



UOHSX007UZ2I

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R381, 382, 388, 389, 390, 393, 395/2015-04749/2016/310/JZm

Brno 8. února 2016

V řízení o rozkladech, které proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, podali účastníci řízení společnosti **STRABAG a.s.**, se sídlem v Praze 5, Na Bělidle 198/10, PSČ 150 00, IČO 608 38 744, zastoupená Mgr. Robertem Nešpůrkem, LL.M., advokátem advokátní kanceláře Havel, Holásek & Partners s.r.o., se sídlem v Praze 1, Na Florenci 2116/15, PSČ 110 00, **EUROVIA CS, a.s.**, se sídlem v Praze 1, Národní 138/10, PSČ 110 00, IČO 45274924, zastoupená Mgr. Radkem Pokorným advokátem advokátní kanceláře Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., se sídlem v Praze 1, Karoliny Světlé 301/8, PSČ 110 00, **SWIETELSKY stavební s.r.o.**, se sídlem v Českých Budějovicích – České Budějovice 3, Pražská tř. 495/58, PSČ 370 04, IČO 48035599, zastoupená Mgr. Petrem Nesporým, advokátem advokátní kanceláře NS & Partners s.r.o., se sídlem v Českých Budějovicích 3, Puklicova 1069/52, PSČ 370 04, **M – SILNICE a.s.**, se sídlem v Pardubicích, Husova 1697, PSČ 530 03, IČO 42196868, zastoupená JUDr. Daliborem Kalcso, advokátem se sídlem kanceláře v Hradci Králové, Škroupova 719, PSČ 500 02, **Lesostavby Třeboň a.s.**, se sídlem v Třeboni, Novohradská 226, PSČ 379 01, IČO 47239328, zastoupená Mgr. Andreou Žatkovou, advokátkou se sídlem kanceláře v Ostravě – Přívoze, Teslova 1125, PSČ 702 00, **BERGER BOHEMIA a. s.**, se sídlem v Plzni, Klatovská 410/167, Litice, PSČ 321 00, IČO 45357269, **Skanska a.s.**, se sídlem v Praze 8 – Karlín, Křížíkova 682/34a, PSČ 186 00, IČO 26271303, zastoupená JUDr. Pavlem Dejlem, Ph.D., LL.M., advokátem advokátní kanceláře Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem v Praze 1, Jungmannova 745/24, PSČ 110 00, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších

předpisů, ve spojení s ustanovením § 90 odst. 1 písm. c), odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, na návrh rozkladové komise

rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku VII. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **STRABAG a.s.**, se sídlem Praha 5, Na Bělidle 198/21, PSČ 150 00, IČO 60838744, za správní delikty uvedené ve výrocích I., II. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta v celkové výši **497.556.000 Kč** (slovy: čtyři sta devadesát sedm miliónů pět set padesát šest tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku VIII. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **EUROVIA CS, a.s.**, se sídlem Praha 1, Národní 138/10, PSČ 110 00, IČO 45274924, za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta ve výši **492.620.000 Kč** (slovy: čtyři sta devadesát dva milióny šest set dvacet tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

III.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku IX. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **SWIETELSKY stavební s.r.o.**, se sídlem České Budějovice – České Budějovice 3, Pražská tř. 495/58, PSČ 370 04, IČO 48035599, za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta ve výši **76.209.000 Kč** (slovy: sedmdesát šest miliónů dvě sta devět tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

IV.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku X. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon

o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **M – SILNICE a.s.**, se sídlem Pardubice, Husova 1697, PSČ 530 03, IČO 42196868, za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta ve výši **46.064.000 Kč** (slovy: čtyřicet šest milionů šedesát čtyři tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

V.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku XI. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **BERGER BOHEMIA a. s.**, se sídlem Plzeň, Klatovská 410/167, Litice, PSČ 321 00, IČO 45357269, za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta ve výši **13.518.000 Kč** (slovy: třináct milionů pět set osmnáct tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

VI.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku XII. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **Skanska a.s.**, se sídlem Praze 8 – Karlín, Křižíkova 682/34a, PSČ 186 00, IČO 26271303, za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta ve výši **529.818.000 Kč** (slovy: pět set dvacet devět milionů osm set osmnáct tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

VII.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výroku XIII. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů **m ě n í m** takto: Dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 296/2007 Sb., se účastníku řízení, společnosti **Lesostavby Třeboň a.s.**, se sídlem Třeboň, Novohradská 226, PSČ 379 01, IČO 47239328, za správní delikty uvedené ve výrocih II. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ukládá pokuta v celkové výši **4.208.000 Kč** (slovy: čtyři milióny dvě sta osm tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

VIII.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015, ve výrocih I. – VI., XV. podle § 90 odst. 5 zákona č.

500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, **p o t v r z u j i** a podané rozklady **z a m í t á m**.

I Odůvodnění

I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“) rozhodnutím č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt ze dne 6. 11. 2015 (dále též „**napadené rozhodnutí**“), shledal, že se účastníci řízení společnosti STRABAG a.s., se sídlem v Praze 5, Na Bělidle 198/10, PSČ 150 00, IČO 608 38 744, EUROVIA CS, a.s., se sídlem v Praze 1, Národní 138/10, PSČ 113 19, IČO 45274924, SWIETELSKY stavební s.r.o., se sídlem v Českých Budějovicích – České Budějovice 3, Pražská tř. 495/58, PSČ 370 04, IČO 48035599, K – BUILDING CB, a.s., se sídlem v Českých Budějovicích, Hraniční 2094, PSČ 370 06, IČO 26105594, SaM silnice a mosty a.s., se sídlem v České Lípě, Máchova 1129, PSČ 470 01, IČO 25018094, M – SILNICE a.s., se sídlem v Pardubicích, Husova 1697, PSČ 530 03, IČO 42196868, Lesostavby Třeboň a.s., se sídlem v Třeboni, Novohradská 226, PSČ 379 01, IČO 47239328, BERGER BOHEMIA a. s., se sídlem v Plzni, Klatovská 410/167, PSČ 321 00, IČO 45357269, Skanska a.s., se sídlem v Praze 8 – Karlín, Křižíkova 682/34a, PSČ 186 00, IČO 26271303 (dále též „**účastník/ci řízení**“) dopustili následujících správních deliktů.

2. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad shledal, že se účastníci řízení STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., M – SILNICE a.s., BERGER BOHEMIA a. s., a Skanska a.s., jednáním spočívajícím v tom, že

společnosti STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., M – SILNICE a.s., BERGER BOHEMIA a. s., se sídlem Plzeň, Klatovská 410, PSČ 320 64, IČO 45357269, F.Kirchhoff Silnice s.r.o. v likvidaci, Skanska a.s., tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 30. 10. 2007 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „R4 Mirodice – Třebkov“, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60009446 dne 17. 9. 2007, a to tak, aby nejvýhodnější nabídku podalo sdružení „STRABAG-SWIETELSKY – Mirodice – Třebkov“, jehož členy byly společnosti STRABAG a.s. a SWIETELSKY stavební s.r.o., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 30. 10. 2007 podali,

dopustili zakázaného jednání ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „R4 Mirodice – Třebkov“, čímž ovlivnili výsledek daného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu inženýrského stavitelství v České republice, a tím dne 30. 10. 2007 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 71/2007 Sb. (dále též „**ZOHS 71**“). Výrokem IV. Úřad podle § 7 odst. 1 ZOHS 71 jmenovaným účastníkům plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě specifikovaného ve výroku I. do budoucna zakázal.

3. Výrokem II. Úřad dále konstatoval, že se účastníci řízení společnosti STRABAG a.s. a Lesostavby Třeboň a.s. tím, že

v období nejpozději od 12. 3. 2008 do 13. 3. 2008 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Písek – rekonstrukce

lokality na Bakalářích – I.etapa“, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60015331 dne 29. 2. 2008, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost STRABAG a.s., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 12. 3. 2008 a 13. 3. 2008 podali,

dopustili jednání ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I.etapa“, čímž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu inženýrského stavitelství v České republice, a tím v období od 12. 3. 2008 do 13. 3. 2008 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 296/2007 Sb. (dále též „**ZOHS 296**“). Výrokem V. Úřad podle § 7 odst. 1 ZOHS 296 jmenovaným účastníkům plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě specifikovaného ve výroku II. do budoucna zakázal.

4. Výrokem III. Úřad shledal, že se účastníci řízení společnosti STRABAG a.s. a Lesostavby Třeboň a.s. tím, že

v období nejpozději od 27. 2. 2006 do 28. 2. 2006 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“, vyhlášenou městem Třeboň v roce 2006, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost Lesostavby Třeboň a.s., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 28. 2. 2006 podali,

dopustili jednání ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“, čímž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu inženýrského stavitelství v České republice, a tím v období od 27. 2. 2006 do 28. 2. 2006 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 361/2005 Sb. (dále též „**ZOHS 361**“). Výrokem VI. Úřad podle § 7 odst. 1 ZOHS 361 jmenovaným účastníkům plnění zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě specifikovaného ve výroku III. do budoucna zakázal.

5. Za právě popsané správní delikty uložil Úřad ve výrocích VII. – XIII. účastníkům řízení pokuty, a to společnosti STRABAG a.s. podle § 22 odst. 2 ZOHS 71 za správní delikty uvedené ve výrocích I., II. a III. napadeného rozhodnutí pokutu v celkové výši 614.166.000 Kč; společnosti EUROVIA CS, a.s. podle § 22 odst. 2 ZOHS 71 za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 603.208.000 Kč; společnosti SWIETELSKI stavební s.r.o. podle § 22 odst. 2 ZOHS 71 za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 93.317.000 Kč; společnosti M – SILNICE a.s. podle § 22 odst. 2 ZOHS 71 za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 56.405.000 Kč; společnosti BERGER BOHEMIA a.s. podle § 22 odst. 2 ZOHS 71 za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 16.553.000 Kč; společnosti Skanska a.s. podle § 22 odst. 2 ZOHS 71 za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 648.757.000 Kč; společnosti Lesostavby Třeboň a.s. podle § 22 odst. 2 ZOHS 296 za správní delikty uvedené ve výrocích II. a III. napadeného rozhodnutí pokutu v celkové výši 7.014.000 Kč.

6. Výrokem XIV. napadeného rozhodnutí Úřad správní řízení sp. zn. ÚOHS-S834/2014/KD vedené ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 296/2007 Sb., které Úřad pro ochranu hospodářské soutěže spatřoval v jednání ve shodě a/nebo dohodě, mezi účastníky řízení, společnostmi STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., K – BUILDING CB, a.s., SaM silnice a mosty a.s., Stavební firma UNIKO spol. s r.o. v likvidaci, M – SILNICE a.s., Lesostavby Třeboň a.s., a MANE STAVEBNÍ s.r.o., spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Revitalizace návsí Stará Pohůrka“, uveřejněném v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60022621 dne 23. 9. 2008, pro uplynutí lhůty pro uložení pokuty za jednání v uvedené zakázce, stanovené v § 22 odst. 5 téhož zákona, zastavil.
7. Výrokem XV. Úřad uložil každému z účastníků řízení STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., M – SILNICE a.s., Lesostavby Třeboň a.s., BERGER BOHEMIA a.s., a Skanska a.s., povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 2.500 Kč.
8. Účastníci řízení společnosti STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., M – SILNICE a.s., Lesostavby Třeboň a.s., BERGER BOHEMIA a.s., a Skanska a.s. podali proti citovanému rozhodnutí orgánu prvního stupně rozklady.

II. Rozklady účastníků řízení

Rozklad společnosti STRABAG a.s.

9. Účastník řízení společnost STRABAG a.s. podal rozklad do výroků I. – VII., XV., namítl, že Úřad věc procesně i hmotně právně nesprávně posoudil. Napadené rozhodnutí vychází z nesprávných skutkových zjištění, která nemají oporu v provedeném dokazování a jsou v rozporu s obsahem správního spisu. Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav, protože neprovedl účastníky řízení navrhované svědecké výpovědi, znalecké posudky a další důkazy směřující k objasnění rozhodných skutečností. Rozhodnutí Úřadu je založeno na nesprávném právním posouzení věci, neboť Úřad nesprávně aplikoval rozhodné právní předpisy, navíc právní závěry Úřadu jsou založeny na nepřipustně excesivní interpretaci relevantních právních pravidel, zejména konceptu jednání ve shodě.
10. Účastník řízení tvrdil, že od počátku je správní řízení zatíženo mnoha procesními vadami, a to zejména tím, že Úřad v době zahájení správního řízení neměl důvodné podezření na správní delikt nezbytné pro zahájení a vedení správního řízení, nezákonně vymezil předmět správního řízení a celé řízení vedl formou zakázaného „fishing expedition“, v důsledku toho pak cíleně hledal důkazy, které s původním předmětem řízení nijak nespojují, v rozporu se zákonem a svou předchozí rozhodovací praxí neposkytl účastníku řízení dostatečně dlouhou dobu pro seznámení se s podklady pro rozhodnutí, pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí a k doplnění dokazování.
11. Úřad v bodě 6 napadeného rozhodnutí uvedl, že správní řízení bylo zahájeno na základě podnětu Policie České republiky, která Úřadu postoupila anonymní podání. Obsahem tohoto podání však mimo jiné byla informace, že to má být společnost STRABAG, kdo je pravidelným vítězem výběrových řízení vyhlášených městem Písek. Úřad tvrdil, že ve věci provedl potřebné analýzy a odkázal na blíže neurčenou poznámku „Viz věstník veřejných zakázek“. Ve správním spise však není založeno nic, co by odpovídalo podkladům či výsledku analýzy,

o které Úřad mluvil, nejsou zde ani žádné záznamy z věstníku veřejných zakázek, na který pro podporu svého tvrzení odkazoval. Pokud ke zmíněné analýze ve spise neexistuje jediný podklad, nelze mít za to, že by ji Úřad vůbec kdy provedl. Úřad nemůže stavět své závěry rozhodné z pohledu zákonnosti vedeného správního řízení na nijak neověřitelných tvrzeních. Úřad ničím nedokládá, jakým způsobem a na základě čeho dovedl, že „pravidelným vítězem“ výběrových řízení je účastník řízení, ani co tím vlastně myslí a jak to souvisí s ověřením v anonymu vznesených podezření. Pokud by Úřad skutečně ověřil obsah trestního oznámení, musel by dospět k závěru, že (i) tvrzení v anonymním podání se nezakládají na pravdě, a především že (ii) účastník řízení v dotčených zakázkách naprosto neuspěl. Vyhrál totiž pouze jednu zakázku, a to ZTV sv. Václava – I. etapa, veřejnou zakázku Povrchová úprava místní komunikace Zeyerovy ulice v Písku vyhrála společnost Znakon a.s., EUROVIA CS žádnou ze zakázek nevyhrála.

12. Podle účastníka řízení je tedy zjevné, že pokud by Úřad prověřil informace obsažené v podání, musel by přijít na to, že se nezakládají na pravdě a že trestní oznámení je nevěrohodné. Trestní oznámení tak mohlo být toliko důvodem k zahájení sektorového šetření, ale nikoliv pro zahájení správního řízení.
13. Účastník řízení obdobně jako další účastníci řízení poukazoval na nezákonné vymezení předmětu řízení a porušení principu totožnosti skutku. Vágně popsany předmět řízení totiž Úřad upřesnil až dne 9. 10. 2014, tedy po dvou letech od zahájení správního řízení, poté, co opakovaně přibíral další účastníky řízení. Úřad nakonec upřesnil předmět řízení na třináct konkrétních výběrových řízení, přičemž žádné z těchto řízení nemá nic společného s anonymním trestním oznámením. V době prvního upřesnění předmětu správního řízení již Úřad měl shromážděny veškeré důkazy, na nichž nyní založil své závěry o spáchání správních deliktů. Takový postup Úřadu však měl přímé dopady do postavení účastníků řízení a jejich práva na obhajobu. Ty se projeví především ve zmaření možnosti obstarání důkazů ve prospěch účastníků řízení z interní dokumentace, která byla skartována, či v nemožnosti zajištění vysvětlení osob, které se dotčených jednání účastnily, které však již v dnešní době nejsou zaměstnanci společnosti STRABAG. Přestože na nezákonnost postupu účastník řízení několikrát poukazoval v rámci probíhajícího řízení a naposledy ve vyjádření ke Sdělení výhrad, Úřad na toto nijak nereagoval.
14. Dále účastník řízení uplatnil shodné námitky jako jiní spoluúčastníci (viz níže). Uvedl, že místní šetření jako institut představuje ultimátní zásah do základních práv účastníka řízení, zejména práva na ochranu obydlí podle čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práva a základních svobod (dále též „**Evropská úmluva**“) a čl. 7 Listiny základních práva a svobod (dále též „**Listina**“). Je nesporné, že tento zásah je zákonem v obecné rovině aprobovaný. Jestliže dochází ke střetu (i) základního práva účastníka řízení a (ii) legitimního cíle ochrany hospodářské soutěže, pak § 21f odst. 5 ZOHS představuje nástroj, prostřednictvím kterého může správní orgán do práva na ochranu obydlí vstoupit a toto právo omezit. Ustanovení § 21 f odst. 5 ZOHS však představuje pouze obecný normativní rámec a míra, v jaké může skrze něho dojít k omezení garantovaného základního práva, musí odpovídat okolnostem konkrétního případu. Ustanovení § 21f odst. 5 ZOHS nemůže být chápáno jako blanketní svolení k jakémukoli jednání v rozsahu obecné zákonné dikce. Právě takto však bylo toto ustanovení ze strany Úřadu aplikováno.

15. Účastník řízení dále uvedl, že zákonodárce svěřil Úřadu tak širokou pravomoc, jakou nemají ani orgány činné v trestním řízení. Ruku v ruce s touto pravomocí by však měla jít odpovědnost, že této pravomoci bude využíváno v souladu s principy proporcionality a zákazu zneužití pravomoci. Úřad dále poukázal na rozhodovací praxi evropských soudů, zejména ve věci Deutsche Bahn ze dne 6. 9. 2013, T-521/11 a National Panasonic ze dne 26. 6. 1980, 136/79, kde je uvedeno, že Komisi přísluší, aby v uvedeném rozhodnutí s co největší možnou přesností uvedla, co je hledáno, a skutečnosti, kterých se týkají šetření.
16. Následně účastník řízení uvedl přehled místních šetření a seznam dokumentů, které byly na jednotlivých místních šetřeních zajištěny, přičemž zdůraznil, že Úřadem byly naprosto cíleně shromažďovány dokumenty mimo vymezený předmět řízení, aniž to Úřad účastníkům řízení sdělil. V této souvislosti odkázal na rozsudek ESD ve věci Deutsche Bahn z června 2015, kde je uvedeno, že Komise porušila svou pravomoc zajištěním dokumentů, které nesouvisely s vymezeným předmětem řízení a místního šetření. Jednalo se o situaci, kdy pracovníci Komise byli již před zahájením místního šetření informováni o možné existenci materiálů a dokumentů poukazující na jiné, než oficiálně zkoumané protisoutěžní skutečnosti. Důkazy získané na místních šetřeních ve věci tedy byly pořízeny nezákonně a nelze je v řízení použít.
17. Dále účastník řízení namítl nepřiměřeně krátké lhůty, které mu byly Úřadem stanoveny k seznámení se s podklady pro rozhodnutí a k vyjádření se ke Sdělení výhrad. Nahlížení do spisu a seznámení s podklady rozhodnutí jsou různé instituty, zatímco nahlížení do spisu činil účastník řízení za účelem autentického ověření spisového materiálu a konfrontaci předběžných závěrů Úřadu, seznámení s podklady rozhodnutí představuje neopakovatelný a nenahraditelný úkon účastníka správního řízení, směřující k uplatnění námitek tak, aby rozhodnutí vycházelo ze spolehlivě zjištěného skutkového stavu věci. Také s ohledem na koncentraci řízení obsaženou v § 21b ZOHS je nutné, aby účastníci řízení měli dostatečné lhůty k uplatnění svých práv. Účastník řízení musel při studiu spisu rovněž ověřit odkazy Úřadu, kterými ve Sdělení výhrad argumentoval k podpoře svých závěrů. V neposlední věci účastník řízení podotkl, že vzhledem k zahraničnímu vedení společnosti je nutné, aby měl dostatečný prostor pro to konzultovat postup v řízení s vedením společnosti, což v důsledku krátkých lhůt není reálné. Ve zbytku se námítka účastníka řízení shodovaly s námitkami uplatněnými níže.
18. Úřad dále podle názoru účastníka řízení v rozporu s příslušnými pravidly a procesními zásadami odmítl nařídít ústní jednání, nepřistoupil ke spojení tohoto správního řízení s řízením vedeným pod sp. zn. ÚOHS-S426/2012/KD, ačkoli zde existovaly důvody, zakládající povinnost ÚOHS takto učinit, a neprovedl důkazy, které účastník řízení navrhoval, aniž by se s důvody jejich odmítnutí řádně vypořádal.
19. Samotné protisoutěžní jednání nebylo podle názoru účastníka řízení vůbec prokázáno, neboť v případě zakázky R4 Mirovice – Třebkov (dále též „**veřejná zakázka R4**“) Úřad vůbec neprokázal, zda došlo ke srozumění mezi ním a ostatními účastníky řízení a zda se na vytýkaném jednání vůbec podílel.
20. Úřad vyvodil zapojení společnosti STRABAG do koordinace nabídek primárně ze skutečnosti, že byl vedoucím členem sdružení Strabag-Swietelsky a že jeho povinností byla koordinace činnosti účastníků sdružení při vypracování nabídky. Koordinace činnosti při přípravě veřejné zakázky však ještě neznamená zapojení do koordinace nabídek ostatních účastníků řízení.

Srozumění na postupu v zadávacím řízení nevyplývá ze žádného důkazu. Úřad navíc nemá k dispozici ani plné verze podaných nabídek, a ve spise chybí právě ty části, kterými uchazeči prokazují svou kvalifikaci. Naprosto logická může být tudíž také verze, že účastník fungoval jako zprostředkovatel možnosti získání subdodávek od příslušné společnosti.

21. Účastník řízení dále rozebral předmětný dokument SW A6 a předložil svou verzi výkladu tabulky, stejně jako svoji verzi výkladu ručně psaných poznámek. Opětovně shodně jako další účastníci řízení se pozastavoval nad tím, že Úřad k rozluštění ručně psaného textu nepřistoupil k provedení žádné expertízy. Teorie o zprostředkovateli je tedy jedním z mnoha verzí výkladu dotčených poznámek, nelze z ní ale dovozovat, že se jedná o zprostředkovatele vyjednávání s danou společností za účelem realizace záměru zachyceného v přehledu tabulky, tj. společnost, která bude přiřazenou společností kontaktovat a zajistí její případnou účast či neúčast v dané zakázce. Úřad naopak nemá jediný důkaz o účelu a vědomosti, přesto jimi argumentuje a vyvozuje z nich závěry. Konečně pokud jde o skutečnost, že M-Silnice a Sdružení F.Kirchhoff byly ze zadávacího řízení vyloučeny z důvodu neúplnosti svých nabídek, je zcela nepřípustné a absurdní, aby jen na základě těchto skutečností Úřad dovozoval, že se jednalo o jejich záměrné pochybení. Bez ohledu na skutečnost, že k takovým situacím, tj. vyloučení uchazeče, dochází při zadávání veřejných zakázek zcela běžně, Úřad mluví o úmyslu, který však z ničeho nevyplývá a nevyplývá ani z důkazů ve spise. Veškerá shoda mezi obsahem dokumentu SW A6 a skutečným průběhem zadávacího řízení je tedy založena pouze na ničím nepodložené interpretaci tohoto textu ze strany Úřadu. Podle judikatury soudů však nepřímé důkazy mají tvořit logickou ničím nenarušenou a uzavřenou soustavu, čemuž tak v této věci není.
22. Pokud jde o veřejnou zakázku „Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I. etapa“ (dále též „**veřejná zakázka Bakaláře Písek**“) a veřejnou zakázku „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“ (dále též „**veřejná zakázka Jeronýmova Třeboň**“), Úřad zde rovněž neprokázal subjektivní stránku jednání ve formě vzájemného srozumění.
23. U veřejné zakázky Bakaláře Písek Úřad údajnou koordinaci shledal na základě dokumentu L C6. Účastník řízení však vyjádřil přesvědčení, že tato komunikace se opět týkala zajištění subdodávek pro společnost Lesostavby. Společnost Lesostavby poptala uvedené položky, přičemž účastník řízení jako ekonomicky uvažující subjekt provedl jejich ocenění a předložil protistraně svůj návrh, samozřejmě s přírážkou, aby sám sebe neznevýhodnil. Úřad dále argumentuje tehdy platným zákonem o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb., kde bylo stanoveno, že dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení. Účastník řízení zde tvrdil, že se jednalo o problematické ustanovení, které v praxi působilo problémy, a proto bylo nakonec změněno. Z podkladů ve správním spise vyplývá, že v praxi docházelo k tomu, že vítězni uchazeči využívali subdodávky ze strany dalších uchazečů při realizaci veřejné zakázky, přestože by takový postup striktní výklad zákona neumožňoval. V každém případě se však vítězni uchazeči prostřednictvím těchto subdodavatelů snažili neprokazovat kvalifikace. Z tohoto protizákonného postupu však podle účastníka řízení nemůže Úřad vyvozovat protisoutěžní jednání podle § 3 ZOHS.
24. Účastník řízení k této veřejné zakázce nemůže doložit žádné vlastní důkazy, protože k ní již nemá dokumentaci, která byla ještě před upřesněním předmětu řízení skartována. To však neznamená, že by Úřad neměl postupovat v souladu s principem materiální pravdy

obsaženým v § 3 zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**správní řád**“) a neprokázat skutkový stav bez pochybností.

25. Pokud jde o veřejnou zakázku Jeronýmova Třeboň Úřad zde identifikoval dva účastníky řízení z celkového počtu 5ti uchazečů, kteří podali nabídku. Koordinaci v soutěži Úřad dovodil z jediného dokumentu L C5. Ze správního spisu však vyplývá, že Úřad nebyl s to zajistit ani kopii přílohy s cenami, ani nabídky jednotlivých uchazečů. Není tedy zřejmé, z čeho údajnou komunikaci o zkoordinování nabídek obou uchazečů dovodil. Podle interních zjištění účastníka řízení se však jednalo o komunikaci stran subdodávek od společnosti Lesostavby, která v té době mohla pro účastníka řízení provést pokládku kanalizací, inženýrských sítí, apod. Účastník řízení dále zpochybnil závěry Úřadu o tom, že nekonkurenční jednání dokládá i skutečnost, že se společnost STRABAG neúčastnila dalšího kola soutěže. Úřad však nevysvětlil, proč by se účastník řízení zakázky účastnil a podával krycí nabídku v situaci, kdy zde byli ještě další tři uchazeči.
26. Účastník řízení uplatnil dále námitky stran správnosti vymezení relevantního trhu, vzhledem k tomu, že obdobné námitky uplatnili také jiní účastníci řízení, odkazují na podrobnější rozbor níže.
27. Za nezákonné považoval účastník řízení i uložení pokuty, neboť vytýkané porušení zákona nebylo prokázáno. Úřad při ukládání pokuty zcela vybočil z relevantních pravidel pro ukládání pokut. Nesprávnost způsobu výpočtu pokuty je podle účastníka řízení spojena již s nesprávným vymezením relevantního trhu, Úřad totiž do základu pro výpočet pokuty zahrnul obrat spojený s činnostmi, které se zcela odlišují od předmětu dotčených zakázek a spadají do jiného typu stavitelství (např. liniové stavby či vodohospodářské stavby). Úřad dále postupoval při výpočtu pokuty zcela v rozporu s relevantní metodikou, dle které se základní částka pokuty počítá z hodnoty tržeb za zboží nebo služby, které „přímo nebo nepřímou souvisí s protiprávním jednáním“, tedy z hodnoty dotčených veřejných zakázek, místo toho nesprávně zohlednil obrat skupiny STRABAG na celém relevantním trhu, který však současně definoval zcela nesprávně, když dotčený trh je zcela zjevně věcně i geograficky výrazně užší. Úřad řádně nezohlednil velmi krátkou délku trvání údajné protisoutěžní dohody, trvající „nejméně po dobu jednoho dne“. Nesprávně posoudil jako přitěžující okolnost údajný úmysl účastníka řízení, přestože zavinění (v jeho jakékoli formě) bylo v době údajného protisoutěžního jednání součástí samotné definice deliktu. Podle účastníka řízení byla několika vybraným subjektům oproti návrhu ve Sdělení výhrad výrazně snížena pokuta, což vytváří nerovné podmínky.

Petit

28. Závěrem svého rozkladu účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení ve věci zastavil, alternativně navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil orgánu prvního stupně k novému projednání.

Rozklad společnosti EUROVIA CS, a.s.

29. Tento účastník řízení nejprve rekapituloval průběh správního řízení a uvedl, kdy bylo zahájeno správní řízení vůči kterému konkrétnímu subjektu a kdy bylo provedeno místní šetření, následně popsal také průběh správního řízení po Sdělení výhrad a postup při stanovování lhůt k vyjádření se k výhradám a k seznámení se s poklady rozhodnutí.

30. Účastník řízení je přesvědčen o tom, že jak zahájení, tak i následné vedení správního řízení bylo činěno v rozporu s právními předpisy a jako celek je nezákonné, ve vztahu k účastníkům řízení selektivní a diskriminační. Úřadem bylo zasaženo do práv účastníků řízení na obhajobu a do práva na spravedlivý proces ve smyslu čl. 6 Evropské úmluvy. Nezákonná byla i provedená místní šetření a v nich opatřené důkazy nelze ve správním řízení použít. Úřad neúplně zjistil skutkový stav věci a z něj vyvodil nesprávné právní závěry, z těchto důvodů účastník řízení podal rozklad, a to do výroků I., IV., VIII. a XV. napadeného rozhodnutí.
31. Ke způsobu jakým Úřad zahájil správní řízení, uvedl, že sankční delikt ní správní řízení před Úřadem lze zahájit pouze v případech, je-li dáno důvodné podezření z porušení ZOHS, Úřad musí při zahájení správního řízení mít dostatek vstupních indicií, na jejichž základě může správní řízení zahájit (rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 20. 1. 2009, č.j. 62 Ca 43/2007-216). Vymezením pojmu důvodné podezření se zabýval Vrchní soud v rozsudku sp. zn. 7 A 167/94 a dospěl k závěru, že jde o vědomost o skutkových okolnostech v takovém rozsahu, který umožní i jejich předběžné právní posouzení. Zákon nepředpokládá, že by mělo jít o informaci zvláště kvalifikovanou, ale musí mít nezbytnou míru věrohodnosti a určitosti, aby na druhé straně nedošlo k zahájení řízení naprosto nedůvodně. Obdobně se k věci vyjádřil i Městský soud v Praze, na nějž účastník řízení rovněž odkázal.
32. Účastník řízení však poukázal na skutečnost, že Úřad při zahájení správního řízení měl k dispozici pouze trestní oznámení, které bylo učiněno anonymně a obsahuje pouze ničím nepodložené a spekulativní tvrzení. Mimo to Úřad uvedl, že v souvislosti s přípisem Policie ČR provedl analýzu zakázek na stavební práce se zaměřením na inženýrské stavitelství zadaných městem Písek a zjistil, že pravidelným vítězem těchto zakázek je společnost STRABAG. Poté, co se Úřad důkladně seznámil s obsahem informací, získal významnou indicii o tom, že hospodářská soutěž v dané oblasti není dostatečně funkční (vyjádření místopředsedy Úřadu č.j. ÚOHS-4239/2015). Takové okolnosti však podle účastníka řízení mohou nanejvýš odůvodnit provedení sektorového šetření, nikoli zahájení správního řízení.
33. Součástí správního spisu před zahájením správního řízení byly kromě přípisu Policie ČR s trestním oznámením, založeny tři zadávací dokumentace k veřejným zakázkám ul. Otakara Jeremiáše, ZTV sv. Václava a Zeyerova ulice. Ze zadávací dokumentace však vyplývají jen informace mající vypovídací hodnotu pro zájemce o veřejnou zakázku a nelze z ní dovozovat jakékoliv informace o stavu na daném trhu a hospodářské soutěži. Ve správním spise se tedy nenacházejí relevantní informace, na základě kterých by bylo možné správní řízení zahájit. Úřad tedy pochybil, pokud informace obsažené v trestním oznámení předem neverifikoval a postupoval diskriminačně, protože v rozporu s obsahem trestního oznámení zahájil správní řízení pouze proti společnosti EUROVIA a STRABAG. Následně Úřad předmět řízení vymezil velmi obecně a neurčitě, přitom nebylo dostatečně zřejmé, ve vztahu k jakému konkrétnímu jednání Úřad správní řízení zahájil.
34. Účastník řízení dále namítl nezákonnost všech místních šetření, která Úřad ve věci provedl u jednotlivých účastníků řízení, a to z důvodu neurčitosti vymezeného předmětu řízení. V průběhu šetření na místě u všech účastníků řízení byl předmět řízení vymezen stále stejně neurčitě a široce, přičemž v průběhu těchto šetření Úřad získával a zadržoval řadu dokumentů zcela se vymykajících předmětu správního řízení, zejména z hlediska časového. U některých subjektů uvedených v trestním oznámení ani místní šetření neprovedl. Podle názoru účastníka řízení se tak spíše jednalo o tzv., fishing expedition, Úřad totiž ani při

dalších místních šetřeních neměl rámcovou představu o určitém jednání, ve vztahu k němuž by vyhledával dokumenty. Nezákonost vymezení předmětu správního řízení nemůže zhojit ani slovo „zejména“ v oznámení o zahájení správního řízení, tento obrat pouze potvrzuje, že Úřad při zahájení správního řízení neměl ani rámcovou představu o jednání, vůči němuž hodlá vyhledávat dokumenty. Účastník v této souvislosti předestřel přehled zajištěných dokumentů v rámci místního šetření ve společnosti EUROVIA, přičemž z tohoto přehledu plyne, že se k vymezenému předmětu řízení nevztahují.

35. Účastník řízení dále rozvedl teorii o nezákonně získaných důkazech, tzv. důkazní teorii o ovoci z otráveného stromu, a konstatoval, že důkazy získané z nezákonného místního šetření nemohou být ve správním řízení použity jako důkaz. Podmínka přiměřenosti zásahu do domovní svobody a provedení šetření na místě reflektuje nejen povinnost Úřadu zasáhnout od osobních a majetkových práv subjektů pouze v případě, kdy je to nezbytné, ale také povinnost provést šetření pouze v případě, kdy je takový zásah odůvodnitelný a ospravedlnitelný právem Úřadu zajistit informace o protisoutěžním jednání soutěžitelů. Jediným cílem šetření je nalézt a zajistit dokumenty, které jsou relevantní pro předmět šetření. Přesná identifikace předmětu správního řízení a s tím souvisejících okruhů dokumentů, které Úřad hodlá v rámci místního šetření zajistit, je potřebná k zajištění ochrany práv soutěžitelů (odkázal zde na rozsudek Evropského soud pro lidská práva ve věci Delta pekárny a Gutsanovi v. Bulharsko). Dále účastník řízení odkázal na rozsudky Evropského soudního dvora ve věcech Dow Chemical Ibérica v. Comm., Nexans v. Comm, T135/09, France telecom v Comm T-339/04, DATALAN v. Protimonopolný Úřad Slovenskej republiky 5Sžnz/2/2015, Deutsche Bahn v. Comm.
36. Ve věci DATALAN v. Protimonopolný Úřad Slovenskej republiky sp. zn. 5Sžnz/2/2015 účastník řízení zdůraznil, že zde Nejvyšší správní soud Slovenské republiky považoval za nezákonný zásah zadržování dokumentů získaných při nezákonně provedených místních šetřeních. Společnost EUROVIA dále připomenula, že ve věci podala mimo správní žaloby na nezákonný zásah také civilní žalobu a námitku podjatosti.
37. Účastník řízení dále namítl, že předmět řízení je tak obecný, že u společností EUROVIA i STRABAG v podstatě zahrnuje veškeré jejich činnosti, neboť společnosti působí v oblasti stavebnictví, 90% činnosti EUROVIA je v oblasti stavebnictví, v posledních letech jsou veřejné zakázky pro veřejné zadavatele v oblasti inženýrského stavitelství většinou veřejných zakázek, jde o českou společnost působící na trhu ČR. Ani následné upřesnění předmětu správního řízení není podle účastníka řízení dostatečné, protože podle Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 58/2009-541, nesmí při upřesnění předmětu řízení dojít k rozšíření předmětu řízení nebo jeho zásadní změně. Úřad upřesnil předmět řízení na čtyři veřejné zakázky, z nichž ani jedna nebyla vyhlášena v letech 2011 a 2012, ani nedošlo v těchto letech k podání nabídek či k účasti ve výběrových řízeních, k takto upřesněnému předmětu řízení navíc došlo až dva roky poté, co Úřad správní řízení zahájil. V této souvislosti účastník řízení poukázal na zcela odlišný postup Úřadu ve správních řízeních sp. zn. S123/2012/KD, S230/2012KD a S230/2012/KD, kde bylo správní řízení zahájeno z podnětu zadavatele, a předmět řízení byl vymezen jako *možné porušení § 3 odst. 1 ZOHS, jež Úřad spatřuje v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi účastníky řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních, a to zejména ve výběrovém řízení týkající se zakázky XY*. Poté, co Úřad provedl ve věci místní šetření, pojal na základě těchto místních šetření podezření, že mezi

společnostmi mohlo dojít k nezákonnému jednání, proto došlo při místním šetření k zajištění důkazů, následnému zahájení dalšího správního řízení a převzetí těchto zajištěných důkazů do nového správního řízení. K zahájení tohoto druhého správního řízení přitom došlo v tentýž den, kdy proběhlo místní šetření. Následné upřesnění předmětu řízení ve věci S834/2014/KD jde mimo jakoukoliv materiální a časovou specifikaci původního předmětu správního řízení sp. zn. S 426/2012/KD, veškeré úkony Úřadu jsou proto nezákonné.

38. Další série námitek účastníka řízení směřovala proti řádnému zjištění skutkového stavu ve smyslu § 3 správního řádu. Důkazy, na něž Úřad v napadeném rozhodnutí odkazoval, totiž netvoří logicky ucelený řetězec důkazů, Úřad přesto odmítl všechny návrhy účastníků řízení na doplnění dokazování. Úřad sice presumoval dohodu o účasti v rámci výběrového řízení R4, presumoval ji však jen u některých soutěžitelů, u těch, které nabídku nepodali, protisoutěžní jednání nedovodil. Úřad přitom ani nezkoumal, zda subjekty, které si nevyzvedly zadávací dokumentaci, byly schopny nabídku podat, a proč tak neučinily. Nedostatečně zjištěný skutkový stav věci pak Úřad nahrazuje odkazy na skutek veřejná zakázka Stará Pohůrka, tyto závěry však nemohou obstát. Úřad tedy automaticky dovozuje uzavření zakázané dohody, ale žádné skutečnosti svědčící ve prospěch účastníků řízení nezohledňuje, přestože účastníci vysvětlili, že o kartel nešlo. Úřad tedy neprokázal ani to, že by mezi účastníky řízení došlo k vzájemnému koluznímu jednání, ani k realizaci sladěného záměru, natož aby prokázal kauzální nexus.
39. Účastník řízení dále zdůraznil, že rozpory v interpretaci ručně psaných poznámek v dokumentu SW A6, který je z hlediska závěrů Úřadu pro konstatování protisoutěžního jednání klíčový, měl objasnit znalecký posudek, což navrhoval, Úřad jeho návrhy odmítl. Úřad však nemůže rezignovat na řádné dokazování pouze s poukazem na to, že dokazování v bid riggingu je obecně složité a že je proto nutné podklady dotvářet dedukcí. Pokud jde o vysvětlení kontaktů v diáři pracovníka společnosti BERGER BOHEMIA, kdy Úřad uvedl, že na jiné schůzce nelze vyloučit příp. jednání o jiných zakázkách, tento postup Úřadu dokresluje, že Úřad údajně kartelové jednání neprokazuje, ale presumuje.
40. Následně účastník řízení brojil proti způsobu, jakým Úřad vymezil relevantní trh, nesouhlasil s tím, že relevantní trh byl vymezen velmi široce. Vymezení relevantního trhu přitom hraje klíčovou roli při identifikaci obratu, z něž Úřad vychází při stanovení výše pokut. Ačkoliv tato otázka byla předmětem četných námitek, Úřad se s návrhy na doplnění dokazování opět nijak nevypořádal. Zde účastník řízení odkazoval na věc sp. zn. S22/2010/KS, kde rozdělení trhu stavebnictví na pozemní stavitelství a inženýrské stavitelství bylo Úřadem označeno za obecné, také v řízení před Protimonopolním úřadem Slovenskej republiky ve věci 2006/KH/R/2/116, kde Úřad odmítl argumentaci o možném širším vymezení relevantního trhu (obdobně učinila i Španělská komise pro ochranu hospodářské soutěže ve věci S/0226/10).
41. Účastník řízení nesouhlasil rovněž se způsobem uložení pokuty. Úřad především nezohlednil polehčující okolnosti, ačkoliv byly účastníky řízení namítány. Dále účastník nesouhlasil s tím, že Úřad stanovil jako základní částku pokuty 3% z obratu na dotčeném relevantním trhu, který byl však vymezen velmi široce. Základní částka pokuty by se však měla odvíjet od konkrétní zakázky, tedy od obratu v souvislosti s realizací veřejné zakázky R4, jen tak by totiž pokuta mohla plnit funkci individualizovaného trestu. Úřad při ukládání pokut navíc vůbec nezohlednil skutečnost, že protisoutěžní jednání mělo trvat pouhý jeden den, Úřad totiž

uložil pokutu, jakoby toto jednání mělo trvat 365 dní. Tento postup považoval účastník řízení za nepřezkoumatelný a odkázal na rozhodovací praxi evropských soudů. Excesivní výše pokuty je pak podle účastníka řízení zjevná již z toho, že společnost EUROVIA se na předmětné veřejné zakázce podílela jako subdodavatel s objemem prací [...*obchodní tajemství*...] Kč, ale Úřad jí uložil pokutu přes 600 mil. Kč.

42. Úřad dále při stanovení pokuty vycházel z obratu skupiny EUROVIA CS na relevantním trhu, ačkoliv měl zohlednit pouze obrat konkrétního účastníka řízení. V rámci skupiny EUROVIA CS pak Úřad nezohlednil interní dokument Kodex zaměstnanců Skupiny EUROVIA CS, který má být jakousi prevencí proti nezákonnému jednání. Účastník řízení k tomu doplnil, že věnuje problematice zákazu porušování pravidel hospodářské soutěže dostatečnou pozornost a vynaložila veškeré úsilí, aby jí vytýkané jednání bylo zohledněno jako okolnost vylučující její odpovědnost. Úřad tak podle účastníka nesleduje účel a důvod správního řízení, ale toliko účel fiskální.
43. Účastník řízení dále uplatnil výhradu, že Úřad neinicioval proceduru narovnání, a to v rozporu se svou dosavadní praxí, čímž porušil legitimní očekávání. Ve sdělení k proceduře narovnání se uvádí, že jedině Úřad může tuto proceduru formálně iniciovat (po předběžném poptání) případně i ukončit. Neiniciování této procedury tak podle účastníka řízení představuje zjevnou svévoli. V případě nesouhlasu některých účastníků řízení s procedurou narovnání, mohl Úřad postupovat obdobně jako v řízení sp. zn. S835/2014/KD a vyloučit ze společného řízení ty skutky, ve vztahu k nimž by případně účastníci řízení sp. zn. S426/2012/KD, resp. S834/2014/KD, byli ochotni narovnání využít. Při aplikaci procedury narovnání s ohledem na předchozí správní praxi Úřadu není podle účastníka řízení přípustné správní uvážení.
44. V další části svého rozkladu účastník řízení brojil proti nepřiměřeně krátkým lhůtám pro vyjádření k podkladům rozhodnutí. Úřadem stanovená lhůta v délce 21 dnů, prodloužená na 28 dnů, je podle něho zjevně nepřiměřená stavu řízení, počtu účastníků řízení a rozsahu spisového materiálu. Účastník řízení dále poukázal na odlišný způsob při vyřizování žádostí o přerušování správního řízení. Zatímco v případě společnosti EUROVIA, která podala žádost o přerušování správního řízení v souvislosti s podáním žaloby na nezákonný zásah, se Úřad dotázal ostatních účastníků řízení, zda s přerušováním řízení souhlasí, v případě žádosti společnosti K-BUILDING Úřad žádosti nevyhověl pro nenaplnění veřejného zájmu, aniž by zjišťoval názor ostatních účastníků řízení.
45. Úřad dále v rozporu se zásadou legality dovozuje porušení ZOHS ve vztahu k veřejné zakázce Stará Pohůrka, ačkoliv případná odpovědnost za správní delikt zanikla. Ačkoliv tedy lhůta pro uložení sankce a s ní možnost konstatovat odpovědnost za správní delikt uplynula, uvádí Úřad v napadeném rozhodnutí zcela nad rámec zjištěné skutečnosti, ale navíc z těchto skutečností vyvozuje vlastní domněnky a nesprávné závěry.

Petit

46. S ohledem na uvedené účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že správní řízení zastaví, alternativně navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil orgánu prvního stupně k novému projednání.

Rozklad společnosti SWIETELSKY stavební s.r.o.

47. Tento účastník řízení podal rozklad proti výrokům I., IV., IX, XV. napadeného rozhodnutí. Svě námitky shrnul následovně: Úřad v době zahájení správního řízení ve věci neměl důvodné podezření ze spáchání správního deliktu nezbytné pro zahájení správního řízení. Úřad disponoval pouze obecným podezřením vyplývajícím z anonymního trestního oznámení týkajícího se tří konkrétních zakázek na opravu ulic v městě Písek, z čehož Úřad údajně dovodil, že hospodářská soutěž v oblasti veřejných zakázek na stavební práce se zaměřením na inženýrské stavitelství zadaných městem Písek není dostatečně funkční. Za takovýchto okolností neměl Úřad zahajovat správní řízení dle § 21 odst. 1 ZOHS, ale měl postupovat dle jiných ustanovení tohoto zákona, věc dále předběžně šetřit nebo zahájit sektorové šetření. Vyjádření Úřadu týkající se důvodů zahájení správního řízení obsažená v napadeném rozhodnutí jsou navíc velmi rozporná a nesrozumitelná.
48. V podrobnostech se jeho námitky velkou měrou shodují s rozkladem společnosti EUROVIA. Nad rámec účastník řízení doplnil, že napadené rozhodnutí je navíc nesrozumitelné a nepřezkoumatelné, protože Úřad v odst. 316 rozhodnutí způsobem neuvádí, jakým způsobem a proč z tvrzeného „vlastního posouzení Úřadu“ vyplývalo splnění podmínek pro zahájení řízení. Takovýto postup, kdy Úřad řádně (resp. v podstatě nijak) nezdůvodní, jak z informací, které měl k dispozici, vyplynul závěr o existenci dostatečné indicie nasvědčující porušení zákona, jež má nezbytnou míru věrohodnosti. Za porušení práv společnosti Swietelsky je pak třeba považovat i to, že Úřad ani při provádění místního šetření u společnosti Swietelsky (v oznámení o účastenství ve správním řízení ze dne 18. 02. 2013 ani v protokolu o průběhu šetření na místě ze dne 19. 02. 2013) nezdůvodnil, proč bylo k zahájení řízení (a tedy i k provádění místního šetření) vůbec přistoupeno a z čeho vyplývá konkrétní podezření z porušení zákona, které je v rámci správního řízení šetřeno. I z těchto důvodů je pak třeba považovat dokumenty zajištěné při místních šetřeních, tj. zejména včetně místního šetření u společnosti Swietelsky, za nezákonné a procesně nepoužitelné.
49. Jestliže měl Úřad indicie o nefunkčnosti hospodářské soutěže na daném trhu, měl nejdříve provést sektorové šetření či předběžné šetření, jehož účelem je kontrola dodržování povinností soutěžitelů. V této souvislosti odkázal na řadu judikátů Nejvyššího správního soudu věnujícím se sektorovému a předběžnému šetření.
50. Nejpozději v říjnu roku 2012 se navíc ukázalo, že průběh zadávacích řízení ani jejich výsledek ohledně výše uváděných zakázek ul. Otakara Jeremiáše, ZTV sv. Václava a Zeyerovy ul. neodpovídal průběhu popsanému v anonymním trestním oznámení a že ohledně těchto zakázek není dáno podezření ani z jakéhokoliv jiného protiprávního jednání. Úřad přitom přes to, že se obsah informací v anonymním trestním oznámení nepotvrdil a že nebylo ohledně uváděných veřejných zakázek zjištěno ani jiné porušení zákona, řízení nezastavil a naopak pokračoval ve správním řízení a postupně prováděl další místní šetření za účelem získání jiných potenciálně usvědčujících materiálů.
51. Účastník řízení dále namítl, že celé řízení je v rozporu s § 46 správního řádu. Za využití výrazu „zejména“ vymezil Úřad předmět řízení natolik široce, že v konečném důsledku mohl tvrdit, že vede řízení ve vztahu k jakýmkoli veřejným zakázkám vyhlašovaným v jakémkoliv roce jakýmkoliv zadavatelem v jakémkoliv oblasti světa. Tím Úřad nedal společnosti Swietelsky možnost se ve správním řízení účinně bránit a následným upřesněním předmětu došlo v rozporu s ustálenou judikaturou k významné změně předmětu správního řízení. Přitom

jediným pojítkem mezi původním a upřesněným předmětem správního řízení je fakt, že veřejné zakázky byly uskutečněny v oblasti inženýrského stavebnictví.

