



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **SPIE Elektrovod, a.s.**
sídlem Slovenská republika, Bratislava 26, Prievozská cesta 4C
jednající prostřednictvím SPIE Elektrovod, a.s., odštěpný závod Brno
sídlem Brno, Horní Heršpice, Traťová 574/1
zastoupený JUDr. Kateřinou Schenkovou, advokátkou
sídlem Praha 1, Klimentská 1216/46

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

o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem žalovaného

takto:

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

Odůvodnění:

1. Žalobce podal žalobu na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu (§ 82 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“). Nezákonný zásah má podle žalobce spočívat v zadržování obchodních záznamů žalobce zajištěných během místního šetření v obchodních prostorách žalobce, které proběhlo dne 22.11.2018.

I. Shrnutí procesního postoje žalobce

2. Podle žalobce neměl žalovaný před uskutečněním místního šetření dostatečně konkrétní podezření, která by uskutečnění místního šetření podle § 21f zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále „ZOHS“), odůvodňovala. Informace obsažené v anonymním podnětu ze dne 20.9.2018 představovaly pouze nevěrohodný průběh příslušných zadávacích řízení; ta neodpovídala skutečnostem uváděným v podnětu. Navazující novinové články po obsahové stránce nemohly přispět k ověření (potvrzení) informací obsažených v podnětu, s obsahem uvedeného anonymního podnětu se neshoduje ani podnět DCK Group, s.r.o., ani vlastní zjištění žalovaného, a tedy místní šetření proběhlo za situace, kdy žalovaný neměl k dispozici podklady umožňující identifikovat nosné skutkové a právní důvody vedoucí jej k uskutečnění místního šetření.

3. Kromě toho samotný rozsah šetření vymezený v pověření k uskutečnění místního šetření překračoval rozsah podezření. To se nejvýše mohlo týkat konkrétních tří veřejných zakázek, nikoli zakázek jiných, včetně těch, které byly zadávány jinými zadavateli v jiném období. Místní šetření bylo podle žalobce tzv. fishing expedition; zvolený postup prověřování nebyl zaměřen (omezen) na vyhledávání informací týkajících se veřejných zakázek, na které bylo upozorňováno v podnětu.

4. Žalobce tedy požaduje určit, že zadržování kopií obchodních záznamů žalobce zajištěných během místního šetření v obchodních prostorách žalobce dne 22.11.2018 je nezákonným zásahem, a domáhá se uložení povinnosti žalovanému, aby kopie uvedených obchodních záznamů předal zpět žalobci a nikterak je v rámci žádného správního řízení nevyužil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejšími soudem, i na jednání soudu.

II. Shrnutí procesního postoje žalovaného

5. Žalovaný se žalobcem nesouhlasí. Na základě podnětu ze dne 20.9.2018, který žalovaný považoval za věrohodný, začal žalovaný zkoumat charakter veřejných zakázek, což jej vedlo ke zjištění jevů, z nichž pak bylo odvozeno podezření na manipulaci nabídek nad rámec původního podnětu. Podezření odůvodňující uskutečnění místního šetření byla podle žalovaného dostatečná a konkrétní, rozsah pověření nebyl nepřiměřeně široký, o tzv. fishing expedition nešlo. Místní šetření nezákonné nebylo.

6. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejšími soudem, i na jednání soudu.

III. Posouzení věci

7. Zdejší soud posuzoval nejprve to, zda je v této věci dán dostatek legitimace aktivní i pasivní podle § 82 a § 83 s.ř.s. a zda byla dodržena lhůta pro podání žaloby podle § 84 s.ř.s.

8. Aktivní legitimace (§ 82 s.ř.s.) svědčí každému, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech zásahem správního orgánu. Určující skutečností pro vyslovení závěru o existenci aktivní legitimace na straně žalobce je tedy fakt tvrzení přímého zkrácení na právech zásahem správního orgánu, nikoli skutečnost, že k přímému zásahu do práv žalobce skutečně došlo (to již je otázkou pro posouzení žaloby ve věci samé), ani jiné otázky související s okolnostmi, za nichž je zkrácení na právech žalobou dovozováno. V nyní posuzované věci je přímé zkrácení na právech ze strany žalobce jasně tvrzeno a argumentováno – spočívá v tom, že žalovaný uskutečnil neohlášené místní šetření v obchodních prostorách žalobce, v rámci kterého získal dokumenty týkající se činnosti žalobce, přitom místní šetření proběhlo nezákonně. To pro žalobcovu aktivní legitimaci postačuje. Pokud jde o legitimaci pasivní, pak § 83 s.ř.s. stanoví, že žalovaným je správní orgán, který podle žalobního tvrzení provedl zásah. Tu je žalovaným Úřad pro ochranu hospodářské soutěže; jeho identifikace není spornou, spornou není ani skutečnost, že jde o správní orgán. I tato podmínka řízení je tedy splněna.

