



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a JUDr. Viktora Kučery v právní věci žalobce: **a) NOSTA, s. r. o.**, se sídlem Svatopluka Čecha 2088/13, Nový Jičín, zast. advokátem JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D, se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, b) žalobce **INVISTA Craft s. r. o.**, se sídlem 4 Května 870, Vsetín, zast. advokátem JUDr. Matějem Brožem, se sídlem Poděbradova 1234/7, Ostrava, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobců a) a b) proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 10. 6. 2019, č. j. 30 Af 13/2017 – 286,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost žalobce a) **s e z a m í t á .**
- II.** Kasační stížnost žalobce b) **s e z a m í t á .**
- III.** Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení o kasačních stížnostech žalobce a) a žalobce b) **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

[1] Kasačními stížnostmi se žalobci a) a b) [dále „stěžovatelé“] domáhají zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu, kterým byly zamítnuty jejich žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 12. 2016, č. j. R123,124/2015/HS-48598/2016/310/HBa; tímto byly zamítnuty rozklady žalobců a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 16. 4. 2015, č. j. ÚOHS-S204/2013/KD-5718/2015/852/DSv, kterým byli žalobci shledáni vinnými ze spáchání správního deliktu proti hospodářské soutěži dle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“). Správního deliktu se dopustili tím, že v období od 31. 10. 2011 do 8. 3. 2012 ve výběrových řízeních v rámci veřejné zakázky „*Dodavatel stavebních prací – KKC II. – Krajské ředitelství policie Zlínského kraje CZ.1.06/3.4.00/05.07008*“; konkrétně v jejich částech *1.1 Kroměříž* a *1.5 Horní Lideč* veřejného zadavatele Česká republika - Krajské ředitelství policie Zlínského kraje, na základě vzájemné komunikace a kontaktů zaslali koordinovaná oznámení o tom, že neposkytnou součinnost a neuzavřou smlouvy o dílo v té části veřejné zakázky, ve které se ta která společnost umístila jako první v pořadí, čímž jednali ve vzájemné shodě při koordinaci postupu ve výběrových

řízení v rámci uvedených částí veřejné zakázky s cílem ovlivnit jejich výsledek, a narušili tak hospodářskou soutěž na trhu pozemního stavitelství na území České republiky. Tím porušili v uvedeném období zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a dopustili se správního deliktu dle § 22a odst. 1 písm. b) zákona o ochraně hospodářské soutěže; za to byl žalobcům uložen zákaz plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě a pokuta - žalobci a) ve výši 4 052 000 Kč a žalobci b) ve výši 1 826 000 Kč.

[2] Krajský soud projednal žaloby ve společném řízení a zamítl je. Rozhodnutí předsedy žalovaného neshledal nepřezkoumatelné ani nezákonné. Dospěl k závěru, že v projednávané věci bylo zahájení správního řízení učiněno na základě podnětu k šetření Ministerstva pro místní rozvoj (ze dne 14. 10. 2012, č. j. MMR-33999/2012-26/2012 - 26), jímž byl žalovaný upozorněn na možné podezření týkající se postupu stěžovatelů ve veřejné zakázce týkající se 5 objektů (budov) patřících zadavateli, a proto byla veřejná zakázka rozdělena na 5 dílčích částí právě podle těchto budov následovně: *1.1 Kroměříž, 1.2 Holešov, 1.3 Bystřice pod Hostýnem, 1.4 Vsetín a 1.5 Horní Lideč* (v každé části veřejné zakázky byly hodnoceny nabídky uchazečů zvlášť a určeno jejich pořadí); podnět ministerstva se přitom týkal dvou částí veřejné zakázky, konkrétně částí *1.1 Kroměříž a 1.5 Horní Lideč*, kdy po vyhodnocení nabídek uchazečů a určení jejich pořadí při výzvě k podpisu smlouvy o dílo obě společnosti stěžovatelů odmítly součinnost. Smlouvy byly tudíž v obou částech veřejné zakázky uzavřeny s druhým uchazečem v pořadí, a došlo tak k faktickému prohození stěžovatelů, neboť ani jeden z nich tímto způsobem nepřišel o možnost plnit některou část veřejné zakázky, ale naopak získal jinou její část za vyšší cenu, neboť každá ze společností stěžovatelů později uzavřela smlouvu o dílo se zadavatelem v té části, kde se původně umístila jako druhá v pořadí.

[3] Dle krajského soudu žalovaný v oznámení o zahájení řízení specifikoval, že předmětem jeho zájmu bude některá z forem koluzivního jednání, tedy porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže; specifikoval rovněž účastníky řízení, mezi nimiž mělo k zakázanému jednání dojít. Za problematickou krajský soud označil v této souvislosti konkretizaci samotného předmětu správního řízení a konkrétního jednání stěžovatelů, neboť v oznámení není uveden jeho bližší popis ani časové ohraničení (předmět správního řízení byl v oznámení o zahájení řízení ze dne 22. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S204/2013/KD-6751/2013/850/DSv, vymezen takto: „*Možné porušení § 3 odst. 1 zákona spatřuje Úřad v jednání ve vzájemné shodě a/ nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a/ nebo v koordinaci nabídek a/ nebo v rozdělení trhu v rámci výběrových řízení v oblasti stavebnictví, zejména v oblasti pozemního stavitelství. Toto jednání účastníků správního řízení bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž na dotčených trzích.*“). Dle krajského soudu žalovaný své podezření ohledně porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže v obecné rovině směřoval na výběrová řízení v oblasti stavebnictví, zejména v oblasti pozemního stavitelství; z dokumentů, které v rámci podnětu k šetření poskytlo Ministerstvo pro místní rozvoj, přitom žalovaný nabyt dostatečné povědomí o skutkových okolnostech věci a měl shromážděny relevantní podklady, které vyvolávaly důvodnou obavu o možném závažném porušení hospodářské soutěže, neboť z ministerstvem podaného podnětu žalovaný měl vědomost o skutkových okolnostech v takovém rozsahu a s takovou mírou věrohodnosti a určitosti umožňujících jejich předběžné právní posouzení. Ačkoli tedy (s ohledem na okolnosti obsažené v podnětu) žalovaný objektivně byl schopen vymezit dostatečně konkrétně předmět správního řízení, učinil tak způsobem popsáním shora, který by dle krajského soudu nemohl bez dalšího obstát. V dané věci však nelze dle krajského soudu odhlížet od skutečnosti, že brzy po zahájení řízení oba stěžovatelé požádali žalovaného o nahlížení do správního spisu, což jim bylo umožněno, tím se seznámili také s obsahem podnětu k šetření ministerstva, včetně k němu připojených listin; a v září roku 2014 se pak uskutečnilo také jednání o proceduře narovnání (viz protokoly ze dne 4. 9. 2014 a 17. 9. 2014, založené na č. l. 276 - 284 správního spisu), v rámci kterého bylo stěžovatelům podrobně sděleno, jaká jsou skutková zjištění žalovaného, jakými důkazy jsou podložena, jak je žalovaný právně kvalifikuje, a jakou lze za ně uložit pokutu. V lednu 2015 pak byly stěžovatelům sděleny

pokračování

výhrady k jejich jednání, v nichž byl skutek popsán v podobě vyhovující požadavkům na formulaci výroku rozhodnutí. Krajský soud tak uzavřel, že je zřejmé, že stěžovatelé měli téměř po celou dobu trvání správního řízení přesnou a jednoznačnou představu o tom, jaké podezření proti nim vyvstalo, přičemž žádný z nich v průběhu správního řízení pochybnost o předmětu řízení nevyjádřil. Z pohledu krajského soudu se tedy v případě takto obecně vymezeného předmětu řízení nejednalo o vadu, která by měla za následek nezákonnost vydaných správních rozhodnutí, neboť oba účastníci řízení byli po zahájení správního řízení seznámeni s tím, jaké jejich jednání je předmětem zkoumání žalovaného, a jejich právo účinně se v řízení hájit nebylo nikterak porušeno ani zasaženo. Krajský soud dospěl k závěru, že ze způsobu, jakým bylo správní řízení zahájeno, nelze dovozovat nevědomost stěžovatelů o předmětu řízení a z toho plynoucí újmu na možnosti se v řízení účinně hájit.

[4] Krajský soud neshledal důvodnou ani námitku nezákonnosti samotných místních šetření; k této otázce odkázal na četnou judikaturu vycházející zejména z rozsudku ESLP ve věci *DELTA PEKÁRNÝ* proti České republice, stížnost č. 97/11, v intencích závěrů rozsudku ESLP krajský soud podrobně hodnotil, zda v projednávané věci místní šetření provedená žalovaným vyhověla požadavkům zákonnosti, sledovala legitimní cíl a byla nezbytná, resp. přiměřená sledovanému cíli. Zákonnou oporu pro provedení místního šetření dovodil krajský soud přímo ze znění § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže, který žalovanému umožňuje tato šetření provádět; není dle soudu rovněž sporu, že jimi žalovaný sledoval legitimní cíl, jímž je ochrana hospodářské soutěže. Pokud jde o posouzení vhodnosti místního šetření (ve smyslu adekvátnosti využití tohoto procesního institutu vzhledem ke konkrétním skutkovým okolnostem, jaké byly dány na počátku místního šetření), krajský soud zkoumal, zda žalovaný před zahájením příslušného místního šetření disponoval konkrétními skutkovými zjištěními, která jej vedla k zahájení správního řízení a k uskutečnění místních šetření. Krajský soud neshledal, že by žalovaný při provádění místních šetření postupoval vůči stěžovatelům excesivním způsobem; dle soudu žalovaný při zajišťování a shromažďování důkazního materiálu (v podobě emailové korespondence, ručně psaných poznámek ad.) nevybočil z mezí konkrétního zadávacího řízení a držel se vymezeného předmětu; veškeré dokumenty, které žalovaný takto získal a opatřil, se staly součástí správního spisu, přičemž z jejich obsahu je zřejmé, že žalovaný shromažďoval toliko ty dokumenty, které se týkaly zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, již se týkalo podezření; neshledal, že by se jednalo ze strany žalovaného o prohledávání záznamů v neomezeném rozsahu, a tedy o tzv. *fishing expedition* (rybářskou výpravu).

[5] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce nedostatečně zjištěného skutkového stavu; naopak dospěl k závěru, že shromážděné důkazy prokázaly jednání ve vzájemné shodě a jeho jednotlivé fáze, včetně příčinné souvislosti. Odkázal na četnou judikaturu Soudního dvora EU, ze které na případ stěžovatelů dopadá závěr, aby jednání stěžovatelů bylo jednáním zakázaným (jednáním ve shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže), musí v něm být zahrnuty dva druhy prvků: jednak prvek subjektivní, jímž je určité a okolnostmi odůvodněné budoucí očekávání jednotlivých soutěžitelů, a kromě toho prvky objektivní, jimiž jsou vzájemné kontakty mezi soutěžiteli, a jednání na trhu, které souvisí s předchozími kontakty. Žalovaný tedy v případě tohoto typu deliktu (kartelové dohody) musí především prokázat buď existenci kontaktů mezi soutěžiteli, jejichž důsledkem je jednání na trhu, nebo takové jednání na trhu, které nelze racionálně zdůvodnit jinak než předchozím kontaktem. Krajský soud konstatoval, že žalovaný kontakty mezi stěžovateli opřel jednak o e-mailovou korespondenci, jednak o ručně psané poznámky, které žalovaný zajistil při šetření v obchodních prostorách; poukázal na to, že ačkoli by uvedená korespondence (posuzována izolovaně a bez vazby na celkový průběh zadávacího řízení) mohla vyvolávat dojem, že se jedná o běžnou obchodní korespondenci, jak se pokoušejí navodit stěžovatelé, shromážděné důkazy tvoří ve svém souhrnu řetězec nepřímých důkazů, poskytujících ucelený obraz o skutkovém stavu celé věci; postup stěžovatelů byl koordinovaný a účelový – s úmyslem rozdělit si předmětnou zakázku prostřednictvím „prohození“ jejich

konkrétních vysoutěžených částí tak, aby byly zadány dohodnutému soutěžiteli, přičemž tento úmysl byl také realizován; stěžovatelé věděli, že na základě vzájemně koordinovaného odstoupení nepřijdou o tu kterou část veřejné zakázky, čímž úmyslně eliminovali původní výsledek výběrového řízení, a dosáhli tak výsledku nového, avšak za vyšší ceny – tedy k újmě zadavatele a veřejných rozpočtů, neboť na požadovaná díla musely být vynaloženy vyšší finanční prostředky.

[6] Krajský soud nepřisvědčil ani argumentaci stěžovatelů „koluzním jednáním“, neboť v předcházejícím řízení bylo prokázáno, že postup stěžovatelů nebyl nahodilý; shodně s předsedou žalovaného konstatoval, že motivace jednání účastníků řízení byla pro účely vedeného správního řízení nepodstatná, a tedy nebylo nutno prokazovat veškeré podrobnosti jednání stěžovatelů, a tedy ani jejich ekonomické pohnutky či dohody stran vzájemně poskytovaných protiplnění; dodal, že vytýkané jednání účastníků z podstaty věci mnohdy není vysvětlitelné jinak než tajnou dohodou, přičemž je obvyklé, že činnosti, kterými jsou tyto praktiky a dohody propojeny, se odehrávají tajně, a že tedy i s tím související dokumentace je omezena na minimum. Existenci protisoutěžního jednání nebo protisoutěžní dohody lze proto často dovodit pouze z určitého počtu shod okolností a indicií, které (jsou-li nahlíženy vcelku) mohou představovat důkaz porušení pravidel hospodářské soutěže (rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Aalborg Portland ad. vs. Komise*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P). Důvodními krajský soud neshledal ani žalobní námitky stran nehodnocení racionálního a ekonomického zdůvodnění odstoupení od smluv z důvodu kapacitní vytíženosti stěžovatele b) a nízké nabídkové ceny a geografické lokace, které mohly ovlivnit celkovou ziskovost stěžovatele a). Krajský soud ve vztahu k této argumentaci uvedl, že díla dle obou smluv o dílo měla být provedena v termínu 4 - 7/2012, nabídkové ceny v obou částech 1.1 *Kroměříž* a 1.5 *Horní Lideč* zadávacího řízení se lišily cca o jednu šestinu, tj. o 552 tis. Kč bez DPH. Z obsahu smluv o dílo a výše nabídkových cen (potažmo cen za dílo) tak bylo patrné, že smlouvy měly být plněny ve stejném období a ve velmi srovnatelných objemech. Ve světle těchto skutečností se proto vysvětlení stěžovatelů stran nepřijetí té které konkrétní části veřejné zakázky jeví dle soudu nepřesvědčivé a účelové.

[7] K námitce stěžovatele b) stran oprávnění svého zaměstnance, Ing. K. T., vedoucího stavební divize, za něj jednat (odstoupení z části zadávacího řízení bylo učiněno bez vědomí jednatelů a nebylo statutárními orgány aprobováno), krajský soud uvedl, že z ničeho není zřejmé, že by stěžovatel v kterémkoli okamžiku průběhu zadávacího řízení tyto úkony svého zaměstnance zpochybnil a neakceptoval je; z hlediska jeho pracovního zařazení a funkce nebyly dány pochybnosti ani o tom, že by tento pracovník jakkoli překračoval své pravomoci, přičemž i z popisu pracovní činnosti Ing. K. T. vyplývalo, že odpovídal za komunikaci s dodavateli v oblastech technických, popř. smluvních, což v širším smyslu může představovat a zahrnovat i komunikaci se zadavatelem v zadávacím řízení. Z obsahu správního spisu je patrné, že Ing. K. T. jako hlavní stavbyvedoucí a vedoucí stavební divize, vystupoval z titulu své funkce v zadávacím řízení vůči zadavateli, mj. poskytoval vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny v některých částech veřejné zakázky a následně zadavateli sdělil, že stěžovatel v části 1.1 *Kroměříž* ze zadávacího řízení odstupuje a smlouvu o dílo jako vybraný uchazeč neuzavře. Krajský soud zdůraznil, že v případě dohody ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže není nutné pro její postih ze strany žalovaného, aby byla tato uzavřena statutárním orgánem či osobou zmocněnou, v praxi tomu tak zpravidla ani nebývá. Podstatu problému tak nepředstavuje skutečnost, kdo je formálně oprávněn za soutěžitele navenek jednat, ale konkrétní chování soutěžitele na trhu, za které soutěžitel nese odpovědnost (např. právě v podobě koordinované nabídky). Stěžovatel tedy nese za uvedený správní delikt objektivní odpovědnost, tj. odpovědnost za výsledek, a to bez ohledu na míru svého zavinění, přičemž své úkony činí navenek i prostřednictvím zaměstnanců, které je z hlediska soutěžněprávní doktríny stěžovateli jako soutěžiteli přičitatelné.

pokračování

[8] K žalobním námitkám ohledně vymezení relevantního trhu (který měl být vymezen úžeji pouze jako trh stavebních oprav a údržby) krajský soud uvedl, že žalovaný při posuzování prací prováděných v rámci dotčených částí veřejné zakázky vycházel z projektové dokumentace a v ní obsažených zpráv o stavebně-technickém popisu prací. Z jejich přehledu (viz k tomu blíže č. l. 194 a násl. správního spisu) je zřejmé, že se jednalo o univerzální stavební činnost - na sebe navazující stavební práce, počínaje demolicí a odstraněním určitých částí staveb, přes provedení potřebných zemních prací a úprav a základových konstrukcí, dále o zednické práce týkající se svislých a dělicích konstrukcí a příček s navazujícími pracemi na vodorovných konstrukcích, izolace proti zemní vlhkosti a vodě, jakož i řadu dalších prací. S ohledem na komplexní rámec a povahu těchto prací proto žalovaný vymezil relevantní trh jako (běžné) pozemní stavitelství, kdy vycházel ze své dosavadní rozhodovací praxe (např. rozhodnutí ze dne 19. 5. 2004 ve věci S 262/03-2167/04), v rámci které vymezuje relevantní trhy v oblasti stavebnictví jako trh inženýrského stavitelství a trh pozemního stavitelství. Do trhu pozemního stavitelství náleží převážně výstavba budov, a to ať už budov bytových či nebytových, do trhu inženýrského stavitelství náleží dopravní díla, vedení trubní, telekomunikační a elektrická, soubory staveb pro průmyslové účely a ostatní inženýrská díla. Tomuto posouzení krajský soud přisvědčil; předseda žalovaného se v odůvodnění rozhodnutí (viz bod 102. a násl.) též podrobně vypořádal s uplatněnou argumentací, proč nebylo možné využít klasifikaci ekonomických činností (CZ-NACE) vedenou ČSÚ, ani klasifikaci předmětu veřejné zakázky dle společného slovníku pro veřejné zakázky (dále jen „CPV“), která slouží k usnadnění vyhledání podnikatelských příležitostí (zejména pro zahraniční uchazeče je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek) a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách. Krajský soud se tedy nepřiklonil k tomu, že by relevantní trh bylo možno vymezit úzce pouze jako trh rekonstrukčních prací, neboť v takovém případě by nepokrýval rozsah veškerých prací požadovaný zadavatelem. Rovněž z hlediska geografického se krajský soud ztotožnil s posouzením žalovaného, který relevantní trh vymezil jako území celé České republiky, a neshledal žádné důvody pro členění území na menší celky či oblasti, které by ve vztahu k pozemnímu stavitelství vykazovaly natolik specifické podmínky, že by je bylo třeba vymezovat jako samostatné geografické trhy.