52. Odkázal zde na komentářovou literaturu, kde je uvedeno, že „[p]okud se tedy vymezuje předmět řízení, je zde třeba uvést, co tvoří skutkový stav, který má být v řízení podroben bližšímu zkoumání a právně kvalifikován (např. konkrétní jednání nebo opomenutí účastníka řízení), a dále uvedení, o jakých právech nebo povinnostech má být v řízení rozhodováno,“ ... „[p]ředmět řízení by však neměl být vymezen ani příliš obecně, neboť v takovém případě by oznámení o zahájení řízení do značné míry postrádalo smysl a účastník řízení by nevěděl, o čem bude v zahajovaném řízení jednáno.“ V tomto duchu rozhodl i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 3. 2010, č.j. 1 Afs 58/2009, když uvedl, že „[p]ředmět řízení musí být v oznámení o zahájení řízení identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit. ... Zejména tak musí být patrné, kteří soutěžitelé se měli zakázaného jednání dopustit, [...] vůči komu se tohoto jednání měli dopustit [...] a také kdy k danému jednání mělo dojít.“ Obdobně pak v dalším rozhodnutí sp. zn. 5 A 73/2002 Nejvyšší správní soud uvádí, že „vymezení skutku, pro který je správní řízení zahájeno, musí být konkrétní. Stejně tak musí být zřejmé, co bude jeho předmětem a o čem bude v řízení rozhodováno.“ V předmětné věci se však zásadním způsobem odlišuje vymezení předmětu při zahájení správního řízení a následně upřesnění předmětu, ani jedna veřejná zakázka v upřesněném předmětu řízení nespadá do období let 2011 a 2012.
53. Další výhrady k tomuto tématu jsou shodné jako rozklad společnosti EUROVIA. Účastník řízení zde rovněž poukázal na postup Úřadu, který měl charakter tzv. fishing expedition, což není přípustné. Úřad se navíc v napadeném rozhodnutí dostatečně nevyřadil se všemi námitkami účastníků řízení.
54. Účastník dále tvrdil, že Úřad založil svá skutková zjištění na důkazech, které jsou procesně zcela nepoužitelné, neboť je Úřad získal při šetřeních na místě provedených v rozporu s Evropskou úmluvou. Společnosti Swietelsky byla při šetření na místě odebrána možnost bránit se proti postupu Úřadu, neboť neexistovala účinná bezprostřední soudní obrana, neboť rozhodovací praxe českých soudů tento druh obrany nepřipouštěla a společnost Swietelsky tudíž ani nebyla ze strany Úřadu poučena o možnosti bránit se cestou žaloby dle § 82 s.ř.s.. Postupem Úřadu tak došlo k porušení článku 8 Evropské Úmluvy a důkazy zabavené při místních šetření jsou pro účely nadepsaného správního řízení nepoužitelné.
55. Účastník řízení v této souvislosti odkázal na závěry Evropského soudu pro lidská práva ve věci Delta Pekárny a zdůraznil, že v době, kdy byla prováděna místní šetření Úřadem, ještě Nejvyšší správní soud zastával ve své rozhodovací praxi závěr, že ve vztahu k šetření na místě není možné žalobu dle § 82 s.ř.s. použít. Jinými slovy účastník správního řízení se nemůže v průběhu řízení bránit proti provedenému místnímu šetření, ale naopak musí vyčkat, dokud správní úřad nevydá rozhodnutí ve věci samé, což zcela zjevně odporuje požadavkům vyplývajícím z rozsudku Delta Pekárny. Úřad si tak podle účastníka řízení protičeří, protože v napadeném rozhodnutí opakuje, že přezkum nezákonného zásahu českými správními soudy možný byl, přitom však na webu Úřadu se uvádí, že vzhledem k rozsudku ve věci Delta pekárny je třeba změnit výklad § 82 s.ř.s., tak, že soudní přezkum je možný. O možnosti bránit se proti provedenému místnímu šetření navíc nebyla společnost Swietelsky Úřadem nijak poučena. Tato informace nebyla společnosti Swietelsky sdělena ani ústně ani nebyla

vedena v Protokolu o průběhu místního šetření. Úřad a správní soudy se tak podle účastníka nemohou shodnou, což vede k důsledku, že absentují možnosti jakkoli se bránit. Tento závěr údajně podporuje i rozhodnutí Krajského soudu v Brně, který odmítl žalobu společnosti EUROVIA podle § 82 s.ř.s. jako opožděně podanou.

56. Účastník řízení dále odkázal na praxi Evropské Komise při místních šetření. Shodně jako společnost STRABAG uvedl, že Komise nemá pravomoc zajišťovat dokumenty nesouvisející s vymezeným předmětem řízení, kdy jedinou výjimku z tohoto pravidla představují dokumenty náhodně nalezené, které mohou naznačovat existenci jiného než zkoumaného protiprávního jednání. Pokud však jsou pracovníci Komise již před vykonáním samotného šetření informováni o možné existenci materiálů a dokumentů poukazujících na jiné, než oficiálně zkoumané protisoutěžní skutečnosti, nelze takto zajištěné dokumenty považovat za náhodně nalezené a jejich případné zajištění je nutné posoudit jako protiprávní vybočení ze zákonných mezí daného místního šetření. Tyto závěry jsou přitom založeny na ochraně základních práv účastníků řízení, a jsou tedy plně přenositelné i na postup Úřadu dle ZOHS.
57. Postup Úřadu při místních šetřeních u jednotlivých účastníků řízení společnost Swietelsky demonstrovala přehledem dokumentů, které byly při konkrétních místních šetřeních zabaveny. Ve většině případů se přitom nemohlo jednat o náhodně nalezené dokumenty, když dokumenty zajištěné a skutečnosti zjištěné v rámci místních šetření u jednotlivých účastníků řízení byly inspirací pro navazující místní šetření u dalších účastníků řízení. Toto se posléze ve finále projevilo „upřesněním“ předmětu správního řízení, k němuž však došlo teprve po provedení všech místních šetření.
58. Z povahy zajištěných dokumentů plyne, že úředníci Úřadu byli patrně před každým jednotlivým šetřením dostatečně jasně instruováni, kterým směrem se mají jejich vyšetřovací úkony ubírat (minimálně v rozsahu uvedených dvou zakázek), a dokumenty zajištěné během těchto šetření (nesouvisející s vymezeným předmětem řízení, resp. s původním údajným podezřením, jež mělo vyplývat z Trestního oznámení) nelze považovat za dokumenty náhodně zajištěné. Postup Úřadu v průběhu celého řízení tak zjevně nespĺňuje nároky, které by v obdobné situaci musela splňovat Komise. Účastník řízení na základě právě uvedeného dospěl k závěru, že důkazy získané v těchto místních šetřeních nejsou zákonně získané a jsou nepoužitelné (odkázal na usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 2425/09 ze dne 8. 2. 2010).
59. Další část rozkladu je věnována dokazování k veřejné zakázce R4. Závěry Úřadu o tom, že se společnost Swietelsky měla podílet na zakázaných dohodách při účasti na veřejné zakázce R4 jsou z právního i faktického hlediska mylné a Úřad nespĺnil standard dokazování požadovaný ve správním deliktním řízení. Úřad navíc neprovedl žádný z účastníky navrhovaných důkazů a tento svůj postup ani řádně neodůvodnil.
60. Důkazy sice mohou naznačovat, že mezi některými účastníky řízení probíhala komunikace v souvislosti s veřejnými zakázkami, nicméně taková komunikace je však zcela běžná a není na ní nic zakázaného. Zjišťování informací o ostatních uchazečích je zcela logický krok, který vyplývá ze snahy uchazečů přibližně odhadnout své šance na úspěch v daném zadávacím řízení a zajistit si partnery pro případné podání společných nabídek nebo subdodavatele. Stejně tak ani vytváření konsorcií a zájmových skupin dodavatelů v rámci zadávacího řízení nelze bez dalšího považovat za protisoutěžní. Účast na zakázce ve sdružení nebo se subdodavatelem bude totiž často nejvhodnější, ne-li jediný možný způsob, jak se zakázky

účastnit, a to např. z důvodů kapacitních, technických či z důvodů zajištění referencí. Obdobně v řadě případů budou uchazeči schopni podat dostatečně konkurenční nabídku a získat zakázku pouze ve sdružení, ve kterém díky sdílení kapacit, technologií a zaměstnanců dokáží nabídnout atraktivní cenové a další smluvní podmínky (např. dodržení požadované kvality, záruky za dílo, časového harmonogramu).

61. Společnost Swietelsky trvala na tom, že v případě veřejné zakázky R4 byla nabídka sdružení, jehož byla členem, transparentní, splňovala všechny podmínky zadávací dokumentace a požadavky vyplývající ze zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZVZ“). Společnost Swietelsky odmítá, že by se v souvislosti s veřejnou zakázkou R4 dopustila jakékoli zakázané koordinace s dalšími uchazeči.
62. Účast v řízeních na stavební zakázky je komplexní proces. Často se stává, že je najednou vypsané několik řízení a dodavatel čelí při rozhodování o účasti velké nejistotě, neboť se logicky chce ucházet o co největší množství zakázek, ale zároveň nemá jistotu ohledně toho, zda bude schopen zakázky plnit, pokud uspěje ve více řízeních. Soutěžitel podává nabídky tak, aby optimalizoval svoji výrobní kapacitu, zajistil specializace a reference požadované zadavatelem a zajistil plnění stanovených termínů a harmonogramů prací, které se mohou u najednou vyhlášených zakázek překrývat. Při takovém nastavení podmínek se nelze divit, že uchazeči legálními cestami zjišťují, kdo se o zakázku uchází, a kdo by měl zájem spolupracovat s nimi v zadávacím řízení. Spoluprací má přitom společnost Swietelsky na mysli transparentně nastavené sdružení a/nebo spolupráci se subdodavatelem, za splnění veškerých zákonných podmínek plynoucích z regulace veřejných zakázek. Soutěžitelé se pak taktéž snaží odhadovat, jakým způsobem budou v rámci konkrétních veřejných zakázek postupovat konkurenční soutěžitelé.
63. Úřad pak ve svém rozhodnutí nijak nevysvětlil, proč má být ohledně toho, co je obsahem ručně psaných poznámek, správná interpretace Úřadu a nikoliv interpretace účastníka řízení. Účastník řízení navrhoval doplnění dokazování znaleckým posudkem z oboru písmoznaectví a grafologie, přičemž Úřad tento návrh odmítl. Podle účastníka řízení není důvod, proč by se nemohl znalec z oboru písmoznaectví vyjádřit k obsahu obtížně čitelného textu (a není ani zřejmé, z čeho Úřad takový závěr vyvozuje). V tomto směru odkázal např. na dokument Standard pro vymezení znalecké práce v oborech písmoznaectví a kriminalistika se zaměřením na zkoumání ručního písma vypracovaný Společností pro písmoznaectví, o.s., podle něhož je cílem zkoumání předloženého materiálu mj. i určení obtížně čitelného textu.
64. Účastník řízení dále namítl, že Úřad odmítl i další návrhy na doplnění dokazování, a to především návrhy na výslechy svědků, tehdejších jednatelů společnosti F.Kirchhoff, a tuto skutečnost v rozhodnutí vůbec neodůvodnil.
65. Účastník řízení tuto část rozkladu uzavřel konstatováním, že jeho nabídková cena do výběrového řízení byla naprosto standardní, že Úřad se opomenul zabývat způsobem tvorby ceny a že v případě sdružení nejprve každý z účastníků kalkuluje svou cenu samostatně a nadstavbu kalkulují dohromady. Pokud nějaký rozpočet zajištěný Úřadem v rámci místního šetření zněl na určitou částku, nelze pak automaticky usuzovat, že se jednalo o odbytový rozpočet schopný podání do soutěže a že tedy společnost či sdružení chtělo nabídku do soutěže s částkou uváděnou v takovém rozpočtu skutečně podávat.

66. Následná stať rozkladu se věnuje nesprávně vymezenému relevantnímu trhu. Úřad trh vymezil jako trh inženýrského stavitelství v ČR, předmětem všech posuzovaných zakázek bylo podle Úřadu rekonstrukce či výstavba pozemních komunikací včetně souvisejících prací, jako jsou úprava chodníků, parkovacích ploch, rekonstrukce inženýrských sítí, osvětlení a vegetační úpravy včetně výsadby zeleně. Předmětem veřejné zakázky R4 však nebyla úprava chodníků, parkovacích ploch, rekonstrukce inženýrských sítí ani osvětlení. Pokud Úřad posoudil jednání účastníků řízení jako samostatné delikty (a nikoliv tedy jako delikt pokračující), pak každému z účastníků řízení musí stanovit na základě absorpční zásady pokutu za delikt nejpřísněji trestný (a další delikty zohlednil jako přitěžující okolnosti) a musí se tedy zabývat vymezením relevantního trhu pro zvolený nejpřísněji trestný delikt a není možné, aby Úřad vymezoval relevantní trh po věcné stránce jako souhrn relevantních trhů ze všech tří projednávaných zakázek. Navíc společnosti Swietelsky se týká jen veřejná zakázka R4 a není tak možné do vymezení relevantního trhu přiřazovat činnosti spočívající v úpravě chodníků, parkovacích ploch, rekonstrukcí inženýrských sítí a osvětlení, které se možná týkaly zakázek ostatních (kde se jedná o rekonstrukce ulic v městské zástavbě), ale v žádném případě se netýkaly výstavby rychlostní komunikace.
67. Vymezení relevantního věcného trhu je otázkou faktickou a nikoliv právní. Úřad se tedy neměl omezit na prosté tvrzení toho, že relevantním trhem je po věcné stránce celé inženýrské stavitelství, ale v souladu s běžnou praxí měl provést patřičné úkony nutné k přesnému vymezení relevantního věcného trhu. Úřad však nic takového neučinil a z jeho rozhodnutí není nijak zřejmé, na základě jakých důkazů Úřad závěr o věcném vymezení relevantního trhu, jako o otázce skutkové, učinil.
68. Postup Úřadu proto měl být při vymezení věcného relevantního trhu následující: určení výchozího (úzkého) okruhu produktů, posouzení poptávkové substituce pomocí SSNIP testu a posouzení nabídkové substituce pomocí SSNIP testu. Trh inženýrského stavitelství, vymezený v této věci Úřadem jako relevantní trh, je s ohledem na předmět veřejné zakázky R4 nepřiměřeně široký, neboť zahrnuje širokou škálu staveb, které nejsou vzájemně zastupitelné, a to ani na poptávkové ani nabídkové straně. V relevantním trhu inženýrských staveb vymezeném Úřadem pro účely nadepsaného řízení jsou nutně zahrnuty činnosti, které s předmětem veřejné zakázky R4 nikterak nesouvisí a nemohou být předmětem stejného relevantního trhu.
69. V případě společnosti Swietelsky tak do základní částky pro stanovení výše pokuty Úřad zahrnul mimo jiné také obraty dosažené v rámci výstavby těchto objektů: skládky komunálního odpadu, atletické ovály, požární nádrže, čistírny odpadních vod, čerpací stanice, železniční stavby, sportovní hřiště, golfové hřiště, atletický areál, fotbalové hřiště, tělocvična či tenisová hala, a to pouze proto, že se nedostatečně zabýval vymezením relevantního trhu. Skutečnost, že stavby v předcházející větě uváděné s předmětem veřejné zakázky R4 nikterak nesouvisí a nemohou být tak předmětem stejného relevantního trhu, je přitom zcela evidentní. Účastník řízení dále poskytl velmi podrobné zdůvodnění toho, proč není možné vymezit relevantní trh tak široce, jak to učinil Úřad. Úřadu opětovně vytkl, že nedoplnil dokazování ani v tomto případě, ačkoliv účastník řízení navrhoval učinit dotazy na účastníky řízení ve věci sp. zn. S834/2014/KD týkající se možnosti přesunu kapacit z jiných oblastí inženýrského stavitelství do oblasti výstavby pozemních komunikací, apod.

70. Přesun kapacit z jiných oblastí inženýrského stavitelství (odlišných od výstavby pozemních komunikací) do oblasti výstavby pozemních komunikací je podle účastníka řízení z praktického hlediska zcela neefektivní a nerealizovatelný. Podobný názor má i Evropská komise, která opakovaně připustila, že trh inženýrského stavitelství je možné dále členit na užší a více homogenní segmenty. Jako příklad uvedl rozhodnutí ve věci č. COMP/M.5158 – Strabag/Kirchhoff ze dne 15. července 2008, ve kterém Evropská komise oddělila samostatný trh dopravních staveb od trhu dalších staveb civilního inženýrství.
71. Za nesprávně vymezený považoval účastník řízení také geografický relevantní trh, přičemž není zřejmé, z čeho Úřad dovozuje, že všichni účastníci řízení „působí a také se účastní výběrových řízení v oblasti inženýrského stavitelství na celém území České republiky“, ohledně společnosti M-Silnice z napadeného rozhodnutí nic takového nevyplývá. Ohledně společnosti Lesostavby, byť tato není účastníkem řízení týkající se veřejné zakázky R4, dokonce sám Úřad v odst. 40 napadeného rozhodnutí uvádí, že tato působí zejména v Jihočeském kraji, v ostatních regionech pouze výjimečně (Středočeský, Ústecký kraj a kraj Vysočina). Pokud pak Úřad uvádí, že „*Úřadem nebylo zjištěno, že by v podmínkách poskytování těchto služeb (ve vztahu nabídky a poptávky) existovaly na některé části území České republiky zásadní odlišnosti*“ a že „*dodávky tohoto zboží probíhají na celém tomto území za homogenních podmínek*“, pak Úřad již nijak nesděluje, z jakých konkrétních podkladů a důkazů jím byl takový skutkový závěr učiněn a jakými konkrétními úvahami tak byl při hodnocení konkrétních podkladů a důkazů Úřad veden, rozhodnutí chybí řádné odůvodnění a je proto nepřezkoumatelné.
72. Účastník řízení také odkazoval na existenci bariér vstupu na trh v oblasti výstavby rychlostních komunikací, s čímž se Úřad opět nijak nevypořádal a v napadeném rozhodnutí se k existenci bariér nijak nevyjadřuje. Tvrzení Úřadu o tom, že „*[v]zhledem k běžnosti subdodávek v této oblasti podnikání jsou účastníci řízení schopni nabízet své služby na celém území*“, je jen teoretické a zcela zjednodušující. Je nesmyslné a nepředstavitelné, aby mohl soutěžitel v rámci České republiky v určité geografické oblasti trvale působit čistě a pouze pomocí subdodávek. Jde pouze o teoretickou představu Úřadu, kterou Úřad nijak nedokládá a která je v rozporu s reálným stavem. Bez dispozice dostatečnými vlastními kapacitami v dané konkrétní oblasti není soutěžitel schopen trvale v dané oblasti úspěšně působit a nabízet konkurenceschopné ceny. Relevantní nejsou ani odkazy Úřadu na svou předchozí praxi, protože na žádná konkrétní rozhodnutí neodkázal.
73. Poslední část rozkladu věnoval účastník řízení nesprávně stanovené výši pokut. Důrazně nesouhlasil s tvrzením Úřadu, že relevantní trh nebylo třeba vymezovat, protože pokuta by musela být stejně zvyšována, aby byla dostatečně citelná. Potřeba případného zvýšení či snížení pokuty musí být řádným způsobem (na základě konkrétních skutečností) zjištěna a odůvodněna. Ani při správně vymezeném relevantním trhu by nebyl důvod pro zvyšování sankcí, a to ani dle *Zásad postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění* (dále též „**Zásady**“) vydaných Úřadem. V odst. 36 *Zásad* Úřad uvádí, že „*[u]kládaná pokuta je schopná plnit své základní funkce, tj. funkci represivní a preventivní, pouze tehdy, jestliže je natolik významná, že se porušiteli soutěžních pravidel jeho jednání nevyplatí. Pokud soutěžitel měl ze svého protisoutěžního jednání prospěch, popř. způsobil-li svým jednáním škodu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, měla by pokuta, má-li plnit*

všechny výše uvedené funkce, být vyšší než získaný prospěch nebo způsobená škoda. Kde je možné zisk neoprávněně dosažený v důsledku protisoutěžního jednání nebo škodu jím způsobenou vypočítat nebo dostatečně kvalifikovaně odhadnout, zvýší Úřad pokutu tak, aby přesahovala výši zisků či způsobené škody“. V odst. 36 Zásad pak Úřad uvádí, že „[n]evejde-li aplikace předchozích zásad k uložení pokuty, která je schopna plnit ve vztahu ke konkrétnímu soutěžiteli potřebnou odstrašující funkci, zvýší Úřad pokutu ukládanou soutěžitelům, kteří dosahují obzvláště vysokého obrátu z jiných činností, než z prodeje zboží nebo služeb, jichž se protisoutěžní jednání týká“. Nic konkrétního pak Úřad ohledně údajné škody způsobené jiným soutěžitelům či spotřebitelům v souvislosti s veřejnou zakázkou R4, ani ohledně údajně získaného prospěchu z protiprávního jednání, neuvádí. Pouze v odst. 149. rozhodnutí uvádí, že se jen domnívá, že nabídková cena vítězného sdružení R4 v rámci veřejné zakázky R4 byla uměle navýšena.

74. Další výhrady k pokutě se shodovaly s námitkami ostatních účastníků řízení, zejména s účastníkem Lesostavby Třeboň. Účastník řízení závěrem svého podání poukázal na skutečnost, že od spáchání správního deliktu již uplynulo 8 let a že k této skutečnosti měl Úřad přihlídnout. Odkázal v této souvislosti na rozhodovací praxi sekce veřejných zakázek Úřadu, kde je delší doba, která uplynula od spáchání deliktu hodnocena jako polehčující okolnost.

Petit

75. S ohledem na uvedené účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené výroky rozhodnutí zrušil a správní řízení ve věci zastavil.

Rozklad společnosti M-SILNICE a.s.

76. Účastník řízení M-SILNICE a.s. podal rozklad do výroků I., IV., X. a XV. napadeného rozhodnutí. Tvrdil, že obvinění je vykonstruované a fiktivní, jednání, jež je mu kladeno za vinu, se nedopustil, zakázaných dohod se neúčastnil a nebyl nikým kontaktován.
77. K veřejné zakázce R4 účastník řízení uvedl, že veškerá skutková zjištění jsou založena na jediném dokumentu, a to SW A6 zabaveném v prostorách společnosti SWIETELSKY stavební s.r.o. dne 19. 2. 2013. Zmínka o účastníku řízení společnosti M-SILNICE a.s. je toliko na jednom listu, na žádném jiném dokumentu se nenachází nic, co by se společností M-SILNICE souviselo, zejména pokud jde o kontakt s vybraným uchazečem. Úřad při svém rozhodování podle názoru účastníka řízení porušil § 2 odst. 4 správního řádu, jelikož vůči jednotlivým účastníkům postupoval při hodnocení skutkových okolností rozdílně. Rozdílný a účelový přístup v hodnocení Úřadu je zřejmý při porovnání závěrů učiněných v bodech 165 a 179 napadeného rozhodnutí, kde ve veřejných zakázkách Bakaláře Písek a Jeronýmova ulice v Třeboni Úřad vyloučil ostatní účastníky veřejných soutěží z odpovědnosti právě proto, že neměl informaci o jejich kontaktech s vítězi soutěží (vybranými uchazeči). Má-li být naplněn judikatorní předpoklad zmiňovaný v bodě 237 napadeného rozhodnutí, tj. „záměr jednat“ a poté v příčinné souvislosti „realizovat sladěný záměr“, potom nutně je takový postup potřebné dovodit u všech 20ti zájemců, kteří investovali prostředky do vyzvednutí dokumentace a nikoli jen u 6-ti, kteří nabídku odevzdali. Jinak by nešlo a nemohlo jít o vítězství předem domluveného účastníka, neboť dohoda se 6ti účastníky z 20ti zájemců vítězství logicky nemohla zajistit.

78. V dalších námitkách účastník řízení uvedl, že není nadevší pochybnost jisté, co je na předmětném dokumentu SW A6 napsáno, protože tento dokument je na některých místech nečitelný. Z tohoto důvodu navrhl provedení důkazu písmoznaleckým posudkem a tento posudek sám zadal.
79. Případná časová souvislost s vyzvedáváním zadávací dokumentace účastníky veřejné zakázky R4, či s obsahem podání a pořadí na strojově psaném textu (byť jen v pořadí 2 - 8) nesvědčí o ničem, resp. v žádném případě nesvědčí o koordinaci postupu uvedených osmi společností. Organizace předání zadávací dokumentace k veřejné zakázce R4 byla plně v rukou zadavatele, nikoliv potenciálních dodavatelů. Fakt, že nabídku všech 6 uchazečů podalo poslední den, tj. 30. 10. 2007, mezi 8:30 – 9:55 hod. je zcela běžným jevem, jehož účelem je podat nabídku těsně před otevřením obálek a znemožnit tak eventuálnímu zneužití obsahu konkurencí či jakékoli manipulaci. Tato praxe je podle účastníka řízení naprosto běžná.
80. Účastník řízení dále předestřel vlastní verzi skutkového děje, podle které pravděpodobný autor přehledu společnost Swietelsky podal nabídku a chtěl si ověřit, kdo další si dokumentaci vyzvedl. Vytvořil přehled 14 strojem psaných firem v tabulce nejspíše dne 4. 10. 2007, neboť právě těchto 14 společností si k tomuto datu vyzvedlo dokumentaci. Je běžné, že společnosti si mapují, kdo bude jejich „soupeřem“. Tuto tabulku pak buď postupně, nebo jednorázově doplnil o další uchazeče uzavřené posledním zájemcem společností Skanska a.s. Podle účastníka řízení je zjevné, že pořadí v seznamu není důsledkem předchozích dohod, ale daným zjištěním autora, přičemž tato činnost není jakkoli v rozporu se zákonem. Není reálně možné, aby se vítěz soutěže dohodl s 6ti uchazeči na tom, že nabídky podají a za jakou cenu, či podmínek, aniž by se s ostatními 14ti uchazeči nedohodl, že nabídky nepodají. Podle účastníka nelze ani opominout reálnou možnost, že jednotlivé ručně psané poznámky vznikly až po podání a otevření nabídek s cílem získat možné subdodavatele.
81. Dále účastník řízení zpochybnil jakoukoliv existenci dohody, neboť tak rozsáhlá dohoda, která by zahrnovala až 20 zájemců podat nabídku, by bezesporu musela zanechat nějaké stopy v komunikaci mezi jednotlivými účastníky takové dohody. Úřad by v první řadě měl doplnit správní řízení o zbývajících 14 subjektů, mimo to je však v takto tržně exponovaném prostředí (jakým tržním stavebního inženýrství bezesporu je) představa 20ti spolupracujících subjektů naprosto nereálná. Takový postup by nepochybně vyžadoval úzké kontakty, podrobná jednání a konzultace a promyšlené logistické řízení celého výběrového řízení. Skutečnost, že nabídku podalo 6 předmětných společností, je dle účastníka výsledkem objektivní situace na trhu a možností jednotlivých soutěžitelů nabídku splňující požadavky zadavatele podat či nikoli, a ne důsledkem zakázaného jednání účastníků řízení interpretované Úřadem pouze na základě poznámek přehledu.
82. Účastník řízení považoval za protizákonný postup Úřadu, kdy shoda mezi účastníky kartelu byla dovozována s odkazem na veřejnou zakázku Srubec, kde však lhůta pro uložení pokuty již uplynula.
83. Účastník řízení tvrdil, že závěr Úřadu o tom, že „koordinace před lhůtou pro podání nabídek umožnila navýšení nabídkové ceny vítězného sdružení“ (bod 144. rozhodnutí) je nesmyslný a ničím nepodložený. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky R4 činila 1.008.000.000 Kč bez DPH, nabídková cena vybraného uchazeče činila 944.113.227,- Kč bez DPH. Pokud zadavatel

stanovil předpokládanou hodnotu v souladu s § 13 a § 16 ZVZ, jednalo se o cenu obvyklou na trhu. Pokud by z některých dokumentů vyplývalo, že při přípravě nabídkové ceny došlo k jejímu plošnému zvýšení o určité procento, neprokazuje tato skutečnost bez dalšího úmyslné navýšení nabídkové ceny z důvodu koordinace potencionálních dodavatelů.

84. Společnost M-SILNICE navíc nabídku zpracovala podrobně a precizně, což by jistě nečinila při vědomí, že jde jen o krytí vítěze a se znalostí vítězné ceny. Už vůbec by úmyslně takovouto nabídku „na oko“ nemusela postihovat vadou nedoložení bankovní záruky, když již z nabídkové ceny by jí bylo zřejmé, že neuspěje. Krycí charakter vyřazované nabídky podle účastníka řízení může mít smysl pouze v případě, že je výhodnější než nabídka vybraného uchazeče, tedy tak, aby svým vyřazením umožnila postup v pořadí vybrané nabídky. Nabídka, která je vyřazena a je méně výhodná nemá v tomto ohledu jakýkoli význam, a postrádá prvek jakéhokoli tvrzeného krytí, protože nemůže ovlivnit pořadí nabídek a soutěže se de facto vůbec nezúčastní. Proto skutečnost vyloučení tohoto účastníka řízení svědčí o tom, že v kontaktu s jinými uchazeči o zakázku vůbec nebyl a že šlo o chybu v koordinaci přípravy uvnitř společnosti M-SILNICE a.s. (k potvrzení tohoto argumentu účastník řízení doložil tabulku s přehledem nabídkové činnosti v roce 2007, včetně každoroční chybovosti).
85. Následné výhrady se vztahovaly k způsobu stanovení sankce a její výši. Vzhledem k tomu, že mu byla pokuta zvýšena o 20% za úmyslné jednání, měl Úřad doložit existenci motivu, zejména toho, jaký zájem by mohl mít na tom, aby se vítěz soutěže obohatil na úkor státního rozpočtu navýšením ceny tím, že účastník řízení ponese náklady na vyzvednutí dokumentace a zpracování velké nákladné nabídky a nezíská nic formou protiplnění např. v podobě významné subdodávky. Jediná poznámka týkající se zavinění ve formě úmyslu je uvedena v bodě 470. rozhodnutí „účastníci řízení si museli být vědomi nezákonného charakteru svého jednání a rovněž si museli být vědomi toho, že jejich jednání může mít za následek ovlivnění výsledku veřejné zakázky, tedy narušení hospodářské soutěže“. Úřad však v žádném případě nedefinuje přičitatelnost jednání právnické osobě, tj. jaká fyzická osoba jednala ve prospěch právnické osoby. Dále se Úřad ani nezabýval možností, že případné protiprávní jednání bylo učiněno bez ohledu na účastníka M-SILNICE, tj. že jej učinila třetí osoba ve svůj prospěch (nikoli ve prospěch účastníka M-SILNICE). V takovém případě by se jednalo, pokud vůbec, maximálně o zavinění ve formě nedbalosti, kdy by účastník M-SILNICE umožnil z důvodu nedůsledné kontroly únik svých interních informací, příp. ovlivnění své nabídky třetí osobou (zaměstnancem). Úřad navíc posouzení zavinění neprovedl samostatně, ale pouze obecně a v pouhých třech odstavcích.
86. Dále účastník řízení namítl, že ve srovnání s jinými účastníky je trestán více. Konkrétně vytkl Úřadu snížení pokuty u společnosti STRABAG a.s., kdy zvýšení pokuty mělo být v důsledku přitěžujících okolností o 60 %, ale s ohledem na Zásady došlo ke zvýšení pouze o 50 %. Jelikož je rozhodováno na základě skutkově stejných okolností, měl Úřad na základě zásady rovného zacházení krátit poměrně sankci u všech ostatních, tj. alespoň o jednu šestinu zvýšení.
87. Účastník řízení dále namítl, že závěr o vině správním deliktem postavený na jednom důkazu nemůže obstát a že je naprosto nepřijatelné, aby v oblasti správního trestání byly okolnosti případu předpokládány. Rozhodovací praxe orgánů EU totiž vyžaduje, aby ve většině případů byla existence protisoutěžního jednání nebo dohody vyvozena z určitého počtu shodujících se skutečností a nepřímých důkazů, které ve svém celku mohou představovat důkaz o porušení práva hospodářské soutěže (zde odkázal na rozhodnutí Tribunálu ve věci Fuji

Electric Co. Ltd. v. Komise T-132/07). Také samotné údajné narušení soutěže a závěr vyslovený v bodě 398 rozhodnutí, že cenová nabídka vítězného sdružení mohla být nižší při neexistenci koordinace, je podle účastníka řízení jen spekulací, kterou může buď potvrdit, nebo vyvrátit znalecké posouzení nabídek účastníků z hlediska obvyklých cen a poměrů v době podání v roce 2007. Bez tohoto posouzení jde o pouhou domněnku.

88. Také tento účastník řízení uvedl řadu námitek stran nesprávně zahájenému správnímu řízení. Úřad údajně pod záminkou objasňování blíže neurčených zakázek z let 2011 a 2012 prostorově vymezených celou ČR provádí razie v jednotlivých společnostech a snaží se vlastně předmět řízení nalézt. Teprve poté co nachází alespoň nějaký „dokument“, spíše část nesourodých poznámek řízení tzv. upřesňuje. To pak ve svém důsledku vede k obcházení ustanovení § 22 odst. 5 ZOHS a lhůt tam stanovených. Správní řízení však tvoří jeden celek, který je jasně ohraničen co do počátku svým zahájením. Právě proto je nutné přesné vymezení předmětu, nebo alespoň takové, které nevyvolává pochybnosti. Pokud tomu tak není, nastává situace, kdy Úřad zjišťuje nové skutečnosti a otvírá další a další případy. Pokud by tak činil novým správním řízením, jistě by byl počátek běhu lhůt zřejmý. Pokud však činí takový postup v rámci jednoho řízení (byť později částečně vyloučeného), je nutno posuzovat běh lhůt objektivně a z tohoto pohledu lhůta uplynula i u veřejné zakázky R4 (viz bod 250 rozhodnutí).

89. Poslední námítky se opětovně dotýkají nesprávně vymezeného relevantního trhu a nedostatku času k seznámení se s podklady pro rozhodnutí a prostudování správního spisu.

Petit

90. S ohledem na uvedené účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené výroky rozhodnutí zrušil a správní řízení ve věci zastavil, alternativně navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil orgánu prvního stupně k novému projednání.

Rozklad společnosti Lesostavby Třeboň a.s.

91. Společnost Lesostavby Třeboň a.s. podala rozklad do výroků II., III., V., VI., XIII. a části XV. napadeného rozhodnutí. Namítla především procesní vady vedeného správního řízení, neúplné zjištění skutkového stavu věci, neprovedení účastníky navržených důkazů, a vyvození nesprávných skutkových zjištění a nesprávného právního posouzení věci.

92. Pokud jde o nezákonně zahájené správní řízení, účastník řízení v této souvislosti uvedl celou řadu obecných tezí o tom, že dělení na trestné činy a přestupky či správní delikty je záležitostí politického rozhodnutí každého státu a že rozdílnosti jednotlivých úprav v tomto směru nelze přeceňovat. Záruky poskytované obviněnému v trestním řízení je tak nutné poskytnout také v řízení o správních deliktech.

93. K zahájení deliktního správního řízení z moci úřední je možné přistoupit v okamžiku, kdy správní orgán získá vědomost o skutkových okolnostech případu v takovém rozsahu, který mu umožní i jejich předběžné posouzení. Nepředpokládá se, že by muselo jít o informaci zvláště kvalifikovanou nebo přicházející z určitého zdroje, musí mít však nezbytnou míru věrohodnosti a určitosti, aby na druhé straně nedošlo k zahájení řízení naprosto nedůvodně. V předmětné věci bylo jediným podkladem pro zahájení správního řízení Policií ČR postoupené anonymní podání „Oznámení o podezření ze spáchání trestného činu“. Tento podnět však nelze hodnotit jako dostatečně určitý, protože obsahuje pouze obecné

podezření o tom, že má docházet k narušování hospodářské soutěže při konkrétních třech výběrových řízení vypsaných městem Písek. O naplnění vyššího stupně pravděpodobnosti nelze hovořit vůbec, což byl podle účastníka řízení důvod k tomu, že předmět řízení definoval zcela neurčitě. Vzhledem k anonymitě podání nelze podle účastníka řízení hovořit ani o naplnění znaku důvěryhodnosti, protože nelze vyloučit učinění takového podání pouze za účelem konkurenčního boje mezi stavebními společnostmi o zakázky v době hospodářské krize. Účastníku řízení není jasné, proč bylo předmětné správní řízení zahájeno pro neurčitý počet zadávacích řízení v letech 2011 a 2012, když v podnětu se hovoří pouze o třech konkrétních zakázkách. Takový postup Úřadu údajně vykazuje znaky nepřijatelné libovůle správního orgánu ústící do deficitu spravedlivého procesu ve smyslu čl. 36 odst. 1 Listiny, neboť Úřad nepostupoval předvídatelným a rozumným způsobem a jeho postupu chybí smysluplné odůvodnění.

94. Předmět řízení podle účastníka řízení musí být již v oznámení o zahájení řízení identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit. Není-li předmět řízení v oznámení o zahájení řízení řádně identifikován, je tím bráněno v řádném výkonu práva na obhajobu včetně realizace trestněprávní zásady zákazu sebeobviňování vyplývající např. z čl. 6 Evropské úmluvy. Ve věci bylo správní řízení zahájeno pro skutek spočívající v jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví. Pokud se týče dovětku ve výběrových řízeních vyhlašovaných veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012, který omezuje skutek věcně (výběrová řízení vyhlašovaná veřejnými zadavateli), místně (v České republice) a časově (v roce 2011 a 2012), ten není podle názoru účastníka řízení právně relevantní, protože z jeho samotného vymezení vyplývá, že se jedná nikoliv o taxativní, nýbrž pouze demonstrativní výčet o něco blíže vymezující výběrová řízení v oblasti stavebnictví. Takto vymezený předmět správního řízení proto účastník řízení nepovažoval za zákonný.
95. Ve vztahu k překážce litispendence účastník řízení konstatoval, že Úřad již s ním nikdy v budoucnu správní řízení týkající se možného porušení ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS ve výběrových řízeních ve stavebnictví nebude moci zahájit pro překážku litispendence danou tímto správním řízením. V zásadě může Úřad pokračovat v provádění upřesnění předmětu správního řízení, jak už ostatně činí po neomezeně dlouhou dobu, nanejvýše limitován subjektivními a objektivními lhůtami pro uložení pokuty, resp. pro zahájení správního řízení, když je zjevné, že vyčerpání takto neurčitě vymezeného předmětu správního řízení, tj. prověření všech výběrových řízení v oblasti stavebnictví na celém světě, je úkolem na desetiletí, ne-li úkolem v podstatě nemožným. V této souvislosti účastník řízení zdůraznil, že provedeným upřesněním předmětu správního řízení rozhodně nelze zhojit určitost předmětu řízení obsaženou v oznámení o zahájení správního řízení. Účastník řízení tak v důsledku nedostatečně vymezeného předmětu řízení nemohl vykonávat své právo na obhajobu. Není totiž jasné, z jakých procesních úkonů mu mělo být patrné, že předmětu řízení porozuměl.
96. Další série námitek se vztahovala k údajnému překročení jurisdikce Úřadu. Podle § 1 odst. 5 a 6 ZOHS se na jednání materiálně popsaná v ustanovení § 1 odst. 1 ZOHS vztahuje za předpokladu, že účinky jednání se projeví výhradně na trhu České republiky. V daném případě je předmět správního řízení široce – neurčitě vymezen a není nikterak geograficky

omezen. Z toho účastník řízení dovodil, že zahrnuje veškerá výběrová řízení v oblasti stavebnictví na světě, aniž by se nutně musel projevit účinek údajného jednání ve shodě a/nebo dohodě na území České republiky, případně aniž by musela být dána alespoň existence komunitárního prvku. Z tohoto vymezení je tedy jednoznačné, že takovýto předmět správního řízení vybočuje zásadním způsobem z působnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže, tedy i z jurisdikce Úřadu.

97. Účastník řízení se následně vymezil proti způsobu, jakým Úřad stanovil lhůty pro seznámení s podklady pro vydání rozhodnutí a pro vyjádření se ke Sdělení výhrad. Argumentoval obsáhlostí spisového materiálu a tomu poskytnutých neúměrně krátkých lhůt v délce 21 dnů a následně 28 dnů. V neumožnění řádně se seznámit se všemi podklady rozhodnutí spatřoval porušení svých základních práv v čl. 38 odst. 2 Listiny. Podle ustanovení § 21 ZOHS má být účastníkům řízení poskytnuta přiměřená lhůta k učinění návrhů na doplnění dokazování, přičemž slovo „přiměřená“ má být vykládáno ve prospěch účastníka řízení, lhůta k učinění návrhů na doplnění dokazování při koncentraci řízení, stejně jako lhůta k vyjádření se k podkladům rozhodnutí odvíjející se od Úřadem evidovaného seznámení se s podklady rozhodnutí dne 11. 8. 2015 je lhůtou nedostatečnou, nevyhovující zákonným požadavkům. Ani časté nahlížení do správního spisu některými účastníky řízení tak nemůže vést ke zkrácení lhůt i pro účastníky, kteří své právo v tak značném rozsahu nevyužívali, stejně tak nemůže být argumentem, že někteří účastníci svého práva seznámit se s podklady rozhodnutí nevyužili.
98. Účastník řízení dále Úřadu vytkl další procesní pochybení, a to porušení povinnosti zjistit i bez návrhu všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch účastníka řízení (§ 3 správního řádu). Správní orgán je povinen zjistit i bez návrhu všechny rozhodné okolnosti, které svědčí ve prospěch i neprospěch toho, komu má být povinnost uložena. V daném případě však dle názoru účastníka řízení Úřad postupoval pouze s jediným cílem, a to zajištění důkazů v neprospěch účastníků řízení.
99. Úřad se dále údajně nevypořádal s návrhy účastníků řízení na doplnění dokazování. Společnost Lesostavby Třeboň totiž navrhla provedení důkazu srovnáním cen v cenových nabídkách této společnosti do předmětných výběrových řízení s tehdy platnými cenami cenové soustavy ÚRS vydávané společností ÚRS PRAHA, a.s., s tehdy platnými cenami cenové soustavy RTS vydávané společností RTS, a.s., případně znaleckým posudkem k posouzení obvyklosti cen uvedených v cenových nabídkách naší společnosti do předmětných výběrových řízení v daném místě, čase a nabízenému plnění. Zároveň navrhla provedení důkazu znaleckým posudkem na vyčíslení škody způsobené údajným porušením ust. § 3 odst. 1 ZOHS ve výběrových řízeních pro veřejnou zakázku „Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I. etapa“ a „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“, dále se společnost připojila k důkazním návrhům společnosti STRABAG a.s.. Úřad se však v napadeném rozhodnutí o těchto důkazních návrzích nezmínil, ani se s nimi nevypořádal.
100. Účastník řízení dále namítl porušení zásady zákazu sebeobviňování, podle evropské judikatury Úřad nesmí soutěžitele přimět, aby poskytl odpovědi týkající se uznání existence porušení práva, které mu má být prokázáno (Rozsudek ESD 374/87 Orkem, odst. 29). Krajský soud v Brně v rozhodnutí ze dne 23. 2. 2012, sp. zn. 62 Af 75/2010, ve vztahu k zákazu sebeobviňování shrnul, že není porušením zásady zákazu sebeobviňování, pokud orgán pro hospodářskou soutěž vyžaduje podklady a informace, přičemž soutěžitel není nucen

poskytnout odpovědi, které by orgán pro hospodářskou soutěž dovedly k připuštění existence protiprávního jednání, poskytnout odpovědi jiné než vázící se výlučně ke skutkovým otázkám a poskytnout listiny jiné, než které v době vyžádání již existují. Účastník řízení však shledal překročení limitů zákazu sebeobviňování v přípisu Úřadu ze dne 17. 9. 2014, č.j. ÚOHS-S426/2012/KD-19455/2014/850/LŠt, kde bylo Úřadem požadováno, aby se společnost vyjádřila k obsahu Úřadem zajištěného dokumentu L C6 a k obsahu Úřadem zajištěného dokumentu L C4 a L C5, a to pod hrozbou udělení pokuty až do výše 300.000 Kč nebo do 1% z čistého obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období, a to i opakovaně, v případě nesplnění povinnosti. K informacím zjištěným nad rámec následně učiněných dobrovolných vyjádření společnosti by tak nemělo být z důvodu protiústavnosti jejich zjištění přihlíženo.

101. Účastník řízení se dále opět vyjádřil k nezákonnosti provedeného místního šetření. Úřad prý nedostal zákonným limitům místního šetření a u jednotlivých společností zkoumal jakékoliv dokumenty a záznamy v neomezeném rozsahu a k těm vyžadoval součinnost. Takto Úřad činil, aniž by bylo zřejmé, na základě jakého klíče vyhledal zajištěné listiny, takový postup je podle účastníka řízení nepřezkoumatelný. V této souvislosti účastník dále odkázal na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Delta pekárny, z něhož dovedl, že v předmětné věci nebyla naplněna podmínka nezbytnosti zásahu v demokratické společnosti. Vzhledem k tomu, že český právní řád neposkytuje přiměřené záruky proti zneužití místního šetření Úřadem, je toto šetření nezákonné (odkázal na nález Ústavního soudu ze dne 8. 6. 2010, publ. pod č. 219/2010 Sb.). Za nepřipadné považoval účastník řízení odkazy Úřadu na možnost využití ochrany správních soudů a podání zásahové žaloby podle § 82 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s.ř.s.“), protože tuto ochranu označil Evropský soud pro lidská práva za nedostatečnou a judikatura Nejvyššího správního soudu vnímá žaloby proti nezákonnému zásahu jako podpůrný prostředek vedle žalob proti rozhodnutí správního orgánu podle § 65 s.ř.s..
102. Poslední výhrada k procesní stránce věci se týkala vyloučení několika skutků ze společného řízení sp. zn. S426/2012/KD k samostatnému projednání. Podle účastníka řízení tímto umělým oddělením skutků dojde k tomu, že se tento postup negativně odrazí ve způsobu ukládání pokut podle Zásad. Správním řízení sp. zn. S426/2012/KD ještě není skončeno, jakmile však bude Úřad ukládat pokutu, může dojít k situaci, kdy budou za mnohost skutků ukládány pokuty jen do výše 50% navýšení základní částky. V neprospěch účastníků řízení má být také narušení ukládání jednotné sankce za pokračující delikt.
103. V další části rozkladu se účastník řízení věnoval rozboru dokazování. Zdůraznil, že se vytýkaného jednání nedopustil, ceny do výběrových řízení pro veřejnou zakázku Bakaláře Písek a pro veřejnou zakázku Jeronýmova Třeboň byly určeny standardním způsobem, byly konkurenceschopné a dopovídaly cenám obvyklým v místě a čase.
104. K veřejné zakázce Bakaláře Písek účastník řízení uvedl, že na základě provedených důkazů lze dospět i k jiným skutkovým zjištěním, rozdílným od závěrů Úřadu. Sám Úřad v bodu 349. napadeného rozhodnutí uznal, že v kontextu reálných podmínek fungování obchodních vztahů v oblasti stavebnictví jednotliví soutěžitelé bývají v kontaktu za účelem zajištění subdodávek. Na druhou stranu podle Úřadu jakýkoliv kontakt může naplňovat znaky zakázané dohody a naplnit podmínky jednání ve vzájemné shodě. Účastník řízení si kladl otázku, jak narušují hospodářskou soutěž ve smyslu příslušných ustanovení ZOHS ceník ÚRS

vydávány společností ÚRS PRAHA, a.s., a ceník RTS vydávány společností RTS, a.s., na které bývá zpravidla podřídně odkaz ve smlouvě o dílo uzavřené s objednatelem – veřejným zadavatelem pro účely víceprací, není-li konkrétní položka naceněna v položkovém rozpočtu ceny za dílo. Na základě kontaktu zaměstnanců dvou soutěžitelů tedy nelze automaticky dospět k závěru o uzavření dohody či sladěném postupu příslušných soutěžitelů. Podle účastníka řízení je zřejmé, že společnost pro stanovení cenové nabídky do veřejné zakázky zjišťovala případné subdodavatele a jejich ceny jednotlivých objektů a provozních souborů a konkrétně oslovila i společnost STRABAG a.s., s tím, že zvažovala, zda a případně kterou část veřejné zakázky bude řešit subdodavately. Oslovení společnosti STRABAG a.s. není v rozporu s tehdejším zněním zákona o veřejných zakázkách, kdy společnost, která podává nabídku do určité veřejné zakázky, nemohla být zároveň subdodavatelem dalšího uchazeče o danou zakázku, jak uvádí Úřad.