9. Pokud jde o podmínku včasnosti žaloby podávanou z § 84 odst. 1 s.ř.s., i ta je podle zdejšího soudu splněna. Podle § 84 odst. 1 s.ř.s. musí být žaloba na ochranu před nezákonným zásahem podána do dvou měsíců ode dne, kdy se žalobce dozvěděl o nezákonném zásahu. Nejpozději lze žalobu podat do dvou let od okamžiku, kdy k němu došlo. Podle § 84 odst. 2 s.ř.s. zmeškání lhůty nelze prominout. Žalobce podal žalobu dne 23.4.2019. Držení dokumentů převzatých při místním šetření uskutečněném dne 22.11.2018 (zadržování a nevracení zpět žalobci a jejich využití pro účely správního řízení) představuje zásah trvajícím, u něhož lhůty uplynout nemohly (nález Ústavního soudu ze dne 15.5.2018, sp. zn. II. ÚS 635/18).

10. Za tohoto stavu tedy zdejší soud přistoupil k posouzení důvodnosti žaloby a dospěl k závěru, že žaloba důvodná není.

11. Zkoumání zákonnosti získání dokumentů a jejich držení (jak ve vztahu k požadavku na vydání rozsudku, který by určoval nezákonnost, tak ve vztahu k požadavku na vydání rozsudku, který by žalovanému ukládal předání dokumentů zpět tomu, „o jehož“ dokumenty jde) v řízení o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem je akcesorickým zkoumáním ke zkoumání zákonnosti samotného místního šetření podle § 21f ZOHS. Přezkum místních šetření uskutečněných podle § 21f ZOHS cestou žaloby podle § 82 s.ř.s. má přitom směřovat k ochraně před svého druhu svévolí správního orgánu (žalovaného), jež by se projevovala coby uskutečňování tzv. rybářských výprav, tj. šetření fakticky naslepo bez dostatečně konkrétních a věrohodných indicí o protisoutěžním jednání, aniž by se však již muselo jednat o konkrétní důkazní prostředky či z nich už plynoucí důkazy, neboť k tomu právě místní šetření teprve směřuje. Přezkum místních šetření uskutečněných podle § 21f ZOHS cestou žaloby podle § 82 s.ř.s. by měl zajišťovat korektní a rozumnou míru ochrany před takovou svévolí, podle zdejšího soudu by se však neměl stát každodenním univerzálním nástrojem ke zpochybňování podkladů, které k místnímu šetření vedly, či důkazů, které v rámci místního šetření byly získány, a to ještě v době, kdy správní řízení o podezření z protisoutěžního jednání, které jako celek teprve vede ke shromáždění skutkového podkladu a jeho hodnocení, stále běží. Tento přezkum by neměl být ani cestou k otevírání podrobné polemiky ohledně míry, v jaké již před uskutečněním místního šetření mohl (měl) žalovaný protisoutěžní jednání pokládat za prokázané, ani cestou ke zpochybňování důvodnosti nejrůznějších podnětů, které proti soutěžitelům míří a na jejichž základě žalovaný pojímá podezření z protisoutěžního jednání, ani cestou, jak přimět soud k vyslovení závěru, že žalovaný by fakticky již před zahájením místního šetření musel mít najisto postaveno, jaké přesné důkazy hledá (tj. co přesně v nich má být obsaženo), neboť v takovém případě by již žádné místní šetření probíhat nemuselo (pokud by žalovaný přesně věděl, co má být v důkazech obsaženo, pak by je již musel mít k dispozici). Tento přezkum by rovněž neměl

být pokládán ze strany soutěžitelů za efektivní a přitom lehce zneužitelný nástroj, kterak dosáhnout průběžného hodnocení skutkového stavu ze strany soudu či kterak alespoň žalovanému průběh správního řízení komplikovat faktickou ingerencí soudu do procesu dokazování či dovoláváním se ze strany soutěžitelů hodnotících úsudků soudu ohledně průběžného skutkového podkladu a z něj v aktuální fázi správního řízení plynoucích skutkových zjištění a očekáváním, že žalovaný bude v rámci procesní obrany vyjevovat své úsudky, které mají své místo až v jeho rozhodnutí ve věci samé, popř. v tzv. sdělení výhrad (§ 21b ZOHS, § 7 odst. 3 ZOHS).