[9] K namítané nezákonnosti uložených pokut krajský soud uvedl, že postup žalovaného při stanovení základní částky pokuty vycházel ze „Zásad postupu při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění“, ze kterých vyplývá, že stanovení základní částky pokuty se uskutečňuje jednotlivě pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání, jemuž je pokuta ukládána. Základní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném relevantním trhu, typovou závažnost protisoutěžního jednání a jeho délku. Vzhledem k tomu, že stěžovatelům bylo vytýkáno porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, krajský soud se ztotožnil s hodnocením žalovaného, který tyto praktiky v podobě „dohody“ *bid rigging* vyhodnotil jako tzv. kartel s tvrdým jádrem (*hard core*) představující typově nejzávažnější formu protisoutěžního jednání, která dle Zásad (viz body 20. až 22.) spadá do kategorie velmi závažných porušení zákona; za tyto delikty přitom žalovaný konstantně ukládá nejprísnější pokuty, a tedy výchozí podíl byl stanoven jako 3 % hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu, což v rozhodovací činnosti žalovaného představuje dlouhodobou a ustálenou správní praxi, na kterou krajský soud v konkrétních případech odkázal. Tento postup krajský soud neshledal excesivním ani vybočujícím z mezí správního uvážení. Krajský soud dospěl k závěru, že pokuty byly uloženy v zákonných mantinelech a při hodnocení jednotlivých kritérií správní orgány postupovaly logicky, dostaly veškerým požadavkům zákona na odůvodnění pokuty a její výše, a nevybočily tak z mezí správního uvážení. Ke snahám stěžovatelů navodit dojem, že se v daném případě jednalo o jednání se zanedbatelným vlivem na hospodářskou soutěž, krajský soud konstatoval, že dohody typu *bid rigging* jsou dohodami protisoutěžními *per se* – zakázanými již pro svůj protisoutěžní cíl;

jako takové tedy mají vysoce negativní vliv na soutěžní prostředí vždy, a to bez ohledu na konkrétní dopad na trh.

[10] K návrhu stěžovatele b) na moderaci sankce krajský soud odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž vyplývá, že smyslem a účelem moderace obsažené v soudním řádu správním není hledání „ideální“ výše sankce soudem namísto správního orgánu, ale její korekce v případech, že by sankce, pohybující se v zákonném rozmezí a odpovídající také všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce; k tomuto závěru ovšem krajský soud v daném případě nedospěl. K námitkám stěžovatele b) stran jeho ekonomické situace krajský soud uvedl, že i přes namítaný pokles hospodaření nedospěl k závěru, že by pokutu uloženou ve výši 1 826 000 Kč bylo možno pokládat za likvidační (v roce 2014 představovala 1,59 % obrátu stěžovatele, v roce 2015 1,33 % obrátu, a tedy se nevzdálila z naprosté spodní hranice zákonné sazby, jejíž horní výše činí 10 %). Z předložených účetních výkazů je sice patrné, že stěžovatel b) v následujících letech 2016 až 2018 dosahoval ztrátového hospodaření, avšak v letech 2017 a 2018 je patrný výrazný pokles ztrátového hospodaření; z účetních závěrek (a příloh) zároveň vyplynulo, že si na úhradu pokuty vytvořil rezervu, a to ve výši 100 % částky, tj. ve výši 1 826 000 Kč. Likvidační účinky pokuty dle krajského soudu z doložených účetních výkazů nenaznačuje žádný z ukazatelů, přičemž v případě nedostatečného *cash-flow* a aktuální platební neschopnosti je pak možno využít institutu posečkání s úhradou pokuty, případně rozložení plnění na splátky. Dle krajského soudu žalovaný v napadeném rozhodnutí zohlednil všechny skutečnosti, které zohlednit měl, a výsledek jeho úvah co do výše uložené pokuty je zjištěným okolnostem přiměřený. Nepřiměřenost krajský soud nedovodil ani ve vztahu k jednotlivým krokům žalovaného, jimiž byla pokuta v případě žalobce b) stanovována, ani ve vztahu k její výsledné částce; pouze v takovém případě by přitom moderační návrh uplatněný podle § 78 odst. 2 s. ř. s. mohl být úspěšný. Krajský soud proto na moderaci uložené pokuty nepřistoupil.

Kasační stížnost stěžovatele NOSTA s. r. o. [stěžovatel a])

[11] Stěžovatel a) ve značně obsáhlé kasační stížnosti, v níž se kasační námitky prolínají z větší části s vytýkanými pochybeními žalovaného ve správním řízení, což ji činí poněkud nepřehlednou, namítá, že rozsudek krajského soudu je nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.], neboť soud se buď vůbec anebo zcela nedostatečně vypořádal s řadou žalobních námitek, přestože tyto poukazovaly na závažná pochybení v procesním postupu žalovaného nebo v jeho skutkových zjištěních.

[12] Krajský soud dle stěžovatele zcela ignoroval skutečnost, že žalovaný během místních šetření zajistil rovněž dokumenty jdoucí zcela mimo rámec prvotního podezření, přestože na toto stěžovatel upozorňoval v žalobě (včetně odkazu na konkrétní příklady dokumentů). K této námitce stěžovatele krajský soud vůbec nepřihlédl, načež přijímá nesprávný závěr o zákonnosti místního šetření.

[13] Krajský soud se dle stěžovatele vůbec nezabýval argumentem, že žalovaný v průběhu správního řízení (a následně v rozhodnutí) uváděl zjevné nepravdy; to lze demonstrovat např. na skutečnosti, že se žalovaný hájil tím, že společnost INVISTA Craft s. r. o., tj. stěžovatel b) [dále INVISTA] v průběhu správního řízení nepředložila žádné zdůvodnění svého postupu ve veřejné zakázce, když se omezila pouze na tvrzení o nedostatečných kapacitách. Jak ovšem stěžovatel prokázal (s odkazem na konkrétní listy správního spisu), společnost INVISTA již v průběhu správního řízení zdůrazňovala, že její odstoupení bylo výsledkem posouzení všech relevantních ukazatelů, vč. výše případného zisku ze zakázky a vzdálenosti místa realizace díla od sídla společnosti (což má dopad na výši nákladů v podobě cestovného). Krajský soud stěžovateli

pokračování

pouze vyčetl, že mu nepřisluší se pasovat do role ochránce práv (bod 13 rozsudku); krajskému soudu tak zcela unikla pointa, neboť stěžovatel pouze na konkrétních skutečnostech názorně demonstroval zjevnou účelovost v postupu žalovaného, který se ve snaze za každou cenu vydat sankční rozhodnutí uchýlil k překrucování faktů a dezinterpretaci. Nadto, k uvedené skutečnosti by mělo být přihlédnuto i v kontextu žalobních námitek samotného stěžovatele, jelikož i INVISTA v průběhu správního řízení poukazovala na důležitost vzdálenosti místa realizace díla; přesto krajský soud obdobnou námitku ze strany stěžovatele považoval za účelovou.

[14] Krajský soud se rovněž nedostatečným způsobem vypořádal s námitkami stěžovatele, pokud jde o nezákonnost uložené pokuty; soud rezignoval na požadavek zohlednění zásady individualizace pokut, ať již z hlediska zohlednění skutečného dopadu jednání na trh, nebo z hlediska zákazu diskriminace. Krajský soud na jednu stranu argumentuje starou rozhodovací praxí žalovaného, aby ji následně sám ignoroval v případech, kdy ji lze použít ve prospěch stěžovatele. Takto se např. soud vůbec nezabýval námitkou, že stěžovatel působí v oblasti podnikání charakteristické vysokými fixními náklady, proč je neúměrné ukládat pokutu procentem z obrátu (bez následného zohlednění této skutečnosti v podobě přiměřeného snížení pokuty). Jde přitom o postup v minulosti aprobovaný samotným žalovaným.

[15] Stěžovatel dále namítá, že krajský soud měl zrušit rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i jemu předcházející rozhodnutí, pro vady, které měly vliv na zákonnost řízení před správním orgánem, a dále pro vady spočívající v nesprávně a neúplně zjištěném skutkovém stavu, který nemá oporu ve správním spisu nebo je s ním v přímém rozporu [(§103 odst. 1 písm. b) s. ř. s.]. Vadu nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i žalovaného stěžovatel v žalobě namítal a konkretizoval. Žalovaný velkou část stěžovatelem vznesených námitek bez dalšího pominul, anebo se s nimi odmítl věcně vypořádat, aniž by takový postup řádným a relevantním způsobem odůvodnil; naproti tomu použil pouze obecné fráze, že konkrétní skutečnosti „*má za prokázané*“, příp. že argumenty stěžovatele za dané situace a „*v celkovém kontextu*“ nepovažuje za relevantní, a to aniž by své závěry blíže zdůvodnil. Takto se žalovaný odmítl zabývat např. ekonomickými argumenty stěžovatele, které zdůvodňovaly jeho postup ve veřejné zakázce.

[16] Stěžovatel se neztotožňuje s argumentem krajského soudu, že pokud by bylo rozhodnutí předsedy žalovaného stiženo vadou nepřezkoumatelnosti, nemohl by stěžovatel polemizovat se závěry předsedy žalovaného. To, že se předseda žalovaného odmítne zabývat argumenty stěžovatele, protože má protiprávní jednání za prokázané, je nepochybně závěr, se kterým lze polemizovat; přesto takový závěr trpí vadou nepřezkoumatelnosti, protože není řádně zdůvodněn a nevyplývají z něj úvahy, které žalovaného k uvedenému závěru vedly. Obdobně jsou závěry žalovaného nesrozumitelné, pokud uvádí, že účastníci správního řízení koordinovali své jednání prostřednictvím výměny informací, přestože sám nepopírá veřejnou povahu takto vyměňovaných informací. Celé správní řízení dle stěžovatele bylo zatíženo tím, že bylo zahájeno s naprosto neurčitě vymezeným předmětem řízení; žalovaný vymezil předmět řízení zcela obecně, navíc demonstrativním způsobem (použitím slova „zejména“) a současně předmět řízení neomezil časově ani geograficky. Jediné, co tedy vyplývalo z předmětu řízení tak, jak byl vymezen k okamžiku zahájení řízení, byl závěr, že se řízení bude týkat *stavebnictví* a jednání stěžovatele spojeného s *účastí/podáváním nabídek do výběrových řízení*. Ve vztahu k takto širokému vymezení věcného jednání stěžovatele ovšem nedisponoval žalovaný žádným důvodným podezřením pro zahájení správního řízení. Stěžovatel dále rozsáhle detailně rozebírá, shodně jako v žalobě, že z předmětu řízení především nebylo vůbec zřejmé, jaký konkrétní skutek či skutky jsou mu vytýkány, odkazuje v tomto směru na četnou judikaturu SDEU. Stěžovatel se neztotožňuje s odůvodněním krajského soudu, který připustil ne zcela konkrétní vymezení řízení, nicméně uzavřel, že žalovaný z předmětu oznámení nevybočil, resp. nejednalo se o vadu, která by mohla způsobit nezákonnost vydaných rozhodnutí. Dle stěžovatele však skutek, za který byl

sankcionován, ani nemohl z předmětu řízení vymezeného v oznámení vybočit; důvodem je právě skutečnost, že předmět řízení byl v oznámení vymezen zcela genericky, neurčitě a široce, s čímž se sám soud ztotožnil.

[17] Dle stěžovatele nelze argumentovat účastí stěžovatele na jednání o narovnání, příp. doručením sdělení výhrad, kde měly být skutkové a právní závěry žalovaného prezentovány. Jednání o narovnání mezi žalovaným a stěžovatelem se uskutečnilo dne 4. 9. 2014, tedy téměř jeden a půl roku po zahájení správního řízení. Sdělení výhrad pak bylo doručeno až v lednu 2015, tedy více než 20 měsíců od zahájení řízení a naopak pouze tři měsíce před vydáním rozhodnutí žalovaného. Po celou dobu předcházející těmto procesním úkonům (tj. naprosto převážnou část správního řízení) neměl stěžovatel možnost ověřit, co přesně je ze strany žalovaného šetřeno. Ani nahlížení do spisu není s to zvrátit negativní dopad zásahu žalovaného do práv stěžovatele; stěžovatel měl možnost seznámit se s obsahem podnětu během nahlížení do správního spisu, nicméně žalovaný rozsah podnětu zcela ignoroval a navzdory jeho konkrétnosti vymezil předmět správního řízení zcela neurčitě a široce, čímž narušil legitimní očekávání na straně stěžovatele. Stěžovatel zdůraznil, že žalovaný i během místního šetření v prostorách stěžovatele zajistil dokumenty nesouvisející s veřejnou zakázkou (a tedy obsahem podnětu). Tím opět demonstroval, že obsah podnětu pro něj není určující. V rozporu s tím, co tvrdí krajský soud, má stěžovatel za to, že uplatnění práva na nahlížení do spisu nemůže zpětně zvrátit nepřiměřeně široce vymezený předmět řízení (a místního šetření) a zhojit tak zpětně nezákonnost postupu žalovaného.

[18] Stěžovatel tvrdí, že místní šetření byla realizována v rozporu s ustálenou judikaturou Soudního dvora EU a Tribunálu, na kterou v podrobnostech v kasační stížnosti odkazuje. Dle stěžovatele žalovaný nedostal základním požadavkům na vymezení rozsahu místního šetření co do důvodu a účelu. V daném případě si žalovaný vystavil „bianko“ oprávnění na šetření záznamů o téměř veškeré činnosti stěžovatele; aniž by k takovému kroku disponoval důvodným podezřením (sám žalovaný připustil, že podnět byl naprosto jednoznačný a vztahoval se ke konkrétní veřejné zakázce); přičemž během místního šetření v obchodních prostorách stěžovatele zajistil dokumenty překračující rámec podnětu a tedy i možného prvotního podezření (tj. zajistil dokumenty, které neměly žádný vztah k veřejné zakázce, která byla předmětem podnětu a následně i rozhodnutí žalovaného, a fakticky překročil rámec podezření); v rozporu s unijní judikaturou ani neseznámil stěžovatele s předpoklady či domněnkami, které hodlá během místního šetření ověřit, a jaké dokumenty hledá. Závěry unijních soudů a NS SR, na který stěžovatel odkazuje, přitom potvrzují, že rozsah místního šetření nemůže být vymezen neomezeně široce, a to zejména za situace, kdy žalovaný neprokázal (a stěžovatele neseznámil) s existencí důvodného podezření o protisoutěžním jednání ve vztahu k jiným výběrovým řízením v oblasti stavebnictví. Jestliže přitom například NS SR konstatuje, že není přípustné, aby soutěžní úřad prohledával dokumenty týkající se výběrových řízení z určitého operačního programu pro poskytnutí dotací (tedy relativně konkrétní agendy), tím spíš takový závěr musí platit o situaci, kdy žalovaný může na základě pověření šetřit jakékoli činnosti stěžovatele související s výběrovými řízeními v oblasti stavebnictví za jakékoli období.

[19] Nelze dle stěžovatele přisvědčit argumentaci předsedy žalovaného (potažmo ani krajského soudu), že z porízených protokolů o místním šetření je zřejmé, že žalovaný ověřoval údaje získané z podnětu a nevybočil z definovaných mezí konkrétního zadávacího řízení. V první řadě, stěžovatel již dříve osvědčil, že toto tvrzení je nepravdivé. Žalovaný v průběhu místního šetření v prostorách stěžovatele zajistil i dokumenty, které se věcně ani časově nevztahovaly k veřejné zakázce specifikované v podnětu, což vyplývá z protokolu o místním šetření; z pěti zabavených dokumentů (devět listů z 12) se zcela prokazatelně týkají jiných výběrových řízení, a tedy že věcně ani časově nesouvisí s šetřením veřejné zakázky, a dále u tří z pěti zabavených dokumentů (tři listy z 12) nebyl vztah k veřejné zakázce prokázán; dokumenty označené jako EDO 1 (celkem jeden list) a HBe 1 (celkem jeden list) jsou ručně psanými poznámkami, u nichž se žalovanému

pokračování

nepodařilo vztah k veřejné zakázce prokázat, jelikož se nezabýval tím, kdo je autorem dokumentů, kdy dokumenty vznikly a čeho se týkají. Stěžovatel má tedy za to, že žalovaný zcela zjevně překročil rámec možného podezření na protisoutěžní jednání, a tedy že provedl nezákonné místní šetření. Z protokolů o průběhu místního šetření nadto není seznatelné, jaký byl skutečný rozsah šetření žalovaného na místě; protokoly o průběhu šetření zejména neobsahují seznam klíčových slov, která zaměstnanci žalovaného používali pro prohledávání obchodních záznamů uložených v PC zaměstnanců stěžovatele. Již tato skutečnost sama o sobě podle názoru stěžovatele způsobuje nezákonnost postupu žalovaného.

[20] Stěžovatel dále namítl, že žalovaný zcela nedostatečně zjistil skutkový stav, přičemž na jeho závěrech setrval i krajský soud. Skutková zjištění žalovaného dle stěžovatele nemají oporu ve správním spise – jejich podstatou jsou domněnky a čiré spekulace, které k prokázání deliktu nemohou dostačovat. Žalovaný přijal závěr o protisoutěžním jednání stěžovatele na základě nepřesvědčivých důkazů, které navíc dezinterpretoval k tíži stěžovatele, a současně odmítl provést dodatečné důkazy navržené stěžovatelem; žalovaný tak učinil zcela nesprávně a neudržitelné závěry o skutkovém stavu a jeho právním hodnocení. Žalovaný sám opakovaně připustil relevanci zdůvodnění předloženého stěžovatelem, současně se, stejně jako krajský soud, zcela odmítl zabývat ekonomickými argumenty stěžovatele, které zdůvodňují jeho postup ve veřejné zakázce. Žalovaný i krajský soud tyto argumenty odmítli jako účelové, aniž by provedli jejich analýzu a vyhodnotili je v kontextu celého případu, příp. provedli další důkazy. Namísto toho veškerá zjištění vyložili automaticky v neprospěch stěžovatele a zcela ignorovali zásadu *in dubio pro reo*. Takový přístup k prokazování existence správního deliktu je zcela v rozporu s presumpcí neviny (čl. 40 odst. 2 Listiny), a představuje přímý zásah do práva stěžovatele na spravedlivý proces (čl. 36 odst. 1 Listiny a čl. 6 Úmluvy).

[21] Stěžovatel se dále vyjadřuje ke způsobu dokazování, jak jej provedl žalovaný, předkládá odůvodnění svého postupu ve veřejné zakázce a závěrem hodnotí, proč ani závěry krajského soudu nemohou obstát; odkazuje na bod 12 rozhodnutí žalovaného, kde pod písmeny a) až q) žalovaný identifikoval jednotlivé důkazy, které v rámci správního řízení provedl a na nichž vystavěl svůj závěr o údajném protisoutěžním jednání účastníků správního řízení v rámci výběrových řízení Kroměříž a Horní Lideč. Stěžovatel zdůraznil, že již v předchozím průběhu řízení předložil k jednotlivým důkazům jejich faktický význam a vysvětlil, proč nemohou sloužit jako podklad pro vydání sankčního rozhodnutí. Žalovaný ani jeho předseda nevysvětlili, jakým způsobem se vypořádali s nejednoznačným výkladem jednotlivých důkazů a z jakého důvodu se přiklonili k jimi prezentovanému závěru. Žalovaný po celou dobu pouze opakuje, že protisoutěžní jednání „má za prokázané“ a že ani jinak racionální vysvětlení stěžovatele „nemohou v celkovém kontextu obstát“. Žalovaný ovšem nevysvětluje, v čem tento kontext spočívá a zcela ignoruje zásadní skutečnosti, které svědčí ku prospěchu stěžovatele. Jeden ze stěžejních důkazů, na kterém žalovaný staví svůj závěr, je e-mailová komunikace mezi účastníky správního řízení ve věci výsledků otevírání obálek; od okamžiku této komunikace dovozuje počátek koordinace jednání účastníků správního řízení, přičemž ovšem zcela ignoruje skutečnost, že během komunikace došlo pouze k výměně veřejných informací.