105. Účastník řízení dále uvedl, že cenové nabídky všech 4 účastníků si byly velice blízké, jak z celkového pohledu, tak z pohledu rozdělení celkové ceny na jednotlivé objekty. Z toho je nutné dospět k závěru, že ke sladění nedošlo u žádného z účastníků. Z provedeného dokazování nevyplývá, že se protisoutěžního jednání dopustil, skutková zjištění Úřadu jsou vykonstruovaná.
106. K veřejné zakázce Jeronýmova Třeboň účastník řízení uvedl, že nesouhlasí s jednostranným hodnocením důkazů Úřadem, na základě provedených důkazů lze dospět k jiným skutkovým zjištěním. Úřad nezajistil žádné ceny, které měly být předmětem emailové komunikace, dokonce ani nabídky podané společností STRABAG a.s. a společností Lesostavby Třeboň do předmětného zadávacího řízení. Naplnění skutkové podstaty daného správního deliktu Úřad v podstatě dovozuje z pouhého textu „*Dobrý den, předpokládám, že to co jsem dostal jsou naše ceny do soutěže...ano zdravím ...*“. Na základě provedených důkazů lze dospět k závěru, že účastník řízení komunikoval se společností STRABAG a.s. kvůli subdodávkám a tato komunikace tak logicky předcházela samotnému podání nabídek. Nelze a priori vyloučit, že společnost STRABAG a.s. jako subdodavatel sdělila svou cenovou nabídku již dříve, ale na nevhodně zvoleném formátu, a proto jí následně byla zaslána jí učiněná cenová nabídka promítnutá do rozpočtu týkající se předmětné subdodávky pro účely předmětné soutěže. Pak má logiku tvrzení Úřadu, že cena byla zaslána ze strany poptávajícího subdodávku, tak skutečnost, že bylo nutné cenu si potvrdit. Jak účastník řízení již uvedl dříve, v dané věci skutečně společnost STRABAG a.s. jako subdodavatel společnosti Lesostavby Třeboň na dané zakázce realizovala živičné vrstvy za částku [...*obchodní tajemství...*] Kč bez DPH.
107. K Úřadem namítané neúčasti společnosti STRABAG a.s. v druhém kole soutěže účastník řízení zdůraznil, že tohoto se nezúčastnil ani další účastník, který podal nabídku, společnost Bohemia – Constructiva Graf, stavební společnost, spol. s r.o. (poslední účastník Petr Dvořák byl vyřazen pro nesplnění kvalifikačních předpokladů), a to stejně jako společnost STRABAG a.s. zjevně z jednoho prostého důvodu, že jeho zástupce nebyl přítomen vyhlášení výsledků zadávacího řízení.
108. Následně se účastník řízení věnoval vymezení relevantního trhu Úřadem, s takto široce vymezeným relevantním trhem nesouhlasil. Poukázal na skutečnost, že Úřad toto své vymezení ničím nepodložil a nezabýval se řádným stanovením relevantního trhu z pohledu věcného, a to optikou průměrného spotřebitele např. prostřednictvím cenového testu SSNIP (Small Significant Non-transitory Increase in Price Test). Řádně provedenou kvalifikovanou

úvahou, jak je příslušné plnění vnímáno konečnými spotřebiteli, by musel Úřad dospět k závěru, že inženýrské stavby [Technický naučný slovník (Praha 1962 až 1963) definuje inženýrské stavby jako souhrnné označení pro stavby dopravní (silnice, železnice, mosty), vodohospodářské (přehrady, kanály, zdymadla), stavby speciálního charakteru (vodojemy, chladicí věže ap.] jeden relevantní trh z pohledu věcného netvoří.

109. Účastník řízení se však neztotožnil ani s vymezením relevantního trhu z pohledu geografického. Úřad vymezil relevantního trh jako trh na území České republiky, protože nezjistil, že by v podmínkách poskytování těchto služeb (ve vztahu nabídky a poptávky) existovaly na některé části území České republiky zásadní odlišnosti. Ani s tímto vymezením relevantního trhu se účastník řízení neztotožnil. Zdůraznil, že obecně relevantní trh výrobků je zpravidla z pohledu teritoriálního menší, než relevantní trh služeb, protože výrobky lze lépe přepravovat. I v tomto případě může podle účastníka řízení jako vodítko k určení geografického vymezení sloužit cenový test. Z pohledu stavebnictví se pak podle jeho názoru jedná zejména o zásadní náklady spojené s přepravou materiálu a osob do míst vzdálenějších sídla stavební společnosti, které se nutně musí promítat do ceny za dílo. Podle účastníka řízení je na místě vymezení relevantního trhu z pohledu geografického újeji, minimálně na oblast krajů. Správnost vymezení relevantního trhu pak souvisí s vyčíslením sankce, neboť základní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem na relevantním trhu.
110. Účastník řízení dále uplatnil řadu námitek k uložené pokutě. Úřad při stanovování pokuty pochybil, protože postupoval mechanicky, aniž přihlédl k individuální závažnosti a aniž se vypořádal se všemi relevantními kritérii pro určení pokuty. Primárně účastník řízení namítl uplatnění horní hranice 3% při stanovení základní částky pokuty. Zásady však údajně stanoví, že u výchozího podílu má být vzat v úvahu společný tržní podíl všech zúčastněných podniků a geografické území, na němž k protisoutěžnímu jednání došlo. V situaci, kdy podíl účastníka řízení na relevantním trhu je nižší než 1%, společnost dosud nebyla účastníkem deliktního správního řízení vedeného Úřadem, údajný „profit“ z protisoutěžního jednání nebyl prokázán, jednání mělo trvat po velmi omezenou dobu, k údajnému sladování mělo dojít pouze mezi 2 z vícero účastníků zadávacího řízení, kteří měli možnost podat cenově výhodnější nabídku, a přesto tak neučinili, není na místě v tomto jednání spatřovat nejvyšší společenskou nebezpečnost. V této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2013, sp. zn. 1 Afs 23/2013, kde soud zohlednil specifické okolnosti věci spočívající v zanedbatelném podílu účastníka řízení na trhu.
111. Účastník řízení dále nesouhlasil ani s tím, že mu Úřad přitížil za úmyslné jednání. Tvrdil, že z povahy věci je vyloučené, aby k naplnění skutkové podstaty § 3 odst. 1 ZOHS došlo nedbalostním jednáním, zohlednění úmyslu při ukládání pokuty tak považoval za dvojí nepřípustné přičítání téhož.
112. Dále namítl, že uložená pokuta je nespravedlivá, nepředvídatelná a diskriminační s ohledem na dosavadní sankce ukládané Úřadem za porušení § 3 odst. 1 ZOHS, odkázal přitom na statistiku Úřadu zveřejněnou na webu Úřadu s tím, že se Úřad dopustil porušení zásady legitimního očekávání.
113. Úřad měl při ukládání pokuty zohlednit, aby pokuta nebyla likvidační, v této souvislosti nesouhlasil se závěry Úřadu plynoucími z rozboru hospodaření společnosti. Úřad totiž

v hodnocení majetkových poměrů společnosti nezohlednil, že v důsledku nástupu sektorové krize od roku 2012 je společnost ve vážných hospodářských problémech a pouze za cenu několika vln razantního propouštění v roce 2012, 2013 a 2014 o cca 55% zaměstnanců, prodeje majetku a zajištění provozního financování z nebankovní sféry, takové situaci nepodlehla. Hospodaření společnosti se sice zlepšuje, ale stále se nachází v pásmu hluboké ztráty. Výše uložené pokuty tedy povede k prodeji podniku a další vlně propouštění.

114. Pokud jde o povinnost nahradit náklady správního řízení, účastník řízení nesouhlasil s navýšením této částky na 2.500 Kč z důvodu složitosti věci. Tvrdil, že důkazní prostředky byly shromážděny při místních šetření a od veřejných zadavatelů a jedná se pouze o tři skutky, realizovaný proces dokazování tak považoval za standardní.
115. Účastník řízení závěrem svého podání vznesl námitku porušení zásady neveřejnosti a námitku podjatosti. Přestože je správní řízení řízením neveřejným, došlo ke zveřejnění informací o něm již dne 6. 11. 2015. Informace o kauze se objevily v internetovém tisku a prohlášení do médií učinil i tiskový mluvčí Úřadu i předseda Úřadu. Zveřejnění informací o probíhající řízení, které nebylo pravomocně ukončeno, a ve kterém jeho účastník čelí sankci za porušení hospodářské soutěže, může tohoto účastníka poškodit, v krajním případě poškodit jeho jméno a dobrou pověst.
116. Ačkoliv je to předseda, kdo má rozhodovat o tomto rozkladu, z důvodu jeho poměru k věci je zjevné, že je s ní seznámen, případně na ni přímo či nepřímo participoval, jak vyplývá z jeho vystoupení v médiích. Nelze jej tak považovat za ve věci nestranného, tj. objektivního, s předem nezaujatým přístupem k posuzování, řešení a zejména rozhodování dané věci. Odkázal na nálezný Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 30/09.
117. Závěrem podání účastník řízení ještě poukázal na uplynutí lhůty pro uložení pokuty u skutku veřejná zakázka revitalizace návsí Stará Pohůrka. Ačkoliv lhůta u tohoto skutku již uplynula, Úřad činí skutková zjištění a shrnutí, jakoby se společnost tohoto skutku dopustila. Účastník se tak proti závěrům v odůvodnění nemůže bránit, protože výrokem bylo správní řízení zastaveno a výrok je tedy správný.

Petit

118. S ohledem na uvedené účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu správní řízení ve věci zastavil, alternativně navrhl, aby předseda Úřadu konstatoval, že se společnost Lesostavby Třeboň skutku popsaného v bodě II. a III. výroku o vině nedopustila.

Rozklad společnosti BERGER BOHEMIA a.s.

119. Účastník řízení společnost BERGER BOHEMIA a.s. podal rozklad do výroků I., IV., XI. a XV. napadeného rozhodnutí.
120. Shodně jako předchozí účastníci řízení se společnost BERGER BOHEMIA vymezila proti způsobu zahájení správního řízení, vzhledem k tomu, že námitky jsou obdobné těm rozvedeným shora, blíže je tady neuvádím.
121. Další námitky tohoto účastníka řízení se vztahovaly k veřejné zakázce R4, přičemž účastník řízení tvrdil, že se předmětného jednání nedopustil a že neexistuje jediný důkaz o jeho spáchání. Obdobně jako předchozí účastníci řízení tvrdil, že z jednoho jediného důkazu nemůže být zřejmé, že se protisoutěžního jednání dopustil. Z dokumentu SW A6 jasně plyne,

že se jedná o seznam subjektů, které požádaly o poskytnutí zadávací dokumentace. Presumpce Úřadu nemají oporu v provedených důkazech. Nabídka účastníka řízení nebyla ve výběrovém řízení vybrána jako nejvhodnější a Úřad ani nevysvětlil, jak by jeho účast na kartelové dohodě měla být jinak kompenzována.

122. Úřad ve Sdělení výhrad uvedl: „Z diáře pracovníka společnosti BERGER BOHEMIA a.s. vyplývá kontakt před lhůtou pro podání nabídek do veřejné zakázky R4 s členem Sdružení Strabag - Swietelsky, a to dne 19. 10. 2007 se společností Strabag a poznámkou „dohodnout mosty“. Účastník řízení k tomuto závěru Úřadu uvádí, že se jedná o zcela nepochopitelná tvrzení a dezinformace, které se nezakládají na pravdě a nemají ani pádnou oporu v provedených důkazech. Ze strany Úřadu tak podle účastníka řízení došlo k účelovému a chybnému spojování dvou různých poznámek ze dvou různých diářů, přičemž tyto poznámky spolu vůbec nesouvisí.
123. Účastník řízení od počátku správního řízení tvrdí, že v každém okamžiku svého počínání zohledňuje ekonomickou stránku věci, připouští-li to pravidla zadávacího řízení, je automaticky poptáváno subdodavatelské plnění. V rámci zpracování nabídky, tedy ve lhůtě pro podání nabídek k veřejné zakázce R4, účastník řízení poptával různá subdodavatelská plnění, a to výlučně z důvodu snahy získat smluvního partnera pro realizaci složitých částí veřejné zakázky či získat ekonomicky výhodnější nabídku na realizaci této části veřejné zakázky. Tato interní poptávková činnost je při přípravě nabídky zcela obvyklá a je v naprostém souladu s právními předpisy i účelem existence soukromých společností, jímž je dosahování zisku. Účastník řízení zdůraznil, že tato tvrzení prokázal doložením přehledu svých subdodavatelů k nabídce. Jediným správným, logickým a i důkazy podloženým závěrem pro poznámku v diáři „R4 Mirovice - Třebkov subdodávky pro mosty“ je skutečnost, že účastník řízení poptával subdodavatele pro část předmětu plnění veřejné zakázky R4, kterou nebyl sám schopen realizovat (pro prokázání těchto tvrzení navrhl doplnit dokazováním o dokumenty týkající se veřejné zakázky „[...obchodní tajemství...], kde probíhala kontraktace se společností Strabag a.s., obdobným způsobem).
124. Dále účastník řízení zpochybnil tvrzení Úřadu, že „z poznámek dokumentu SW A6 vyplývá, že u názvů jednotlivých společností jsou uvedeny zkratky společností Strabag, Swietelsky a Eurovia, které mají značit zprostředkovatele, který u dané/přiřazené společnosti zajistí jeho případnou účast či neúčast v zakázce“. Společnost BERGER BOHEMIA a.s. s žádnou z uvedených tří společností (ani s nikým jiným) nekonzultovala svoji účast či neúčast ve veřejné zakázce R4, ani v žádné jiné veřejné zakázce.
125. Obdobně jako účastník řízení společnost M-SILNICE dále uvedl, že nesprávné jsou závěry Úřadu ohledně nabídkové ceny vybraného uchazeče k realizaci předmětné veřejné zakázky, protože nabídkové ceny odpovídají cenové hladině v daném období a předmětu plnění veřejné zakázky. Při zahájení správního řízení byla jedinou relevantní informací o ceně zakázky informace zadavatele, konkrétně zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota zakázky ve výši 1.008.000.000 Kč. Nabídka společnosti BERGER BOHEMIA a.s. na realizaci veřejné zakázky činila 960.033.633,27 Kč. Rozdíl těchto hodnot rozhodně nemůže odůvodnit závěr Úřadu o předložení nabídky, kterou by při neexistenci kartelové dohody společnost nepředložila, ale naopak svědčí o zpracování kvalitní nabídky. Nabídková cena musí zahrnovat i nacenění pokrytí nemalého rizika při provádění a rozsahu stavebních prací v takto velkém rozsahu a dále v povinnosti společnosti BERGER BOHEMIA a.s., coby

soukromého subjektu, dosahovat zisku, za což jsou členové statutárního orgánu vůči společníkovi odpovědni při výkonu své činnosti. Není tak možné, aby byly podávány nabídky, jejichž nabídková cena neodpovídá realitě a schopnosti uchazeče skutečně stavební a jiné práce za nabídnutou cenu zrealizovat, a to ve sjednané či stanovené kvalitě.

126. Účastník řízení dále postrádal zjištění příčiny či motivu jím popisovaného jednání, z Úřadem poskytnutých závěrů totiž vůbec nevyplývá, že by z protisoutěžního jednání měl získat nějaký prospěch.
127. V neposlední řadě účastník řízení nesouhlasil s počítáním běhu subjektivní lhůty. V předmětném případě je zřejmé, že Úřad získal znalost o tom, že společnost BERGER BOHEMIA a.s. se mohla dopustit možného porušení právních předpisů nejpozději v průběhu šetření na místě ve společnostech Strabag a Eurovia dne 31. 7. 2012, na základě podkladů zajištěných v průběhu tohoto šetření bylo následně zahájeno řízení s dalšími společnostmi, mimo jiné i se společností BERGER BOHEMIA a.s.. Závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí ohledně toho, že subjektivní lhůta pro uložení pokuty počala běžet až dne 29. 3. 2013, označil za nesprávné.

Petit

128. S ohledem na uvedené účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené výroky rozhodnutí zrušil, příp. navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se účastník řízení ve výroku I. nedopustil popsání jednání a zbývající napadené výroky zrušil. Pokud jde o výrok XV. navrhl, aby byl buď zrušen, nebo aby předseda Úřadu tento výrok změnil tak, že Úřad i účastníci řízení nesou své náklady řízení.

Rozklad společnosti Skanska a.s.

129. Účastník řízení společnost Skanska podal rozklad do výroků I., IV., XII. a XV. napadeného rozhodnutí.
130. V první řadě se zabýval posouzením skutkových tvrzení Úřadu. Úřad neprokázal, že by účastník řízení svým jednáním naplnil znaky skutkové podstaty deliktu dle § 3 odst. 1 ZOHS. Skutková zjištění, uvedená v napadeném rozhodnutí, nemají oporu v provedeném dokazování a jedná se o pouhé spekulace a presumpce Úřadu, který tuto skutečnost na některých místech rozhodnutí dokonce výslovně potvrzuje. Jde dokonce tak daleko, že upravuje své spekulace dle potřeby, činí odlišná skutková zjištění pro účely spáchání správního deliktu a pro účely uložení pokuty. Úřad navíc, evidentně v obavě, aby nově zjištěné skutečnosti nevyvrátily jeho již tak nelogické dedukce, presumpce a spekulace, neprovedl žádné z navrhovaných důkazů.
131. Ze správního spisu podle účastníka řízení vyplynulo a Úřadem ani není zpochybnováno, že na rozdíl od ostatních společností uvedených na seznamu obsaženém na dokumentu SW A6 o účasti společnosti Skanska na tvrzené kartelové dohodě nesvědčí nic z toho, z čeho dovozuje Úřad účast ostatních účastníků. U obchodní firmy společnosti Skanska v dokumentu SW A6 není uvedena žádná zkratka společností Strabag (STR), Swietelsky (SW) či Eurovia (SSŽ), které Úřad považuje za zprostředkovatele vyjednávání Úřadem vytýkané protisoutěžní koordinace. Jelikož u všech ostatních společností, které podaly nabídku na realizaci veřejné zakázky R4 a samy dle Úřadu nebyly zprostředkovateli vyjednávání (koordinátory), tj. u společností M-Silnice, Berger a F.Kirchhoff jsou uvedeny některé z výše

uvedených zkratk, nelze než dospět k závěru (v intencích hodnocení zkratk ze strany Úřadu), že společnosti Skanska nebyl přiřazen ani zprostředkovatel vyjednávání (koordinátor), což jen potvrzuje, že ji v souvislosti s její účastí v zadávacím řízení na veřejnou zakázku R4 žádný z jejích konkurentů nekontaktoval. Úřad nezjistil žádný, natož relevantní kontakt mezi společností Skanska a některým z účastníků. U společnosti Skanska není uvedeno, že by měla podávat „krycí“ nabídku. Společnost Skanska nefigurovala jako subdodavatel vítězného sdružení Strabag- Swietelsky. Společnost Skanska podala řádnou a úplnou nabídku, nikoliv nabídku s chybějícími dokumenty, jako tomu bylo v případě společnosti F.Kirchhoff Silnice. Společnost Skanska není ani uvedena v anonymním podání postoupeném Policií ČR.

132. Úřad podle účastníka řízení participaci společnosti Skanska na údajné zakázané dohodě dovodil ze skutečnosti, že společnost Skanska si jako poslední z uchazečů vyzvedla zadávací dokumentaci a měla jako jediná přehled o všech osobách, které si ji vyzvedly před ní. Jakým způsobem ji tento „přehled“ spojuje s údajnou zakázanou dohodou, již Úřad nikde neuvádí. Úřad pouze uzavřel, že si skutečnost, že se společnosti, které si vyzvedly zadávací dokumentaci, objevují v seznamu v dokumentu SW A6 nelze vysvětlit jinak, než předchozím kontaktem se společností Skanska.
133. Na podporu svých tvrzení účastník řízení uvedl následující. Zadavatel Ředitelství silnic a dálnic ČR (dále též „**ŘSD**“), kterému byly doručovány jednotlivé žádosti o poskytnutí zadávací dokumentace a který o poskytnutí zadávací dokumentace dokonce vedl evidenci, založenou ve správním spise, a všichni uchazeči, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, neboť těmto byly zadavatelem v souladu se ZVZ postupně zasílány Dodatek č. 1 k zadávací dokumentaci ze dne 9. 10. 2007, Dodatek č. 2 k zadávací dokumentaci ze dne 19. 10. 2007 a Dodatek č. 3 k zadávací dokumentaci ze dne 19. 10. 2007, věděli o tom, které jednotlivé společnosti nabídku podaly. Dodatky rozeslané ŘSD totiž v záhlaví obsahují kompletní jmenný seznam společností, které si vyzvedly zadávací dokumentaci; tyto Dodatky má Úřad založeny ve spise, avšak zcela je opomněl při zjišťování skutkového stavu zohlednit.
134. Účastník řízení dále uvedl, že není pravdou, že by v přehledu dokumentu SW A6 byla zanesena skutečnost, že Skanska jako jediná měla přehled o všech, kdo si zadávací dokumentaci vyzvedli. Tuto skutečnost si Úřad vymyslel, aby podložil své spekulace. Dále vůbec není jasné, z jakého důvodu Úřad presumuje, že údaje o tom, které společnosti si vyzvedly zadávací dokumentaci, musel mít autor dokumentu SW A6 od společnosti Skanska, když o tom nesvědčí vůbec žádný důkaz, a proč namísto toho nepresumuje, že tyto údaje měl autor dokumentu SW A6 od zadavatele, o čemž naopak svědčí jednak skutečnost, že zadavatel byl tím, kdo měl naprosto konkrétní informace a je evidentní, že se s těmito informacemi nijak netajil, jednak skutečnost, že tyto údaje uchazečům skutečně sděloval.
135. Znaky skutkové podstaty však nelze nijak presumovat, nýbrž musí být s patřičnou důkazní jistotou prokázány, v tomto ohledu odkázal na nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 3622/10, kde je uvedeno, že jakkoli vysoký stupeň podezření sám o sobě není s to vytvořit zákonný podklad pro odsuzující výrok.
136. Účastník řízení dále zpochybnil závěry Úřadu týkající se poznámky „**PODÁ**“ vedle názvu Skanska v dokumenty SW A6. Společnosti Skanska není známo, z čeho vycházela domněnka autora dokumentu SW A6 o tom, že společnost Skanska podá nabídku, ani kdy a proč se tak

domnívala, natož proč si svoji domněnku do dokumentu zapisovala. Společnost Skanska je přesvědčena, že poznámka odráží pouhé vnitřní přesvědčení či odhad autora dokumentu SW A6 o tom, že se Skanska výběrového řízení bude účastnit. Navíc u obchodní firmy účastníka řízení není uvedeno „krycí“ nabídka.

137. Pokud jde o zakroužkovaná čísla v dokumentu SW A6, jakkoliv se Úřad snaží navodit dojem, že čísla přesně označují společnosti, které podaly nabídky, evidentně tomu tak není již s přihlédnutím ke skutečnosti, že u společnosti SWIETELSKY, jako nejpravděpodobnějšího autora dokumentu SW A6, není uvedeno číslo žádné. Dále není jasné, proč by číslo u společnosti PSVS nebylo přeškrtnuto, když měl autor dokumentu SW A6 údajně vědět o tom, že tato společnost nabídku nepodá a proč toto číslo nebylo připsáno ke společnosti F.Kirchhoff. Společnost Skanska je přesvědčena o tom, že jediným možným vysvětlením je, že si autor dokumentu tato čísla uváděl u společností, které považoval za možné uchazeče o tuto zakázku (s ohledem na její komplexnost a velikost).
138. Úřad podle účastníka řízení neprokázal ani jednání, které by nebylo možno vysvětlit jinak, než předchozími kontakty mezi soutěžiteli. Úřad zcela popletl vyžadovaný důkazní standard, kdy je buď nutné prokázat kontakt, nebo jednání na trhu, které si nelze vysvětlit jinak než předchozí koordinací. Úřad v napadeném rozhodnutí vehementně tvrdí, že cílem dohody účastníků řízení, týkající se veřejné zakázky R4, bylo „zajištění určitého počtu krycích nabídek do předmětné zakázky“. Současně tvrdí, že těchto nabídek mělo být pět a šestou nabídkou měla být nabídka vítězného sdružení Strabag-Swietelsky. Společnosti Skanska vůbec není jasné, na co by údajní strůjci této dohody, sdružení Strabag-Swietelsky, potřebovali shromáždit pět krycích nabídek a podat celkem šest nabídek. V zadávacím řízení na R4 zcela postačovalo podat nabídku jednu. Pokud chtěly tyto společnosti zvítězit, dávalo by mnohem větší smysl se se soutěžiteli dohodnout, že žádné nabídky nepodají. Konečně Úřad se vůbec nezabýval tím a nikterak také neprokázal, zda vůbec a jakým způsobem si měli údajní účastníci dohody zajistit, že nabídku nepodají další soutěžitelé, a to nejen společnosti, které si vyzvedly zadávací dokumentaci a byly zároveň způsobilé stavbu provést (např. Metrostav, Colas či Hochtief), ale také společnosti zcela odlišné, kterým například mohla poskytnout zadávací dokumentaci některá ze společností, která si ji sice vyzvedla, ale sama by nemohla zakázku realizovat (např. Znakon, jako dodavatel dopravního značení, či některá z menších společností).
139. Účastník řízení dále uvedl, že podal naprosto standardní nabídku, která nebyla nijak cenově nadhodnocená, což doložil srovnáním položek s cenovou soustavou ÚRS a ceníkem OTSKP (provedení důkazu těmito dokumenty navrhoval obdobně jako společnost Lesostavby již v průběhu správního řízení). Úřad dále odmítl zohlednit skutečnost, že samotné podání nabídky představovalo pro společnost Skanska velmi vysoké a nevratné náklady. Úřad ani nevyhověl návrhu na provedení důkazu Příslibem záruky za provedení díla do výše 110 mil Kč poskytnutou Komerční bankou a.s. dne 25. 10. 2007, potvrzením banky o výši poplatku uhrazeného za tento příslib a dokladem o poskytnutí jistoty ve výši 12 mil Kč.
140. Absence jakýchkoli důkazů se následně odrazila v neschopnosti Úřadu specifikovat dobu trvání deliktu před 30. 10. 2007. Úřad sice konstatuje, že protisoutěžní jednání účastníků řízení je podloženo řetězcem nepřímých důkazů, nicméně dokument SW A6 zůstává osamocen a sám o sobě řetězec důkazů tvořit nemůže.

141. Účastník řízení se dále vyjádřil k dalším vadám dokazování a tvrdil, že ani dokument SW A6 nelze použít, protože byl opatřen v nezákonně zahájeném správním řízení. Vzhledem k tomu, že zde se argumentace účastníka řízení shoduje s argumentací předchozích účastníků řízení, blíže ji tady nerozvádím.
142. Úřad neprokázal ve vztahu ke společnosti Skanska naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícího v uzavření dohody či jednání ve vzájemné shodě, neboť neprokázal ani existenci kontaktů mezi společností Skanska a jinými účastníky, ani žádné jednání na trhu, které by nebylo vysvětlitelné jinak. K tomu navíc dospěl k závěru, že deliktní jednání trvalo jen 30. 10. 2007. Již z těchto důvodů po právní stránce nesprávně věc posoudil, když jednostranné jednání společnosti Skanska spočívající v podání nabídky ve výběrovém řízení na veřejnou zakázku R4 posoudil jako zakázané jednání ve shodě. Dohoda popsaná ve výroku o deliktu tak nemůže být v rozporu s § 3 odst. 1 ZOHS, neboť nemůže mít sama o sobě vůbec žádné protisoutěžní účinky. Přitom cíl či výsledek v podobě narušení hospodářské soutěže je jedním z nepominutelných znaků skutkové podstaty správního deliktu dle § 3 odst. 1 ZOHS. Úřad tedy věc po právní stránce zcela nesprávně posoudil, když došel k závěru, že popsáný skutek, který nemohl mít dopad na hospodářskou soutěž, naplnil znaky skutkové podstaty deliktu dle § 3 odst. 1 ZOHS.
143. Účastník řízení v další části svého rozkladu zdůraznil, že mu Úřad vyměřil nezákonnou pokutu. Úřad v případě stanovení této pokuty porušil pravidla plynoucí ze Zásad, protože nesprávně vymezil produktový a geografický relevantní trh. V důsledku toho pak vzal za základ obrat společnosti Skanska, který zahrnuje široký okruh stavebních prací, který ve skutečnosti tvoří mnoho samostatných relevantních trhů, přičemž tvrzený správní delikt se týká pouze jednoho z nich. Ten je pak navíc po geografické stránce podstatně užší než trh v České republice. V důsledku toho pak vzal za základ pro vyměření pokuty mnohem vyšší obrat, než jaký by mohl být základem pro vyměření pokuty, kdyby byly Zásady pro ukládání pokut a z nich vyplývající legitimní očekávání na straně soutěžitelů respektovány.
144. V této souvislosti účastník řízení vznesl námitky k vymezení relevantního trhu. Uvedl, že Komise ve Sdělení o definici relevantního trhu uvádí, že *„ve většině případů se rozhodnutí bude muset opírat o řadu kritérií a různých důkazů“*, přičemž Komise *„uplatňuje otevřený přístup k empirickým důkazům, s cílem účinně využívat všechny dostupné informace, které mohou mít v jednotlivých případech význam“*. Dále uvádí, že *„[o]becně a pro všechny praktické účely při posuzování jednotlivých případů bude třeba rozhodnout o několika možných alternativních relevantních trzích.“* Všechny tyto zásady zůstaly Úřadem nepoužity a porušeny.
145. Účastník řízení dále vyjádřil domněnku, že relevantním trhem je trh rychlostních komunikací s asfaltovým povrchem a trh staveb mostů. K tomu blíže uvedl přehled oblasti inženýrského stavitelství rozdělený podle druhů dodávaných staveb. Skutečnost, že oblast inženýrského stavitelství se z věcného hlediska dělí na další relevantní trhy podle druhů staveb a dále podle použité technologie byla potvrzena mimo jiné v rozhodnutí Evropské komise STRABAG/DYWIDAG (COMP/M.3754).
146. Pokud jde o další námitky ve vztahu k uložené sankci, ty jsou obdobné jako u ostatních účastníků řízení, týkají se především nesprávného zohlednění trvání deliktu, absence individualizace sankce, nepřiměřenosti sankce k míře narušení hospodářské soutěže,

nepřiměřenosti sankce ve vztahu k míře spolupachatelství. Dále účastník řízení znovu zpochybnil správnost započítání přitěžující okolnosti, a naplnění účelu sankce vzhledem k době, která uplynula od spáchání deliktu.

147. Účastník řízení rovněž namítl, že Úřad porušil zásadu rovnosti v právech, neboť uložená pokuta představuje šestinásobek nejvyšší uložené sankce ve věci kartelu PISU, ve zmiňované věci se však jednalo o mnohaletou účast na kartelu globálních rozměrů.

Petit

148. S ohledem na uvedené účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené výroky rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
149. Účastník řízení Skanska svůj rozklad dále doplnil podáním ze dne 28. 1. 2016, ve kterém podrobněji rozvedl své námitky stran správnosti vymezeného relevantního trhu. Účastník řízení nejprve citoval Sdělení Komise o definici relevantního trhu a jeho vymezení a tvrdil, že napadené rozhodnutí zcela rezignovalo na provedení poptávkové a nabídkové analýzy. Vymezení relevantního trhu provedené Úřadem považoval za nesprávné a nezákonné, zejména z toho důvodu, že neobsahuje žádné odůvodnění vymezení relevantního trhu. Dále účastník citoval závěry Úřadu z napadeného rozhodnutí a konstatoval, že jsou nepřezkoumatelné.
150. Dále uvedl, že jednotlivá stavební díla jsou z pohledu odběratelů nezaměnitelná, protože subjekt poptávající stavbu mostů, nepřeorientuje svoji poptávku v důsledku zvýšení ceny tohoto díla např. na poptávku stavby elektrického vedení. Účastníka řízení se týkal je skutek veřejná zakázka na stavbu rychlostní komunikace a stavbu mostů, tudíž měl být relevantní trh vymezen jako trh rychlostních komunikací s asfaltovým povrchem a trh staveb mostů. Subjekty poptávající stavbu rychlostní komunikace, nezmění svou poptávku, protože je nezaměnitelná (podle účastníka nelze zaměňovat silnice s asfaltovým povrchem, a s betonovým povrchem, čtyřproudé a dvouproudé silnice, apod.).
151. Účastník řízení nakonec tvrdil, že ve vztahu ke stavbě čtyřproudých rychlostních komunikací s asfaltovým povrchem a stavbám mostů není ani nabídková substitute možná, protože by vyvolala potřebu převést personální, strojní a dalším hmotná a nehmotná aktiva navázaná na stavbu čtyřproudých rychlostních komunikací s asfaltovým povrchem, což není možné. Aktiva v podobě obaloven, obsluhujícího personálu, potřebného know-how, apod. nelze využít v případě jiných staveb, technologický postup stavby je odlišný. Svá tvrzení o nemožnosti vstupu na trh rychlostních komunikací účastník řízení dokumentoval požadavky na personální vybavenost stavebních společností, které jsou v naprosté většině případů navázány na konkrétní typ stavby.
152. Konečně účastník řízení nesouhlasil ani s geografickým vymezením trhu, neboť tvrzení Úřadu nejsou podle jeho názoru podložena žádnými konkrétními důkazy. Pro stavbu rychlostní komunikace je údajně podstatná přítomnost provozoven soutěžitelů působících na těchto věcných trzích (obalovny, štěrkovny, betonárny, apod.). V této souvislosti účastník řízení poukázal na rozhodnutí Úřadu ze dne 9. 6. 2008, č.j. S125/2008/KS-11575/2008/840, kde Úřad vymezil geografický trh územím o vzdálenosti 30 km od výroben betonu a 60 km od kamenolomu.

153. Podle účastníka řízení tak nesprávné vymezení relevantního trhu mělo dopad na výši pokuty. Pokud by Úřad bral v úvahu pouze dílčí trhy rychlostních komunikací a stavby mostů, pak by obrát účastníka řízení za rok 2007 činil 8,5 mld. Kč a výsledná pokuta by tak byla nesrovnatelně nižší. Úřad dále podle účastníka řízení opomněl zvážit relevantní obrát za rok 2014 ve vztahu k přiměřenosti pokuty. Ze všech těchto důvodů proto účastník řízení navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Pokud tak neučiní, navrhl, aby nechal zpracovat znalecký posudek, kterým by byl řádně vymezen relevantní trh.

III. Vyjádření k rozkladům ostatních účastníků řízení

Vyjádření účastníka řízení Lesostavby Třeboň

154. Ve svém vyjádření k rozkladům ostatních účastníků řízení ze dne 4. 12. 2015 se účastník Lesostavby Třeboň a.s. v obecné rovině ztotožňuje s důvody uplatněnými v rozkladech účastníků M-SILNICE a.s., BERGER BOHEMIA a.s., EUROVIA CS, a.s. a Skanska a.s., které podle účastníka Lesostavby Třeboň a.s. v převážné většině odpovídají důvodům jím v rozkladu uplatněným. Stejně se účastník Lesostavby Třeboň a.s. vyjádřil k rozkladu účastníka SWIETELSKY stavební s.r.o. dne 8. 12. 2015 i k doplnění rozkladu účastníka STRABAG a.s., k němuž poslal účastník Lesostavby Třeboň a.s. vyjádření dne 14. 12. 2015.

Vyjádření účastníka řízení společnosti EUROVIA CS, a.s.

155. Dne 8. 12. 2015 podal účastník EUROVIA CS, a.s. vyjádření k rozkladům podaným ostatními účastníky. V něm uvedl, že všichni účastníci správního řízení ve svých rozkladech shodně s účastníkem EUROVIA CS, a.s., konstatují, že Úřad správní řízení nezákonně zahájil, dále že Úřad v rámci nezákonně zahájeného správního řízení provedl nezákonná místní šetření, dále že Úřad neúplně zjistil skutkový stav, rovněž že Úřad nezohlednil prekluzi deliktního jednání stran veřejné zakázky R4, že při uložení pokuty účastníku EUROVIA CS, a.s., vycházel Úřad z nesprávně široce vymezeného relevantního trhu, nesprávně a v rozporu se zásadou individualizace trestu vycházel Úřad z obrátů celé Skupiny EUROVIA namísto obrátu společnosti EUROVIA CS, a.s., a že se Úřad v napadeném rozhodnutí v rozporu se zásadou legality zabýval okolnostmi a jednáním účastníků řízení ve vztahu k veřejné zakázce Stará Pohůrka, ačkoli za tento delikt již odpovědnost zanikla. Nad to účastník EUROVIA CS, a.s., ve vyjádření dále trval na tom, že Úřad v rámci správního řízení neinicíoval proceduru narovnání, a rovněž že se dopustil diskriminace a porušení zásady legitimního očekávání ve vztahu k nedůvodně odlišnému postupu při rozhodování o návrzích účastníka EUROVIA CS, a.s., a účastníka K-Building na přerušení správního řízení.

Vyjádření účastníka řízení M-SILNICE a.s.

156. Účastník řízení společnost M-SILNICE a.s. ve vyjádření ze dne 4. 12. 2015 uvedl, že rozklady ostatních účastníků jsou v souladu s rozkladem jím podaným, za zvláště přílehlavé označil rozklady účastníků EUROVIA CS a.s. a Skanska a.s., a to ve vztahu k veřejné zakázce R4.

Vyjádření účastníka řízení Skanska a.s.

157. Účastník řízení Skanska ve svém vyjádření k rozkladům ostatních účastníků řízení uvedl, že obsahová shoda vznesených námitek poukazuje na množství hrubých procesních pochybení Úřadu, která mají vliv na nezákonnost celého rozhodnutí. Účastník následně zrekapituloval vady, na které bylo poukázáno podrobně již v podaných rozkladech, a to zejména neurčitě

vymezený předmět správního řízení, nezákonnost důkazů, spekulace vydávané za skutková zjištění a neprovedení navržených důkazů. Dále namítl, že hmotněprávní závěry Úřadu nemají oporu v provedeném dokazování a že relevantní trh je nesprávně vymezen jak po stránce věcné, tak po stránce geografické. Účastník rovněž brojil proti výši uložené sankce a považoval ji za nelegitimní a zjevně nepřiměřenou. Závěrem navrhl, aby předseda Úřadu správní řízení vůči němu neprodleně zastavil.

Vyjádření účastníka řízení SWIETELSKY stavební s.r.o.

158. Ve svém vyjádření k rozkladům, které účastník řízení SWIETELSKY označil jako „Doplnění č. 2“ svého rozkladu, poukázal ve shodě se společností Strabag na skutečnost, že Úřad neměl v době zahájení řízení důvodné podezření ze spáchání správního deliktu nezbytné pro zahájení správního řízení. K argumentaci účastníka STRABAG se dále účastník SWIETELSKY připojil v úsudku, že Úřad v napadeném rozhodnutí nedostatečně a nikoli řádně vymezil předmět řízení, vedl řízení nedovoleným způsobem a protiprávně zajistil důkazy. Ve shodě s účastníkem Skanska dále namítl neprokázání uzavřené zakázané dohody, a rovněž nesouhlasil s vymezením relevantního trhu po věcné i geografické stránce tak, jak učinil v napadeném rozhodnutí Úřad.

IV. Řízení o rozkladech

159. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 správního řádu, a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
160. Podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání tohoto rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladech, popřípadě, vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.
161. Protože výrok XIV. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad zastavil správní řízení ohledně skutku veřejná zakázka Revitalizace návsí Stará Pohůrka, žádný z účastníků řízení rozkladem nenapadl, je napadené rozhodnutí v této části pravomocné.

I. Doplnění dokazování

162. Orgán prvního stupně po vydání napadeného rozhodnutí a na základě podaných rozkladů doplnil ve smyslu § 86 odst. 2 správního řádu řízení o důkaz sdělením Ředitelství silnic a dálnic stran adresátů obsažených v Dodatcích k zadávací dokumentaci k veřejné zakázce R4 Mirotice – Třebkov, které byly zasílány jednotlivým uchazečům o zakázku a ze kterých se tito uchazeči mohli podle tvrzení účastníka řízení Skanska dozvědět o tom, které konkrétní subjekty obdržely zadávací dokumentaci do soutěže. Podle sdělení ŘSD jednotlivé Dodatky byly uchazečům zaslány v takové podobě, že v poli určeném pro adresáta, byla skutečně uvedena pouze firma a adresa jednoho soutěžitele a ne seznam všech firem všech uchazečů, jak tvrdí účastníci řízení.
163. S takto doplněným dokazováním byli účastníci řízení seznámeni a k novému důkazu se vyjádřili následovně. Účastník EUROVIA CS, a.s. zpochybnil relevantnost tvrzení ŘSD v tom smyslu, že není zřejmé, z jakého důvodu ŘSD Úřadu nepředložilo kopii Dodatků tak, jak byly

zasílány jednotlivým zájemcům, ŘSD totiž opětovně Úřadu zaslalo kopie Dodatků, na nichž jakožto adresáti figurují všechny společnosti, které si vyzvedly zadávací dokumentaci. Ani nově předložené podklady neprokazují, že není možné, aby ostatní zájemci znali okruh zájemců, kteří si zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku R4 Mirovice - Třebkov vyzvedli a že na straně účastníků došlo k jednání, které by bylo možno považovat za jednání koluzivní naplňující znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 3 odst. 1 ZOHS.

164. K doplněnému dokazování se dále vyjádřil účastník řízení společnost Skanska a uvedl, že Úřadu se nepodařilo vyvrátit tvrzení o tom, že jednotliví uchazeči o zakázku byli obeznámeni s tím, které společnosti si vyzvedly zadávací dokumentaci, na základě Dodatků zaslaných přímo zadavatelem. Odpověď ŘSD nelze považovat za důvěryhodnou, protože v příloze sdělení jsou obsaženy opět tytéž Dodatky s uvedením všech uchazečů. Vědomost o tom, které všechny subjekty si vyzvedly zadávací dokumentaci, údajně potvrzují v rozkladu i EUROVIA a Swietelsky. Účastník řízení zpochybnil také způsob, jakým byl tento dodatečný důkaz pořízen.
165. Dále se k doplnění podkladů rozhodnutí vyjádřil účastník řízení Swietelsky, který uvedl, že s ohledem na časový odstup se mu již v podkladech k zakázce R4 nepodařilo dohledat, zda skutečně byly na Dodatku odeslaným ŘSD uvedeni všichni uchazeči či nikoliv. Tento účastník řízení dále navrhl provedení dalšího důkazu, a to protokolu o prohlídce staveniště, ze kterého má být zřejmé, které konkrétní osoby se tohoto úkonu účastnily. Tento důkaz má sloužit k prokázání vědomosti všech uchazečů o zakázku o tom, kdo konkrétně má zájem podat nabídku do soutěže a kdo se tudíž účastnil prohlídky staveniště.
166. Vypořádání těchto námitek a návrhu na doplnění dokazování se věnuji v části IV. nazvané přezkum hmotněprávních otázek napadeného rozhodnutí týkající se veřejné zakázky R4 Mirovice – Třebkov.

II. Aplikace právních norem, uplynutí lhůty pro uložení pokuty

167. Před započítáním vypořádání se s jednotlivými námitkami účastníků řízení a podrobnějším zdůvodněním výrokové části, jsem se zabýval tím, jaké znění hmotně právních i procesních předpisů je pro toto správní řízení relevantní.
168. Prvostupňový orgán Úřadu se ve svém rozhodnutí použitím příslušného znění právní normy zabýval a své úvahy rozvedl na str. 50 – 55 napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že závěry Úřadu považuji za správné, nebudu je již dále rozvádět.
169. Pokud jde o hmotně právní otázky, Úřad shledal, že ve veřejné zakázce R4 Mirovice – Třebkov bude postupováno podle ZOHS ve znění novely zák. č. 71/2007 Sb.; u veřejné zakázky Bakaláře Písek jde o ZOHS ve znění novely zák. č. 296/2007 Sb.; a konečně v případě veřejné zakázky ul. Jeronýmova Třeboň bude postupováno podle ZOHS ve znění novely zák. č. 361/2005 Sb. Na podrobné zdůvodnění odkazuji na obsah napadeného rozhodnutí.
170. Vzhledem k tomu, že někteří účastníci řízení nepovažovali rozbor jednotlivých novel zákona za dostatečný, uvádím, že úprava ZOHS je od novely zák. č. 155/2009 Sb. výrazně detailnější a v mnoha ohledech také přísnější. Pokud by Úřad měl postupovat při ukládání pokuty za delikty dle „novelizovaného“ (tedy pozdějšího – aktuálního znění zákona), mohl by Úřad účastníky řízení sankcionovat i za další jednání, a to zejména ve veřejné zakázce Revitalizace návsí Stará Pohůrka, která je podle starší a příznivější právní úpravy již promlčena. Od 1. 9.

2009 totiž zákon č. 155/2009 Sb. vypustil prekluzivní lhůty pro ukládání pokut a zánik odpovědnosti za delikt navázal na nezahájení řízení ve stanovené subjektivní a objektivní lhůtě.

171. Úřad se dále zabýval i procesně právními normami, podle kterých bude v řízení postupováno a správně uvedl, že v průběhu řízení zahájeného dne 31. 7. 2012 nabytí dne 1. 12. 2012 účinnosti zákon č. 360/2012 Sb., kterým se změnil zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 30. 11. 2012. Podle čl. II „Přechodné ustanovení“ této novely se řízení, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí jeho účinnosti, procesně dokončí podle dosavadních právních předpisů. Správní řízení sp. zn. ÚOHS-S834/2014/KD nebylo do 1. 12. 2012 pravomocně skončeno. Úřad tedy postupuje v daném řízení z hlediska procesního dle ZOHS ve znění zákona č. 188/2011 Sb. (účinném do 30. 11. 2012).
172. Účastník řízení BERGER BOHEMIA namítl, že skutek, ze kterého je usvědčován měl být promlčen obdobně jako skutek veřejná zakázka revitalizace návsi Stará Pohůrka již v červenci 2015, protože již při místním šetření Úřad získal vědomost o jeho protisoutěžním jednání.
173. Podle § 22 odst. 5 ZOHS 71 platily v případě skutku veřejná zakázka R4 Mirovice - Třebkov pro uložení pokuty prekluzivní lhůty 10 let a 3 roky. Vzhledem k tomu, že lhůta pro podání nabídek ve veřejné zakázce R4 byla stanovena na 30. 10. 2007, počátek objektivní lhůty Úřad navázal k tomuto dni, 10 let tedy dosud neuplynulo. Pokud jde o subjektivní lhůtu, podle Úřadu počala v daném případě běžet dne, kdy se Úřad o porušení zákona dozvěděl, tj. dne 29. 3. 2013, kdy Úřad mohl porovnat informace obdržené od zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR o průběhu dané zakázky, včetně informací o podaných nabídkách a jejich obsahu (výši nabídkové ceny a dalších kritérií) s dokumentem SW A6 převzatém v rámci šetření na místě u společnosti Swietelsky dne 19. 2. 2013. V případě veřejné zakázky R4 tudíž rozhodnutí objektivní ani subjektivní lhůta pro uložení pokuty a konstatování viny v souvislosti s jednáním účastníků řízení dosud neuplynula.

III. Přezkum napadeného rozhodnutí z pohledu namítaných procesních pochybení

Podjatost předsedy Úřadu

174. Úvodem přezkumu napadeného rozhodnutí jsem se musel zabývat námitkou podjatosti své osoby, kterou vnesl účastník řízení společnost Lesostavby. Účastník v této souvislosti uvedl, že předseda Úřadu je jistě s věcí dobře obeznámen již předem, dokonce na ní sám již participoval, jak vyplývá z jeho vyjádření v mediích. Nelze jej tedy považovat za nestranného a objektivního, s předem nezaujatým přístupem k věci.
175. Odstavec 6 § 14 správního řádu uvádí, že ustanovení o podjatosti zakotvená v § 14 odst. 1 až 5 správního řádu jsou v případě vedoucích ústředních správních úřadů vyloučena z aplikace. Úřad je ústředním orgánem státní správy ve smyslu § 1 odst. 1 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle § 1 odst. 3 téhož zákona stojí v čele Úřadu jeho předseda. Na základě uvedeného je tak nutno dojít k závěru, že předseda Úřadu jakožto vedoucí ústředního orgánu státní správy nemůže být ve smyslu § 14 správního řádu podjatý.
176. Nad rámec kogentní a jednoznačně znějící právní úpravy poukazují na judikaturu správních soudů např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 6 A 90/2002-82 ze dne 27. 11. 2003,

kde je na str. 10 uvedeno „[o]rganizace správy přitom neumožňuje naplnit ustanovení o vyloučení vedoucích ústředních orgánů státní správy při řízeních o rozkladu i z toho důvodu, že není specializovaný nadřízený orgán, který by o vyloučení vedoucího ústředního orgánu státní správy rozhodoval a není nikdo, kdo by případně mohl místo vyloučeného vedoucího ústředního orgánu státní správy rozhodovat.“ Kdyby tedy zákon připustil podjatost vedoucího ústředního orgánu státní správy, nebylo by možné rozhodnout o rozkladu proti rozhodnutí ústředního orgánu státní správy v případě vznesení předmětné námitky, neboť o rozkladu dle § 152 odst. 2 správního řádu rozhoduje výlučně ministr, resp. vedoucí ústředního orgánu státní správy.

177. Dále poznamenávám, že námitku podjatosti, i při nemožnosti existence mé podjatosti díky konstrukci podávané z § 14 odst. 6 správního řádu, by bylo nutné odmítnout pro její nedůvodnost. V posuzovaném případě totiž nejsou ani dány materiální předpoklady podjatosti či jakékoliv pochybnosti o možné podjatosti.
178. Podjatost je obecně chápána jako vztah k projednávané věci či účastníkům řízení (příp. jejich zástupcům), když lze mít důvodně za to, že pro tento vztah má daná osoba takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze důvodně pochybovat o její nepodjatosti. Účastník řízení však ve svých námitkách nikterak neindikoval můj jakýkoliv osobní vztah k němu či k jeho právnímu zástupci. Rovněž můj vztah k věci a zájem na výsledku řízení nijak skutečně neuvedl a pochopitelně nedoložil, omezil se totiž jen na prosté úvahy typu „*prezentovali-li předseda Úřadu napadené rozhodnutí v médiích, je podjatý a nemůže rozhodnout o opravném prostředku proti tomuto rozhodnutí*“. Takovou dedukci je však nutné zcela odmítnout, neboť samotná vystoupení předsedy Úřadu v médiích, kdy předseda toliko referuje o činnosti Úřadu, jsa jeho nejvyšším představitelem, nemohou materiálně zakládat stav jeho podjatosti jakožto osoby rozhodující výlučně o rozkladu proti referovanému rozhodnutí, neboť nevyvolávají žádný důvodný předpoklad, že by předseda Úřadu měl z titulu objektivní prezentace rozhodovací činnosti Úřadu jakýkoliv osobní poměr k věci nebo účastníkům řízení. Z ničeho, co namítají účastníci řízení, nelze dovodit, že bych měl mít jakýkoliv subjektivní zájem na výsledku řízení.
179. Zde odkazuji na velmi přílehlavý rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 42/2007-337 ze dne 17. 9. 2008, kde je na str. 15 výslovně dokonce konstatováno, že „[p]roklamativní prohlášení vedoucího ústředního orgánu státní správy médiím v průběhu správního řízení sama o sobě nemohou ani materiálně zakládat stav podjatosti vedoucího ústředního orgánu státní správy coby úřední osoby rozhodující výlučně ve druhém stupni správního řízení, neboť sama o sobě nevyvolávají důvodný předpoklad v tom směru, že by vedoucí ústředního orgánu státní správy snad měl pro svůj osobní poměr k věci nebo k účastníkům správního řízení zájem na výsledku správního řízení ve smyslu § 14 odst. 1 správního řádu“. Obdobně se k věci vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010, kde dovodil (bod 26), že „*mediální prezentace výsledku rozhodovací činnosti má být ze strany správních orgánů obvyklým standardem. Média vyjádření předsedy žalovaného k jednotlivým případům očekávají*.“ Podle Nejvyššího správního soudu samotná skutečnost, že vydané rozhodnutí doposavad není v právní moci, nic nemění na tom, že správní řízení přinejmenším v daném stupni bylo završeno a je na místě veřejnost o výsledku činnosti Úřadu informovat. Ve zmiňovaném rozsudku Nejvyšší správní soud (opět bod 26) dokonce výslovně uvedl, že cit.: „*Správní úřad v demokratickém právním státě se nemůže podobat Zámku ze stejnojmenného*

Kafkova románu, o kterém nikdo nic neví, neboť je zahalen mlhou mlčení. Mediální prezentace činnosti orgánu veřejné správy (na rozdíl od paušálních a zaujatých hodnocení určitého jednání před započítáním správního řízení nebo před jeho formálním ukončením) přispívá k realizaci ústavního postulátu, dle něhož státní moc slouží všem občanům (čl. 2 odst. 3 Ústavy), resp. zákonného principu, podle něhož veřejná správa je službou veřejnosti (§ 4 odst. 1 správního řádu).“

180. Konstatuji proto, že tato námitka účastníka řízení není důvodná. Jako předseda ústředního orgánu státní správy nejsem podjatý.

Podjatost člena rozkladové komise

181. Dne 22. 1. 2016 a 27. 1. 2016 namítli účastníci řízení společnosti STRABAG a EUROVIA podjatost Mgr. Martina Kramáře, LL.M., jakožto člena rozkladové komise. Svou námitku zdůvodnily tak, že Martin Kramář působí v advokátní kanceláři Weil, Gotshal, Manges, s.r.o., která je dlouhodobým právním zástupcem Ředitelství silnic a dálnic. Tato osoba tedy může mít zájem na výsledku řízení zejména s ohledem na možné soukromoprávní nároky ŘSD. Dále působil Martin Kramář jako právní zástupce ŘSD v několika rozhodčích řízeních, jejichž účastníkem byla společnost STRABAG jako žalovaná strana, také z tohoto důvodu podle účastníků řízení vyvstávají pochybnosti o nepodjatosti tohoto člena rozkladové komise.
182. Jednání rozkladové komise k projednání rozkladů účastníků řízení v této věci se uskutečnilo dne 15. 1. 2016. Pokud jde o člena rozkladové komise Mgr. Martina Kramáře, LL.M., ten se z účasti na jednání rozkladové komise písemně omluvil předem, a to právě z důvodu možné podjatosti (srov. email zasláný předsedovi rozkladové komise dne 12. 1. 2016, na č.l. 13767). Tento člen rozkladové komise se tedy samotného projednání rozkladů ve věci neúčastnil. Z tohoto důvodu považuji námitky podjatosti za bezpředmětné.

Zahájení a vedení správního řízení

183. Proces samotného zahájení správního řízení, indicie, které vedly k jeho zahájení i samotný průběh správního řízení jsou stručně popsány v napadeném rozhodnutí Úřadu na str. 8 – 11. Správní řízení ve věci sp. zn. S426/2012/KD bylo zahájeno dne 31. 7. 2012, a to zejména na základě podnětu Policie České republiky ze dne 20. 6. 2012. Obsahem zmíněného podnětu bylo anonymní trestní oznámení poukazující na možnou trestnou činnost při přípravě tří veřejných zakázek zadávaných městem Písek v roce 2012. Trestní oznámení obsahovalo rovněž poměrně přesný popis samotného protiprávního jednání a výčet jednotlivých stavebních společností, které se na tomto jednání mají podílet, včetně označení „vedoucí“ role konkrétního subjektu (srov. č.l. 5-6 správního spisu). Rozbor informací obsažených v trestním oznámení včetně vyžádání si a rozbor konkrétních veřejných zakázek zadávaných veřejným zadavatelem městem Písek představovalo pro Úřad dostatečné podezření, že mohlo dojít ke spáchání protisoutěžního jednání, a proto Úřad dne 31. 7. 2012 správní řízení zahájil.
184. Zároveň se zahájením správního řízení Úřad provedl první dvě místní šetření, a to v obchodních prostorách společností STRABAG a EUROVIA CS. Následovala další místní řízení, a to chronologicky takto: Místní šetření dne 19. 2. 2013 v obchodních prostorách společnosti K-Building, místní šetření dne 19. 2. 2013 v obchodních prostorách společnosti Swietelsky, místní šetření dne 19. 2. 2013 v obchodních prostorách společnosti SaM Silnice, místní

šetření v obchodních prostorách společnosti Uniko, místní šetření dne 17. 4. 2013 v obchodních prostorách společnosti M-Silnice, místní šetření dne 6. 11. 2013 v obchodních prostorách společnosti Lesostavby, místní šetření dne 27. 11. 2013 v obchodních prostorách společnosti BERGER BOHEMIA, místní šetření dne 28. 5. 2014 v obchodních prostorách společnosti Radouňské vodohospodářské stavby, místní šetření dne 17. 6. 2014 v obchodních prostorách společnosti OHL ŽS, a místní šetření dne 24. 6. 2014 v obchodních prostorách společnosti MANE Stavební.

185. Úřad zahájil správní řízení, přičemž předmět řízení vymezil jako „jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, a to zejména ve výběrových řízeních vyhlašovaných veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012“. Takto vymezený předmět správního řízení byl následně upřesněn dne 9. 10. 2014 s tím, že Úřad uvedl výčet veřejných zakázek, kterých se správní řízení týká.
186. Následně dne 13. 10. 2014 usnesením ve smyslu § 140 odst. 3 správního řádu vyloučil k samostatnému projednání ze správního řízení sp. zn. S426/2012/KD, vedeného ve věci možného porušení § 3 odst. 1 ZOHS ve výběrových řízeních veřejnou zakázku „R4 Mirovice – Třebkov“, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60009446 dne 17. 9. 2007, veřejnou zakázku „Revitalizace návsi Stará Pohůrka“, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60022621 dne 23. 9. 2008, veřejnou zakázku „Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I.etapa“, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60015331 dne 29. 2. 2008, a veřejnou zakázku „Rekonstrukce Jeronýmovy v Třeboni“, vyhlášenou městem Třeboň v roce 2006.
187. K právě popsanému postupu Úřadu při zahájení a vedení správního řízení uplatnili účastníci řízení velké množství námitek, z nichž je možné vysledovat tři argumentační linie. První skupina výhrad se vztahuje k nedostatku indicií, které Úřad mohly vést k zahájení správního řízení (viz zejména námitky účastníka řízení STRABAG, EUROVIA CS, Swietelsky, příp. Lesostavby shora). Následně jde o námitky stran nesprávně vymezeného předmětu správního řízení a dále o nezákonném vedení správního řízení a provádění místních šetření mimo rámec zahájeného správního řízení. Nyní k jednotlivým okruhům námitek podrobněji.
188. Podle ustanovení § 21 odst. 1 ZOHS se *ostatní řízení podle tohoto zákona zahajují z moci úřední*, toto ustanovení tedy předvídá zahájení správního řízení ex officio, bližší podmínky pro zahájení tohoto řízení však zákon nestanoví. Proto se na zahájení správního řízení použijí pravidla obecného právního předpisu, kterým je správní řád. Ani ten však v ustanovení § 42 žádné bližší podmínky pro zahájení správního řízení neuvádí, tedy mimo to, že správní orgán je povinen přijímat podněty, aby bylo zahájeno řízení z moci úřední. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 1. 2009, č.j. 62 Ca 43/2007-2016, je jediným udržitelným a základní práva účastníků řízení respektujícím takový výklad, podle kterého lze sankční deliktní správní řízení pro porušení ZOHS zahájit, je-li dáno důvodné podezření.
189. K pojmu důvodné podezření se vyjadřuje Komentář ke správnímu řádu¹, který uvádí, že „dozvědět se o porušení povinnosti“ *neznamená, že již v tom okamžiku musí být najisto*

¹ Jemelka, Poledníčková, Bohadlo.: Správní řád, Komentář, C.H.Beck, 2013.

postaveno, že k porušení povinnosti nesporně došlo, nýbrž postačí, že vzniklo důvodné podezření, že se tak stalo. Jak vyplývá z rozhodnutí VS v Praze sp. zn. 7 A 167/94 (SoJ 99, sv. 17, s. 541), jde o vědomost o skutkových okolnostech v takovém rozsahu, který umožní i jejich předběžné právní posouzení. Zákon nepředpokládá, že by muselo jít o informaci zvláště kvalifikovanou nebo přicházející od určitého zdroje, musí však mít nezbytnou míru věrohodnosti a určitosti, aby na druhé straně nedošlo k zahájení řízení naprosto nedůvodně.

190. Úřad před zahájením správního řízení ve věci shledal, že existuje podezření z možného protisoutěžního jednání, jehož se měly dopustit společnosti STRABAG a EUROVIA CS. Trestní oznámení zaslané Úřadu Policií ČR nebylo jediným podkladem. Úřad disponoval dalšími podklady opatřenými v rámci šetření, které ve svém souhrnu zakládaly významné indicie nasvědčující tomu, že hospodářská soutěž v dané oblasti není dostatečně funkční. Kromě podkladů od Policie ČR se jednalo o účast a nabídky do veřejných zakázek regionálně významného veřejného zadavatele (srov. dopis místopředsedy Úřadu JUDr. Michala Petra, Ph.D., ze dne 26. 2. 2015).
191. Podle shora citované judikatury postačí k zahájení správního řízení taková vědomost o skutkových okolnostech, která umožní předběžné právní posouzení. Obsahem trestního oznámení byl, mimo označení konkrétních veřejných zakázek připravovaných veřejným zadavatelem městem Písek a výčtu konkrétních společností, které se na protiprávním jednání měly podílet, také popis tohoto jednání. Oznamovatel trestné činnosti přímo uvedl, že *„...tyto zakázky jsou a budou přímo řízené ředitelem pobočky Písek (...) ze společnosti STRABAG. Ředitel prostřednictvím pracovníků z odboru investic a rozvoje, kteří veřejné zakázky pro město Písek připravují, zajistil, aby v zakázce (...) byli vyzvány následující firmy, které mají nabídku podat (...seznam společností...).* Průběh všech těchto řízení je předem domluven, cenové nabídky budou připraveny pro všechny vyzvané firmy v oddělení přípravy v pobočce Písek STRABAG. Všem firmám budou následně předány rozpočty, které ostatní pouze zapracují do svých nabídek, rozdělení zakázek je předem domluveno při osobních jednáních ředitele STRABAG s vedoucími pracovníky všech uvedených firem. Průběh bude následující - vítězem bude firma STRABAG, ostatní budou soutěž předstírat, řeší se pouze, zda v nějaké soutěži nevyhraje někdo jiný, aby to pro vedení města nebylo nápadné, že vítěz je stále stejný. Uvažuje se, že naoko vyhraje firma EUROVIA CS, pro kterou následně firma STRABAG zakázku zrealizuje“. Dále je v trestním oznámení popsán proces, který by měl nastat tehdy, pokud by se do soutěže přihlásil třetí subjekt.
192. Z právě popsaného podání a z dokumentů poskytnutých od města Písek Úřad bezpochyby nabyl dostatečné povědomí o skutkových okolnostech věci. Tedy že může jít o jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi určitými subjekty a že tato dohoda nebo shoda spočívá v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví. Popis protisoutěžního jednání je navíc dostatečně věrohodný, aby vzbuzoval oprávněné podezření, že minimálně u jmenovaných veřejných zakázek se mohlo jednat o předem domluvený a koordinovaný postup, který je třeba blíže objasnit. Z popisu jednání také zjevně vyplývá, o jaký správní delikt se jedná, ačkoliv v trestním oznámení přesně označen není, a že se tedy může jednat o tzv. bid-rigging. Dále bylo v trestním oznámení poukázáno na konkrétní společnosti, které mají celou protisoutěžní činnost koordinovat (STRABAG) a profitovat z ní (EUROVIA). Samotný obsah trestního oznámení tedy nepůsobil nijak nevěrohodně

a oprávněně byl pro Úřad indicií o tom, že při tendrech ve stavebnictví může docházet k protisoutěžní činnosti.

193. Účastník řízení STRABAG namítl, že pokud by Úřad skutečně ověřil pravdivost trestního oznámení, musel by dospět k závěru, že STRABAG ve skutečnosti z vyjmenovaných tří veřejných zakázek vyhrál jen jednu a že účastník řízení EUROVIA CS žádnou nevyhrála. Z tohoto zjištění mělo být Úřadu jasné, že trestní oznámení je ryze spekulativní. K tomu uvádím, že právě ověření skutečnosti, že vítězství společnosti STRABAG v jedné z označených veřejných zakázek, mohlo být zrovna tak pádným důkazem o tom, že v oznámení sdělená podezření se mohou zakládat na pravdě a že je třeba zvýšené pozornosti Úřadu. V každém případě následný postup Úřadu svědčí o tom, že nepostupoval ve slepé víře v trestní oznámení a správní řízení zahájil nejprve se dvěma účastníky řízení, a to společnostmi STRABAG a EUROVIA CS, přičemž další účastníky řízení přibíral až poté, co zjistil další relevantní skutečnosti.
194. Pokud jde o námitky stran toho, že Úřad měl nejdříve provést bližší šetření ve věci, příp. sektorové šetření, těm nemohu přisvědčit. Bid-rigging je sám o sobě protisoutěžním jednáním, které je velmi obtížné prokázat, a to zejména z toho důvodu, že soutěžní orgány jen s obtížemi nalézají potřebného množství důkazů k prokázání deliktů. Pro soutěžní orgány, které nedisponují takovými pravomocemi jako orgány činné v trestním řízení, je složité shromáždit důkazy prokazující jakoukoliv koordinaci subjektů na trhu, a to ideálně zachycenou na hmotném nosiči. Ne vždy totiž dochází k situaci, kdy je vzájemná shoda nebo dohoda subjektů zřejmá z podaných nabídek do soutěže. Z těchto důvodů musí soutěžní orgán velmi pečlivě zvažovat, které kroky před zahájením správního řízení učiní, aby nedošlo k odhalení jeho záměru ještě před zahájením správního řízení a k likvidaci důkazního materiálu ještě ve fázi šetření Úřadu.
195. Není tedy důvod trvat na tom, aby podklady či informace potřebné pro objasnění možné protisoutěžní činnosti byly nejprve formálně vyžádány a k jejich poskytnutí byla stanovena lhůta (§21e), a aby teprve následně po uplynutí určité doby bylo zahájeno jejich prověřování. Proces zjišťování podkladů musí být nutně efektivní, bezprostřední a musí obsahovat prvek překvapení, zvláště u takto specifického protisoutěžního jednání, jakým bid-rigging je.
196. Z těchto důvodů nepovažuji postup Úřadu za nijak neobvyklý nebo protizákonný. Úřad získal podložené podezření o protisoutěžním jednání konkrétních subjektů a jedinou možností, jak získat další zdroj informací o tomto jednání bylo zahájit správní řízení a provést místní šetření.
197. Právě místní šetření je totiž klíčovým nástrojem pro získání relevantních informací o protisoutěžním jednání soutěžitelů a tak tomu bylo i v tomto případě. 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. Místní šetření je tak nenahraditelným zdrojem informací, neboť využívá prvek překvapení. 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 Úřad nadán pravomocí vstupovat do obchodních prostor soutěžitele a obstarat v těchto prostorách nezbytné důkazní prostředky, se naplňuje účel existence

zákona o ochraně hospodářské soutěže a Úřadu samotného, neboť bez těchto důkazů by často nebylo možné odhalit závažné protisoutěžní jednání soutěžitelů.

198. Zdůrazňuji proto, že ve fázi zahájení správního řízení Úřad nemůže disponovat natolik kvalifikovanými důkazy, ze kterých by byl schopen přesně popsat protisoutěžní jednání, k získání relevantních důkazů slouží institut místního šetření a ten je v praxi využíván až poté, co je zahájeno správní řízení. Uzavírám tedy, že postup Úřadu nebyl žádným administrativním excesem, jak se snaží tvrdit účastníci řízení, ale proběhl zcela standardním způsobem. Úřad získal hodnověrné informace o možném protisoutěžním jednání a ty vyhodnotil tak, že zahájil správní řízení.
199. Pokud jde o samotné vymezení předmětu správního řízení, ani na něm nespátřuji odklon od dosavadní praxe Úřadu či jakoukoliv nezákonnost.
200. Soudy již mnohokrát judikovaly, že nároky na správní orgán a vymezení 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. Odkazuji zde např. na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 11. 12. 1997, sp. zn. 2 A 10/97, kde soud uvedl, že si „lze stěží představit, jak by mohl správní orgán bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, když teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit závěr o porušení zákona, o němž získal vědomost teprve do zahájení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost“.
201. ZOHS sice (jak je uvedeno shora) přesně neupravuje, jaké náležitosti musí být splněny při zahájení místního šetření ani jak přesně má být vymezen předmět řízení, klade však konkrétní požadavky na institut pověření k místnímu šetření v ustanovení § 21f. Podle § 21f odst. 5 ZOHS *[p]řed zahájením šetření sdělí Úřad soutěžitelům, v jehož obchodních prostorách má šetření na místě proběhnout, právní důvod a účel šetření a poučí ho o jeho právech a povinnostech podle tohoto zákona, včetně možnosti uložení pokuty*.
202. Tyto národní požadavky na možnost provést místní šetření jsou obdobné postupu Komise EU. Touto otázkou se zabývalo např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 26. června 1980 ve věci National Panasonic (UK) Limited proti Komisi Evropských společenství (dále též „Komise“) č 136/79, které uvádí, že ve smyslu Nařízení 17, čl. 14/3 je náležitostí rozhodnutí o nařízení místního šetření účel a předmět řízení, kde a kdy bude místní šetření prováděno a poučení o možnosti podat žalobu. Shodný závěr vyplývá i z pozdějších rozhodnutí. Podle čl. 20 odst. 4 nařízení č. 1/2003 musí rozhodnutí o nařízení místního šetření „stanovit předmět a účel kontroly“. Soudní dvůr ve své judikatuře rozhodl, že Komise má v podstatě povinnost co nejpřesněji uvést, co je předmětem řízení, a skutečnosti, kterých se má kontrola týkat, třebaže není nutné, aby toto rozhodnutí přesně vymezovalo relevantní trh ani uvádělo přesnou právní kvalifikaci domnělých protiprávních jednání nebo období, během něhož měla být tato protiprávní jednání spáchána (srov. mj. rozhodnutí ve věci Nexans a Nexans Francie v. Komise, C-37/13P, bod 36 a citovaná judikatura).
203. S ohledem na námítky účastníků řízení zde zdůrazňuji, že v souladu s evropskou judikaturou není Komise povinna při vymezení předmětu šetření uvést dobu, během níž k protiprávnímu jednáním docházelo (viz rozsudky Dow Benelux v. Komise, Hoechst v. Komise, a Roquette Frères). Citovat lze např. Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. října 1989 ve věci Dow

Chemical Ibérica, SA, a další proti Komisi Evropských společenství, spojené věci 97/87, 98/87 a 99/87, body 43. - 49.

204. Účastník řízení společnost STRABAG ve svém rozkladu namítla, že předmět správního řízení byl vymezen nezákonně, protože popis skutku je natolik vágní, že dochází k porušení principu totožnosti skutku. Ostatní účastníci řízení např. společnost Lesostavby tuto námitku dále rozvedli tak, že předmět řízení je vymezen natolik neurčitě, že Úřad v podstatě může šetřit jakékoliv jednání a prověření všech výběrových řízení ve stavebnictví na celém světě. Takto vymezený předmět řízení pak podle účastníka řízení znamená, že tímto řízením vytvořil Úřad překážku litispendence, což znamená, že Úřad v budoucnu již nikdy nebude moci s účastníkem řízení zahájit jiné správní řízení.
205. V první řadě uvádím, že účastníci naprosto záměrně směšují okamžik zahájení řízení a vymezení předmětu řízení při tomto zahájení správního řízení a vymezení předmětu řízení v rozhodnutí správního orgánu. Tyto dva okamžiky přitom nemohou být směšovány.
206. Podle Nejvyššího správního soudu „...mezi skutkem, pro který je „sdělováno obvinění“ a skutkem, za který je pak adresát sankčního rozhodnutí trestán, vskutku nemusí existovat po stránce skutkové naprostý soulad, neboť v průběhu řízení mohou některé dílčí skutečnosti teprve vyplynout najevo, či může jinak dojít ke korektuře původních skutkových předpokladů. Pokud však je v průběhu řízení zjištěn určitý aspekt jednání, který „obviněnému“ dosud nebyl vytýkán a vede-li toto nové dílčí skutkové zjištění k rozšíření právní kvalifikace postihovaného jednání, je nutno přistoupit k „rozšíření obvinění“ a poskytnout tak stíhané osobě právo přizpůsobit této nové skutečnosti svou obhajobu“.²
207. Obdobně se k vymezení předmětu správního řízení vyjadřuje i komentář k ustanovení § 42 správního řádu, který uvádí, že *[p]okud se tedy vymezuje předmět řízení, je zde třeba uvést, co tvoří skutkový stav, který má být v řízení podroben bližšímu zkoumání a právně kvalifikován (např. konkrétní jednání nebo opomenutí účastníka řízení), a dále uvedení, o jakých právech nebo povinnostech má být v řízení rozhodováno. Toto obecné vymezení předmětu řízení může mít různé podoby v závislosti na povaze daného řízení. V případě sankčních řízení má vymezení skutku, o kterém bude v řízení jednáno, poměrně velký význam, a to zejména s ohledem na vznik překážek řízení podle § 48. V případě skutkového stavu lze při formulaci oznámení o zahájení řízení vycházet z toho, že správní orgán má pouze omezené informace, které zpravidla postačují pouze k tomu, aby odůvodnily zahájení řízení. Správní orgán proto v oznámení o zahájení řízení vymezí předmět řízení pouze jednoduchým popisem skutku, který je tímto předmětem řízení a který by se neměl nijak zásadně měnit.*³
208. V rozsudcích Vrchního soudu v Olomouci ze dne 11. 12. 1997, sp. zn. 2 A 10/97, ve věci Pražské kanalizace a vodní toky, s. p., a ze dne 15. 5. 2001, č. j. 2 A 10/2000 - 58, ve věci ČESKÝ TELECOM, a. s. vrchní soud konstatoval, že pokud nedošlo k zásadní změně vymezení předmětu řízení, která by si vyžádala zastavení původního řízení a eventuální zahájení řízení nového, tak „[n]ení chybou, jestliže žalovaný v průběhu správního řízení upřesňoval předmět řízení, neboť k tomu nepochybně správní řízení slouží. Stěží si lze představit, jak by mohl žalovaný bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, jestliže teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit si závěr o porušení zákona, o němž získal

² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2011, č.j. 5 Afs 91/2009-149.

³ Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2013.

vědomost do zahájení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost.“

209. Z uvedeného je zřejmé, že pokud jde o samotnou povahu oznámení o zahájení správního řízení, je nutno vzít v potaz, že na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán totiž k dispozici velmi málo údajů o protisoutěžním jednání, přičemž se jedná o informace plynoucí zejména z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů.
210. Na rozdíl od vymezení předmětu řízení, který může být dále v souladu s vývojem dokazování upřesňován nebo rozšiřován, musí být popis skutku v rozhodnutí správního orgánu již konkretizován natolik přesně, aby nemohl být zaměněn s jiným. K požadavkům na konkretizaci skutku ve výroku správního rozhodnutí o správním deliktu se podrobně vyjádřil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73 (č. 5/2008 Sb.NSS, všechna zde citovaná rozhodnutí jsou dostupná též na www.nssoud.cz), následovně: *„Vymezení předmětu řízení ve výroku rozhodnutí o správním deliktu proto vždy musí spočívat ve specifikaci deliktu tak, aby sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným“.*
211. Úřad se tedy neocítl mimo rámec své jurisdikce, jak tvrdí účastník řízení Lesostavby, neboť v rozhodnutí o správním deliktu jednotlivé skutky, které klade účastníkům řízení za vinu, řádně konkretizoval, přičemž předmět řízení upřesnil už v průběhu správního řízení. Úřadem šetřené jednání je jednáním v hospodářské soutěži na trhu výrobků a služeb, které je chráněno proti jejímu vyloučení, omezení nebo jinému narušení nebo ohrožení dohodami soutěžitelů, přičemž samotné jednání bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž na území ČR a přímo na tomto území k němu došlo. Ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 a 5 ZOHS tedy šlo o jednání subsumovatelné pod ZOHS a je to právě Úřad, kdo je ve smyslu zák. č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, příslušný k podpoře a ochraně hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování.
212. Účastník řízení společnost EUROVIA v této souvislosti ještě poukázala na rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky, který svým rozhodnutím sp. zn. 5Sžnz/1/2015 a 5Sžnz/2/2015 ve věci DATALAN proti Protimonopolnému úřadu Slovenskej republiky vyhověl navrhovateli společnosti DATALAN v tom, že místní šetření Protimonopolného úřadu bylo nezákonným zásahem. Z odkazovaného rozhodnutí je zřejmé, že Nejvyšší soud Slovenské republiky klade na správní orgán odlišné požadavky než správní soudy v České republice, přesto je toto citované rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenska vnímáno odbornou veřejností jako převratné rozhodnutí. V této věci je podstatné, že účastník řízení EUROVIA (jak sám uvádí) podal na jaře roku 2015 žalobu na nezákonný zásah ke Krajskému soudu v Brně, přičemž tato žaloba byla jako opožděná odmítnuta⁴, nicméně věc doposud nebyla skončena a nyní se nachází na Nejvyšším správním soudě v řízení o kasační stížnosti. Argumentace účastníka řízení stejně jako argumentace Úřadu je tedy předmětem samostatného řízení, proto ji zde blíže nerozvádím.

Zákonnost získaných důkazů a zákonnost provedených místních šetření

⁴ Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 1. 6. 2015, č. j. 62 A 42/2015-112.

213. Další velká část námitek účastníků řízení se vztahuje k zákonnosti Úřadem zajištěných důkazů a zákonnosti prováděných místních šetření. Námitky účastníků řízení v podstatě i zde vycházejí z toho, jakým způsobem byl vymezen předmět řízení, neboť od tohoto vymezení se odvíjí i oprávnění Úřadu získávat dokumenty při místních šetřeních. Ve světle rozsudku ESLP ve věci Delta Pekárny účastníci řízení dovozují, že výše uvedená místní šetření byla provedena protiprávně. V době, kdy tato místní šetření probíhala, panovalo v české judikatuře konzistentní a převažující stanovisko, že zákonnost místních šetření nelze napadnout samostatnou žalobou a že k jejich přezkumu lze přikročit až v rámci řízení o žalobě proti meritornímu rozhodnutí Úřadu. Kontrolní mechanismus, který vyžaduje ESLP tak účastníci řízení k dispozici neměli. Zároveň nebyli ani žádným způsobem poučeni o tom, kde se mohou proti provedení místního šetření bránit, což podle jejich přesvědčení rovněž svědčí o tom, že v rozhodné době nebyly žádné prostředky obrany dostupné. Jak již účastníci řízení zdůraznili u předchozích námitek, předmět správního řízení byl vymezen velmi široce, což ve svém důsledku podle účastníků řízení vedlo k tomu, že Úřad v podstatě v rámci místních šetření vyhledával deliktní jednání, aniž by existovalo jakékoli předchozí podezření, které by bylo potřeba ověřit. Z judikatury SDEU pak vyplývá, že právě vymezení předmětu místního šetření je klíčové pro posouzení způsobu jeho provedení a zamezení tzv. fishing expedition. Ve svém důsledku jsou tedy důkazy získané na místních šetřeních nezákonné a nemohou být ve správním řízení použity, aniž by došlo k porušení práva účastníků řízení na obhajobu.
214. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad zahájil správní řízení se společnostmi STRABAG a EUROVIA na základě důvodného podezření, že mezi těmito společnostmi dochází ke koordinaci postupu při podávání nabídek do zadávacích řízení na stavební práce. Kromě toho bylo z těchto informací patrné, že se může jednat zejména o zakázky zadávané veřejnými zadavateli v České republice v oblasti inženýrského stavitelství v letech 2011 a 2012. Takto vymezený předmět řízení daný úvodním podezřením nelze interpretovat výlučně z pohledu konečné kvalifikace provedené v napadeném rozhodnutí, neboť Úřad v té době stál teprve na počátku celého řízení a nebylo mu tedy známo, o jak rozsáhlé jednání jde. V daném okamžiku existovalo důvodné podezření o koordinaci postupů, resp. o tzv. bid riggingu, mezi dvěma subjekty, a to společnostmi STRABAG a EUROVIA. Nebylo zcela jasné, zda se jednání účastní i jiní soutěžitelé, zda se jedná o jediné jednání, či o více samostatných útoků. Tato upřesnění jsou pak logicky výsledkem správního řízení, v rámci něhož byl postupně rozkryt rozsah celého jednání, které bylo následně vyhodnoceno jako jednotlivá porušení § 3 odst. 1 ZOHS a v této souvislosti došlo dne 9. 10. 2014 k upřesnění předmětu řízení na jednotlivá výběrová řízení, v rámci kterých se účastníci řízení zakázaného jednání dopouštěli.
215. V rámci prvních místních šetření (provedených dne 31. 7. 2012 ve společnostech STRABAG a EUROVIA) tak účastníci řízení měli informaci o tom, jaké jednání je předmětem řízení (tj. koordinace účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, tzv. bid rigging), byla zde uvedena právní kvalifikace a rovněž další doplňující informace o tom, že jednání zasahovalo zakázky veřejných zadavatelů v České republice, že se jednalo o oblast inženýrského stavitelství a že k zakázanému jednání docházelo minimálně v letech 2011 a 2012. Úřad tedy do zahájení řízení zahrnul všechny jemu v daný okamžik dostupné informace o šetřeném jednání. Není proto na místě hovořit o zkrácení práva účastníků řízení na obhajobu, a to ani v kontextu s tím, že popsaná činnost tvoří převažující předmět podnikání některých účastníků řízení. Jestliže se soutěžitel dopouští zakázaného jednání ve

větším rozsahu nebo v převážné většině svých činností, pak není pochybením správního orgánu, že své podezření nspecifikoval tak, aby soutěžitel mohl přesně rozlišit ta jednání či jejich části, o nichž správní orgán podezření má, a o nichž zatím nikoli. Takový požadavek jde zjevně nad rámec práva na obhajobu.

216. Konečně v této souvislosti lze poukázat i na praxi Komise a závěry Soudního dvora EU, resp. stanoviska generálních advokátů: *„Konkrétně s ohledem na kontroly bez předchozího upozornění je třeba si uvědomit, že jsou obvykle prováděny ve velmi rané fázi, a to zpravidla již v průběhu předběžného šetření případu kartelové dohody. V tomto okamžiku nelze – a to i s ohledem na oprávněné zájmy podniků zachovat své právo na obhajobu – od Komise očekávat, že v rámci svého rozhodnutí o nařízení kontroly již poskytne přesná právní posouzení. Je zcela přirozené, že Komise v tomto stadiu řízení ještě nemá informace nezbytné k tomu, aby mohla poskytnout konkrétní právní posouzení, a také ještě musí přezkoumat správnost svého původního podezření a význam nastalých událostí. Tato skutečnost musí být zohledněna při posouzení právních požadavků kladených na odůvodnění rozhodnutí o nařízení kontroly⁵“.*
217. Úřad v rámci zahájení správního řízení a tomu odpovídajícího pověření specifikuje, že jde o jednání ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, zejména inženýrského stavebnictví, dále že toto jednání se týká zakázek zadávaných veřejnými zadavateli v České republice a rovněž toto jednání subsumuje pod konkrétní skutkovou podstatu správního deliktu. Minimální časový interval, v němž k uvedenému jednání docházelo, pak je údajem doplňujícím, neboť podle SDEU není tento údaj pro specifikaci předmětu šetření na místě nezbytný.
218. Na základě shora uvedených skutečností jsem tedy přesvědčen, že informace vyplývající ze zahájení správního řízení dne 31. 7.2012 byly v daný okamžik adekvátní k zachování práva účastníků řízení na obhajobu a vycházely z existujícího podezření doloženého dokumenty ve správním spise. V rámci šetření na místě u společností STRABAG a EUROVIA pak bylo zjištěno, že šetřené jednání se nemusí omezovat pouze na roky 2011 a 2012 a že se tohoto jednání mohli účastnit i další soutěžitelé. V souvislosti s tím tedy byli dne 19. 2. 2013 přibráni další účastníci řízení – společnosti K-Building, Swietelsky, SaM Silnice a Unico. Zároveň bylo v obchodních prostorách těchto společností rovněž provedeno šetření na místě. V daném okamžiku, kdy šetření probíhalo, tedy byly i tyto společnosti informovány o předmětu a účelu šetření na místě a zároveň získaly postavení účastníků řízení. V rámci dalších místních šetření bylo upřesňováno úvodní podezření jak ve vztahu k okruhu jednotlivých soutěžitelů, o jejichž možné participaci se Úřad postupně dozvídal, tak i k trvání a charakteru zakázaného jednání. Toto jednání bylo Úřadem vyhodnoceno jako několik samostatných zakázaných dohod, přestože podobnost jednotlivých vzorců jednání mohla nasvědčovat i tomu, že všechna dotčená zadávací řízení mohla být součástí jediného rozsáhlého kartelu trvajících několik let. Shromážděný důkazní materiál však k tomu závěru v posuzovaném případě podle správního orgánu prvního stupně neposkytoval dostatečnou oporu, proto bylo v průběhu správního řízení šetřené jednání kvalifikováno jako samostatné delikty a v souvislosti s odpovídajícím okruhem subjektů, které se měly tohoto jednání účastnit, byla také část zakázaných dohod vyčleněna k samostatnému řízení.

⁵ Stanovisko generální advokátky Julianne Kokott ve věci C-37/13 P, Nexans SA a Nexans France SAS proti Komisi.

219. Na jednotlivá místní šetření se proto nelze dívat izolovaně, neboť se jedná o soustavu informací o možném spáchání správního deliktu, která se v průběhu správního řízení vyvíjela. V rámci místních šetření provedených dne 31. 7. 2012 měl Úřad k dispozici méně informací než v rámci šetření navazujících a tedy důvodem k jejich provedení již nebyly toliko prvotní informace získané z trestního oznámení a dokumentů vyžádaných od zadavatelů, ale rovněž další informace zjištěné v rámci prvních dvou místních šetření, tj. před provedením šetření dne 19. 2. 2013 již byly ve správním spise založeny dokumenty nasvědčující tomu, že se mohlo jednat o mnohem rozsáhlejší jednání, které trvalo delší dobu a zahrnovalo mnohem více pachatelů, než bylo patrné z původních zjištění.
220. V rámci provádění neohlášených šetření na místě nelze po Úřadu požadovat, aby disponoval takovými informacemi, aby byl schopen vyhodnotit, zda se šetřené jednání sestává z řady dílčích útoků, či se jedná o delikt trvajících, kombinaci obou nebo o zcela samostatné útoky. Toto vlastní vyhodnocení vychází z dokazování během správního řízení. Těžiště pro dokazování nelze předsouvat do fáze předběžného ani místního šetření již právě kvůli respektování práv účastníků řízení na obhajobu. V této souvislosti tedy shrnuji, že Úřad provedl všechna zmíněná místní šetření v souladu se svým zákonným oprávněním, z jeho rámce nevybočil a nedošlo ke zkrácení práva účastníků řízení na obhajobu.
221. Nad rámec úvah o vlastním vymezení předmětu správního řízení ve vztahu k provedeným místním šetřeními bych chtěl poukázat také na skutečnost, že se šetřené subjekty vždy současně v den provedení šetření na místě staly účastníky řízení. Podle § 21f ZOHS je Úřad oprávněn provádět místní šetření v prostorách soutěžitelů bez ohledu na to, zda mají či nemají postavení účastníků správního řízení. Shodně o této možnosti hovoří i komentářová literatura: „*Tato povinnost [strpět šetření na místě a výkon pravomocí Úřadu podle § 21f] se na soutěžitele vztahuje primárně v situacích, kdy je již Úřadem vedeno správní řízení, na základě § 20 odst. 3 se však toto ustanovení přiměřeně použije i na fázi předběžného šetření v rámci výkonu dozoru uskutečňovaného na základě § 20 odst. 1 písm. a).*“⁶ místní šetření tak Úřad může provádět nejen ve fázi předběžného šetření tj. před zahájením správního řízení, ale rovněž v rámci tohoto řízení u soutěžitelů, kteří nejsou jeho účastníky, ale nacházejí se u nich prověřované informace. Standard, který je požadován pro specifikaci předmětu správního řízení a účelu šetření na místě je tak formulován i s ohledem na toto pojetí právní úpravy místního šetření. Soutěžitel, který nemá postavení účastníka řízení, tak má skutečně k dispozici pouze a jen informace uvedené v písemném pověření a tyto informace jsou zákonodárcem považovány za dostačující s ohledem na zákonnost provedení místního šetření. V posuzovaném případě však souběžně s provedením šetření na místě bylo šetřeným subjektům přiznáno postavení účastníka řízení a tedy získaly i další možnost přístupu k informacím založeným ve správním spise. Tím spíše nemohlo být postupem Úřadu zasaženo do jejich práva na obhajobu, neboť další specifické informace ohledně rozsahu úvodních podezření a vývoje zjišťování skutkového stavu mohly velmi snadno získat.
222. Účastníci řízení, zejména společnosti Swietelsky či STRABAG, pak ve svém rozkladu výslovně odkazují na rozsudek ESLP ve věci Delta Pekárny a z něho samotného dovozují nezákonnost provedených místních šetření a rovněž nepoužitelnost získaných důkazů. Jejich argument je založen na skutečnosti, že ESLP ve věci Delta Pekárny konstatoval, že došlo k zásahu do práva

⁶ Raus, D.; Oršulová, A.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. Vydání, Wolters Kluwer, 2014, str. 473

na soukromí, neboť „soudní kontrola ex post facto, tak jak byla provedena v projednávané věci [případ Delta pekárny], neposkytovala stěžovatelské společnosti dostatek záruk proti svévoli, a zásah do jejích práv tedy nelze považovat za striktně přiměřený sledovanému legitimnímu cíli.“⁷

223. Jak je patrné z rozsudku ESLP pro ochranu práva na soukromí mohou být dostatečné i následné prostředky soudní kontroly, jako je žaloba podle § 82 nebo § 65 s.ř.s., přičemž v případě Delta pekárny došlo k tomu, že žaloba podle § 82 s.ř.s. mohla podle tehdy platného znění s.ř.s. směřovat pouze proti probíhajícímu nebo hrozícímu zásahu a dále byla správními soudy považována za subsidiární ve vztahu k žalobě podle § 65 s.ř.s. Přesto však v rámci přezkumu na základě žaloby podle § 65 s.ř.s. nedošlo v případě Delta Pekárny k posouzení samotného průběhu a oprávněnosti provedení místního šetření. Účinné ochraně ex post tedy podle ESLP v případě Delta Pekárny bránily celkem dvě překážky. Za první se jednalo o podmínku uvedenou v § 82 s.ř.s. ve znění účinném do 31. 12. 2011 spočívající v požadavku na trvání nebo hrozbu dalšího zásahu. Tato překážka však ke dni 31. 7. 2012 již neexistovala a podmínka nebyla zákonem vyžadována. Za druhé se jednalo o překážku spočívající ve výkladu správních soudů, podle nichž nebyla žaloba podle § 82 s.ř.s. přípustná, pokud mohl dotčený subjekt využít žaloby podle § 65 s.ř.s., přičemž ani v rámci tohoto soudního řízení fakticky k přezkumu oprávněnosti provedení a průběhu šetření na místě nedošlo. Je tedy vskutku možné, že by v důsledku převládajícího názoru správních soudů v letech 2012 a 2013 došlo k odmítnutí žaloby podané podle § 82 s.ř.s., avšak ohledně skutečnosti, že oprávněnost provedení a postup Úřadu v rámci místních šetření nebude předmětem přezkumu napadeného rozhodnutí podle § 65 s.ř.s. v právě posuzované věci, nelze učinit stejný závěr. S ohledem na obsah rozkladových námitek, odkazy na závěry ESLP ve věci Delta Pekárny a potřebu zohlednit tuto judikaturu v rámci soudního přezkumu, je tedy na místě očekávat, že se situace z případu Delta Pekárny opakovat nebude a účastníkům řízení nebude zabráněno v přístupu k soudní ochraně.
224. Jak vyplývá z rozsudku ESLP v případě Delta Pekárny, nedostatek prostředků k ochraně nebyl způsoben primárně nastavením právních předpisů v České republice, ale jejich nevhodnou aplikací správními soudy, která ve svém důsledku neumožnila domáhat se ochrany žalobou podle § 82 s.ř.s. s poukazem na její podpůrný charakter k žalobě podle § 65 s.ř.s., aniž by pak v rámci této žaloby byl požadovaný přezkum postupu Úřadu proveden. A priori proto nelze hovořit o nezákonnosti místních šetření v důsledku nedostatku nástrojů soudní ochrany. Jelikož žaloba podle § 82 s.ř.s. po šetřeních provedených v roce 2012 podána nebyla, není k dispozici právní názor závazný pro právě posuzovanou věc. Klíčovou otázkou je tak budoucí postup správních soudů v posuzovaném případě, resp. odpověď na otázku, zda bude žaloba podle § 65 s.ř.s. na rozdíl od případu Delta Pekáren v posuzovaném případě efektivním obranným prostředkem či nikoli. Jako předseda Úřadu tedy v tomto ohledu skutečně nemohu předjímat postup správních soudů a konstatovat, že v právě posuzovaném případě účastníci řízení skutečně neměli k dispozici žádný prostředek ochrany. V rámci přezkumu, který jsem oprávněn provádět, jsem se podrobně zabýval jak důvodností, tak způsobem provedení uvedených místních šetření, a neshledal jsem, že by došlo k zásahu do práv účastníků řízení či že by nebyl dodržen zákonný postup. Údajnému rozporu mezi bodem 326. napadeného rozhodnutí a rozsudkem ESLP ve věci Delta Pekárny tak nelze přisvědčit.

⁷ Bod 93 rozsudku ESLP.