12. Spor není v posuzované věci o to, že místní šetření proběhlo v režimu § 21f ZOHS. Sama skutečnost, že místní šetření bylo *stricto sensu* zákonné (to znamená, že § 21f ZOHS takové šetření umožňuje) a z obecného pohledu v souladu s legitimními cíli (to – jednoduše řečeno – znamená s cílem chránit hospodářskou soutěž), ještě neznamená, že obstálo coby zákonné. Aby tento závěr bylo možno učinit, muselo by místní šetření být též nezbytné, tj. především přiměřené uvedenému legitimnímu cíli. Aby pak bylo takto přiměřené, muselo by vyhovět v testu vhodnosti, délky a rozsahu. Toto východisko zdejší soud považuje za východisko již ustálené (zdejší soud z něj vycházel např. v rozsudcích ze dne 23.3.2017 ve věci sp. zn. 62 A 236/2016, ze dne 31.3.2017 ve věci sp. zn. 29 A 165/2016, ze dne 29.5.2017 ve věci sp. zn. 30 Af 29/2016, ze dne 6.3.2018 ve věci sp. zn. 62 Af 92/2016 atd.) a ani v nyní posuzované věci se od něj nehodlá odchylovat. I žalobce vychází z téhož; dovozuje-li žalobce, že žalovaný neměl k dispozici podklady umožňující identifikovat nosné skutkové a právní důvody vedoucí jej k uskutečnění místního šetření a že samotný rozsah šetření vymezený v pověření k uskutečnění místního šetření překračoval rozsah podezření, pak svojí žalobou zpochybňuje vhodnost a rozsah místního šetření.

13. Pokud jde o posouzení vhodnosti místního šetření (ve smyslu adekvátnosti využití tohoto procesního institutu vzhledem ke konkrétním skutkovým okolnostem, jaké byly dány na počátku místního šetření) a rozsahu místního šetření (ve smyslu dodržení rámce, který by byl předem jasně vymezen) v rámci testu nezbytnosti (přiměřenosti shora uvedenému legitimnímu cíli), zdejší soud posuzoval, jaká konkrétní skutková zjištění měl žalovaný k dispozici před zahájením příslušného místního šetření.

14. Předně z listin, které žalovaný (a částečně i sám žalobce) zdejšímu soudu předložil, plyne, že na počátku vzniku podezření z porušení § 3 odst. 1 ZOHS byl anonym, který žalovaný obdržel dne 20.9.2018 a který podrobně popisoval dva konkrétní případy veřejných zakázek („Horní Životice“ a „Výškov“), vyjadřoval se také k veřejné zakázce „Sokolnice“ a vyjadřoval domněnku, že dodavatelé manipulují své nabídky ve vztahu k ČEPS, a.s., že manipulační dohody mají být „schvalovány“ ze strany EGEM s.r.o. a manipulované ceny mají být konzultovány i v ČEPS, a.s. z pohledu jejich akceptovatelnosti (pro ČEPS, a.s.). Součástí správního spisu je úřední záznam ze dne 7.11.2018, č. j. ÚOHS-P0425/2018/KD-27655/2018/852/RSk, „o založení anonymního podání do spisu“, který obsahuje informaci, že žalovaný obdržel dne 20.9.2018 od neznámého podatele přípis, podle kterého dodavatelé ČEPS, a.s. mají uzavírat dohody o přerozdělování zakázek vyhlašovaných ČEPS, a.s.. Dohody má schvalovat EGEM s.r.o., jejich součástí je i určování cen jednotlivých zájemců tak, aby zakázku získal předem učený subjekt. Ten se dohodne s ostatními zájemci na společném postupu, kdy výměnou se očekává zapojení do budoucích zakázek. Zájemci mají konzultovat v ČEPS, a.s. dohody z hlediska vybraného vítěze a jím nabízené ceny tak, aby byla pro ČEPS, a.s. akceptovatelná. Podle úředního záznamu obsahoval anonym upozornění na dvě veřejné zakázky ČEPS, a.s. („Horní Životice“ a „Výškov“); anonym měl upozorňovat na to, že vítěz měl být již určen, což se projevilo v komunikaci statutárních orgánů dotčených společností s ostatními zájemci či dodavateli, což se mělo projevit i v podaných

nabídkách. Anonym líčí, v jakých částkách byly nabídky podány, popř. jaké měly být cenové rámce, v nichž se měly nabídky pohybovat. Dále měl podle úředního záznamu anonym obsahovat informace k veřejné zakázce „Sokolnice“ zadávané E.ON Distribuce, a.s. Zde měl zakázku získat dodavatel na základě dohody statutárních orgánů, je vylíčen také obsah této dohody. Podle žalovaného jsou v anonymu popsány informace o jednáních ohledně uvedených veřejných zakázek do detailních podrobností, které jsou známy jen účastníkům daných jednání či osobám v nejbližším okolí, které se v daném podnikatelském prostředí pohybují; tyto nadstandardní informace mají nasvědčovat tomu, že se anonym zakládá na pravdivých údajích, a proto se žalovaný rozhodl jimi dále zabývat a ověřovat je. Anonym je součástí správního spisu. Jeho obsah po věcné stránce odpovídá tomu, jak jej vymezil ve svém úředním záznamu ze dne 7.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-27655/2018/852/RSk, žalovaný.

15. Hodnota podnětu, který je anonymní, je podle zdejšího soudu nižší než v případě „podepsaného“ podnětu, současně však zdejší soud musí chápat situaci, v níž se pisatel takového podnětu nachází. I anonymní podnět může být proto pro žalovaného vstupní indicií k tomu, aby se oblastí, které se takový podnět týká, začal zabývat, a to tím spíše, obsahuje-li anonym informace, které konkrétní skutečnosti popisují „zevnitř“ určitého podnikatelského prostředí. Současně žalovanému nic nebrání, aby jej ověřování takové vstupní indicie vedlo k takovým zjištěním, k nimž se vstupní indicie nevázala a jež mohou zakládat podezření věcně přesahující vstupní indicii. Jestliže tedy žalovaný vyhodnotil anonym doručený dne 20.9.2018 jako věrohodný popis situace na trhu ohledně uzavírání smluv na dvě veřejné zakázky, nelze mu – především s ohledem na obsah anonymu – nic vytýkat. Jestliže v návaznosti na anonym začal žalovaný zkoumat jak okolnosti týkající se zadávacích řízení na veřejné zakázky zmiňované v anonymu, tak obecněji věcně obdobné veřejné zakázky (žalovaný si je vymezil jako veřejné zakázky zadávané zadavatelem ČEPS, a.s. v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek), nelze mu rovněž nic vytýkat. Samotný anonym přitom nakonec jedinou indicií k uskutečnění místního šetření nebyl, neboť při zkoumání veřejných zakázek zadávaných zadavatelem ČEPS, a.s. v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek žalovaný ve vztahu k informacím obsaženým v anonymu vysledoval jevy, které zpracoval v úředním záznamu ze dne 9.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32493/2018/852/RSk, a především v úředním záznamu ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32474/2018/852/RSk; to žalovaný stavěl do souvislosti se zjištěními, že v období cca 7 let se v užších výběrech objevovali totožní dodavatelé, někteří byli opakovaně vylučováni, někteří podávali opakovaně nabídky, aniž by s nimi byla smlouva na veřejnou zakázku kdykoli uzavřena, někteří se pravidelně sdružovali.

16. Kromě úředního záznamu ze dne 7.11.2018, č. j. ÚOHS-P0425/2018/KD-27655/2018/852/RSk, „o založení anonymního podání do spisu“ správním spisem prochází „úřední záznam o založení informací zjištěných Úřadem z vlastní činnosti“ ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32458/2018/852/RSk. V něm žalovaný odkazuje na anonym a na podnět DCK Group s.r.o. z roku 2016, v němž byl žalovaný upozorněn na čtrnáct „rizikových zakázek“ zadavatele ČEPS, a.s. Žalovaný také uvedl svá zjištění týkající se charakteru zakázek zadávaných ČEPS, a.s.; konstatoval a blíže rozvedl, že kombinace používaných kritérií vede k tomu, že jsou zadavatelem vyzýváni stále stejní zájemci o zakázky, tj. společnosti, které již v minulosti u zadavatele obdobné zakázky získaly. Hospodářská soutěž o tyto zakázky je pak velmi zúžena a představuje riziko pro vznik tzv. bid rigging. S ohledem na takto zjištěné skutečnosti se žalovaný podle úředního záznamu rozhodl přezkoumat další zakázky zadavatele ČEPS, a.s. v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností dostupné na profilu zadavatele; na základě toho vytvořil tabulku, která je přílohou tohoto úředního záznamu. Z této tabulky je podle žalovaného patrné, že v období od roku 2011 do současnosti postupovaly do užšího výběru vždy stejné společnosti, některé společnosti byly opakovaně vylučovány a

v daných zakázkách dochází také k jevu, který je pro bid rigging typický, tj. podávání nabídek uchazeči, kteří nikdy nevyhrávají. Z tabulky je podle žalovaného také patrné, že společnosti často tvoří sdružení/konsorcia, místo vzájemného soutěžení se tak dohodnou a podají nabídku ve sdružení. To samo o sobě může podle názoru žalovaného v určitých případech představovat možné porušení ZOHS, zejména když zmíněné společnosti jsou na daném trhu největšími společnostmi a mohly by patrně podat nabídku samostatně. Svým sdružováním soutěžitelé snižují počet možných konkurentů a nepřímým tak může dojít ke zvýšení ceny v dané zakázce. Žalovaný vyjádřil názor, že vzájemné kontakty společností nezbytné pro podání nabídek ve sdružení, které se v úzké skupině „opakovaně potkávají v zakázkách“ ČEPS, a.s., představují navíc další podstatné riziko pro vznik možných zakázaných dohod. Společnosti jsou označeny v příslušné tabulce a z ní má být patrné, že dochází k opakující se rotaci těchto společností coby dodavatelů. Z veřejně dostupných zdrojů pak žalovaný podle úředního záznamu zjistil, že v oblasti stavebně-montážních zakázek zadavatele ČEPS, a.s. opakovaně soutěží stejní soutěžitelé. Z důvodu kombinace různých podmínek a specifické povahy dané oblasti je v těchto zakázkách navíc obecně omezená hospodářská soutěž a možnost účasti většího množství subjektů. V daném sektoru se tak dle názoru žalovaného vyskytují prvky způsobující vyšší míru rizika pro vznik možných zakázaných dohod typu tzv. bid rigging. Jako přílohy k tomuto úřednímu záznamu žalovaný přiložil dva internetové články z roku 2013, podnět společnosti DCK Group, s.r.o. ze dne 30.3.2016, tabulku s veřejnými zakázkami zadavatele ČEPS, a.s. a oznámení o zakázkách uveřejněná ve Věstníku veřejných zakázek a písemné zprávy zadavatele.

17. Právě tato zjištění v jejich souhrnu se stala základem pro uskutečnění místního šetření, a to jak ve vztahu k veřejné zakázce „Sokolnice“ zadávané v roce 2017 (zadavatelem nebyl ČEPS, a.s., nýbrž E.ON Distribuce, a.s.), tak ve vztahu k veřejným zakázkám, kde zadavatelem byl ČEPS, a.s. a které se týkaly „stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností“.

18. Ze shora uvedeného zdejší soud dovozuje, že místní šetření uskutečněné dne 22.11.2018 vůbec nemuselo věcně odpovídat anonymu doručenému žalovanému dne 20.9.2018. Pokud jde o podezření, které měl žalovaný na základě zkoumání veřejných zakázek zadávaných zadavatelem ČEPS, a.s. v oblasti „stavebně-montážních prací/dodávek“, pak smyslem posouzení ze strany zdejšího soudu v řízení o žalobě podané ve smyslu § 82 a násl. s.ř.s. není odpovědět na otázku, zda taková podezření jsou důvodná (tj. zda skutečně jde o indicie uzavírání dohod tzv. bid rigging do té míry, že by se již mohlo jednat o důkazy protisoutěžního jednání), nýbrž zda mohou být takto rozumně interpretována (hodnocení je otázkou pro žalovaného a jím vedené správní řízení), tedy zda jde skutečně o zřetelné, konkrétní a dostatečné vstupní indicie o tom, že hospodářská soutěž může být narušena protisoutěžním jednáním, a o tom, o jaké protisoutěžní jednání se může jednat, a to jak typově (tj. že se může jednat o jednání kartelové), tak věcně – obsahově. Jak již bylo naznačeno shora – v rámci východisek určujících úhel pohledu při přezkumu postupu žalovaného – je přitom zdejší soud silného přesvědčení, že podezření, z něhož rozhodnutí uskutečnit místní šetření vychází, se nemůže rovnat důkazům, jež teprve mají být opatřeny; trvat na naprosté konkretizaci podezření, jež logicky může být založeno již na konkrétních skutkových zjištěních, by znamenalo bezvýznamnost místního šetření, neboť žádných dalších skutkových zjištění by v takovém případě již nebylo třeba. Jasně proto může (musí) jít místní šetření dál, než kam došel žalovaný před jeho uskutečněním. Místní šetření musí sloužit nikoli (pouze) k nalezení podkladu, o jehož existenci a konkrétním obsahu žalovaný předem jistě ví, nýbrž (také, a to především) k eventuálnímu získání podkladu, o jehož existenci žalovaný předem neví, avšak který žalovanému umožní osvětlit či rozkrýt povahu jednání, které je předmětem již existujícího (z předcházejících indicí reálně dovoditelného) podezření z protisoutěžních aktivit; musí být žalovanému umožněno, aby teprve v rámci místního šetření opatroval poznatky, které mu ještě nejsou známy co do jejich existence či obsahu.

19. Tvrdí-li tedy žalobce, že informace plynoucí z anonymu nemohly založit taková podezření, jež by se pak promítla ve vymezení předmětu a rozsahu místního šetření, zdejší soud s ním souhlasí, avšak dodává, že předmět a rozsah místního šetření nevycházel výlučně z anonymu. Přesto mohl být anonym solidním východiskem pro další úvahy a postup žalovaného. Ve vztahu k veřejné zakázce „Horní Životice“ měl žalovaný v době, kdy místní šetření proběhlo, zjištěno, že všichni dodavatelé kromě jednoho předběžně nabídli zhruba stejné ceny, zbylá nabídka se lišila o téměř 25 milionů Kč, přitom poté svoji nabídkovou cenu výrazně snížil pouze jeden z dodavatelů, jejichž předběžné nabídky byly původně obdobné, což žalovaný vyhodnotil jednak jako chování odpovídající konceptu dohod tzv. bid rigging, kromě toho to odpovídalo informacím obsaženým v anonymu. Ve vztahu k veřejné zakázce „Výškov“ měl žalovaný v době, kdy místní šetření proběhlo, především zjištěno, že výsledek zadávacího řízení, jenž se stal veřejně dostupným až po sepsání anonymu, odpovídá informacím obsaženým v anonymu – jak ohledně vybraného dodavatele, tak ohledně ceny. Ve vztahu k veřejné zakázce „Sokolnice“ neměl žalovaný v době, kdy místní šetření proběhlo, na rámec anonymu zjištěno nic, v úředním záznamu ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32474/2018/852/RSk, to odůvodňuje veřejnou nedostupností údajů a rizikem prozrazení pro případ adresného prověřování. Celkově však informace obsažené v podnětu pokládal žalovaný za věrohodné proto, že obsahovaly informace v té době veřejně nedostupné, tedy pisatel se musel pohybovat „v blízkosti“ kontraktace smluv na uvedené veřejné zakázky. Podnět DCK Group, s.r.o. se při vymezení předmětu a rozsahu místního šetření zřejmě nikterak nepromítl.

20. Tvrdí-li žalobce, že rozsah podezření se mohl týkat pouze tří uvedených veřejných zakázek („Horní Životice“, „Výškov“, „Sokolnice“), pak s ním zdejší soud nesouhlasí, neboť podezření bylo dáno především zjištěními žalovaného, jež na anonym (poté, co informace v něm obsažené žalovaný pokládal za věrohodné) navazovala a jež jsou sumarizována v úředním záznamu ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32474/2018/852/RSk; tato zjištění mohou být i podle zdejšího soudu skutečně interpretována v tom smyslu, že dodávky plnění pro fungování energetických společností mohou být ovlivněny kontinuálnějšími manipulacemi typu bid rigging (zda to tak skutečně je či nikoli, to není otázkou ve vztahu k místnímu šetření, nýbrž až ve vztahu k posouzení v rámci správního řízení, nejdříve ve fázi tzv. sdělení výhrad podle § 21b ZOHS a § 7 odst. 3 ZOHS). Již z tohoto záznamu, který je řádně žurnalizován coby součást správního spisu, plyne věrohodná a věcně relativně ohraničená hypotéza ohledně podezření z protisoutěžního jednání, k jejímuž (teprve) cílenému prověření mohlo místní šetření směřovat, a to ohledně možné koordinace nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností, jejichž zadavatelem byl ČEPS, a.s. Žalovaný před uskutečněním místního šetření byl schopen identifikovat pochybnosti o korektním průběhu kontraktace smluv na veřejné zakázky zadávané ČEPS, a.s., které opřel o informace obsažené v anonymu, o medializované pochybnosti týkající se elektromontážních zakázek a o informace veřejně dostupné ohledně kontraktace smluv na konkrétní veřejné zakázky, což jej vedlo k dílčím zjištěním ohledně opakujících se postupů téhož zadavatele a opakující se účasti týchž dodavatelů, kteří se průběžně sdružují. Počátek zkoumaného období (od roku 2011) může odpovídat výsledováním jevům za sedmileté období podle tabulky – přílohy k úřednímu záznamu ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32458/2018/852/RSk. Žalovaný před uskutečněním místního šetření byl schopen také identifikovat pochybnosti o korektním průběhu kontraktace smluv na veřejnou zakázku nezadávanou zadavatelem ČEPS, a.s., nýbrž E.ON Distribuce, a.s., které se týkal anonym („Sokolnice“); odlišení této výšece podezření může být v kontextu se shora uvedeným (i nad rámec obsahu anonymu) dáno pouze odlišným zadavatelem, neboť i tato výšece podezření může být pokládána za součást podezření na širší (komplexnější a dlouhodobější) manipulace nabídek typu bid rigging ve věcně (oborově) vymezené oblasti. Nosné skutkové a

právní důvody, které žalovaného opravňovaly k uskutečnění věcně ohraničeného místního šetření, tedy dány byly.

21. Pověření ze dne 16.11.2018 k provedení místního šetření v obchodních prostorách žalobce podle § 21f ZOHS bylo vymezeno tak, že šlo o „provedení šetření dle § 21f zákona za účelem prověření možného porušení § 3 odst. 1 zákona a čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie, které Úřad spatřuje v jednání ve shodě a/nebo dohodě soutěžitelů: Bohemia Müller s.r.o. ..., EGEM s.r.o. ..., OMEXOM GA Energo s.r.o. ..., PROFI EMG s.r.o. ... a SPIE Elektrovod, a.s. ..., případně s dalšími soutěžiteli, spočívající v koordinaci nabídek (i) ve výběrových řízeních v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činnostech, jejichž zadavatelem je společnost ČEPS ..., a to nejméně od roku 2011 dosud, a (ii) ve výběrovém řízení k zakázce s názvem „TR Sokolnice-rekonstrukce R 110 kV“, jejímž zadavatelem je společnost E.ON Distribuce, a.s. ... (oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 11. 2017 pod evidenčním číslem formuláře F2017-032122). Cílem nebo výsledkem výše uvedeného jednání mohlo být narušení hospodářské soutěže ve zmíněných oblastech.“. V pověření bylo dále uvedeno, že „důvodnými indiciemi pro provedení šetření je podání upozorňující Úřad na možné dohody soutěžitelů ve výběrových řízeních pro zadavatele ČEPS ... a pro zadavatele E.ON Distribuce ... a dále informace zjištěné Úřadem z vlastní činnosti, kterými jsou specifické podmínky výběrových řízení v předmětné oblasti: hospodářská soutěž je značně omezená, zadavatel používá při zadávání zakázek stále stejný postup, výběrových řízení se dlouhodobě účastní totožný úzký okruh soutěžitelů, kteří se různě sdružují a možnost vstupu nových soutěžitelů do této oblasti je obtížný. Úřad nadto shledal u některých zakázek nestandardní cenové podobnosti v nabídkách soutěžitelů.“. To rozsah podezření nepřekračuje; podle zdejšího soudu jde o korektní vyústění reálně existujících a doložitelných pochybností žalovaného z doby před uskutečněním místního šetření.

22. V době, kdy místní šetření u žalobce proběhlo, tedy existovaly skutečnosti a předběžné poznatky nasvědčující podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže a tyto skutečnosti a důkazy umožňovaly alespoň obecně identifikovat právní důvody vedoucí žalovaného k uskutečnění místního šetření, a tím i omezit rozsah šetření. Ani vymezení místního šetření plynoucí z pověření, ani samotný průběh místního šetření z takto vymezeného rozsah nevybočil. Listiny převzaté jako dokumenty J1 - J2 a V1 - V2 jsou emailovou komunikací z října roku 2018 ohledně veřejné zakázky zadavatele ČEPS, a.s., listina převzatá jako dokument B1 je komunikací žalobce a jiného dodavatele z října roku 2014 ohledně veřejné zakázky zadavatele ČEPS, a.s., listina převzatá jako dokument B2 je komunikací žalobce a téhož jiného dodavatele z února a března roku 2014 ohledně veřejné zakázky zadavatele ČEPS, a.s., listina převzatá jako dokument K1 může být považována za komunikaci mezi pracovníky žalobce z března roku 2017 ohledně veřejné zakázky (mimo jiné) zadavatele ČEPS, a.s., listina převzatá jako dokument K2 se rovněž týká veřejné zakázky zadavatele ČEPS, a.s., s touto veřejnou zakázkou pak souvisí i listiny převzaté jako dokumenty K3 a K4. O tzv. fishing expedition podle zdejšího soudu nešlo. Použití problematického slova „nejméně“ v pověření se v rozsahu místního šetření neprojevovalo; žádné dokumenty z období před rokem 2011 převzaty nebyly.

23. Zdejší soud tedy nyní posuzovanou věc hodnotí shodně, jak ji hodnotil ve věci sp. zn. 29 A 7/2019 v rozsudku ze dne 30.4.2019. Skutkové okolnosti jsou v tamní věci i v nyní posuzované věci shodné, neboť místní šetření proběhlo za týchž předběžných poznatků nasvědčujících podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže, pouze s tím rozdílem, že v tamní věci proběhlo místní šetření (ve stejný den, tj. souběžně s místním šetřením v nyní posuzované věci) u jiného soutěžitele. Rozdíl oproti věci nyní posuzované zdejší soud nespatřuje ani v tom, že v tamní věci bylo dovozeno, že místní šetření se podle všeho zaměřovalo na tři veřejné zakázky

(„Horní Životice“, „Výškov“, „Sokolnice“) zmiňované v anonymu doručeném žalovanému dne 20.9.2018 (bod 81. uvedeného rozsudku), neboť předběžné poznatky nasvědčující podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže žalovaný nečerpal toliko z uvedeného anonymu a samotné podezření se na tři veřejné zakázky zmiňované v anonymu („Horní Životice“, „Výškov“, „Sokolnice“) neomezovalo; jak bylo již shora dovozeno, širší rozsah místního šetření (oproti skutečnostem uváděným v anonymu) je opřen o navazující prověřování žalovaného, jež je sumarizováno v úředním záznamu ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32474/2018/852/RSk, a jež poprávu mohlo vést u žalovaného ke vzniku kvalifikovaného podezření o zasažení určité oblasti nákupů dohodami o manipulaci nabídek typu bid rigging; především tabulka tvořící přílohu úředního záznamu ze dne 8.11.2018, č.j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32474/2018/852/RSk, může věrohodně podporovat předběžné závěry žalovaného o tom, že se o určitý typ veřejných zakázek uchází omezený okruh dodavatelů, kteří se v získávání zakázek fakticky mohou střídat, popř. se účastní dodavatelé, kteří nikdy nevítězí, a přestože se tato tabulka týká veřejných zakázek zadavatele ČEPS, a.s., možné věcné provázání s veřejnými zakázkami zadavatele E.ON Distribuce, a.s. mohlo být založeno na věrohodnosti anonymu doručeného žalovanému dne 20.9.2018, přitom jako dobře hájitelná se zdejšímu soudu jeví i hypotéza žalovaného v tom směru, že adresné prověřování konkrétně veřejné zakázky zadavatele E.ON Distribuce, a.s. („Sokolnice“) by mohlo vyvolat prozrazení existence podezření, které žalovaný v té době měl. Měl-li žalovaný podezření na komplexnější (a dlouhodobější) manipulace nabídek, pak ani žalobcem zmiňované výzvy (žádosti žalovaného) v navazujícím průběhu správním řízení (ze dne 19.3.2019, ze dne 26.6.2019, ze dne 13.8.2019 a ze dne 9.9.2019), jež měly překračovat podezření plynoucí z anonymu, nemohou zpětně z místního šetření činit místní šetření nezákonné.

24. Zdejší soud ve vztahu k vymezení předmětu správního řízení a předmětu, právního důvodu a účelu místního šetření, což vymezuje zacílení a rozsah místního šetření v zahájeném správním řízení, vychází (již konstantně) z toho, že zásadně musí existovat proporcionální vztah (věcně „rovnítka“) mezi rozsahem podezření, jež se musí v rozumně konkrétní míře promítnout do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k šetření a rozsahem samotného šetření. To bylo v posuzované věci splněno. Pokud by zdejší soud dovodil, že žalovaný konkretizované podezření neměl, neodpovídalo by to skutkovému podkladu. Pokud by zdejší soud dovodil, že žalovaný měl své podezření před uskutečněním místního šetření dále prověřovat, jednalo by se jen o „knížecí radu“ zcela abstrahující od reálných podmínek odhalování kartelů; zdejší soud by ve skutečnosti neměl pro žalovaného žádný konkrétní návod, jak bez rizika prozrazení věc ještě dále (více) před přistoupením k místnímu šetření prověřovat. Místní šetření uskutečněné v obchodních prostorách žalobce dne 22.11.2018 tudíž nelze pokládat za nezákonné, a tedy zadržování kopií obchodních záznamů žalobce zajištěných během místního šetření v obchodních prostorách žalobce dne 22.11.2018 není nezákonným zásahem. Za tohoto stavu se zdejší soud již nezabýval navazujícím požadavkem žalobce na uložení povinnosti žalovanému, aby kopie uvedených obchodních záznamů předal zpět žalobci a nikterak je v rámci žádného správního řízení nevyužíval.

25. Shora uvedené vede zdejší soud k zamítnutí žaloby jako nedůvodné podle § 87 odst. 3 s.ř.s.

IV. Náklady řízení

26. Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce ve věci nebyl úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Toto právo má úspěšný žalovaný, tomu však nevznikly žádné náklady nad rámec jeho úřední činnosti, navíc náhradu žádných nákladů ani nepožadoval, a proto mu zdejší soud náhradu žádných nákladů řízení nepřiznal.

Poučení:

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

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

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

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

Brno 26. září 2019

David Raus v.r.
předseda senátu