcům srozumitelně intimoval, proč na jejich jednání ve vzájemné shodě nenahlížel jako na dohodu de minimis (především bod 337.). Zjištěný skutkový stav, který má oporu v podkladu žurnalizovaném ve správním spisu, pak žalovaný podřadil pod příslušné právní normy, které v prvostupňovém rozhodnutí také jasně vymezil.
31. Žalovaný soubor nepřímých důkazů (o tom, že jde o důkazy nepřímé, není mezi žalobci a žalovaným sporu), které podle žalovaného tvořily komplexní důkaz o protisoutěžní kooperaci žalobců, srozumitelně, a tudíž přezkoumatelně, vyhodnotil tak, že postup při podávání nabídek na jednotlivé veřejné zakázky nelze rozumně zdůvodnit jinak než předchozí vzájemnou kooperací soutěžitelů. Námitky, které se do značné míry překrývají se žalobními námitkami, pak žalovaný zrekapituloval a následně vypořádal. Především vypořádal námitky týkající se nezajišťování důkazů ve prospěch, námitky týkající se podobnosti nabídek z důvodu využití vzorových ceníků ÚRS a RTS a námitky týkající se spolupráce se subdodavatelí. Žalobci v řízení před žalovaným dále poukazovali na spornou autentičnost elektronických dokumentů poskytnutých zadavatelem – městem Prostějov, na existenci nejvýše zanedbatelných účinků na hospodářskou soutěž a na likvidačnost uložených pokut. Z prvostupňového rozhodnutí je jasně patrný názor žalovaného, že nacenění ze strany RTS a ÚRS nebylo vázáno pouze na základní ceníky, a nesouhlas

žalovaného s tím, že podobnost nabídkových položek mohla být způsobena využitím vzorových ceníků. Z prvostupňového rozhodnutí také vyplývá, že podíl subdodavatelů na plnění veřejných zakázek nemohl dosahovat tak velkého rozsahu, aby subdodavatelská činnost mohla rozumně vysvětlit podobnost rozpočtů soutěžitelů. Ve vztahu k autentičnosti elektronických dokumentů (CD předložených zadavatelem – městem Prostějov) žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí jasně vyjádřil názor, že nemá pochyb o pravosti předložených CD, a srozumitelně k tomu uvedl důvody (bod 357.) Ohledně pokut žalovaný odkázal na provedené analýzy likvidačnosti. Odložení věci policejním orgánem podle žalovaného nemohlo mít vliv na správní řízení pro porušení ZOHS (bod 373. prvostupňového rozhodnutí). Otázka reálných dopadů na hospodářskou soutěž souvisí s tím, že na dohody o určování cen, rozdělení trhu, rozdělení zákazníků a omezování produkce, kam lze zařadit také bid-rigging (pod dohody o rozdělení trhu či pod cenové dohody), tedy na hard-core dohody, nelze výjimku de minimis aplikovat, a tedy dopad bid-riggingové dohody nelze nikdy považovat za zanedbatelný. Pokud jde o otázku koordinace, pak k využití Ing. Bakaly – pracovníka žalobce b) – ze strany žalobce d) žalovaný odkázal na vlastnosti elektronických dokumentů, kde byla identifikována další pracovnice žalobce b). Ve vztahu k subjektivní stránce správního deliktu vycházel žalovaný z toho, že soutěžitelé vědomě eliminovali rizika vzájemné konkurence, a tedy ZOHS porušili zaviněně ve formě úmyslu (bod 424. prvostupňového rozhodnutí).

32. Už ze shora uvedeného vyplývá, že žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí rozvedl nosné důvody, které jej k vydání rozhodnutí vedly, a nosnou argumentaci žalobců vypořádal. Prvostupňové rozhodnutí je přezkoumatelné.
33. Také napadené rozhodnutí co do přezkoumatelnosti ob stojí. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí zrekapituloval námitky uplatněné v rozkladech a jednotlivě je vypořádal. Z napadeného rozhodnutí plyne, že se předseda žalovaného obšírně zabýval přiměřeností uložených pokut. Ve vztahu k usnesení Policie České republiky ze dne 11.5.2018, č.j. KRPM-113709-178/TČ-2016-140080, žalovaný především dovodil, že odložení trestní věci nemohlo mít na řízení před žalovaným jakýkoli vliv, a proto případný chybný odkaz předsedy žalovaného na ustanovení trestního řádu či jeho výklad nemohl způsobit nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí (nadto z usnesení o odložení věci je patrné, že policejní orgán identifikoval několik důvodů, pro které bylo nutné věc odložit, a promlčení odpovědnosti za trestný čin bylo pouze jedním z nich). Ani napadené rozhodnutí tak není stíženo nepřezkoumatelností.
34. Pokud jde o zákonnost napadeného rozhodnutí, zdejší soud na základě žalobní argumentace nejprve posuzoval, zda důkazy, ze kterých žalovaný vycházel, byly získány zákonným způsobem (podklady zajištěné při šetřeních v obchodních prostorách soutěžitelů) a zda není dán důvod k pochybnostem o autentičnosti podkladů získaných od zadavatele (elektronické dokumenty na CD).
35. Pokud jde o otázku autentičnosti podkladů získaných od zadavatele, pak žalovaný podle žalobců neprokázal, že s elektronickými podklady na CD nebylo v mezidobí manipulováno.
36. Žalobce e) předložil znalecký posudek č. 39402419 ze dne 25.9.2019 vypracovaný Ing. Michaelem Trezzi, CSc. za účelem „posouzení pravosti podkladů veřejné zakázky MěÚ Prostějov „EÚO ZŠ E. VALENTY, PROSTĚJOV“ uložených na CD romu“. Posuzovanou otázkou bylo, zda soubory uložené v elektronické podobě na CD jako příloha nabídky žalobce e) byly „...autentické resp. že s nimi nebylo manipulováno...“. Ze znaleckého posudku vyplývá (str. 18), že na disk lze soubory buď pouze nahrávat (metoda DAO a SAO) nebo lze nahrané soubory mazat a nové soubory nahrát dodatečně (metody Multisession, Incremental recording, Sequential Recording a Mount Rainier). Časový údaj záznamu vychází z interních hodin počítače, které lze nastavit odlišně od skutečného času. I v případě dodatečného smazání souborů lze za využití speciálního programu tyto soubory na disku dohledat (str. 20 znaleckého posudku). Podle znaleckého posudku (str. 23) zkoumané CD neobsahovalo „smazané“ soubory. To odpovídá dalšímu zjištění

znalce, že předložené CD umožňovalo jednotlivé soubory pouze nahrávat a jednou nahrané soubory již nebylo možné mazat či měnit (str. 24). Soubory na zkoumaném CD nebyly opatřeny digitálním podpisem s časovým údajem získaným mimo počítač, a „...nelze prokázat nebo vyloučit jakékoliv zásahy do těchto souborů ani prokázat nebo vyloučit jakékoliv časové údaje...“ (str. 21 znaleckého posudku). Jestliže znalec dospěl k závěru, že CD neobsahuje „smazané“ soubory a nelze vycházet z časových údajů o „vypálení“ souborů na disk, pak „...nelze z časových údajů na CD nebo v souborech doložit, zda byly pořízeny před nebo po datu podání nabídky, a tudíž z nich nelze potvrdit ani vyvrátit, že se jedná o původní CD dodané s nabídkou nebo zda toto CD bylo následně vyměněno/zaměněno za jiné CD s jinými údaji...“. Nelze tedy s jistotou ověřit, k jakému okamžiku bylo CD vyhotoveno či kdy byly soubory na CD nahrány.

37. Shodné závěry plynou také ze znaleckého posudku č. 620/3/2019 ze dne 29.4.2019 Ing. Marka Fialy, který předložil žalobce b). Jednou nahrané soubory na CD nebylo možné přepisovat; bylo možné pouze dodatečné „přihrání“ dalších souborů, a to s libovolnými časovými údaji, neboť příslušný software přebírá systémový čas, se kterým lze manipulovat. Podle znaleckého posudku Ing. Fialy tak nelze potvrdit ani vyvrátit jakoukoliv manipulaci s CD po 4.10.2010. Nelze také potvrdit ani vyvrátit, že žalobce b) dne 4.10.2010 přiložil právě zkoumané CD v rámci své nabídky.
38. Z obou znaleckých posudků podle zdejšího soudu vyplývá toliko to, že nelze s jistotou potvrdit ani vyvrátit, zda CD předložená zadavatelem jsou originály, tj. právě těmi CD, které byly součástí nabídek. Jednou nahrané („vypálené“) soubory na CD již nebylo možné měnit (smazat). Nelze však garantovat nemožnost záměny CD. Žalobní argumentaci žalobců rozumí zdejší soud tak, že žalobci nepochybně režim uchování CD u žalovaného; podle žalobců není jisté, zda k záměně CD nedošlo dříve, než tato CD byla žalovanému poskytnuta. Podle (v rozhodné době účinného) § 155 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, na zadavatele dopadala povinnost archivovat dokumentaci o veřejné zakázce a záznamy o elektronických úkonech po dobu 5 let od uzavření smlouvy, její změny nebo od zrušení zadávacího řízení. Správním spisem prochází kopie CD, jejichž obsah žalovaný vytiskl, fotografie datových nosičů (CD) a kopie listinných podkladů, které byly poskytnuty městem Prostějov. Podle fotografií byla některá CD v obalech s razítkem soutěžitelů, obsah CD byl na jednotlivých datových nosičích nadepsán ručně.
39. Podle zdejšího soudu zadavatel žalovanému poskytl uvedená CD způsobem a v podobě, jak odpovídá pravidlům archivování a jak je obvyklé. Přisvědčil-li by zdejší soud bez dalšího žalobní konstrukci ohledně nevyločení možnosti záměny CD (u zadavatele), pak by taková konstrukce byla uplatnitelná prakticky kdykoliv; stěží by se mohl nabízet bezpečný způsob, jak dokumenty týkající se zadávacích postupů (tvořící dokumentaci o veřejné zakázce) archivovat, aby bylo možno s jistotou vyloučit hypotetickou záměnu CD (či jiných nosičů). Jestliže v nyní posuzované věci chování zadavatele ani forma či způsob uchování a poskytnutí CD neindikují manipulaci s elektronickými podklady a současně jestliže žádný ze žalobců nepředestřel – vyjma zcela obecného tvrzení o možnosti záměny nosičů dat – konkrétní dobře hájitelnou alternativní legendu ohledně záměny CD (nebo změny obsahu CD), nemá zdejší soud (stejně jako neměl žalovaný) důvod považovat obsah původních CD tvořících součást nabídek za pozměněný. Nadto není ani zřejmé, proč by zadavatel měl v posuzované věci zájem na manipulaci s dokumentací k uvedeným veřejným zakázkám v žalobci naznačovaném smyslu. Podle zdejšího soudu tak žalovaný nepochybil, jestliže vycházel mimo jiné z podkladů v listinné a elektronické podobě, které mu byly poskytnuty zadavatelem. Důkazy z těchto podkladů pocházející byly procesně použitelnými. Nebylo žádného důvodu, aby žalovaný prokazoval, že s elektronickými podklady na CD nebylo v mezidobí manipulováno.
40. Žalobci také zpochybňují procesní použitelnost dalšího okruhu důkazů, konkrétně důkazů pocházejících z místních šetření provedených současně se zahájením správního řízení dne 18.1.2017 u žalobců b), d) a g).

41. Zdejší soud dává žalobcům za pravdu v tom, že vstupní indicií byla pro žalovaného anonymní podání; to ostatně nečiní sporným ani žalovaný (bod 2. prvostupňového rozhodnutí) a potvrzují to také podklady žurnalizované ve správním spisu. Z anonymních podání ze dne 9.8.2016 a ze dne 15.8.2016 vyplývá, že žalobce b) se měl až 15 let dopouštět kartelového jednání spočívajícího v koordinaci postupů s dalšími soutěžiteli v oblasti veřejných zakázek. Tato anonymní podání kromě obecných tvrzení o protiprávním jednání žalobce b) tvrdila dlouhodobost takové praxe. Přistoupil-li by žalovaný k provedení místních šetření pouze na základě těchto podnětů, a to dokonce i ve vztahu k jiným soutěžitelům než žalobci b), stěží by taková místní šetření obstála. Žalovaný měl však k dispozici další anonymní podání ze dne 9.10.2016 a ze dne 15.11.2016. Tato podání, odlišně od podání ze dne 9.8.2016 a ze dne 15.8.2016, již obsahovala konkrétní případy kartelového jednání, konkrétní soutěžitele – účastníky kartelu i relativně konkrétní modus operandi narušování hospodářské soutěže (koordinace při podávání nabídek). Z listin procházejících správním spisem je jasné patrné, že žalovaný následně přistoupil k ověřování informací uvedených v anonymních podáních. Aktivitu žalovaného před uskutečněním místních šetření dne 16.1.2017 dokresluje i skutečnost, že oznámení o zahájení správního řízení ze dne 16.1.2017 je žurnalizováno až na čísle listu 3019 správního spisu. Správní spis prokazuje, že žalovaný již před 16.1.2017 na základě analýzy do té doby získaných podkladů (vedle uvedených anonymních podání šlo o podklady získané přístupem k profilu zadavatele a k žádosti žalovaného od zadavatele) dospěl k závěru o nestandardní podobnosti nabídek; i tento samotný závěr je zachycen ve správním spisu.
42. Ve vztahu k místním šetřením uskutečněným dne 16.1.2017 zdejší soud (ovšem pouze v mezích uplatněných žalobních bodů) posuzoval, zda místní šetření bylo *stricto sensu* zákonné (to znamená, zda ZOHS takové šetření umožňuje) a obecně v souladu s legitimními cíli (to – jednoduše řečeno – znamená s cílem chránit hospodářskou soutěž), a dále zda místní šetření bylo též nezbytné, tj. především přiměřené uvedenému legitimnímu cíli, přitom aby bylo přiměřené, muselo by vyhovět v testu vhodnosti, délky a rozsahu (např. rozsudky zdejšího soudu ze dne 23.3.2017 ve věci sp. zn. 62 A 236/2016 a ze dne 31.3.2017 ve věci sp. zn. 29 A 165/2016, např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24.5.2017 ve věci sp. zn. 6 As 113/2017). Tento test s ohledem na uplatněné žalobní body zahrnoval posouzení existence konkrétních skutkových zjištění, jež měl žalovaný k dispozici před zahájením příslušného místního šetření a jež jej k zahájení takového šetření vedla, a posouzení samotného procesního postupu žalovaného v souvislosti s vymezením předmětu a účelu místního šetření, neboť příslušné vymezení jednak demonstruje, že je toto šetření oprávněné, a navíc (především) umožňuje vyšetřovanému soutěžiteli (tomu, o jehož obchodní prostory jde) vymezit rozsah jeho povinnosti spolupráce se žalovaným a chrání jeho právo na obhajobu (rozsudek Soudního dvora ze dne 17.10.1989 ve spojených věcech 97/87 a 99/87 *Dow Chemical Ibérica SA a další proti Komisi Evropských společenství*, bod 26.). Ve vztahu k tomu, o jehož obchodní prostory jde (do jehož obchodních prostor žalovaný fakticky zasahuje), je třeba předem vymezit „...*předpoklady a domněnky, které hodlá* (Komise u toho soutěžitele, o jehož obchodní prostory jde) *ověřit...*“ (ve vztahu k postupu Komise rozsudek Tribunálu ze dne 6.9.2013 ve spojených věcech T-289/11, T-290/11 a T-521/11 *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 75.), aby byl jasný „...*předmět vyšetřování a skutečnosti, které mají být* (v obchodních prostorech toho soutěžitele, o jehož obchodní prostory jde) *ověřeny...*“ (tamtéž, bod 77.) a aby byl jasný rozsah „...*podezření, že se podnik, na který se vztahuje kontrola, dopustil protiprávního jednání*“ (tamtéž, bod 172.). Takové vymezení ohraničuje pravomoci svěřené pracovníkům provádějícím místní šetření, a proto mohou (u toho soutěžitele, o jehož obchodní prostory jde) pořizovat pouze kopie dokumentů, které se týkají předmětu šetření (rozsudek Soudního dvora ze dne 18.6.2015 ve věci C-583/13 P *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 60.).
43. Existence relativně konkretizované hypotézy žalovaného ohledně protisoutěžního jednání je dána tím, že žalovaný měl relativně konkrétní představu o okruhu soutěžitelů, kteří se mohli

protisoutěžního jednání dopouštět, i o tom, jakým způsobem měli narušovat hospodářskou soutěž; z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 16.1.2017, č.j. ÚOHS-S0008/2017/KD-01443/2017/851/TSl, plyne, že „...možné porušení § 3 odst. 1 zákona spatřuje Úřad v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě účastníků řízení, případně s dalšími soutěžiteli, spočívající v koordinaci účasti a/nebo v koordinaci nabídek ve výběrových řízeních v oblasti pozemního stavitelství v České republice v období od roku 2006 do současnosti. Cílem nebo výsledkem tohoto jednání účastníků řízení mohlo být narušení hospodářské soutěže v oblasti pozemního stavitelství. Důvodnou indicií pro zahájení řízení ve věci možného porušení zákona je především nestandardní podobnost nabídek, zejména cen u jednotlivých položek nabídkových rozpočtů, které účastníci tohoto správního řízení podali do výběrových řízení, jejichž zadavatelem bylo Město Prostějov, resp. Statutární město Prostějov...“: Obdobně byla odůvodněna místní šetření, jak vyplývá z protokolů o jejich provedení (kupř. protokol č.j.ÚOHS-S0008/2017/KD-01602/2017/851/TSl ze dne 18.1.2017, shodně protokoly další). Zdejší soud ve vztahu k vymezení předmětu správního řízení a předmětu, právního důvodu a účelu místního šetření, což vymezuje zacílení a rozsah místního šetření v zahájeném správním řízení, vychází (již konstantně) z toho, že zásadně musí existovat proporcionální vztah (věcně „rovničko“) mezi rozsahem podezření, jež se musí v rozumně konkrétní míře promítnout do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k šetření a rozsahem samotného šetření. To bylo v posuzované věci splněno. Nosnou indicií byla nestandardní podobnost nabídek, zejména cen u jednotlivých položek nabídkových rozpočtů, které mj. žalobci podali v případě veřejných zakázek konkrétního zadavatele. Pokud by zdejší soud dovodil, že žalovaný konkretizované podezření neměl, neodpovídalo by to skutkovému podkladu. Pokud by zdejší soud dovodil, že žalovaný měl své podezření před uskutečněním místního šetření dále prověřovat, jednalo by se jen o „knížecí radu“ zcela abstrahující od reálných podmínek odhalování kartelů; zdejší soud by ve skutečnosti neměl pro žalovaného žádný konkrétní návod, jak bez rizika prozrazení věc ještě dále (více) před přistoupením k místnímu šetření prověřovat. V době, kdy místní šetření u žalobce proběhlo, tedy existovaly skutečnosti a předběžné poznatky nasvědčující podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže a tyto skutečnosti a důkazy umožňovaly alespoň obecně identifikovat právní důvody vedoucí žalovaného k uskutečnění místního šetření, a tím i omezit rozsah šetření. Ani vymezení místního šetření plynoucí z pověření, ani samotný průběh místního šetření z takto vymezeného rozsahu nevybočil; to nakonec ani žalobci nenamítají.

44. Důkazy pocházející z místních šetření tedy byly procesně použitelnými. V obecné rovině zdejší soud souhlasí se žalobci, že motivace autorů anonymních podání mohou být různé; proto je také namístě přistupovat k anonymním podáním dostatečně kriticky. V nyní posuzované věci se ovšem žalovaný s obsahem anonymních podání nespokojil a k zahájení správního řízení a k provedení místních šetření v obchodních prostorách žalobců b), d), a g) přistoupil teprve po analýze dalších – žalovaným posléze získaných (ať už na žádost či z veřejně dostupných zdrojů, kupříkladu z profilu zadavatele) – podkladů, z nichž pramenily dostatečně konkrétní a současně věrohodné indicie protisoutěžního chování. Výsledky místních šetření nakonec podezření potvrdily.
45. Pokud jde o hmotněprávní závěry, na nichž prvostupňové a napadené rozhodnutí stojí, pak podstatou sporu mezi žalobci a žalovaným je otázka, zda na základě žalovaným provedených důkazů lze dospět k závěru o jednání žalobců (a dalších soutěžitelů) ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS spočívajícím v koordinaci postupu při podávání nabídek u vybraných veřejných zakázek.
46. Podle § 3 odst. 1 ZOHS ve znění účinném do 31.8.2009 dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen „dohody“), které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud žalovaný nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Kromě výjimky udělené ve formě prováděcího právního předpisu obsahoval ZOHS zákonnou výjimku v § 6, která do ZOHS promítala doktrínu de minimis. S účinností od

1.9.2009 byl § 6 ZOHS zrušen a § 3 odst. 1 ZOHS byl upraven tak, že nově dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen „dohody“), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud žalovaný nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané. Výjimka de minimis tak byla nově vtělena do podmínky zanedbatelného dopadu na hospodářskou soutěž. Na to reagoval žalovaný, který formou oznámení (tj. ve formě soft law) po vzoru Komise intimoval, které dohody jsou z důvodu minimálního dopadu na hospodářskou soutěž z § 3 odst. 1 ZOHS vyňaty. Byť došlo k formulačním změnám v § 3 odst. 1 ZOHS a § 6 ZOHS byl bez výslovné náhrady zrušen, materiálně se nezměnil ani samotný zákaz protisoutěžních dohod, ani výjimka z tohoto zákazu charakteru de minimis.

47. Z § 3 odst. 1 ZOHS tedy mimo jiné vyplývá, že protisoutěžní dohoda musí být způsobilá alespoň potenciálně narušit hospodářskou soutěž, a dopad tohoto narušení nesmí být pouze zanedbatelný. Indikátorem potenciality narušit hospodářskou soutěž nepochybně může být prima vista tržní podíl zúčastněných soutěžitelů. Skutečnost, že zúčastnění soutěžitelé disponují pouze nepatrným podílem na trhu a navíc jejich obraty jsou relativně nízké, přesto nemusí vést automaticky k závěru, že nemůže dojít k narušení hospodářské soutěže v míře přesahující narušení zanedbatelné (rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-319/82 ze dne 14.12.1983). Podstatné je, zda dohoda byla způsobilá hospodářskou soutěž narušit. U protisoutěžních dohod, které jsou již ze své podstaty způsobilé omezit hospodářskou soutěž, není třeba prokazovat skutečné dopady na relevantní trh. Tyto „tvrdé“ protisoutěžní dohody jsou natolik závažné, že není zásadně třeba prokazovat skutečný protisoutěžní účinek; ten se presumuje již v důsledku prokázání takového protisoutěžního jednání. Mezi takové dohody lze řadit právě dohody typu bid-rigging, tedy horizontální dohody o manipulaci nabídek; jejich protisoutěžní účinek je dán již tím, že jejich podstatou je koordinace obsahu nabídek podávaných jinak samostatnými soutěžiteli. Nelze sice vždy automaticky konstatovat, že cílem jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě bylo narušení hospodářské soutěže (rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-67/13 P ze dne 11.9.2014), avšak dohody typu bid-rigging jsou již svojí povahou natolik jasně škodlivé ve vztahu k fungování hospodářské soutěže (tyto dohody směřují právě proti tomu, aby probíhala férová hospodářská soutěž „o získání veřejné zakázky“), že intenzitu narušení hospodářské soutěže není třeba dále zkoumat (a prokazovat).
48. Žalobci se dovolávají aplikace pravidla de minimis, podle kterého zákaz protisoutěžních dohod nedopadá na takové dohody, které mají zcela zanedbatelný vliv (dopad) na hospodářskou soutěž. Pro aplikaci pravidla de minimis však existují výjimky; pravidlo de minimis není aplikovatelné per se. Základní výjimka z aplikace tohoto pravidla míří na dohody, které obsahují tvrdá (hard-core) ujednání. Žalobcům je třeba dát za pravdu, že k okamžiku dokonání správních deliktů (podání nabídek) nebylo v § 6 ZOHS či po jeho zrušení v oznámení žalovaného či v oznámení Komise jednání typu bid-rigging výslovně uvedeno ve výčtu protisoutěžního jednání, na které pravidlo de minimis nedopadá. Žalovaný výslovně dohody typu bid-rigging včlenil do dohod, na které se výjimka de minimis nevztahuje, teprve v roce 2014. Z toho žalobci dovozují, že se mělo pravidlo de minimis v nyní posuzované věci aplikovat, neboť žalobci (a s nimi další soutěžitelé) ani kumulativně nedosahovali prahových hodnot podílu na relevantním trhu stanovených v § 6 ZOHS či později v oznámení žalovaného. S tím však už zdejší soud nesouhlasí. Byť 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 z pravidla de minimis vyňat od počátku (§ 6 odst. 2 písm. a/ ZOHS), pak vůbec nebylo namístě v nyní posuzované věci výjimku de minimis aplikovat.

49. Byť ZOHS využívá zákonné zkratky „dohody“ mezi soutěžiteli, z § 3 odst. 1 ZOHS je zřejmé, že pod tuto zákonnou zkratku lze zahrnout dohodu mezi soutěžiteli (dohody v užším slova smyslu), rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě. Právě jednání soutěžitelů ve vzájemné se shodě se měli žalobci dopustit v nyní posuzované věci. Toto jednání mělo být podle žalovaného úmyslné, což žalobci zpochybňují.
50. Odlišně od protisoutěžní dohody v užším slova smyslu – byť je zřejmé, že hranice mezi dohodou mezi soutěžiteli v užším slova smyslu a jednáním soutěžitelů ve vzájemné shodě může být rozostřená (k tomu např. instruktivní rozhodnutí Komise CPMP/C.39181 ze dne 1.10.2008) – dochází v případě jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě ke koordinovanému jednání soutěžitelů bez existence takové dohody. Ke koordinovanému jednání dochází sdílením informací (tu o nabídkách jednotlivých soutěžitelů), na základě kterých pak soutěžitelé postupují (aniž by nutně museli postupovat co do výsledku zcela shodně, to by typicky v případě jednání typu bid-rigging postrádalo logiku); není nutné, aby koordinace vycházela z podrobného plánu spolupracujících soutěžitelů, postačuje prokázání přímého či dokonce nepřímého kontaktu zúčastněných soutěžitelů, eventuálně i prokázání částečného kontaktu (přímého či nepřímého mezi částí soutěžitelů), pokud následný projev na trhu nelze vysvětlit jinak než coby důsledek předchozího (přímého či nepřímého) kontaktu. Jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě tedy už z povahy věci zásadně je úmyslným správním deliktem; pro naplnění znaků jednání ve vzájemné shodě (koordinovaného postupu) je nezbytné prokázat 1) koordinaci stran (výměnu informací) týkající se jejich budoucího jednání, 2) projev této koordinace na trhu (podání nabídek v zadávacím řízení) a 3) příčinnou souvislost mezi koordinací soutěžitelů a jejím faktickým projevem na trhu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 40/2007-204 ze dne 30.9.2008). Hluběji prokazovat úmysl, bylo-li prokázáno samotné jednání ve vzájemné shodě typu bid-rigging, nebylo třeba.
51. Pokud jde o samotné prokázání jednání ve vzájemné shodě, pak v nyní posuzované věci není pochyb o tom, že žalovaný své rozhodnutí vystavěl na nepřímých důkazech. U nepřímých důkazů je třeba mít na zřeteli, že případný vztah k dokazované skutečnosti (existence jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě) mohl vzniknout nahodile. Při hodnocení nepřímých důkazů je proto nezbytné hodnotit takový důkaz v kontextu dalších provedených (nepřímých) důkazů. To, že žalovaný vycházel pouze z nepřímých důkazů, není v případě prokazování jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě neobvyklé. Jestliže by žalovaný získal přímé důkazy o jednotném protisoutěžním postupu soutěžitelů, jednalo by se pravděpodobně o protisoutěžní dohodu v užším slova smyslu. Je zřejmé, že dokazování jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě je v porovnání s dalšími dvěma typy dohod dle § 3 odst. 1 ZOHS nejobtížnější. Žalovaný dovodil jednání soutěžitelů z okolností objasňujících chování soutěžitelů na trhu a z existence kontaktů mezi soutěžiteli. Takto lze existenci koordinovaného jednání soutěžitelů prokázat. Právě z důvodu obtížného prokazování jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, kdy soutěžitelé koordinaci realizují skrytě (v utajení), zdroje informací jsou často omezené, útržkovité a často je třeba využít dedukci (rozsudek Tribunálu ve věci T-68/09 ze dne 10.10.2014), je třeba tyto okolnosti zohlednit v rámci hodnocení důkazů. To však neznamená, že by žalovaný mohl rezignovat na prokázání existence zákonných podmínek pro aplikaci § 3 odst. 1 ZOHS. Při hodnocení konkrétního chování soutěžitele je podmínkou pro využití nepřímého důkazu spočívajícího v chování soutěžitelů vyloučit jiný důvod takového chování.

52. Klíčovým (nepřímým) důkazem, o který žalovaný opřel svůj závěr o protisoutěžním jednání žalobců, byly shodné poměry jednotkových cen v nabídkách jednotlivých soutěžitelů. Žalovaný ke zkoumaným veřejným zakázkám vždy zpracoval tabulku zobrazující vzájemné poměry jednotkových nabídkových cen. Tabulka týkající se veřejné zakázky EÚO ZŠ E. Valenty, Prostějov (č.l. 9757 až č.l. 9759 správního spisu) obsahuje koeficienty vyjadřující poměr mezi jednotkovými nabídkovými cenami. Je pravdou, že zdaleka ne u všech dílčích položek zůstal v rámci podtypu plnění zachován stejný poměr. Výskyt shodných poměrů mezi některými položkami je ovšem natolik častý, že zdejší soud dává žalovanému za pravdu, že tato skutečnost může spolehlivě indikovat kooperaci při podávání nabídek. Shodné poměry nelze vysvětlit hypotetickým využíváním vzorových ceníků RTS, jak je zřejmé z tabulky zpracované žalovaným obsahující porovnání nabídek s údaji poskytnutými RTS a.s. (č.l. 9760 až č.l. 9763 správního spisu). Část položek nebyla do vzorových ceníků zahrnuta (72) a většina (203) těch položek, které ve vzorových cenících byly obsaženy (267), se od hodnot ve vzorových cenících odlišuje. Z tabulek zpracovaných žalovaným vyplývá, že u většiny položek, které byly zahrnuty také do ceníků RTS, nelze vysledovat existenci cenového vzorce (koeficientu či poměru) a z ničeho tak neplyne, že by žalobci, kteří podali nabídku, vycházeli ze vzorových ceníků RTS. U nabídkových rozpočtů žalobce b), jehož nabídka byla vybrána, a žalobce d) lze identifikovat položky, jejichž jednotkové ceny jsou totožné i přesto, že se jednalo o jednotkové ceny ve výši jednotek až stovek tisíc Kč. Zdejší soud dává za pravdu žalovanému také ve vztahu k dalšímu skutkovému zjištění; zatímco u shodných rozpočtových položek žalobce d), tj. takových, které se v rozpočtu tohoto žalobce vyskytovaly opakovaně i v jiných částech rozpočtu, byly jejich jednotkové ceny shodné, v části, ve které se vyskytovalo 19 shodných položek s nabídkou žalobce b), byla jednotková cena u opakující se položky odlišná – v podrobnostech lze plně odkázat na poznámku pod čarou č. 98 prvostupňového rozhodnutí. Ze shora uvedeného je dostatečně zřejmé, že vzájemné poměry mezi položkami nabídkových rozpočtů a další uvedené podobnosti mohou indikovat spolupráci (nějakou formu koordinace) při jejich vytváření.
53. Vyjma podobností položek v rozpočtu přihlédl žalovaný k dalším nepřímým důkazům – ke shodným vlastnostem souborů uložených na CD, která byla přiložena k nabídkám. U veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty, Prostějov je z podkladů ve správním spisu (kopie náhledů do vlastností souborů i z kopií CD) zřejmé, že v souboru s rozpočtem žalobců a), d), e) a SYNER Morava, a.s. byl ve vlastnostech dokumentu uveden žalobce b) a jako autor jeho zaměstnanec – Ing. Václav Bakala. V souboru nabídky žalobce d) a SYNER Morava, a.s. byla jako autorka poslední změny souboru uvedena další pracovnice žalobce b). Konečně v části „vlastní“ ve vlastnostech rozpočtu bylo v rozpočtu všech soutěžitelů, kteří podali nabídku – žalobců a), b), c), d), e, g) a SYNER Morava, a.s. – uvedeno jméno a elektronický kontakt (pracovní e-mail) pracovníka žalobce b). Výskyt údajů úzce souvisejících se žalobcem b) ve vlastnostech elektronických rozpočtů předložených dalšími soutěžiteli je tak významnou indicií pro závěr o protisoutěžní koordinaci mezi žalobci a), b), c), d), e) a g) u veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty. Vyjma souborů s rozpočtem byly shodné údaje opět související se žalobcem b) obsaženy také v souborech s časovým a finančním harmonogramem, které předložili žalobce a), d) a SYNER Morava, a.s. a částečně také (v části „autor poslední změny“) žalobce c). Za tohoto stavu další indicie zjištěné žalovaným – poznámky jednatele žalobce b) zajištěné při místním šetření naznačující spolupráci se žalobcem d) (jako členem sdružení) a SYNER Morava, a.s. 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 žalobců a), b), c), d), e) a g) v případě veřejné zakázky EÚO ZŠ E.Valenty spočívající v koordinaci účasti a nabídek. Vybraným uchazečem u této zakázky byl žalobce b), k narušení hospodářské soutěže tak nepochybně došlo.
54. Žalobci zpochybňují postup žalovaného při zjišťování položek, které byly zahrnuty ve vzorových cenících RTS a ÚRS. Správním spisem prochází výzvy žalovaného, kterými autory těchto ceníků

vyzval k vyplnění slepých rozpočtů, které odpovídaly rozpočtům ze zkoumaných veřejných zakázek. Zdejší soud považuje postup žalovaného, který si vyžádal údaje přímo od zpracovatelů, tj. autorů vzorových ceníků, a ty pak sám zkoumal ve vztahu k nabídkovým rozpočtům, za možný a navíc i rozumný. Ze žádostí žalovaného o vyplnění slepých rozpočtů ani z odpovědí RTS a ÚRS neplyne, že by neměly být vyznačeny položky, které byly evidovány pouze ve specifických cenících. 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. Autoři vzorových ceníků jsou nepochybně nejlépe obeznámeni s jejich obsahem. Podle zdejšího soudu tak žalovaný nepochybil, vyžádal-li si od zpracovatelů vzorových ceníků informace o jednotlivých položkách formou slepého rozpočtu.

55. Žalobce d) uvedl, že z kapacitních důvodů zadal vypracování rozpočtu Ing. Bakalovi, který byl zaměstnancem žalobce b). Této legendě zdejší 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 v elektronických dokumentech (rozpočet a harmonogram), které žalobce d) přiložil k nabídce. Aniž by tak zdejší soud musel zkoumat, zda Ing. Bakala skutečně pro žalobce d) zpracoval nabídkový rozpočet, z dalších indicií (autor poslední změny, poznámky jednatele žalobce b/) jasně plyne účast žalobce d) na kartelu.
56. Z tabulky obsahující porovnání nabídek k veřejné zakázce Lázně – rekonstrukce podhledu a prosklené stěny (č.l. 3711 až č.l. 3712 správního spisu) 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 Prostějov, výrobní družstvo. Podle tabulek porovnávajících nabídkové ceny se vzorovými ceníky RTS a ÚRS (č.l. 9713 a č.l. 9714 správního spisu) je zjevné, že ani u této veřejné zakázky nemohla být častá shoda poměrů nabídkových cen žalobce d) a Mechaniky Prostějov, výrobní družstvo způsobena využíváním vzorových ceníků. Častá shoda v poměrech mezi totožnými položkami různých soutěžitelů tedy nemohla pramenit používáním vzorových ceníků. Zároveň dává zdejší soud za pravdu žalovanému v tom ohledu, že nabídkové ceníky žalobce d) a Mechaniky Prostějov, výrobní družstvo obsahovaly shodnou částku u několika položek, u tří shodných položek pak tyto soutěžitelé nevyplnili nabídkovou cenu vůbec. K jedné položce žalobce d) a Mechanika Prostějov, výrobní družstvo shodně přiřadili hodnotu 0 Kč. Další indicií o koordinaci žalobce d) s Mechanikou Prostějov, výrobní družstvo bylo nepochybně také uvedení identifikačního čísla žalobce d) v krycích listech rozpočtů. Je pravdou, že v rámci veřejné zakázky Lázně – rekonstrukce podhledu a prosklené stěny byla uzavřena smlouva se žalobcem b), který u této veřejné zakázky nebyl členem kartelové dohody. 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.
57. Tabulka týkající se veřejné zakázky Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor (č.l. 9742 až č.l. 9748 správního spisu) obsahuje koeficienty vyjadřující poměr mezi jednotkovými nabídkovými cenami soutěžitelů, kteří podali nabídky – žalobců g) a b), g) a d), g) a f), b) a f), d) a f). Také z této srovnávací tabulky poměrů zdejšímu soudu plyne, že zdaleka ne u všech dílčích položek zůstal zachován stejný poměr. Výskyt shodných poměrů mezi některými položkami je ovšem natolik častý, že zdejší soud dává žalovanému za pravdu, že tato skutečnost může dobře indikovat kooperaci při podávání nabídek. Kupříkladu na první straně z celkových sedmi stran tabulky, zejména v intervalu položek 1 až 104, je existence koeficientu určujícího vzájemný poměr mezi položkovými cenami jednotlivých soutěžitelů zjevná. Taktéž na dalších stranách lze u některých skupin položek vysledovat nápadnou shodu. Z tabulky porovnávající ceny položek s údaji poskytnutými RTS a.s. (č.l. 9749 až 9752 správního spisu) sice plyne, že u některých položek mohli soutěžitelé opravdu čerpat ze vzorových ceníků (kupříkladu část 63 – podlahy a podlahové konstrukce na str. 1 a 2 tabulky), avšak množství těchto položek zdaleka nedosahuje počtu položek s nápadně shodným poměrem v tabulce na č.l. 9742 až č.l. 9748

správním spisu. Navíc mnohé položky do vzorových ceníků RTS nebyly ani zahrnuty. Množství položek, jejichž ceny by mohly být ovlivněny ceníky ÚRS, byl zcela zanedbatelný, jak plyne z tabulky porovnávající ceny položek jednotlivých soutěžitelů s ÚRS ceníky (tabulka procházející správním spisem na č.l. 9753 až 9756).

58. Také u této veřejné zakázky vycházel žalovaný nejen z podobností v rozpočtech, nýbrž také z dalších nepřímých důkazů. Možný kontakt mezi soutěžiteli vyvodil žalovaný také ze shodných údajů v elektronických dokumentech – položkových rozpočtech. Zdejší soud souhlasí se žalobci potud, že údaj „Your User Name“ je obvyklým projevem „defaultního“ nastavení textového editoru či tabulkového procesoru. Jestliže je z podkladů procházejících správním spisem patrné, že v zadávací dokumentaci (ve „vzorových“ souborech) byly vlastnosti souborů odlišné, lze považovat za velmi nepravděpodobné, že by žalobci b), d), a g) neměli ve svých textových či tabulkových programech shodně vyplněno uživatelské jméno. Shodný údaj v části „autor“ – byť ve formátu „Your User Name“ ve vlastnostech souborů s rozpočty Stavební úpravy S a Stavební úpravy O v nabídkách tří žalobců – b), d) a g) v kombinaci se shodou u těchto souborů v části „Vytvořeno“ v kombinaci s dalšími shodami v elektronických podkladech představuje další indicii koordinace. I kdyby zdejší soud připustil, že shoda v části „Autor“ (v rozpočtech Stavební úpravy S a Stavební úpravy O) u žalobců b), d) a g) a shoda v části „Autor poslední změny“ (všechny soubory položkových rozpočtů) u žalobců b) a g) byla pouze náhodná, shoda v údaji „naposledy vytištěno“ kooperaci prokazuje zcela určitě. Žalovaný identifikoval – a jeho zjištění odpovídají podkladům ve správním spisu – shodu v údaji „Naposledy vytištěno“, a to ve všech souborech s položkovými rozpočty žalobců b), d), a g) vyjma rozpočtu Stavební úpravy S. Shodný časový údaj („Vytvořeno“) byl uveden také v souborech s rozpočty Stavební úpravy S a Stavební úpravy O, a to v nabídkách žalobců b), g) a g).
59. Také ve vztahu k totožnému formátování dává zdejší soud za pravdu žalovanému, že je-li ve sloupcích elektronického dokumentu stejných řádků shodný formát (typ písma nebo jeho velikost) s výjimkou jednoho sloupce (položkové rozpočty Elektrorozvody vnitřní – slaboproud a Elektrická požární signalizace), a tyto anomálie se v nezměněné podobě vyskytovaly v elektronických nabídkách žalobců b), d) a g) a v listinné nabídce žalobce f), může z této shody vyplývat koordinace mezi uvedenými žalobci. Žalobce f) v elektronické podobě položkové rozpočty nedodal; jeho účast na kooperaci je dostatečně patrná z častého výskytu shodného poměru k cenám položek dalších žalobců a z výskytu shodných formátových nesouměrností v některých položkových rozpočtech, které se vyskytovaly v nabídkách ostatních žalobců, kteří podali své nabídky. Z ručně psaných poznámek zajištěných při místním šetření v obchodních prostorách žalobce b) je zřejmé, že mezi žalobci b) a g) mohlo ke kontaktu dojít (2.3.2009) dva dny před zveřejněním veřejné zakázky Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor ve Věstníku veřejných zakázek (4.3.2009). Být by toto zjištění samo o sobě nemuselo ve vztahu k prokázání koordinace obstát, v kontextu dalších shora uvedených skutkových zjištění dokresluje existenci vazeb mezi žalobci b) a g). Vzhledem k uvedenému tak žalovaný ani ve vztahu k této veřejné zakázce nepochybil, dospěl-li k závěru o jednání žalobců b), d), f) a g) ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS. Narušení hospodářské soutěže je zřejmé; vyjma účastníků kartelu jiný soutěžitel nabídku nepodal a zadavatelem poptávané plnění bylo poskytnuto žalobcem g).
60. Obdobně ze srovnávací tabulky k veřejné zakázce Rekonstrukce Sportcentrum, dům dětí a mládeže, Olympijská 4 Prostějov (č.l. 9716 až 9731 správním spisu) je patrné, že v jednotkových nabídkových cenách žalobců b), c), f) a g) se nápadně často vyskytují shodné poměry. Z tabulky týkající poměru jednotkových cen v nabídkách jednotlivých soutěžitelů a ceníků RTS je zcela zřejmé, že nabídkové ceny v opakovaně stejném poměru nemohlo způsobit užití vzorového ceníku RTS (č.l. 9732 až č.l. 9736 správním spisu) a totéž lze konstatovat k ÚRS ceníku (tabulka žurnalizovaná ve správním spisu na č.l. 9739 až č.l. 9741). 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. Shoda v údajích „Naposledy vytištěno“ v souboru s položkovým rozpočtem Měření a regulace v nabídkách žalobců b), c) a g) a tatáž shoda v souboru s rozpočtem Elektrická požární signalizace v nabídkách žalobců b) a c) nemá podle zdejšího soudu jiné vysvětlení, než že se tito žalobci nabídky koordinovali. Narušení hospodářské soutěže je opět zjevné; vyjma žalobců b), d), f) a g) jiný soutěžitel nabídku nepodal a veřejná zakázka byla realizována žalobcem g). Byť žalobce f) nepředložil svoji nabídku elektronicky, a jeho účast na kartelu tak bylo možné prokázat pouze na základě výskytu shodných či podobných poměrů jeho položkového rozpočtu ve vztahu k nabídkám ostatních uchazečů, postačoval tento nepřímý důkaz k zahrnutí žalobce f) do kartelu spolu s ostatními.

61. 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 skupinou (nepřímých) důkazů tvořily dílčí části nabídek žalobců v dílčích zadávacích řízeních. Z podkladů shromážděných žalovaným promítnutých do „srovnávacích tabulek“ vytvořených žalovaným je zřejmé, že nabídky žalobců vykazovaly shodné znaky (totožné vlastnosti elektronických dokumentů) a významná část položek v rozpočtu byla ve shodném poměru (existence cenového vzorce). Přitom z podkladů poskytnutých ÚRS Praha, a.s. a RTS, a.s. vyplývá, že podobnost nabídek nemohla pramenit z využívání vzorových ceníků. Zdejší soud rozumí argumentaci žalobců, že v případech, kdy prokazovali kvalifikaci prostřednictvím subdodavatelů, nelze vyloučit, že se na realizaci zakázky, a tedy i na zpracování dílčích položek v nabídkovém rozpočtu, mohli podílet jiní v nabídce neuvedení subdodavatelé. Z napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, zda soutěžitelé v nabídce deklarovali užití institutu subdodavatele, či zda soutěžitelé dodatečně identifikovali subdodavatele, se kterými poskytovali plnění veřejných zakázek na výzvu žalovaného. Byl-li žalovanému subdodavatel u konkrétní nabídky znám, zabýval se v prvostupňovém rozhodnutí žalovaný také tím, zda podobnost nabídek mohla pramenit z využití totožného subdodavatele, což žalovaný vyvrátil. Také podle zdejšího soudu podobnost nabídek v různých ohledech (shora) nemohla pramenit z využívání stejných subdodavatelů. Žalobci tuto žalobní námitku vystavěli na ryze obecné argumentaci, tj. pouze že podobnost nabídek by mohla souviset s výběrem totožného subdodavatele, kterého však blíže nspecifikovali, byť k tomu byli žalovaným vyzváni (č.l. 8850 až 8882 správního spisu). Namítá-li žalobce d), že podobnost jeho nabídky mohla pramenit ze spolupráce s Mechanikou Prostějov, výrobní družstvo, nemohla tato spolupráce týkající se pouze výplně otvorů odůvodnit další podobnosti v nabídkách žalobce d) a ostatních soutěžitelů. Obdobně hypotetická účast subdodavatele ELMAR group spol. s r.o. či specifika některých řemesel nemohla vysvětlit rozsáhlé shody v nabídkách. Zdejší soud připouští, že plynutí času mohlo mít jistý vliv na možnosti zpětné rekonstrukce vztahů žalobců s jejich subdodavateli. Jestliže žalovaný důsledně zkoumal možný vliv subdodavatelů, které bylo možné identifikovat na základě nabídek soutěžitelů či jejich dodatečných sdělení, a žalobci neposkytli ani v rámci žalobních námitek bližší specifikaci možných dalších subdodavatelů, dává zdejší soud za pravdu žalovanému, že vyvrátil možnost podobnosti cenových nabídek (nabídkových položek) z důvodu shody v osobě subdodavatele. Pak podle zdejšího soudu není jiné alternativní možnosti vysvětlující podobnosti v nabídkách, než že žalobci jednali ve vzájemné shodě a koordinovali svoji nabídky.
62. 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 nemá zdejší soud pochyb o tom, že ze strany žalobců šlo nejméně o úmysl nepřímý.

63. Namítá-li 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, nedává mu zdejší soud ani k této argumentaci za pravdu. 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.
64. 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 hard-core dohod, mezi které 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, u veřejné zakázky Lázně – rekonstrukce podhledu a skleněné stěny pak bylo cílem dohody její narušení, byť k samotnému narušení hospodářské soutěže (k zamýšlenému následku) nedošlo. Protisoutěžní dohody tak u všech čtyř veřejných zakázek byly zakázanými dohodami, jejichž cílem nebo výsledkem bylo narušení hospodářské soutěže.
65. Pokud jde o relativně oddělitelný okruh žalobních námitek žalobce f), jež souvisejí s tím, že tento žalobce nepodal nabídku elektronicky (a tedy žalovaný nevysledoval žádné podobnosti ve vztahu k vlastnostem elektronických dokumentů, jež obsahovaly nabídky v případě třetí a čtvrté veřejné zakázky), ani ty nejsou důvodné. Přestože zdejší soud uznává, že ve vyjádření k žalobě žalobce f) žalovaný zřejmě nesprávně zjednodušeně argumentoval co do vlastností elektronických dokumentů, podstatné je, že napadené rozhodnutí částečně odlišnou situaci žalobce f) vyvolanou právě tím, že ten nepodal nabídky elektronicky, korektně reflektuje. V případě veřejné zakázky Zámek v Prostějově – zřízení víceúčelových výstavních prostor 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). Žalovaný tedy sice elektronické vlastnosti dokumentů porovnával pouze ve vztahu k nabídkám žalobců b), d) a g), a tedy v tomto směru se argumentace žalovaného na žalobce f) neuplatní, avšak nabídka žalobce f), bez ohledu na to, že nebyla podána elektronicky, obsahovala stejné odlišnosti ve formátování několika položek, odlišně od zbývajících části rozpočtu a odlišně od formátování těchto položek v zadávací dokumentaci, a shodný cenový vzorec. V případě veřejné zakázky Rekonstrukce Sportcentrum, dům dětí a mládeže, Olympijská 4 Prostějov také žalovaný porovnával elektronické verze rozpočtů pouze jiných žalobců než žalobce f), ovšem i v jím podané nabídce dovodil jinak nevysvětlitelnou shodu či podobnost poměrů položkového rozpočtu ve vztahu k nabídkám ostatních žalobců.
66. Pokud jde o argumentaci usnesením Policie České republiky č.j. KRPM-113709-178/TČ-2016-140080 ze dne 11.5.2018 o odložení věci, pak z dokazování u jednání soudu (k návrhu žalobce b/) sice vyplynulo, že věc týkající se podezření z protisoutěžního jednání (jež se mimo jiné věcně kryje s nyní posuzovanou věcí) byla odložena podle § 159a odst. 1 trestního řádu, neboť nebylo dáno podezření z přečinu a nebylo namístě věc vyřídit jinak, avšak sama policie vycházela z podezřelé podobnosti jednotlivých nabídek u veřejných zakázek, jež jsou předmětem nyní posuzované věci, ale především i žalovaný – podle zdejšího soudu správně – vycházel z toho, že odložení věci policií nemohlo předurčit správně nepotrestání žalobců za porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže. Bez ohledu na důvody, které policií vedly k odložení věci, bylo řízení před žalovaným řízením samostatným, v němž mohl – nezávisle na závěrech policie

ohledně podezření z přečinu – samostatně otázku porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže posuzovat.

67. Pokud jde tedy o hmotněprávní závěry, zdejší soud bez výhrad souhlasí se žalovaným. Jeho dílčí úvahy by zdejší soud mohl již jen zopakovat či parafrázovat, nad rámec shora uvedeného to však pro dokreslení téhož pohledu na věc nepokládá za potřebné. Z hlediska dostatečnosti skutkového podkladu nebylo třeba vést ze strany žalovaného další dokazování, proto ani zdejší soud k dalšímu dokazování (nad rámec již shora uvedeného) nepřistoupil.
68. Pokud jde o potrestání žalobců, zdejší soud vychází ze silného přesvědčení, že kartelové jednání se soutěžitelům nesmí vyplácet. Podle § 22a odst. 1 písm. b) ZOHS, který nabyl účinnosti dne 1.9.2009, se právnická nebo podnikající fyzická osoba jako soutěžitel dopustí správního deliktu tím, že uzavře dohodu v rozporu s § 3 odst. 1 ZOHS. Podle § 22a odst. 2 ZOHS se za správní delikt podle odstavce 1 písm. b) uloží pokuta do 10 000 000 Kč nebo 10 % z čistého obratu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období. Shodné limity pro ukládání pokut obsahoval také § 22 odst. 2 ZOHS ve znění účinném do 31.8.2009. Jednání žalobců spočívající koordinaci při podávání nabídek (bid-rigging), tedy v jednání ve vzájemné shodě s prvky cenové dohody a dohody o rozdělení trhu, lze nepochybně hodnotit jako dohody s tvrdým jádrem – protisoutěžní dohody nejzávažnějšího typu. To se ve výši pokuty musí nutně projevit.
69. Žalobci tvrdí likvidační charakter uložených pokut. To, zda součet všech uložených pokut výrazně převyšuje hodnotu konkrétní veřejné zakázky, není při posuzování přiměřenosti uložených pokut významné, neboť celková suma uložených pokut je dána závažností protisoutěžního jednání a počtem účastníků protisoutěžních dohod.
70. Při stanovení základní částky pokuty vycházel žalovaný ze sazby 1,7 % a 1,45 % hodnoty prodeje v závislosti na závažnosti správního deliktu, kterou určil žalovaný podle hodnoty veřejné zakázky. To podle zdejšího soudu odpovídá závažnosti a dopadu jednání žalobců. Za přitěžující okolnost považoval žalovaný úmyslné zavinění (20% navýšení pokuty). Bylo-li spácháno více správních deliktů, vycházel žalovaný z hodnoty dotčené veřejné zakázky a za každý další delikt tak navýšil pokutu v rozmezí od 15 % do 22 % v závislosti na hodnotě zakázky. Je zřejmé, že hodnota zakázky byla pro žalovaného orientačním kritériem, které žalovaný nezohledňoval v přesném poměru. Takový postup je jistě možný, neboť ZOHS neukládá žalovanému, aby vycházel z hodnoty veřejné zakázky. V případě, že by takto vypočítaná pokuta nebyla citelná, vyhradil si žalovaný navýšení pokuty na 0,5 % z celkového čistého obratu. Takto vymezená pravidla pro stanovení pokuty považuje zdejší soud za rozumná za předpokladu, že výsledná výše pokuty nebyla vzhledem k finanční situaci žalobce nepřiměřená. Uložená pokuta, byť by měla citelně zasáhnout do majetkové sféry delikventa tak, aby dosáhla svého cíle (preventivní a represivní funkce), musí být uložena ve výši, která není likvidační (rdousící).
71. Z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je patrné, že žalovaný podle shora uvedeného (jím předem stanoveného) algoritmu postupoval. Při určení celkové hodnoty prodeje za příslušné účetní období žalovaný vycházel ze sdělení žalobců či z veřejně dostupných zdrojů. Případná pochybení žalovaného korigoval předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí (bod 241. napadeného rozhodnutí). Je pravdou, že prvostupňové rozhodnutí ve vztahu k posouzení přiměřenosti pokut bylo strohé. V případech, kdy byly v rozkladu uplatněny konkrétní námitky, doplnil úvahy o přiměřenosti pokut předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí (především od bodu 255. napadeného rozhodnutí). Přes strohost prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, že se žalovaný přiměřeností pokut zabýval. Správním spisem prochází analýzy, v rámci kterých žalovaný zkoumal finanční kondici žalobců. Vyjma analýzy likvidačnosti pokuty ve vztahu k žalobci g), která však byla doplněna v rozkladovém řízení o aktuální údaje, neshledal zdejší soud v analýzách žalovaného nesrovnalost, která by vedla k nezákonnosti napadeného či jemu předcházejícího rozhodnutí. Žalovaný zkoumal míru zadluženosti žalobců, strukturu zdrojů a další ukazatele jejich hospodářské situace.

72. V této souvislosti dává zdejší soud za pravdu žalovanému, že úvěr, jehož zesplatněním argumentuje žalobce b), nebyl zahrnut do finančních výkazů.
73. Otázkou likvidačnosti pokuty uložené žalobci g) se velmi podrobně zabýval předseda žalovaného v samostatné příloze napadeného rozhodnutí. Ani k této analýze přiměřenosti uložené pokuty (ve vztahu k finanční situaci tohoto žalobce) nemá zdejší soud výhrady. Podle žalobce g) její provedení dodatečné aktuální analýzy likvidačnosti v řízení o podaném rozkladu zbavilo možnosti uplatnit proti této analýze řádné opravné prostředky. Již před vydáním prvostupňového rozhodnutí žalobce g) navrhol, aby žalovaný doplnil stávající analýzy o údaje za hospodářský rok 2017 a 2018. Je pravdou, že proti závěrům nové analýzy likvidačnosti („Posouzení likvidačnosti pokuty společnosti POZEMSTAV Prostějov, a.s.“ na č.l. 10811 a násl. správního spisu) nemohl žalobce g) brojit řádným opravným prostředkem, na správní řízení je však třeba nahlížet jako na jeden celek a je možné, aby odvolací orgán (tu předseda žalovaného) prvostupňové rozhodnutí doplnil či odstranil jeho vady. Žalobce g) se domáhal, aby při posuzování likvidačnosti uložené pokuty bylo přihlédnuto k jeho aktuální ekonomické situaci, čemuž předseda žalovaného vyhověl právě vyhotovením nové analýzy. Žalovaný se zabýval otázkou přiměřenosti a dopadů pokut na žalobce, jak je patrné z analýz žurnalizovaných ve správním spisu, přičemž případná pochybení (neaktuální hospodářské údaje žalobce g/) prvostupňového rozhodnutí zhojil jeho předseda.
74. Se závěry analýz se zdejší soud ztotožňuje – zejména z hospodářského výsledku a míry zadlužení je patrné, že uložené pokuty likvidační nebyly. Z podkladů ve správním spisu vyplývá, že v roce 2018 dosáhl žalobce g) zisku 17 800 000 Kč; není tedy pravdou, že uložená pokuta převyšovala jeho zisk. Za tohoto stavu není podle zdejšího soudu dán ani důvod pro moderaci pokuty žalobce g).
75. Ve vztahu ke všem žalobcům je výše uložené pokuty řádně odůvodněna; toto odůvodnění obsahuje jak východiska zahrnující majetkovou situaci žalobců, tak charakter protisoutěžního jednání. Toto odůvodnění rovněž v žádném ohledu nevybočuje z mantinelů diskrece, kterou žalovaný při ukládání pokut, a pokuty se ve výsledku nejeví ani jako likvidační, ani jako obecně nespravedlivé.
76. Zdejší soud tedy ve všech podstatných ohledech sdílí pohled žalovaného. Žalobci postupovali v rozporu s § 3 odst. 1 ZOHS, když ve vzájemné shodě koordinovali účast a nabídky ve vztahu k jednotlivým veřejným zakázkám. Vzhledem k závažnosti jednání žalobců jsou uložené pokuty přiměřené. 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

77. Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobci nebyli ve věci úspěšní, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemají. Úspěšný byl žalovaný, ten však náhradu nákladů řízení nepožadoval ani mu podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává. Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí v řízení nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady vznikly, a k náhradě jiných nákladů zdejší soud neshledal důvod (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

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). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližě 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 25. června 2020

David Raus v.r.
předseda senátu