Účastníci řízení sice nevyužili možnosti podat žalobu podle § 82 s.ř.s.⁸, avšak stále jim ještě zbývá možnost podat žalobu podle § 65 s.ř.s., přičemž v tomto okamžiku není možné konstatovat, že soudní přezkum nebude vyhovovat požadavkům zaznívajícím ze strany ESLP.

225. Účastník řízení společnost Swietelsky také upozorňuje na to, že v jemu předložených dokumentech (pověření k provedení místního šetření a zahájení správního řízení s touto společností) nebylo uvedeno poučení o opravných prostředcích, proto je zjevné, že žádné ani nemá. Zde bych chtěl poukázat na skutečnost, že procesní právo upravující náležitosti dokumentů, se může v jednotlivých členských státech EU lišit, nemluvě o odlišnosti od samotných unijních procesních předpisů. Unijní procesní předpisy upravující postup Komise stanoví například i to, že poučení o opravných prostředcích je součástí rozhodnutí Komise o nařízení místního šetření,⁹ naproti tomu zákon o ochraně hospodářské soutěže o ničem podobném nehovoří a poučení o opravných prostředcích mezi náležitosti písemného pověření předsedy Úřadu podle § 21f odst. 5 zákona o ochraně hospodářské soutěže neřadí. Absence tohoto poučení je tak způsobena tím, že toto není procesním právem platným v České republice vyžadováno, nikoli tím, že by v českém právu objektivně neexistoval žádný nástroj k obraně. Taková neexistence je otázkou výkladu správních soudů v rámci konkrétních případů, nikoli absence poučení.
226. Účastníci řízení rovněž odkazují na případ Deutsche Bahn, v němž byl postup Komise označen jako překročení pravomocí. Pochybení Komise zde spočívalo v tom, že před provedením místního šetření instruovala své pracovníky, aby kromě předmětu šetření uvedeného v rozhodnutí o provedení místního šetření prověřili rovněž informace uvedené v jiné stížnosti týkající se jiného jednání¹⁰. Zde Soudní dvůr EU konstatoval, že „*první kontrola byla stížena nesrovnalostí v rozsahu, v němž úředníci Komise měli předem informace, které nespádaly do předmětu uvedené kontroly, a zabavili dokumenty, které nespádaly do působnosti kontroly vymezené v prvním sporném rozhodnutí.*“¹¹ Je zjevné, že pokud měla být kontrola Komisí provedena ohledně jednání společnosti DB Energie GmbH¹², které se týkalo systému slev na dodávky elektrické trakční energie, bylo překročením pravomocí Komise instruovat své pracovníky k provedení prověření jednání společnosti DUSS týkajícího se diskriminace konkurentů v přístupu k terminálům Deutsche Bahn. V právě posuzovaném případě však nebylo prověřováno jiné jednání, ale upřesňován rozsah původního podezření z tzv. bid riggingu. Nemohu se proto ztotožnit s tím, že Úřadem bylo šetřeno jiné nesouvisející jednání. Cílené ověřování konkrétních zadávacích řízení dotčených šetřeným jednáním nevybočuje z vymezení předmětu řízení, právě naopak je projevem činnosti směřující k upřesnění šetřeného jednání, která v posuzovaném případě vyústila v identifikaci jednotlivých zadávacích řízení uvedených v upřesnění předmětu řízení ze dne 9. 10. 2014. Nebylo tedy na

⁸ Vyjma společnosti EUROVIA, která podala žalobu ke KS v Brně vedenou pod sp. zn. 62 A 42/2015.

⁹ Čl. 20 odst. 4 nařízení č. 1/2003 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člácích 81 a 82 Smlouvy.

¹⁰ Jednání šetřené na první kontrole se týkalo systému slev na dodávky elektrické trakční energie pro členy skupiny Deutsche Bahn, naopak zmiňovaná stížnost se týkala jednání společnosti Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), které spočívalo v tom, že tato společnost svým konkurentům ztěžuje přístup k terminálům Deutsche Bahn nebo je diskriminuje, čímž by mohla podle Komise zneužívat svého dominantního postavení na trhu. Srov. body 5 a 15 rozhodnutí Tribunálu ve věcech T-289/11, T-290/11 a T-521/11, Deutsche Bahn a ostatní proti Evropské Komisi.

¹¹ Bod 66 rozhodnutí Deutsche Bahn.

¹² Dceřinná společnost Deutsche Bahn AG.

místě postupovat tak, jako v případě náhodného nalezení dokumentů svědčících o spáchání jiného správního deliktu. Úřadem totiž bylo šetřeno stále jedno a totéž jednání, jehož rozsah a dosah byl postupně upřesňován.

227. Postup Úřadu tak neodporuje ani stanovisku generálního advokáta Wahla ve věci Deutsche Bahn, na které je v rozkladech některých účastníků řízení poukazováno, jelikož podle generálního advokáta oba případy šetřené Komisí „nemají ve skutečnosti nic společného, pomineme-li skutečnost, že se oba týkají dceřiných společností Deutsche Bahn, i když nikoli téže dceřiné společnosti. Skutečnost, že jedna společnost byla v obou případech jednou ze stěžovatelek, se nezdá být jakkoliv relevantní, pokud jsou vytýkaná jednání odlišná a vyskytují se na odlišných trzích... Vzhledem ke zjevnému nedostatku jasného vztahu mezi dvěma předpokládanými protiprávními jednáními a vzhledem k tomu, že Komise uznala, že informace poskytnuté jejím zaměstnancům týkající se druhého předpokládaného protiprávního jednání nebyly skutečně užitečné při vyhledávání informací o prvním protiprávním jednání, je podle mého názoru nutno konstatovat, že musel existovat jiný důvod informování zaměstnanců Komise. Jediným přijatelným vysvětlením je podle mého názoru, že informace o předpokládaném protiprávním jednání společnosti DUSS byla zaměstnancům Komise poskytnuta proto, aby „byli bdělí“ pokud jde o důkazy týkající se druhé stížnosti.“¹³ Z uvedeného jasně vyplývá, že porušení práva na obhajobu resp. na ochranu soukromí bylo v případě Deutsche Bahn dáno tím, že Komise na základě rozhodnutí o povolení kontroly založeného na jednom jednání ve skutečnosti šetřila rovněž jednání zcela jiné, přičemž tato jednání spolu neměla žádnou relevantní souvislost. Jak jsem popsal výše, obdobného jednání se Úřad nedopustil 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 tak použitelné a lze z nich při dokazování beze zbytku vycházet. Námitky účastníků řízení ve vztahu k protiprávnosti důkazů získaných na místních šetřeních proto považuji za nedůvodné.

Porušení zásady zákazu sebeobviňování

228. Účastník řízení Lesostavby Třeboň v rozkladu namítl, že Úřad porušil zásadu zákazu sebeobviňování tím, že požadoval vyjádření se k zajištěným dokumentům LC 6, LC 4 a LC5 pod hrozbou uložení sankce. Účastník řízení tvrdil, že jím poskytnuté dokumenty by neměly být použity jako důkaz.
229. Domnívám se, že postup Úřadu byl legitimní a do práv účastníků řízení nezasáhl. Odvolávám se přitom na četnou zejména evropskou judikaturu a rovněž na rozsudek Krajského soudu v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 75/2010 ze dne 23. 2. 2012 (ten byl sice zrušen Nejvyšším správním soudem, ale z jiného důvodu).
230. Klíčový závěr k otázce zákazu sebeobviňování plyne z rozsudku Tribunálu ve věci „Mannesmannröhren-Werke AG proti Komisi“ ze dne 20. 2. 2001 (T-112/98). Zákaz sebeobviňování má být podle Tribunálu aplikován tak, že se při poskytování informací (odpovědi soutěžnímu úřadu) lze omezit na otázky týkající se skutkového stavu (ve smyslu prejudikatury „Orken“), jelikož soutěžní úřad není oprávněn dotazovat se na subjektivní názory ani hodnotové soudy nebo nabádat k vytváření předpokladů či vyvozování důsledků;

¹³ Body 72 a 77 stanoviska generálního advokáta Nilse Wahla ve věci C-583/13-P.

Ize odmítnout odpovídat na otázky, které se netýkají pouze skutkového stavu a které by mohly vést k přiznání podílu na protisoutěžním jednání. Z myšlenek Tribunálu ve věcech, v nichž se uvedenou otázkou zabýval, jsou tedy dobře využitelné ty, jimiž dovozuje následující. Přiznání absolutního práva nevypovídat, jež v tamní věci mělo být projevem uplatnění práva neobvinít sama sebe a jež by se v právě posuzované věci krylo s odmítnutím poskytnout podklady, by zašlo za hranice toho, co je nezbytné pro zachování práva na obhajobu soutěžitelů, a představovalo by pro soutěžní orgán neodůvodněnou překážku v plnění jeho poslání dbát na dodržování pravidel hospodářské soutěže. Soutěžní orgán je oprávněn zavázat vyšetřovaného (podezřelého) soutěžitele k tomu, aby poskytl veškeré potřebné informace vztahující se ke skutkovému stavu, které jsou mu známy, a aby soutěžnímu orgánu předal případně příslušné dokumenty, jež má k dispozici, a to i tehdy, když mohou sloužit k prokázání protisoutěžního chování vůči němu samotnému. Oprávnění soutěžního orgánu se přitom omezuje na zodpovězení čistě skutkových otázek a předávání pouze již existujících listin.

231. V předmětné věci došlo k tomu, že Úřad zaslal účastníkům řízení dokumenty zajištěné při místních šetření s tím, aby vysvětlili, co je obsahem příslušných dokumentů, příp. aby sdělili, čeho se týkala předmětná komunikace zaznamenaná na dokumentech. Úřad se tedy dotazoval pouze na skutkové okolnosti věci, na vysvětlení situace, kdy byl příslušný dokument zpracován, apod., tak, aby měli účastníci řízení příležitost k předmětnému dokumentu se vyjádřit a Úřadu sdělit svá stanoviska. Úřad v žádném případě, a to ani pod hrozbou uložení pořádkové pokuty, nenutil účastníky řízení, aby sdělili svůj názor na to, zda šlo o protisoutěžní jednání či nikoliv, příp. aby se jakkoliv usvědčovali. Námitky účastníka řízení proto nepovažují za důvodné.

Zásah do práva na obhajobu v důsledku stanovení nepřiměřených lhůt

232. Účastníci řízení vznesli řadu námitek k postupu Úřadu při vydání Sdělení výhrad, resp. při stanovení lhůty k vyjádření ke Sdělení výhrad a ke stanovení lhůt pro seznámení s podklady rozhodnutí. Účastníci poukazovali na obsáhlost spisového materiálu, množství účastníků řízení a k tomu vztahované nepoměrně krátké lhůty. V této souvislosti odkázali na právo na obhajobu a právo seznámit se s obsahem toho, co je jim kladeno za vinu. Namítli, že podle ZOHS má být účastníkům poskytnuta přiměřená lhůta k tomu, aby mohli správnému orgánu předložit návrhy na doplnění dokazování, zvláště tehdy stanoví-li ZOHS v § 21 koncentraci a k později navrženým důkazům Úřad nepřihlíží.
233. Podle § 21b ZOHS „[p]o sdělení výhrad Úřad umožní účastníkům řízení seznámit se s podklady rozhodnutí a stanoví přeměřenou lhůtu, ve které mohou účastníci řízení navrhnout doplnění dokazování; tato lhůta nesmí být kratší než 15 dní“.
234. Úřad dne 22. 7. 2015 vydal Sdělení výhrad, které doručil jednotlivým účastníkům řízení ve dnech 22. 7. 2015, 23. 7. 2015, 27. 7. 2015 a 30. 7. 2015 (srov. č.l. 11572, sv. 27). Ve Sdělení výhrad Úřad stanovil lhůtu k případným návrhům na doplnění dokazování 21 dnů od doručení Sdělení. Dne 23. 7. 2015 rozeslal jednotlivým účastníkům řízení pozvánku k seznámení s podklady rozhodnutí, přičemž každému účastníku řízení byl určen jeden den od 7:30 hod. ráno k prostudování spisového materiálu. Vzhledem k velkému počtu účastníků řízení bylo postupné seznamování se spisem stanoveno na dny 30. 7. 2015 – 13. 8. 2015 (srov. č.l. 11631 – 11651, sv. 27). V pozvánce Úřad účastníky řízení upozornil, že termín

stanovený k prostudování spisového materiálu není vzhledem k velkému počtu účastníků řízení možné měnit a zároveň upozornil na skutečnost, že seznámení s podklady je právem účastníků řízení, ne jejich povinností.

235. Domnívám se, že právě popsaný postup Úřadu nezasáhl do práv účastníků řízení. Úřad sám musí pečlivě zvažovat jednotlivé procesní kroky v rámci procesní ekonomie, máje přitom na zřeteli nejen plynutí lhůty pro uložení pokuty, ale také potřebu dostatečné doby pro zapracování velmi obsáhlých námitek účastníků řízení, příp. provedení navrhovaných důkazů, nebo potřebu dostatečné doby pro projednání případných rozkladů před druhostupňovým orgánem Úřadu ještě před uplynutím lhůt k uložení pokuty. Tyto zájmy pak musí vyvážit právem účastníků řízení na seznámení se s tím, co je jim kladeno za vinu a možnost přípravy k obhajobě. Zároveň je nutné zohlednit velký počet účastníků řízení a obsáhlost spisového materiálu.
236. Podle mého názoru Úřad v této věci všechny předestřené a mnohdy protichůdné zájmy vybalancoval a zásahu do práv účastníků se nedopustil. Zdůrazňuji zejména, že do okamžiku Sdělení výhrad bylo všem účastníkům opakovaně umožněno nahlížet do správního spisu a pořizovat si z něj fotokopie či výpisy. Tohoto oprávnění většina účastníků řízení hojně využívala, především také z toho důvodu, že předmět řízení byl upřesněn až po dvou letech od zahájení správního řízení a Úřad opakovaně shromažďoval velké množství důkazního materiálu při místních šetřeních. Pravdou sice je, že institut nahlédnutí do spisu má jinou povahu než seznámení se s podklady rozhodnutí a že v rámci nahlížení do spisu účastník řízení sleduje aktuální procesní kroky správního orgánu. I tento institut však účastník řízení umožňuje seznámit se podrobně s doposud zjištěnými skutečnostmi. Jestliže tedy většina účastníků řízení pravidelně v průběhu správního řízení trvajících téměř tři roky opakovaně nahlížela do spisu a následně se seznámila se Sdělením výhrad, pak již v tomto okamžiku musela mít poměrně určitou vědomost o tom, jaké důkazy o protisoutěžním jednání se ve správním spise nacházejí. Toto povědomí si pak účastník řízení doplnil na seznámení se s podklady rozhodnutí.
237. V této souvislosti zdůrazňuji, že např. účastník řízení společnost K-BUILDING CB, a.s., která podala žalobu na nezákonný zásah Úřadu spočívající právě v nedostatečných lhůtách poskytnutých Úřadem, nahlížela do správního spisu v době od 6. 3. 2013 do 6. 8. 2015 celkem 9krát, před Sdělením výhrad to bylo naposledy dne 2. 4. 2015, nahlédnout do správního spisu jí bylo opětovně umožněno i po 6. 8. 2015, a to dne 18. 9. 2015. Ačkoliv tento účastník řízení tvrdil, že se snažil dobu pro seznámení s podklady rozhodnutí maximálně využít, neodpovídá toto skutečnosti, neboť se studiem správního spisu bylo započato až v 9:00 hod., nikoliv tedy od 7:30 hod, jak nabídl ve svém přípisu Úřad.
238. Ačkoliv tedy Úřad konstatoval, že každému účastníkovi řízení bude pro seznámení s podklady rozhodnutí stanoven jeden den, ve skutečnosti i poté umožňoval na žádost účastníků řízení další nahlížení do spisového materiálu. Nedomnívám se proto, že by postup Úřadu byl nezákonný.
239. Úřad poskytl všem účastníkům řízení lhůtu 21 dnů k vyjádření k podkladům rozhodnutí, příp. k navržení dalších důkazů. Také tato lhůta nebyla konečná a na žádost většiny účastníků řízení byla prodloužena na 28 dnů. Mám za to, že postup Úřadu byl naprosto správný. Pouze doplňuji, že vzhledem k velkému počtu účastníků řízení a obsáhlému spisovému materiálu

není možné, aby bylo stoprocentně vyhověno všem požadavkům ze strany účastníků řízení, nepočítá s tím ani právní úprava a v konečném důsledku by takový zdlouhavý postup Úřadu nebyl prospěšný žádné ze stran.

240. K výhradám, že nebylo vhodné stanovit termín pro seznámení s podklady rozhodnutí na dobu prázdnin a že ani Komise takto nečiní, uvádím jen stručně, že doba prázdnin běh lhůt pro uložení pokuty nestaví. Měl-li by Úřad postupovat podle návrhu účastníků řízení, bylo by stěží možné dosáhnout efektivního postupu v řízení. S letními dovolenými svých zaměstnanců se navíc potýká také správní orgán, který si rovněž jako účastníci řízení musí rozvrhnout čas tak, aby letním obdobím nebylo poznamenáno vedení správního řízení. Jestliže se účastníci řízení odvolávali na praxi Evropské komise a na skutečnost, že je běžné, že Komise poskytuje lhůtu k vyjádření v délce čtyř týdnů, pak zcela pominuli, že jim ze strany Úřadu byla k vyjádření ke Sdělení výhrad poskytnuta naprosto stejná lhůta čítající 28 dní.
241. Tyto námítky účastníků řízení proto nepovažuji za relevantní.

Neprovedení ústního jednání navrhovaného účastníky řízení a dělení správního řízení

242. Účastníci řízení STRABAG a EUROVIA namítli, že Úřad zatížil své rozhodnutí další procesní vadou spočívající v neprovedení ústního jednání. V této souvislosti účastník řízení tvrdil, že se chtěl v rámci ústního jednání obeznámit s úvahami Úřadu, neboť interpretaci důkazů ve Sdělení výhrad považoval za nejasnou.
243. Podle ustanovení § 49 odst. 1 správního řádu *[ú]stní jednání správní orgán nařídí v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Nehrozí-li nebezpečí z prodlení, uvědomí správní orgán o ústním jednání účastníky nejméně s pětidenním předstihem. Tuto povinnost nemá vůči účastníkovi, který se práva účasti na ústním jednání vzdal.* Vzhledem k tomu, že v tomto řízení Úřad v procesních věcech postupuje podle ZOHS účinného ve znění zák. č. 188/2011 Sb., uplatní se pouze úprava ústního jednání obsažená ve správním řádu.
244. Podle citovaného ustanovení správního řádu je správní orgán povinen nařídít ústní jednání pouze tehdy, stanoví-li tak zákon, nebo v případě, že je to nezbytné ke splnění účelu řízení a k uplatnění práv účastníků řízení. Vzhledem k tomu, že ZOHS nikde neříká, že by ve věcech protisoutěžních bylo nutné nařizovat ústní jednání, připadá zde v úvahu druhá možnost, a to nařízení ústního jednání, je-li to nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků řízení. V tomto případě tedy jde o úvahu správního orgánu, zda ústní jednání nařídí či nikoliv.
245. Podle rozkladových námitek navrhoval účastník řízení nařízení ústního jednání v době po Sdělení výhrad, tedy v době, kdy správní orgán považoval proces dokazování za dostatečně ucelený, aby bylo možné z provedených skutkových zjištění dospět k opodstatněnosti vedení správního řízení a především k opodstatněnosti obvinění příslušných účastníků z toho, že se dopustili příslušných správních deliktů. Všechny tyto úvahy přitom Úřad shrnul do velmi podrobného a obsáhlého Sdělení výhrad. Z pohledu Úřadu tedy správní řízení dospělo do stadia, kdy skutkový stav byl již objasněn a nařízení ústního jednání by připadalo v úvahu pouze tehdy, vyžadoval-li by to svou povahou konkrétní návrh na dokazování některého z účastníků řízení. Jestliže však společnost STRABAG tvrdí, že žádala o nařízení ústního jednání z toho důvodu, aby jí bylo Úřadem blíže osvětleno, jakými úvahami byl veden ve fázi

interpretace shromážděných důkazů, pak orgán prvního stupně naprosto správně tento návrh zamítl.

246. Ústní jednání neslouží ke konfrontaci účastníků řízení a správního orgánu, ani k tomu, aby byl správní orgán účastníky přesvědčován o tom, že jeho argumentace není správná. Správní řízení je na rozdíl od řízení soudního ovládáno zásadou písemnosti a neveřejnosti, k uplatnění práv účastníků řízení slouží různé procesní instituty, zejména možnost vyjádření se ke Sdělení výhrad, možnost podávání důkazních návrhů, možnost nahlížet do správního spisu a možnost podat opravné prostředky. Domnívám se tedy, že postup orgánu prvního stupně nebyl nikterak zatížen vadou a že ústní jednání v této fázi správního řízení nebylo nutné nařizovat a nepřineslo by nic nového. Námitkám účastníka řízení jsem proto nepřisvědčil.
247. Nesouhlasím ani s další výhradou, že Úřad neměl zákonný důvod pro vyloučení čtyř skutků k samostatnému projednání. Účastník řízení společnost EUROVIA zde tvrdil, že skutky jsou ve vícečinném souběhu a že Úřad svým postupem porušil zásadu hospodárnosti vyplývající z § 6 odst. 1 správního řádu, dále musí být v případě souběhu při ukládání sankce aplikována zásada absorpce, a proto musí být o všech deliktech v souběhu vedeno společné řízení, aby bylo možné o všech rozhodnout jedním rozhodnutím.
248. Podle § 140 odst. 3 správního řádu *[k] urychlení řízení nebo z jiného důležitého důvodu lze řízení o jednotlivých otázkách usnesením vyloučit ze společného řízení a rozhodnout o nich samostatně*. Úřad ve svém usnesení ze dne 13. 10. 2014, č.j. ÚOHS-S426/2012/KD-21647/2014/850/LŠt uvedl, že s ohledem na skutečnost, že u některých skutků vedených ve společném řízení pod sp. zn S426/2012 je potřeba provádět rozsáhlejší dokazování a v souladu se zásadou rychlosti a hospodárnosti správního řízení, vyloučil předmětné čtyři skutky ze společného řízení k samostatnému rozhodnutí. Toto vydělení části skutků mělo podle orgánu prvního stupně umožnit urychlení řízení a vydání rozhodnutí.
249. Z odůvodnění postupu Úřadu je zřejmé, že postupoval právě s ohledem na hospodárnost vedeného správního řízení a ne v rozporu s touto zásadou, jak tvrdí účastník řízení. Projevem hospodárného postupu orgánu prvního stupně byla především snaha, postihnout sankcí všechny skutky, tedy i ty, které právě s ohledem na brzké uplynutí lhůty k uložení pokuty vyloučil k samostatnému projednání a rozhodnutí. Jestliže považoval prvostupňový orgán důkazní situaci za ustálenou, nebylo nutné otálet s vydáním rozhodnutí, to zvláště v situaci, kdy by došlo k uplynutí lhůty pro uložení pokuty.
250. Za nepřijatelnou považuji také námitku účastníka řízení, že bylo nutné vést jedno společné řízení, aby mohla být uplatněna zásada absorpce. Zohlednit zásadu absorpce je totiž správní orgán při ukládání sankce za vícečinný souběh správních deliktů povinen vždy, nejen v případě vedení společného správního řízení. Bude-li tedy prvostupňový orgán ukládat sankci shodnému účastníku řízení za sbíhající se správní delikty, bude povinen se zásadou absorpce pracovat.¹⁴
251. Pokud jde o obavy účastníka řízení Lesostavby Třeboň, že v důsledku rozdělení společného řízení nedojde k potrestání druhé části skutků, protože za mnohost skutků je přitěžováno jen do výše 50%, pak ani těmto námitkám jsem nepřisvědčil. Předseda Úřadu ve svém

¹⁴ Srov. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 12. 1995, č. j. 6 A 216/93 - 34

rozhodnutí ze dne 25. 11. 2015 č.j. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm zdůraznil, že mnohost skutků nelze vázat na limit stanovený Zásadami jako maximální přitížení za zjištěné přitěžující okolnosti. Mnohost skutků proto orgán prvního stupně musí zohlednit ve výši sankce nezávisle na samostatném zohlednění polehčujících a přitěžujících okolností. Vzhledem k tomu, že odkazované rozhodnutí předsedy Úřadu bylo vydáno až po prvostupňovém rozhodnutí v této věci, uvedeným právní názorem se Úřad v napadeném rozhodnutí neřídil a příslušné závěry Úřadu proto je nutné tímto rozhodnutím napravit. Další úvahy k tomuto problému jsou uvedeny níže v části věnované uloženým sankcím.

252. V neposlední řadě účastník řízení Lesostavby Třeboň uvedl, že rozdělením věci byla narušena jednota ukládané sankce za pokračující delikt. K této výhradě pouze krátce shrnuji, že jednání jednotlivých účastníků řízení nebylo právně kvalifikováno jako pokračování, ale jako samostatné skutky. Z tohoto důvodu zde nemůže být řeč o vadách týkajících se uložení společného trestu za pokračující delikt.

Neiniciování procedury narovnání

253. Účastník řízení společnost EUROVIA CS namítl, že Úřad neinicioval proceduru narovnání, čímž porušil zásadu legitimního očekávání.
254. K této námitce v první řadě uvádím, že Úřad v tomto správním řízení postupuje podle ZOHS ve znění účinném 30. 11. 2012, přičemž procedura narovnání byla do zákona vtělena až novelou č. 360/2012 Sb. Navzdory této skutečnosti je pravdou, že Úřad institut narovnání běžně ve své správní praxi aplikoval pro jeho nepopiratelný přínos v dosažení procesních úspor, a tím i pro efektivnější prosazování soutěžního práva, i před jeho výslovným zakotvením do ZOHS. Aplikoval jej před touto novelou též se všemi výhodami, jaké z tohoto institutu plynou pro účastníky řízení i v současné době, včetně snížení výše pokuty o 20 %. Úřad ve své dosavadní rozhodovací praxi vždy při stanovení výše pokuty zohledňoval případné polehčující okolnosti.
255. Iniciování procedury narovnání je však záležitostí správního uvážení Úřadu. Obdobně je tomu v praxi Komise a plyne to rovněž i z Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o proceduře směřující k urychlení průběhu správního řízení využitím institutu žádosti o snížení pokuty dle § 22ba odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže (procedura narovnání) ze dne 8. 11. 2013¹⁵ (dále též „**Oznámení**“), podle kterého se procedura narovnání řídí v současné době.
256. Podle bodu 11 Oznámení platí, že: *„[p]osouzení, zda je v konkrétním případě vhodné užít proceduru narovnání, je v diskreční pravomoci Úřadu; Úřad vždy zvažuje případ od případu, zda je vhodné a účelné iniciovat její zahájení. Při úvahách o možnosti využití procedury narovnání Úřad v konkrétním případě zohledňuje zejména povahu a závažnost protisoutěžního jednání, dosavadní stav a vývoj správního řízení, počet účastníků řízení a očekávanou výši sankce, včetně posouzení, zda i po jejím snížení bude takový postih s ohledem na povahu a závažnost deliktu dostatečný. Úřad dále zvažuje, zda v daném případě existuje ustálená národní či unijní judikatura k danému typu protisoutěžního jednání; v případech, které představují zásadní vodítko pro další praxi, Úřad zpravidla nebude*

¹⁵Viz <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/procedura-narovnani.html>.

iniciovat zahájení procedury narovnání, aby jeho závěry mohly být přezkoumány v soudním řízení.“ Rovněž v bodu 12 Oznámení je opětovně zdůrazněno, že zahájení procedury narovnání vždy závisí na uvážení Úřadu. Úřad iniciuje zahájení procedury narovnání výzvou účastníkům, aby se vyjádřili, zda mají zájem o její využití. Před vydáním této výzvy Úřadem nelze proceduru narovnání zahájit, a to ani v případě, kdy by účastníci řízení deklarovali zájem požádat v daném řízení o snížení pokuty podle § 22ba odst. 2 zákona (viz též bod 13 Oznámení).

257. Pokud jde o praxi Úřadu v iniciování procedury narovnání, ta se od striktního znění Oznámení poněkud liší a je více benevolentní, pokud jde o žádosti o narovnání vznesené účastníky řízení. Ve věci sp. zn. ÚOHS-S600/2013/KD např. Úřad sám proceduru narovnání inicioval, ve věci sp. zn. ÚOHS-S543/2013/KD byla naopak procedura narovnání navržena ze strany účastníka řízení, obdobně tomu bylo i ve věci sp. zn. S 114/2008/KD. Také v případě žádostí účastníků řízení o proceduru narovnání je však na správním uvážení Úřadu, aby podle povahy a závažnosti protisoutěžního jednání sám zvážil, zda je využití tohoto institutu na místě, či nikoliv. Uzavírám proto, že Úřad sám podmínky pro proceduru narovnání neshledal a účastníci řízení takový postup nežádali.

IV. Přezkum hmotněprávních otázek napadeného rozhodnutí

Vymezení relevantního trhu

258. Všichni účastníci řízení vznesli množství námitek ke způsobu, jakým Úřad vymezil relevantní trh. Vymezení relevantního trhu je obvykle jedním z klíčových bodů v řízeních o narušení hospodářské soutěže. V případě zakázaných dohod jeho význam spočívá primárně v ověření, zda daná dohoda může naplnit znaky blokové výjimky (viz § 4 ZOHS a příslušná nařízení Evropské komise), či zda její dopad na hospodářskou soutěž nelze považovat za bagatelní (viz § 3 odst. 1 ZOHS a Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, dále též „**Oznámení de minimis**“) – v těchto případech je totiž zapotřebí určit tržní podíly účastníků řízení na relevantním trhu. Jinak je tomu u tzv. tvrdých omezení („hard-core restrictions“) ve smyslu § 3 odst. 2 ZOHS. U těchto ujednání platí, že jejich podstata je natolik závažná, že lze u nich zpravidla předpokládat, že jejich účinek na soutěž nebude zanedbatelný. V souladu s bodem 13. Oznámení de minimis na ně pak nelze Oznámení de minimis aplikovat (obdobně jsou formulována nařízení Evropské komise o blokových výjimkách). Z toho vyplývá, u takovýchto dohod není nezbytně nutné určit tržní podíly účastníků řízení na relevantním trhu.
259. Orgán prvního stupně se vymezením relevantního trhu zabýval poměrně stručně, ale jeho závěry, že ze stavebního trhu jako celku vyčlenil trh inženýrského stavitelství a trh pozemního stavitelství, lze považovat za dostatečné. Ačkoliv Úřad zjistil, že všechny subjekty se pohybují na obou těchto trzích, s ohledem na předmět řízení vymezil relevantní trh jako trh inženýrského stavitelství. Pokud jde o vymezení geografické, Úřad vymezil relevantní geografický trh územím České republiky.
260. Protože při posuzování protisoutěžní praktiky bid-rigging není podrobnější vymezení relevantního trhu pro posouzení nezákonného jednání podstatné, považují postup orgánu prvního stupně za dostačující. Ostatně i Krajský soud v Brně v rozsudku č.j. 62 Ca 22/2007 ze dne 14. 6. 2012 uvedl, že „[p]okud žalovaný dovodil, že dohoda je zakázanou pro svůj protisoutěžní cíl, má závěr v tom směru, že v takovém případě je standard přesného vymezení

relevantního trhu nižší, než v případě dohod zakázaných pro svůj protisoutěžní účinek, své opodstatnění. Relevantní trh totiž není pojmem samoučelným a nevymezuje se proto, „aby byl vymezen“, nýbrž proto, aby bylo možno v případě posuzování dohod z pohledu jejich zákazu podle § 3 předchozího ZOHS a § 3 ZOHS především zjistit, jaké dopady na takový trh dohoda měla. Dopady je třeba přesně pojmenovat co do jejich kvality a kvantity v případě dohod, na něž by se mohlo aplikovat pravidlo de minimis; u cenových dohod a u dohod o rozdělení trhu to v úvahu nepřichází. Stejně tak je třeba dopady takto pojmenovat v případě dohod, u nichž se analýzou dovozuje protisoutěžní účinek. V obou uvedených kategoriích případů je tomu tak proto, že bez jeho řádného vymezení nelze spolehlivě stanovit podíly účastníků kartelu na trhu – a tedy ani dopad srozumitelně kvantifikovat. V případě cenových protisoutěžních dohod a dohod rozdělovacích trh, zakázaných podle jejich cíle, může být protisoutěžní charakter spolehlivě určen i bez natolik precizního vymezení relevantního trhu, jakého by bylo potřeba v předchozích případech.“

261. Význam relevantního trhu pak spočívá v podstatě v tom, že z obratu na něm je počítána pokuta. Má tedy souvislost nikoliv se zkoumáním naplnění znaků skutkové podstaty, ale s určením závažnosti vytčeného jednání ve vztahu k výpočtu pokuty. Relevantní trh tedy u tvrdých omezení není nezbytné stanovovat s takovou precizností jako v jiných případech, ale v zásadě jej postačí stanovit tak, aby bylo obecně popsáno, jaký trh jednání účastníků řízení zasáhlo¹⁶.
262. Ze závěrů Tribunálu v případě T-61/99, *Adriatica di Navigazione*, lze dovodit, že u řízení o zakázané dohodě obsahující tvrdá omezení je nutné vytyčit relevantní trh tak, aby byl schopen „identifikovat podmínky podnikání“ na daném trhu a „uspokojit základní požadavky právní jistoty“. V dalším rozhodnutí (věc T-213/00, *CMA CGM*) dokonce Tribunál výslovně stanovil, že účelem určení relevantního trhu je pouze zjistit, zda zakázaná dohoda ovlivnila obchod mezi členskými státy, to pouze tehdy, pokud nelze k tomuto závěru dospět jinými metodami. Shledal dokonce, že Komise před aplikováním čl. 81 (dnešní čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie) všechny relevantní trhy nemusela vymezit. Také evropská judikatura tedy stanovuje, že „...potřeba precizního vymezení relevantního trhu je dána tam, 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.“ (viz výše zmíněný rozsudek krajského soudu č.j. 62 Ca 22/2007 ze dne 14. 6. 2012). Konečně ve věci T-62/98, *Volkswagen AG*, shledal Tribunál, že vzhledem k tomu, že šlo o cílové jednání, a že z podstaty jednání bylo dovozeno ovlivnění obchodu mezi členskými státy, nebylo vůbec zapotřebí pro tento účel definovat geografický trh.
263. Shledávám, že Tribunálem shora stanovené podmínky byly v tomto případě naplněny. Relevantní trh byl vymezen tak, že z něj lze seznat podmínky, za nichž na něm účastníci řízení podnikali (především to, jakému konkurenčnímu tlaku byli vystaveni), aniž by jeho definice účastníkům řízení přinášela právní nejistotu či nějakým neoprávněným způsobem zasáhla do jejich práv.

¹⁶ Výjimkou by mohly být některé komplexní kartely, u nichž velikost tržních podílů soutěžitelů ovlivňuje jejich možnosti a motivaci ke kartelovému jednání, a tedy i možnost takový závěr dovodit na základě nepřímých důkazů – ve zde posuzované věci však taková situace nenastala.

264. Jak bylo řečeno již výše, nemá stanovení relevantního trhu vliv na prokázání naplnění zákonných znaků skutkové podstaty posuzovaného správního deliktu, a z tohoto důvodu není nezbytné, aby se Úřad detailně zabýval jeho vymezením. Účastníci řízení sice zdůrazňují, že vymezení relevantního trhu má zásadní dopad na výpočet pokuty, nicméně jimi navrhaná řešení (tedy zúžení relevantního trhu na hodnotu jedné zakázky) nepovažují za účelné. Ze Zásad plyne, že „[z]ákladní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném geografickém relevantním trhu.“ Společnost Eurovia v této souvislosti protestovala, že základní částka pokuty by měla být počítána pouze z obratu z realizace veřejné zakázky R4 Mirovice - Třebkov, aby mohla plnit roli individualizovaného trestu. Zde poukazují na rozsudek Tribunálu ve věci T-211/08, Puffers International NV, kde Tribunál obdobnou námitku odmítl. Dovedil totiž, že pokud má Komise „vycházet z hodnoty tržeb za zboží nebo služby [...], které přímo nebo nepřímo souvisejí s protiprávním jednáním“, má vycházet z tržeb, kterých bylo dosaženo na relevantním trhu bez ohledu na to, zda byly v celé výši ovlivněny nezákonným jednáním, protože „...obrat z prodeje výrobků, které byly předmětem restriktivního jednání, je objektivním kritériem, které udává skutečnou míru škodlivosti tohoto jednání pro běžnou hospodářskou ...“. Mám za to, že není důvodu toto pravidlo nepoužít také ve zde posuzované věci. Pokud napadené rozhodnutí vzalo v úvahu celý obrat účastníků řízení na relevantním trhu, mám za to, že tím správně vzalo v úvahu škodlivost posuzovaného jednání. Jinými slovy - pokud by byla pokuta počítána skutečně pouze z hodnoty jediné zakázky, byla by nesouměřitelná s celkovým obratem účastníků řízení na dotčených trzích. Výsledná sankce by byla natolik zanedbatelná, že by pro účastníky řízení nepředstavovala žádné odrazení od dalšího protiprávního jednání, jak ostatně uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí.
265. Pokud by byl navíc relevantní trh vymezen vždy pouze jako trh jedné veřejné zakázky, došlo by v důsledku protiprávního jednání účastníků řízení ke 100% zasažení soutěže na takovémto trhu, což by znamenalo nejvyšší míru škodlivosti takového jednání, která by se rovněž musela promítnout do výše pokuty.
266. Týž účastník řízení dále namítl, že měl být relevantní trh stanoven úžeji, ani s touto námitkou nemohu souhlasit. Předně je nutné vyvrátit tvrzení, že by Úřad v rozhodnutí č.j. ÚOHS-S22/2010/KS-1782/2010/840 ze dne 12. 2. 2010 relevantní trh úžeji určil. Naopak v bodě 14. tohoto rozhodnutí rozčlenil trh do dvou oblastí, totiž na výstavbu budov a na inženýrské stavitelství. Zmínil se také o tom, že „by bylo možno uvažovat“ o užším dělení, ale dospěl současně k závěru, že pro účely tohoto rozhodnutí nebylo třeba k bližšímu určení trhu dojít. Co se týče rozhodnutí Protimonopolního Úřadu Slovenskej republiky ve věci 2006/KH/R/2/116, je pravda, že zde byl vymezen relevantní trh veřejnou zakázkou – pokuta byla nicméně v souladu se slovenskou zákonnou úpravou počítána z celého obratu podnikatele, nikoliv z obratu soutěžitele na relevantním trhu. Slovenská úprava se v tomto ohledu odlišuje od české natolik významně, že ji nemohu shledat aplikovatelnou.
267. Konečně účastníci řízení ve svých rozkladech namítají také to, že měl Úřad relevantní trh vymežit na základě ekonomické analýzy. V této souvislosti je třeba upozornit na to, že konstantní judikatura uvádí, že vymezení relevantního trhu u tvrdých omezení může být méně precizní, a to z důvodů, které již byly uvedeny výše. Rozhodně tedy není nezbytné vypracovávat jakoukoliv ekonomickou analýzu. Někteří účastníci řízení požadovali, aby Úřad

ve věci provedl tzv. SSNIP test. Small but Significant Non – transitory Increase in Price (Malé, ale významné zvýšení ceny), tzv. SSNIP test, je často používanou metodou pro vymezování relevantního trhu. Svou povahou je však tento test vhodný spíše pro vymezení relevantního trhu ve věci zneužití dominantního postavení. Pomocí tohoto testu je totiž zkoumáno, zda by hypotetický soutěžitel s monopolním postavením na trhu mohl se ziskem zvýšit ceny, aniž by jeho zákazníci přešli na jiné výrobky. Velmi zkráceně řečeno - výsledek testu má odpovědět na jednoduchou otázku, zda by bylo pro domnělého monopolistu ziskové malé, ale významné zvýšení ceny, v případě, že by ostatní ceny zůstaly stejné. A dále zda existuje při malém, ale významném zvýšení ceny domnělým monopolistou dostatečná část marginálních poptávajících a konkurentů, kteří zapříčiní svým chováním, že zvýšení ceny nebude ziskové.¹⁷

268. Pro zjištění a prokázání skutkové podstaty podle § 3 odst. 1 ZOHS však právě popsaná zjištění nejsou podstatná. Bid-rigging je hard core jednání, jehož podstatou je snížení podnikatelského rizika, vědomé nahrazení rizika hospodářské soutěže praktickou spoluprací a maximalizace profitu na získané veřejné zakázce, což se promítá do znehodnocení soutěže ve výběrovém řízení a do výsledného navýšení veřejných výdajů. Mimo to je ale tento test pro posouzení jednotlivých zakázek v podstatě nepoužitelný sám o sobě – pro každou zakázku se totiž výsledná cena obvykle významně liší a není tak možné ani stanovit, od které ceny by se zvýšení mělo odvíjet. V rámci jednotlivých zakázek navíc není možné reagovat na ceny navrhované ostatními uchazeči, a není tak možné ani posoudit jakoukoliv následnou ztrátu zákazníků. Veřejné subjekty v rámci veřejných zakázek poptávají konkrétní objekty, není proto důvod se domnívat, že pokud by se například cena stavby kanalizací zvedla o několik procent, začaly by tytéž subjekty poptávat např. stavbu dálnice. Různé veřejné potřeby jsou zpravidla zajišťovány geograficky i funkčně specializovanými institucemi, které disponují oddělenými rozpočty (navíc vnitřně dělenými na kapitoly). Uzavírám tedy, že použití SSNIP testu není pro tento případ přínosné, a jak dovozují z judikatury ani vyžadované.
269. Jak již bylo uvedeno, prvostupňový orgán určil relevantní trh jako trh inženýrského stavitelství, přičemž takovéto vymezení není v rozporu s předchozí praxí Úřadu a odpovídá podstatě zde zkoumaných zakázaných dohod. Uvádí-li účastníci řízení, že Evropská komise „připustila možnost“ užšího vymezení trhu s odkazem na rozhodnutí ve věci COMP/M.5158 – Strabag/Kirchhoff ze dne 15. července 2008 a rozhodnutí ve věci COMP/M.3754 - Strabag / Dywidag ze dne 23. června 2005, je třeba uvést, že v těchto případech Evropská komise posuzovala spojení soutěžitelů, v nichž je relevantní trh zkoumán na základě jiných standardů, než při řízeních o zakázaných dohodách (viz výše uvedená judikatura). Současně v obou případech Evropská komise nechala otázku definice relevantního trhu do značné míry otevřenou. Tato rozhodnutí tedy pro zde posuzovanou otázku nepovažují za relevantní.
270. Účastník řízení Skanska ve svém doplnění rozkladu dále namítl, že se Úřad nezabýval poptávkovou ani nabídkovou substitucí (viz shora). Tvrdil, že poptávající subjekt nepřeorientuje svoji poptávku a že stavby čtyřproudých silnic s asfaltovým povrchem a stavby mostů jsou nezaměnitelné s jinými druhy staveb. K tomuto uvádím, že Úřad se v kontextu šetřeného jednání při vymezování relevantního trhu zabýval rekonstrukcí

¹⁷ MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2004. Str. 102 - 103

a výstavbou pozemních komunikací prováděnou na základě zakázek vyhlášených veřejnými zadavateli. Specifikum na straně poptávky se tedy vztahuje především k samotným zadavatelům, kteří jsou na základě zákonné úpravy vlastníky konkrétního typu pozemní komunikace a na základě toho jsou oprávněni investovat do výstavby či oprav pouze některých komunikací. Podle zák. č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, je stát vlastníkem dálnic a silnic I. třídy. Vlastníkem silnic II. a III. třídy je kraj, na jehož území se silnice nacházejí, a vlastníkem místních komunikací je obec, na jejímž území se místní komunikace nacházejí. Vlastníkem účelových komunikací je právnická nebo fyzická osoba. Poptávková strana trhu je zde tedy ovlivněna zákonnou úpravou, od které se odvíjí typ poptávané komunikace. Tvrdí-li tedy účastník řízení, že poptávající stěží zamění čtyřproudou silnici s asfaltovým povrchem za dvouproudou, nebo asfaltový povrch za betonový, nemohu s tímto tvrzením souhlasit. Pro daný případ není totiž možné poptávkovou substituci posoudit, protože veřejné zakázky jsou vypisovány za účelem uspokojení konkrétní potřeby veřejného zadavatele, který má danou veřejnou potřebu na starost (takováto fragmentace trhu na jednotlivé zakázky by přitom neodpovídala ani Zásadám, které Úřadu umožňují vstoupit v potaz obrát z prodeje zboží či služeb, „jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká“). Tato nemožnost posouzení zaměnitelnosti přitom neznamená, že by předmětné zboží či služby nebyly zaměnitelné, ale vypovídá pouze o tom, že jednotliví veřejní zadavatelé mají rozpočtové kapitoly určené k zajišťování jednotlivých potřeb, které mezi sebou nejsou zaměnitelné jak z pohledu určení jednotlivých rozpočtových kapitol, tak jednotlivých veřejných potřeb. Zaměnitelnost v běžných ekonomických vztazích vyjadřuje konkurenční tlak jiných soutěžitelů. Ten je zde vyjádřen ne tím, jaký druh staveb může ten který veřejný zadavatel poptávat veřejnou zakázkou, ale jaký okruh účastníků se obdobných zakázek účastní. Shledávám tedy, že je zcela v souladu s komunitární judikaturou to, že Úřad nezvolil fragmentárnější pojetí relevantního trhu, protože to by nepostihovalo skutečnou situaci mezi účastníky řízení („podmínky podnikání na daném trhu“), pro které je typické, že se účastní veřejných zakázek pro široké spektrum inženýrských staveb.

271. Účastník řízení dále tvrdil, že ani nabídková substituce není možná, protože dodavatelé nemohou převést výrobu na relevantní výrobky a v krátké době je uvést na trh, aniž by jim nevznikaly další náklady nebo rizika. Konkrétně personální, strojní a další aktiva nutná ke stavbě čtyřproudé komunikace jsou podle účastníka řízení nepřenositelná na jiné stavby. Ani s tímto tvrzením nesouhlasím. V první řadě je nutné poukázat na skutečnosti plynoucí přímo ze správního spisu. Podle tvrzení účastníka by stavbu rychlostní komunikace mělo být schopno provést pouze několik subjektů, protože výstavba tohoto typu komunikace klade na stavební subjekt vyšší kapacitní nároky. Účastník řízení však opomíjí skutečnost, že v rámci výběrového řízení na stavbu rychlostní komunikace R4 si vyzvedlo zadávací dokumentaci dvacet velmi různorodých stavebních společností (od velkých subjektů typu STRABAG, Skanska, až po menší společnosti typu Lesostavby Třeboň, Znakon, M-SILNICE, apod.), evidentně tedy přesouvání výrobních kapacit ze stavby silnic II. a III. třídy a staveb rychlostních komunikací tak komplikované není. V opačném případě by totiž v soutěžích na stavby či opravy dálnic a silnic I. třídy figurovali jen největší hráči, kteří si mohou obstarání strojní, technické i personální vybavenosti dovolit. Je proto zřejmé, že subjekty pohybující se na trhu inženýrského stavitelství jsou schopné a ochotné nahrazovat chybějící vybavenost prostřednictvím subjektů jiných, a to buď vytvářením sdružení, nebo využíváním subdodávek.

272. Další námitky účastníků řízení směřovaly proti vymezení geografického trhu. Ten byl v napadeném rozhodnutí vymezen celorepublikově, a to z důvodu homogenity soutěžních podmínek vymezené ekonomické činnosti. Shledávám, že toto vymezení je v souladu jak s evropskou judikaturou (viz rozsudek Soudního dvora ve věci 27/76, „United Brands“), tak doktrínou [viz např. bod 8 Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03)]. O tom, že trhem pro oblast inženýrského stavitelství je celé území České republiky, svědčí i to, že řada účastníků řízení na území celé České republiky skutečně působí. Konečně to, že některé subjekty na nabídkové straně nepokrývají svou nabídkou celý relevantní trh, samo o sobě neznámá, že by území nebylo homogenní – to totiž záleží na homogenitě podmínek (např. legislativních, technických, cenových), nikoliv na „homogenitě“ nabídky účastníků trhu.
273. Namítá-li společnost Lesostavby, že měl být geografický trh vymezen úžeji, a to s ohledem na náklady na přepravu materiálu a osob, nemohu s ní souhlasit. Jak bylo řečeno výše, řada účastníků řízení navzdory těmto nákladům podnikala na území celé České republiky, řadu nákladů lze přitom snížit pomocí subdodavatele. Také účastník řízení Skanska vznesl výhrady proti vymezení geografického trhu a poukazyval zejména na značné náklady vznikající v souvislosti s přepravou asfaltu, betonu a šterku. Znovu zdůrazňuji, že skutečnost, že určitá stavební společnost nedisponuje kapacitou pro výrobu asfaltu nebo šterku, není natolik zásadní, aby to ovlivňovalo její schopnost ucházet se o veřejnou zakázku, a to i o veřejnou zakázku na stavbu rychlostní komunikace. Běžné totiž je využívání mobilních obaloven, příp. nákup materiálu z cizích obaloven. Tuto skutečnost ostatně potvrdil např. účastník řízení M-SILNICE, který na dotaz Úřadu, zda existují nějaké bariéry vstupu na trh, uvedl, že nasmlouvání či vlastnictví obalovny není zásadní omezení, protože v ČR je více než 100 obaloven. Tyto výrobní provozovny prodávají asfaltové směsi všem zákazníkům, včetně účastníka řízení (srov. č.l. 6016 správního spisu). Argumentace účastníka řízení Skanska tedy není relevantní.
274. Účastníci řízení Lesostavby Třeboň a Swietelsky dále uvedli, že působí převážně v Jihočeském kraji a v ostatních regionech jen výjimečně, proto měl být relevantní trh vymezen úžeji. V důsledku široce vymezeného relevantního trhu byla účastníkům řízení uložena vysoká pokuta. K těmto námitkám uvádím, že působí-li účastník řízení jen v části vymezeného relevantního trhu (zde jen v Jihočeském kraji), pak jeho obrat reflektuje pouze finanční toky na této části relevantního trhu. Široce vymezený relevantní trh se tedy příslušného účastníka řízení nedotkne, jelikož pokuta je počítána z obratu na relevantním trhu, má-li účastník řízení obrat jen na části trhu, bude pokuta počítána jen z takto zjištěného obratu.
275. Shrnuji tedy, že geografické vymezení relevantního trhu územím České republiky provedl prvostupňový orgán správně. Na tomto území panují pro účastníky řízení homogenní podmínky a současně řada z nich na celém tomto území podniká.
276. Navrhuje-li účastník řízení Skanska vypracování znaleckého posudku, kterým by byl řádně vymezen relevantní trh, musím tento návrh na doplnění dokazování v této fázi správního řízení odmítnout, neboť podle ZOHS § 21b lze návrhy na doplnění dokazování vznášet pouze ve lhůtě stanovené k vyjádření se ke Sdělení výhrad, k později uvedeným skutečnostem a důkazům se nepřihlíží. O této skutečnosti přitom byli účastníci řízení ve Sdělení výhrad poučeni.

Naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 3 odst. 1 ZOHS

277. Prvostupňový orgán Úřadu shledal, že se účastníci řízení dopustili porušení zákazu uvedeného v § 3 odst. 1 ZOHS 71, 296, 361. Podle § 3 odst. 1 zákona jsou dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále též „dohody“), které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, zakázané a neplatné, pokud zákon nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad nepovolí prováděcím předpisem z tohoto zákazu výjimku. Tyto dohody jsou přímo ze zákona zakázané, což potvrzuje i rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci Plemenáři¹⁸. V citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud konstatoval, že uvedené dohody jsou přímo ze zákona zakázané a pro posouzení, zda je postup soutěžitele v souladu se zákonem (resp. v rozporu se zákonem), postačí, že je najisto postaveno, že k takové dohodě došlo.
278. Jak již konstatoval prvostupňový orgán Úřadu, pod legislativní zkratku „dohoda“, řadí § 3 odst. 1 zákona i jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, které je jedním ze tří typů zakázaných dohod podle uvedeného ustanovení. Znakem takového jednání bývá nejčastěji určitý společně koordinovaný postup, který vědomě nahrazuje rizika soutěže určitou formou kooperace či sladováním chování soutěžitelů. Cílem tohoto jednání soutěžitelů je pak preventivní odstranění nejistoty o budoucím chování jiných soutěžitelů, v případě horizontálního vztahu mezi soutěžiteli pak jde o odstranění takové nejistoty o budoucím chování konkurentů. K popsané formě kooperace zpravidla dochází prostřednictvím přímých nebo nepřímých kontaktů mezi soutěžiteli. Porušením zákona jednáním ve vzájemné shodě je tedy takové chování soutěžitelů, které koordinovaně omezuje soutěž mezi nimi a rizika této soutěže nahrazuje praktickou vzájemnou kooperací (aniž by přitom soutěžitelé mezi sebou uzavřeli dohodu v užším slova smyslu).
279. Narušení hospodářské soutěže či alespoň možnost jejího narušení plynoucí z dohody je nezbytným znakem skutkové podstaty uvedeného správního deliktu. Z dikce § 3 odst. 1 zákona vyplývá, že zákon chrání hospodářskou soutěž nejen před faktickým narušením, ale i před potenciálním narušením. Tento názor potvrzuje i judikatura českých soudů, ze které mj. vyplývá, že zákon o ochraně hospodářské soutěže je založen na principu potenciální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla, nebo aby následek fakticky již nastal. K vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde dohoda, která k takovému následku může vést, a to bez ohledu na úmysl, který k přijetí takové dohody vedl¹⁹. To znamená, že uzavření dohody v rozporu s § 3 odst. 1 zákona je deliktem ohrožovacím, k jehož naplnění postačí ohrožení (tzn. reálné bezprostřední nebezpečí vzniku poruchy) zájmu chráněného zákonem. Potencialita narušení soutěže je přitom vztažena nejen k protisoutěžnímu cíli dohody, ale i k jejímu protisoutěžnímu následku. Není to pouze cíl dohody, co způsobuje její potenciální negativní dopad na soutěž. Zakázané a neplatné jsou tedy jak dohody, jejichž cílem je narušení soutěže (bez ohledu na to, zda takového cíle bylo dosaženo), tak dohody, jež mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (bez zřetele

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 2 A 19/2002 ze dne 12.5.2005.

¹⁹ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 19/2006-55 ze dne 9.1.2007 ve věci Komora veterinárních lékařů ČR.

k tomu, byl-li stranami dohody zamýšlen)²⁰. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu²¹ podmínku existence cílů či následků protisoutěžního jednání soutěžitelů pro posouzení protiprávnosti dohody postačuje splnit alternativně. Je tedy pouze na soutěžním úřadu, zda se bude při posuzování protisoutěžního charakteru dohody zabývat primárně jejím cílem či jejími následky. Podle evropské judikatury²² však budou soutěžní úřady v prvé řadě své úsilí směřovat k prokázání protisoutěžního cíle, neboť má-li dohoda protisoutěžní cíl, není nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu.

280. Speciálním typem zakázaných dohod, ke kterým dochází zejména při zadávání veřejných zakázek, jsou tzv. dohody o ovlivňování nabídek (dohody ve formě bidrigging), které patří k nejnebezpečnějším praktikám narušujícím hospodářskou soutěž a které mohou za předpokladu dlouhodobého realizování způsobit až ochromení některých trhů. O praktiku bid-rigging jde např. tehdy, když se soutěžitelé (zájemci či uchazeči o zakázku), u kterých by se jinak důvodně očekávalo, že se budou samostatně ucházet o přidělení zakázky, tedy že si budou konkurovat, před podáním nabídek dohodnou, že nebudou podávat pro zadavatele/objednavatele nejvýhodnější nabídku (nabídku na základě konkurenčního boje), ale naopak zvýší cenu či sníží kvalitu zboží nebo služeb poptávaných těmito subjekty prostřednictvím výběrových řízení, a to například s cílem zvýšit částku vítězné cenové nabídky, kterou vítěz výběrového řízení získá.²³ Cílem těchto dohod je tak ovlivnění výsledku soutěže o zakázku, přičemž z pohledu soutěžních norem v sobě dohody typu bid-rigging principiálně zahrnují jak prvky dohody cenové, tak rozdělení trhu, tedy dva typy nejzávažnějších hard-core omezení hospodářské soutěže, když podstatou těchto dohod je vyloučení vzájemné hospodářské soutěže mezi uchazeči o zakázku, tedy popření vlastního smyslu výběrového řízení. K narušení hospodářské soutěže dochází již samotnou koordinací mezi soutěžiteli při účasti na výběrovém řízení k zakázce (okruh účastníků soutěže, nabídkové ceny, apod.), neboť tak dochází ke zkrácení hospodářské soutěže, a to bez ohledu na to, jaká je konkrétní výše sladěných nabídkových cen. Vzhledem k tomu, že dohody typu bid-rigging bývají pravidelně zaměřeny na veřejné zakázky, narůstá jejich společenská škodlivost i tím, že mají přímý negativní dopad na veřejné rozpočty, když ilegálním způsobem odčerpávají zdroje jinak využitelné pro veřejné účely. Tento typ dohod je proto považován za dohody s protisoutěžním cílem.²⁴

²⁰ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 78/2008-721 ze dne 25.2.2009 ve věci Stavební spořitelny.

²¹ Ibid.

²² Viz např. rozsudek Tribunálu v případě C-49/92 P ve věci Anic [1999] ECR I-4125 nebo Rozsudek SD 56 a 58/64 ve věci Consten a Grundig [1966] ECR 429.

²³ Srov. např. rozsudek Tribunálu T-29/92 ze dne 21.2.1995 ve věci Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid and others [1995] ECR II-00289. V něm soud deklaroval, že zákaz stanovený článkem 81(1) Smlouvy ES se vztahuje na systém pravidel uplatňovaných v obchodní organizaci, která umožňují ve vztahu ke smlouvám v řízeních o veřejných zakázkách, prostřednictvím dohod mezi dotčenými soutěžiteli, po srovnání cen, které mají v úmyslu předložit, stanovit soutěžitele, který nabídne nejnižší cenu a který bude chráněn před rizikem, že jeho konkurenti nabídnou nižší cenu, a bude tím, kdo bude schválen k vyjednávání obsahu jeho nabídky se zadavatelem zakázky.

²⁴ Ibid. Srov. též rozhodnutí Komise v případech Pre-insulated Pipe Cartel IV/35.691/E-4 ze dne 21.10.1998 a European Sugar Industry IV/26.918 ze dne 2.2.1973, ze kterých plyne, že procedura veřejných zakázek předpokládá konkurenční nabídkové řízení, v nichž veřejní zadavatelé mají právo očekávat, že navržené nabídky ve výběrovém řízení nebudou výsledkem koluze mezi uchazeči o zakázku. V systému zadávání zakázek je existence soutěže mezi uchazeči o zakázku

A) Veřejná zakázka R4 Mirodice – Třebkov

281. Úřad výrokem I. napadeného rozhodnutí shledal, že se účastníci řízení STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., M – SILNICE a.s., BERGER BOHEMIA a. s., a Skanska a.s., tím, že v blíže neurčeném období přede dnem 30. 10. 2007 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „R4 Mirodice – Třebkov“, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60009446 dne 17. 9. 2007, a to tak, aby nejuvýhodnější nabídku podalo sdružení „STRABAG-SWIETELSKY – Mirodice – Třebkov“, jehož členy byly společnosti STRABAG a.s. a SWIETELSKY stavební s.r.o., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 30. 10. 2007 podali, dopustili porušení zákazu stanoveného v § 3 odst. 1 ZOHS 71.
282. V bodě 251. napadeného rozhodnutí Úřad kvalifikoval jednání účastníků řízení týkající se veřejné zakázky R4 jako zakázanou dohodu spočívající v koordinaci činnosti konkurentů při tendrech (bid-rigging) ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS 71. Tuto dohodu měli uzavřít účastníci řízení, a to společnost Strabag a Swietelsky, kteří podali nabídku ve sdružení, dále společnosti Eurovia, M-Silnice, Skanska, Berger Bohemia a realizovali ji prostřednictvím vzájemného krytí v daném výběrovém řízení. Úřad při posouzení formy zakázané dohody týkající se veřejné zakázky R4 dospěl k závěru, že všichni výše uvedení účastníci řízení jednali ve vzájemné shodě.
283. Na základě důkazů popsaných v napadeném rozhodnutí Úřad shledal, že mezi účastníky řízení existoval záměr podat do předmětného výběrového řízení nabídku, a to tak, že vítězné sdružení „STRABAG-SWIETELSKY – Mirodice – Třebkov“ (dále též „**Sdružení Strabag-Swietelsky**“) podá nejuvýhodnější nabídku a ostatní účastníci řízení podají nevýhodné, krycí nabídky, které budou ze soutěže buď vyřazeny, nebo nebudou konkurenceschopné. Součástí dohody přitom bylo, že účastník řízení EUROVIA podá krycí nabídku, ale zároveň bude mít velmi výhodnou účast na zakázce v podobě subdodávky. Tuto dohodu, která se promítla do vzájemné koordinace nabídek, pak účastníci řízení zrealizovali tak, že své nabídky do zadávacího řízení skutečně podali, přičemž nabídkové ceny u účastníků řízení STRABAG, SWIETELSKY byly v průměru o 24% vyšší než ceny v tabulce na dokumentu SW A6/2-6, která byla podle zjištění Úřadu vypracována přede dnem podání nabídek. Výsledkem koordinovaného postupu účastníků řízení tedy bylo, že sdružení Strabag – SWIETELSKY – Mirodice - Třebkov skutečně výběrové řízení vyhrálo, a to především v důsledku vyřazení druhého sdružení „R4 Mirodice – F.Kirchhoff Silnice s.r.o.“, jehož nabídka byla sice nejuvýhodnější, které však bylo ze soutěže vyřazeno z důvodu absence závazného příslibu vydání bankovní záruky. Nabídky všech ostatních uchazečů byly méně výhodné.
284. Účastníci řízení se s právě popsanými závěry Úřadu neztotožnili a brojili proti nim četnými námitkami. Tvrdili zejména, že Úřad neúplně zjistil skutkový stav věci, neboť jeho závěry plynou v podstatě z jediného důkazu, a že tedy ve věci nemůže být řeč o „řetězci na sebe vzájemně navazujících a logických důkazů“. Účastníci řízení dále také nesouhlasili s interpretací dokumentu SW A6 a navrhovali, aby Úřad doplnil dokazování o znalecký posudek, který by odhalil přesné znění klíčových slov. Účastníci řízení dále namítli, že Úřad z provedených důkazů vyvodil nesprávné právní závěry, neboť si vzájemnou komunikaci mezi

podstatná. Pokud předložená nabídka není výsledkem individuálního ekonomického výpočtu, ale znalosti nabídky jiného uchazeče nebo sladěného postupu mezi nimi, je soutěž vyloučena, či přinejmenším omezena a narušena.

nimi vysvětlil nutně jako kartelovou dohodu. Za nepatřičné považovali účastníci řízení také presumování některých znaků skutkové podstaty, které Úřad nebyl s to prokázat, a nahrazování důkazů odkazy na promlčený skutek „Srubec“.

285. Pokud jde o souhrn důkazů, kterými Úřad disponoval, jednalo se o dokument SW A6/1-6 zajištěný při místním šetření ve společnosti Swietelsky. Tento dokument se skládá ze tří částí, a to z první tabulky obsahující tištěný i ručně psaný přehled jednotlivých společností s ručně dopsanými poznámkami SW A6/1, dále jde o tabulku označenou jako Rekapitulace stavby SW A6/2 a třetí tabulku SW A6/3-6 obsahující objekty stavby, jejich popis a příslušné částky. Dále Úřad disponuje zadávací dokumentací a příslušnými nabídkami podanými jednotlivými účastníky řízení a příslušnou dokumentací vztahující se k veřejné zakázce rychlostní komunikace R4 poskytnutou od ŘSD. Dále se jedná o důkaz zajištěný při místním šetření v obchodních prostorách společnosti BERGER BOHEMIA, a to část diáře [...jméno...]. Dále jde o vyjádření jednotlivých účastníků řízení zaslaná Úřadu. Podstatnými důkazy jsou také zjištění, že společnost Skanska si vyzvedla zadávací dokumentaci k předmětné zakázce jako poslední dne 22. 10. 2007 a měla tudíž přehled o všech společnostech, které si před ní zadávací dokumentaci vyzvedly (viz dokument poskytnutý ŘSD na č.l. 3607 a násl.). Neméně závažná jsou zjištění, že společnost EUROVIA coby uchazeč o veřejnou zakázku nakonec poskytla subdodávku vítěznému sdružení a taktéž učinila společnost M-Silnice, která poté, co byla ze soutěže vyřazena, poskytla subdodávku společnosti EUROVIA. V neposlední řadě zdůrazňuji, že Úřad doplnil dokazování o sdělení ŘSD, ze kterého plyne, že z Dodatků 1 – 3 zasílaných jednotlivým soutěžitelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, nemohlo být těmto soutěžitelům zřejmé, které další subjekty si zadávací dokumentaci u ŘSD vyzvedly (viz přípis na č.l. 13685).
286. Stěžejním důkazem skutečně zůstávají všechny tři části dokumentu SW A6, jehož velmi detailní popis je uveden v bodech 104. – 120. napadeného rozhodnutí Úřadu, proto nepovažuji za nutné jej zde znovu popisovat. Podstatné však je, že skutková zjištění plynoucí z těchto tabulek odpovídají dalším zjištěním Úřadu, nejsou s nimi v rozporu, ale závěry Úřadu podporují.
287. Úřad dokument SW A6/1-6 zajištěný v obchodních prostorách společnosti Swietelsky předložil této společnosti k vysvětlení s dotazem, kdy tento dokument vznikl a co představuje, a s žádostí o přepis ručně psaných poznámek (viz svazek IX., č.l. 3559 an.). Účastník řízení společnost Swietelsky tedy měl příležitost konkrétně se vyjádřit k povaze dokumentu i k ručně psaným poznámkám, což také učinil. Z jeho vyjádření plyne, že předmětný dokument měl mapovat situaci a snahy a záměry konkurence, kdo má jaké šance a možnosti. Z tohoto vyjádření vyplývá, že dokument musel být vypracován ještě před termínem k odevzdání nabídek, shodný závěr Úřadu tedy není jeho naprostým výmyslem, ale potvrdil jej i sám účastník řízení. O tom, že předmětná tabulka SW A6/1 byla vypracována přede dnem otevírání obálek, resp. odevzdání nabídek podle mého názoru svědčí také skutečnost, že na dokumentu shora je rukou psaná poznámka „30. 10. 10.00 – 11.00 otevř.“. Jiné vysvětlení časového vzniku tabulky postrádá jakýkoliv logický smysl.
288. Účastník řízení dále na žádost Úřadu provedl přepsání ručně psaných poznámek do elektronické podoby, přičemž valná většina poznámek se shoduje s výkladem Úřadu, až na některá slova, jež by mohla účastníky řízení usvědčit z protisoutěžního jednání. Jedná se například o poznámku u společnosti COLAS, kde je uvedeno slovo, které Úřad vykládá jako

„počet“, ale účastník řízení jako „pocit“, příp. zde existují ještě další verze účastníků řízení. Účastník řízení Swietelsky se také záměrně vyhnul přepisu zkratk, které se u firem některým účastníků řízení pravidelně objevují, a to zkratky „SW“ u M-SILNICE, „STR“ u Sefimota, „SW“ u Znakon, „SSZ“ u BERGER BOHEMIA, atd. Dále se účastník řízení vyhnul přepisu některých dalších slov např. slova „krycí“, které se nachází vedle společnosti M-SILNICE a je jednoznačně velmi dobře čitelné (podobně jako zkratky SW, STR a SSŽ).

289. Interpretace této tabulky SW A6/1 Úřadem v kontextu podaných nabídek je podle mého názoru logická. Veřejná zakázka R4 Mirovice – Třebkov byla zadána jako otevřené řízení s lhůtou pro doručení žádostí o zadávací dokumentaci dne 19. 10. 2007 v 12.00 hod. a lhůtou pro doručení nabídek do 30. 10. 2007, 10.00 hod. a termínem otevírání nabídek 30. 10. 2007 v 11.00 hod, tabulka přitom obsahuje označení této zakázky a termín podání nabídek. V tabulce je zakroužkováno 6 subjektů, přičemž se jedná o subjekty, které nakonec nabídku do soutěže skutečně podaly, vyjma společnost PSVS, místo které podalo nakonec do soutěže nabídku sdružení „R4 Mirovice – F.Kirchhoff Silnice s.r.o.“ O tom, že tabulka byla vypracována přede dnem odevzdání nabídek, svědčí také skutečnost, že původně byla číslem 6 označena společnost PSVS, u které je ručně psanou poznámkou uvedeno „jak se to vyvine, jinak neodevzdají“ a zakroužkovaná firma společnosti F.Kirchhoff s otazníkem a zkratkou SSŽ a poznámkou dole „s dvěma něm. firmami (Kirchhoff) mám velký zájem s nimi dělat“. Zanedbatelnou skutečností není ani to, že prvních osm společností napsaných v přehledu tabulky SW A6/1 se naprosto shoduje s pořadím, ve kterém si tyto společnosti vyzvedly u zadavatele zadávací dokumentaci. Zanedbatelná zde není ani role společnosti Skanska, která jako jediná měla naprostý přehled o tom, kteří soutěžitelé si nakonec u zadavatele ŘSD zadávací dokumentaci vyzvedli, protože právě společnost Skanska si zadávací dokumentaci vyzvedla po termínu v pondělí dne 22. 10. 2007. Do přehledu SW A6/1 pak byla dopsána do první buňky, která byla do té doby ponechána prázdná.
290. Pokud jde o zkratky společností SW (Swietelsky), STR (STRABAG) a SSŽ (EUROVIA, dříve Stavby silnic a železnic, a.s.), které jsou v tabulce dopsány u jednotlivých společností, ty skutečně velmi logicky lze interpretovat jako zprostředkovatele, kteří měli s ostatními uchazeči společný postup domluvit. V kontextu dokumentu SW A6/2-6 druhé a třetí tabulky totiž plyne, že účastníci řízení Swietelsky, STRABAG a EUROVIA již předem kalkulovali s tím, kdo se bude ucházet o vítězství v soutěži a kdo následně provede významnou subdodávku. S velkou mírou pravděpodobnosti se dá dovodit, že právě tyto tři subjekty domluvily společný postup zbývajících uchazečů, který nakonec umožnil podat nabídku s cenami záměrně navýšenými. Také toto tvrzení Úřad podložil důkazy - na druhém listu dokumentu SW A6/2 se totiž nachází tabulka označená Rekapitulace stavby, přičemž stavba je identifikovaná jako 06-409-2-000 R4 Mirovice – Třebkov. Z tabulky SW A6/2 Rekapitulace stavby vyplývá, že společnost Swietelsky ocenila stavbu (s výjimkou 5 nulových položek) na částku včetně 10% rezervy na 723 mil. Kč. I v případě, že by šlo o ceny bez DPH, rozdíl mezi tímto oceněním a nabídkou vítězného sdružení je cca 221 mil. Kč; resp. cca 200 mil., pokud by ceny „nulových“ položek v tabulce byly od celkové nabídkové ceny odečteny.
291. Podstatné ovšem také je, že v této tabulce se kromě společností STRABAG a Swietelsky objevuje i společnost EUROVIA pod zkratkou SSŽ. V horní části tabulky se totiž nachází ručně psaná poznámka (cit.): „Strabag 363“ a „SW 219“ (u ní je uvedena částka 12 mil. s poznámkou „KK kompletně kanalizace“) a „SSŽ 250“, přičemž součet uvedených částek činí

832, což je částka, která je rovněž zmíněna u celkové částky za objekty ve sloupci ocenění Swietelsky, kde je ručně dopsáno „x 1,28 = 832“. Je tedy zřejmé, že již v době před podáním nabídek se mezi těmito třemi subjekty vyjednávalo o tom, jakým podílem se na vysoutěžené veřejné zakázce bude účastnit společnost EUROVIA, která sice podá krycí nabídku, ale zároveň bude v zakázce figurovat jako významný subdodavatel. Poté, co veřejnou zakázku na stavbu rychlostní komunikace skutečně získalo vítězné sdružení STRABAG – SWIETELSKY – Mirovice - Třebkov, byla to právě společnost EUROVIA, kdo pro toto sdružení poskytl subdodávku, a to v celkovém objemu prací v hodnotě [...obchodní tajemství...] Kč (což odpovídá zkratce „SSŽ 250“).

292. Pro úplnost je nutné zdůraznit, že ZVZ ve znění zák. č. 110/2007 Sb. v ustanovení § 69 odst. 2 zakazoval, aby uchazeč o veřejnou zakázku figuroval zároveň jako subdodavatel v této zakázce. Přesné znění tohoto ustanovení je *[d]odavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení. Dodavatel, který nepodal nabídku v zadávacím řízení, však může být subdodavatelem více uchazečů v tomtéž zadávacím řízení.* Jednotliví účastníci řízení svůj postup vysvětlují tak, že toto ustanovení nebylo dodržováno a běžně byly subdodávky poskytovány ze strany uchazečů o zakázku. Za případnější, obzvláště v této věci, považuji vysvětlení, že soutěžitelé záměrně obcházeli zákon o veřejných zakázkách, a to právě z toho důvodu, že příslib plnění subdodávky byl jakousi kompenzací za účast na kartelové dohodě, která dopomohla k vítězství předem dohodnutým soutěžitelům.
293. Pokud jde o další kontakty mezi ostatními účastníky řízení, a to především mezi společnostmi M-SILNICE a BERGER BOHEMIA, ty jsou patrné i z dalších okolností zjištěných Úřadem. Kromě předmětné tabulky SW A6/1, kde jsou tyto společnosti uvedeny v přehledu, přičemž pořadí uvedení v přehledu odpovídá pořadí, ve kterém si vyzvedly zadávací dokumentaci, Úřad zjistil, že společnost M-SILNICE byla nasmlouvaná společností EUROVIA jako subdodavatel při realizaci stavby R4. Společnost M-Silnice přitom podala do soutěže krycí nabídku, která byla následně zadavatelem vyřazena z důvodu chybějící bankovní záruky. Ačkoliv se na první pohled může zdát, že šlo o standardní postup ve výběrovém řízení a že k pochybení v nabídce došlo „pouhou“ administrativní chybou, jak tvrdí účastník řízení, s tímto tvrzením se neztotožňuji. V nabídce společnosti M-Silnice chyběl jeden z hlavních podkladů, bez kterého nemůže být nabídka dále hodnocena. V obsahu nabídky se však s tímto dokumentem, tedy s bankovní zárukou, počítá a není mu prozatím přiděleno číslo listu s tím, že listy předchozích a následných dokumentů navazují. To znamená, že i při tvorbě obsahu bylo zřetelné, že doklad v nabídce chybí.
294. Zajištění určitého počtu krycích nabídek do veřejné zakázky i s tím, že některé budou následně vyloučeny, je v případě bid-riggingu běžným jednáním fingujícím zdánlivě reálný průběh soutěže mezi konkurenty. Vzhledem k tomu, že účastníci kartelu (zmíněných 6 společností) předstírali reálnost výběrového řízení, muselo být do soutěže podáno přiměřené množství nabídek („máme počet“), přičemž některé nabídky musely být krycí v tom smyslu, že nabídková cena bude vyšší, příp. že v nabídce bude absentovat podstatná náležitost a nabídka bude ze soutěže vyřazena. Nedoložení bankovní záruky společností M-Silnice tudíž svědčí o tom, že společnost neměla nikdy v úmyslu podat do výběrového řízení nabídku kompletní a nabídka měla sloužit toliko coby nabídka krycí (viz poznámka „krycí“ v tabulce SW A6/1).

295. Odmítám dále námitky účastníka řízení M-Silnice, že Úřad spekuloval o tom, že byla nabídková cena vítězného sdružení navýšena o 24% a že bez znaleckého zkoumání není možné toto stanovit. K tomu uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí vysvětlil ručně dopsané poznámky na dokumentu SW A6/2-6 tak, že ručně dopsaným koeficientem 1,28 byla vynásobena částka 657.682.925 ve sloupci „celkem za objekty“. Tato skutečnost plyne přímo z dokumentu SW A6/2, výsledek (tedy částka 832) je pak uveden i nad tabulkou SW A6/2, kdy se v této ručně psané poznámce jedná o součet částek „STR 363, SW 219 a SSŽ 250“. Tímto vysvětlením poznámek na dokumentu SW A6/2 Úřad demonstroval, že jmenované tři společnosti kalkulovaly společně ceny, přičemž ve skutečnosti pak společnost Swietelsky realizovala u této veřejné zakázky práce v hodnotě 228.453.686,86 Kč a společnost EUROVIA realizovala subdodávku pro vítězné sdružení v objemu prací [...obchodní tajemství...] Kč. Tato čísla přitom odpovídají přibližným částkám v ručně psaných poznámkách na dokumentu SW A6/2.
296. Pokud jde o tvrzení, že v důsledku jednání účastníků řízení došlo k navýšení ceny nabídky o 24%, Úřad toto procento dovedl porovnáním položky na dokumentu SW A6/2 ve sloupci „ocenění Swietelsky“ s nabídkou podanou sdružením STRABAG – SWIETELSKY – Mirovice – Třebkov. Zjistil přitom, že většina částek v tomto sloupci je nižších než ceny odpovídajících položek ve vítězné nabídce, které jsou naopak o 24% vyšší.
297. Další kontakt, který v kontextu shora uvedeného svědčí o vzájemné komunikaci je zajištěná část diáře pracovníka BERGER BOHEMIA, kde je zaznamenána schůzka se společností STRABAG v období blízce před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Mimo to před touto schůzkou se v diáři nachází poznámka „Subdodávka mosty pro veřejnou zakázku R4“. Také z této skutečnosti tedy Úřad dovedl, že účastník řízení BERGER BOHEMIA byl v kontaktu s ostatními účastníky řízení ještě v době před podáním nabídek a že se na protisoutěžním jednání rovněž podílel. Svědčí o tom nejen ručně psané poznámky v přehledu SW A6/1, ale i další okolnosti, zejména podání krycí nabídky a poznámky v zajištěném diáři.
298. Shrnuji tedy, že cenové nabídky všech uchazečů o veřejnou zakázku R4 činily od 944 mil. do 984 mil. Kč bez DPH, výjimku představovala pouze nabídková cena společnosti F.Kirchhoff, která byla výrazně nižší, o cca 100 mil. než nabídková cena vítězného sdružení R4 (činila 855 mil. Kč bez DPH). V této souvislosti je však třeba znovu poukázat na dokument SW A6/2 druhou tabulku obsahující „odbytové ceny společnosti Swietelsky“, kde je uvedena celková cena 657 mil. následně opatřena poznámkou „x1,28= 832“, celková cena uváděná v poslední tabulce dokumentu SW A6/6 „R4 Mirovice Třebkov – dělení“ činí 821.602.284 Kč. I část „navýšená“ o 1,28násobek je stále výrazně nižší než cenová nabídka vítězného sdružení R4. Také tyto skutečnosti svědčí o tom, že nebyl vzájemné koordinace mezi jednotlivými dotčenými subjekty, byla by výsledná nabídková cena vítězného sdružení nižší, což může dokládat také předběžný rozpočet zadavatele – oceněný soupis prací obsahující celkovou cenu ve výši 776.258.123,- Kč bez DPH.
299. Z uvedeného jednoznačně vyplývá, že Úřad opatřil celou řadu nepřímých důkazů, tyto důkazy vysvětlil a jeho závěry na sebe logicky navazují. V kontextu všech shora popsanych důkazů nepostrádá vysvětlení Úřadu potřebnou návaznost a logiku, proto je možné říci, že Úřad sice nedisponoval přímým důkazem prokazujícím účast jednotlivých účastníků řízení na zakázané dohodě, ale rozhodně opatřil ucelený řetězec důkazů, které na sebe logicky navazují. Není to tedy jen běžná obchodní komunikace, na kterou se účastníci řízení

odvolávají a ze které má Úřad údajně protisoutěžní jednání vyvozovat. Z provedených důkazů naopak plyne nestandardní jednání spočívající ve vzájemné koordinaci společného postupu ve věci.

300. Pokud jde o četné výhrady k interpretaci první tabulky SW A6/1, Úřad již v napadeném rozhodnutí vysvětlil, proč nepřistoupil na návrhy účastníků řízení na doplnění dokazování znaleckým posudkem z oboru písmoznalectví. V první řadě zdůrazňuji, že převážná většina textu je dobře čitelná a ručně psané poznámky byly rovněž z velké míry osvětleny přepisem účastníka řízení společností Swietelsky. Ačkoliv tento účastník řízení některé ručně psané poznámky pomínul, jednalo se opět o poznámky, které jsou velmi dobře čitelné a nepotřebují další rozklíčování (např. zkratky SW, STR, SSŽ, slovo krycí, apod.). Z tohoto důvodu považuji důvody, proč orgán prvního stupně Úřadu zamítl tento návrh na doplnění dokazování za dostačující a námitky účastníků řízení za nedůvodné. Pokud jde o návrhy na doplnění dokazování výsledkem členů představenstva společnosti Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a.s., a jednatelů účastníka řízení F.Kirchhoff, Úřad se k těmto návrhům v napadeném rozhodnutí skutečně nevyjádřil. Podle účastníka řízení společnosti Swietelsky měly tyto důkazy osvětlit postup společnosti PSVS a.s. v účasti ve výběrovém řízení, u jednatelů společnosti F.Kirchhoff pak mělo jít o vysvětlení, proč nebyl doklad o poskytnutí jistoty podán. Domnívám se, že výslech uvedených osob by ve věci nepřinesl žádné nové informace. Společnost PSVS je sice uvedena v tabulce SW A6/1 (obdobně jako řada jiných společností) a je u ní i číslo 6 a zkratka zprostředkovatele, nakonec však do soutěže nabídku nepodala a Úřad s ní ani ne zahájil správní řízení. Podle zjištění Úřadu a jeho závěrů měla být sice společnost PSVS šestým uchazečem o zakázku R4 (to je zřejmé z ručně psaných poznámek „jak se to vyvine → jinak neodevzdají“ na dokumentu SW A6/1), nakonec však její místo evidentně nahradila společnost F. Kirchhoff, k níž bylo v tabulce SW A6/1 ručně dopsáno „s 2 něm. firmami (Kirchhoff) → má velký zájem s námi dělat ! preferuji“ a která nakonec podala sice nabídku nejvýhodnější, ale zároveň neúplnou, tudíž krycí. Skutková zjištění Úřadu tedy podle mého názoru byla dostatečná a v kontextu dalších zjištění ucelená. Pokud by Úřad opravdu výslech navržených svědků provedl, musel by si klást zásadní otázku, do jaké míry jsou jimi sdělené informace důvěryhodné. Otázka důvěryhodnosti těchto svědků byla skutečně namístě, neboť podle informací poskytnutých společností F.Kirchhoff v lednu 2014 (č.l. 7824) byla tato společnost součástí koncernu STRABAG. Jestliže Úřad vyhodnotil stav dokazování za ucelený a logický a nepovažoval doplnění dokazování o výsledky navržených svědků za nutné, nelze v tomto postupu spatřovat nezákonnost.
301. Orgán prvního stupně Úřadu tedy nejen opatřil dostatek důkazů prokazujících zakázanou dohodu spočívající v koordinaci při účasti na veřejné zakázce rychlostní komunikace R4, z těchto skutkových zjištění navíc vyvodil i správné právní závěry. Považují-li účastníci řízení za nepřípustné, aby Úřad namísto řádného provedení důkazů odkázal na skutková zjištění provedená ke skutku veřejná zakázka „Revitalizace návsí Stará Pohůrka“, kde lhůta k uložení pokuty již uplynula, doplňuji, že Úřad zde poukázal pouze na shodný způsob provedení (např. shodná tabulka s uchazeči o zakázku). Ke skutku veřejná zakázka R4 Mirovice – Třebkov však Úřad disponuje dostatečnými důkazy, kterými jsou závěry o spáchání správního deliktu dostatečně podloženy. Závěry Úřadu tedy pouze akcentují skutečnost, že model jednání

objevující se ve veřejné zakázce na stavbu komunikace R4 se následně objevil i v soutěži o veřejnou zakázku Revitalizace návsí Stará Pohůrka.

302. K námitkám účastníků řízení, že jednotliví soutěžitelé na stavebním trhu mezi sebou musí nutně komunikovat, protože potřebují znát mj. své šance v soutěži a odhadovat účast jiných soutěžitelů ve výběrovém řízení, konstatuji, že Úřad tyto úvahy rozhodně nepopírá. Z materiálů poskytnutých jednotlivými účastníky řízení vyplynulo, že jednotliví soutěžitelé se přirozeně snaží zvýšit svoji konkurenceschopnost tím, že vstupují do různých sdružení nebo konsorcií, která jim usnadňují optimalizovat výrobní kapacitu a podat konkurenceschopnou nabídku. Na takovém postupu soutěžitelů Úřad neshledal z hlediska ZOHS nic závadného a ani to v napadeném rozhodnutí netvrdí. Úřad naopak poukázal na situaci, kdy z jím zajištěných důkazů plyne spolupráce mezi uchazeči o veřejnou zakázku R4 takového rázu, která spočívala ve vzájemné koordinaci postupu jednotlivých uchazečů tak, aby se vítězem výběrového řízení stal předem určený subjekt, k čemuž měly výraznou měrou dopomoci záměrně neúplné nabídky, příp. nabídky záměrně nadhodnocené, tedy krycí. Součástí běžné komunikace pak není vědomí o tom, které konkrétní subjekty si skutečně vyzvedly zadávací dokumentaci, kdo konkrétně podá nabídku do soutěže, příp. jaká bude nabídková cena. Vědomost o těchto skutečnostech daleko přesahuje rámec běžné komunikace, neboť účast ve výběrových řízeních by měla být účastí vzájemně si konkurujících soutěžitelů.
303. Účastník řízení M-SILNICE namítl, že má-li být naplněn záměr jednat a jeho realizace, měl Úřad takový postup dovést u všech 20ti zájemců o veřejnou zakázku, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Jinak přece nemohlo jít o vítězství předem domluveného účastníka, protože dohoda pouhých šesti uchazečů z celkového počtu dvaceti nemohla vítězství zajistit. K této námitce uvádím, že Úřad přibíral účastníky řízení postupně, a to na základě dokumentů zajištěných při místních šetřeních, které mohly svědčit o protisoutěžní činnosti subjektu a které Úřad později vyhodnotil jako důkaz o tom, že se konkrétní subjekt mohl podílet na společné koordinaci. Jak účastník řízení sám dovozuje, prokázání jednání ve shodě nebo dohodě navíc v oblasti bid riggingu je poněkud obtížné, vzhledem k tomu, že Úřad další důkazy prokazující zapojení i dalších potenciálních uchazečů o zakázku nezajistil, nepřibral tyto subjekty ani mezi účastníky řízení. Dále doplňuji, že podstatou bid-riggingu není naprostá eliminace podnikatelského rizika, ale postačí jeho snížení. Soutěžitelé účastni na kartelu nemohou většinou vyloučit, že se do soutěže nepřihlásí ještě jiný hráč, zásadní ovšem je, že členům kartelu se výrazně sníží podnikatelské riziko, které plyne ze zdravého soutěžního prostředí.
304. Účastník řízení M-SILNICE konečně předestřel vlastní skutkovou verzi vzniku předmětné tabulky SW A6, v této souvislosti však odkazují na úvahy uvedené shora, které podrobně vysvětlují, jaké závěry Úřad vyvodil z jednotlivých důkazů.
305. Účastník řízení M-SILNICE a především Skanska namítli, že organizace výběrového řízení, resp. předávání zadávací dokumentace byla plně v rukou zadavatele a že případná souvislost s pořadím v tabulce SW A6/1 nesevředly o ničem, zde je nutné uvést, že dokument SW A6/1 obsahuje seznam všech společností, které si ve stanoveném termínu požádaly a následně vyzvedly zadávací dokumentaci. Samotní soutěžitelé však takto úplný přehled subjektů, které si zadávací dokumentaci vyzvedly, znát nemohli, aniž by mezi sebou vzájemně komunikovali a tuto skutečnost si sdělili. Přesný přehled o všech soutěžitelích, kteří si u zadavatele zadávací dokumentaci vyzvedli, měla pouze společnost Skanska, která si zadávací

dokumentaci vyzvedla jako poslední, a to navíc místo dne 19. 10. 2007 (poslední den lhůty), až v pondělí dne 22. 10. 2007.

306. Podstatným důkazem ve věci, vyvracejícím mj. argumentaci účastníka řízení Skanska, je evidence o poskytnutí zadávací dokumentace předaná ŘSD, ze které plyne, že uchazečům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, byly postupně v souladu se ZVZ zasílány Dodatek č. 1 k zadávací dokumentaci ze dne 9. 10. 2007, Dodatek č. 2 k zadávací dokumentaci ze dne 19. 10. 2007 a Dodatek č. 3 k zadávací dokumentaci ze dne 19. 10. 2007. Účastník řízení Skanska založil svou rozkladovou argumentaci na tom, že kromě něho měli přehled o jednotlivých uchazečích také ŘSD jakožto zadavatel a všichni soutěžitelé, kteří si nabídky vyzvedli, protože jim ŘSD následně zaslalo Dodatky 1 – 3, kde byl v záhlaví uveden kompletní jmenný seznam všech uchazečů.
307. Tuto argumentaci účastníka řízení Skanska musím odmítnout. Dodatky 1 – 3 k zadávací dokumentaci, které byly uchazečům zasílány, zaslalo ŘSD každému z uchazečů samostatně, přičemž v záhlaví se nacházela pouze adresa adresáta a nikoliv firmy s adresami všech uchazečů. Toto tvrzení Úřad ověřil právě shora zmíněným doplněním dokazování o sdělení zadavatele ŘSD, který v této souvislosti upřesnil, že jednotliví uchazeči skutečně nemohli mít přehled o tom, které všechny subjekty si zadávací dokumentaci vyzvedly, na základě doručení příslušných Dodatků 1 -3. Účast společnosti Skanska na kartelu měla bezpochyby své opodstatnění, bez této společnosti by totiž nedošlo k naplnění počtu šesti, který je zdůrazněn ručně psanými číslicemi v kroužku v tabulce SW A6/1 (u společnosti Skanska je číslice 1). Společnost Skanska pak skutečně (ve shodě s poznámkou „podá“) nabídku podala, přičemž se jednalo opět o krycí nabídku, která vzhledem k vysoké ceně nebyla vítězná. Domnívám se však, že právě společnost Skanska je natolik výrazným hráčem na trhu stavebnictví, že bez účasti právě této společnosti v kartelu, by to mohla být právě ona, kdo by si mohl dovolit podat do soutěže nabídku s nižšími konkurenčními cenami a v soutěži zvítězit.
308. Zdůrazňuji rovněž, že společnost Skanska závěry Úřadu doposud nevyvrátila, ačkoliv se o to snažila množstvím argumentů, obě její stěžejní argumentace však Úřad vyvrátil. Jednalo se nejprve o tvrzení, že Skanska nedisponovala certifikáty ČSN EN ISO 9001:2001 prokazující způsobilost posuzování vlivu na životní prostředí a ČSN EN ISO 14001:2005 prokazující způsobilost provádět v souladu se zásadami environmentálního managementu posuzování vlivu na životní prostředí, a proto se nejprve o vítězství v soutěži neucházela. Úřad však zjistil, že k oznámení o změně zadávací dokumentace sdělené uchazečům prostřednictvím Dodatků 1 – 3, ve kterém již zadavatel prokázání těchto certifikátů nepožadoval, došlo dne 19. 10. 2007, tedy v době, kdy společnost Skanska prokazatelně neměla zadávací dokumentaci k dispozici. Tu si totiž, jak jsem již uvedl shora, vyzvedla až v pondělí 22. 10. 2007. Specifikace konkrétních technických kvalifikačních předpokladů přitom nebyla součástí formuláře oznámení o zakázce uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek. O veškerých změnách zadávací dokumentace se účastník řízení Skanska mohl dozvědět nejdříve dne 22. 10. 2007, kdy si u zadavatele vyzvedl zadávací dokumentaci k veřejné zakázce R4, jejíž součástí byly v souladu s čl. 10, dílu 1, části 1 zadávací dokumentace i veškeré provedené změny zadávací dokumentace. Argument účastníka řízení Skanska o nemožnosti podat nabídku z důvodu, že ke dni 19. 10. 2007 nedisponoval příslušnými certifikáty, tak s ohledem na skutečnost, že se o detailních zadávacích podmínkách veřejné zakázky R4 včetně požadavků zadavatele na

konkrétní typy certifikátů dozvěděl nejdříve dne 22. 10. 2007, nemůže obstát (srov. bod 396. napadeného rozhodnutí).

309. Právě uvedená argumentace společnosti Skanska směřuje pouze k tomu, že společnost evidentně ještě před tím, než si sama zadávací dokumentaci vyzvedla a seznámila se s ní, měla detailní znalost o upřesněných požadavcích zadavatele. To ovšem jen potvrzuje verzi Úřadu o tom, že Skanska již v předstihu komunikovala s ostatními uchazeči a vědomost o požadavcích zadavatele získala od nich. Dodatek č. 3, který upravuje zadavatelem stanovené kvalifikační předpoklady (vypuštění certifikátu ČSN EN ISO 9001:2001 a vypuštění posuzování vlivu na životní prostředí – č.l. 10720, 10721) totiž byl odeslán dne 19. 10. 2007, tedy v době, kdy si společnost Skanska zadávací dokumentaci ještě nevyzvedla a mezi adresáty uvedenými v Dodatku č. 3 nefigurovala.
310. Stejně tak je nutné odmítnout i novou obranu společnosti Skanska, se kterou přichází do rozkladového řízení. Tvrdila, že vědomost o všech uchazečích, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, získali jednotliví účastníci řízení právě z Dodatků 1 – 3 zasílaných zadavatelem. Za účelem vyvrácení této argumentace Úřad doplnil dokazování a zjistil, že názvy firem uvedené v poli určeném pro adresáta, slouží zadavateli jako „rozdělovník“. Zadavatel ŘSD Úřadu sdělil, že v tomto poli byla na oznámení uvedena vždy toliko adresa jediného uchazeče. O tomto tvrzení zadavatele nemám důvod pochybovat. Účastník řízení Skanska naopak své tvrzení nijak konkrétně nedoložil a nedoložili je ani ostatní účastníci řízení. Společnost Skanska sice tvrdila, že stejný argument vznesli v rozkladu i účastníci řízení společnosti EUROVIA a Swietelsky. Ve skutečnosti však obě tyto společnosti nebyly s to, svá tvrzení nijak dokázat a společnost Swietelsky ve svém vyjádření k doplnění dokazování konkrétně uvedla, že s ohledem na časový odstup od spáchání deliktu není schopna doložit, zda skutečně zmíněné Dodatky 1 – 3 obsahovaly přehled všech společností, které si zadávací dokumentaci vyzvedly, či nikoliv.
311. Domnívám se tedy, že závěry, které přdestřel Úřad, na sebe logicky navazují. Účastník řízení společnost Skanska sice tato tvrzení Úřadu neustále zpochybňuje, svá tvrzení však ničím nedokládá a její zbývající argumentace již byla vyvrácena. Z tabulky SW A6/1 v kontextu zjištěných okolností vyplývá, že další účastníci kartelu se společností Skanska počítali, proto pro ni bylo vynecháno místo na prvním řádku tabulky, proto byla označena zakroužkovanou číslicí 1, a proto u ní bylo ručně vepsáno „PODÁ“. Tvrzení o tom, že to byl zadavatel, kdo znal všechny subjekty, které si vyzvedly zadávací dokumentaci, a kdo mohl tabulku vytvořit, pak postrádá logické vysvětlení. Pokud by zadavatel skutečně chtěl profitovat na veřejné zakázce, mohl by postupovat jinak, než organizovat společný postup dalších šesti subjektů. Účastník řízení také zpochybnil závěr, že se mělo jednat o sladěný postup šesti uchazečů, protože by prý stačilo podat jednu nabídku a žádné jiné. K tomu dodávám, že úmyslem subjektů zúčastněných na kartelu bezpochyby bylo vytvořit zdání skutečné soutěže, to by se těžko mohlo stát, kdyby z celkového počtu dvaceti uchazečů podal nabídku toliko jeden uchazeč. Podstatné je podle mého názoru také to, že v kartelu se museli účastnit zástupci z „I. ligy“, tzn. největší stavební společnosti, aby byla jistota, že se opravdu podaří „protlačit“ předem smlouveného vítězného uchazeče. Má-li mít existující kartel svou logiku, tedy navýšení ceny veřejné zakázky a profit z ní, musí se na něm podílet největší hráči, protože kartel složený z menších společností s nižším obratem na trhu by stěží mohl podat nabídku

v takové ceně, která by se členům kartelu vyplatila a které by zároveň velká společnost nemohla snadno konkurovat.

312. Pokud jde o námitky stran obstarání doplněného důkazu od ŘSD, domnívám se, že celý proces opatřování tohoto důkazu byl naprosto standardní. Úřad vznesl písemný požadavek o doplňující informace a podklady, stanovil lhůtu, přičemž informace byla ze strany ŘSD poskytnuta. Vzhledem k tomu, že Úřad již v předchozí době s ŘSD komunikoval, konkrétně např. dne 5. 3. 2015, dne 29. 6. 2015 a 3. 7. 2015 požadoval informace k veřejné zakázce R4 a ze strany ŘSD mu byla následně poskytnuta zadávací dokumentace k R4 Mirostice – Třebkov a další informace, není nezvyklé, že reakce ŘSD na dotaz Úřadu učiněný v prosinci 2015 byla poměrně rychlá. Rovněž z žádosti Úřadu totiž plynula nutnost předložení informací v krátké době.
313. Shrnuji, že Úřad v této části správního řízení shromáždil dostatečné množství důkazů a z nich vyvodil správné skutkové i právní závěry o tom, že všech šest účastníků řízení se u skutku veřejná zakázka R4 Mirostice – Třebkov dopustilo protisoutěžního jednání ve formě big-riggingu. Ačkoliv jsem závěry prvostupňového orgánu precizoval, domnívám se, že jako celek ob stojí.
314. V neposlední řadě zamítám i další návrh na doplnění dokazování vyžádáním protokolu o prohlídce stanoviště a prezenční listiny od zadavatele ŘSD, které navrhl účastník řízení Swietelsky. Ze správního spisu sp. zn. S834/2014/KD jsem zjistil, že zadavatel veřejné zakázky R4 Mirostice – Třebkov prohlídku místa plnění, resp. budoucího staveniště a jeho okolí, neorganizoval. Tato skutečnost plyne z čl. 10727, str. 11 zadávací dokumentace. Návrh na doplnění dokazování proto nepovažuji za relevantní.

B) Veřejná zakázka Písek – Bakaláře I. etapa

315. Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí shledal, že se účastníci řízení společnosti STRABAG a.s. a Lesostavby Třeboň a.s. *tím, že v období nejpozději od 12. 3. 2008 do 13. 3. 2008 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I.etapa “, uveřejněnou v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60015331 dne 29. 2. 2008, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost STRABAG a.s., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 12. 3. 2008 a 13. 3. 2008 podali*, dopustili jednání ve vzájemné shodě o koordinaci účasti a nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „ Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I.etapa “, čímž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu inženýrského stavitelství v České republice, a tím v období od 12. 3. 2008 do 13. 3. 2008 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 ZOHS 296.
316. Prvostupňový orgán Úřadu na základě provedeného dokazování konstatoval, že oba jmenovaní účastníci řízení uzavřeli dohodu, kterou realizovali prostřednictvím vzájemného krytí ve výběrovém řízení Bakaláře Písek. Ratio této dohody spočívalo v tom, že společnost Lesostavby podá krycí nabídku do výběrového řízení, která nebude konkurovat vítěznému uchazeči. Za tímto účelem spolu tyto dvě společnosti byly v kontaktu ještě před podáním nabídek a s tímto záměrem také společnost STRABAG zaslala emailem společnosti Lesostavby ceny do soutěže. Obě společnosti nakonec podaly své nabídky, přičemž celková vítězná cena společnosti STRABAG byla o 320 tis. Kč bez DPH nižší než zaokrouhlená cena

v emailovém přehledu. Společnost Lesostavby přitom podala nabídku s nabídkovou cenou, která byla o 0,09% vyšší, než ceny zahrnuté v tabulce odeslané emailem.

317. Podrobné odůvodnění všech nashromážděných důkazů i závěrů z nich vyvozených je obsaženo v napadeném rozhodnutí, na něž odkazuji. V této souvislosti pouze doplňuji, že také v tomto případě podle mého názoru závěry Úřadu nepostrádají logické zdůvodnění a jednotlivé nepřímé důkazy tvoří logický celek svědčící o protisoutěžním jednání obou účastníků řízení.
318. Podle skutkových zjištění totiž obě společnosti nejprve zaslaly zadavateli žádost o poskytnutí zadávací dokumentace. Následovala vzájemná komunikace mezi nimi, která byla Úřadem prokazatelně zachycena v podobě emailu zasláního od [...jméno...], zaměstnance společnosti STRABAG, [...jméno...], zaměstnanci společnosti Lesostavby dne 12. 3. 2008, tedy den před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Neméně zajímavý pro objasnění věci je samotný obsah emailu, který zahrnuje kompletní položkový rozpočet dané stavby, tj. veřejné zakázky Bakaláře Písek, včetně jednotlivých cen zaokrouhlených na celé tisíce. Tento email dále obsahuje větu o tom, že společnost STRABAG zasílá cenu na akci Bakaláře Písek.
319. Obě společnosti následně podaly své nabídky, přičemž kontaktními osobami na titulní straně nabídky byly za společnost STRABAG [...jméno...], za společnost Lesostavby se jméno [...jméno...] objevilo jako jméno zpracovatele položkového rozpočtu stavby. Společnost Lesostavby následně podala dne 13. 3. 2008 svou nabídku do předmětné veřejné zakázky, jejíž celková cena bezmála odpovídala ceně uvedené v emailu ze dne 12. 3. 2008, šlo o cenu nepatrně vyšší. Nabídková cena společnosti Strabag pak byla cca o 320 tis. Kč bez DPH nižší než cena uvedená v emailu, tj. rovněž nižší než celková nabídková cena společnosti Lesostavby.
320. Společnost STRABAG k tomuto skutku tvrdí, že předmětný email na dokumentu L C6 dostupný na č.l. 5693 správního spisu představuje komunikaci ohledně subdodávky (v podrobnostech viz námitky shora). Tuto námitku nepovažuji za důvodnou. Obdobně jako již uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, je třeba zdůraznit, že pokud by se jednalo o subdodávku, stěžít by poptávající subjekt zasílal potenciálnímu subdodavateli celý položkový rozpočet stavby, neboť subdodávka se vztahuje pouze k části předmětné stavby. Jakékoli polemiky účastníka řízení o tom, že je ekonomicky uvažujícím subjektem, a proto zaslal ceny již s vlastní přírůžkou, postrádají v uvedeném kontextu smysl. Pokud by šlo o subdodávku, bylo by totiž mnohem logičtější, aby ceny zaslala vítězi soutěže společnost Lesostavby, jakožto subjekt ucházející se o subdodávku a ne naopak.
321. Zdůrazňuji dále, že podle ZVZ ve znění zák. č. 296/2007 Sb., účinného v době výběrového řízení na předmětnou stavbu Bakaláře Písek, konkrétně podle § 69 odst. 2 *[d]odavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení.* Samotná zákonná úprava zde tedy zakotvila nemožnost takového postupu, kdy uchazeč o konkrétní veřejnou zakázku je zároveň subdodavatelem v této konkrétní zakázce. Ačkoliv účastník řízení zde tvrdí, že interpretace tohoto ustanovení nebyla jednoznačná, domnívám se, že nelze paušálně konstatovat, že příslušné ustanovení zákona nebylo ze strany uchazečů dodržováno a bylo vždy obcházeno. Smysl zakotvení tohoto ustanovení do ZVZ má podstatný dopad na hospodářskou soutěž mezi uchazeči o zakázku. Účel ustanovení § 69 odst. 2 ZVZ je totiž podle mého názoru prosoutěžní a má zabránit

zkreslení soutěže tím, že subdodavatel a zároveň uchazeč bude mít menší motivaci podat konkurenční nabídku. V kontextu shora uvedeného považují tuto argumentaci účastníka řízení za účelovou, účastník řízení Lesostavby podal nabídku do předmětné soutěže a figuroval tak jako uchazeč o veřejnou zakázku. Podle ustanovení § 69 odst. 2 ZVZ tedy nebyl oprávněn jakožto uchazeč nabízet své subdodavatelské práce. Jestliže by tomu tak bylo, nabízí se zcela jiná úvaha, zda takový postup neměl být kompenzací za jiné „protislužby“ spočívající např. v podání krycí nabídky. Tento model jednání je totiž v případě bid riggingu běžný a Úřad jej prokázal v předchozím skutku u veřejné zakázky na stavbu rychlostní silnice R4, kde společnost EUROVIA, ač sama byla uchazečem o tuto zakázku, nakonec poskytla subdodávky vítěznému sdružení, jako kompenzaci za podání krycí nabídky, a obdobně společnost M-Silnice rovněž figurovala jako subdodavatel společnosti EUROVIA, ač se sama o shodnou zakázku ucházela. Naprosto shodný model chování je zdokumentován také ve skutku veřejná zakázka Jeronýmova ul. v Třeboni, kde společnost STRABAG, která poskytla krycí nabídku do soutěže, nakonec také poskytla subdodávky vítězi soutěže (viz níže).

322. Argumentace účastníka řízení STRABAG je navíc záměrně zavádějící. Účastník řízení uvedl, že ustanovení o zákazu poskytování subdodávek v situaci, kdy se stejný subjekt ucházel o veřejnou zakázku, nebylo v podstatě aplikováno, ale že kvalifikace rozhodně nebyla prokazována prostřednictvím subdodavatele, který by byl zároveň uchazečem o veřejnou zakázku.
323. K tomuto uvádím, že v dřívějších letech nebyl proces zadávání veřejných zakázek a výběru vhodného uchazeče natolik průhledný, aby bylo lze odhalit, že příslušný uchazeč bude následně figurovat jako subdodavatel. Podle ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ účinného v rozhodné době totiž nebylo nutné, aby uchazeči ve své nabídce specifikovali části veřejné zakázky, které mají v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům. Pokud si tuto povinnost (tedy povinnost rozklíčovat subdodavatelský systém) nevyhradil sám zadavatel, zůstala subdodavatelská struktura skryta. Pokud však šlo o prokazování kvalifikace prostřednictvím jiného subjektu, musel uchazeč tuto skutečnost v nabídce uvést a případného subdodavatele, prostřednictvím kterého prokazoval kvalifikaci, specifikovat. Argumentace účastníka řízení tudíž závěry Úřadu nevyvrací.
324. V podstatě shodné námitky k tomuto skutku uvedl i druhý účastník řízení společnost Lesostavby, také zde však odkazují nejen na závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí, ale i na úvahy rozvedené shora, které vyvracejí tvrzení o tom, že předmětný email na dokumentu L C6 představuje komunikaci o subdodávce.
325. Účastník řízení společnost Lesostavby ve svém rozkladu uvedla, že se Úřad nevypořádal s jejími návrhy na doplnění dokazování provedením srovnání cen v cenových nabídkách soustavy ÚRS vydávané společností ÚRS Praha, a.s., příp. srovnáním cen se soustavou RTS, a.s. Zároveň si tento účastník řízení kladl otázku, zda tyto cenové soustavy nejsou protisoutěžní. Prostřednictvím těchto navržených důkazů hodlala společnost Lesostavby prokázat obvyklost cen uvedených v cenových nabídkách do příslušných výběrových řízení. Dále účastník řízení navrhl provedení důkazu znaleckým posudkem, který by vyčíslil škodu způsobenou porušením zákona ve výběrových řízeních Bakaláře Písek a Jeronýmova ul. Třeboň.

326. Pokud jde o provedení důkazu srovnáním nabídkových cen předmětné nabídky se soustavou cen ÚRS, příp. RTS, k tomu uvádím následující. Cenové soustavy bývalého Ústavu racionalizace ve stavebnictví (dále jen „URS“), příp. RTS, a.s., jsou všeobecně známé a jsou ve stavebnictví využívány zejména jako nástroj investičního plánování. Obě tyto cenové soustavy obsahují statistická data za uplynulá období. Mimo použití těchto cenových soustav však není ničím neobvyklým, že si stavební společnosti kalkulují své nabídkové ceny bez použití těchto cenových soustav. Pravdou je, že uvedené cenové soustavy jsou používány znalci při zjišťování např. toho, zda nebyla uchazečem do soutěže předložena mimořádně nízká nabídková cena. V kontextu protisoutěžní praktiky bid-rigging však srovnání cen s průměrnými cenami ve stavebnictví nepřináší žádnou přidanou hodnotu a protisoutěžní jednání nijak blíže neosvětluje. Výstavbový proces je specifickým individuálním procesem. Proměnné přitom existují v pozicích účastníků, jejich úlohách a vztazích, vnějších podmínkách (podmínky na staveništi, vzdálenost skládky, vzdálenost obalovny) atd. Výstavbový proces není výrobní linkou, která se naprogramuje a následně vyprodukuje výsledný produkt bez jakýchkoliv problémů. Cenové soustavy, na které odkazuje účastník řízení, proto mohou sloužit jako orientační údaje o cenách za uplynulé období, pro důkazní situaci v tomto řízení však nejsou relevantní.
327. Pracují-li navíc tyto cenové soustavy se statistickými cenami stavebních prací, mohou do těchto cen být zahrnuty také ceny negativně ovlivněné existencí kartelových dohod a může tudíž docházet k jejich zvyšování. Pro objasnění protisoutěžního jednání účastníků řízení by tedy srovnání cen v podaných nabídkách s cenami vypočtenými dle metodiky ÚRS, příp. RTS, ničím nepřispělo.
328. Nabídkové ceny podané do výběrového řízení na veřejnou zakázku Bakaláře Písek navíc samy o sobě nepůsobily nijak nestandardně. Do výběrového řízení podle dokumentů poskytnutých městem Písek na č.l. 7305 a násl. podaly nabídku čtyři společnosti, a to STRABAG s nabídkovou cenou 35 223 993,66 Kč, Lesostavby Třeboň s nabídkovou cenou 35 638 365 Kč, DAICH spol. s r.o. s nabídkovou cenou 35 551 681,61 Kč a SATES MORAVA spol. s r.o. s nabídkovou cenou 35 467 919 Kč. Pokud by některý uchazeč podal nabídku s výrazně nižší cenou, mohl zadavatel příslušného uchazeče požádat o zdůvodnění výše jeho nabídkové ceny, příp. jej ze soutěže vyřadit, sám zadavatel totiž disponuje rozpočtem oceněným zpracovatelem projektu.
329. Pro konstatování porušení zákona není třeba zjišťovat, zda nabídky byly ekonomicky výhodné, únosné či naopak na hranici nákladů, případně jaké protiplnění ostatní účastníci získali. K tomu odkazují na unijní judikaturu, která dovodila, že pokud je postaveno najisto, že zakázaná dohoda má za cíl narušení soutěže a náleží tak do kategorie dohod výslovně zakázaných čl. 101 odst. 1 SFEU, nemůže být ospravedlněna analýzou ekonomického kontextu, do kterého je protisoutěžní jednání začleněno (viz body 1085 až 1088 rozsudku Tribunálu ze dne 15. března 2000, Cimenteries CBR a další v. Komise, tzv. „Cement“ T-25/95, T-26/95, T-30/95 až T-32/95, T-34/95 až T-39/95, T-42/95 až T-46/95, T-48/95, T-50/95 až T-65/95, T-68/95 až T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 a T-104/95, Recueil, s. II-491). Pro posouzení dané věci je totiž podstatné, že účastníci řízení jednali ve vzájemné shodě ve výběrovém řízení, čímž narušili řádnou soutěž při tomto řízení, kdy se de facto vyhnuli vzájemné soutěži. Pro konstataci protiprávního jednání tak není podstatné, zda ceny

nabídnuté sladně účastníky řízení odpovídají tržním cenám, či je převyšují, tedy jak velký z něj měli prospěch.

330. Účastník řízení Lesostavby dále navrhl, aby Úřad opatřil posudek stanovující výši škody způsobené protisoutěžním jednáním ve výběrových řízeních Bakaláře Písek a Jeronýmova ul. Třeboň. K této námitce uvádím, že vyčíslení způsobené škody v případě bid riggingu je úkonem zcela nadbytečným. Z dikce § 3 odst. 1 zákona vyplývá, že zákon chrání hospodářskou soutěž nejen před faktickým narušením, ale i před potenciálním narušením. Tento názor potvrzuje i judikatura českých soudů, ze které mj. vyplývá, že zákon o ochraně hospodářské soutěže je založen na principu potenciální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla, nebo aby následek fakticky již nastal. K vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde dohoda, která k takovému následku může vést, a to bez ohledu na úmysl, který k přijetí takové dohody vedl²⁵. To znamená, že uzavření dohody v rozporu s § 3 odst. 1 zákona je deliktem ohrožovacím, k jehož naplnění postačí ohrožení (tzn. reálné bezprostřední nebezpečí vzniku poruchy) zájmu chráněného zákonem. Potencialita narušení soutěže je přitom vztažena nejen k protisoutěžnímu cíli dohody, ale i k jejímu protisoutěžnímu následku. Není to pouze cíl dohody, co způsobuje její potenciální negativní dopad na soutěž. Zakázané a neplatné jsou tedy jak dohody, jejichž cílem je narušení soutěže (bez ohledu na to, zda takového cíle bylo dosaženo), tak dohody, jež mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (bez zřetele k tomu, byl-li stranami dohody zamýšlen)²⁶. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu²⁷ podmínku existence cílů či následků protisoutěžního jednání soutěžitelů pro posouzení protiprávnosti dohody postačuje splnit alternativně. Je tedy pouze na soutěžním úřadu, zda se bude při posuzování protisoutěžního charakteru dohody zabývat primárně jejím cílem či jejími následky. Podle evropské judikatury²⁸ však budou soutěžní úřady v prvé řadě své úsilí směřovat k prokázání protisoutěžního cíle, neboť má-li dohoda protisoutěžní cíl, není nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu. Zbývá dodat, že postup Úřadu, který nepovažoval doplnění dokazování ve smyslu námitek účastníků řízení, za potřebné, byl naprosto správný a nelze mu ničeho vyknout.

331. Neobstojí ani výhrada, že Úřad postupoval diskriminačně, když u tohoto skutku shledal protisoutěžní jednání pouze u dvou uchazečů o zakázku a nikoliv i u ostatních uchazečů. K této výhradě uvádím, že Úřad v případě všech skutků postupoval tak, že při hodnocení, který subjekt přibere do správního řízení jako účastníka řízení, zvažoval existenci důkazů, prokazujících účast na kartelovém jednání. Vzhledem k tomu, že u předmětného deliktu (obdobně jako u skutku veřejná zakázka Jeronýmova ul. v Třeboni) měl k dispozici nepřilíš široký důkazní materiál a vůči ostatním soutěžitelům neshledal žádné indicie o protisoutěžním jednání, nepřibral tyto soutěžitele do správního řízení jako účastníky. Na tomto postupu přitom není nic neobvyklého.

²⁵ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 19/2006-55 ze dne 9.1.2007 ve věci Komora veterinárních lékařů ČR.

²⁶ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 78/2008-721 ze dne 25.2.2009 ve věci Stavební spořitelny.

²⁷ Ibid.

²⁸ Viz např. rozsudek Tribunálu v případech C-49/92 P ve věci Anic [1999] ECR I-4125 nebo Rozsudek SD 56 a 58/64 ve věci Consten a Grundig [1966] ECR 429.

C) *Veřejná zakázka Jeronýmova ul. Třeboň*

332. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad shledal, že účastníci řízení společnosti STRABAG a Lesostavby tím, že v období nejpozději od 27. 2. 2006 do 28. 2. 2006 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“, vyhlášenou městem Třeboň v roce 2006, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost Lesostavby Třeboň a.s., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 28. 2. 2006 podali, jednali ve vzájemné shodě o koordinaci účasti a nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“, čímž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu inženýrského stavitelství v České republice, a tím v období od 27. 2. 2006 do 28. 2. 2006 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 ZOHS 361.
333. Orgán prvního stupně ze shromážděných důkazů vyvodil závěr, že jmenovaní dva účastníci řízení měli zájem o získání předmětné zakázky, ještě před uplynutím lhůty k podání nabídek spolu jednoznačně komunikovali, následně podali své nabídky, přičemž to byla společnost Lesostavby, kdo veřejnou zakázku nakonec získal, a společnost STRABAG následně poskytla vítěznému uchazeči subdodávku (v podrobnostech viz napadené rozhodnutí).
334. Oba účastníci řízení ve svých rozkladech opakují svou argumentaci použitou ve vyjádření ke Sdělení výhrad. Se shodnými námitkami se Úřad již jednou vypořádal a na jeho závěry lze odkázat.
335. Pouze doplňuji, že důkazní situace u tohoto skutku byla nejvíce poznamenána časovým odstupem od jeho spáchání a zejména skutečností, že v případě zadavatele již uplynuly archivační lhůty pro uchování dokumentace. Přesto se neztotožňuji s námitkami účastníků řízení, že Úřad vychází z jediného důkazu a zbytek jednání presumuje. U tohoto skutku se obdobně jako u veřejné zakázky Bakaláře Písek objevil obdobný způsob provedení, kdy zadavatel nejprve sám vyzve konkrétní subjekty k podání nabídek do soutěže, účastníci řízení STRABAG a Lesostavby spolu prokazatelně komunikují ještě před podáním nabídek, obě nabídky jsou podány těsně před uplynutím lhůty, zvítězí předem vybraný uchazeč (v tomto případě společnost Lesostavby), přičemž druhý subjekt, poskytující do soutěže krycí nabídku, následně provádí subdodávku. Společnosti Lesostavby a STRABAG sice podaly každá samostatnou nabídku, samostatnost nabídek však byla jen zdánlivá, společnost STRABAG vědomě podala vyšší (tedy horší) nabídku než společnost Lesostavby, navíc se společnost STRABAG neúčastnila druhého kola jednacího řízení, protože evidentně neměla zájem podat nejvýhodnější cenu v zakázce a zakázku vyhrát.
336. U tohoto skutku je to právě společnost Lesostavby (budoucí vítěz), kdo zaslal společnosti STRABAG ceny, které má tato společnost podat do dané veřejné zakázky. Emailová komunikace (dokument L C5) proběhla mezi [...funkce...] společností Lesostavby a [...funkce...] společností STRABAG z oficiálních emailových adres těchto společností jeden den před lhůtou pro podání nabídek, přičemž společnost STRABAG se následně ujišťovala (viz email ze dne 27. 2. 2006 7.44 hod., dokument L C5), zda jde opravdu o její ceny do soutěže, aby nedošlo k nedorozumění. Jestliže by se mělo jednat o komunikaci mezi zhotovitelem a společností STRABAG jako „potenciálním subdodavatelem“, měly by být ceny subdodávky zaslány naopak subdodavatelem, tj. společností STRABAG společnosti Lesostavby.

337. Závěry uvedené v napadeném rozhodnutí tedy považuji za správné a logické, proto jsem námitkám účastníků řízení nepřisvědčil. Účastník řízení STRABAG opětovně namítl, že z jeho interních zjištění vyplynulo, že u předmětné komunikace zajištěné Úřadem se jednalo o komunikaci ohledně poskytnutí subdodávek, toto své tvrzení však účastník řízení nijak blíže nedokazuje. Obdobně účastník řízení Lesostavby Třeboň tvrdil, že sdělil ceny za subdodávku společnosti STRABAG již dříve, ale v nevhodně zvoleném formátu, proto poslal ceny znovu, tentokrát již promítnuté do rozpočtu subdodávky. Ani tato svá tvrzení však účastník řízení ničím nedokládá.
338. Rovněž u těchto námitek lze poukázat na argumentaci uvedenou shora u skutku Bakaláře Písek. V první řadě lze opět poukázat na skutečnost, že ustanovení § 69 odst. 2 ZVZ zakazovalo, aby uchazeč o příslušnou zakázku byl zároveň subdodavatelem jiného uchazeče, přičemž u tohoto skutku toto ustanovení respektováno nebylo. Dále se v komunikaci obou společností objevuje diskuze ohledně cen do soutěže, ačkoliv obě společnosti by za řádného stavu věcí měly figurovat jako rivalové a podrobnosti stran své účasti při výběrovém řízení tajit. V neposlední řadě je zde podstatná rovněž doba, kdy ke zmíněné komunikaci došlo, tedy jeden den před termínem pro podání nabídek do soutěže. Domnívám se proto, že všechny uvedené okolnosti nejsou pouhou náhodou, ale že je zde zřejmý úmysl stran postupovat souladně se záměrem manipulovat výsledky výběrového řízení.
339. Podle mého názoru tedy i u tohoto skutku je dostatečně prokázáno jednání ve shodě mezi uchazeči o veřejnou zakázku, všechny námitky účastníků řízení jsem proto odmítl.
340. Zcela na závěr k části věnované naplnění zákonných znaků skutkové podstaty § 3 odst. 1 ZOHS uvádím, že účastníci řízení (např. EUROVIA) poukazovali na skutečnost, že v napadeném rozhodnutí je velká část věnována zajištěným důkazům a z nich vyvozených zjištění vztahující se ke skutku veřejná zakázka Revitalizace návsi Stará Pohůrka, ačkoliv lhůta k uložení pokuty u tohoto skutku již uplynula a Úřad také výrokem XIV. správní řízení ohledně tohoto skutku zastavil. K tomuto uvádím, že Úřad svým postupem poukázal na shodný způsob provedení skutku Revitalizace návsi Stará Pohůrka a skutku veřejná zakázka R4 Mirovice - Třebkov. Podobnost v modu operandí je však to jediné, na co lze poukázat, žádné jiné právní závěry ze skutku, který již byl prekludován, dovozovat nelze, rozhodně zde nelze dovozovat úmysl ve vztahu k jiným skutkům. Pro účely napadeného rozhodnutí tedy skutečně je takto podrobná pasáž přebytečná, na druhé straně však účastníkům řízení nezpůsobuje žádnou újmu, protože správní řízení bylo u tohoto skutku zastaveno.

V. Přezkum uložené sankce

Základní částka pro výpočet pokuty - závažnost

341. Následně jsem se věnoval přezkumu uložených sankcí. Prvostupňový orgán se k uloženým sankcím vyjádřil v bodech 471. – 544. napadeného rozhodnutí. Sankci ukládal s vědomím toho, že při stanovení její konkrétní výše musí vycházet ze zákonných (zákonem předepsaných) kritérií, která tato pokuta má v sobě odrážet, a že má přihlídnout k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování zákona. Dále pak Úřad v konkrétní výši pokuty zohlednil další jím zjištěná specifika případu, která jsou vzhledem k jejich charakteru pro stanovení pokuty relevantní.

342. Prvostupňový orgán Úřadu účastníkům řízení vytkl porušení § 3 odst. 1 ZOHS 361 (u veřejné zakázky Jeronýmova Třeboň), § 3 odst. 1 ZOHS 71 (u veřejné zakázky R4) a § 3 odst. 1 ZOHS 296 (u veřejné zakázky Bakaláře Písek), neboť dle zjištění Úřadu soutěžitelé jednali ve vzájemné shodě spočívající v koordinaci činnosti konkurentů při tendrech (bid-rigging). Orgán prvního stupně vyhodnotil tyto praktiky jako tzv. kartely s tvrdým jádrem představující nejzávažnější formu protisoutěžního jednání, která dle Zásad spadá do kategorie velmi závažných porušení soutěžního zákona. Za tyto delikty ukládá Úřad nejpřísnější pokuty. Při výpočtu pokuty u nejzávažnějších deliktů proto Úřad dle Zásad stanovil výchozí podíl 3 % hodnoty prodeje (viz dále). Dále pak Úřad u každého z účastníků řízení posoudil, zda mu svědčí nějaké polehčující a přitěžující okolnosti a v neposlední řadě v případě sbíhajících se deliktů zohlednil zásadu absorpce.
343. Prvostupňový orgán ve svém rozhodnutí citoval všechna zákonná a judikatorní východiska, která je nutné při ukládání pokuty aplikovat. Ačkoliv jeho závěry nejsou neprosto vyčerpávající, po jisté korekci ze strany druhostupňového orgánu (viz níže), mohou obstát. Vzhledem k tomu, že účastníci řízení vznesli proti výroku o sankci celou řadu námitek, vyjádřím se nyní k jednotlivým složkám pokuty podrobněji.
344. Výše pokuty je do značné míry správním uvážením Úřadu, což dokládá i tento závěr Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 7 As 15/2013: *„Nelze po správních orgánech očekávat přesné zdůvodnění, proč byla uložena pokuta zrovna ve výši 200.000 Kč a nikoliv například ve výši 210.000 Kč. Podstatou správní uvážením je, že s ohledem na pestrost možných situací není možné nastavit žádný univerzální vzorec pro výpočet konkrétní výše pokuty. Pokud by tomu tak bylo, zahrnul by jej bezesporu zákonodárce přímo do zákona. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodné, že výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně zdůvodněna, bylo přihlédnuto ke všem zákonným hlediskům a úvahy žalované se pohybují v mezích správního uvážením.“*
345. Základním obecným východiskem pro stanovení výše pokuty, resp. posouzení přiměřenosti výše pokuty, je skutečnost, že trest by měl zejména odpovídat povaze a závažnosti správního deliktu, za nějž je ukládán. Podle § 22 odst. 2 ZOHS 361, 71, 296 může Úřad soutěžitelům uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok, jestliže úmyslně nebo z nedbalosti porušili zákazy stanovené v § 3 odst. 1, § 11 odst. 1 a § 18 odst. 1 nebo neplní závazky uznané podle § 7 odst. 2 nebo § 11 odst. 3. Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona a s ohledem na dikci § 22 odst. 2 zákona i k subjektivní stránce deliktu, tedy skutečnosti, zda k porušení zákona došlo úmyslným jednáním soutěžitele či pouze z nedbalosti. V posuzované věci jde o porušení zákazu stanoveného v § 3 odst. 1 zákona, a to o jednání ve vzájemné shodě.
346. Prvostupňový orgán Úřadu při stanovení základní částky pokuty vycházel z bodu 18. Zásad, kde je uvedeno, 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 (dále též „hodnota prodeje“), typovou závažnost protisoutěžního jednání a délku protisoutěžního jednání.*

347. Úřad většinou kvalifikuje dohody bid-rigging jako typově nejzávažnější hard core dohody, a proto při výpočtu základní výše pokuty vychází z 3% hodnoty prodejů soutěžitele na relevantním trhu za období, jehož se protisoutěžní jednání týkalo, tento postup je dlouhodobou praxí Úřadu. Odkázat lze na řadu rozhodnutí z uplynulých let např. na rozhodnutí ve věci bid-riggingu v zahradní technice sp. zn. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm, a sp. zn. ÚOHS-R413/2014/HS-33221/2015/310/HBa, příp. na bid-rigging ve zdravotnictví sp. zn. ÚOHS-R3,5/2015/HS-39442/2015/310/HBt. Ve všech těchto případech Úřad kvalifikoval protisoutěžní jednání jako typově nejzávažnější, a shodně jako v předmětné věci vycházel z 3% hodnoty prodejů na relevantním trhu. Není tedy pravdou, jak tvrdí např. účastník řízení STRABAG, že by Úřad vybočil ze své dosavadní praxe a postupoval mimo Zásady.
348. Vedle této typové závažnosti deliktu by měl Úřad hodnotit také individuální či konkrétní závažnost deliktu. Při posouzení individuální či konkrétní závažnosti deliktu je třeba přihlídnout k řadě skutečností, jejichž povaha a význam se mění dle okolností specifických danému případu a hodnocení individuální závažnosti deliktu se tak může lišit. Závažnost deliktu a riziko jeho negativního dopadu na soutěž a spotřebitele se pak nepochybně zvyšuje s délkou trvání porušení zákona.²⁹ Podle bodu 20. Zásad však *posouzení závažnosti bude Úřadem prováděno případ od případu pro všechny typy protisoutěžního jednání, neboť při hodnocení závažnosti jednání musí Úřad přihlížet ke značnému počtu skutečností, jejichž povaha a význam se mění podle druhu daného jednání a jeho zvláštních okolností.*
349. Obdobné ustanovení obsahují i Pokyny pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení 1/2003, kde je uvedeno, že *při rozhodování o tom, zda se podíl tržeb, k němuž se bude v daném případě přihlížet, mělo nacházet ve spodní nebo horní části této stupnice, vezme Komise v úvahu určitý počet ukazatelů, například povahu protiprávního jednání, kumulovaný podíl všech stran na trhu, zeměpisný rozsah protiprávního jednání, implementování či neimplementování protiprávního jednání.*³⁰
350. Orgán prvního stupně v průběhu správního řízení v základní výši pokuty zohlednil pouze typovou závažnost, ale individuální závažnost deliktu do výše pokut již nepromítl, ačkoliv mu to ukládají samotné Zásady v bodě 20. citovaném shora. Individualizace sankcí je však na místě, neboť jedině sankce, která reaguje na všechna specifika věci, může být sankcí spravedlivou (odkázat lze v této souvislosti na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 11. 2014, č.j. 9 As 57/2014 – 41).
351. V předmětné věci je podstatné, že Úřad nezjistil, že by se účastníci řízení dopustili jednání, které by pokrývalo větší část ČR než území Jihočeského kraje, ani jednání, které by se vyznačovalo mnohostí dílčích útoků a mnohostí zasažených výběrových řízení. Úřadem zjištěné protisoutěžní jednání jsou jednorázové skutky, u kterých nebyla shledána žádná bližší souvislost. Bez významu není ani samotná povaha jednotlivých veřejných zakázek, zatímco nejzávažnější delikt je veřejná zakázka na výstavbu rychlostní komunikace R4, zbývající dva skutky se týkají výstavby místní komunikace s poměrně nízkou nabídkovou cenou.

²⁹ Viz rozhodnutí Evropské komise IV/M.969 A. P. Møller (bod 19).

³⁰ Viz Ústřední věstník EU C210/2

352. Právě objemem zasažené části relevantního trhu jsem se blíže zabýval a zjistil jsem následující. Dle Českého statistického úřadu dosáhly inženýrské stavební práce na území ČR objemu 132.365 mil. Kč v roce 2006, 138.348 mil. Kč v roce 2007, 160.395 mil. Kč v roce 2008, 119.423 mil Kč v roce 2013.³¹ Z tohoto přehledu je evidentní, že zjištěné jednání ve shodě u veřejné zakázky největší hodnoty, tj. u veřejné zakázky na stavbu rychlostní komunikace R4 v hodnotě 944.113.227 Kč bez DPH činí přibližně 0,7% z objemu inženýrských stavebních prací za rok 2007, u dvou zbývajících skutků je procento ještě nižší. Domnívám se tedy, že pro přesnější zohlednění závažnosti předmětného jednání je na místě přihlídnout k právě uvedenému a výchozí podíl hodnoty prodeje upravit tak, aby citlivěji reagoval na všechny zmíněné konkrétní okolnosti věci.
353. Mám zato, že tento postup není v rozporu se Zásadami, neboť samotné Zásady mj. v bodě 29. uvádí, že výchozí podíl se stanoví v závislosti na stupni závažnosti protiprávního jednání, a to zpravidla do 3% hodnoty prodeje u velmi závažných deliktů, do 1% hodnoty prodeje u závažných deliktů, a do 0,5% hodnoty prodeje u méně závažných deliktů. Úřad navíc i tento postup již několikrát využil, a to např. v rozhodnutí ze dne 18. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S462,463/2010/KS-1203/2013/840/RPl. Ke konkrétnímu výpočtu sankcí viz níže. Zásady tedy poskytují Úřadu i v rámci jednotlivých typových závažnosti určité rozpětí (zde do 3%), ve kterém se Úřad má pohybovat a sankci podle zjištěných konkrétních okolností případu individualizovat. Právě s ohledem na skutečnost, že u veřejné zakázky R4 Mirovice – Třebkov bylo zasaženo jen 0,7% objemu relevantního trhu, že se nejednalo o pravidelné a systematické porušování zákona a že naopak šlo o jediný skutek krátkodobého charakteru (vyjma účastníka řízení STRABAG, u kterého je však mnohost deliktů zohledněna v rámci absorpce) není vhodné, aby byl skutek vyhodnocen jako nejzávažnější při samé horní hranici možného rozpětí, a proto jsem výchozí procento z hodnoty prodeje na relevantním trhu u tohoto skutku snížil na 2,45%. Je totiž představitelné, že v praxi mohou existovat daleko závažnější jednání, která se budou např. vyznačovat větším počtem útoků nebo zasáhnou daleko větší objem relevantního trhu.
354. Pokud jde o společnost Lesostavby, ta se z hlediska typové závažnosti dopustila rovněž bid-riggingu, tedy nejzávažnějšího typu jednání. Také zde je však nutné brát v úvahu, že Zásady ukládají povinnost přihlídnout ke konkrétním okolnostem případu a individualizovat sankci. U předmětných dvou deliktů je rozhodné, že se jednalo o veřejné zakázky v hodnotě cca 30 mil. a 5 mil. a že relevantní trh byl z toho důvodu zasažen ještě méně než v předchozím případě (inženýrské stavební práce na území ČR dosáhly v roce 2008 objemu 160.395 mil. Kč). Opět se jednalo o jednorázové delikty, resp. nejednalo se ani o pokračování ani o trvajících delikty. Základní částku pokuty jsem tedy snížil na hodnotu 1,75% hodnoty prodeje na relevantním trhu.

Základní částka pro výpočet pokuty – hodnota prodeje soutěžitele

355. Pro úplnost dále uvádím, že shodně Úřad ve své dosavadní praxi vychází z *hodnoty prodeje soutěžitele*, přičemž se jedná o pojem soutěžitele ve smyslu podle § 2 odst. 1 ZOHS. Pojetí soutěžitele v zákoně je široké a jeho účelem je právě efektivní prosazení soutěžního práva, resp. ochrana hospodářské soutěže před jejím narušením. Vzhledem k tomu, že ani narušitel hospodářské soutěže, který nemá právní subjektivitu, není vyňat z působnosti zákona a je

³¹ Údaje dostupné z veřejné databáze Českého statistického úřadu.

adresátem norem v něm obsažených, nelze připustit výklad, že pouhé uskutečnění spojení, resp. vložení části podniku do jiné společnosti, se kterou však daná společnost tvoří jednu ekonomickou jednotku, de facto této společnosti umožní vyhnout se uložení pokuty. Takový výklad by byl nejen proti smyslu zákona, ale byl by vlastně i návodem k vyhnutí se uložení sankce za spáchané protiprávní jednání, která by přílehavě reflektovala hospodářskou povahu daného soutěžitele a zároveň měla dostatečně odrazující povahu. Opačná situace by znamenala vytvoření nedůvodných rozdílů mezi účastníky řízení, kteří, ač jsou odpovědní za shodný delikt a v době jeho spáchání dosahovali řádově podobných obrátů, by byli sankcionováni pokutami řádově odlišnými. Takový postup by mohl být považován diskriminační a v rozporu s ústavními zásadami. Doplňuji tedy, že ani v této otázce Úřad nijak nevybočil ze své dosavadní praxe a nelze mu tudíž ničeho vytknout.

356. Za tímto účelem si Úřad vyžádal od jednotlivých účastníků řízení informace o tom, zda jsou součástí skupiny, resp. zda tvoří s ostatními majetkově či personálně propojenými společnostmi jednoho soutěžitele, tj. jednu hospodářskou jednotku sestávající se z jedné organizace osobních, hmotných a nehmotných prvků, která dlouhodobě sleduje specifický hospodářský cíl, a zároveň si vyžádal údaje o celkové hodnotě prodejů soutěžitele, jehož je účastník řízení součástí v oblasti inženýrského stavitelství na území ČR. Na základě poskytnutých údajů za příslušné období tak orgán prvního stupně stanovil výchozí částku pokuty, jak je ostatně zřejmé z napadeného rozhodnutí str. 115 – 123, kde je v poznámkách pod čarou odkaz na příslušný údaj o hodnotě prodejů obsažený ve správním spise (zejména ve svazku 24). Musím tedy odmítnout tvrzení účastníka řízení Lesostavby Třeboň, že podle Zásad je třeba při výpočtu pokuty vycházet z tržního podílu všech zúčastněných podniků a geografické území, na němž k jednání došlo. Zásady stanoví zcela jasně, že výchozí částka odpovídá hodnotě prodejů *soutěžitele* na relevantním trhu, jak jsem rozvedl shora. Základní částka pokuty se navíc stanoví pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání samostatně, jak rovněž plyne ze Zásad bodu 17. Bod 30. Zásad, který účastník řízení cituje, je možné aplikovat v případě, že v tomto bodě vyjmenované skutečnosti nebyly zohledněny v rámci posouzení závažnosti jednání. V případě bid-riggingů Úřad tento bod Zásad neaplikuje, neboť tržní podíl účastníků řízení na relevantním trhu není pro tuto protisoutěžní činnost podstatný (viz shora úvahy k relevantnímu trhu). Pokud jde o vymezení geografického území, to je součástí vymezení relevantního trhu, jehož vymezení se odráží v základní částce pokuty.
357. Četnými námitkami účastníků řízení byl dále zpochybněn časový koeficient zohledňující ve výši pokuty celkovou dobu trvání deliktu. Ani s těmito námitkami účastníků jsem se však neztotožnil a nepovažoval je za důvodné.
358. Úřad po celou dobu aplikace Zásad rozlišuje tři kategorie správních deliktů podle délky protisoutěžního jednání, a to protisoutěžní jednání krátkodobá (0 až 1 rok), středně dobá (1 až 10 let) a dlouhodobá (delší než 10 let) (bod 25. Zásad). Vzhledem k tomu, že toto členění se jeví být nedostatečné, zohledňuje Úřad ve shodě s praxí Komise konkrétní délku trvání deliktu, ale až v situaci, kdy delikt trvá déle než jeden rok.
359. Shrnuji tedy, že u protisoutěžního jednání trvajícího méně než jeden rok, Úřad setrvale v souladu se svou praxí aplikuje koeficient 1 (srov. např. kartel v hasičské technice č.j. ÚOHS-S600/2013/KD-19265/2014/850/KNe, příp. již odkazovaná rozhodnutí bid-riggingu v zahradnické technice, apod.). Ačkoliv také u jednání kratšího než jeden rok lze tvrdit, že

časový koeficient rovnající se 1 dostatečně neodpovídá skutečné délce trvání deliktu, nelze časové hledisko takto zjednodušovat. Ve skutečnosti má totiž samotný časový koeficient nízkou vypovídací hodnotu o tom, k jak intenzivnímu zásahu do soutěže na relevantním trhu došlo, příp. jaký dopad zjištěné jednání na soutěž mělo. Přímá úměra v této věci neplatí, proto není možné stanovit, že jednání trvajících 5 měsíců bylo závažnější než jednání trvajících jeden měsíc. Z těchto důvodů Úřad setrvává na své dosavadní praxi a u protisoutěžního jednání trvajících méně než jeden rok aplikuje koeficient času 1. Prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí použil vyjádření, že „*trh inženýrského stavitelství na území České republiky byl dohodou narušován nejméně po dobu 1 dne*“, v této souvislosti považují za vhodné uvést, že z povahy věci je zřejmé, že k vzájemnému sladování postupu u každé ze tří veřejných zakázek muselo docházet v řádech minimálně několika dnů, stěží pouze jeden den. Přesné stanovení trvání deliktu však Úřad nezjistil a pro výši pokuty zde není ani rozhodné, protože bez pochybností bylo zjištěno, že šlo o jednání trvajících méně než jeden rok.

Polehčující a přitěžující okolnosti

360. Prvostupňový orgán Úřadu dále u každého z účastníků řízení hodnotil polehčující a přitěžující okolnosti. Zatímco žádnou polehčující okolnost neshledal, a to u žádného účastníka řízení, u všech naopak přitížil za úmysl. Mimo to Úřad mezi přitěžující okolnosti zahrnul také skutečnost, že někteří účastníci řízení se dopustili většího počtu deliktů. Se závěry Úřadu v této části odůvodnění pokuty jsem se neztotožnil a považuji za nutné je korigovat.
361. Pokud jde o polehčující a přitěžující okolnosti, účastníci řízení napadli závěry Úřadu četnými námitkami. Ve vztahu k poslednímu v § 22 odst. 2 zákona výslovně uvedenému kritériu pro určení pokuty namítli, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, jak správní orgán prvního stupně promítl do výše pokuty svoji úvahu o tom, že ani jeden z nich zákon v dřívější době neporušil. Po přezkoumání relevantní části odůvodnění napadeného prvostupňového rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že správní orgán prvního stupně správně okolnost, že se v případě účastníků jednalo o porušení zákona, které nebylo porušením opakovaným, nepovažoval ani za přitěžující okolnost, ani za polehčující okolnost. Skutečnost, že soutěžitel nebyl dosud postižen správní sankcí, není sama o sobě faktorem, který by měl vést ke shovívavějšímu zacházení při určování výše pokuty. Skutečnost prvního porušení zákona není sama o sobě vždy polehčující okolností. Její automatické uplatnění by zejména u porušení zákona spáchaného v úmyslu přímém bylo velmi sporné³².
362. Na shodném závěru stojí též evropská judikatura. Dle rozsudku Tribunálu T-208/06 ze dne 30. 11. 2011 ve věci Quinn Barlo v. Komise, (bod 255, 264), „*skutečnost, že napadené rozhodnutí je prvním rozhodnutím, jež konstatuje, že žalobkyně porušily unijní pravidla hospodářské soutěže, neodůvodňuje snížení základní částky pokuty. Tato okolnost naopak zohledněna byla, neboť Komise vůči žalobkyním nekonstatovala opakování protiprávního jednání jako přitěžující okolnost...neexistence opakování protiprávního jednání není polehčující okolností.*“³³Těmto námitkám jsem tedy nepřisvědčil.
363. Účastník řízení společnost EUROVIA taktéž namítla, že v rámci skupiny EUROVIA CS, existuje tzv. Kodex zaměstnance, u kterého se zaměstnanci zavázali jej dodržovat a který by měl být

³² Srov. rozh. Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 58/2009 ze dne 31. 3. 2010.

³³ Rozhodnutí Tribunálu bylo rozsudkem Soudního dvora (sedmého senátu) ze dne 30. května 2013, sp. zn. C-70/12 P, potvrzeno.

prevencí protisoutěžního jednání. Podle účastníka by tedy existence tohoto Kodexu měla vylučovat odpovědnost za shledaný delikt.

364. K této námitce uvádím, že podle logiky účastníka řízení by existence zákonných norem, které předpokládají jednání v souladu se zákonem, také mělo způsobit, že pomine veškerá trestná činnost, resp. správní delikty. Zavádění etických kodexů sice může kultivovat mezilidské vztahy na pracovišti i navenek, příp. může mít dopad do pracovně právních vztahů mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, deliktní odpovědnosti však daný subjekt nezbavuje. Této námitce jsem proto nepřisvědčil.
365. Pokud jde o přitěžující okolnosti, prvostupňový orgán Úřadu shledal u všech účastníků řízení jako přitěžující okolnost úmyslné zavinění a tuto okolnost zohlednil v pokutě u každého účastníka řízení navýšením základní částky o 20%. Ačkoliv prvostupňový orgán věnoval otázce subjektivní stránky deliktu samostatnou kapitolu v rozhodnutí (body 468. – 470.) podrobnější úvahy zde shodně s účastníky řízení postrádám. Účastníci řízení v rozkladech dále vyjádřili názor, že Úřad nedefinoval přičitatelnost jednání právnické osobě, tedy jaká fyzická osoba jednala ve prospěch právnické osoby. Dále namítli (zejména účastník řízení M-Silnice) neprokázání existence motivu a neposouzení možnosti, že se mohlo jednat o zavinění nedbalostní.
366. Pokud jde o otázku zjišťování zavinění, obecně platí, že odpovědnost právnických osob za správní delikty je konstruována jako odpovědnost objektivní. V literatuře se zpravidla uvádí, že za správní delikty odpovídá právnická osoba bez ohledu na zavinění. K vyvození odpovědnosti tedy postačí fakt, že právnická osoba svým jednáním porušila nebo nesplnila povinnost stanovenou zákonem nebo uloženou na jeho základě. Znamená to, že pro vznik odpovědnosti je zavinění irrelevantní, nevyžaduje se. Ve znění ZOHS 71, 296 a 361 však bylo možné uložit pokutu pouze tehdy, jestliže bylo Úřadem prokázáno zavinění. Konstrukci § 22 odst. 2 zákona ve znění příslušných tří novel je třeba chápat jednak jako výjimku z obecného pravidla, jednak jako kritérium pro uložení pokuty a stanovení její výše. Podle judikatury se správní orgán *při ukládání pokuty* musí otázkou zavinění a jeho formou zabývat (rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci SAZKA ze dne 30. 11. 2006, sp. zn. 31 Ca 133/2005), protože zjištění formy zavinění má význam jako polehčující nebo přitěžující okolnost.
367. Krajský soud v Brně k této otázce ve svém rozhodnutí sp. zn. 62 Af 71/2012 ze dne 20. 9. 2012 uvedl, že správně právní doktrína konstantně traktuje, že „*k subjektivním předpokladům odpovědnosti právnických osob za správní delikty se zásadně neřadí zavinění. Ustanovení § 22 odst. 2 zákona je z právě uvedené zásady výjimkou, neboť ten odpovědnost na zavinění váže. Přestože je tedy v teorii správního práva (srov. např. Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část, 6. vydání, Praha, C.H.Beck, 2006, str. 448) konstrukce odpovědnosti bez zavinění odůvodňována teoretickými i praktickými důvody, neboť zavinění je obecně chápáno jako vnitřní, psychický vztah delikventa k protiprávnímu jednání a jeho následku, nadto zjišťování a dokazování zavinění v situaci, kdy porušení povinnosti právnickou osobou je často výsledkem činnosti řady jednotlivců, zákon o ochraně hospodářské soutěže klade na správní orgán přísnější nároky a prokázání zavinění požaduje.*

Není-li však předepsána potřebná forma zavinění, je třeba považovat za dostačující zavinění nedbalostní (i nedbalost nevědomou).³⁴

368. Účastník řízení M-SILNICE namítl, že Úřad nedefinoval přičitatelnost jednání právnické osobě, tj. jaká fyzická osoba jednala ve prospěch právnické osoby. Touto námitkou se tedy opět vracíme k problematice zavinění u právnických osob. Jde přitom o otázku složitou a v teorii správního práva jednotně nevyřešenou. Podle jedněch názorů jedná právnická osoba zaviněně, jestliže jedná fyzické osoby, které za právnickou osobu jednájí. Velmi zkratkovitě lze říci, že tento model je založený na přičítání zavinění fyzické osoby jednájí za právnickou osobu této právnické osobě. Naproti tomu druhý model je založený na vlastním, původním zavinění právnické osoby. Vychází z vymezení vlastního zavinění právnické osoby, neodvozeného od zavinění jednájí fyzické osoby a nemající žádný psychologický obsah. Názory se však různí v odpovědi na otázku - v čem má být spatřováno zavinění právnické osoby. Další koncept reprezentace např. spočívá v tom, že vystupuje-li právnická osoba v určitém postavení, vykonává určitou funkci, pak její zavinění spočívá v tom, že nezabránila spáchání trestného činu nebo k němu dala přímý podnět.³⁵ Jak jsem již uvedl, jedna odpověď na problematiku zavinění právnických osob, obzvláště vyžaduje-li ZOHS pro uložení pokuty zjištění tohoto zavinění, v teorii správního práva neexistuje a další úvahy na toto téma by přesáhly nutný obsah tohoto rozhodnutí. Domnívám se však, že ze skutkových zjištění provedených prvostupňovým orgánem jednoznačně vyplynulo, že jednotliví účastníci řízení se posuzovaného jednání dopustili zaviněně, a to ve formě úmyslu.
369. Pokud jde o veřejnou zakázku R4 Mirovice – Třebkov, ze zajištěných materiálů stejně jako ze samotného jednání jednotlivých účastníků řízení je zřejmé, že jednali úmyslně. Z předmětného dokumentu SW A6 plyne, že minimálně všech sedm subjektů (tj. STRABAG, EUROVIA, Skanska, Swietelsky, BERGER BOHEMIA, M-Silnice, příp. F.Kirchhoff) svůj postup v této veřejné zakázce koordinovalo, svědčí o tom především charakter jednotlivých poznámek zapsaných u konkrétních firem. Tento sladěný a předem dohodnutý postup jednotlivých soutěžitelů se následně projevil v tom, že jednotliví soutěžitelé skutečně do soutěže na tuto konkrétní veřejnou zakázku nabídku podali a zároveň ji podali v takové podobě, aby umožnili zvítězit předem dohodnutému subjektu. Všichni tito soutěžitelé tedy jednali s úmyslem ovlivnit výsledek výběrového řízení, kartelová dohoda pak byla životaschopná jen za předpokladu, že na ní bude participovat dostatečné množství subjektů a že tyto subjekty pak skutečně učiní to, co bylo předem dohodnuto. Bez vědomé participace účastníků řízení by tedy realizace kartelové dohody nemohla být úspěšná.
370. Úmysl pak podle mého názoru plyne z jednání tří účastníků řízení společností STRABAG, EUROVIA a Swietelsky, kteří podle dokumentu SW A6 měli vyjednat společný postup ve výběrovém řízení s ostatními společnostmi. Společná dohoda na tom, jaké budou nabídkové ceny a že EUROVIA následně provede subdodávku jako kompenzaci za účast v kartelu, podle mého názoru vyplývá z tabulek zajištěných na dalších stranách dokumentu SW A6/2-6. Z těchto tabulek totiž plyne, že celková nabídková cena vítězného subjektu byla navýšena o 24% a že EUROVIA skutečně poskytla subdodávku ve výši, která odpovídala údaji předem domluvenému a zaznamenanému v předmětné tabulce (ručně psaná poznámka „SSŽ 250“).

³⁴ Viz také rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. 9. 2007, č.j. 62 Ca 1/2007-153, a rozh. Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 18/2008 – 310.

³⁵ Blíže viz Prášková, H.: Základy odpovědnosti za správní delikty. C-H-Beck, Praha, 2013.

Pokud jde o společnost Swietelsky, v jeho obchodních prostorách byly všechny tyto usvědčující důkazy zajištěny a on sám nerozporoval, že by byly vytvořeny jeho zaměstnanci. Usvědčující dokumenty navíc byly v obchodních prostorách Swietelsky zajištěny přímo v kanceláři [...jméno...], který podle zjištění orgánu prvního stupně podepsal nabídku vítězného sdružení do soutěže. S ohledem na skutečnost, že to byla právě společnost STRABAG, kdo byl vedoucím účastníkem vítězného sdružení STRABAG – Swietelsky a kdo byl pověřen správou sdružení a zajištěním koordinace činnosti účastníků sdružení při zpracování nabídky, je stěžejí uvěřitelné, že by o sladěném postupu nevěděl.

371. Pokud jde o existenci zavinění u dalších tří účastníků řízení – společnost Skanska jako jediná měla kompletní přehled o tom, které konkrétní společnosti si u zadavatele vyzvedly zadávací dokumentaci a byl to ..., kdo je uveden jako přebírající osoba u zadavatele ŘSD. Vzhledem k době, kdy si společnost Skanska dokumentaci vyzvedla, mohli mít ostatní členové kartelu přesnou představu o tom, kdo jsou uchazeči o veřejnou zakázku na stavbu rychlostní komunikace R4. Role tohoto účastníka řízení tedy rozhodně nebyla zanedbatelná a vzhledem k přehledu společností na dokumentu SW A6, kde byla pro společnost Skanska vynechána první buňka, i předem smluvená. O zaviněném jednání ve formě úmyslu není podle mého názoru pochyb ani u zbývajících dvou účastníků řízení M-SILNICE a BERGER BOHEMIA. Společnost M-SILNICE je uvedena v přehledu na dokumentu SW A6/1 s poznámkou „krycí“ a skutečně nabídku do výběrového řízení podala, zároveň však posléze poskytla subdodávku pro společnost EUROVIA, ačkoliv jakožto uchazeč do výběrového řízení takto podle ZVZ činit nemohla. Námitku účastníka řízení, že ze strany společnosti M-SILNICE mohlo jít o nedbalostní zavinění v důsledku úniku informací, odmítám. Pro úmyslné jednání totiž svědčí řada skutečností, které na sebe logicky navazují a v případě, že by došlo ke změně některého dílčího úkonu (např. podání výhodnější nabídky, než byla nabídka vítězného sdružení, nebo nepodání nabídky, nebo neexistence subdodávky) přestalo by protisoutěžní jednání jako celek dávat smysl. I kdyby byla společnost M-SILNICE do přehledu společností připsána bez vlastní vůle, nemůže být pouhou nedbalostí, že podala nabídku právě v takové podobě – tj. bez doložení bankovní záruky – a byla ze soutěže nakonec vyřazena; zvláště v situaci, kdy měla podle přehledu podat nabídku krycí a následně figurovala jako subdodavatel. Mám zato, že zjištěné okolnosti svědčí o úmyslu tohoto účastníka řízení.
372. U společnosti BERGER BOHEMIA vyvozují existenci úmyslu mimo jiné ze skutečnosti, že i tato společnost je uvedena v přehledu na dokumentu SW A6/1, také z toho, že do výběrového řízení krycí nabídku podala a rovněž z toho, že v zajištěném diáři zaměstnanec této společnosti (diář byl zajištěn v kanceláři [...jméno...]) byla nalezena poznámka vepsaná ke dni 19. 10. 2007, 9:00 *Strabag Č. Budějovice*, a dále poznámka ke dni 18. 10. 2007 *R4 Mirovice – Třebkov - subdodávka pro mosty*. Domnívám se proto, že ze skutkových zjištění jednoznačně vyplývá vzájemná komunikace všech zúčastněných společností o postupu ve veřejné zakázce na výstavbu rychlostní komunikace R4 a následný sladěný postup ve výběrovém řízení, z tohoto důvodu tedy považují postup Úřadu, na základě kterého každému z účastníků řízení přitížil 20% za úmysl, za opodstatněný.
373. Prvostupňový orgán Úřadu shledal naplnění subjektivní stránky deliktu také u zbývajících dvou skutků, a to u veřejné zakázky na stavbu komunikace Bakaláře Písek a Jeronýmova ul. Třeboň. U těchto dvou skutků byly zajištěny důkazy o emailové komunikaci, u veřejné zakázky Bakaláře Písek jde o email mezi zaměstnancem společnosti STRABAG

[...jméno/funkce...] adresovaný [...funkce...] společnosti Lesostavby Třeboň [...jméno...]. Z tohoto emailu a především z okolností předmětné věci popsanych shora jednoznačně plyne úmysl podat do soutěže nabídky tak, aby zaručily vítězství předem smluvenému uchazeči a druhý uchazeč poskytl krycí nabídku.

374. Tentýž model jednání pak Úřad identifikoval u veřejné zakázky Jeronýmova ul. Třeboň, kde byla zajištěna opět emailová komunikace mezi zaměstnancem [...jméno/funkce...], společností Lesostavby adresovaná [...jméno/funkce...] společností STRABAG. Také u tohoto skutku, obdobně jako v předchozím případě je nutné konstatovat, že předmětná komunikace způsob a provedení deliktu svědčí o jednoznačném úmyslu postupovat v předmětné zakázce způsobem, který se neslučuje s právními předpisy a který měl zabezpečit vítězství předem dohodnutého uchazeče a kompenzaci v podobě subdodávky poskytnuté ze strany krycího subjektu.
375. Uzavírám tedy, že ze shora rozvedených důvodů jsem námitkám účastníků nepřisvědčil a naopak jsem potvrdil závěr Úřadu o tom, že zohlednění přitěžující okolnosti v podobě úmyslu bylo namístě. Pokud jde o námitku, že Úřad neprokázal motiv správního deliktu, pak stručně dodávám, že motiv není znakem skutkové podstaty správního deliktu podle § 3 odst. 1 ZOHS, jeho zjištění není na rozdíl od zjištění zavinění kritériem pro ukládání pokuty, proto se jím Úřad nezabýval a ani tak nebyl povinen činit.

Zohlednění absorpce

376. V první řadě zdůrazňuji, že nelze mezi přitěžující okolnosti zahrnovat také absorpci za mnohost spáchaných deliktů. V důsledku takového postupu totiž dochází k absurdním situacím, na které mj. poukazují i někteří účastníci řízení. Podle Zásad lze totiž přitížit pouze do výše 50% základní částky. Tato skutečnost znamená, že v situaci, kdy se účastník řízení dopustil většího množství správních deliktů ve vícečinném souběhu, bylo by možné potrestat jen maximálně dva z nich, protože každý další (při současné praxi 20% přitížení za každý skutek) by již přesáhl stanovenou hranici 50% základní částky za přitěžující okolnosti. Takováto praxe Úřadu je neudržitelná a předseda Úřadu na ni poukázal již v předchozích rozhodnutích sp. zn. ÚOHS-R3,5/2015/HS-39442/2015/310/HBt ze dne 16. 11. 2015 a především v rozhodnutí č.j. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm ze dne 25. 11. 2015.
377. Zohlednění absorpční zásady při ukládání sankce za vícečinný souběh správních deliktů tedy není přitěžující okolností ve smyslu bodu 33. Zásad. Sankce za mnohost spáchaných deliktů má zohlednit jiná specifika věci než přitěžující nebo polehčující okolnosti. Při tvorbě Zásad nebylo na zásadu absorpce, resp. na specifika ukládání správní sankce za souběh správních deliktů vůbec pamatováno a žádná konkrétní pravidla z textu Zásad nevyplývají. Není tedy možné a ani vhodné postupovat tak, jak to učinil prvostupňový orgán Úřadu a za vícečinný souběh deliktů přitížit u každého deliktu o 20% (jak to Úřad činí v situaci, kdy shledá přitěžující okolnost). Při nesprávné aplikaci Zásad se tak Úřad dostává do absurdní situace, že mnohonásobný pachatel správních deliktů je potrestán sankcí, ve které se mnohost deliktů může odrazit pouze do výše 50% základní částky. V předmětné věci se tento nesprávný postup Úřadu promítl ve Sdělení výhrad a následném rozhodnutí u účastníka řízení společnosti STRABAG, v jejímž případě bylo shledáno, že se měla původně dopustit čtyř správních deliktů ve vícečinném souběhu (tak tomu bylo ve Sdělení výhrad) a měla jí být

uložena pokuta ve výši 614.166.000 Kč. V napadeném rozhodnutí byla společnost STRABAG nakonec shledána vinnou tím, že se dopustila tří protisoutěžních deliktů, sankce jí však byla uložena naprosto shodná, jako předchozí ve Sdělení výhrad indikovaná sankce za čtyři delikty. Zastavení správního řízení ohledně jednoho správního deliktu se tedy v důsledku postupu Úřadu do uložené sankce vůbec nepromítlo, protože mnohost deliktů byla zohledněna v rámci přitěžujících okolností s limitem navýšení na 50% základní částky pokuty.

378. Shrnuji proto, že orgán první správní stolice by při ukládání pokuty za souběh deliktů měl nejprve vypočítat odpovídající pokutu za nejpřísněji postižitelný delikt, včetně zohlednění přitěžujících a polehčujících okolností ve vazbě k tomu deliktu (zde dle Zásad platí 50 % limit), a následně zohlednit mnohost deliktů (zde Zásady žádná omezení nestanoví). K tomu ještě dodávám, že způsob, jakým prvostupňový orgán zohlední fakt spáchání více deliktů, je na jeho správním uvážení, avšak musí jít o postup, který vede k určení odpovídající a svoji funkci plnící sankce v daném konkrétním případě. Proto nelze jen mechanicky za každý další delikt dále zvýšit pokutu o 20 % a vytlačit tak správní uvážení. Prvostupňový orgán musí vždy brát do úvahy všechny relevantní okolnosti případu, např. zda šlo o jednočinný či vícečinný souběh, počet dalších deliktů a jejich závažnost, poměr závažnosti (význam deliktem narušeného chráněného zájmu) primárního deliktu a deliktů ostatních, apod., neztrácí však ze zřetele účel trestu z hlediska individuální a generální prevence.
379. Uvedenou nesprávnost, které se dopustil prvostupňový orgán, bylo nutné napravit. Jedná se přitom o účastníky řízení společnost STRABAG a společnost Lesostavby Třeboň. Zatímco společnost STRABAG se dopustila tří správních deliktů, a to bid-riggingu u veřejné zakázky rychlostní komunikace R4 Mirovice – Třebkov v hodnotě 944.113.227 Kč bez DPH, u veřejné zakázky Bakaláře Písek v hodnotě 29.599.994,67 Kč bez DPH a u veřejné zakázky Jeronýmova ul. Třeboň v hodnotě 5.157.563 Kč bez DPH; společnost Lesostavby Třeboň se dopustila jen posledně zmíněných dvou deliktů menší hodnoty.
380. U účastníka řízení STRABAG je tedy v rámci absorpce nutné přihlédnout k tomu, že základní částka pokuty byla vypočtena z nejzávažnějšího skutku, jímž byla veřejná zakázka R4 Mirovice – Třebkov v hodnotě téměř 1 mld. a že k této skutečnosti (tedy k hodnotě zakázky a objemu relevantního trhu, který byl manipulací této zakázky dotčen) jsem přihlédl při individualizaci sankce. Ve srovnání s tímto skutkem (tj. veřejná zakázka R4 Mirovice – Třebkov) jsou zbývající dva skutky (místní komunikace Bakaláře Písek a Jeronýmova ul. v Třeboni) poměrně nízké hodnoty, resp. míra negativního dotčení relevantního trhu je zde ještě nižší. Na druhou stranu je zřejmé, že účastník řízení se správních deliktů dopouštěl záměrně tři po sobě jdoucí roky (2006, 2007, 2008). Ze všech těchto důvodů jsem přitížil za každý další skutek o 10% základní částky pokuty navýšené o přitěžující okolnost.
381. Účastník řízení společnost Lesostavby Třeboň se dopustil dvou správních deliktů týkajících se veřejných zakázek v hodnotě přibližně 30 a 5 mil. Z hlediska absorpce jsem základní výši pokuty vypočetl ze skutku týkajícího se veřejné zakázky Bakaláře Písek v hodnotě cca 30 mil., přičemž jak je zřejmé shora, mimo typovou závažnost jsem přihlédl k individuální závažnosti tohoto skutku (tedy především k tomu, jaká část relevantního trhu byla tímto protisoutěžním jednáním zasažena). Základní výši pokuty jsem tedy stanovil na 1,75% hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu. Poměrně nízká nabídková cena této zakázky proto již byla v základní výši pokuty výrazně zohledněna. Pokud jde o druhý skutek, který se má dle zásady absorpce do výše pokuty promítnout, přihlédl jsem ke skutečnosti, že v obou případech se

jednalo o veřejnou zakázku na stavbu místní komunikace, že se jednalo o shodný způsob provedení obou deliktů a že hodnoty obou veřejných zakázek nejsou skokově rozdílné (jako u předchozího účastníka řízení STRABAG 1 mld., 30 mil. a 5mil.). Dále jsem vzal v úvahu také skutečnost, že účastník řízení se obou deliktů dopustil s dvouletým odstupem. Za další delikt spáchaný ve vícečinném souběhu jsem proto přitížil o 20% základní částky pokuty navýšené o přitěžující okolnost.

Účel uložení sankce

382. Účastníci řízení v neposlední řadě zpochybnili naplnění účelu uložení sankce, přičemž s odkazem na nálezu Ústavního soudu v trestní věci sp. zn. I. ÚS 554/04 ze dne 31. 3. 2005 konstatovali, že uložení pokuty po více než devíti letech není způsobitelné naplnit represivní ani individuálně a generálně preventivní účel. Její případné uložení postrádající legitimní cíl v podobě ochrany veřejného zájmu, by bylo projevem libovůle. S odkazem na čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy a citací shora uvedeného nálezu Ústavního soudu dovodili povinnost Úřadu zohlednit délku řízení při ukládání sankce a sankci snížit.
383. Posuzování délky řízení a její (ne)přiměřenosti je otázkou relativní, při níž je vždy v konkrétním případě třeba zkoumat vztah délky řízení k dalším atributům řízení, jako jsou složitost jeho předmětu, požadavky na provádění dokazování v průběhu řízení, jednání a procesní aktivity účastníků řízení aj. Na straně Úřadu nebyly dány žádné zvláštní okolnosti, které by způsobily, že správní řízení samotné probíhalo nepřiměřeně dlouhou dobu. Správní orgán se při svém rozhodování zcela standardním způsobem vyrovnal s vyhodnocením shromážděných důkazů, stejně jako s obsáhlými podáními účastníka řízení. Po této stránce tedy na straně správního orgánu žádné průtahy v řízení nevznikly.
384. Podle zákona účinného v době spáchání deliktu totiž byla konstrukce lhůty pro uložení pokuty odlišná od současného znění. Podle právní úpravy rozhodné pro toto řízení je Úřad povinen zahájit, vést a ukončit řízení o uložení pokuty v subjektivní lhůtě tří let od dozvědění se o porušení zákona (objektivní činila 10 let od spáchání), jinak jeho oprávnění uložit pokutu zaniká. Zákonná konstrukce prekluze uložení sankce byla podle mého názoru záměrně postavena tak, aby ze strany správních orgánů nedocházelo k průtahům a věc byla v přijatelné době projednána a skončena. Zákonná povinnost zohledňovat délku řízení pro správní orgán zakotvena není a z dosavadní judikatury ve vztahu k právníckým osobám a správním deliktům taková povinnost neplatí.
385. Za další významnou okolnost, proč na rozdíl od trestních soudů správní orgán není povinen zohledňovat při svém rozhodování délku řízení, považuji odlišnou konstrukci prekluzivní lhůty pro uložení sankce a promlčení trestní odpovědnosti. Je třeba si uvědomit, že správní orgán má zákonem striktně určenou dobu, po kterou musí zvládnout identifikovat protizákonné jednání účastníka, nashromáždit dostatečné množství důkazů, aplikovat na skutková zjištění příslušné právní normy, uložit správní sankci, atd., přičemž tato doba je poměrně krátká - v projednávané věci pouhé tři roky. Jestliže správní orgán v této lhůtě nerozhodne o sankci, jeho oprávnění tak navždy zaniká. Orgány činné v trestním řízení naproti tomu žádnou prekluzivní lhůtu, v níž by musely trestní řízení provést a uložit trest, zákonem stanovenou nemají. Trestní právo funguje na naprosto odlišných principech, kde je podstatná promlčecí doba trestní odpovědnosti, příp. promlčení výkonu trestu. Na rozdíl od správního úřadu postačuje orgánu činnému v trestním řízení k přerušení promlčecí doby

provést úkon, který vyjmenovává zákon a v jehož důsledku počíná běžet promlčecí doba nová.

386. Za nepřipadný dále považuji i odkaz účastníka řízení na nález Ústavního soudu týkající se trestních věcí. V první řadě se v tomto nálezu Ústavní soud zabývá délkou soudního řízení, nikoliv řízení správního, dále je jím posuzována problematika trestně právní, která je obecně hodnocena jako problematika „citlivější“, příp. jako problematika zvýšeného významu, kam evropský, Ústavní i Nejvyšší soud řadí problematiku věcí opatrovnických, pracovních právních sporů, věcí osobního stavu, sociálního zabezpečení a věcí týkající se zdraví a života.³⁶
387. Odkazuje-li účastník řízení na praxi sekce veřejných zakázek, kde je při ukládání pokuty zohledněna právě délka trvání správního řízení, pak uvádím, že ZOHS a ZVZ jsou právní normy, které se v mnoha ohledech odlišují. V předmětné věci je rozhodné, že konstrukce prekluzivní lhůty v ZOHS 71, 361 a 296 byla dle mého názoru záměrně vytvořena tak, aby zabránila neodůvodněným průtahům na straně správních orgánů. Bez ohledu na náročnost protisoutěžního jednání ať už po stránce procesní či hmotně právní zákon jednotně stanovil prekluzivní lhůtu tří roků. Domnívám se proto, že Úřad vzhledem k obsáhlému spisovému materiálu a počtu účastníků řízení a jejich procesních aktivit své povinnosti nezanedbal a není na místě délku správního řízení do pokuty zahrnout.
388. Namítal-li účastník řízení SWIETELSKY, že po osmi letech od spáchání deliktu již není možné, aby uložená sankce splnila svůj účel, ani této výhradě jsem nepřisvědčil. Účelu trestu lze podle mého názoru stále dosáhnout, zvláště v situaci, kdy subjekt doposud nebyl za správní delikt tohoto typu potrestán. Domnívám se, že právě jednání ve shodě v oblasti veřejných zakázek je v současné době širokou veřejností i samotnými soutěžiteli na trhu stavebnictví vnímáno velmi citlivě a že potrestání za delikt rozhodně všechny účastníky řízení zasáhne. Z hlediska účelu trestu dále zdůrazňuji funkci generální prevence ukládané sankce. Úřad svým rozhodnutím dává jasně najevo, že protisoutěžní jednání nemůže zůstat nepotrestáno a že nerezignoval na veřejný zájem na sankcionování narušitelů hospodářské soutěže, ale i ochraně soutěže jako takové.

VI. Úprava uložených pokut

389. Po obecnějších úvahách a doplnění argumentace napadeného rozhodnutí jsem přistoupil k úpravě uložených pokut.
390. Skutek veřejná zakázka na stavbu rychlostní komunikace R4 Mirovice – Třebkov je nejzávažnějším skutkem. Dopustilo se jej šest účastníků řízení, a to společnosti STRABAG, EUROVIA, Swietelsky, M-Silnice, BERGER BOHEMIA a Skanska. Úřad toto jednání spočívající v jednání ve shodě, tzv. bid-riggingu kvalifikoval jako hard core jednání, které z pohledu typové závažnosti spadá do skupiny nejzávažnějších deliktů, u kterých Zásady stanoví základní částku do 3% z hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu.

³⁶ Srov. např. účastníkem řízení citovaný nález Ústavního soudu ze dne 31. 3. 2005, sp. zn. I. ÚS 554/04, publikovaný ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu pod č. 67/2005, srov. rozsudek ESLP ve věci Kříž proti České republice ze dne 9. 1. 2007, č. 26634/03, rozsudek ESLP ve věci Jírů proti České republice ze dne 26. 10. 2004, č. 65195/01, rozsudek ESLP ve věci Kniat proti Polsku ze dne 26. 7. 2005, č. 71731/01, rozsudek ESLP ve věci Salomonsson proti Švédsku ze dne 12. 11. 2002, č. 38978/97, rozsudek ESLP ve věci Silva Pontes proti Portugalsku ze dne 23. 3. 1994, č. 14940/89, aj.

391. Shodně jako Úřad jsem při stanovení základní částky pokuty vyšel z hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu, z typové závažnosti a koeficientu času ve výši 1. Mimo to jsem zvážil také individuální závažnost (podrobné úvahy viz shora) a promítl ji do základní výše pokut tak, že jsem vypočetl základní výši pokuty z 2,45% hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu za poslední ukončené účetní období, v němž u jednotlivých účastníků řízení došlo k zakázanému jednání ve shodě. .
392. Dále doplňuji, že také druhostupňový orgán Úřadu je povinen při stanovení výše pokuty posoudit, zda konečná výše pokuty nepřesahuje zákonný limit 10% z celkového čistého obratu. Podle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2014, č. j. 7 Afs 57/2011-1234, je z hlediska posuzování zákonnosti rozhodné poslední ukončené účetní období, které bezprostředně předcházelo době vydání rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, tj. rok 2014. Konečně jsem povinen přihlédnout k aktuálním majetkovým poměrům jednotlivých účastníků řízení. Tato povinnost neplyne explicitně ze zákonné úpravy, ale z nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002³⁷. Ústavní soud zde dospěl k závěru, že uložení pokuty v likvidační výši je „nejtvrdším“ zásahem do majetkových poměrů, které může vést k porušení čl. 26 odst. 1 Listiny³⁸, například tehdy, pokud pokuta natolik přesáhne možné výnosy, že podnikatelská činnost daného subjektu se stane „bezúčelnou“ – bude v delším období plně směřovat pouze k uhrazení uložené pokuty.
393. **Soutěžitel STRABAG** (soutěžitel Strabag zahrnuje společnost Strabag a další společnosti z koncernu STRABAG SE) dosáhl v roce 2007 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodeje *[...obchodní tajemství...]* Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 334.379.312 Kč (tj. *[...obchodní tajemství...]* % hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující okolnost jsem přičítal zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Dále jsem v souladu se zákonem musel přihlédnout ke skutečnosti, že společnost STRABAG se dopustila dvou dalších správních deliktů ve vícečinném souběhu a podle zásady absorpce jsem tuto skutečnost musel zohlednit ve výši pokuty o dalších 12% za každý delikt, tj. celkem o 24%. Výsledná částka pokuty tak pro společnost STRABAG po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 497.556.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem v roce 2014.³⁹
394. K finanční a majetkové situaci společnosti STRABAG se v napadeném rozhodnutí vyjádřil Úřad (který vycházel z konsolidovaných finančních výkazů) a uvedl, že společnost Strabag dosahovala *[...obchodní tajemství...]*. S přihlédnutím k finanční a majetkové situaci

³⁷ „Základním kritériem, ze kterého je třeba dle názoru Ústavního soudu vycházet, je tzv. kritérium podstaty, dle kterého platí, že ne každé odnětí majetku na základě pokut, příp. poplatků a daní, zakládá zásah do vlastnických práv, nýbrž jen takové, jež majetkové vztahy dotčeného subjektu zásadně mění, tj. tak, že mění jeho celkovou majetkovou pozici „zmařením“ samé podstaty majetku. Konkrétně v případě pokut stanovených právníkem a fyzickým osobám podnikajícím podle zvláštních předpisů je třeba vycházet z toho, že je vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla "zničena" majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Jinými slovy řečeno, nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.“

³⁸ „Každý má právo na svobodnou volbu povolání a přípravu k němu, jakož i právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost.“

³⁹ Celkový čistý obrat soutěžitele za rok 2014 byl 343.492.622.110 Kč.

společnosti Strabag a dalších společností ze skupiny STRABAG Úřad konstatoval, že pokuta není pro soutěžitele Strabag likvidační. Na těchto závěrech setrvávám.

395. **Soutěžitel EUROVIA** (Soutěžitel EUROVIA zahrnuje společnost EUROVIA a další společnosti ze skupiny EUROVIA CS) dosáhl v roce 2007 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodeje [...obchodní tajemství...] Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 410.516.855 Kč (tj. [...obchodní tajemství...] % hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující okolnost jsem přičetl zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Výsledná částka pokuty tak pro společnost EUROVIA po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 492.620.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem v roce 2014.⁴⁰
396. K finanční a majetkové situaci společnosti EUROVIA Úřad uvedl, že společnost EUROVIA dosahuje v posledních letech kladných výsledků hospodaření, kdy hodnoty výsledků hospodaření za běžnou činnost dosahovaly zpravidla přes 700 mil. Kč, v posledním účetním roce byl zaznamenán pokles na 221 mil. Kč. Výkony společnosti EUROVIA však v roce 2014 svou výší překonaly rok 2013 a 2012, ale přidaná hodnota byla nižší, horší provozní hospodářský výsledek v roce 2014 byl však kompenzován finančním výsledkem hospodaření společnosti, kde významnou část tvořily výnosy z podílů v ovládaných osobách a v účetních jednotkách pod podstatným vlivem, a to ve výši 379 mil. Kč. Společnost EUROVIA není dluhově zatížena v podobě bankovních úvěrů a výpomocí a hodnota krátkodobého finančního majetku představovala k 31. 12. 2014 cca 800 mil. Kč, hodnota dlouhodobých i krátkodobých závazků společnosti v posledních letech výrazněji klesá. Významným faktorem je rovněž výše nerozděleného zisku z minulých let, jehož hodnota v roce 2014 činila 456 mil. Kč. S přihlédnutím k finanční a majetkové situaci společnosti EUROVIA a dalších společností ze skupiny EUROVIA Úřad konstatoval, že pokuta není pro soutěžitele EUROVIA likvidační, na tomto závěru setrvávám.
397. **Soutěžitel Swietelsky** (Soutěžitel Swietelsky zahrnuje společnost Swietelsky a další propojené společnosti CS) dosáhl v roce 2007 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodeje 2.592.145.000 Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 63.507.553 Kč (tj. 2,45% hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující okolnost jsem přičetl zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Výsledná částka pokuty tak pro společnost Swietelsky po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 76.209.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem v roce 2014.⁴¹
398. K finanční a majetkové situaci společnosti Swietelsky Úřad uvedl (vychází z konsolidovaných finančních výkazů), že společnost Swietelsky dosahovala v letech 2011 až 2014 stabilních výsledků hospodaření, kdy se hodnoty výsledků hospodaření za běžnou činnost pohybovaly kolem 30 až 40 mil. Kč. Poslední rok (období 1. 4. 2014 – 31. 3. 2015) došlo k výraznému poklesu výsledku hospodaření za běžnou činnost z 34,8 mil Kč na -92,6 mil. Kč, a to v části

⁴⁰ Celkový čistý obrat soutěžitele za rok 2014 byl [...obchodní tajemství...] Kč.

⁴¹ Celkový čistý obrat soutěžitele za rok 2014 byl 4.847.268.000 Kč.

provozního výsledku hospodaření, přičemž v části finančního výsledku hospodaření došlo naopak k více jak dvojnásobnému růstu oproti předchozímu roku. Výsledek hospodaření za běžnou činnost byl v posledním roce ovlivněn především výrazným nárůstem v oblasti rezerv a komplexních nákladů příštích období, a to z 8,2 mil. Kč na 234,4 mil. Kč. Bankovní úvěry a výpomoci činily k 31. 3. 2015 pouze 4 mil. Kč s tím, že oproti předchozímu účetnímu roku došlo ke snížení dlouhodobých bankovních úvěrů na polovinu. Oproti předchozímu roku došlo rovněž k navýšení krátkodobého finančního majetku, kdy k 31. 3. 2015 jeho hodnota činila 143 mil. Kč. S přihlédnutím k finanční a majetkové situaci společnosti Swietelsky a dalších společností ze skupiny Swietelsky Úřad konstatoval, že pokuta není pro soutěžitele Swietelsky likvidační. Na tomto závěru setrvávám.

399. **Soutěžitel M-SILNICE** dosáhl v roce 2007 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodejů 1.566.821.000 Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 38.387.115 Kč (tj. 2,45% hodnoty prodejů soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující okolnost jsem přičetl zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Výsledná částka pokuty tak pro společnost M-SILNICE po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 46.064.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem v roce 2014.⁴²
400. K finanční a majetkové situaci společnosti M-Silnice Úřad uvedl, že společnost M-Silnice dosahuje v posledních letech kladných výsledků hospodaření, přičemž v roce 2013 se pohyboval kolem 9,5 mil Kč a v roce 2014 výrazně vzrostl na 51 mil. Kč. Oproti předešlým letem se společnosti podstatně zvýšila výše jejího krátkodobého finančního majetku, a to až na 267,7 mil. Kč v roce 2014. Svými výkony i přidanou hodnotou překonala společnost v roce 2014 tři předchozí roky. Významným faktorem je rovněž výše nerozděleného zisku z minulých let, jehož hodnota v roce 2014 činila 631 mil. Kč. Společnost M-SILNICE v posledních letech navíc nemá žádné zatížení v podobě bankovních úvěrů a výpomocí. S přihlédnutím k finanční a majetkové situaci společnosti M-Silnice Úřad konstatoval, že pokuta není pro soutěžitele M-SILNICE likvidační. Na tomto závěru setrvávám.
401. **Soutěžitel BERGER BOHEMIA** dosáhl v roce 2007 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodejů [...obchodní tajemství...] Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 11.265.304 Kč (tj. [...obchodní tajemství...] % hodnoty prodejů soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující okolnost jsem přičetl zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Výsledná částka pokuty tak pro společnost BERGER BOHEMIA po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 13.518.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem v roce 2014.⁴³
402. K finanční a majetkové situaci společnosti BERGER BOHEMIA Úřad uvedl, že [...obchodní tajemství...]. Společnost Berger Bohemia nemá žádné dluhové zatížení v podobě bankovních úvěrů. [...obchodní tajemství...] Předseda Úřadu v rámci rozkladového řízení pokutu při zohlednění individuální závažnosti snížil a nepovažuje ji za likvidační.

⁴² Celkový čistý obrat soutěžitele za rok 2014 byl 2.744.323.000 Kč.

⁴³ Celkový čistý obrat soutěžitele za rok 2014 byl [...obchodní tajemství...] Kč.

403. **Soutěžitel Skanska** (Soutěžitel Skanska zahrnuje společnost Skanska a další společnosti ze skupiny Skanska SE) dosáhl v roce 2007 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodeje [...obchodní tajemství...] Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 441.515.774 Kč (tj. [...obchodní tajemství...] % hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující okolnost jsem přičetl zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Výsledná částka pokuty tak pro společnost Skanska po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 529.818.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem v roce 2014.⁴⁴
404. K finanční a majetkové situaci společnosti Skanska Úřad uvádí, že výkony (cca 12,3 mld. Kč) společnosti Skanska v roce 2014 výrazněji přesáhly hodnoty v přechozím roce a odpovídaly zhruba výkonům v roce 2012, přidaná hodnota činila v roce 2014 hodnotu cca 2,24 mld. a překonala předchozí rok, a to i v procentním vyjádření. Provozní výsledek hospodaření společnosti Skanska v roce 2014 dosáhl hodnoty 297 mil. Kč, v předchozím roce byla zaznamenána ztráta ve výši 715 mil., která byla uhrazena z účtu nerozděleného zisku z minulých let, hodnota provozních hospodářské výsledku byla v těchto letech výrazně ovlivněna změnou stavu rezerv a opravných položek v provozní oblasti a komplexních nákladů příštích období (kdy na rezervy mělo vliv vyčlenění jedné společnosti a prodej závodů). Výsledek hospodaření za účetní období (2014) pak činil 149 mil. Kč. Společnost Skanska nebyla v posledních letech zatížena bankovními úvěry a výpomocemi. Významným faktorem je rovněž výše nerozděleného zisku z minulých let, jehož hodnota v roce 2014 činila 4,7 mld. Kč. Hodnota krátkodobého finančního majetku představovala k 31. 12. 2014 hodnotu 499 mil. Kč. S přihlédnutím k finanční a majetkové situaci společnosti Skanska a dalších společností ze skupiny Skanska Úřad konstatoval, že pokuta není pro soutěžitele Skanska likvidační. Na tomto závěru setrvávám.
405. Skutek veřejná zakázka na stavbu komunikace Bakaláře Písek je nejzávažnějším skutkem, ze kterého je nutné vycházet pro stanovení základní částky po výpočet pokuty u soutěžitele Lesostavby Třeboň. Úřad toto jednání spočívající v jednání ve shodě, tzv. bid-riggingu kvalifikoval jako hard core jednání, které z pohledu typové závažnosti spadá do skupiny nejzávažnějších deliktů, u kterých Zásady stanoví základní částku do 3% z hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu.
406. Shodně jako Úřad jsem při stanovení základní částky pokuty vyšel z hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu, z typové závažnosti a koeficientu času ve výši 1. Mimo to jsem zvažil také individuální závažnost (podrobné úvahy viz shora) a promítl ji do základní výše pokuty tak, že jsem vypočetl základní výši pokuty z 1,75% hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu za příslušný rok. Také zde jsem následně zhodnotil, zda je výše pokuty přiměřená a není likvidační.
407. **Soutěžitel Lesostavby Třeboň** dosáhl v roce 2008 na trhu inženýrského stavitelství na území České republiky objemu prodeje 167.000.000 Kč. Základní částku pokuty jsem tedy stanovil na částce 2.922.500 Kč (tj. 1,75% hodnoty prodeje soutěžitele na relevantním trhu). Shodně jako orgán prvního stupně jsem neshledal žádné polehčující okolnosti a jako přitěžující

⁴⁴Celkový čistý obrat soutěžitele za rok 2014 byl 439.147.812.000 Kč.

okolnost jsem přičetl zavinění ve formě úmyslu (odůvodnění viz shora), za který jsem přitížil 20%, shodně jako Úřad. Dále jsem v souladu se zákonem musel přihlédnout ke skutečnosti, že společnost Lesostavby Třeboň se dopustila dalšího správního deliktu ve vícečinném souběhu a podle zásady absorpce tuto skutečnost zohlednit ve výši pokuty, zde o 20% za další skutek. Výsledná částka pokuty tak pro společnost Lesostavby Třeboň po zaokrouhlení na celé tisíce dolů činí 4.208.000 Kč. Tato pokuta přitom koresponduje se zákonným limitem 10% z celkového čistého obratu dosaženého soutěžitелеm v roce 2014.⁴⁵

408. K finanční a majetkové situaci společnosti Lesostavby Úřad uvedl, že výkony společnosti Lesostavby v posledních letech zaznamenaly pokles, z 322 mil. v roce 2011 na 170 mil. v roce 2014, přidaná hodnota však byla v roce 2014 výrazně lepší než v předchozích dvou letech (v procentním vyjádření). Poslední tři roky bylo hospodaření společnosti Lesostavby spojeno s účetní ztrátou, která má však klesající trend, a odpovídá trendu vývoje provozního hospodářského výsledku. Společnost Lesostavby je dluhově zatížená až v posledních dvou letech, kdy v roce 2014 činily krátkodobé bankovní úvěry 1,3 mil. Kč, oproti roku 2013 však došlo k poklesu o 35 %. Společnost Lesostavby není v roce 2014 zatížena vysokými dlouhodobými závazky ani pohledávkami. Významným faktorem je rovněž výše krátkodobého finančního majetku společnosti, k 31. 12. 2014 činila cca 15,5 mil. Kč, došlo k navýšení oproti předchozímu roku o cca 26 %. S přihlédnutím k finanční a majetkové situaci společnosti Úřad konstatoval, že pokuta není pro soutěžitеле Lesostavby likvidační.
409. Účastník řízení Lesostavby v souvislosti s výší pokuty namítl, že ji považuje za likvidační, že povede k zániku podniku a k další vlně propouštění. Této námitce jsem nepřisvědčil. V prvé řadě zdůrazňuji, že jsem výslednou částku pokuty poměrně výrazně ponížil na současných 4.208.000 Kč. Tato výše pokuty je tedy o přibližně tři miliony nižší, než v napadeném rozhodnutí. Společně se zjištěními Úřadu o zatížení krátkodobými a dlouhodobými závazky a pohledávkami a celkové majetkové situaci společnosti dospívám k závěru, že obava o existenci podniku není na místě.
410. Dále jsem nepřisvědčil ani té výhradě, že Úřad porušil zásadu legitimního očekávání, neboť pokuty uložené v napadeném rozhodnutí překročily doposud rekordní výši pokut uložených ve věci kartelu PISU. V této souvislosti uvádím, že pokuty uložené v jednotlivých případech, resp. jejich absolutní výše není možné srovnávat. Výše pokuty se liší v každém jednotlivém případě na základě zohlednění konkrétních okolností věci, individuální závažnosti věci a konkrétních polehčujících a přitěžujících okolností, absolutní výši pokut proto nelze srovnávat.
411. K závěrům stran zhodnocení majetkových poměrů u jednotlivých účastníků řízení dále dodávám, že s ohledem na to, že rozhodnutí předsedy Úřadu bylo vydáno v rychlém sledu za napadeným rozhodnutím orgánu prvního stupně (tj. za 3 měsíce) nepovažoval jsem za nutné ověřovat na základě nových údajů majetkové poměry účastníků řízení. Plnohodnotné účetní údaje za rok 2015 v této době zatím nejsou k dispozici a předseda Úřadu by musel počítat pouze s odhadovanými údaji.

Splatnost

⁴⁵ Celkový čistý obrat soutěžitеле za rok 2014 byl 187.759.000 Kč.

412. Uloženou pokutu je každý účastník řízení povinen uhradit ve lhůtě uvedené ve výroku tohoto rozhodnutí, tj. ve lhůtě do 180 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. I když byly uloženy pokuty v rozkladovém řízení předsedou Úřadu sníženy, přesto jde o poměrně vysoké částky dosahující u některých účastníků řízení stovek milionů. Rozhodl jsem se proto prodloužit lhůtu splatnosti pokut na 180 dnů. Úhrada se provede na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj, číslo účtu 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo účastníka řízení.

Náklady řízení

413. Účastník řízení Lesostavby v rozkladu namítl, že Úřad navýšil základní částku nákladů řízení na 2.500 Kč s odůvodněním, že se jednalo o složitou věc. Účastník řízení s takovým odůvodněním nesouhlasil a tvrdil, že Úřad většinu materiálů shromáždil při místních šetřeních nebo mu byly poskytnuty od zadavatelů a že proto není důvod částku nákladů řízení navyšovat.

414. Tuto námitku odmítám a ztotožňuji se se závěry prvního stupně. Správní řízení ve věci bylo náročné zejména s ohledem na velký počet účastníků a množství zajištěných materiálů. Prvostupňový orgán Úřadu ve věci provedl množství místních šetření, při kterých zajistil dokumenty, se kterými se oprávněné úřední osoby musely seznámit a zjistit, zda poskytují relevantní důkazy ve věci či nikoliv. Kvůli velkému počtu účastníků řízení zde vznikly větší náklady na agendu spojenou s uplatněním práv účastníků řízení ve správním řízení, tj. četná komunikace s účastníky, vyřizování jejich žádostí, apod. Domnívám se proto, že zvýšení základní částky nákladů řízení bylo na místě.

V. Závěr

415. S ohledem na shora uvedené jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí může z velké části obstát, upravil jsem pouze výši uložených pokut a korigoval některé závěry Úřadu. V této souvislosti dodávám, že dle ustálené judikatury tvoří správní rozhodnutí prvního i druhého stupně správního orgánu jeden celek, proto jsem nepovažoval za nutné opakovat všechny závěry obsažené již v rozhodnutí orgánu prvního stupně (srov. rozsudek Krajského soud v Brně ze dne 25. 11. 2015, č. j. 31 Af 194/2013 – 67).

416. Procesní postup prvostupňového orgánu při zahájení správního řízení, a vedení správního řízení vadami netrpí. Přezkoumal jsem dále závěry prvostupňového orgánu stran naplnění zákonných znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 3 odst. 1 ZOHS a shledal jsem, že Úřad řádně shromáždil potřebné důkazy, z nich vyvodil správné právní závěry a ty podřadil pod správnou skutkovou podstatu správního deliktu.

417. Pokud jde o uložené sankce, doplnil jsem zde místy nedostatečné závěry Úřadu a s ohledem na lepší individualizaci pokuty upravil její výši u všech účastníků řízení tak, aby sankce odpovídala jednání, jehož se účastníci dopustili. Zjištěné nedostatky v odůvodnění uložených sankcí však nebyly takového charakteru, aby bylo nutné napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit k novému rozhodnutí.

II Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Robert Nešpůrek (zástupce spol. STRABAG a.s.)
Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář
Na Florenci 2116/15
110 00 Praha 1

Mgr. Ing. Dalibor Šalek, advokát (zástupce spol. EUROVIA CS, a.s., i.s. Mgr. Pokorný)
Karoliny Světlé 301/8
110 00 Praha 1

Mgr. Petr Nesporý, advokát (zástupce spol. SWIETELSKY stavební s.r.o.)
NS & Partners s.r.o., advokátní kancelář
Puklicova 1069/52
370 04 České Budějovice – České Budějovice 3

JUDr. Dalibor Kalcso, advokát (zástupce spol. M – SILNICE a.s.)
Škroupova 719
520 02 Hradec Králové

Mgr. Andrea Žatková, advokátka (zástupce spol. Lesostravby Třeboň a.s.)
Teslova 1125
702 00 Ostrava – Přívoz

BERGER BOHEMIA a.s.
Klatovská 410
320 64 Plzeň

JUDr. Pavel Dejl, Ph.D., LL.M., advokát (zástupce spol. Skanska a.s.)
Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s.r.o.
Jungmannova 745/24
110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy