



Vyvěšeno dne: 8. 11. 2019
Svěšeno dne: 22. 11. 2019

Gabriela Vrábellová

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a JUDr. Viktora Kučery v právní věci žalobce: **AV MEDIA, a. s.**, se sídlem Pražská 1335/63, Hostivař, Praha 10, zast. JUDr. Robertem Nerudou, PhD., advokátem AK HAVEL & PARTNERS s. r. o., se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2018, č. j. 31 A 72/2018 – 75,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

[1] Kasační stížností se žalobce (dále „stěžovatel“) domáhá zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu, kterým byla zamítnuta žaloba na ochranu před nezákonným zásahem.

[2] Dne 26. 4. 2018 žalovaný stěžovateli oznámil zahájení správního řízení ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), jež mělo spočívat v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě účastníků správního řízení spočívajícím v koordinaci postupu ve výběrových řízeních, kterých se účastnili v minulých letech na území České republiky v oblasti přípravy a realizace projektů. Téhož dne bylo stěžovateli doručeno pověření k provedení šetření na místě v jeho obchodních prostorách, na jehož základě následně žalovaný provedl místní šetření na adrese Vídeňská 189/102F, Dolní Heršpice, 619 00 Brno a na adrese Na Burni 1497/39, 710 00 Ostrava.

[3] Nezákonnost místních šetření stěžovatel spatřoval v tom, že byla provedena na základě nedostatečně odůvodněného oznámení o zahájení správního řízení a pověření vycházející z absence důvodného podezření. V žalobě stěžovatel namítal, že žalovaný provedl bezbřehou kontrolu záznamů tzv. *fishing expedition*. Vstupní podezření žalovaného se odvíjí pouze z e-mailu zajištěného během místního šetření ze dne 8. 3. 2018, ve kterém je zmíněno výběrové řízení na rekonstrukci kongresových prostor hotelu Imperial; nelze ověřit, zda se žalovaný během předmětných místních šetření zaměřoval jen na zakázku týkající se hotelu Imperial, protože

odmítl zaznamenávat klíčová slova, která k prohledávání obchodních záznamů použil; žalovaný měl zajišťovat dokumenty, které se týkaly jiných zakázek; překročil tak rámec vstupního podezření, které ho k nařízení předmětných místních šetření vedlo; žalovaný zkrátil stěžovatele na právu na respektování obydlí a korespondence ve smyslu článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále „Úmluva“) spolu s články 12 a 13 Listiny základních práv a svobod (dále „Listina“); místní šetření nejsou proporcionální vůči sledovanému legitimnímu cíli, mají svůj zdroj v nezákonně zajištěném důkazu (e-mailu), který lze označit za „otrávený strom“. Žalovaný dle stěžovatele neměl dostatečně závažné důkazy zakládající podezření, že se stěžovatel dopouštěl protisoutěžního jednání; v pověření neurčil s přiměřenou mírou konkrétnosti, čeho všeho se mělo týkat jeho podezření o protiprávním jednání; jednalo se tak o zakázanou „rybářskou“ výpravu s cílem „prověřit“ veškerou obchodní činnost stěžovatele, v rámci níž žalovaný zajistil obchodní záznamy, které nijak nesouvisí s předmětnou e-mailovou komunikací jakožto jediným důkazem obsaženým ve správním spise. Zajištěním dokumentů z roku 2018 žalovaný překročil neurčitě vymezené období „minulých let“ uvedené v pověření.

[4] Krajský soud neshledal žalobu důvodnou a zamítl ji. Konstatoval, že místní šetření nebyla nezákonná; obstála, pokud šlo o otázku jejich přiměřenosti i vhodnosti, žalovaný před jejich zahájením disponoval konkrétním, zákonně získaným dokumentem nasvědčujícím zavedené, dlouhodobé spolupráci stěžovatele a společnosti ApS Brno s.r.o. v otázce volby postupů při podávání nabídek v rámci výběrových řízení, jichž se oba účastnili. Vzhledem k tomu, že toto podezření směřovalo k *bid riggingovému* jednání stěžovatele v rámci neurčitého počtu veřejných zakázek, nelze rozsah předmětných místních šetření tak, jak byl proveden, považovat za nepřiměřený, neboť soudem nebylo zjištěno, že by žalovaný vyhledával informace nesouvisející s tímto, byť široce vymezeným podezřením, respektive že by prováděl neadresný lov informací. Rovněž délka místního šetření - jeden den v délce jednotek hodin - nemůže být považována za excesivní. Krajský soud neshledal důvod, aby žalovanému zakazoval v takovém postupu dále pokračovat, či aby žalovanému byla zapovězena možnost užití dokumentů získaných předmětnými místními šetřeními ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS/S0132/2018/KD. Stejně tak není dle krajského soudu ani na místě ukládat žalovanému povinnost zdržet se použití nalezených dokumentů v rámci jakéhokoli jiného řízení.

[5] V kasační stížnosti stěžovatel uplatňuje důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. Tvrdí, že krajský soud aproboval nezákonný postup žalovaného spočívající ve využívání nezákonně zajištěných dokumentů k rozšiřování svého vyšetřování; rovněž svým postupem omezuje právo stěžovatele na obhajobu, neboť s odkazem na neopodstatněnou teorii o hypotetickém zneužití znalosti užívaných klíčových slov a v rozporu s praxí jiných soutěžních úřadů aprobuje praxi žalovaného spočívající v utajování klíčových slov, jimiž byly prohledávány elektronické záznamy stěžovatele. Dle stěžovatele místní šetření provedená v obchodních prostorách stěžovatele v Brně a Ostravě představují zásah do jeho práva na respektování obydlí ve smyslu čl. 8 Úmluvy, které zahrnuje rovněž jeho korespondenci, ba dokonce v určité míře i soukromou korespondenci jeho zaměstnanců. Důvodnou indicií dle žalovaného pro zahájení správního řízení byla e-mailová korespondence mezi účastníky správního řízení, z níž má vyplývat silné podezření na dlouhodobou vzájemnou spolupráci ohledně projektů, kterých se účastnili. V bodě 29 napadeného rozsudku krajský soud potvrzuje, že žalovaný je oprávněn místní šetření provádět pouze tehdy, pokud má „na základě důvodné indicie podezření“; tuto indicii dle krajského soudu představuje e-mail zajištěný při místním šetření dne 8. 3. 2018 (dále jen „dokument A8“). K otázce zákonnosti získaného dokumentu A8 krajský soud v bodě 23 odkázal na své rozhodnutí ze dne 29. 6. 2018, č. j. 31 A 57/2018 - 66 ve věci zásahové žaloby proti místnímu šetření dne 8. 3. 2018. Stěžovatel je názoru, že citovaný rozsudek je v tomto ohledu nezákonný. Dle stěžovatele dokument byl ze strany žalovaného získán postupem, který nesplňuje shora popsanou

pokračování

zásadu, že místní šetření smí být provedeno pouze na základě předem existujícího odůvodněného podezření na protiprávní jednání šetřeného subjektu; získání dokumentu mělo povahu *fishing expedition*, neboť žalovaný jej našel při strojovém prohledání elektronických záznamů stěžovatele s použitím obecného klíčového slova „*keřoví*“; použití takového obecného klíčového slova žalovaným přitom nebylo v daném případě nijak odůvodněno (nebylo potřebné). Žalovaný obhajoval zajištění dokumentu odkazem na tzv. doktrínu „předmětu na očích“, která má soutěžnímu úřadu umožnit též zajištění *náhodně* nalezených dokumentů, které mohou svědčit o protiprávním jednání šetřeného subjektu. Takový závěr je však zjevně nesprávný a představuje zneužití této zásady k umožnění ničím neomezovaných vyšetřovacích nájezdů žalovaného na kontrolované soutěžitele. Není totiž pravda, že by žalovaný dokument našel náhodně; naopak, cíleně vyhledával dokumenty obsahující obecné klíčové slovo „*keřoví*“, o kterém se žalovaný, dle vlastních tvrzení domnívá, že je obecným indikátorem bid riggingové praxe.

[6] Stěžovatel poukazuje na rozsudek Tribunálu ve věci T-325/16 *České dráhy* ze dne 20. 6. 2018, ze kterého vyplývá, že za informaci náhodně získanou v průběhu místního šetření lze považovat pouze takovou informaci, která se do sféry pracovníků vykonávajících místní šetření dostane bez jejich aktivního a vědomého úsilí směřujícího k získání informací mimo rámec existujícího podezření. Žalovaný však v rámci předmětného místního šetření postupoval opačně a dokument nesouvisející s předmětem daného místního šetření vyhledával cíleně, resp. musel si být vědom, že použitím obecných klíčových slov získá přístup k dokumentům, které nijak nesouvisí s jeho podezřením, avšak mohou být relevantní z pohledu jiného možného protisoutěžního jednání; dokument tak není „*předmětem na očích*“ ve smyslu citované rozhodovací praxe a byl zajištěn nezákonně. Taková praxe je nepřijatelná, neboť by zcela eliminovala zásadu, že každý zásah do práva na respektování soukromého života ve smyslu čl. 8 odst. 1 Úmluvy musí být odůvodněný ve smyslu druhého odstavce, tj. musí být „v souladu se zákonem“, sledovat „legitimní cíle“ a být v „demokratické společnosti“ k dosažení tohoto cíle či cílů „nezbytný“. Krajský soud však právě tento nedovolený postup žalovaného aprobejuje, neboť konstatuje, že žalovaný postupoval správně, když na základě dokumentu označeného pouze formálně jako „*předmět na očích*“, zahájil správní řízení a provedl napadená místní šetření. Takový postup krajského soudu je v příkrém rozporu s citovanou rozhodovací praxí Tribunálu a ESLP.

[7] Stěžovatel tvrdí, že vymezení předmětu napadených místních šetření je neurčité, je zcela nejasné jak věcně, tak časově. Krajský soud, resp. žalovaný se nijak nezabýval otázkou, jak chápat výraz „projekty“ - zda má jít o spolupráci na přípravě projektové dokumentace, či naopak má jít o vlastní realizaci projektů (výstavbu a instalaci zařízení). Je zřejmé, že bez takového vymezení jde o zcela nejasný pojem. Bližší specifikace předmětu místních šetření přitom není zjistitelná ani ze správního spisu, protože žalovaný své údajné podezření nijak blíže neprošetřoval a rovnou přistoupil k provedení místních šetření, která přitom představují nejvíce invazivní z jeho vyšetřovacích nástrojů. Krajský soud shora shrnuté argumenty stěžovatele nezohlednil a své hodnocení definovaného předmětu místních šetření založil na argumentu, že obecné konstatování v dokumentu neumožňuje více specifikovat vymezení předmětu šetření. V bodě 27 napadeného rozsudku krajský soud zcela nelogicky a nesprávně dovozuje, že žalovaný má mít tím širší prostor k provádění zdejšího šetření, čím mlhavější a nejasnější je výchozí dokument. Krajský soud uvedl, že uznává, že časové vymezení působí na první pohled obecně, především z toho důvodu, že není jasně ohraničeno, na druhou stranu takové vymezení plně odpovídá vyjádření stran e-mailové komunikace. Takový přístup je však dle stěžovatele zcela neakceptovatelný, neboť je v příkrém rozporu se zásadou, že provedení místního šetření je možné jenom na základě dostatečného předchozího podezření. Stěžovatel již v řízení před krajským soudem argumentoval, že pokud dokument neumožňoval dostatečně přesně vymezit předmět místních šetření, žalovaný měl své podezření před jejich provedením zpřesnit za užití jiných mu dostupných vyšetřovacích nástrojů. Tuto argumentaci však krajský soud zcela

mechanicky odmítl s odkazem na skutečnost, že vyšetřovacím nástrojem je i místní šetření. Krajský soud dle stěžovatele postupoval nezákonně, když akceptoval zcela nejasné a neohrazené vymezení předmětu místního šetření ze strany žalovaného a jeho závěry nemohou obstát.

[8] Stěžovatel dále tvrdí, že žalovaný překročil předmět šetření; v průběhu místních šetření žalovaný dokonce zajistil dokumenty mimo jím samotným neurčitě vymezeným období „*minulých let*“. Z protokolů z místních šetření plyne, že zajistil i řadu dokumentů z roku 2018. Krajský soud popírá jím samým citovanou rozhodovací praxi, která se vyjadřovala k významu vymezení předmětu šetření; v bodech 32 napadeného rozsudku uvedl: „*Vymezení předmětu a účelu místních šetření v pověření jednak demonstruje, že jsou tato šetření oprávněná, ale zejména umožňuje šetřenému soutěžiteli vymezit rozsah jeho povinnosti spolupráce se žalovaným a chrání jeho právo na obhajobu.*“ Z citované pasáže je zjevné, že sám krajský soud akceptoval, že vymezení předmětu místního šetření má význam pro realizaci ústavního práva stěžovatele na obhajobu. Uvedené skutečnosti však následně zcela ignoroval a konstatoval, že lpění na dodržování vymezeného předmětu místních šetření by bylo „*přepjatým formalismem*“. Je zjevné, že takový závěr nemůže obstát, napadený rozsudek je nezákonný též v tomto rozsahu.

[9] Stěžovatel tvrdí, že se krajský soud odmítl věcně zabývat skutečným rozsahem napadeného místního šetření; námitky stěžovatele, že z protokolů nelze ověřit, zda místní šetření svým rozsahem nevybočila ze shora popsáného předmětu, odmítl v bodě 47 rozsudku s tím, že stěžovatel údajně neunesl důkazní břemeno ohledně skutečného rozsahu napadeného místního šetření. Nelze však dle stěžovatele akceptovat, že nese důkazní břemeno o rozsahu provedeného místního šetření. Naopak, je zcela nezpochybnitelnou povinností žalovaného, aby o průběhu jím vedeného řízení pořízoval úplnou procesní stopu. Povinnost žalovaného vytvořit o místním šetření protokol, který umožní přezkoumat jeho skutečný rozsah, nepochybně vyplývá z rozsudku ESLP ve věci *Delta pekářny*, v němž ESLP tak dovodil povinnost členských států umožnit soudní přezkum prováděných místních šetření. Nelze tedy v žádném případě akceptovat, že žalovaný neměl povinnost zaznamenat, jaké informace v obchodních záznamech stěžovatele vyhledával, neboť tak soudní přezkum rozsahu šetření znemožnil. Stěžovatel nezpochybně oprávněně žalovaného místní šetření provést a v jeho průběhu se seznamovat s obchodními záznamy stěžovatele. Zdůrazňuje však, že rozsah takového šetření měl být žalovaným v protokolu zaznamenán. Jestliže žalovaný odmítl do protokolu z místního šetření zaznamenat všechna jím použitá klíčová slova, záměrně tím zamlčuje informace o svém postupu během místního šetření, a tedy znemožňuje *ex post* soudní přezkum svého postupu. Protokol, který neumožňuje zjistit, jaký byl skutečný průběh a rozsah místního šetření, neodpovídá zákonným požadavkům na vedení protokolace. K povinnosti zachovávat v řízení procesní stopu, odkázal stěžovatel na rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 58/2009: „*Je to ostatně i logické, ve spisu musí zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu a účastníků řízení, neboť jde o materiální stopu postupu řízení. Zničení určitých důkazních materiálů, a to i zákonně pořízených, nařizují pouze některá ustanovení trestního řádu (např. § 88, § 158d), vzhledem ke specifické povaze některých důkazních prostředků dosahující ústavní dimenze (čl. 13 Listiny). Na předmětné protokoly o výsledcích "svědků", byť nezákonně pořízené, se však žádná taková výjimka nevztahuje, a postup žalovaného, který tyto protokoly ve spisu ponechal, tak byl zcela v souladu se zákonem.*“ Obdobně se NSS již vyjádřil též k povinnosti žalovaného zpřístupnit v řízení účastníku veškeré relevantní informace v rozsudku sp. zn. 2 As 241/2015. Dle stěžovatele je nepřipustné, aby žalovaný utajoval informaci o tom, jakým způsobem a v jakém rozsahu prováděl místní šetření, neboť taková informace je klíčová pro soudní přezkum místního šetření a její zaznamenání též vyplývá z obecné povinnosti řádného vedení spisové dokumentace. Dle stěžovatele nelze akceptovat ani tvrzení krajského soudu o existenci veřejného zájmu na utajení použitých klíčových slov v bodě 49 napadeného rozsudku. Předně nebylo ani ze strany krajského soudu ani ze strany žalovaného, který tento argument vznesl, vysvětleno, jakým způsobem by mělo dojít

pokračování

ke *zneužití informací soutěžiteli*. Zneužití je nepravděpodobné již proto, že protokol z místního šetření je neveřejným dokumentem, který není nijak publikován. Stěžovatel v této souvislosti odkazuje na praxi Protimonopolního úřadu Slovenské republiky, který vnitřním předpisem stanovil povinnost v protokolu o místním šetření zaznamenat použitá klíčová slova. Nadto sám krajský soud existenci veřejného zájmu na utajení použitých klíčových slov popírá v bodě 47 napadeného rozsudku, kde konstatuje, že je na stěžovateli, aby užitá klíčová slova do protokolu formou námítky zaznamenal. Je zjevné, že nemůže zároveň platit tvrzení, že existuje jakýsi veřejný zájem na utajení použitých klíčových slov a zároveň tu existuje odpovědnost stěžovatele, aby tato klíčová slova zaznamenal a do protokolu diktoval a příp. proti nim namítal. Krajský soud tedy postupoval nezákonně, když akceptoval neúplnou protokolaci napadených místních šetření ze strany žalovaného. Postup žalovaného založil nepřezkoumatelnost skutečného rozsahu místních šetření, a proto byl nezákonný.

[10] Dle stěžovatele je rozsudek krajského soudu nezákonný, neboť v rozporu se zásadami, které vyslovil ESLP ve věci *Delta pekárny*, aproboval postup žalovaného, který měl povahu zakázané *fishing expedition*, neboť spočíval v provedení místních šetření 1) na základě nezákonně získaného důkazu, 2) v rozsahu neurčitě vymezeného předmětu, 3) při překročení jediné jasné meze, kterou předmět stanovil - časové omezení a 4) nepřezkoumatelným způsobem. Stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[11] Žalovaný považuje námítky stěžovatele za nedůvodné. Argumentace stěžovatele stojí na prvotním předpokladu, že žalovaný během místního šetření dne 8. 3. 2018 dokument A8 hledal cíleně s úmyslem objevit jiné zakázané jednání stěžovatele. Zahájení správního řízení a uskutečnění předmětných místních šetření předcházelo provedení místního šetření v obchodních prostorách stěžovatele dne 8. 3. 2018. O zákonnosti místního šetření ze dne 8. 3. 2018, jakož i dokumentů zajištěných při jeho provádění včetně dokumentu A8 rozhodl krajský soud rozsudkem ze dne 29. 6. 2018, č. j. 31 A 57/2018 - 66. Krajský soud přitom shledal místní šetření ze dne 8. 3. 2018 zákonným a k dokumentu A8 uvedl, že „*způsobem nalezení dokumentu A8 žalovaný nevybočil z limitů místního šetření...*“ a že „*užití klíčového slova ‚křoví‘ jakožto zadání časového rámce 1. 1. 2016 – 8. 3. 2018 plně odpovídalo vyhledávání v mezích předmětné veřejné zakázky s ohledem na podezření z ‚bid riggingového‘ jednání žalobce.*“ Pokud tedy místní šetření ze dne 8. 3. 2018 byla označena jako vyhovující právním předpisům, nelze dokument A8 považovat za vyloučený či nepoužitelný důkaz. V tomto kontextu je dle žalovaného nutné mít na vědomí, že komplexní bid riggingové jednání má z pohledu právní teorie s vysokou pravděpodobností podobu pokračujícího nebo trvajících deliktu. To je dáno právě charakteristikou tohoto jednání – totiž, že má-li dojít k ekonomickému zisku na straně více účastníků zakázané dohody, je pravidelně nutné, aby bid riggingové jednání mělo větší rozsah (přesahující jednotlivé zadávací řízení), aby vytvořilo dostatek prospěchu (v různých podobách) pro všechny zúčastněné podniky. Právě proto se komplexní bid riggingová jednání tolik blíží zakázaným dohodám o rozdělení trhu - jde vlastně o způsob, jakým je pro účastníky takové dohody zajištěn recoupment, tedy návrat prostředků vynaložených jako náklady obětované příležitosti. Touto obětovanou příležitostí je přitom možnost výhry ve výběrovém řízení, v němž nakonec po dohodě zvítězí jiný účastník zakázaného bid riggingového jednání. Přitom obecně platí, že čím větší je počet účastníků bid riggingového jednání, tím komplexnější takové jednání musí být, má-li být pro všechny účastníky takové zakázané dohody profitabilní. Právě proto se ukázalo, že řada bid riggingových dohod, které byly komplexně rozkryty např. díky leniency žádosti, u nichž figurovalo větší množství společností, mělo dlouhodobý charakter, poměrně propracovanou strukturu, pravidelná setkávání, jasná pravidla pro přidělování zakázek či dokonce pro způsob tvorby zakázek krycích. V souladu s touto teorií tedy postupoval i žalovaný při provádění místního šetření dne 8. 3. 2018. Ve světle uvedeného mu nelze vytýkat použití klíčového slova „křoví“, jelikož toto je soutěžiteli

užíváno ve významu podání krycí nabídky. To ostatně potvrdilo znění nalezeného důkazu A8. Lze tedy uzavřít, že dokument A8 byl žalovaným nalezen jako předmět na očích, aniž by jej vyhledával jakkoliv aktivně či na základě vědomosti o jeho skutečné existenci.

[12] Co se týká namítané neurčitosti předmětu napadených místních šetření, vymezení rozsahu pověření a předmětu správního řízení, vychází z důkazu označeného A8, který byl zajištěn v obchodních prostorách stěžovatele na předchozím místním šetření ze dne 8. 3. 2018. Tento důkaz je založen na č. l. 10 ve spise ÚOHS-S0132/2018/KD. Znění důkazu A8 je následující: „*Pro upřesnění – jsem domluven s panem Balgou na keřovi. Pošle mi noty. Již roky ve větších projektech nám to tak funguje. [...]*“ Žalovaný se snažil do pověření a předmětu správního řízení vtělit právě přesné znění tohoto důkazu a tento postup považuje za legitimní. Spojení „*již roky*“ přeformuloval na „*v minulých letech*“, to znamená dříve nebo v minulosti, čímž přiléhavě zachytil obsah podezření plynoucího z důkazu A8. Že by do této formulace nespadal rok 2018, považuje žalovaný za formalismus. To lze dobře ilustrovat na tzv. kartelu PISU (rozhodnutí Komise ze dne 24. 1. 2007, č. COMP/F/38.899, v ČR řešeno např. rozsudkem KS č. j. 62 Ca 22/2007-2067). Situaci je dle žalovaného nutné vnímat v souvislostech a komplexně a se zřetelem k tomu přesný význam sdělení je třeba chápat dle obsahového významu slov. Spojení „*ve větších projektech*“, které je v důkazu A8 také použité, pak žalovaný pro účel pověření a předmět správního řízení přeformuloval na „*v oblasti přípravy a realizace projektů*.“ Takto postupoval vzhledem k tomu, že z webových stránek účastníků řízení žalovaný seznal, v jakých oblastech podnikají. Na č. l. 11a, 11b a 11c správního spisu jsou založeny snímky webu stěžovatele a druhého účastníka řízení (printscreen) s uvedením, že stěžovatel zajišťuje „*komplexní projekční činnost v oboru audiovizuálních a prezentačních systémů. Kvalitní projektová dokumentace je základem každého úspěšného řešení.*“ Dále pak např.: „*AV MEDLA navrhne řešení vašeho projektu od začátku až do konce. Projektová dokumentace slouží jako podklad pro kompletní realizaci projektu a jasně definuje rozsah, funkcionalitu, návaznost na ostatní profese a potřebnou připravenost. Mějte váš projekt plně pod kontrolou. Součástí projektové dokumentace je kompletní zpracování přesného výkazu AV techniky s doporučenými cenami. AV MEDLA poskytuje investorovi konkrétní představu o finanční náročnosti budoucí realizace. Navíc garantujeme bezproblémovou funkčnost a vzájemnou kompatibilitu všech částí projektového systému.*“ Druhý účastník řízení se pak na svých webových stránkách prezentuje např. těmito slovy: „*...Od této doby se uskutečnila realizace celé řady významných projektů...*“. Nelze tedy dle žalovaného tvrdit, jak to dělá stěžovatel, že se žalovaný nijak nezabýval otázkou, jak chápat výraz „*projekty*“. Naopak se prostřednictvím internetových stránek šetřených subjektů snažil zjistit, v jakých oblastech podnikají a jak o nich mluví. Žalovaný totiž předpokládá, že subjekty působící na určitých trzích při své prezentaci vůči svým potenciálním klientům používají takové výrazy, které jsou pro dané průmyslové odvětví běžné. Stejně tak nelze žalovanému klást za vinu, že očekává, že stejné výrazy budou tito soutěžitelé volit i při interní komunikaci či při komunikaci se svými konkurenty. Žalovaný tedy do vymezení předmětu správního řízení a do pověření k vykonání místního šetření zvolil mluvu, kterou používá sám stěžovatel a druhý účastník správního řízení; to mu nelze přičítat k tíži.

[13] K namítanému překročení předmětu místních šetření žalovaný konstatuje, že při místních šetřeních zajistil dokumenty též z roku 2018, což dle stěžovatele není v souladu s tím, jak byl předmět řízení a pověření k provedení místního šetření časově vymezeno, tedy „*v minulých letech*.“ Žalovaný opakovaně podotýká, že se snažil do pověření a předmětu správního řízení vtělit právě co nejpřesnější obsah znění důkazu A8, což považuje za legitimní. Dle obsahového významu slov z formulace „*již roky*“ žalovaný pochopil, že korespondenti hovoří o jednání, které započalo v minulosti a stále trvá do současnosti, o tom svědčí další formulace „*funguje*“, tedy zvolený přítomný čas. Proto jej žalovaný přeformuloval na „*v minulých letech*“, to znamená dříve nebo v minulosti, nikoliv však do konce roku předcházejícího. Pokud by žalovaný chtěl konec časového úseku takto ohraničit, jistě by zvolil přesné datum. To ale logicky neučinil, protože to z důkazu A8 nevyplývá. V této souvislosti pak žalovaný nemohl pochybit, pokud při

pokračování

napadených místních šetřeních zajistil dokumenty z roku 2018. Zvolená formulace žalovaným tedy byla dostatečná.

[14] K námitce protokolace žalovaný uvádí, že při vyhledávání důkazů v počítačích stěžovatele byl na místě šetření přítomen právní zástupce, který mohl kontrolovat, co žalovaný činil a jak při vyhledávání důkazů obsažených v emailech postupoval. Pokud s určitým postupem nesouhlasil, měl možnost vznést námitky, které jsou vždy protokolovány. V daném případě ale zástupce stěžovatele do protokolu nenamítal, že by žalovaný v rámci vyhledávání důkazů použil konkrétní klíčová slova, kterými by zasáhl do práv stěžovatele. Pokud stěžovatel měl a má informace, že žalovaný taková klíčová slova použil, měl vznést námitku do protokolu o provedeném místním šetření. Stěžovatel ale takové podezření zjevně nemá a jeho tvrzení o nepřezkoumatelnosti postupu žalovaného je tedy pouze hypotetické. Nenamítá totiž konkrétní zásah v podobě specifikování byť jen jediného klíčového slova, nýbrž pouze obecně poukazuje na to, že použitá klíčová slova nebyla zaprotokolována. Povinnost protokolovat žalovaným užitá klíčová slova neplyne ani z rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ve věci Delta pekárny, na který stěžovatel odkazuje. Povinnost umožnit soudní přezkum prováděných místních šetření není nijak zasažena tím, že na soutěžní úřad není kladena povinnost do protokolu o místním šetření zaznamenat klíčová slova sloužící k vyhledávání důkazů. Soudní přezkum v dané věci daným postupem znemožněn nebyl. Navíc, dovolává-li se stěžovatel soudního přezkumu, měl by uvést, v čem konkrétně, nikoliv obecně a hypoteticky, spatřuje nezákonný zásah. Na žalovaného nelze klást povinnost protokolovat všechna klíčová slova s ohledem na taktiku vyšetřování a veřejný zájem na zajištění efektivity odhalování protisoutěžních jednání. Žalovaný dodává, že pokud by soutěžitelé měli k dispozici seznam klíčových slov, dle kterých žalovaný při místním šetření vyhledával důkazy, mohli by je soutěžitelé jednající proti pravidlům hospodářské soutěže zneužít a upravit podle toho terminologii jejich komunikace s vyloučením z protokolů jím známých klíčových slov, případně zničit důkazy, ke kterým by daná klíčová slova vedla. Žalovaný navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[15] K vyjádření žalovaného stěžovatel opakovaně setrvává na své argumentaci, poukázal na to, že žalovaný nedisponoval žádným podkladem pro aplikaci své teorie o komplexním kartelu na jednání stěžovatele; nepodložená, a tedy stěžovatele se netýkající teorie žalovaného nemůže umožňovat provedení vysoce invazivního místního šetření týkajícího se obecně všech zakázek, na kterých stěžovatel participoval. Jinými slovy, sám žalovaný svým vyjádřením potvrdil, že meze svého předchozího podezření nerespektoval a provedl nezákonný vyšetřovací nájezd. Dle stěžovatele žalovaný následně flagrantně dezinterpretuje zásady, na nichž ve smyslu judikatury soudů EU stojí jeho právo zajistit náhodně nalezený důkaz o protiprávním jednání jako „předmět na očích“; vychází z toho, že stačí, pokud „předmět na očích“ nalezne, ačkoli o jeho existenci dříve nevěděl. Jestliže žalovaný bez odůvodnění předchozím podezřením využívá zcela obecná klíčová slova, použitelná stejně „dobře“ ve vztahu k jakémukoli jinému podezření, a provádí tak úmyslně vyšetřovací nájezd směřující mimo deklarovaný předmět místního šetření, pak takto cíleně nalezené dokumenty, které nesouvisí s předmětem šetření, nemohou být považovány za „předmět na očích“ v tom smyslu, jak tento pojem chápe ustálená judikatura a rozhodovací praxe. Otázka, zda žalovaný získal subjektivní představu o činnosti stěžovatele, je irelevantní při posuzování určitosti předmětu šetření. Stěžovateli totiž byl v pověření k provedení místních šetření sdělen pouze neurčitý předmět vymezený žalovaným, nikoli jakákoli případná vedlejší zjištění žalovaného ve spise. Žalovaný nadto svým vyjádřením potvrdil, že sám nemá představu o tom, jaký obsah má jím použité spojení „příprava a realizace projektů.“ Žalovaný totiž odkazuje na internetovou prezentaci stěžovatele, která se týká přípravy projektové dokumentace (tedy projektu určitého řešení). Žalovaný dále cituje z internetové prezentace společnosti ApS Brno s.r.o. (druhého účastníka řízení) větu „*Od této doby se uskutečnila realizace celé řady významných projektů...*“ Žalovaný však účelově neuvádí, že celá věta z internetové stránky ApS Brno s.r.o. zní:

„Od této doby se uskutečnila realizace celé řady významných projektů, zejména dodávek komplexních řešení multimediálních prezentačních systémů na klíč.“ Společnost ApS Brno s.r.o. tedy nehovoří o realizaci projektové dokumentace, ale o fyzické realizaci určitého řešení dle dříve realizované projektové dokumentace. Je zřejmé, že jde o zásadně odlišné činnosti a žalovaný nebyl schopen spojení „příprava a realizace projektů“ jednoznačně interpretovat. Pokud žalovaný tvrdí, že bylo „přepjatým formalismem“ trvat na „ještě přesnějším časovém ohraničení“ předmětu šetření, stěžovatel však takto neargumentoval. Stěžovatel pouze konstatuje, že výraz „v minulých letech“ použitý žalovaným nezahrnuje období roku 2018, v rámci kterého bylo místní šetření realizováno. Pokud žalovaný uvádí, že stěžovatel, resp. jeho zástupce, do protokolu nic nenamítal proti použití klíčových slov, stěžovatel poukazuje na to, že netvrdí, že žalovaný použil nedovolená klíčová slova, ale pouze konstatuje skutečnost, že z protokolů není vůbec zjistitelné, jaká klíčová slova žalovaný použil. Nepřezkoumatelnost postupu žalovaného je objektivní fakt, který je dán tím, že z protokolů není možné zjistit, v jakém rozsahu žalovaný napadená šetření vedl. Je absurdní tvrdit, že stěžovatel pouze „hypoteticky“ namítá nepřezkoumatelnost protokolu, a to tím spíše, že jako řešení této hypotetičnosti žalovaný požaduje, aby stěžovatel převzal jeho odpovědnost a sám do protokolu doplňoval žalovaným použitá klíčová slova. Dle stěžovatele je rovněž argumentace žalovaného vyšetřovací taktikou nemístná. Předně není přípustné, aby žalovaný jako orgán veřejné správy ignoroval své procesní povinnosti (tím spíše, že mají význam pro ochranu práv šetřených subjektů) v zájmu svého pohodlí nebo vyšší efektivity šetření. Zejména však žalovaný nepředložil žádné doklady o tom, že by s protokolací mohla reálně být spojena jím tvrzená rizika. Naopak stěžovatel prokázal, že tato rizika jsou nereálná, a to zejména proto, že protokoly nejsou veřejně přístupné.

[16] Nejvyšší správní soud po konstatování včasnosti kasační stížnosti, jakož i splnění ostatních podmínek řízení, přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a z důvodů stěžovatelem uplatněných, současně zkoumal, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by byl povinen přihlížet z úřední povinnosti (§109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[17] Kasační stížnost není důvodná.

[18] Dle stěžovatele napadená místní šetření byla provedena na základě nezákonně získaného důkazu, neboť postup jeho získání měl povahu tzv. fishing expedition, neboť žalovaný jej našel pomocí klíčového slova „*keřoví*“. Stěžovatel rovněž uvádí, že krajský soud postupoval nezákonně, když akceptoval nejasné a neohrazené vymezení předmětu místního řízení žalovaným; rovněž chybně akceptoval překročení vymezeného předmětu řízení žalovaným, když konstatoval, že lpění na dodržování vymezeného předmětu napadených místních šetření by bylo přepjatým formalismem. Konečně měl krajský soud rozhodnout nezákonně, když akceptoval neúplnou protokolaci napadených místních šetření, což mělo postup žalovaného zatížit vadou nepřezkoumatelnosti rozsahu napadených místních šetření.

[19] Stěžovatel vytýká krajskému soudu mimo jiné, že k otázce zákonnosti získaného dokumentu A8 v bodě 23 odkázal na své rozhodnutí ze dne 29. 6. 2018, č. j. 31 A 57/2018 - 66, ve věci zásahové žaloby proti místnímu šetření dne 8. 3. 2018; stěžovatel je názoru, že citovaný rozsudek je v tomto ohledu nezákonný. Nejvyšší správní soud v této souvislosti považuje za případné uvést, že proti označenému rozsudku podal stěžovatel kasační stížnost, o které Nejvyšší správní soud rozhodl rozsudkem ze dne 20. 3. 2019, č. j. 2 As 257/2018 – 87. V uvedeném rozsudku zdejší soud posuzoval zákonnost místního šetření ze dne 8. 3. 2018 a dospěl k závěru, že nebylo provedeno nezákonným způsobem. Kasační stížnost stěžovatele zdejší soud zamítl, zabýval se rovněž povahou dokumentu A8; vyjádřil se přitom i k námitkám, které stěžovatel uplatnil i v nyní projednávané kasační stížnosti. Ze závěrů v citovaném rozsudku, s nimiž se senát ve věci nyní rozhodující ztotožnil, vycházel Nejvyšší správní soud

pokračování

i v nyní projednávané věci. Především, že místní šetření ze dne 8. 3. 2018, z něhož vzešel dokument A8, který byl „iniciátorem“ místních šetření, proti kterým stěžovatel brojil nyní zásahovou žalobou a v nichž spatřuje nezákonný zásah, bylo zdejším soudem shledáno souladné se zákonem. V projednávané věci je tedy zřejmé, že místní šetření byla zahájena na podkladu získaném o v souladu se zákonem.

[20] Šetření na místě v obchodních prostorách je žalovaný oprávněn provádět podle § 21f odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže. Jak již poukázal krajský soud, možnost a rozsah zákonnosti místního šetření byl posuzován ESLP ve věci *Delta pekářny a. s. proti České republice* (rozsudek ze dne 2. 10. 2014, stížnost 97/11), přičemž jeho rozhodnutí bylo implementováno do zákona o hospodářské soutěži zněním § 21f odst. 7, účinným od 18. 10. 2016. Pokud se stěžovatel dovolává označeného rozsudku ESLP v souvislosti s porušením práva na respektování obydlí ve smyslu čl. 8 Úmluvy, které zahrnuje rovněž jeho korespondenci, je třeba zdůraznit, že v tamní věci ESLP shledal rozpor s čl. 8 Úmluvy, tj. práva na respektování obydlí a korespondence, v neposkytnutí dostatečné soudní kontroly skutkových okolností, které vedly žalovaného k uskutečnění místního šetření v obchodních prostorách. Výslovně přitom konstatoval, že Česká republika postupem vůči stěžovateli porušila čl. 8 Úmluvy; přitom tato skutečnost však vede k pochybnostem, zda se stěžovatel skutečně nadále nachází v postavení „oběti“. Nejvyšší správní soud konstatuje, že provedené místní šetření nebylo ESLP zpochybněno jako takové a soud nečinil žádný radikální závěr o nepoužitelnosti důkazů v něm získaných. V souvislosti s okolnostmi provedení místního šetření (především obecné vymezení jeho účelu) učinil toliko závěr o nezbytnosti existence účinné soudní kontroly. Pokud tedy stěžovatel s odkazem na citovaný rozsudek dovozuje, že postup žalovaného byl rozporný s čl. 8 Úmluvy, činí tak nepřipadně; stěžovateli nebyl soudní přezkum odepřen. Při posouzení možnosti a rozsahu soudního přezkumu provedeného šetření Nejvyšší správní soud dále vycházel jak z označeného rozhodnutí ESLP, tak z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2017, č. j. 5 As 256/2016 – 231 a výše citovaného rozsudku sp. zn. 2 As 257/2018, který je stěžovateli znám, proto na něj Nejvyšší správní soud i v této věci v podrobnostech odkazuje, neboť jak zjistil, kasační námitky stěžovatele v obou případech překrývají.

[21] V pověření předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-11336/2018/852/MDa k provedení místních šetření, které žalovaný stěžovateli před provedením místních šetření předal, popsal žalovaný právní důvod místních šetření jako „provedení šetření dle § 21f zákona ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0132/2018/KD, zahájeném ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona, které Úřad spatřuje v jednání ve vzájemné shodě a/ nebo dohodě mezi účastníky správního řízení, a to [účastníky řízení], spočívající v koordinaci postupu ve výběrových řízeních, kterých se účastnili v minulých letech na území České republiky v oblasti přípravy a realizace projektů.“ Účel místního šetření pak byl vymezen jako „prověření obchodních záznamů a zajištění podkladů vztahujících se k vymezenému předmětu správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0132/2018/KD, zejména prověření a zajištění kopií obchodních záznamů vztahujících se k jednání výše uvedených účastníků řízení při účasti ve výběrových řízeních, kterých se účastnili v minulých letech na území České republiky v oblasti přípravy a realizace projektů.“ O průběhu napadených místních šetření žalovaný pořídil protokoly.

[22] Vymezení předmětu a účelu místního šetření v pověření jednak demonstruje, že je toto šetření oprávněné, a umožňuje stěžovateli vymezit rozsah jejich povinností spolupráce se žalovaným; jeho právo na obhajobu tedy bylo zaručeno (rozsudek Soudního dvora ze dne 17. října 1989 ve spojených věcech 97/87 a 99/87 *Dow Chemical Ibérica SA a další proti Komisi Evropských společenství*, bod 26). Nejvyšší správní soud na tomto místě dodává, že unijní judikatura požaduje, aby rozhodnutí podle čl. 20 nařízení 1/2003, jímž Komise nařizuje kontrolu obdobnou místnímu šetření podle § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže, vymezovalo „předpoklady a domněnky, které chce Komise ověřit“ (rozsudek Tribunálu ze dne 6. září 2013 ve spojených věcech T-

289/11, T-290/11 a T-521/11 *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 75). Komise musí popsat „charakteristické rysy předpokládaného protiprávního jednání tak, že uvede domnělý relevantní trh a povahu předpokládaných omezení hospodářské soutěže, jakož i odvětví, kterých se týká údajné protiprávní jednání, které je vyšetřováno, vysvětlí způsob, jak se podnik údajně účastnil protiprávního jednání, a uvede předmět vyšetřování a skutečnosti, které mají být ověřeny“ (tamtéž, bod 77), dále je povinna v rozhodnutí podrobně uvést, že má „k dispozici poznatky a závažné indicie hmotného charakteru, na jejichž základě má podezření, že se podnik, na který se vztahuje kontrola, dopustil protiprávního jednání“ (tamtéž, bod 172). Na druhou stranu, „Komise nemá povinnost sdělovat adresátovi takového rozhodnutí všechny informace, které má k dispozici o domnělých protiprávních jednáních, ani přesně vymezit relevantní trh, ani provést přesnou právní kvalifikaci těchto protiprávních jednání, ani uvést dobu, během níž k těmto protiprávním jednáním docházelo“ (rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 8. března 2007 ve věci T-339/04 *France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství*, bod 58). Odůvodnění pověření přitom ohraničuje pravomoci svěřené pracovníkům žalovaného, a proto mohou pořizovat pouze kopie dokumentů, které se týkají předmětu šetření (rozsudek Soudního dvora ze dne 18. června 2015 ve věci C-583/15 P *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 60). Žalovaný v projednávané věci dle přesvědčení Nejvyššího správního soudu z mantinelů daných judikaturou SDEU a ESLP nevybočil.

[23] Povinnost sdělit soutěžiteli před zahájením místního šetření právní důvod a účel šetření má zaručit nejen to, že zamýšlené šetření je odůvodněné, ale zejména má umožnit soutěžitelům uvědomit si rozsah jejich povinnosti spolupráce při zachování jejich práva na obhajobu. Záměrem této úpravy tedy bezesporu je zabránit žalovanému provádění šetření bez konkrétního podezření (tzv. „fishing expedition“). Zároveň je však nutné si uvědomit, že nároky na správní orgán při vymezování předmětu řízení v této fázi řízení musí být reálné, protože hlavní část správního řízení, při níž dochází k shromažďování důkazů a jejich vyhodnocování, teprve nastane. Ve fázi zahájení správního řízení žalovaný nemůže disponovat důkazy, ze kterých by byl schopen přesně popsat všechny okolnosti a do detailů formulovat celý rozsah protisoutěžního jednání. Proto žalovaný zpravidla přistupuje k provedení místního šetření, neboť právě místní šetření je klíčovým nástrojem pro získání relevantních informací o protisoutěžním jednání účastníků řízení. Jde o nezbytný nástroj v rámci vyšetřovací pravomoci soutěžního úřadu, jehož účelem je zajištění důvěryhodných a jedinečných důkazů pro zjištění a následné potrestání protisoutěžního jednání.

[24] Lze souhlasit se stěžovatelem, že místní šetření je nástrojem invazivním. Logicky tomu tak je, neboť využívá prvek překvapení. Samotné místní šetření je konstantně traktováno jako „neohlášené místní šetření“ (též „přepadové místní šetření“, v unijním prostředí se běžně hovoří o „dawn raid“), v jehož rámci jsou upravena práva a povinnosti soutěžitelů na straně jedné a Úřadu na straně druhé. Z těchto důvodů tedy není nezbytné nalézat přesnou věcnou ani časovou hranici mezi „vyžadováním“ podkladů a „prověřováním“ podkladů, soutěžitelé, kteří jsou podrobena šetření na místě, nemají díky elementu překvapení možnost manipulovat s důkazy či se jich zbavovat nebo je nějakým způsobem pozměňovat. Tím, že je žalovaný nadán pravomocí vstupovat do obchodních prostor soutěžitele a obstarat v těchto prostorách nezbytné důkazní prostředky, se naplňuje účel zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť bez takto získaných důkazů by často nebylo možné odhalit závažné protisoutěžní jednání soutěžitelů. Byť je místní šetření citelným zásahem, nic to nemění na tom, že je nástrojem legitimním.

[25] Jak již bylo uvedeno, žalovaný není povinen ani na základě zákona, ani dle judikatury, vymezit předmět správního řízení ve všech podrobnostech. Nejvyšší správní soud proto neshledal v postupu žalovaného, který postupoval v intencích své praxe při šetření bid riggingového jednání při zahájení místních šetření na základě důkazu, který byl nadto shledán souladný se zákonem (viz rozsudek NSS sp. zn. 2 As 257/2018), stěžovatelem tvrzené pochybení. Nejvyšší správní soud v tomto bodě uzavírá, že žalovaný nejenže disponoval skutečnostmi

pokračování

zakládajícími důvodné podezření z protisoutěžního jednání, ale rovněž náležitým způsobem dostatečně zřetelně vymezil předmět správního řízení v pověření k provedení místního šetření.

[26] Pokud stěžovatel namítá, že se jednalo pouze o pravděpodobné podezření, a nikoliv důvodné podezření, nelze mu přisvědčit; tak by tomu mohlo být, pokud by se žalovaný např. spokojil s oznámením a neproověřil by ho nebo pokud by se podezření při prověření nepotvrdilo. K zahájení řízení i provedení šetření je třeba mít podklady či poznatky, z nichž plyne důvodné podezření; není ovšem třeba mít jistotu. V daném případě zde tyto poznatky byly dány a jsou obsahem spisu. Nejvyšší správní soud přisvědčil krajskému soudu v názoru, že poznatky, které měl žalovaný k dispozici, byly dostatečným důvodem k provedení šetření na místě v obchodních prostorách stěžovatele. Důvod i zaměření šetření byly v pověření jasně vymezeny, pověření bylo stěžovateli předáno, a měl tedy povědomost o oprávnění žalovaného i o svých povinnostech, které z něho plynuly.

[27] Pokud jde o rozsah šetření, jsou zaměstnanci žalovaného podle § 21f odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže oprávněni k nahlížení do obchodních záznamů bez ohledu na to, v jaké formě jsou uloženy [písm. c)], a zjednat si přístup k obchodním záznamům (odst. 4). Prohledávání elektronické komunikace je tedy přípustným způsobem provedení šetření. Užití klíčových slov pak je třeba považovat za racionální způsob vyhledávání obchodních záznamů. Šetření proběhlo v řádu hodin, což je výsledkem právě zvoleného účinného způsobu prohledávání obchodní dokumentace. Nejvyšší správní soud nepochybně, že prohledávání prostřednictvím klíčových slov neobsahujících název zakázky umožňuje zjištění i obchodní dokumentace, která není součástí dané zakázky, ale týká se zakázky, která je s ní spojena v rámci *bid riggingového* jednání, například formou spoluúčasti na dané zakázce (poddodávky) či kompenzace této zakázky jinou. K tomu lze poukázat na již zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2019, č. j. 1 As 80/2018 – 201 (odst. 23 - 26), který konstatuje existenci jak případů široké *bid riggingové* spolupráce, tak existenci případů, kdy manipulace při veřejných zakázkách s takovými dohodami spojena není, včetně možnosti odhalení dalších případů v průběhu šetření. Nejvyšší správní soud konstatuje, že provedením šetření na místě v obchodních prostorách stěžovatele, resp. nahlížením do jeho obchodních záznamů, nedošlo k porušení práva na rodinný a soukromý život, které je chráněno čl. 8 odst. 1 Úmluvy, neboť žalovaný respektoval pravidla vymezená v odst. 2 téhož článku.

[28] S výše uvedeným souvisí výhrada stěžovatele proti použití klíčového slova „křoví“. Nejvyšší správní soud považuje za vcelku logické, že při prohledávání dokumentace bude kontrolní orgán užívat k vyhledávání slova, která jsou podle jeho zkušeností užívána jako krycí či zástupná při sjednávání protisoutěžního jednání. Takovým slovem nepochybně je slovo „křoví“, které je mimo svého základního významu užíváno i ve významu zakrytí něčeho jiného či vytvoření kulisy něčemu jinému (rovněž např. pokud jde o užití slova „dohod“, pak se nepochybně jedná o slovo v obchodních vztazích běžně užívané a jistě může být užíváno i v komunikaci účastníků *bid riggingu*.) Pokud jde o dokument A8, obsahuje slovo „křoví“ ve spojení „*jsm domluven s (...) na křoví*“ a „noty“ v navazující větě „*pošlete mi noty*“. Užití klíčových slov („křoví“, stejně tak slovo „noty“), za daných podmínek nelze označit za metodu umožňující neomezený výlov informací. Způsobem nalezení dokumentu A8 dle přesvědčení Nejvyššího správního soudu žalovaný nevybočil z limitů místního šetření daného rozsahem původního podezření. Jak bylo uvedeno výše, užití klíčového slova „křoví“ jakožto zadání byť ne zcela určitého časového rámce plně odpovídalo vyhledávání v mezích předmětné veřejné zakázky s ohledem na podezření z *bid riggingového* jednání žalobce; z obsahu dokumentu A8 plyne důvodné podezření z *bid riggingového* jednání stěžovatele v rámci neurčitěho počtu veřejných zakázek. Následné procesní kroky žalovaného tak nemohly být v důsledku objevení dokumentu A8 jakkoli stíženy nezákonností. K označenému dokumentu, který, jak již bylo výše uvedeno, byl

objeven za použití kombinace akceptovatelných klíčových slov při vyhledávání v kontrolovaném období, v němž mohly být realizovány *bid riggingové* dohody s šetřenou zakázkou, se vztahuje rovněž námitka „předmětu na očích.“ Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 2 As 257/2018, v němž dospěl k závěru o zákonnosti provedeného místního šetření ze dne 8. 3. 2018, v němž byl dokument zajištěn, konstatoval: „*Za situace, kdy se nejednalo o nezákonný výlov informací, je třeba tento dokument označit za náhodně získaný, a tedy za „dokument na očích“.* Oba účastníci řízení v této souvislosti argumentují, byť v opačném významu, zejména poukazy na rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci *Deutsche Bahn A.G. a další versus Evropská komise* (rozsudek ze dne 18. 6. 2015, C-583/13 P) a ve věci *České dráhy, a. s. proti Evropské komisi* (rozsudek ze dne 20. 6. 2018). Z této a obdobné unijní judikatury vycházel i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2017, č. j. 5 As 119/2017 – 65. Ve věci „*Deutsche Bahn*“ Soudní dvůr v odstavci 58 *sice* označil za nepřijatelné dovolávání se důkazů, které byly zjištěny během vyšetřování nad jeho rámec, ovšem v následujícím odst. 59 připustil využití informací, s nimiž se Komise seznámila během kontroly náhodně. Na to výslovně navazuje rozsudek ve věci „*České dráhy*“, (odkaz v odst. 36), když dále v odst. 37 výslovně připouští využití informací, s nimiž se Komise náhodně seznámila při předchozí kontrole, pokud naznačují existenci chování v rozporu s pravidly hospodářské soutěže. Shledal-li Nejvyšší správní soud způsob šetření zákonným, pak z toho nemůže vzít jiný závěr, než že dokument A8 je náhodně objeveným, tj. dokumentem na očích.“ Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že z judikatury Soudního dvora EU vyplývá, že správní orgány nemohou ignorovat důkazy, které zjistily (byly na očích), a mohou je využít k zahájení správního řízení (viz např. rozsudek Soudního dvora EU ze dne 16. 7. 1992 ve věci C – 67/9. Povahou zajištěného dokumentu A8 se zabýval zdejší soud již ve výše označeném rozsudku; od jeho náhledu na věc se senát nyní ve věci rozhodující neshledal důvodu odchýlit.

[29] K časovému vymezení domnělého protisoutěžního jednání se vyjádřil Tribunál v rozsudku ze dne 20. 6. 2018 ve věci T-621/16 *České dráhy, a.s. proti Komisi*, bod 82, tak, že „[z] ustálené judikatury vyplývá, že Komise nemá povinnost uvést v rozhodnutí, kterým se nařizuje provedení kontroly, dobu, během níž k domnělým protiprávním jednáním docházelo (viz rozsudek ze dne 25. listopadu 2014, *Orange v. Komise*, T 402/13, EU:T:2014:991, bod 80 a citovaná judikatura). Proto v případě, kdy se Komise navzdory této judikatuře rozhodne uvést dobu, během níž mělo k domnělým protiprávním jednáním docházet, nelze jí vytýkat, že tak učinila příliš široce“. Žalovaný se obdobně jako ve výše popsané věci rozhodl dobu domnělého protisoutěžního jednání stěžovatele v pověření a oznámení o zahájení řízení uvést. Na tomto místě je třeba zdůraznit, že formulace podezření žalovaného obsažená v pověření a oznámení o zahájení řízení se v přímé souvislosti odvíjí od obsahu indicie, jež žalovaného k tomuto podezření vedla. Vzhledem k tomu, že dokument A8 představuje e-mailovou komunikaci obsahující údaj o spolupráci účastníků správního řízení nikoli pouze ve vztahu ke konkrétnímu projektu, nýbrž ve vztahu k „větším projektům“, nelze žalovanému vytýkat, že své podezření v rámci jeho formulace na konkrétní projekt nezáušil – žádnou bližší specifikaci, která by mu to umožňovala, e-mailová komunikace neobsahuje. Stejně tak časové rozpětí potenciálně protisoutěžního jednání žalovaný vymezil v souladu s obsahem e-mailové komunikace, když se rozhodl prověřit možné aktivity žalobce „v minulých letech“. Stěžovateli lze do jisté míry přisvědčit, že takové vymezení může vzbuzovat důvodnou představu, že časový prostor je ohraničen koncem roku 2017, nicméně však z takového vymezení bez dalšího nevyplývá, že by nemohla být prověřena i část roku 2018; to ostatně koresponduje s obsahem výše uvedené e-mailové komunikace. Vyplývá-li z ní „letitá spolupráce“ nelze v tomto konkrétním případě a za daných konkrétních okolností, zejména s ohledem na konkrétní znění důvodné indicie, formulaci „v minulých letech“ považovat za nepřijatelnou pro nedostatečnou konkretizaci. Nejvyšší správní soud proto přisvědčil krajskému soudu, že by bylo absurdní požadovat po žalovaném, aby doložil „časové meze svého údajného podezření“, jak požaduje stěžovatel, když samotná indicie vzbuzuje podezření z natolik širokého rámce protisoutěžního jednání, že by konkrétní časové ohraničení bylo toliko nepodloženým odhadem žalovaného, kterým by popíral primární účel své činnosti – tj. jednání tohoto druhu odhalovat a postihovat.

pokračování

[30] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku vadné protokolace. Zákon o ochraně hospodářské soutěže výslovně neupravuje náležitosti protokolu, je proto třeba *per* § 25a zákona o ochraně hospodářské soutěže postupovat dle § 18 správního řádu; dle odst. 2 citovaného ustanovení musí protokol mj. obsahovat vylíčení průběhu předmětných úkonů, přičemž je ovšem třeba respektovat § 21c odst. 1 zákona o hospodářské soutěži ve vztahu k zákonem chráněným formám tajemství. Stěžovatel je názoru, že v protokolu měla být zachycena všechna použitá klíčová slova a že soud na něj nepřípustně přenesl povinnost protokolace. Krajský soud, byť tak z formulace vytržené z celého kontextu odůvodnění stěžovatel dovozuje, neměl na mysli, že by měl stěžovatel průběh řízení protokolovat na místo žalovaného, tedy že by jej tížilo důkazní břemeno stran náležitostí protokolu, resp. celého procesu protokolace, ale to, že stěžovatel měl možnost do této protokolace zasahovat; zaznamenat, jaká klíčová slova byla použita, a případně vznést výhrady. Tím zjevně nebylo myšleno, že stěžovatel měl protokolovat průběh šetření, ale to, že měl prostřednictvím osob za něho šetření přítomných možnost seznat slova, která byla k vyhledávání užitá.

[31] Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 2 As 257/2018 konstatoval: „*Užití klíčových slov při nahlížení 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.“ Stěžovatel neuvádí žádnou konkrétní újmu, která mu nastala v důsledku nezahrnutí všech užitých klíčových slov do protokolu, nepředložil žádné konkrétní tvrzení ani důkazy o tom, v čem spatřuje rozsah provedeného místního šetření excesivním. Lze tak uzavřít, že neuvedení všech klíčových slov užitých při vyhledávání, aniž by toto neuvedení bylo spojeno s možnou újmou stěžovatele, je sice vadou protokolace, ale tato vada se ve sféře práv stěžovatele nijak negativně neprojevila; nemůže mít tedy ani vliv na zákonnost samotných místních šetření.*

[32] Nejvyšší správní soud konstatuje, že tvrzení stěžovatele, že žalovaný postupoval metodou „*fishing expedition*“ neshledal opodstatněným; takové tvrzení nemá oporu ve spisovém materiálu, jehož obsahem jsou jak veškeré informace, které měl žalovaný k dispozici ještě před zahájením místních šetření, tak nalezené dokumenty, které se nikterak z předmětu místních šetření nevyvíkají. Jinými slovy, žalovaný věděl, jaké listiny a za jakým účelem vyžaduje, nejednalo se tedy o situaci, kdyby teprve v rámci místního šetření zjišťoval, co vlastně bude kontrolovat, resp. pouze za tímto účelem (lovem informací) místní šetření zahájil.

[33] Nejvyšší správní soud kasační námitky stěžovatele neshledal důvodnými. Krajský soud řádně posoudil odůvodněnost a průběh zásahu a provedl test jeho vhodnosti, délky a rozsahu v mezích judikatury ESLP i Nejvyššího správního soudu. Otázkou zákonnosti, nezbytnosti, vhodnosti a přiměřenosti místních šetření a procesní použitelnosti důkazu, na základě kterého byla místní šetření provedena, se krajský soud podrobně a přezkoumatelným způsobem v odůvodnění napadeného rozsudku vypořádal. S jeho závěry se Nejvyšší správní soud zcela ztotožnil. Místní šetření byla provedena v souladu se zákonem, svým rozsahem ani délkou nevybočila ze zákonných mezí ani z předmětu řízení tak, jak byl vymezen v oznámení o zahájení správního řízení. Nejvyšší správní soud proto dle § 110 odst. 1 s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

[34] O nákladech řízení bylo rozhodnuto v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalovanému, který byl ve věci úspěšný, a po právu by mu náhrada nákladů náležela, žádné

náklady vynaložené nad rámec jeho správní činnosti nevznikly, proto mu soud náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal.

Poučení Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 8. listopadu 2019

L. S.

JUDr. Lenka Matyášová v. r.
předsedkyně senátu