[22] Stěžovatel dále poukazuje na to, že prosté sdělení výsledků otevírání obálek, které fakticky nahrazuje účast jednoho z uchazečů na otevírání obálek, z povahy věci nemůže být považováno za součást či důkaz smluvní fáze jednání ve vzájemné shodě a ani žalovaný neprokázal, jaký vztah by uvedená interakce měla mít k tvrzenému protisoutěžnímu jednání. Optikou žalovaného by jakákoli komunikace mezi dvěma společnostmi působícími ve stejném oboru podnikání měla být *a priori* zakázaná. Takový závěr je podle stěžovatele zcela absurdní. Další důkazy, o které se žalovaný opírá, pak rovněž postrádají relevanci, když pouze navazují na předchozí e-mail o otevírání nabídek (tj. jde o pouhou děkovnou reakci za zaslání této veřejné informace, nebo její interní preposlání v rámci společnosti); stejně jako předchozí e-mail pouze naznačují výměnu

informací o dříve učiněných krocích, aniž by předjímalý jakoukoli koordinaci chování do budoucna. Obdobně viz např. e-mail ze dne 7. 3. 2012 stran neuzavření smlouvy, z něhož vyplývá, že stěžovatel informoval o svém vlastním a nezávislém rozhodnutí o odstoupení z příslušné části veřejné zakázky nejprve zadavatele, a teprve následně zaslala tuto zprávu na vědomí také společnosti INVISTA, neboť to s ohledem na umístění v rámci výběrového řízení měla být právě ona, kdo bude ze strany zadavatele nově vybrán k realizaci zakázky (viz § 82 odst. 4 tehdy platného a účinného zákona o veřejných zakázkách). Opět se tedy jedná pouze o vyrozumění o minulém (a z veřejných zdrojů ověřitelném) kroku v rámci veřejné zakázky, které bylo učiněno v souladu se zásadou korektních obchodních vztahů. Jakkoli může mít žalovaný tendence takovou komunikaci označit za předčasnou, v žádném případě z ní nelze dovozovat jakoukoli zakázanou koordinaci budoucího soutěžního jednání.

[23] Krajský soud nesprávně hodnotí obsah e-mailové komunikace, ručně psaných poznámek a souslednost událostí; současně se nevyporádává s nelogičností závěrů žalovaného v kontextu obchodní motivace k vytykanému jednání; z důvodu neúplného zjištění skutkového stavu nesprávně hodnotí relevanci ručně psaných poznámek; zcela opomíjí ekonomickou argumentaci stěžovatele, když ji považuje za účelovou, ovšem v důsledku posouzení zcela nesouvisejících otázek. Krajský soud (stejně jako žalovaný) nezřejmil, v čem je tato komunikace nestandardní, resp. jakým způsobem prokazuje zakázanou koluzi. Krajský soud uvádí, že z komunikace vyplývá ujištění účastníků správního řízení „ohledně budoucího chování“. V návaznosti na toto srozumění „poté“ podle krajského soudu skutečně došlo k jednání v podobě koordinovaného odstoupení. Stěžovatel opakovaně poukazoval na nesprávnost těchto závěrů, neboť ze získané komunikace v žádném případě (a to ani implicitně) nevyplývá koordinace budoucího jednání. Vyměňované informace se týkaly již v minulosti nezávisle učiněných kroků, které byly v dané době již veřejné, příp. se veřejnými staly bezprostředně poté (viz např. důkaz I ohledně výsledků otevírání obálek); k odstoupení od dané části veřejné zakázky došlo dříve, než k předmětné komunikaci, přičemž o odstoupení byl nejprve informován zadavatel a teprve poté druhý účastník, o němž stěžovatel věděl, že se umístil druhý v pořadí. Stěžovatel především pak zdůrazňuje, že z žádné komunikace, kterou žalovaný používá jako důkaz, nevyplývá, že by odstoupení od obou dílčích částí veřejné zakázky bylo jakkoli koordinované, nebo že by si účastníci správního řízení byli vědomi, že nepřijdou o svou část veřejné zakázky, jak uvádí krajský soud. Veškerá komunikace směřuje do minulosti, je jednostranná, stejně jako kroky účastníků správního řízení v rámci veřejné zakázky a nevyplývá z ní žádná dohoda či forma srozumění.

[24] Stěžovatel zásadně nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že motivace a ekonomický smysl jednání účastníků správního řízení byla pro účely správního řízení nepodstatná. Absence ekonomické motivace je v souzené věci okolností jednoznačně svědčící ve prospěch stěžovatele. Je totiž notorií, že teorie újmy vychází u *bid riggingového* jednání z premisy, že takové protisoutěžní dohody obvykle vedou k předražování veřejných zakázek, a tím k poškození veřejných rozpočtů. Tak tomu však v posuzovaném případě zcela jednoznačně nebylo. Výsledkem veřejné zakázky byly pro zadavatele výhodné podmínky. Vysoutěžená cena (a to dokonce i ta po odstoupení vítězného uchazeče) byla stále výrazně nižší než zadavatelem předpokládaná hodnota zakázky (k tomu stěžovatel uvádí podrobnou tabulku *Přehled cen účastníků správního řízení ve výběrových řízeních Kroměříž a Horní Lideč*). Nesprávný je dle stěžovatele argument předsedy žalovaného, že postup účastníků správního řízení nelze vysvětlit jinak, než jejich snahou uzavřít smlouvy o dílo za podmínek pro ně výhodnějších, než jakých by dosáhli v prostředí skutečné soutěže. Pokud by tento předpoklad žalovaného byl pravdivý, je zřejmé, že by se uchazeči o veřejnou zakázku dohodli na ceně výrazně vyšší, neboť by jim to umožňovala jistota nekonkurenčního prostředí.

[25] Stěžovatel poukazuje na soutěžněprávní doktrínu, která uvádí, že existence kartelové dohody, kterou soutěžní úřad dovozuje pouze z tržního chování soutěžitelů, může být

pokračování

zpochybněna již pouze tím, že účast na takovém jednání by nebyla v souladu s obchodními zájmy daného soutěžitele. Soutěžní úřad pak má v souladu se zásadou *in dubio pro reo* postupovat ve prospěch účastníků správního řízení. Nepochybně nelze očekávat, že by stěžovatel riskoval svou léta budovanou reputaci výměnou za vítězství ve výběrovém řízení, kde by mohl nabídnout výrazně vyšší cenu, než jakou skutečně dal, aniž by takovým postupem vzbudil podezření. Tato skutečnost sama o sobě vzbuzuje závažné pochyby o závěrech žalovaného a demonstruje, že žalovaný nedostatečně a nesprávně zjistil skutkový stav věci. Krajský soud pak tyto nesprávné závěry pojal za své, aniž by se argumentací stěžovatele vůbec zabýval.

[26] Stěžovatel namítá rovněž nesprávnou aplikaci § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže [§103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.] Žalovaný tržní jednání, které by nebylo možno vysvětlit jiným způsobem než vzájemnou koluzí účastníků správního řízení, neprokázal a ani nezjistil žádnou komunikaci mezi účastníky správního řízení, která by byť nepřímou indikovala jejich zakázanou koordinaci. Jestliže i přesto dovedl existenci protisoutěžní dohody podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže ve formě jednání ve shodě, provedl nepřipustné právní hodnocení věci, a tím zatížil rozhodnutí vadou nezákonnosti. Žalovaný se sice opírá o vzájemnou komunikaci účastníků správního řízení, tato ovšem explicitně ani implicitně nenaznačuje zakázanou koordinaci budoucího chování – týká se výměny veřejných informací a/nebo vyrozumění o minulých krocích; komunikace neobsahuje ani jednu zmínku o možné koordinaci jednání, o srozumění stran dalšího postupu, či o jistotě ohledně „prohození“ jednotlivých částí veřejné zakázky; skutečnost, že mezi účastníky správního řízení došlo k e-mailové komunikaci, je sama o sobě právně nezávadná. Dále žalovaný vychází z tržního jednání účastníků správního řízení, kdy „prohození“ dvou částí veřejné zakázky považuje za jasný důkaz koordinovaného jednání; přitom ovšem zcela ignoruje racionální ekonomická vysvětlení stěžovatele a ve snaze uložit sankci je bez bližší analýzy odmítá jako účelové. Jak přitom stěžovatel opakovaně osvědčil, jeho jednání vycházelo z vlastního a nezávislého obchodního rozhodnutí, které mělo obchodní opodstatnění. Žalovaný neprokázal ani fázi sladovací ani fázi tržního jednání, které nelze vysvětlit jinak (když jednání stěžovatele je zcela zjevně vysvětlitelné „alternativně“), nemohl logicky prokázat ani kauzální nexus mezi těmito dvěma prvky.

[27] Stěžovatel dále namítá, že krajský soud po právní stránce nesprávně vyhodnotil žalobní námitky stran nezákonnosti uložené pokuty a potvrdil nezákonný postup žalovaného při určení konkrétní výše pokuty; žalovaný pokutu stanovil v rozporu se svou vlastní metodikou, přičemž překročil meze svého správního uvážení; porušil zásadu legitimního očekávání zakotvenou v § 2 odst. 4 správního řádu, a tedy vůči stěžovateli postupoval nezákonně. Nezákonnost výpočtu pokuty spatřuje stěžovatel zejména ve třech rovinách; žalovaný nejprve nesprávně stanovil základní částku pro výpočet pokuty; stanovil nepřiměřenou míru závažnosti; nezohlednil skutečnou dobu trvání údajného přestupku. Žalovaný uložil pokutu prakticky v maximální možné výši (při zohlednění základní částky pokuty, časového koeficientu a dalších relevantních faktorů). Učinil tak přesto, že se vytýkané protisoutěžní jednání týkalo pouze jednoho výběrového řízení o nízké hodnotě a regionálního významu. Nezákonnost jeho postupu nezhojil ani krajský soud, který pominul základní zásady demokratického právního řádu, vč. zásad přiměřenosti pokut, legitimního očekávání či zákazu libovůle; soud navíc argumentuje historickou rozhodovací praxí žalovaného a současně zcela ignoruje aktuální rozhodovací praxi, která je naopak ve prospěch stěžovatele a ze zcela nepochopitelných důvodů k ní není přihlíženo.

[28] Stěžovatel poukazuje na to, že žalovaný při stanovení výše pokuty vyšel z celkové hodnoty prodeje stěžovatele na trhu pozemního stavitelství na území České republiky za účetní období 1. 4. 2011 až 31. 3. 2012; při výpočtu pokuty měl však zohlednit výhradně obrat ze zboží dotčeného údajným protisoutěžním jednáním, tedy obrat z prodeje zboží anebo služeb, jichž se narušení soutěže mělo přímo či nepřímou dotýkat. Krajský soud se k žalobní námitce stěžovatele vyjádřil v jednom krátkém odstavci (viz bod 83), kde argumentaci stěžovatele vůbec

nereflektoval; s odkazem na rozsudek *Guardian Industries* pouze uvádí, že hodnotu tržeb nelze vykládat rozšiřujícím způsobem, tj. tak, že by v sobě zahrnovala prodeje uskutečněné dotčeným podnikem nespádající do působnosti vytýkané kartelové dohody. Současně by však podle krajského soudu bylo v rozporu se sledovaným cílem, pokud by měl být tento pojem chápán tak, že se týká obratu dosaženého pouze z prodejů, ohledně kterých je prokázáno, že byly skutečně dotčeny kartelovou dohodou. Krajský soud ovšem závěry citovaného rozsudku aplikuje nesprávně, když opomíjí skutkové okolnosti, za kterých byl vydán, a také citaci SDEU vytrhává z kontextu. Ve skutečnosti soudem citovaná judikatura stojí na straně stěžovatele. V případě *Guardian Industries* totiž platí, že doba protiprávního jednání byla odlišná od posuzovaného případu; šlo o pokračující delikt (nikoli jednorázový); obsahově šlo o jinou formu jednání (nikoli o *bid rigging*, nýbrž o cenovou dohodu); SDEU tu navíc dále uvedl, že: za účelem stanovení pokuty je možné přihlídnout jak k celkovému obratu (což je ale jen přibližný a nedokonalý ukazatel), tak i k části obratu, jehož bylo dosaženo zbožím, které je předmětem protiprávního jednání (tento ukazatel pak dle SDEU nejlépe odráží ekonomický význam jednání a míru zapojení dotčeného soutěžitele); výchozím bodem pro výpočet pokuty má být v souladu s bodem 13 Pokynů pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003 (dále jen „Pokyny Komise“) hodnota prodejů dotčených protisoutěžním jednáním. Tvrzení SDEU, které cituje krajský soud, vychází z premisy, že je vhodné vyjít z kombinace hodnoty tržeb souvisejících s protiprávním jednáním a doby trvání takového jednání. V případě *Guardian Industries* by však takové stanovení pokuty bylo obtížně proveditelné, právě proto, že šlo o pokračující delikt v podobě cenové dohody – Komise by jen obtížně prokazovala skutečný rozsah prodejů, které byly protiprávním jednáním za celou dobu trvání kartelu dotčeny. SDEU proto uzavřel, že „*pouhá skutečnost, že byl nalezen omezený počet přímých důkazů o prodeích skutečně dotčených kartelovou dohodou, by vedla k uložení pokuty bez skutečného vztahu k působnosti dotčené kartelové dohody. Taková odměna za utajení by rovněž byla v rozporu s cílem účinně stíhat a trestat porušení článku 81 ES, a tudíž ji nelze připustit.*“ „Naproti tomu žalovaný měl (alespoň dle svého názoru) postaveno na jisto, že se účastníci správního řízení dopustili manipulace jedné konkrétní veřejné zakázky, jejíž hodnota mu byla známa. Tedy nešlo o pokračující delikt a rozsah prodejů ovlivněných údajným protisoutěžním jednáním bylo možné přesně určit bez složitého prokazování. Žalovaný tak zcela jednoznačně měl vyjít z hodnoty prodejů přímo dotčených údajným protiprávním jednáním; takový postup přitom jednak vyplývá z Pokynů Komise i vlastní metodiky žalovaného, na kterou stěžovatel v dalším poukazuje, jednak odráží rozhodovací praxi Komise (individualizovaný přístup), je preferovaný i ze strany SDEU (což vyplývá dokonce i z rozsudku, na který se odkazuje sám krajský soud), odráží skutečný ekonomický význam protiprávního jednání, a v daném případě ani nevede k umělé minimalizaci ekonomického významu protiprávního jednání (neboť rozsah takového jednání je přesně znám a prokázán). Krajský soud se tak v této otázce dopustil nesprávného právního posouzení věci a současně zatížil napadený rozsudek nepřezkoumatelností, neboť vůbec nezohlednil a nevypořádal argumentaci stěžovatele ke stanovení základní úrovně pokuty.

[29] Stěžovatel nerozporuje tvrzení krajského soudu, že dohody typu *bid rigging* jsou typově těmi nejzávažnějšími kartelovými dohodami, ani že žalovaný disponuje správním uvážením pro ukládání pokut, ani to, že za dohodu typu *bid rigging* může uložit pokutu do výše až 3 % z hodnoty prodejů. Na druhou stranu, krajský soud zcela jednostranně a účelově prezentuje zjištěné skutečnosti. Podle názoru krajského soudu se účastníci správního řízení snaží navodit dojem, že se v daném případě jednalo o jednání se zanedbatelným vlivem na hospodářskou soutěž, přestože dohody typu *bid rigging* jsou *per se* zakázané pro svůj protisoutěžní cíl. Stěžovatel zdůrazňuje, že se žádný dojem nesnaží navodit, nýbrž pouze prezentuje objektivní fakta, která krajský soud stejně jako žalovaný zcela ignoroval. Krajský soud zcela pominul, že určená míra závažnosti by měla reflektovat nejen obecnou typologickou závažnost deliktu (tj. o jakou dohodu se jedná – tu *bid rigging*), nýbrž také *ad hoc* závažnost konkrétního případu. Ostatně tento závěr podpořil sám žalovaný v textu rozhodnutí, a vyplývá i z bodu 11 jeho vlastní Metodiky, kde se uvádí, že „*do*

pokračování

budoucná je třeba více diferencovat a využívat zákonem stanoveného rozpětí pro ukládání pokut v plném rozsahu tak, aby bylo dostatečně odlišeno trestání méně závažných případů na straně jedné a deliktů s nejzávažnějšími dopady na ekonomiku a spotřebitele“.

[30] Nezákonnost způsobu výpočtu pokuty spatřuje stěžovatel též ve skutečnosti, že při výpočtu pokuty byl stanoven nepřiměřeně vysoký časový koeficient. Žalovaný stanovil koeficient času ve výši 1, přičemž dle žalovaného dotčený relevantní trh měl být údajnou dohodou narušován po dobu nejméně jednoho dne, ne však po dobu delší než jeden rok. Krajský soud tento nezákonný postup aproboval, přičemž stejně jako žalovaný vůbec nezohlednil velmi krátkou dobu trvání údajného přestupku, a to navzdory zcela explicitní judikatuře SDEU. Tato přitom setrvale zdůrazňuje, že soutěžní úřad má zohlednit skutečnou dobu jednání, a to navzdory existenci vlastní metodiky pro výpočet pokut. Koeficient času je zcela objektivní hledisko, které by mělo být vůči všem soutěžitelům uplatňováno nediskriminačním způsobem, a to čistě na základě vyhodnocení skutečné doby trvání sankcionovaného jednání, resp. účasti daného soutěžitele na takovém jednání. Případná intenzita zásahu do soutěžního prostředí je hodnocena v rámci jiných aspektů výpočtu pokuty, zejména míry závažnosti či přitěžujících okolností. Praktickým důsledkem používání shodného koeficientu 1 i pro jednání trvající méně než jeden rok je to, že dvě obsahově identické dohody narušující soutěž, z nichž jedna by trvala několik dní či týdnů a druhá celý rok, by byly trestány pokutou ve stejné výši, a to navzdory zásadnímu rozdílu v materiální nebezpečnosti obou dohod. To, podle stěžovatele, nelze považovat za správný a spravedlivý, resp. zákonný postup.

[31] Stěžovatel je přesvědčen, že v posuzovaném případě měla být brána v potaz velmi krátká doba trvání údajného přestupku. Stanovení koeficientu 1 je v rozporu s principem proporcionality ukládání trestů a rovného zacházení s účastníky řízení o protisoutěžních přestupcích. Správnost těchto úvah potvrzuje i rozhodovací praxe unijních soudů, na kterou dále podrobně odkazuje; z ní vyplývá, že soutěžní úřad měl, navzdory existenci případně odlišné vlastní metodiky pro výpočet pokut, zohlednit skutečnou délku trvání protisoutěžního jednání, a to v souladu s principy proporcionality a rovného zacházení. Ustanovení metodiky pro výpočet pokuty totiž nemůže dle Tribunálu představovat objektivní odůvodnění rozdílného zacházení, neboť výsledkem jeho striktního použití je stanovení doby trvání, která je zjevně nepřiměřená ve vztahu ke skutečné době trvání účasti na kartelové dohodě (viz rozsudek Tribunálu ve věci *Total Raffinage Marketing T – 566/08* ze dne 13. 9. 2013). Stěžovatel zdůrazňuje, že podle unijní judikatury má Komise zohlednit skutečnou dobu trvání protisoutěžního jednání i v případech, kdy k tomuto jednání docházelo po dobu kratší než jeden rok. Jedná se o postup, kterým má být zajištěna proporcionalita ukládaných trestů, jakož i rovnost zacházení mezi jednotlivými účastníky. Krajský soud a žalovaný přičítají stěžovateli odpovědnost za protisoutěžní jednání v délce téměř o 8 měsíců delší, než v jaké dle jejich posouzení mělo k protisoutěžnímu jednání skutečně docházet. To je v přímém rozporu se zásadami správního trestání i shora citovanou judikaturou. Stěžovatel je proto přesvědčen, že v posuzovaném případě měl být stanoven koeficient času ve výši maximálně 0,33.

[32] Stěžovatel konečně nesouhlasí ani s provedeným vymezením relevantního trhu. Žalovaný v posuzovaném případě považoval za relevantní trh pozemního stavitelství na území České republiky; s tímto závěrem se ztotožnil i krajský soud. Přitom předseda žalovaného v rozhodnutí připustil, že závěr žalovaného o (nesprávném) vymezení relevantního trhu má v posuzovaném případě zcela zásadní a negativní vliv na práva stěžovatele, resp. na způsob výpočtu pokuty. Následně však dodal, že u tvrdých omezení není nezbytné relevantní trh stanovit s takovou precizností jako v jiných případech. Žalovaný fakticky připouští, že spravedlivé stanovení sankce není tak významnou součástí správního řízení jako jeho jiné aspekty. Tento postup žalovaného, který krajský osud aproboval, je třeba považovat za nezákonný. Předseda žalovaného navíc svůj závěr opírá pouze o judikaturu Tribunálu, který ve věci *CMA CGM* k zakázaným dohodám

obsahujícím tvrdá omezení „*výslovně stanovil, že účelem určení relevantního trhu je pouze zjistit, zda zakázaná dohoda ovlivnila obchod mezi členskými státy*“. Tato argumentace však není pro posuzovaný případ přílehlavá. Komise totiž vypočítává základní částku pokuty z prodejů, které přímo či nepřímo souvisí s protisoutěžním jednáním, tedy nikoli z celkových obrátů na vymezeném relevantním trhu, jak (nesprávně) činí žalovaný. V případě Komise proto skutečně není nezbytné s konečnou platností vymezit relevantní trh. Tento závěr však nelze bez dalšího převzít pro činnost žalovaného. Správné vymezení relevantního trhu je v rozporu s tvrzením žalovaného zcela zásadní pro ochranu práv účastníků řízení, resp. pro zákonný způsob výpočtu pokuty. Ze spisového materiálu přitom vyplývá, že v rámci správního řízení šetřená výběrová řízení měla charakter toliko rekonstrukčních prací. K dotazu žalovaného, zda se jednalo o výstavbu nové budovy či o rekonstrukci, zadavatel explicitně potvrdil, že předmětem plnění zakázky byla rekonstrukce; s touto skutečností se však nikterak předseda žalovaného (a následně ani krajský soud) nevypořádal; pouze uvedl, že relevantní trh vymezený jako rekonstrukční práce by nepokrýval rozsah prací požadovaných zadavatelem. Takový závěr je však zjevně mylný, a to mj. i s ohledem na vyjádření samotného zadavatele.

[33] Charakter prováděných prací byl dle stěžovatele zcela zřejmý; rekonstrukce jsou svou povahou specifickou oblastí stavebních prací, a proto je nelze bez dalšího zahrnovat do obecného a široce vymezeného trhu pozemního stavitelství. Do trhu pozemního stavitelství tak, jak jej vymezil žalovaný, přitom dle jeho vlastní dřívější rozhodovací praxe (na kterou se odkazuje i krajský soud) náleží převážně samotná výstavba budov, a to bytových i nebytových (viz např. rozhodnutí žalovaného ze dne 19. 5. 2004 ve věci *Metrostav/Subterrea*). Taková výstavba budov však nebyla předmětem výběrových řízení, která byla ze strany žalovaného v rámci správního řízení posuzována. Žalovaný se proto dle stěžovatele měl blíže zabývat otázkou, zda není v posuzovaném případě třeba přistoupit k užšímu členění relevantního trhu, jak sám žalovaný již v minulosti učinil. Argumentace žalovaného, z níž vychází i krajský soud, je přitom zcela povrchní a nepodpořená relevantními důkazy. Žalovaný (resp. jeho zaměstnanci) nejsou odborníky v oblasti stavitelství; vymezení relevantního trhu jako trhu pozemního stavitelství bez dalšího členění jednoduše proto, že „dle názoru žalovaného to tak je“, bez detailní analýzy, je zcela nepřipustné a nepřiměřeně zasahující do práv stěžovatele, resp. jeho legitimní očekávání a porušující zásadu zákazu zneužití pravomoci a správního uvážení ve smyslu § 2 odst. 2 a 4 správního řádu. Tato otázka nabývá o to více na významu za situace, kdy žalovaný (nesprávně) vypočítává pokutu z obrátů na celém relevantním trhu. Nesprávné vymezení relevantního trhu (zejména příliš široké) tak zcela zásadním způsobem omezuje práva šetřených (resp. sankcionovaných) soutěžitelů vč. stěžovatele. Tento aspekt krajský soud vůbec nevzal v potaz.

Kasační stížnost stěžovatele INVISTA Craft s. r. o., [stěžovatel b])

[34] V kasační stížnosti stěžovatel b) namítá, že krajský soud nesprávně právně posoudil relevantní otázky a rozhodnutí předsedy žalovaného potvrdil, ačkoli závěry o odpovědnosti za spáchaný správní delikt nemají oporu v důkazech shromážděných ve správním řízení, přičemž tyto důkazy byly jak žalovaným, jeho předsedou, tak krajským soudem interpretovány výlučně tak, jak bylo třeba pro podporu již dříve učiněného závěru o jednání účastníků ve vzájemné shodě ve výběrovém řízení s cílem ovlivnit jeho výsledek a narušit hospodářskou soutěž. Napadené rozhodnutí předsedy žalovaného se opírá toliko o několik málo listin, které měly být vyhotoveny stěžovatelem a účastníkem NOSTA, s.r.o., [stěžovatel a)] a o pouhou skutečnost, že v jednom zadávacím řízení se stěžovatel umístil se svou nabídkou na prvním místě (a na druhém místě se umístil účastník NOSTA, s.r.o., a v druhém zadávacím řízení tomu bylo naopak – další relevantní důkazy fakticky obsahem spisového materiálu nejsou. Rozhodnutí žalovaného dle stěžovatele vychází ze zcela chybné premisy, že je neobvyklé, aby spolu účastníci zadávacího řízení v průběhu zadávacího řízení komunikovali; současně byl potvrzen závěr předsedy žalovaného o tom, že

pokračování

posuzování a prokazování autorství ručně psaných poznámek není pro rozhodnutí ve věci významné, ačkoliv právě ony ručně psané poznámky jsou důkazem, na kterém předseda žalovaného svůj závěr o vzájemné koordinaci účastníků založil.

[35] Dle stěžovatele především nebyla prokázána příčinná souvislost mezi vzájemným sladčováním jednání mezi soutěžiteli a následným jednáním (realizace sladěného záměru) – v řízení nebyla prokázána vzájemná souvislost mezi komunikací stěžovatele a účastníka NOSTA, s.r.o. a jejich následným jednáním – neuzavřením smlouvy se zadavatelem.

[36] Dle stěžovatele krajský soud při svém rozhodování vycházel z uzavřeného výčtu důkazů s tím, že s výjimkou listin vyhotovených samotným zadavatelem nebo jemu adresovaných, se jednalo konkrétně pouze o několik listin (e-mailů), které měly být vyhotoveny stěžovatelem nebo společností NOSTA, s.r.o. – pouze na těchto pár dokumentech předseda žalovaného postavil celý svůj závěr o odpovědnosti stěžovatele za správní delikt a krajský soud považoval tento podklad pro napadené rozhodnutí za dostačující. V řízení byl učiněn závěr o dohodě či koordinaci postupu účastníků výlučně na základě toho, že v jednom zadávacím řízení se na prvním místě umístil se svou nabídkou stěžovatel a na druhém místě se svou nabídkou společnost NOSTA, v druhém zadávacím řízení tomu bylo naopak a každý z vítězných uchazečů v řízení, v němž byl nejméně úspěšnější, smlouvu neuzavřel a smlouvu uzavřel v řízení druhém. Z takto poskládaných skutečností byl učiněn závěr o vzájemné koordinaci jednání účastníků, aniž by však bylo prokázáno, že popsany průběh událostí byl jakkoliv cílený a mezi jednotlivými skutečnostmi byla dána navazující souvislost. Krajský soud naprosto přehlíží nelogičnost celého postupu spočívající v tom, že stěžovatel odstoupil ze zadávacího řízení na část veřejné zakázky 1.1 „Kroměříž“, v níž uspěl s nabídkovou cenou 3 761 995,70 Kč a uzavřel smlouvu na část veřejné zakázky 1.5 „Horní Lideč“ s nabídkovou cenou 3 328 929,97 Kč, tj. s nabídkovou cenou o 433 065,80 Kč nižší. K tomuto krajský soud namítá, že argumentace stěžovatele je pouze účelová a cíleně pomíjí, že stěžovatel ve snaze získat alespoň nějakou zakázku mohl podat nabídky do co největšího počtu zadávacích řízení, aby zvýšil pravděpodobnost svého úspěchu při získání alespoň jedné zakázky, s tím, že nakonec se stěžovatel s ohledem na své kapacitní možnosti rozhodl realizovat zakázku, na kterou dle svého názoru bezpečně kapacitně a jinak stačil, když v opačném případě by se vystavil riziku nedodržení smluvních podmínek a na ně navazujících sankcí. Nelze rovněž přehlédnout, že s ohledem na platební podmínky zadavatele obsažené ve smlouvě o dílo a nastavenou délku splatnosti faktur je zhotovitel fakticky nucen financovat nejprve realizaci díla ze svého, což je zcela běžná praxe a mnohdy pro zhotovitele částečně likvidační, čehož je ne každý zhotovitel s ohledem na své tzv. cash-flow schopen. Krajský soud neshledal nedostatečnost důkazů opatřených ve správním řízení a na základě takto nedostatečně zjištěného skutkového stavu přijal závěr o odpovědnosti uchazečů za velmi závažný delikt. Pokud se jedná o důkazy e-mailovými zprávami, tak byl zcela převzat závěr žalovaného a jeho předsedy o neobvyklosti komunikace toho typu, která probíhala mezi účastníky, takový závěr však koliduje s běžnou praxí, v níž byt' jsou subjekty podnikající v témže oboru konkurenty, neznamená to ještě, že mezi nimi neexistuje žádná obchodní komunikace, že se jednotlivé společnosti, navíc v rámci určitého kraje či spíše regionu, neznají a nekomunikují, když jsou ve skutečnosti kolegy v oboru, právě naopak takové společnosti se v praxi často setkávají, např. v pozicích vzájemných dodavatelů mimo veřejné zakázky nebo i v rámci nich apod. Není tedy nic neobvyklého, pokud jeden účastník zaslal druhému výsledky otevírání obálek, a to v okamžiku, kdy již skončila lhůta pro podání nabídek a tedy účastníci fakticky již jen čekali na výsledek, navíc když zákon o veřejných zakázkách nestanoví zadavateli povinnosti výsledky otevírání obálek uchazečům, kteří nebyli otevírání obálek přítomni, zasílat, a takový nepřítomný uchazeč se výsledek dozví až z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které následuje až několik týdnů po otevření obálek (v posuzovaném případě po více než třech měsících). Samotná komunikace mezi účastníky veřejné zakázky, zejména probíhá-li po uplynutí lhůty pro podání nabídek, není zákonem zakázána.

[37] Pokud se týče náležitosti zjišťování skutkového stavu, o který se napadané správní rozhodnutí opírá, pak v tomto směru vytýká stěžovatel krajskému soudu, že neshledal jako vadné z hlediska náležitosti zjištění skutkového stavu neprověřování a neprokazování autorství ručně psaných poznámek ve správním řízení. Dle stěžovatele je nepřijatelný závěr o tom, že uvedené poznámky jsou čitelné, je zřejmý jejich obsah a byly nalezeny v prostorách účastníků – soud tedy zcela převzal argumentaci žalovaného a jeho předsedy a nic nového a přesvědčivého k tomuto neuvádí. Z hlediska úplného zjištění skutkového stavu má stěžovatel za to, že ve správním řízení bylo zcela stěžejní zjistit nebo se alespoň pokusit zjistit, kdo je autorem uvedených poznámek, a to zejména výslechem osob, v jejichž kancelářích byly poznámky nalezeny.

[38] Stěžovatel uvádí, že krajský soud svým rozhodnutím potvrdil závěry žalovaného a jeho předsedy, pokud se týče vzájemného sladování jednání mezi soutěžiteli, a poté následné jednání na trhu a existenci příčinné souvislosti mezi těmito dvěma prvky, a i přesto, že takový závěr z důkazního materiálu nevyplývá.

[39] Stěžovatel rovněž namítá nesprávné právní posouzení relevantního trhu; stěžovatel setrvale tvrdí, že se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu § 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tedy nebyla ani veřejnou zakázku na dodávky, ani veřejnou zakázku na služby. Žalovaný provádí dlouhodobě jakousi vlastní diferenciaci trhu stavebnictví, a to na pozemní stavitelství a inženýrské stavby; toto členění je však pouze vlastním posouzením ze strany žalovaného, které ale nemusí korespondovat s dělením trhu stavebnictví v odborných kruzích. Lze totiž nalézt mnohé další členění stavebního trhu, a to na trh realizace stavebních děl, trh stavebních hmot a technologických celků, trh stavebního servisu a trh nemovitostí; případně dle účelu a funkce je uplatňováno dělení na budovy a haly občanské výstavby, budovy pro bydlení, budovy a haly pro průmysl, dopravní stavby, vodohospodářské stavby, objekty podzemní, ostatní inženýrské stavby, ostatní stavby. Rovněž krajský soud při posouzení vymezení relevantního trhu nesprávně dovodil, že při vymezení relevantního trhu je třeba zohledňovat též klasifikaci předmětu veřejné zakázky dle společného slovníku pro veřejné zakázky (CPV), což však stěžovatel nepovažuje za dostatečné. Jako relevantní trh tedy byl nesprávně vymezen trh pozemního stavitelství; takto nesprávné vymezení má dle názoru stěžovatele vliv na odpovědnost za správní delikt a stěžovatel nesdílí názor soudu o způsobu vymezení relevantního trhu. Nesprávné věcné vymezení relevantního trhu se rovněž promítá též do nesprávně stanovené výše obratu pro účely výpočtu pokuty uložené za správní delikt.

[40] Stěžovatel dále nesouhlasí se závěrem soudu o přičitatelnosti jednání pana Ing. T. stěžovateli; tímto závěrem soud opět pouze přisvědčil žalovanému a jeho předsedovi a jim učiněným nesprávným právním závěrům. Stěžovatel opakuje, že samotný úkon, kterým byla jeho účast v zadávacím řízení na část veřejné zakázky 1.1 „Kroměříž“ ukončena, učinil za něj a bez jeho vědomí, tj. bez vědomí jednatelů společnosti, pan Ing. K. T., vedoucí stavební divize, ačkoliv k takovému jednání za stěžovatele nebyl oprávněn. Stěžovatel dále odkazuje na § 8 odst. 1 písm. b) zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, dle kterého trestným činem spáchaným právnickou osobou je protiprávní čin spáchaný jejím jménem nebo v jejím zájmu nebo v rámci její činnosti, *jednal-li tak ten, kdo u této právnické osoby vykonává řídicí nebo kontrolní činnost, i když není jejím statutárním orgánem*; osobou s řídicí nebo kontrolní činností se však rozhodně nerozumí zaměstnanec v postavení vedoucího stavební divize, resp. jakýkoliv zaměstnanec, jehož název funkce je uvozen slovem „vedoucí“. Dále stěžovatel podrobně popisuje, co se rozumí řídicí činností, a v podstatě přebírá svoji argumentaci v žalobě (body VIII. - IX); tuto opakovanou argumentaci nepovažuje Nejvyšší správní soud za potřebné opětovně rekapitulovat.

[41] Krajský soud dle stěžovatele učinil nesprávný právní závěr o tom, že pokuta je přiměřená a že byla uložena v zákonem stanovených mezích dle zákonem stanovených kritérií. Shodně jako

pokračování

v žalobě stěžovatel poukazuje na § 22b odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže, dle kterého při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, a to zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán; požadavky zákona však soud při posuzování věci pominul, a to především v části týkající se přihlídnutí k následkům správního deliktu a tedy výši faktické škody či újmy, která v tomto případě měla vzniknout na straně zadavatele. Ačkoliv správní delikt uzavření zakázané dohody je deliktem ohrožovacím, a je tedy možné stíhat i dohody, které způsobení škodlivého následku (ohrožení hospodářské soutěže) sice nevyvolaly, ale u nichž byla splněna podmínka reálné možnosti soutěž narušit, tak současně míra narušení hospodářské soutěže byla zjevně při ukládání pokuty předmětem posouzení pro účely sankce. Ani krajský soud se k tíži stěžovatele nezabýval faktickým dopadem tvrzeného deliktního jednání, tj. škodou resp. újmou, která měla být způsobena, konkrétně tedy částkou, která fakticky měla být za jednotlivá díla (zakázky) zadavatelem vynaložena, a pouze argumentuje skutečností, že dohody typu *bid rigging* jsou dohodami protisoutěžními *per se*. Stěžovatel opakovaně poukazuje na údaje a data ohledně jednotlivých nabídkových cen a rozdílů mezi jednotlivými zakázkami; celkový součet rozdílů cen na obou výše uvedených zakázkách činil v souhrnu 240 075,97 Kč. V rámci naplnění požadavků zákona stran zohledňování jednotlivých aspektů rozhodných pro určení výše pokuty soud dále shodně s postupem správních orgánů pominul původní předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, resp. tuto nepovažuje za podstatnou. Pokud by v posuzovaném případě stěžovatele a účastníka NOSTA skutečně ke spáchání správního deliktu došlo, tak jednak nedošlo k navýšení ceny oproti předpokládané hodnotě zakázky, především ale rozdíl mezi cenami uchazeče prvního a druhého v pořadí u obou zakázek (Kroměříž a Horní Lideč) zdaleka nedosahuje takové míry navýšení, jak bylo ve správním řízení prezentováno v souvislosti s kartelovými dohodami. Krajský soud odmítl veškeré námitky stěžovatele proti výši uložené pokuty, a tedy shodně s postupem správních orgánů nepřihlédl též k tomu, že k vytýkanému jednání mělo dojít pouze v jediném případě, tj. v případě jediné veřejné zakázky, že deliktní jednání mělo trvat pouze po dobu 4 měsíců (resp. tvrzená doba jednání byla fakticky dána trváním zadávacího řízení na veřejnou zakázku). Pokud se týče délky trvání protisoutěžního jednání, pak pravidla, z nichž žalovaný a jeho předseda při stanovení výše pokuty podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže vycházeli, k tíži uchazeče paušalizují dobu trvání deliktního jednání jejím zaokrouhlením na jeden rok; v tomto směru považuje stěžovatel aplikované zásady za diskriminační, když tyto nijak nereflektují rozdíl mezi jednáním trvajícím několik měsíců a celý rok.

[42] Stěžovatel trvá na tom, že míra preventivní a sankční funkce pokuty za správní delikt nemůže zcela nepřiměřeně přesáhnout samotné důsledky deliktního jednání. Je zcela markantní, že výše uložené pokuty představuje v případě stěžovatele 760 % škody, která měla být zadavateli způsobena, a v případě součtu uložených pokut 2448 % škody, která měla být zadavateli způsobena. Výše uložené pokuty tak budí jasný dojem snahy o exemplární potrestání obou účastníků zadávacího řízení, která zcela nereflektuje závažnost jednání, jehož se měli dopustit. Pokud byla za přitěžující okolnost považována forma zavinění, tedy skutečnost, že se oba účastníci zadávacího řízení měli dopustit úmyslného porušení zákona, pak stěžovatel tvrdí, že se jedná o dvojí trestání za totéž – i tento argument však krajský soud odmítl.

[43] Krajský soud dle stěžovatele rozhodl nesprávně, když neaplikoval ani postup dle § 78 odst. 2 s. ř. s., ačkoli mu zákon takový postup umožňuje, a ačkoliv stěžovatel předložil celou řadu důkazů o tom, že podmínky pro takový postup soudu jsou v daném případě splněny.

Vyjádření žalovaného ke kasačním stížnostem

[44] Dle žalovaného se krajský soud dostatečně vypořádal se všemi žalobními námitkami stěžovatelů a) i b) a své závěry konstruoval a konstatoval zcela jasně a srozumitelně.

[45] K zákonosti zahájení správního řízení se žalovaný podrobně vyjádřil jak v napadeném rozhodnutí, tak ve vyjádření k žalobě. Žalovaný nesporně uvádí, že sice ze z podnětu Ministerstva pro místní rozvoj získal konkrétní podezření na spáchání deliktu ve smyslu ustanovení § 3 zákona; považuje však za nutné zdůraznit, že správní řízení bylo zahájeno na základě důvodného podezření, že došlo ke spáchání správního deliktu, bylo dáno právním rámcem a účastníky, předmět řízení byl formulován jako zakázaná dohoda v širším smyslu v oblasti stavebnictví, zejm. pozemního stavitelství. Takovéto vymezení dává účastníkům správního řízení poměrně konkrétní představu o tom, kým, s jakými subjekty, z jakého důvodu, pro jaké porušení a v jaké oblasti je řízení vedeno. K vymezení předmětu řízení obecnějšího než je pouhé podezření, přistupuje žalovaný jednak z toho důvodu, že těžiště dokazování, hodnocení důkazů a činění významných skutkových zjištění spočívá až ve správním řízení, nikoli v úkonech jemu předcházejících, jednak proto, že zkušenost žalovaného z řady jiných správních řízení, mimo jiné i z řízení pro uzavírání zakázaných dohod na trhu pozemního stavitelství, ukazuje, že prvotní poznatky, které má žalovaný před zahájením řízení k dispozici, často sice ukazují na konkrétní jednání, avšak to může být jen jediným útokem trvajícím či pokračujícím správního deliktu. Nelze přisvědčit stěžovateli a) v tom ohledu, že až do sdělení výhrad, tedy jak sám uvádí 20 měsíců od zahájení správního řízení, neměl možnost ověřit, co přesně je ze strany žalovaného šetřeno. Žalovaný zdůrazňuje, že oba stěžovatelé brzy po zahájení správního řízení požádali o nahlížení do správního spisu a toto jim bylo umožněno, byli tedy v řádu týdnů seznámeni s podnětem a jeho obsahem, čímž bylo dostatečně osvětleno podezření žalovaného. Stěžovatelé měli po celou dobu trvání správního řízení naprosto přesnou a jednoznačnou představu o tom, jaké podezření proti nim vyvstalo; stěžovatel a) tedy ohledně předmětu řízení netápal. Od počátku správního řízení stěžovatelé s žalovaným komunikovali, přičemž nikdy nenamítali a netvrdili žádnou nejistotu ohledně předmětu správního řízení. Dokonce ani v rozkladu, kde stěžovatel a) v souvislosti s tvrzeným nezákonným místním šetřením namítá, že Úřad vymezil předmět řízení neurčitě, „*čímž porušil základní úprava účastníka řízení a současně zavedl pochybnosti, zda se v posuzovaném případě nevydal pouze na tzv. „fishing expedition“ (Účastník řízení totiž ani nebyl obeznámen se skutečností, že ÚOHS jedná na základě podnětu ke konkrétnímu výběrovému řízení)*“, stěžovatel a) netvrdí, že by mu předmět řízení nebyl znám a že by byl touto nevědomostí poškozen jinak, než že takto vymezený předmět řízení zavdává určité pochybnosti.

[46] Žalovaný uvádí, že co se týká naplnění zákonných podmínek ohledně provedení místních šetření, je z protokolů o provedení místních šetření zřejmé, že místní šetření představují úkon, který je žalovaný ze zákona oprávněn provést, byla provedena v rámci zahájeného správního řízení, v obchodních prostorách obou účastníků správního řízení, tedy dle § 21f zákona sledovala legitimní účel, který je zákonem předpokládán, tedy byla provedena k ochraně hospodářské soutěže. Z hlediska vhodnosti, délky a rozsahu konkrétního postupu žalovaného je rozhodující, že žalovaný před provedením místního šetření doručil oběma stěžovatelům oznámení o zahájení správního řízení, čímž posílil dále jejich procesní postavení (a contrario k tomu, že je žalovaný oprávněn i k provedení místního šetření mimo správní řízení), místní šetření byla v dané situaci vhodným a přiměřeným úkonem odpovídajícím dané fázi prošetřování/řízení, rozsah získaných dokumentů nevybočuje z mezí původního podezření- získané dokumenty „personálně“, časově i věcně odpovídají podezření, trvání místních šetření bylo naprosto standardní – proběhla od 9:44 do 14:00 hodin, v pracovní den, v běžné době. Namítá-li stěžovatel a) nedostatek odůvodnění pověření k provedení místního šetření, domnívá se žalovaný, že je zcela postačující, když jsou takové okolnosti jasně zřejmé ze správního spisu. S tímto názorem se ztotožnil i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 31. 3. 2017, č. j. 29 A 165/2016 - 150.

[47] Žalovaný podotýká, že slovenská judikatura, kterou stěžovatel a) rozebírá, není pro posouzení věci směrodatná, zvláště pohledem recentní judikatury české, kterou stěžovatel a) ve svém odůvodnění zcela opomíjí. Z jakého důvodu není k této konkrétní věci přílehlavé

pokračování

stěžovatelem a) uvedené unijní rozhodnutí ve věci *Deutsche Bahn*, rozvedl žalovaný podrobně již ve svém vyjádření k žalobě, na které plně odkazuje. V návaznosti na stěžovatelem a) uváděnou evropskou judikaturu žalovaný podotýká, že se pochybení vytykávaných Komisi ve stěžovatelem a) citovaných rozsudcích nedopustil, stěžovatel a) byl rámcově seznámen s předmětem řízení, při místním šetření žalovaný nepřekročil meze původního podezření, a není proto dána žádná skutečnost, jež by mohla zpochybnit dodržení procesních norem při provádění místních šetření v posuzované věci. Důkazy získané v rámci jmenovaných místních šetření jsou použitelné a lze z nich při dokazování vycházet.

[48] Stran námitky nedostatečně zjištěného skutkového stavu a hodnocení důkazů v neprospěch stěžovatelů, žalovaný odkazuje na napadené rozhodnutí a své vyjádření k žalobě stěžovatele a), kde se zjišťováním skutkového stavu a hodnocením důkazů podrobně zabývá. Podotýká, že již ze samotného postupu stěžovatelů a) a b) v zadávacím řízení nabyt podezření o koluzi i podatel podnětu, tj. Ministerstvo pro místní rozvoj. Žalovaný má k dokladům, které zaslal tento podatel, navíc i e-mailovou komunikaci a ručně psané poznámky, které původnímu podezření zcela odpovídají a poskytují o skutkových okolnostech jednoznačný obraz: a) 11. 10. 2011 bylo vypsáno zadávací řízení stran veřejné zakázky „Dodavatel stavebních prací – KKC II. – Krajské ředitelství policie Zlínského kraje CZ.1.06/3.4.00/05.07008“ veřejného zadavatele Česká republika – Krajské ředitelství policie Zlínského kraje, se sídlem J. A. Bati 5637, 760 01 Zlín b) stěžovatel a) a stěžovatel b) se do tohoto řízení přihlásili jako uchazeči c) 31. 10. 2011 se oba účastníci informovali o výsledcích otevírání obálek – důkazy označené v prvostupňovém rozhodnutí písmeny i), j), k), d) 29. 1. 2012 a 30. 1. 2012 si e-maily posílají zdůvodnění k zakázce – důkazy pod písmeny m) a o), e) 8. 2. 2012 zadavatel zvolil vítězné uchazeče - stěžovatele a) v části zakázky 1.5 (Horní Lideč) a stěžovatele b) v části zakázky 1.1 (Kroměříž) – důkazy pod písmeny a), b), d), e) f); 7. 3. 2012 odstoupil ze zadávacího řízení v části 1.5 stěžovatel a), o čemž týž den informoval emailem stěžovatele b) – důkaz pod písm. l) g) 8. 3. 2012 odstoupil ze zadávacího řízení v části 1.1 stěžovatel b) – důkaz pod písm. c) h) 21. 3. 2012 uzavřel stěžovatel a) smlouvu o dílo na část 1.1 i) 23. 3. 2012 uzavřel smlouvu o dílo na část 1.5 stěžovatel b) Žalovaný má za to, že z přehledu je patrné, že stěžovatelé neponechali postup v zadávacím řízení náhodě. Míra a obsah jejich komunikace nedává prostor pro pochybnosti, že mezi nimi muselo dojít k zevrubné dohodě o tom, jakým způsobem budou postupovat v případě situace, která v části 1.1 a 1.5 zadávacího řízení nastala, neboť kroky stěžovatelů tak, jak vyplynuly z dokumentace zadavatele i jak se podávají z emailové komunikace, jsou naprosto jednoznačné a směřují k jedinému cíli. Objem a obsah e-mailové komunikace je zcela nestandardní, a zatímco ojedinělý e-mail mezi účastníky řízení by bylo možno vysvětlit způsobem, který nabízí stěžovatel a), není představitelné vysvětlit takto všechny shromážděné e-maily, zvláště jsou-li zasazeny do kontextu konkrétní situace v zadávacím řízení.

[49] Pokud stěžovatel a) argumentuje „logickými ekonomickými argumenty“, tedy že dává úplný smysl, že se stěžovatelé rozhodli pro zakázku, která je pro ně ekonomicky výhodnější („rozhodli se realizovat ekonomicky výhodnější stavbu“), sám tím dokazuje skutkový stav, ke kterému dospěl žalovaný a potažmo i krajský soud. Pokud je situace na relevantním trhu tak konkurenční, jak tvrdí stěžovatel a), a jednotliví uchazeči podávají nabídky do všech dostupných výběrových řízení, aby měli šanci uspět alespoň v některé z nich, jeví se krajně nepravděpodobné, že by se uchazeč sám vzdal zakázky, v níž zvítězil, bez toho, aby si byl jist, že získá jinou. Pokud však existovala mezi stěžovateli vzájemná koordinace, dává jejich chování o odstoupení z veřejných zakázek, v nichž zvítězili, dokonalý smysl. Pokud jde o stěžovatelem a) uvedené výpočty a znázornění pomocí vložených map, je nutné si uvědomit, za jakých okolností vznikají nabídky uchazečů do výběrových řízení. Nelze si dost dobře představit, že by v rámci nabídkové ceny a kalkulací nabídkových rozpočtů jednotliví uchazeči nezohlednili i vzdálenost staveniště od svého sídla a sídel případných subdodavatelů a uvedli tak nabídkovou cenu, která by pro ně byla nevýhodná. Musela by se tedy stát nějaká významná okolnost, během níž by si (oba) stěžovatelé

(zároveň) uvědomili, že veřejná zakázka, z níž vzešli jako vítězové, je pro ně nevýhodná a musí od ní odstoupit. Žádné takové skutečnosti však ani jeden ze stěžovatelů neuvádí. Je však zcela logické, že se stěžovatelé rozhodli pro zakázku, které pro ně byly výhodnější. Nejen, že mohli realizovat zakázku, jejíž realizace nabízela větší ekonomický zisk s ohledem na umístění stavby apod., ale navíc to byla zakázka, za níž mohli stěžovatelé nabídnout vyšší cenu, než kterou nabídl původní vítěz zakázky. Na dané situaci tedy vydělali hned dvakrát.

[50] Pokud stěžovatel a) tvrdí, že žalovaný pochybil tím, že kvalifikoval jednání účastníků správního řízení jako jednání ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci činnosti konkurentů při výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, zejména v oblasti pozemního stavitelství, aniž by byla prokázána existence kontaktů mezi účastníky řízení, žalovaný k tomuto okruhu námitek v první řadě předesílá, že stěžovatel a) směšuje skutková zjištění a jejich právní posouzení. Učinil-li totiž žalovaný skutková zjištění v tom smyslu, že stěžovatelé synchronně a koordinovaně opustili „svou“ část veřejné zakázky, aby posléze získali výhodnější, tedy se dopustili takového jednání v zadávacím řízení, které nelze racionálně jinak zdůvodnit, než předchozím kontaktem, a současně jednání, které nahradilo rizika jinak běžně probíhajícího zadávacího řízení, byl žalovaný oprávněn jednak presumovat existenci kontaktů, které tomuto jednání musely předcházet, jednak spojitost mezi takovými kontakty a koordinovaným postupem v zadávacím řízení. Takové jednání je pak na místě právně kvalifikovat jako zakázanou dohodu v širším slova smyslu dle § 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

[51] Ohledně pokuty žalovaný uvádí, že důvody, proč byla základní částka pokuty kalkulována z obrátu stěžovatelů na relevantním trhu a nikoliv z jiného základu, vysvětlil v napadeném rozhodnutí i ve vyjádření k žalobě; odkazuje na body 31 – 47 tohoto vyjádření, kde se problematice uložení pokut v tomto konkrétním případě obšírně věnoval. Žalovaný dodává, že otázka relevantního obrátu pro základní částku pokuty je otázkou koncepční, žalovaný dlouhodobě volí přístup shodný jako v této věci, k čemuž odkazuje na všechna jím vydaná rozhodnutí v oblasti *bid rigging* v řízeních zahájených po účinnosti Zásad, přičemž např. v recentní věci KIS plus, a. s. byl 5. 4. 2017 vydán Krajským soudem v Brně rozsudek, č. j. 62 Af 140/2015 - 113, v němž nebyl postup žalovaného při kalkulaci pokuty zpochybněn, totéž platí o dřívějším rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2013, 62 Af 61/2011 – 245, potvrzujícím rozhodnutí žalovaného ve věci INZET a spol. Jedná-li se o námitky, že stejný postup jako v případě stěžovatele a) by žalovaný zvolil i pro případ trestání rok trvajícího celostátního kartelu, je taková námitka spekulativní. I v takovém případě je žalovaný povinen se zabývat specifiky případu, je oprávněn na pokutě přitížít, výslednou částku navýšit, apod. Z hlediska posouzení tohoto případu jsou teoretické úvahy na téma trestání jiného kartelového jednání irelevantní.

[52] Žalovaný konstatuje, že typově standardně kvalifikuje dohody typu *bid rigging* jako nejzávažnější porušení zákona, a ač se v jiných případech mohl od 3 % míry závažnosti odchýlit, není těmito odchylkami zásadně vázán v případech jiných, neboť okolnosti každé věci jsou specifické, stejně tak jako postavení každého účastníka řízení. Zdůrazňuje, že k oběma stěžovatelům bylo přistoupeno rovně a nelze namítat, že byli diskriminováni, a to ani odkazem na jiná řízení; příklady jiných řízení a rozhodnutí v nich nemusí a nemohou být zcela totožné s posuzovanou věcí. Žalovaný rovněž podotýká, že možnosti stanovení základní částky pokuty za závažnost dle Zásad jsou velmi omezeny (u velmi závažných deliktů je rozpětí 1 – 3 % relevantního obrátu), tedy i manévrovací prostor žalovaného je minimální. Rozdíly mezi jednotlivými případy tak činí desetiny procent, tedy námitky diskriminace a značných rozdílů v základních částkách pokut jsou dle žalovaného nemístné a vyloučené z podstaty věci. Pokuta za závažnost o velikosti 3 % obrátu na relevantním trhu je tak dle žalovaného sankcí, jejíž výše plní v tomto případě nejen funkce generální prevence, ale též funkci přiměřeně represivní, zcela odpovídající okolnostem případu. Navíc ani pokuta (včetně části za závažnost ve výši 3 %), jak je

pokračování

ukládána, nepředstavuje ani obrat z dotčených částí veřejných zakázek, jak žalovaný pro ilustraci podrobněji rozebírá v bodě 138 napadeného rozhodnutí.

[53] K nesprávně použitému koeficientu času při ukládání pokuty žalovaný uvádí, že pokud se jedná o stěžovatelem a) uváděné rozsudky, jsou pro posouzení této věci irelevantní. V rozsudku *Cheil Jedang Corp* Tribunál deklaruje, že Komise může při zohlednění trvání deliktu vyjít z metodiky, avšak současně musí uplatnit princip rovného zacházení. V rozsudku *BASF/UCB* pak soud koeficient času ještě dále navýšil, aby určitá část jednání (přesahující tři roky) nezůstala nepostížena sankcí. V rozsudku *Total Rafinage* Tribunál opět zdůrazňuje zásady rovného zacházení a proporcionality, což aplikováno na tam řešený případ znamená, že Komise nebyla oprávněna použít koeficient času 1 na oba účastníky řízení, neboť oba se sice dopustili jednání trvajícího méně než rok, avšak každý z nich o jiné délce, tedy použití tohoto koeficientu mezi nimi založilo nerovnost, kterou však Komise neodůvodnila nijak nad rámec toho, že použila platnou metodiku. Tribunál dále upravil použité časové koeficienty u skutků představující dlouhodobé kartely. Jak je patrné, žádný ze stěžovatelem a) uváděných rozsudků není na nyní posuzovanou věc aplikovatelný, neboť podstata posouzení věci Tribunálem je založena na tom, že Komise použila své metodiky způsobem, který založil mezi účastníky jednoho řízení neopodstatněnou nerovnost. To se však v daném případě nestalo. Doba účasti obou stěžovatelů v zakázaném jednání byla shodná a byla i shodně posouzena. Jedná-li se o další rozhodnutí Komise, která stěžovatel a) uvádí (rozhodnutí *Exotic Fruit, Water Management Products a další*), pak nelze přehlédnout dvě skutečnosti – jednak že Komise odklon od své metodiky nijak neodůvodňuje, jednak že se v žádném z uvedených případů nejedná o *bid rigging*, což je z hlediska žalovaného okolnost podstatná. Žalovaný obecně uvádí, že v otázce koeficientu času vychází ze Zásad a tyto uplatňuje nediskriminačním způsobem. Nad rámec toho dodává, že jeho praxe používání koeficientu 1 u deliktů, jejichž trvání nepřesáhlo rok, nebyla soudy nikdy zpochybněna.

[54] Co se týče kartelových dohod, požadavky na přesnost vymezení relevantního trhu rapidně klesají u *hardcore* narušení, která jsou narušením hospodářské soutěže sama o sobě bez toho, že by musel být prokazován dopad na relevantní trh. Důležitější roli hraje vymezení relevantního trhu u takových dohod, kde bez takového přesného vymezení nelze určit, zda je cíl nebo výsledek dohody protisoutěžní, popř. zda je tomu tak v míře, v níž může být dotčen obchod mezi členskými státy. Cíl jednání označovaného jako *bid-rigging* je jednoznačně protisoutěžní a výsledek tohoto jednání taktéž. Vyžadovat po žalovaném v případě *hardcore* kartelu, který je judikaturou i doktrínou považován za protisoutěžní *per se*, členění trhu, které má své místo v jiných řízeních a typech jednání, je nesmyslné. V daném případě nezáleží na postavení soutěžitelů na trhu ani na jejich tržních podílech. Pokud by je žalovaný zkoumal, činil by tak nad rámec požadavků na řádné zjištění naplnění znaků skutkové podstaty. Provádění analýz by pak bylo neúčelnou zátěží účastníků řízení a vedlo by jen k oddalování konečného rozhodnutí bez potenciálu ovlivnit závěr o spáchání správního deliktu.

[55] Žalovaný odkazuje na Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství 97/C 372/03, dle které je definice relevantního trhu „*nástrojem pro stanovení a vymezení hranic hospodářské soutěže mezi podniky. Slouží ke stanovení rámce, v rámci něhož Komise uplatňuje politiku hospodářské soutěže. Hlavním záměrem definice trhu je systematicky zjišťovat konkurenční omezení, jimž zúčastněné podniky čelí. Cílem definice trhu, jak pokud jde o výrokový trh, tak o zeměpisný trh, je zjistit skutečné soutěžitele dotčených podniků, kteří mohou omezovat chování uvedených podniků a bránit jim, aby se chovaly svobodně, aniž by byly podrobeny účinnému konkurenčnímu tlaku. Z tohoto hlediska definice trhu umožňuje mimo jiné vypočítávat podíly na trhu, které poskytují významné informace o tržní síle pro účely posouzení dominantního postavení nebo pro účely použití článku 85.*“ I z toho je tedy patrné, že je nutno reflektovat skutečnost, že každý standard vymezení relevantního trhu je vhodný k určitému účelu, při určitém typu jednání a pro jiné naopak využití nemá. U *hardcore* dohod je tedy zachován jen nejzákladnější smysl vymezování relevantního trhu, a to vymezení rámce šetřeného jednání a

zjištění toho, jací soutěžitelé se zakázaného jednání účastní nebo jím mohou být dotčeni. Žalovaný tak vymezil dle svého názoru relevantní trh s ohledem na charakter posuzovaných deliktů adekvátně. Vycházel primárně z homogenity podmínek pro účast na zadávacích řízeních a z charakteru jednotlivých uchazečů, viz např. bod 51 napadeného rozhodnutí. Nabídková strana trhu u šetřených soutěžitelů zahrnuje soutěžitele s velmi širokou působností. To odpovídá také tomu, že realizace stavebního díla zpravidla zahrnuje práce z více různých specializací. Jak je vidět, soutěžitelé to řeší tím, že mají z hlediska věcného velmi širokou působnost, případně využívají subdodávek. O zakázku se tak mohou ucházet zároveň menší i větší společnosti, aniž by byly požadavky ze strany zadavatele výrazně omezeny. Žalovaný vymezení věcného trhu jako pozemní stavitelství proto považuje za dostatečné.

[56] Co se týká uložené pokuty, je žalovaný přesvědčen, že pokuta odpovídá svou celkovou výší závažnosti a okolnostem spáchaného deliktu jakož i majetkovým poměrům stěžovatelů, což je pro přezkum pokuty rozhodující. Výše pokut se pohybuje při samé spodní hranici zákonné sazby [u stěžovatele b) ve výši 1,59 % obrátu roku 2014, u stěžovatele a) ve výši 2,04 % obrátu roku 2014] a v případě, že by se přistoupilo k jejímu dalšímu snížení, již by dle názoru žalovaného přestala plnit své funkce.

[57] Pokud stěžovatel INVISTA považuje za pochybení rovněž přitížení za úmysl, žalovaný uvádí, že zákon nepožaduje, aby bylo při vyslovení protizákonnosti určitého jednání zkoumáno zavinění jednajícího. Tato složka není součástí znaků skutkové podstaty deliktu dle § 3 zákona, kterýž je založen na objektivním principu, tj. odpovědnosti za následek. Subjektivní stránka deliktu byla řádně posouzena ve vztahu k pokutě, když bylo v napadeném rozhodnutí shledáno, že koluzní jednání bylo vedeno se zjevným úmyslem ovlivnit výsledek zadávacího řízení, a tedy zasáhnout do hospodářské soutěže. Stejně tak unijní judikatura v soutěžních věcech dokládá, že imanentním znakem „cíle“ není úmysl soutěžitele narušit hospodářskou soutěž, a tak např. pojem „svým cílem protisoutěžní dohoda“ se použije bez ohledu na případnou okolnost, že strany dohody neměly v úmyslu porušit hospodářskou soutěž nebo v případě, že o takovém porušení ani nevěděly. Důkaz o úmyslu omezit hospodářskou soutěž není totiž rozhodující pro zjištění, zda dohoda má za cíl takové omezování (viz např. rozhodnutí Tribunálu ve věci T – 450/05, *Automobiles Peugeot SA a Peugeot Nederland NV*). Srovnává-li stěžovatel b) výši pokuty s výší škody, která byla zadavateli koluzním jednáním způsobena, je nutno takovémuto přístupu oponovat, neboť konkrétní výše škody není faktorem, který by byl žalovaný povinen brát při ukládání pokuty v úvahu, a v tomto konkrétním případě je to údaj, který náhled na pokutu účelově zkresluje. Takovým faktorem není ani předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Stěžovatel b) účelově vybírá takové číselné údaje, aby výše uložené pokuty vypadala zjevně nepoměrně. Při ukládání pokuty však nejde o jediné zadávací řízení, jehož se jednání účastníků dotklo. Stěžovatel b) poměruje výši pokuty vždy jen hodnotou jedné části veřejné zakázky. Celková hodnota veřejné zakázky nicméně představovala částku 23 332 000 Kč, přičemž předpokládané hodnoty jednotlivých jejích částí činily v případě části 1.1 Kroměříž částku 4 891 000 Kč a v případě části 1.5 Horní Lideč částku 4 655 000 Kč. Ve smlouvách o dílo byly ceny stanoveny ve výši 3 887 797 Kč za část 1.1 Kroměříž a ve výši 3 328 929 Kč za část 1.5 Horní Lideč. Všechny uváděné částky jsou bez DPH. Činí-li výše pokuty uložené stěžovateli částku 1 826 000 Kč, pak je zjevné, že výše pokuty dosahuje v případě stěžovatele b) toliko polovinu ceny získané zakázky. V součtech, kterými stěžovatel b) rovněž argumentuje, pak celková výše obou pokut dosahuje částky 5 878 tis. Kč oproti cenám za obě části zakázky ve výši 7 216 tis. Kč. Výše pokut tedy v součtu zjevně nedosahuje ani obrátu, který z narušených zakázek měli realizovat účastníci řízení. Z tohoto důvodu žalovaný nepovažuje výši škody, kterou argumentuje stěžovatel b), za faktor, od něhož by se měla odvozovat individuální závažnost deliktního jednání.

[58] Žalovaný dále uvádí, že stěžovatel b) nabízí jako jediné alternativní vysvětlení svého odstoupení z části veřejné zakázky to, že nebyl kapacitně schopen tuto část veřejné zakázky

pokračování

realizovat, nicméně z porovnání smluv o dílo je zřejmé, že stěžovatel b) „vyměnil“ část 1.1 – Kroměříž za část 1.5 Horní Lideč, avšak parametry těchto dvou částí jsou srovnatelné, díla měla být prováděna ve stejné době (4 – 7/2012) a za cenu lišící se toliko o 559 tis. Kč, tedy cca o šestinu. Toto odůvodnění, které stěžovatel b) v žádném dokumentu blíže nevysvětluje, nevznáší pochybnosti o správnosti skutkových zjištění učiněných žalovaným. Navíc sám stěžovatel toto vysvětlení později v žalobě zpochybňuje, když dále tvrdí, že se jednalo o exces zaměstnance, Ing. Trlici. Navíc stěžovatel tamtéž tvrdí, že se o zakázku nezajímalo vedení společnosti, což poněkud zpochybňuje tvrzení o její velikosti přesahující kapacitní možnosti stěžovatele b). Nedůvodná je dle žalovaného rovněž námitka absence příčinné souvislosti.

[59] V reakci na námitky stěžovatele b) stran přičitatelnosti jednání pana Ing. Trlici, žalovaný podotýká, že se jimi podrobně zabýval v bodech 116 – 127 napadeného rozhodnutí, na něž tímto odkazuje. Zároveň žalovaný předesílá, že evropská rozhodovací praxe je v otázce přičitatelnosti jednání konkrétní fyzické osoby soutěžiteli velice striktní a takto je přebírána i do praxe české. Soudní dvůr tak nepožaduje, aby původci deliktního jednání zastávali v soutěžiteli vedoucí funkce, ani nepožaduje, aby ke svému jednání měli pokyn či předchozí souhlas soutěžitele, za přičitatelné soutěžiteli dokonce Soudní dvůr EU považuje i koluzní jednání, o němž vedení soutěžitele nevědělo, či s ním vyslovilo nesouhlas. Není ani nutno, aby byly konkrétní jednající osoby identifikovány. Je-li na případ stěžovatele b) nazíráno touto optikou, jsou jeho žalobní námitky zcela irelevantní (viz rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 18/2008).

[60] Žalovaný si dovoluje upozornit na nekonzistenci námitek stěžovatele; tvrdí-li stěžovatel b), že Ing. Trlica nebyl oprávněn stěžovatele právně zavazovat, a současně tvrdí, že oznámení o odstoupení z veřejné zakázky není právním jednáním, nýbrž „procesním úkonem“, pak tyto argumenty patrně směřují k tomu, že odstoupení bylo učiněno platně. Stěžovatel b) však dále tvrdí, že Ing. Trlica neměl k odstoupení plnou moc, avšak když byla předložena smlouva na jinou část veřejné zakázky, tato byla ze strany stěžovatele b) podepsána a neplatnost odstoupení nebyla nikdy namítnuta, tedy předchozí odstoupení z jiné části veřejné zakázky, ať již bylo z hlediska civilního práva učiněno platně či neplatně, bylo aprobováno. Stěžovatel b) svými tvrzeními o tom, že jednatelé toliko podepisují smlouvy a není možno po nich spravedlivě požadovat, aby byli informováni o tom, zda a od jaké veřejné zakázky bylo odstoupeno, dále navozuje dojem, že jednatelé nejenže své dílčí rozhodovací pravomoce delegovali (mj. i na vedoucího stavební divize, který se za stěžovatele b) v zadávacím řízení angažoval), ale rezignovali i na svou zákonnou povinnost řádného obchodního vedení společnosti a kontroly nad jejím chodem. Stěžovatel b) dále tvrdí, že skutečným důvodem odstoupení z části zadávacího řízení byla skutečnost, že si uvědomil, že na objemnou zakázku aktuálně kapacitně nestačí. Představovala-li zakázka pro stěžovatele b) tak velký obchodní případ, že hraničil s jeho kapacitou, pak takovýto obchodní případ neměl pozornosti jednatelů stěžovatele b) uniknout a měli mít o jeho průběhu, jakož i o krocích svých podřízených maximální množství informací. Nelze si rovněž představit jednatele společnosti, který by si nebyl vědom skutečnosti, že jeho společnost vyhrála ve výběrovém řízení veřejnou zakázku v hodnotě dotčených zakázek a následně od ní odstoupila. Stěžovatel b) dále tvrdí, že nebylo prokázáno, že by ukončení účasti v zadávacím řízení bylo učiněno na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu statutárního orgánu stěžovatele b). Pokud pak Ing. T. statutární orgány o odstoupení ze zadávacího řízení neinformoval, nemohly jeho jednání zamezit, „ať už motivace pana Ing. K. T. pro ukončení účasti v řízení byla jakákoliv“. Toto tvrzení však opět koliduje s tvrzením, že se stěžovatel b) rozhodl pro odstoupení z důvodu nedostatku kapacity.

[61] Žalovaný závěrem zdůrazňuje, že v daném případě nemá pochybnosti o tom, že napadené i prvostupňové správní rozhodnutí jsou věcně správná. Argumentace stěžovatelů, kterou se snaží alternativně vysvětlit své kroky v zadávacím řízení, se jeví jako účelová snaha vyhnout se ex post odpovědnosti za své jednání. Žalovaný nemá pochybnosti o vině obou účastníků správního

řízení. Co se týká uložené pokuty, i zde je žalovaný přesvědčen, že pokuta odpovídá svou celkovou výší závažnosti a okolnostem spáchaného deliktu jakož i majetkovým poměrům stěžovatelů, což je pro přezkum pokuty rozhodující. Při jejím ukládání se žalovaný nedopustil žádného excesu. Pokutu uložil v mezích svého správního uvážení a v mezích zákona, přičemž jeho úvahy jsou ve správních rozhodnutích obou stupňů zřejmé a přezkoumatelné. Navrhuje kasační stížnosti zamítnout.

[62] Nejvyšší správní soud po konstatování včasnosti obou kasačních stížností, jakož i splnění ostatních podmínek řízení, přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a z důvodů, které stěžovatelé v jednotlivých kasačních stížnostech uplatnili, současně zkoumal, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by byl povinen přihlížet z úřední povinnosti (§109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[63] Kasační stížnosti nejsou důvodné.

[64] Vzhledem k tomu, že zásadní kasační námitky obou stěžovatelů se obsahově shodují a překrývají, vypořádal je Nejvyšší správní soud níže ve společném odůvodnění.

[65] Nejvyšší správní soud předesílá, že kasační námitky v podstatě kopírují námitky, s nimiž se vypořádal jak žalovaný v odůvodnění svého rozhodnutí, tak poté i krajský soud. Stěžovatelé přitom nadále pouze setrvávají na svých názorech a s posouzením věci žalovaným, resp., krajským soudem vyslovují nesouhlas. Námitky stěžovatelů fakticky představují převážně pokračování polemiky neúspěšných účastníků řízení, bránících se dozorové činnosti žalovaného, s průběhem řízení před správním soudem a správními orgány, s hodnocením důkazů a se skutkovými zjištěními, z nichž rozhodnutí vycházejí. Nejvyšší správní soud proto nepovažuje za potřebné ani účelné podrobně reagovat na každou jednotlivou námitku, na kterou bylo stěžovatelům již opakovaně, tj. žalovaným a poté i krajským soudem, odpovězeno.

[66] Stěžovatelé především mají napadený rozsudek za nepřezkoumatelný, neboť se krajský soud nevypořádal s některými žalobními námitkami. Na tomto místě Nejvyšší správní soud připomíná, že správní orgány a soudy nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí. Krajský soud nemusel na košatou a obsáhlou žalobu jednotlivých stěžovatelů reagovat stejně košatým a obsáhlým rozsudkem; opačný závěr by směřoval k tomu, že u podání mimořádně rozsáhlých, jako je i podání stěžovatelů, by bylo velmi obtížné sepsat „přezkoumatelný“ rozsudek. Takovéto pojetí nepřezkoumatelnosti by pak směřovalo k nekonečnému „ping pongu“ mezi Nejvyšším správním soudem a soudy krajskými a v důsledku by poškozovalo ústavní právo na přístup k soudu (viz rozsudek zdejšího soudu ze dne 11. 6. 2014, č. j. [10 Afs 18/2015 - 48](#)). Tvrzenou nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Nejvyšší správní soud neshledal. Krajský soud se přehledně a podrobně vypořádal se všemi nosnými námitkami stěžovatelů, na nichž závisely vyslovené právní závěry stran zjištění skutkového stavu věci a jeho právního posouzení (jakožto zakázaného jednání ve shodě), posouzení zákonnosti místních šetření, vymezení relevantního trhu, jakož i skutečností rozhodných pro uložení pokuty, resp. její výše. Správnost závěrů, k nimž krajský soud dospěl, je otázkou zákonnosti, kterou se Nejvyšší správní soud následně zabýval.

[67] Stěžovatelé především tvrdí, že žalovaný vymezil předmět řízení naprosto neurčitě, což mu umožnilo šetřit v zásadě jakékoli jednání stěžovatelů v kterémkoli místě a čase; krajský soud, byť tuto vadu shledal, dospěl k závěru, že vadný procesní postup žalovaného byl zhojen následným postupem ve správním řízení. Poukazují na to, že žalovaný v průběhu místních šetření zajistil některé dokumenty, které se věcně ani časově nevztahovaly k výběrovým řízením specifikovaným v podnětu; z protokolů o průběhu šetření navíc není seznatelné, jaký byl skutečný

pokračování

rozsah šetření žalovaného na místě, protokoly o průběhu šetření neobsahují seznam klíčových slov. Dle stěžovatelů žalovaný provedl nezákonná místní šetření, tudíž důkazy, které byly v rámci nich získány, nemohou obstát.

[68] Nejvyšší správní soud nezákonnost provedených místních šetření neshledal. Námitkami tvrzeného nezákonného vymezení předmětu správního řízení, jakož i s námitkami nezákonnosti provedených místních šetření se krajský soud podrobně a vyčerpávajícím způsobem vypořádal v bodech 25 až 47 odůvodnění svého rozsudku. Vycházel přitom z obsahu správního spisu a četné judikatury Soudního dvora EU i Nejvyššího správního soudu. Nejvyšší správní soud se s jeho závěry zcela ztotožňuje.

[69] Shodně s krajským soudem Nejvyšší správní soud připouští, že vymezení předmětu správního řízení v oznámení o zahájení řízení ze dne 22. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S204/2013/KD-6751/2013/850/DSv, založeném na č. l. 54 a 56 správního spisu jako „*možné porušení § 3 odst. 1 zákona spatřuje Úřad v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a/nebo v koordinaci nabídek a/nebo v rozdělení trhu v rámci výběrových řízení v oblasti stavebnictví, zejména v oblasti pozemního stavitelství; toto jednání účastníků správního řízení bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž na dotčených trzích,*“ mělo být s ohledem na informace, které měl žalovaný na základě podnětu ministerstva k dispozici konkrétnější.

[70] Jak krajský soud správně připomněl, judikatura správních soudů i doktrína vycházejí z toho, že v řízení o uložení sankce za správní delikt musí být již z oznámení o zahájení správního řízení zřejmé, který orgán oznámení činí, musí obsahovat vylíčení skutku, který je důvodem pro zahájení řízení, a důvod, proč je řízení zahajováno (srovnej k tomu např. již rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 28. 1. 1996, sp. zn. 6 A 100/94, publikované pod č. 344/1998 Soudní judikatury, nebo obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 11. 2003, č. j. 5 A 73/2002 - 34, publikovaný pod č. 296/2004 Sb. NSS). Popis skutku musí být v oznámení o zahájení řízení vymezen tak, aby nemohl být zaměněn s jiným skutkem. Správní orgán je dále povinen uvést, jaký správní delikt v tomto skutku spatřuje (srovnej k tomu VEDRAL, J. *Správní řád. Komentář*. Praha: BOVA POLYGON, 2012, str. 492). Rovněž tak i z četné judikatury Soudního dvora EU, na kterou krajský soud případně odkázal, vyplývá požadavek na dostatečně konkrétní vymezení předmětu a účelu místního šetření.

[71] Není sporu o tom, že požadavek na dostatečně konkrétní vymezení předmětu a účelu místního šetření představuje základní požadavek nejen za účelem podání informace o odůvodněnosti zamýšlené kontroly u vyšetřovaných soutěžitelů, ale rovněž umožňuje soutěžitelům uvědomit si rozsah povinností spolupráce při současném zachování práva na obhajobu. Musí jim být zřejmé, o čem se bude řízení vést a o čem konkrétně v něm bude rozhodováno, a musí jim též dána možnost se ve věci vyjádřit a uplatnit svá práva. To v daném případě, i přes výše uvedené vymezení předmětu řízení, bylo splněno.

[72] Stěžovatelé se sice vymezují proti způsobu, jakým byl předmět řízení vyjádřen, nepřinášejí však žádná specifická tvrzení stran toho, že by byli v důsledku vymezení předmětu správního řízení na svých procesních právech konkrétně omezeni či zkráceni, že by byl některý jejich procesní úkon vymezením předmětu správního řízení jakkoli ovlivněn; pouze obecně uvádějí, že netušili, co je jim ze strany žalovaného vytýkáno. Jaký negativní dopad údajně jednání žalovaného mělo mít, či jakou konkrétní újmu to stěžovatelům způsobilo, není zřejmé. V projednávané věci, kdy stěžovatelům bylo současně přiznáno postavení účastníků řízení (neboť jim bylo souběžně se započítáním místního šetření doručeno také oznámení o zahájení správního řízení), nebylo zasaženo do jejich práva na obhajobu, měli přístup do správního spisu a jeho obsahu, a tedy jim jakékoli další informace ohledně rozsahu podezření a vývoje zjišťování skutkového stavu věci byly plně zpřístupněny. Ostatně stěžovatelé ani v průběhu řízení nenamítli, že by jim nebylo

zřejmé, jaké jednání je jim vytýkáno, ani že by jim byla některá procesní práva odepřena, či byli např. na své obhajobě v důsledku vymezení předmětu řízení jakkoli omezeni.

[73] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani námitce nezákonnosti provedených místních šetření. Krajský soud se podrobně zabýval otázkami zákonnosti, legitimního cíle a nezbytnosti, přičemž vycházel především z rozsudku ESLP ve věci DELTA PEKÁRNY (stížnost č. 97/11) a navazující judikatury Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu. Nejvyšší správní soud jeho závěrům zcela přisvědčil a jeho odůvodnění považuje za dostatečná.

[74] Místní šetření proběhla v situaci, kdy žalovaný měl zřetelné, konkrétní a dostatečné vstupní indicie o tom, že hospodářská soutěž může být narušena protisoutěžním jednáním stěžovatelů, jakož i o tom, o jaké protisoutěžní jednání se může jednat, a to jak typově (tj. že se může jednat o jednání kartelové), tak věcně – obsahově (tj. že toto jednání může spočívat v jednání ve shodě v oblasti stavebnictví, zejména v oblasti pozemního stavitelství, resp. u konkrétní stavební zakázky). Počáteční indicie tak poskytovaly jasný a legitimní rámec zaměření místního šetření, které z uvedeného rámce nevybočilo. Lze tak uzavřít, že počáteční indicie, které žalovaný získal před zahájením správního řízení na základě podnětu podaného Ministerstvem pro místní rozvoj, svědčily o možném závažném narušení hospodářské soutěže. Stěžovatelé pak byli také následně pokutováni za porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže pro konkrétní skutky spadající do podezření vymezeného prvotními indiciemi a rovněž oznámením o zahájení správního řízení. Žalovaný stěžovatele dostatečně seznámil s tím, proč v jeho prostorách probíhá místní šetření a jaké věci se místní šetření týká. Provedená místní šetření tak ob stojí z hlediska zákonnosti, vhodnosti (přiměřenosti), délky i rozsahu; co do svého obsahu a časového rámce souvisely s předmětem zadávacího řízení konkrétní veřejné zakázky, resp. jejích dílčích částí. Pokud stěžovatelé namítají, že byly v rámci místních šetření zabaveny i některé doklady s šetřenou zakázkou nesouvisějící, není zřejmé, jaký jiný dopad, než pouze toto konstatování, měla tato skutečnost mít; ze spisu ani z tvrzení stěžovatelů nevyplývá, že by žalovaný tyto zajištěné listiny použil jako důkazy či je využil v neprospěch stěžovatelů jiným nezákonným způsobem (že by byly např. zajištěny a využity v rámci *fishing expeditions*). Jak již bylo uvedeno, řízení bylo vedeno a stěžovatelé byli postiženi pouze za jednání, které bylo předmětem místního šetření s jasným předmětem – jednání ve shodě v případě konkrétně vymezené zakázky na stavební práce konkrétně v jejích částech 1.1 Kroměříž a 1.5 Horní Lideč. Měli - li stěžovatelé za to, že žalovaný postupoval při zabavení určitých dokladů nezákonně, měli možnost využít žalobu na ochranu proti nezákonnému zásahu.

[75] K námitce vyhledávání klíčových slov a jejich protokolace Nejvyšší správní soud odkazuje na své rozhodnutí sp. zn. 2 As 257/2018, ze dne 20. 3. 2019, v němž konstatoval: „*Užití klíčových slov při nahlášení do elektronických obchodních záznamů soutěžitele je racionálním způsobem vyhledávání informací v rámci šetření [§ 21f odst. 2 písm. c) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže]. Je-li šetřená zakázka spojena s podezřením na bid riggingové jednání, je opodstatněné zaměřit okruh vyhledávání širěji, než jen na spornou zakázku. Přitom se nejedná o tzv. neomezený výlov informací a takto nalezený dokument k jiné zakázce má povahu „dokumentu na očích“ (...). Neuvedení všech klíčových slov užitých při vyhledávání do protokolu o místním šetření je vadou protokolace. Pokud to však není spojeno s možnou újmou soutěžitele, nejedná se o nezákonný zásah dle § 82 s. ř. s.“ Stěžovatelé neuvádějí žádnou konkrétní újmu, která jim nastala v důsledku nezahrnutí všech užitých klíčových slov do protokolu, netvrdili, v čem konkrétně spatřují rozsah provedeného místního šetření excesivním, resp. v tomto směru nepředložili žádné důkazy.*

[76] Nejvyšší správní soud neshledal důvodné ani námitky stran nedostatečného zjištění skutkového stavu a nesprávného právního posouzení. Stěžovatelé tvrdí, že žalovaný, jakož ani krajský soud, neprokázali uzavření protisoutěžní dohody ve formě jednání ve vzájemné shodě; tato je dovozována výhradně na základě nepřímých důkazů, které mají jiné než žalovaným

pokračování

předkládané vysvětlení, a které jsou zcela nepřesvědčivé z důvodu vnitřních rozporů a absencí vzájemných souvislostí. Tvrdí, že tržní chování stěžovatelů je racionálně a logicky vysvětlitelné na základě ekonomických úvah o realizaci příslušných částí veřejné zakázky, což krajský soud zcela ignoroval a argumenty stěžovatelů se nezabýval. Stěžovatelé vypovídací schopnost jednotlivých důkazů, o které žalovaný opírá svůj závěr o údajném protisoutěžním jednání, činí spornou; důkazy lze dle nich zcela nepochybně vykládat více způsoby, neboť jejich znění není jednoznačné a není znám celkový kontext jejich vzniku; mnohé z nich vyvracejí jakékoli podezření z protisoutěžního jednání, popř. jsou z pohledu jeho prokázání irelevantní či neutrální, žalovaný odmítl provést další důkazy, což mělo za následek nedostatečné a nesprávné zjištění skutkového stavu.

[77] S uvedenými kasačními námitkami, obsahově totožnými s těmi, které stěžovatelé uplatnili v žalobě, se krajský soud detailně vypořádal v bodech 50 až 62 odůvodnění svého rozsudku; není např. pravda, že krajský soud zcela ignoroval dle stěžovatele a) racionální a ekonomické zdůvodnění jeho odstoupení od smlouvy; krajský soud se uvedenou argumentací stěžovatele podrobně zabýval v bodě 62. Nejvyšší správní soud shledal, že závěry, k nimž krajský soud dospěl, mají dostatečnou oporu ve spise, a zcela se s nimi ztotožnil.

[78] Ve správním spise založené listinné důkazy dokládají zřetelně postup stěžovatelů v zadávacím řízení; je z nich patrné, že se vzájemně informovali o průběhu a výsledcích jednotlivých částí zadávacího řízení; z částí, v nichž se umístili na prvních místech, koordinovaně odstoupili a na místo toho uzavřeli smlouvy o dílo jako druží v pořadí, tedy za vyšší nabídkové ceny. Žalovaný vycházel jak z důkazů získaných při místních šetřeních, tak z důkazů získaných od zadavatele. Detailní obsah dokumentace a z ní vyplývající komunikace mezi stěžovateli, která započala již dne 31. 10. 2011, tj. ve stejný den, který byl stanoven jako konec lhůty pro podání nabídek a v němž zároveň došlo k otevírání obálek s doručenými nabídkami, v níž si stěžovatelé sdělili pořadí nabídek v zakázce, popsal jak žalovaný, tak krajský soud v bodech 54 až 57 odůvodnění rozsudku. Povaha a obsah této vzájemné korespondence a ručně psaných poznámek, včetně následného odstoupení, dle Nejvyššího správního soudu společně tvoří konzistentní řetězec událostí, které spojuje vztah příčiny a následku jakožto nezbytného prvku naplňujícího jednání ve vzájemné shodě. Co se týče ručně psaných poznámek, jejich účel a smysl je patrný z jejich obsahu, korespondují s dalšími shromážděnými důkazy a dokreslují zjištěný skutkový stav. Tím, že byly nalezeny v kancelářích pracovníků vystupujících v zadávacím řízení, není třeba určit jednoznačně autorství těchto poznámek, neboť neexistuje - a stěžovatel b) ani nenabízí - žádné jiné vysvětlení existence těchto poznámek a jejich přítomnosti v konkrétních kancelářích.

[79] Podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže *„jsou zakázané a neplatné dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.“*

[80] Základním znakem *jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě* ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže je tedy určitý společně koordinovaný postup, který vědomě nahrazuje rizika jinak „běžně“ probíhající účinné soutěže praktickou kooperací mezi soutěžiteli, a to v rozporu s požadavkem na nezávislost jednání v hospodářské soutěži. Společně koordinovaným postupem ve formě praktické kooperace bez vzniku skutečné „dohody“ se přitom rozumí sdělování určitých informací, přičemž na základě takto sdělených informací předpokládají její odesílatel i její adresát shodu v následném postupu, která se sdělenou informací koresponduje. Zjednodušeně řečeno, jedná se o formu srozumění mezi soutěžiteli, která představuje záměrné nahrazení nejistoty o budoucích aktivitách jednotlivých soutěžitelů.

[81] Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 20. 1. 2009, č. j. 62 Ca 43/2007 - 216, jehož závěry potvrdil následně Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 31. 3. 2010, čj. 1 Afs 58/2009 - 541, konstatoval: „Podstatou zakázaného jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě podle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, není vždy jen „shodný“ či „zcela totožný“ postup všech zúčastněných soutěžitelů, nýbrž postup jednoho soutěžitele založený na informaci o budoucím soutěžním chování jiného soutěžitele a uskutečněný s vědomím této informace.(...) Zakázaným jednáním soutěžitelů ve vzájemné shodě podle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, je i takové jednání, k němuž by samostatně každý ze zúčastněných soutěžitelů měl svoje podnikatelsky racionální důvody, je-li zúčastněnými soutěžiteli uskutečňováno koordinovaně, společně a jednotně, a je-li založeno na informaci o budoucím soutěžním chování jiného soutěžitele a uskutečněno s vědomím této informace. (...) Jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě v sobě zahrnuje nejprve koordinaci odstraňující pochybnosti o budoucím soutěžním chování, dále faktický projev takové koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující; prokázání projevu koordinace na trhu (a kauzálního nexus) lze přitom za situace, kdy je shromážděn dostatek důkazů o uskutečnění přímých kontaktů mezi soutěžiteli a o jejich přesném materiálním obsahu, založit na předpokladu, že zůstávají-li tyto soutěžitelé nadále na trhu, pak při svém působení na trhu nutně vycházejí z informací, které byly v rámci kontaktů zprostředkovány.“

[82] Nejvyšší správní soud připomíná, že každý soutěžitel musí stanovovat svoji politiku nezávisle, což jej samozřejmě nezbavuje práva přizpůsobit se rozumně současnému a předpokládanému chování svých konkurentů; toho však nelze dosáhnout přímým či zprostředkovaným kontaktem mezi těmito soutěžiteli. Jednání soutěžitelů je tedy zakázaným jednáním ve shodě tehdy, pokud je z chování soutěžitelů patrna určitá forma koordinace, která nahrazuje jejich dříve nezávislé jednání. Pro jednání ve shodě dovedla judikatura, z níž vycházel rovněž případně krajský soud, tři podmínky: jednak je třeba nejprve shody vůle (předchozí koordinace), následně jejího projevu na trhu (společného koordinovaného postupu) a kauzální nexus je spojující. Naplnění těchto podmínek žalovaný prokázal; jeho závěry mají oporu v důkazech, které jsou obsahem spisu. Pokud se s jeho závěry krajský soud ztotožnil, nelze mu ničeho vytknout.

[83] Nejvyšší správní soud nesdílí argumentaci stěžovatelů, že si pouze vyměňovali či sdělovali zcela standardní informace, které jsou běžné v obchodním styku, přičemž nebyly naplněny znaky zakázaného jednání (srov. např. rozsudek NSS ze dne 25. 2. 2009, čj. 1 Afs 78/2008-721). Stěžovatelé se snaží navodit stav tzv. paralelního jednání, které není zakázanou dohodou. Paralelní jednání se může vyznačovat tímž výsledkem jako shoda (jednání ve shodě), avšak rozdíl je ve způsobu, jakým je tohoto výsledku dosaženo. Zatímco jednání ve shodě splňuje znaky koordinace postupu jednotlivých soutěžitelů, paralelní jednání naopak předpokládá, že postup jednotlivých soutěžitelů přímo ani zprostředkovaně koordinován není. Stěžovatelé tvrdí, že zcela nezávisle na druhém odstoupili např. z důvodů ekonomických, stěžovatel b) přitom rovněž poukazuje na jednání svého zaměstnance, který překročil své oprávnění. Nicméně správní spis obsahuje dostatek důkazů o tom, že oba stěžovatelé byli v takovém vzájemném spojení, které naopak nasvědčovalo koordinaci jejich postupu, tedy jednání ve shodě.

[84] Pro prokázání jednání ve shodě je třeba připustit dva základní druhy důkazů: prvním z nich je souhrn okolností, které objasňují způsob chování soutěžitele na trhu, druhým je prokázání existence faktických přímých či zprostředkovaných kontaktů mezi soutěžiteli. K prokázání existence protisoutěžního jednání je třeba zejména posoudit, zda jednotlivé důkazy - zde v podobě vzájemné komunikace, sledovaly totožný cíl, zda mezi nimi existovala obsahová a časová souvislost, zda se týkaly totožného předmětu (zakázky), zda zahrnovaly totožné protisoutěžní praktiky. Dle Nejvyššího správního soudu shromážděné důkazy prokazují dostatečně, že postup stěžovatelů byl koordinovaný a účelový – s úmyslem rozdělit si stavební zakázku prostřednictvím „prohození“ jejich konkrétních vysoutěžených částí tak, aby byly zadány dohodnutému soutěžiteli, přičemž tento úmysl byl také realizován. Stěžovatelé věděli, že na

pokračování

základě vzájemně koordinovaného odstoupení nepřijdou o tu kterou část veřejné zakázky, čímž úmyslně eliminovali původní výsledek výběrového řízení, a dosáhli tak výsledku nového, avšak za vyšší ceny – tedy k újmě zadavatele a veřejných rozpočtů, neboť na požadovaná díla musely být vynaloženy vyšší finanční prostředky.

[85] Nejvyšší správní soud dodává, že za nepřímý důkaz, jehož relevanci stěžovatelé zpochybňují, lze považovat takové chování soutěžitelů, jehož důvod či příčinu nelze vysvětlit jiným způsobem, v dané situaci racionálním, než vzájemným ovlivněním soutěžitelů, které jejich chování předcházelo. Pro akceptaci tohoto důkazu je třeba vyvrátit veškeré racionální pochybnosti o tom, zda ke společnému postupu soutěžitelů (stěžovatelů) došlo následkem jejich kontaktu, a současně i veškeré racionální pochybnosti o tom, zda sledované jednání není náhodné, či není pouhým logickým důsledkem ekonomických podmínek na trhu. Dle přesvědčení Nejvyššího správního soudu žalovaný tyto pochybnosti dostatečně vyvrátil. Jak správně poukázal krajský soud, obě zakázky jsou co do rozsahu svého plnění natolik srovnatelné, že odstoupení z dotčených částí zadávacího řízení by mohlo mít pro stěžovatele smysl pouze tehdy, pokud by měli jistotu jiné zakázky za podmínek mezi sebou sjednaných. Účelovost argumentace stěžovatelů je nadto patrná také z té skutečnosti, že ačkoli dne 7. a 8. 3. 2012 došlo ze strany stěžovatelů k zaslání oznámení zadavateli o tom, že nemají zájem o předmětné části veřejné zakázky, přibližně v období 14 dnů stěžovatelé podepsali smlouvu o dílo v jiných jejích částech, kde se umístili jako druhí v pořadí. Pokud tedy jeden stěžovatel argumentuje tím, že z prvního místa odstoupil, neboť měl pro dané období nasmlouván příliš velký objem dalších stavebních prací, a tedy by nemohl dostat svým závazkům ze smlouvy o dílo v předmětné části veřejné zakázky, toto sdělení je ve zjevné kolizi s uzavřením smlouvy o dílo v jiné části zakázky v rozmezí pouhých 14 dnů, a jeví se tak nevěrohodným. Totéž se týká i původního zdůvodnění druhého stěžovatele, který obecně uvedl, že o tuto část veřejné zakázky ztratil zájem, aby následně (s odstupem pouhých 14 dní) uzavřel smlouvu o dílo na jinou její část, kde se umístil druhý v pořadí. Za těchto okolností tedy žalovaný nepochybil, pokud se nezabýval dílčími argumenty stěžovatelů stran vzdálenosti stavenišť, vzdálenosti sídel subdodavatelů od místa plnění zakázek, zvýšených nákladů na dopravu pracovníků, stravného, vyčerpání stavbyvedoucích, neboť tato argumentace - s ohledem na prokázání jednání stěžovatelů ve vzájemné shodě, nemůže být úspěšná.

[86] Nejvyšší správní soud uzavírá, že skutkový stav byl žalovaným dostatečně zjištěn; skutková zjištění mají oporu v důkazech, které byly v průběhu řízení shromážděny, jednotlivé důkazy byly vyhodnoceny jednotlivě a ve vzájemných souvislostech, přičemž poskytly ucelený obraz skutečného zamýšleného jednání stěžovatelů, které naplnilo znaky zakázaného jednání ve vzájemné shodě. Žalovaný ve věci shromáždil důkazy zákonným způsobem, místní šetření byla provedena v mezích jeho úvodního podezření a ob stojí tak v testu zákonnosti, shromážděné důkazy tvoří ucelený řetězec, který neumožňuje jiný racionální výklad než ten, že se stal skutek, jak je v napadených rozhodnutích popsán. Krajský soud nepochybil, pokud na zjištěních, která žalovaný učinil, setrval, přičemž svůj postup v rozsudku srozumitelně odůvodnil.

[87] Nejvyšší správní soud neshledal důvodné ani námitky stran nezákonnosti uložených pokut, resp. nesprávně vymezeného relevantního trhu, což přímo ovlivnilo výši uložených sankcí.

[88] Nejvyšší správní soud předesílá, že princip *bid rigging*, který byl v projednávané věci označen, znamená, že se soutěžitelé dohodnou si nekonkurovat - výsledkem těchto dohod pak bývá, že veřejná zakázka není vítěznému uchazeči zadána z hlediska veřejných rozpočtů tak výhodně, jako by byla zadána v případě neexistence takové dohody. Nebezpečí a škodlivost těchto dohod tedy spočívá ve vyvolání dojmu skutečné soutěže mezi uchazeči o zakázku, přičemž zadavatel má zpravidla omezené možnosti, jak takové jednání odhalit. K narušení hospodářské soutěže, jak bylo uvedeno výše, dochází již samotnou koordinací mezi soutěžiteli při účasti na výběrovém

řízení, neboť tak dochází ke zkreslení hospodářské soutěže. Vzhledem k tomu, že dohody typu *bid-rigging* bývají pravidelně zaměřeny na veřejné zakázky, tj. zakázky zadavatelů hospodařících s veřejnými rozpočty či dotacemi, narůstá jejich společenská škodlivost i tím, že mají přímý negativní dopad na veřejné rozpočty, když ilegálním způsobem odčerpávají zdroje jinak využitelné pro veřejné účely.

[89] Výsledkem těchto dohod tedy bývá, že veřejná zakázka není vítěznému uchazeči zadána z hlediska veřejných rozpočtů tak výhodně, jako by byla zadána v případě neexistence takové dohody, tj. pokud by byla zadána v rámci regulérního konkurenčního boje. Takové dohody berou prostředky kupujícím a daňovým poplatníkům, snižují veřejnou důvěru v soutěžní postup a ničí přínos soutěžního trhu. Častým cílem *bid-riggingu* je zvýšení částky vítězné cenové nabídky a tím částky, kterou vítězní nabízející získají. Tento typ dohod je považován za dohody s protisoutěžním cílem, které jsou *per se* zakázány; lze je řadit k velmi nebezpečným soutěžním praktikám. V tomto směru je třeba hodnotit škodlivost a závažnost jednání stěžovatelů a tomu odpovídající sankce.

[90] Podle § 2 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže je relevantním trhem trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území.

[91] Žalovaný ve své rozhodovací praxi vychází při vymezení relevantního trhu ve stavebnictví z toho, že „[s]tavebnictví je oblast, díky níž je zajišťována výstavba, údržba, modernizace a rekonstrukce stavebních objektů. Z hlediska typů staveb a způsobu jejich provádění lze stavebnictví členit na pozemní a inženýrské stavitelství. Do pozemního stavitelství lze zahrnout výstavbu nových bytových a nebytových budov a změny na budovách stávajících. Do inženýrského stavitelství pak náleží výstavba a změny na dopravních stavbách, inženýrských sítích (sítě pro plyny, kapaliny, elektřinu či telekomunikace), stavbách pro průmyslové účely a ostatních inženýrských dílech, např. vodohospodářských stavbách. Z hlediska charakteristiky a způsobu užití staveb pozemní a inženýrské stavitelství představuje dva odlišné trhy“ (viz rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS - S0421/2016/KD - 15763/2018/852/LDu, ze dne 29. 5. 2018, obdobně též např. rozhodnutí č. j. ÚOHS - S0070/2019/KD - 25619/2019/851/MŠU, ze dne 17. 9. 2019, rozhodnutí č. j. ÚOHS - S0008/2017/KD - 33378/2018/851/EDl, ze dne 15. 11. 2018). Dle Nejvyššího správního soudu je zcela jistě možné vymezit trh v oblasti stavebnictví detailněji, jak předesílají stěžovatelé. Nicméně žalovaný v souladu s vlastní zavedenou praxí relevantní trh věcně vymezil jakožto trh pozemního stavitelství; nikterak přitom ve svých závěrech stran vymezení relevantního trhu v případě stěžovatelů ze své praxe nevybočil. Při posuzování prací prováděných v rámci dotčených částí veřejné zakázky vycházel žalovaný z projektové dokumentace a zpráv o stavebně-technickém popisu prací, které jsou součástí správního spisu; z jejich přehledu je zřejmé, že se jednalo o univerzální stavební činnost - na sebe navazující stavební práce, počínaje demolicí a odstraněním určitých částí, přes provedení potřebných zemních prací a úprav a základových konstrukcí, dále o zednické práce týkající se svislých a dělicích konstrukcí a příček s navazujícími pracemi na vodorovných konstrukcích, izolace proti zemní vlhkosti a vodě, jakož i řadu dalších prací. S ohledem na komplexní rámec a povahu těchto prací proto žalovaný vymezil relevantní trh jako (běžně) pozemní stavitelství, vycházel přitom ze své rozhodovací praxe; postupoval zcela v souladu s § 2 odst. 4 správního řádu a vůči stěžovatelům nepostupoval v otázce věcného vymezení relevantního trhu odlišně. Nutno dodat, že žalovaný se v odůvodnění rozhodnutí (viz bod 102. a násl.) rovněž podrobně vypořádal s uplatněnou argumentací, proč nebylo možné využít klasifikaci ekonomických činností (CZ-NACE) vedenou ČSÚ, ani klasifikaci předmětu veřejné zakázky dle společného slovníku pro veřejné zakázky (dále jen „CPV“), která slouží k usnadnění vyhledání podnikatelských příležitostí (zejména pro zahraniční uchazeče je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek) a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách. Tato klasifikace

pokračování

se přitom s rozsahem relevantního trhu nemusí překrývat a ani se nepřekrývá. S touto otázkou se rovněž vypořádal dostačujícím způsobem krajský soud v bodě 73 napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud rovněž nemá žádných pochyb o vymezení relevantního trhu z hlediska geografického.

[92] Dle Nejvyššího správního soudu žalovaný tak vymezil relevantní trh s ohledem na charakter posuzovaných deliktů adekvátně. Vycházel primárně z homogenity podmínek pro účast na zadávacích řízeních a z charakteru jednotlivých uchazečů, viz např. bod 51 napadeného rozhodnutí.

[93] Při ukládání pokut a stanovení jejich konkrétní výše správní orgány vycházejí ze zákonem předepsaných kritérií, přičemž se tak děje v rámci správního uvážení, jehož soudní přezkum je omezen (srovnej k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012 - 36, publikovaný pod č. 2671/2012 Sb. NSS, či rozsudek ze dne 28. 1. 2015, č. j. 1 Azs 200/2014 - 27, oba dostupné na www.nssoud.cz).

[94] V posuzované věci žalovaný při stanovení základní částky pokuty vycházel ze „Zásad postupu při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále „Zásady“), ze kterých vyplývá, že stanovení základní částky pokuty se uskutečňuje jednotlivě pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání, jemuž je pokuta ukládána. Základní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném relevantním trhu, typovou závažnost protisoutěžního jednání a jeho délku.

[95] Stěžovatelům bylo vytýkáno porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť jednali ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci své činnosti v zadávacím řízení; v projednávané věci stěžovatelé nejen ovlivnili výsledek veřejné zakázky, ale současně byli schopni i ovlivnit výši ceny zakázky v neprospěch zadavatele. Toto jednání v podobě „dohody“ *bid rigging* vyhodnotil žalovaný jako tzv. kartel s tvrdým jádrem (*hardcore*) představující typově nejzávažnější formu protisoutěžního jednání, která dle Zásad (viz body 20. až 22.) spadá do kategorie velmi závažných porušení zákona. Při výpočtu pokuty u nejzávažnějších přestupků se dle Zásad stanoví výchozí podíl do 3 % hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu, což v rozhodovací činnosti žalovaného představuje dlouhodobou a ustálenou správní praxi, na kterou krajský soud rovněž odkázal.

[96] Krajský soud se podrobně a srozumitelně vypořádal s veškerými podstatnými otázkami ohledně uložení sankcí v bodech 79 až 87 napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud k uvedenému nemá co dodat.

[97] Výše pokuty, kterou bylo možno stěžovatelům uložit, vychází z čistého obratu dosaženého osobou, které je pokuta ukládána, za poslední ukončené účetní období. Je-li v jednom rozhodnutí za stejný protisoutěžní přestupek ukládána pokuta více soutěžitelům, je maximální hranice pokuty každého takového soutěžitele odvislá od obratu jím dosaženého, tzn. obraty všech pokutovaných soutěžitelů se pro účely stanovení horní hranice pokuty nesčítají. V úvahu vzal žalovaný zcela správně obrat dosažený každým ze stěžovatelů na území České republiky. Do obratu se pro účely výpočtu horní hranice možné výše pokuty přitom započítal pouze obrat dosažený soutěžitelem, jenž se porušení zákona dopustil (nikoli tedy součet obrátů obou soutěžitelů). Z uvedeného důvodu tedy byla jednotlivým stěžovatelům uložena pokuta v odlišné výši.

[98] Při stanovení horní hranice pokuty určené podle obratu je přitom rozhodující obrat dosažený za poslední ukončené účetní období. Podle zák. č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, je účetním obdobím zásadně nepřetržitě po sobě jdoucích dvanáct měsíců.

Účetní období se buď shoduje s kalendářním rokem, nebo je hospodářským rokem (hospodářským rokem je účetní období, které může začínat pouze prvním dnem jiného měsíce, než je leden). Z uvedeného je zřejmé, že do obratu za účetní období jsou zahrnovány všechny částky v tomto období účtované (z celého dotčeného relevantního trhu), nikoli pouze obrat z hodnoty zakázané dohody. Žalovaný tedy zcela správně a rovněž v souladu s vlastní praxí (bod 28. Zásad) vycházel z obrátů dosažených jednotlivými stěžovateli na trhu pozemního stavitelství na území České republiky za poslední ukončené účetní období, v němž u stěžovatelů došlo k zakázanému jednání ve shodě (srov. např. rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS - S0072/2019/KD -25255/2019/851/MŠu, ze dne 13. 9. 2019). Jak správně uvedl krajský soud, nelze hodnotu tržeb vykládat rozšiřujícím způsobem, tj. tak že by v sobě zahrnovala prodeje uskutečněné stěžovatelem nespádající do působnosti vytýkané kartelové dohody (stavebnictví), přesto platí, že by bylo v rozporu se sledovaným cílem a ochranou, pokud by měl být tento pojem chápán tak, že se týká obratu dosaženého pouze z prodejů, ohledně kterých je prokázáno, že byly skutečně dotčeny uvedenou kartelovou dohodou (srovnej k tomu shodně rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Guardian Industries a Guardian Europe vs. Komise*, C-580/12 P). V tomto ohledu tedy neobstojí námitka, že základní částka pokuty měla být odvíjena toliko z obratu (tržeb) souvisejících s hodnotou předmětné veřejné zakázky a s vytýkaným jednáním, nikoli z obratu (tržeb) na celém relevantním trhu.

[99] Nejvyšší správní soud podotýká, že smyslem sankční politiky je rozlišit stupeň závažnosti deliktního jednání a tomu přizpůsobit výši sankcí. Uložení symbolické pokuty za tvrdý kartel tento smysl absolutně popírá. Nezákonná dohoda v oblasti veřejných zakázek, tedy bid rigging, je deliktem svým způsobem specifickým a odlišným od „běžných“ např. cenových kartelů. Trvání např. cenového kartelu na určitém trhu je determinováno vůlí účastníků řízení a závažnost takového jednání se zvyšuje s délkou jeho trvání. Trvání kartelu v oblasti veřejných zakázek se co do délky jednotlivého skutku v zásadě řídí potřebou realizovat sladěný záměr až do konce, tedy dosáhnout v konkrétním zadávacím řízení konkrétního výsledku; trvání takového skutku je tedy zásadně odvislé od harmonogramu zadavatele v zadávacím řízení a je ve značné části mimo vůli delikventa. Délka takového jednání tudíž již dále není sama o sobě faktorem, který by zvyšoval či snižoval míru závažnosti deliktu. Z tohoto důvodu koeficient času o velikosti 1, který nemá de facto na výši pokuty vliv, svým způsobem reflektuje uvedené specifikum; další zohlednění časového období v rámci jednoho roku není dle Nejvyššího správního soudu odůvodněné. V projednávané věci má Nejvyšší správní soud za podstatné, že byl naplněn cíl deliktního jednání – vyloučení soutěže při konkrétním výběrovém řízení. Skutečnost, že mezi okamžikem sladění záměru a jeho následnou realizací uplynulo např. několik dní, nemůže být polehčující okolnost. Časové kritérium je v případě dohody typu *bid-rigging* ve vztahu k jedné konkrétní zakázce samo o sobě málo vypovídajícím. Jeho přeceněním by mohlo dojít až k absurdním závěrům, kdy velmi závažné porušení zákona spočívající v dohodě typu *bid-rigging*, kdy se delikventi mohou jeden večer dohodnout a druhý den ráno již dohodu realizovat, by bylo pro relativně zanedbatelnou délku porušení (třeba jen několik hodin) trestáno způsobem (výší) naprosto nepřiléhavým závažnosti porušení zákona a důležitosti zákonem chráněného zájmu. Nejvyšší správní soud konstatuje, že žalovaný v otázce koeficientu času vycházel standardně ze Zásad, přičemž nepostupoval diskriminačně.

[100] Odpovědnost za protisoutěžní jednání spočívající v uzavření zakázané dohody narušující soutěž je odpovědností objektivní, a tedy při vyslovení protizákonnosti určitého jednání není zkoumáno zavinění jednatelů (v podobě úmyslu či nedbalosti), které není znakem skutkové podstaty deliktu dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Případný úmysl je nicméně zohledňován při ukládání pokut. V daném případě bylo koluzní jednání stěžovatelů vedeno s úmyslem ovlivnit výsledek zadávacího řízení, a tedy zasáhnout do férové hospodářské soutěže; oba zjevně chtěli dosáhnout určitého výsledku zadávacího řízení, čemuž podřídili své

pokračování

kroky a vzájemnou koordinaci. Krajský soud zcela správně konstatoval, že přitížení za úmyslné jednání, k němuž v daném případě došlo, nelze považovat za dvojí přičítání téhož.

[101] Krajský soud se podrobně vypořádal rovněž s námitkou stěžovatele b) stran přičitatelnosti jednání jeho zaměstnance, a to v bodech 63 až 70 napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud považuje jeho odůvodnění za dostatečně a přesvědčivé. V případě dohody ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže platí, že není nutné, aby byla tato uzavřena statutárním orgánem či osobou zmocněnou, v praxi tomu tak zpravidla ani nebývá. Podstatu problému tak nepředstavuje skutečnost, kdo je formálně oprávněn za soutěžitele navenek jednat, ale konkrétní chování soutěžitele na trhu, za které soutěžitel nese odpovědnost (např. právě v podobě koordinované nabídky). Pokud se tedy *bid riggingu* účastní za soutěžitele osoba, která není – jak v daném případě tvrdí stěžovatel b) – oprávněna za něj obchodní transakce řešit a činit konkrétní právní úkony, a přesto se v jednání soutěžitele koluzní dohoda projeví, pak platí, že se jedná o jednání soutěžitele, který za něj objektivně odpovídá bez ohledu na to, jak bylo jednání zaměstnance kvalifikováno z pohledu soukromého práva, případně zákona o trestní odpovědnosti právnických osob; ke shodnému závěru viz též rozsudek KS v Brně ze dne 25. 10. 2012, č. j. 62 Af 37/2011 – 149.

[102] Nejvyšší správní soud uzavírá, že stěžovatel tedy nese za uvedený správní delikt objektivní odpovědnost, tj. odpovědnost za výsledek, a to bez ohledu na míru svého zavinění, přičemž své úkony činí navenek i prostřednictvím zaměstnanců, které je z hlediska soutěžněprávní doktríny stěžovateli jako soutěžiteli přičitatelné.

[103] Nejvyšší správní soud neshledal důvodné ani námitky stěžovatele b) ohledně nepřiměřenosti uložené pokuty. Ekonomickou situací stěžovatele v návaznosti na zkoumání výše uložené pokuty se zabýval podrobně jak žalovaný, tak krajský soud; závěry, k nimž dospěl, odůvodnil zejména v bodě 92 napadeného rozsudku; Nejvyšší správní soud se s nimi ztotožnil.

[104] Nejvyšší správní soud, co se týče námitek směřujících k zákonnosti a přiměřenosti uložených pokut uzavírá, že pokuty byly uloženy v zákonných mantinelech a při hodnocení jednotlivých kritérií žalovaný postupoval logicky, dostal veškerým požadavkům zákona na odůvodnění pokuty a její výše. Pokud krajský soud postup žalovaného aproboval, nelze mu ničeho vytknout. Pokuta uložená jednotlivým stěžovatelům odpovídá svou celkovou výší závažnosti a okolnostem spáchaného deliktu jakož i majetkovým poměrům stěžovatelů, což je pro přezkum pokuty rozhodující. Při jejím ukládání se žalovaný nedopustil žádného excesu. Pokuty uložil v mezích svého správního uvážení a v mezích zákona, přičemž jeho úvahy jsou ve správních rozhodnutích obou stupňů zřejmé a přezkoumatelné.

[105] K námitce stěžovatele b) směřující k uplatnění moderačního práva, Nejvyšší správní soud podotýká, že smyslem a účelem moderace obsažené v soudním řádu správním není hledání „ideální“ výše sankce soudem namísto správního orgánu, ale její korekce v případech, že by sankce, pohybující se v zákonném rozmezí a odpovídající také všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce (viz např. rozsudek NSS ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 22/2012 - 23, publikovaný pod č. 2672/2012 Sb. NSS). Podle § 78 odst. 2 s. ř. s. platí, že soud může, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s. ř. s., od trestu za správní delikt upustit nebo jej v mezích zákonem dovolených snížit, pokud byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud krajský soud po zohlednění relevantních skutečností neshledal, že by stěžovateli uložená pokuta byla nepřiměřená, nemohl dovést, že by pokuta byla uložena ve *zjevně nepřiměřené výši*, což je zákonnou podmínkou pro její snížení nebo úplné upuštění od ní. V postupu krajského soudu neshledal Nejvyšší správní soud pochybení.

[106] Nejvyšší správní soud ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i napadený rozsudek krajského soudu, jsou přezkoumatelné, řádně odůvodněné a byly vydány v souladu se zákonem. Nejvyšší správní soud neshledal, že by jejich vydáním bylo zásadním způsobem zasaženo do veřejných subjektivních práv stěžovatelů ve smyslu čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod, a čl. 6 a čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Kasační stížnosti neshledal Nejvyšší správní soud důvodnými, proto je podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl.

[107] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalovaný, kterému by dle pravidla úspěchu náležela náhrada nákladů řízení proti neúspěšným stěžovatelům, žádné náklady nad rámec správní činnosti nevynaložil, proto mu Nejvyšší správní soud náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech nepřiznal.

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

V Brně dne 5. března 2021

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu