



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho a Mgr. Petra Pospíšila ve věci

žalobce: **GARDEN Studio, s.r.o.**, IČO 60698454
sídlem U zoologické zahrady 212/2, Bystrc, 635 00 Brno
zastoupený advokátem Mgr. MgA. Jaromírem Pařilem, LL.M.
sídlem Karolíny Světlé 8, 110 00 Praha

proti

žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R426,431/2014/HS-40892/2015/310/JZm, **se ruší** a věc **se vrací** k dalšímu řízení žalovanému.
- II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 19 456 Kč, a to k rukám jeho advokáta Mgr. MgA. Jaromíra Pařila, LL.M., do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalovaný rozhodnutím ze dne 21. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S123/2012/KD-24736/2014/852/DSv, rozhodl v řízení zahájeném dne 6. 3. 2012 z moci úřední ve smyslu § 46 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), ve spojení s § 21 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, tak, že ve výroku:

I. Účastníci řízení, společnosti GARDEN Studio, s.r.o. a GARNEA a.s. (dále také jen „Soutěžitelé“ či „GARDEN Studio“ a „GARNEA“) tím, že v blíže nezjištěném období přede dnem 18. 1. 2012 slaďovali nabídky do výběrového řízení v rámci veřejné zakázky „Nákup zahradní techniky“ veřejného zadavatele Národní památkový ústav, příspěvková organizace, se sídlem Valdštejské nám. 3, 118 01 Praha, uveřejněné v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 1. 12. 2011 na formuláři ev. č. 7000000002213, a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 18. 1. 2012 podali, jednali ve vzájemné shodě, čímž ovlivnili výsledek uvedeného výběrového řízení a narušili hospodářskou soutěž na trhu komunální techniky na území České republiky, a tím dne 18. 1. 2012 porušili zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a dopustili se správního deliktu dle § 22a odst. 1 písm. b) tohoto zákona.

II. Podle § 7 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže se účastníkům řízení popsaného zakázaného a neplatného jednání ve vzájemné shodě do budoucna zakazuje.

III. Dle § 22a odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže se účastníku řízení, společnosti GARDEN Studio za daný správní delikt ukládá pokuta ve výši 74 000 Kč, a společnosti GARNEA se za daný správní delikt ukládá pokuta ve výši 1 518 000 Kč. Uložené pokuty jsou splatné do 90 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

IV. Dle § 79 odst. 5 správního řádu se ve spojení s § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se každému z uvedených účastníků řízení ukládá povinnost uhradit náklady řízení paušální částkou 2 500 Kč. Náklady řízení jsou splatné do 15 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

2. Žalobou napadeným rozhodnutím předseda Úřadu rozhodnutí žalovaného ve výroku III. v části týkající se společnosti GARDEN Studio podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu změnil tak, že společnosti GARDEN Studio uložil pokutu ve výši 300 000 Kč. Žalobou napadeným rozhodnutím předseda Úřadu dále rozhodnutí žalovaného ve výroku I., II., III. v části týkající se pokuty uložené účastníku řízení GARNEA a výroku IV. potvrdil a podané rozklady účastníků řízení zamítl.
3. Proti rozhodnutí předsedy Úřadu žalobce podal včasnou žalobu, v níž uvádí, že rozhodnutím předsedy Úřadu i žalovaného byl zkrácen na svých právech a předseda Úřadu při přezkumu prvostupňového rozhodnutí žalovaného postupoval nesprávně a věc nesprávně právně i skutkově posoudil. Zejména má být žalobou napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Obě rozhodnutí vychází z neúplně zjištěného skutkového stavu, a to v rozporu s ustanovením § 3 správního řádu. Žalovaný i předseda Úřadu celou věc v důsledku nesprávně zjištěného a vyhodnoceného skutkového stavu, a bez potřebných důkazů, nesprávně právně posoudili, když chybně dovodili na straně Soutěžitelů spáchání správního deliktu dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Zároveň došlo k zásadnímu porušení procesních práv účastníků řízení, a to zejména porušením § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a vybraných

základních zásad činnosti správního orgánů dle správního řádu a práva na spravedlivý proces dle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práva a svobod, a v neposlední řadě i obecných právních zásad, jako je zásada presumpce nevinu, *in dubio pro reo*, zásady zákonnosti, individualizace a přiměřenosti správní sankce, jakož i zásady *ne bis in idem*.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

4. V podrobnostech žalobce uvedl, že je nesprávný názor žalovaného opírající závěr o spáchání správního deliktu dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže o podobnost nabídek obou Soutěžitelů. V tomto ohledu žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav, když nebylo postaveno najisto, zda mezi žalobcem a společností GARNEA došlo k dohodě týkající se předmětné veřejné zakázky. Žalovaný nezajistil dostatek důkazů, pouze se omezil na konstatování, že si jinak než dohodou neumí vysvětlit údajnou podobnost nabídek Soutěžitelů. Žalovaný vyšel pouze ze svých pocitů, nikoli z řádného dokazování, kdy ignoroval skutečnosti obsažené ve správním spise, které svědčily ve prospěch Soutěžitelů, stejně tak jako nezohlednil důkazní návrhy Soutěžitelů. Především tak dle žalobce nebylo možné považovat za důkaz nalezení navštívenky zástupce společnosti GARNEA v prostorách žalobce. Takto zjištěný kontakt totiž prakticky o dva roky předcházela tvrzené dohodě mezi Soutěžiteli a bez dalšího z něj nic nevyplývá.
5. Žalovaný přitom dle žalobce disponoval e-mailovou komunikací mezi Soutěžiteli a společností Avistech s.r.o. (dále jen „Avistech“), výhradním dovozcem strojů, které odpovídaly zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Právě společnost Avistech se podílela na konzultaci přípravy nabídky žalobce i společnosti GARNEA, a dokonce se podílela na přípravě nabídky žalobce pro první zadávací řízení na veřejnou zakázku „Nákup zahradní techniky“ vyhlášené dne 17. 10. 2011 (dále jen „první zadávací řízení“), kterého se žalobce zúčastnil, a které bylo později zrušeno (nabídka do prvního zadávacího řízení byla východiskem pro podání nabídky do nyní řešeného zadávacího řízení, a to včetně cen, byla však upravována opětovně konzultována s dodavatelem strojů, tedy společností Avistech). Právě společnost Avistech tak mohla být motivována k manipulaci s podanými nabídkami. Je diskriminační, pokud žalovaný tvrdí, že s Avistechem nezačal správní řízení, neboť neshromáždil dostatek relevantních údajů, na jejichž základě by bylo možné dopět k závěru o protisoutěžním jednání tohoto subjektu. Je třeba vzít v potaz, jak již bylo řečeno, že společnost Avistech se podílela na zpracování nabídek i po formální stránce a zástupci této společnosti byly oběma Soutěžiteli nabídky předány, aby je doručil zadavateli veřejné zakázky; z toho plyne také žalovaným vytýkaná skutečnost doručení nabídek zadavateli v rychlém sledu dne 18. 1. 2012. Všechny tyto skutečnosti vnášejí pochybnosti do závěrů žalovaného, že k nabídkám neměly přístup jiné osoby nebo že s nimi nebylo před nebo při podání zadavatelem manipulováno.
6. Zásadní ovšem je, že žalovaný nevzal v potaz, že žalobce podal svou nabídku rovněž do prvního zadávacího řízení; přitom tato původní nabídka byla východiskem pro pozdější nabídku, v níž žalovaný spatřoval uskutečnění dohody se společností GARNEA. Žalobce návrhem důkazu touto původní nabídkou ve správním řízení směřoval na podstatně širší okruh argumentace a dokazování, než jen na možnost třetích osob manipulovat s jeho nabídkou (na což daný důkazní návrh omezil žalovaný). Žalobou napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné. Přitom nabídka žalobce do prvního zadávacího řízení byla přístupná zadavateli, společnosti BRNOINVEST, spol. s r.o. (dále jen BRNOINVEST“), jakožto administrátorovi obou dotčených zadávacích řízení, a zaměstnancům těchto subjektů; tato skutečnost mohla vést k podobnosti nabídek obou Soutěžitelů. Nabídka

žalobce do prvního zadávacího řízení mohla být zneužita – tato, slovy žalovaného, spekulace žalobce, je stejně pravděpodobná jako opačná „spekulace“ žalovaného o tom, že podobnost nabídek Soutěžitelů lze vysvětlit jen sladěním jejich jednání. K možnosti zneužití původní nabídky žalobce neprovedl žalovaný žádné relevantní dokazování, a to ve smyslu § 3 správního řádu.

7. Z výše uvedených důvodů považuje žalobce za nepodložený závěr žalovaného, že kdyby jiný subjekt zneužil nabídku žalobce do prvního zadávacího řízení tím, že by ji zkopíroval, nepochybně by uvedl nižší nabídkovou cenu tak, aby předmětnou veřejnou zakázku získal. Nebylo totiž dle žalobce prokázáno, jaká byla původní cenová nabídka – je tomu tak proto, že tato nabídka do prvního zadávacího řízení se měla ztratit, neboť ji zadavatel v rozporu s § 155 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dál jen „zákon o veřejných zakázkách“) neuchoval. Rovněž z tohoto neuchování vyplývá, že k nabídce měly přístup jiné osoby, a že tato nabídka mohla uniknout a být posléze zneužita. Žalobce se snažil prokázat, že první cenová nabídka byla vyšší, což by vysvětlovalo, proč v nynějším zadávacím řízení nepodala společnost GARNEA nabídku s nižší cenou. Žalovaný tak porušil zásadu presumpce neviny a *in dubio pro reo*.
8. Nadto pokud by byl postup Soutěžitelů sladěn, jistě by shodné nabídky podali již do prvního zadávacího řízení, žalobce by do pozdějšího zadávacího řízení podal nabídku s vyšší cenou, než do prvního zadávacího řízení a krycí nabídka společnosti GARNEA by také byla o to vyšší; v neposlední řadě by žalobce, pokud by se opravdu podílel na protisoutěžním jednání, domluvil se subjektem, se kterým je více v kontaktu a měl by tak k němu „podstatně vyšší míru důvěry“.
9. Pouze na základě poptání stejných subdodavatelů oběma Soutěžiteli tak nelze dle žalobce dovozovat, že oba tyto subjekt jednaly ve shodě. Navíc se žalovaný ani předseda Úřadu nevypořádali s námitkou, že údajná podobnost nabídek do zadávacího řízení byla dána již samotnými požadavky zadavatele na poptávané plnění. Jiné stroje, než nabídnuté oběma Soutěžiteli, nebylo možné za standardních podmínek a s přihlédnutím k předpokládané ceně nabídky a dodacím podmínkám nabídnout. Proto musely být nabídky obsahově totožné co do skladby nabízených produktů, a tím blízké i cenově; každý uchazeč o danou veřejnou zakázku by musel podat obdobnou nabídku. Žalovaný však na dokazování v daném smyslu rezignoval, čímž porušil § 3 správního řádu.
10. Žalovaný se rovněž nezabýval otázkou, zda údajné koluzivní jednání Soutěžitelů ve formě tzv. bid-riggingu, tedy dohody, že soutěžitelé nepodají nejvýhodnější nabídku, nýbrž zvýší cenu či sníží kvalitu poptávaného zboží nebo služeb, vedlo skutečně k takovému zvýšení ceny zboží či snížení jeho kvality. Proto je žalobou napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.
11. Jelikož žalovaný ve správním řízení účelově s ohledem na svou důkazní nouzi (vyvolanou tím, že zadavatel neuchoval nabídku do prvního zadávacího řízení) zcela opomíjel nabídku žalobce do prvního zadávacího řízení, ačkoli její obsah je stěžejní pro posouzení celé věci, zatížil své rozhodnutí vadou nezákonnosti, porušením § 3 správního řádu, zásahem do zásady zákonnosti, do práva na spravedlivý proces, presumpce neviny a principu *in dubio pro reo*. To se týká i rozhodnutí předsedy Úřadu.
12. K uvedenému žalobce dodává, že žalovaný vycházel pouze z jediného důkazu, nikoli řetězce nepřímých důkazů, což je v případě nepřímých důkazů trestní judikaturou standardně vyžadováno. Nyní však žalovaný vyšel pouze z jednoho nepřímého důkazu, ze

kterého následně dovozuje další nepřímá tvrzení a skutečnosti, přičemž důkazy nahrazuje vlastní (nelogickou) dedukcí.

13. Za nesprávné považuje žalobce rovněž důvody a způsob, kterým předseda Úřadu zvýšil pokutu udělenou žalovaným v prvostupňovém rozhodnutí ze 74 000 Kč na 300 000 Kč. Předseda Úřadu své rozhodnutí odůvodnil nelogicky, protichůdně a nepřezkoumatelně. Není tak např. zřejmé, zda pokuta byla zvýšena s přihlédnutím k výši sankce udělené společnosti GARNEA, či s ohledem na potřebu represivního působení pokuty. Pakliže mají být pokuty ukládány na základě výše obratu dosaženého na dotčeném trhu, je logické, že sankce udělené různým účastníkům řízení jsou různé. Není proto disproporční, pokud společnost GARNEA dostala původně daleko vyšší pokutu, neboť její celkový obrat i obrat na relevantním trhu je vyšší než obrat žalobce. Je proto nedůvodná mechanická aproximace uložených pokut. Pokud předseda Úřadu vychází při porovnání výše pokut z jejich poměru k celkovému obratu, nijak tím neprovádí individualizaci trestu a nepromítá konkrétní okolnosti deliktního jednání do uložené sankce, nýbrž sankci ukládá s ohledem na to, zda je daná společnost schopná ekonomicky uloženou sankci „unést“, ať je její vina či prospěch z deliktního jednání jakýkoliv.
14. Tendenční je také tvrzení předsedy Úřadu, že původně uložená pokuta ve výši 0,14 % z celkového obratu žalobce je natolik nízká, že postrádá odrazující charakter a vědomí citelné újmy. Předseda Úřadu totiž nijak nezohlednil výši všech pokut uložených žalobci za souběh (údajných) správních deliktů, ani fakt, že výše pokuty za nejzávažnější správní delikt byla dotčena využitím procedury narovnání. Společnosti GARNEA přitom byla uložena pokuta ve výši 0,5 % z celkového obratu, což považoval žalovaný v rámci své předchozí rozhodovací praxe za dostatečné pro plnění funkcí správního trestání. V případě žalobce však byly uloženy pokuty v celkové výši 0,99 % z jeho celkového obratu. S ohledem na to, jak předseda Úřadu své rozhodnutí odůvodnil, lze mít za to, že směřuje k tomu, aby zavedl rozhodovací praxi umožňující ukládat v případě vícečinných souběhů pokuty, které fakticky nebudou limitovány, leda snad zákonným omezením 10 % celkového čistého obratu. Proto se žalobce domnívá, že předseda Úřadu pochybil (účelově interpretoval právní normy a popřel základní zásady správního trestání) a pokutu zvýšil v rozporu s postupem, který sám označuje jako jediný správný.
15. Zde žalobce odkázal na problematiku vícečinného souběhu správních deliktů a možnost v takovém případě využití analogie a § 12 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích (dále jen „zákon o přestupcích“), dle něhož platí, že za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží sankce dle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejprísněji postižitelný. V této souvislosti poukázal žalobce na to, že dle předsedy Úřadu se dopustil celkem tří správních deliktů (vícečinného souběhu), přičemž ty nebyly projednány ve společném řízení (řízení sp. zn. S123/2012/KD, S 230/2012/KD a S835/2014/KD). Přitom svým (žalobcem popsaným) jednáním předseda Úřadu založil legitimní očekávání narovnání a v rozporu s § 2 odst. 4 správního řádu nyní využívá mj. skutečnosti, že o vícečinném souběhu nebylo vedeno společné řízení, jako záminky k účelovému a nedůvodnému zvýšení pokuty uložené žalobci. V těchto souvislostech odkazuje žalobce na judikaturu Nejvyššího správního soudu týkající se zásady absorpce při ukládání správních sankcí za vícečinný souběh správních deliktů. Z toho dle žalobce jednoznačně plyne, že v případě vícečinného souběhu správních deliktů dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, za něž lze uložit pokutu do výše 10 % z celkového ročního obratu soutěžitele, tj. v situaci, kdy je za delikt stanovena stejná sazba, musí

žalovaný v souladu se zásadou legality a absorpce uložit trest pouze za nejzávažnější z těchto deliktů, který posoudí nikoli z hlediska výše sazby (ta je totožná), nýbrž dle objektu správních deliktů a všech okolností tohoto případu. S ohledem na konkrétní okolnosti celé věci se tak žalobce domnívá, že jediných správným trestem za (údajný) vícečinný souběh může být pouze sankce za nejzávažnější správní delikt, který byl vymezen a sankcionován pravomocným rozhodnutím ve věci sp. zn. S835/2014/KD. Je dle žalobce zarážející, že namísto souhrnné pokuty ve výši 536 000 Kč za všechny sbíhající se delikty bude žalobci uložena pokuta celkem 760 000 Kč, tedy o 226 000 Kč vyšší. Přitom z odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu plyne, že ten postupoval fakticky tak, že stanovil základní výši pokuty, jako by šlo o samostatný delikt a následně byl souběh (resp. uložení dřívějších pokut) „zohledněn“ tak, že došlo k nepatrnému snížení této pokuty. Východiskem pro vyčíslení nynější pokuty 300 000 Kč tedy nebyl nejzávažnější správní delikt spáchaný v souběhu, nýbrž každý jednotlivý delikt samostatně., pokuta za všechny delikty byla uvažována jako prostý součet tří pokut za samostatné delikty, načež byla upravena směrem dolů. Tento postup je však v rozporu postupem, který sám předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí označuje za „správný“. Rozhodnutí předsedy Úřadu je tak v tomto směru nepřezkoumatelné, když předseda Úřadu odkazuje pouze na „nepřiměřenost“ pokuty ve výši 74 000 Kč.

16. Celková výše pokut uložených žalobci tak dosahuje v důsledku neprávne aplikace zásady absorpce 1,41 % celkového čistého obrátu, tedy téměř tolik, kolik by činily minimální výše pokut, pokud by byly ukládány žalovaným samostatně za jednotlivé správní delikty (tedy nikoli za souběh), tj. 1,5 % ($3 \times 0,5 \%$); navíc je nyní uložená pokuta téměř stejně vysoká jako pokuta za nejzávažnější sbíhající se správní delikt (388 000 Kč), která má být při aplikaci zásady absorpce naopak východiskem pro uložení celkové výše pokuty. Navíc předseda Úřadu založil legitimní očekávání žalobce svým postupem ve věci sp. zn. S230/2012/KD a posíl tak i zásadu *ne bis in idem* a zásadu právní jisty žalobce, neboť dodatečně reviduje pokutu uloženou v pravomocně skončeném řízení (sp. zn. S230/2012/KD), prostřednictvím nynějšího řízení, jejímuž znovutevření brání překážka *res iudicata*. Předseda Úřadu rovněž směšuje protiprávní jednání jako objektivní stránku deliktu a zavinění ve formě úmyslu jako subjektivní stránku deliktu; s ohledem na povahu vytýkaného správního deliktu je z povahy věci vyloučeno spáchat jej nezaviněně, popř. nedbalostně. Proto nemůže být úmysl považován za přítěžující okolnost a jedná se dvojí přičítání téhož.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě a repliky žalobce

17. Žalovaný následně podal k žalobě vyjádření, přičemž v něm reagoval na námitky jak žalobce, tak společnosti GARNEA (žaloba této společnosti proti nyní přezkoumávanému rozhodnutí předsedy Úřadu je u zdejšího soudu vedena pod sp. zn. 29 Af 7/2016).
18. Ve svém vyjádření se žalovaný vyslovil nejdříve k žalobcem tvrzené úloze společnosti Avistech. Přitom zdůraznil, že se zabýval celou řadou důkazů a dokazování nijak nezanedbal, natož aby vycházel v podstatě z jediného důkazu (nalezených vizitek), jakýžto dojem se snaží navodit žalobce. Žalovaný především uvedl, že podle svých skutkových zjištění oba Soutěžitelé předložili do předmětného zadávacího řízení v rychlém časovém sledu své nabídky, které vykazovaly nápadnou podobnost. Nejednalo se přitom o podobnost pouze vizuální (shodné fotografie použité shodně v obou nabídkách, a to v jedné v barevném provedení a ve druhé v černobílém provedení), ale především podobnost obsahovou. Obě nabídky se shodovaly ve struktuře textu, nabízely shodné typy strojů,

fotografie strojů byly totožné stejně jako prohlášení o shodě, které vydal vždy shodný subjekt, a byly shodného data. Obě nabídky dále obsahovaly stroje od téhož subdodavatele, společnosti Avistech, a jeden nabízený stroj od společnosti ADACOM s.r.o. (dále jen „ADACOM“), se shodnou cenou. Nabídky Soutěžitelů se dále shodovaly v totožné textaci a členění textu (harmonogramu dodávek či záručních podmínek) i v totožných nedostacích (chybějící nebo přebývajících mezery, apod.). Shodovaly se také obálky, v nichž byly obě nabídky podány, obě obálky byly nadepsány nesprávně, navíc s identickou chybou ve jméně ředitelky Národního památkového ústavu, Ing. arch. N. G.

19. Žalovaný se dle svých slov také dostatečně zabýval úlohou společnosti Avistech, kdy nynější tvrzení Soutěžitelů o rozsahu činnosti, kterou v daném ohledu společnost Avistech prováděla, je v rozporu s jejich dřívějšími tvrzeními a prohlášeními. Soutěžitelé totiž uváděli, že nabídky do výběrového řízení zpracovali zcela samostatně. Dále žalovaný uvedl, že není pravdivé vyjádření žalobce, že zástupci společnosti Avistech byly předány oběma Soutěžiteli obě nabídky, aby je předal zadavateli; společnost GARNEA takto totiž neučinila a již ve správním řízení uváděla, že nabídku zadavateli doručil osobně její zaměstnanec. Žalovaný si navíc byl vědom, že společnost Avistech s oběma Soutěžiteli ve věci komunikovala, nicméně nakonec nezajistil dostatečné důkazy o aktivní účasti této společnosti na kartelu – to není dokladem diskriminačního jednání, nýbrž projevem zásady *in dubio pro reo*. Nezahájení řízení se společností Avistech tak nemá vliv na delikt ní odpovědnost obou Soutěžitelů.
20. Žalovaný se rovněž dostatečně věnoval prověření možnosti, že s nabídkami obou Soutěžitelů mohla manipulovat třetí osoba. V tomto směru vznesl relevantní dotazy na společnost GARNEA i GARDEN Studio, na jednatele společnosti Avistech, administrátora předmětné veřejné zakázky, společnost BRNOINVEST, spol. s r.o. (dále jen „BRNOINVEST“). Žádné ze zjištěných okolností nenasvědčují tomu, že by obsah nabídek mohl být zpřístupněn jiným osobám, které by je zneužily.
21. Dle žalovaného rovněž byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. V případě bid-riggingu lze za jednání ve vzájemné shodě považovat paralelní jednání podniků na trhu, jestliže pro toto jednání neexistuje jiné rozumné vysvětlení než předchozí vzájemný kontakt. Zajištěné nepřímé důkazy takému závěru nyní plně nahrávají. Nadto zákon o ochraně hospodářské soutěže prostřednictvím svého § 3 odst. 1 chrání hospodářskou soutěž nejen před faktickým narušením, ale i před narušením potenciálním. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla, nebo aby následek fakticky již nastal. Delikt dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže je tak deliktem ohrožovacím. K jeho naplnění postačuje čistě ohrožení zájmu chráněného zákonem. Potencialita narušení soutěže přitom v dané věci vznikla. V této věci nebyly podány cenové nabídky dle svobodného uvážení Soutěžitelů, a to při vědomí konkurenčního boje, nýbrž cenové nabídky takové, na kterých se předem dohodli. Zadavatel veřejné zakázky tudíž neobdržel nabídku, kterou by obdržel bez existence kartelové dohody. Roli ve věci tak nemůže hrát ani to, že předmětná veřejná zakázka nakonec byla zrušena.
22. K námitkám žalobce, týkajícím se výše sankce, uvedl žalovaný, že velkou část svého rozhodnutí věnoval předseda Úřadu zdůvodnění změněné výše sankce právě u žalobce. Zde vysvětlil, z jakých důvodů zvýšil uloženou sankci, že to tedy bylo zejména proto, že žalovaným uložená sankce neplnila své základní funkce ani účel a zároveň, že mechanismus zohlednění absorpce zvolený žalovaným nepovažoval předseda Úřadu za vhodný.

Nejednalo se tedy o jeden důvod, ale o všechny uvedené důvody, přičemž z napadeného rozhodnutí příslušné závěry vyplývají. Není proto zřejmé, z čeho žalobce vyvozuje, že se předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí nevěnoval přiměřenosti uložené sankce a vztahu obou sankcí a že údajně nelze poznat, na základě jakého důvodu došlo ke změně sankce.

23. Dle žalovaného není pravdou, že by předseda Úřadu porovnával absolutní výši obou pokut a na základě prostého srovnání dospěl k závěru o tom, že pokuta uložená žalobci není přiměřená. Předseda Úřadu se naopak zabýval všemi okolnostmi věci, ty promítl do výsledné výše pokuty, přičemž přihlížel také k tomu, aby výsledná pokuta nebyla disproporční ve vztahu k druhému účastníku řízení (společnost GARNEA), protože ve věci nebyly shledány žádné okolnosti (např. organizátorství jednoho ze Soutěžitelů), které by opravňovaly uložení přísnější nebo naopak mírnější pokuty (tím není myšleno zohlednění vícečinného souběhu).
24. Předseda Úřadu změnou výše sankce reagoval mj. na nesprávně nastavený způsob aplikace absorpce zvolený žalovaným. Je přitom třeba zdůraznit, že postup žalovaného byl naprosto nový a v praxi doposud nepoužitý, a proto by případné potvrzení takového postupu předsedou Úřadu znamenalo zavedení nové správní praxe a oprávněné legitimní očekávání ze strany dalších subjektů do budoucna. Z důvodů uvedených v napadeném rozhodnutí předseda Úřadu způsob aplikace zásady absorpce v případech ukládání sankce za vícečinný souběh správních deliktů v oddělených řízeních změnil. Dále je třeba doplnit, že zásada absorpce byla doposud žalovaným aplikována zejména v případech, kdy se jednalo o jednočinný souběh deliktů, příp. kdy sice šlo o vícečinný souběh správních deliktů, ale všechny tyto delikty byly projednávány ve společném řízení. Způsob aplikace zásady absorpce přitom není nijak zákonně upraven a není ani popsán v metodice Úřadu pro ukládání pokut tzv. Zásadách.
25. Způsob zohlednění absorpce aplikovaný žalovaným nepamatoval na situace, kdy k odhalení dalšího správního deliktu ve vícečinném souběhu dojde poté, co již je pachateli jedna sankce správním rozhodnutím uložena. Při novém ukládání správní sankce by se musel žalovaný znovu zabývat otázkou, který z deliktů nacházejících se ve vícečinném souběhu je závažnější a ze kterého se tedy bude počítat základní výše sankce. Mohlo by se přitom jednat o delikty, kterých se pachatel dopustil v různých obdobích, a proto by se při výpočtu muselo vycházet z rozdílných hodnot prodeje. Nelze tedy výši pokuty ukládané za vícečinný souběh deliktů odvozovat za všech okolností z pokuty, která byla pachateli uložena nejdříve.
26. Navíc předseda Úřadu nekumuloval jednotlivé pokuty, jak tvrdí žalobce. Poměrně velká část žalobou napadeného rozhodnutí je věnována rozboru absorpce nejen teoreticky, ale následuje také přesný popis toho, jak byla tato zásada aplikována v této konkrétní věci. Způsob aplikace zásady absorpce učiněný předsedou Úřadu proto neznamenal, jak tvrdí žalobce, že by předseda Úřadu nezohlednil již dříve uložené sankce, tento závěr z napadeného rozhodnutí neplyne. Samotné zohlednění již dříve uložených sankcí je rozebráno v bodech 118. – 124. napadeného rozhodnutí, přičemž do konečné výše pokuty byla promítnuta skutečnost, že žalobci již dříve byly uloženy dvě další sankce.
27. Zároveň způsob aplikace zásady absorpce předsedou Úřadu nemá žádný vliv na proceduru narovnání, jak se snaží tvrdit žalobce. Pokuta ukládaná v rámci procedury narovnání je standardně soutěžitelům ponižována o 20 % a tuto dlouhodobou praxi předseda Úřadu nikterak nezměnil. V předmětné věci předseda Úřadu pouze při výpočtu konečné výše

sankce přihlédl k tomu, že za správní delikt byla žalobci ve správním řízení sp. zn. S835/2014/KD uložena pokuta, která již byla snížena právě v důsledku procedury narovnání. Jelikož se žalovaný ani předseda Úřadu k podobné problematice dosud nevyjadřovali, nebylo na místě dovolávat se legitimního očekávání.

28. Předseda Úřadu dále v napadeném rozhodnutí reagoval na nevhodnou praxi žalovaného řadit aplikaci zásady absorpce mezi tzv. přitěžující okolnosti. Žalovaný totiž při ukládání pokuty podle zmíněných Zásad může přitížit maximálně do výše 50 % základní částky pokuty. Jestliže by se aplikace zásady absorpce zahrнула mezi přitěžující okolnosti, mohlo by dojít k situaci, kdy by pachatel mnohonásobného deliktu zůstal nepotrestán, neboť by v tom bránil právě limit 50% možného přitížení. Žalobce zde tedy správně dochází k závěru, že při aplikaci zásady absorpce není žalovaný nijak limitován, kromě zákonného limitu, který činí 10 % z čistého obrátu na relevantním trhu. Na takovém postupu přitom není nic nezákonného ani protiústavního. Uložená pokuta má zohledňovat všechny okolnosti věci a má být spravedlivá, zastropování možného přitížení na 50 % základní výše pokuty však tento smysl pokuty popíralo a „prospívalo“ vícenásobným pachatelům.
29. Žalobce dle žalovaného dále uvedl, že údajně nesprávná praxe žalovaného byla potvrzena předsedou Úřadu ve věci sp. zn. S230/2012/KD, který na ni nijak nereagoval. K této námitce žalovaný zdůrazňuje, že ve věci sp. zn. S230/2012/KD žalobce rozklad vůbec nepodal, nebylo tedy možné do již pravomocného výroku zasahovat. Věc byla přezkoumána toliko v intencích námitek rozkladu podaného účastníkem řízení společností KIS plus a.s.
30. Žalobci tedy byla uložena pokuta ve výši 300 000 Kč, která představuje 0,5 % z celkového čistého obrátu za rok 2013. Za všechny tři správní delikty, kterých se žalobce dopustil ve vícečinném souběhu, mu byla uložena pokuta v souhrnu (388 000 Kč, 74 000 Kč a 300 000 Kč) činící 1,35 % celkového čistého obrátu za rok 2013. Zákonný limit 10 % celkového čistého obrátu tedy překročen nebyl. Stejně tak nelze říci, že by uložená pokuta byla pro žalobce likvidační, touto otázkou se předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí zabýval.
31. Žalobce k vyjádření žalovaného podal repliku. V ní na prvním místě připomenul a zdůraznil možnou úlohu společnosti Avistech v celé věci; žalobcem uváděné samostatné zpracování nabídky do výběrového řízení ve smyslu kompilace podkladů získaných od společnosti Avistech nijak nevyvrací žalobcem i společností GARNEA ve správním řízení opakovaně zmiňovanou skutečnost, že nabídky byly konzultovány právě s uvedenou společností Avistech. Tato společnost také znala nabídku žalobce z prvního zadávacího řízení. V této souvislosti žalovaný neprovedl dostatečné dokazování, zda s nabídkou nemohly manipulovat třetí osoby, neboť pouze vycházel z jejich vyjádření, která mohla být motivována snahou vyhnout se odpovědnosti právě za únik nabídky žalobce do prvního zadávacího řízení.
32. Spekulativní a nepřezkoumatelný je také závěr žalovaného, že v případě zneužití nabídky žalobce do prvního zadávacího řízení by případný jiný subjekt stanovil nabídkovou cenu nižší, než jak to učinil žalobce. Nabídková cena v prvním zadávacím řízení totiž mohla být vyšší a tuto skutečnost a z toho vyplývající souvislosti by prokázalo řádné dokazování právě touto první nabídkou. Bez provedení takového důkazu nemůže žalovaný prokázat jakoukoli cenovou manipulaci.
33. Žalobce se opětovně vrátil také k otázce výše sankce, kdy postup předsedy Úřadu považuje za jsouci v rozporu s § 2 odst. 4 správního řádu a též zásadou individualizace trestní sankce.

V těchto souvislostech žalobce odkázal na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 8. 2. 2016, č. j. R381,382,388,389,390,393,395/2015-04749/2016/310/JZm, v němž předseda Úřadu vycházel z tzv. Zásad, základní částku pokuty vypočetl z nejzávažnějšího deliktu a za každý další skutek jednoho z účastníků řízení přitížil o 10 % základní částky pokuty navýšené o přitěžující okolnosti; za další delikt spáchaný u dalšího účastníka řízení ve vícečinném souběhu pak přitížil o 20 % základní částky pokuty navýšené o přitěžující okolnosti.

34. Z uvedeného dle žalobce plyne, že se žalovaný v nynější věci dopustil excesu při uložení sankce, neboť kdyby postupoval tak, jak v odkazovaném případě, byla by uložená pokuta výrazně nižší. V nynější věci totiž předseda Úřadu pokutu za nejzávažnější skutek *de facto* bez řádného odůvodnění zdvojnásobil. Navíc žalobce poukazuje na to, že v jeho případě byla základní částka pokuty stanovena ve výši 3 % z obratu na dotčeném relevantním trhu, v případě pachatelů vícečinného souběhu v odkazovaném případě byla stanovena v nižší výši, a to i s přihlédnutím k nízké nabídkové ceně dotčené veřejné zakázky. Postup předsedy Úřadu tak žalobce považuje za účelový a nezákonný. Odůvodnění napadeného rozhodnutí je v daných souvislostech nelogické, protichůdné a nepřezkoumatelné.
35. Žalobce podal k věci ještě jednu repliku, v níž odkázal na odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R3, 5/2015/HS-39442/2015/310/HBt. Toto rozhodnutí bylo vydáno jen několik dní před nyní napadeným rozhodnutím předsedy Úřadu a účastníku řízení, společnosti HOSPIMED, byla za každý správní delikt Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže zvýšena pokuta o 20 %; tento postup předseda Úřadu v zájmu zachování právní jistoty tohoto účastníka posvětil. Ve věci žalobce však předseda Úřadu postupoval zcela jinak a pokutu uloženou žalobci několikanásobně zvýšil a nepřihlédl k argumentu o vzniku legitimního očekávání žalobce. Dle žalobce tak byla správní praxe předsedy Úřadu v době vydání nyní napadeného rozhodnutí odlišná a svůj odlišný postup předseda Úřadu řádně neodůvodnil, nevzal v potaz legitimní očekávání žalobce a v podstatě jej oproti jiným subjektům diskriminoval.

IV. Posouzení věci soudem

36. Zdejší soud, v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s.“) bez nařízení jednání přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí správního orgánu prvního stupně (žalovaného) včetně řízení předcházejícího jeho vydání, a shledal, že **žaloba je důvodná**.
37. Soud při zvážení věci vycházel i ze závěrů, které formuloval v rozsudku ze dne 23. 2. 2018 ve věci sp. zn. 29 Af 7/2016, v jejímž rámci posuzoval žalobu společnosti GARNEA proti i nyní napadenému rozhodnutí předsedy Úřadu; tímto rozsudkem rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil zejména ve vztahu k žalobci GARNEA, a rovněž nyní lze seznat obdobné důvody pro zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu i ve vztahu k nynějšímu žalobci. Nadto soud dodává, že pokud ve zmíněné věci sp. zn. 29 Af 7/2016 konstatoval, že nebylo dostatečně prokázáno spáchání správního deliktu spočívajícího v uzavření zakázané dohody dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, pak z logiky věci nemůže (alespoň v podmínkách nynějšího případu) obstát ani závěr, že se daného deliktu dopustil druhý účastník této žalovaným tvrzené dohody.
38. Dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže „[d]ohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen „dohody“), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní

zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané." Přitom dle § 22a odst. 1 písm. b) zákona o ochraně hospodářské soutěže platilo, že „[p]rávnícká nebo podnikající fyzická osoba se jako soutěžitel dopustí správního deliktu tím, že [...] uzavře dohodu v rozporu s § 3 odst. 1“, kdy dle § 22a odst. 2 téhož zákona „za správní delikt podle odstavce 1 písm. a) se uloží pokuta do 300 000 Kč nebo 1 % z čistého obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období a za správní delikt podle odstavce 1 písm. b), c), d), e) nebo f) pokuta do 10 000 000 Kč nebo 10 % z čistého obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období“.

39. S ohledem na výše podaný obsah rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu tak bylo třeba v nynějším řízení posoudit, zda se žalobce dopustil předmětného deliktu, resp. zda bylo spáchání tohoto deliktu dostatečně prokázáno.
40. Na základě obsahu správního spisu přisvědčuje soud žalovanému, že Soutěžitelé podali do předmětného zadávacího řízení ve stejný den v odstupu 20 minut své nabídky, které vykazovaly značnou podobnost. Podobnost byla jak vizuální (stejně fotografie použité shodně v obou nabídkách, a to v jedné v barevném provedení a ve druhé v černobílém provedení), tak podobnost obsahová. Obě nabídky se shodovaly ve struktuře textu, nabízely shodné typy strojů, fotografie strojů byly stejné, podobně jako prohlášení o shodě, které vydal vždy tentýž subjekt, a byly téhož data. Obě nabídky dále obsahovaly stroje od stejného subdodavatele, společnosti Avistech, a jeden nabízený stroj od společnosti ADACOM, se shodnou cenou. Nabídky Soutěžitelů se dále shodovaly v totožné textaci a členění textu (jen nepatrné rozdíly v harmonogramu dodávek či obdobné záruční podmínky) i v totožném „písařském provedení“ (chybějící nebo přebývající mezery v textu, apod.). Shodovaly se také obálky, v nichž byly obě nabídky podány, obě obálky byly nadepsány nesprávně, tedy ne zcela v souladu s podmínkami uvedenými v zadávací dokumentaci, navíc s identickou chybou ve jméně ředitelky Národního památkového ústavu, Ing. arch. N. G.
41. Soud také bere v potaz, že u žalobce, konkrétně u jeho jednatele pana R. D., byla nalezena vizitka Ing. S., obchodního ředitele společnosti GARNEA; naopak vizitka pana D. byla nalezena v knize vizitek v kanceláři Ing. S.
42. Soud přisvědčuje úvaze žalovaného, resp. předsedy Úřadu, vyjádřené v jeho rozhodnutí (body 58. a 59.), že prokazování kartelových dohod, resp. jednání ve shodě je v některých případech velmi obtížné jak v národní, tak v komunitární praxi. Předseda Úřadu případně odkázal na to, že ve věci *Aalborg Portland a další v. Komise*, spojené věci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, body 55 až 57, Soudní dvůr uvedl, že je běžné, že činnosti, se kterými jsou spojeny protisoutěžní jednání a dohody, se odehrávají tajně, schůzky se konají tajně a související dokumentace je omezena na minimum. Z toho vyplývá, že i když Komise objeví písemnosti výslovně prokazující protiprávní kontakty mezi hospodářskými subjekty, jsou tyto obvykle útržkovité a rozptýlené, takže se často ukazuje jako nezbytné rekonstruovat některé podrobnosti dedukcí. Proto ve většině případů musí být existence protisoutěžního jednání nebo dohody vyvozena z určitého počtu shodujících se skutečností a nepřímých důkazů, které ve svém celku mohou představovat, pokud neexistuje jiné logické vysvětlení, důkaz porušení pravidel hospodářské soutěže (viz též věci *Sumitomo Metal Industries a Nippon Steel v. Komise*, C-403/04 P a C-405/04 P; k tomu srov. také rozsudek Nejvyššího správního soudu

ze dne 29. 1. 2015, č. j. 8 Afs 25/2012-351, dostupný na www.nssoud.cz). Jak tedy uvedl předseda Úřadu „*Evropský soudní dvůr dále ve věci Ahlström Osakeyhtiö a další v. Komise, C-89/85, dovodil, že paralelní jednání podniků na trhu lze považovat za jednání ve vzájemné shodě tehdy, neexistuje-li pro jejich jednání jiné rozumné vysvětlení než předchozí vzájemný kontakt. Je tedy možné, podle okolností daného případu, presumovat předcházející kontakty vedoucí následně k protisoutěžnímu jednání, jestliže z povahy a projevu tohoto (následného) jednání plyne, že jinak, tj. bez existence kontaktu, by k němu v takové podobě mezi soutěžiteli nemohlo dojít.*“

43. V tomto smyslu je třeba také posuzovat indicii spočívající ve zmíněných vizitkách nalezených u Soutěžitelů. Tento nepřímý důkaz by nebyl s to sám o sobě doložit koordinované jednání mezi Soutěžiteli; zdejší soud mu nicméně přiznává jistou relevanci v mozaice jiných důkazů, které byly ve věci zajištěny, potažmo jeho význam nepovažuje, na rozdíl od žalobce, za zcela nulový. Jako součást řetězce nepřímých důkazů však může skutečně obstát jen v situaci, kdy pro jednání Soutěžitelů neexistuje „*jiné rozumné vysvětlení než předchozí vzájemný kontakt*“.
44. Krajský soud v Brně se ovšem domnívá, že zmíněné „*jiné rozumné vysvětlení*“ nelze vyloučit.
45. Jak je uvedeno v § 3 správního řádu, „*[n]evyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2*“ správního řádu. Podle § 50 odst. 3 správního řádu pak „*[s]právní orgán je povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. V řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.*“
46. Zmíněné „*jiné rozumné vysvětlení*“ podal v kontextu potřeby zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, žalobce tím, že poukázal na možnou úlohu společnosti Avistech (resp. jejího jednatele, pana R. G.). Výslech tohoto svědka, potažmo potřebu vést dokazování k roli jmenované společnosti a pana G. žalobce sice výslovně ve správním řízení nezmiňoval (tím se podrobněji zabýval až v žalobě), avšak tyto návrhy, které z podstaty věci svědčily i žalobci, v předmětném správním řízení činila společnost GARNEA (např. ve svém rozkladu či návrhu na doplnění dokazování ze dne 23. 9. 2014). Žalovaný však společnost Avistech, resp. pana G. oslovil pouze s dotazem, zda dováží stroje značky Parkland (viz např. č. l. 403) a později s dotazem (žádost ze dne 7. 8. 2012), jakou roli hráli zaměstnanci společnosti Avistech při doručování nabídek do prvního zadávacího řízení a do zadávacího řízení, které je nyní posuzováno, jakož i na to, jak bylo nakládáno s obálkami těchto nabídek.
47. Právě úlohu společnosti Avistech (či jejích statutárních orgánů nebo zaměstnanců) považuje soud v dané věci za klíčovou, a to jak z hlediska možného dodání oběma Soutěžitelům podkladů pro jejich nabídky (v takovém případě by se nabídky, i v případě, kdyby o své účasti v soutěži o veřejnou zakázku Soutěžitelé navzájem nevěděli), skutečně mohly shodovat. Ostatně již ve věci sp. zn. 29 Af 7/2016 zdejší soud dospěl k závěru o možné zásadní úloze společnosti Avistech a jejího jednatele v dané věci, kdy důvody svědčící ve prospěch společnosti GARNEA z důvodu své velmi úzké souvislosti svědčí či mohou svědčit i ve prospěch žalobce. K těmto otázkám však správní spis neobsahuje prakticky ničeho. Roli společnosti Avistech je rovněž třeba zvážit ve vztahu k žalobcem

akcentovanému možnému úniku jeho nabídky do prvního zadávacího řízení a jejímu tvrzenému zneužití třetím subjektem.

48. Pokud žalovaný či předseda Úřadu „vytýkají“ žalobci a společnosti GARNEA strukturu jejich nabídek, je třeba tyto skutečnosti rovněž pojímat v celkovém kontextu věci a v konfrontaci s výchozím materiálem pro podané nabídky, se zadávací dokumentací. Zde je soud toho názoru, že uchazeč o veřejnou zakázku nemá důvod měnit strukturu své nabídky tak, aby byla odlišná od požadavků zadavatele – to se v konkrétním případě týká např. celkové struktury nabídky, která se odvíjí od „obsahu nabídky veřejné zakázky“ na č. l. 10 a násl. správního spisu, kdy v části F (Technické parametry) je dáno i pořadí poptávaných zařízení a strojů (viz také návrh kupní smlouvy na čl. 14 a násl. správního spisu). Navíc, pokud se týká formální (písařské) stránky věci, v obou nabídkách zrcadlí (ne)přítomnost mezery mezi znakem „§“ a jeho číselným označením právě podobu zadávací dokumentace, a to v částech B – E „obsahu nabídky veřejné zakázky“ (č. l. 10).
49. Zároveň soud souhlasí s žalobní námitkou, že se žalovaný dostatečně nezabýval otázkou, zda společnost Avistech byla skutečně jediným subjektem na trhu komunální techniky, který byl s to dodat stroje odpovídající technickým parametrům a požadavkům zadávací dokumentace. Předseda Úřadu se sice dané problematice věnoval v bodě 52. svého rozhodnutí, avšak jen obecným konstatováním, které nebylo opřeno o dokazování (za toto dokazování nelze považovat, pokud žalovaný zjišťoval od jiných zadavatelů veřejných zakázek, jakým způsobem pořizují stroje a zařízení pro své potřeby a oslovují vhodné subjekty); právě v tomto smyslu je třeba vykládat námitky žalobce (a rovněž související námitky společnosti GARNEA v řízení vedeném u zdejšího soudu pod sp. zn. 29 Af 7/2016), že se žalovaný dostatečně nezabýval prozkoumáním a zhodnocením relevantního trhu (rovněž nabízející se úvahu o racionalitě odběru od společnosti Avistech i strojů a zařízení, které se nevyznačovaly nějakou specifičností, a to s ohledem na jediného dodavatele, s nímž bylo možné dohodnout množstevní slevy či jiné výhodné podmínky, bude třeba posoudit v rámci doplněného dokazování).
50. Ve světle výše uvedeného tedy nepovažuje soud za splněný, pro konstatování o spáchání správního deliktu žalobcem, požadavek zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti; žalobci tak s ohledem na povahu věci svědčila zásada *in dubio pro reo*. Žalovaný se v dalším řízení, pokud bude chtít trvat na svých dosavadních závěrech týkajících se viny žalobce, bude proto muset v dalším dokazování zabývat zejména úlohou společnosti Avistech a pana R. G. při zpracování nabídek pro oba Soutěžitele a v závislosti na těchto zjištěních zhodnotit s tím související skutečnosti týkající se podoby obálek a „chyb“, které tyto obálky obsahující nabídky vykazují (zde jsou tedy na základě skutkových zjištění udržitelné závěry, že i tyto shody byly dány činností společnosti Avistech). Zároveň soud v návaznosti na závěry žalovaného a předsedy Úřadu dodává, že v případě, že se zjistí, že společnost Avistech skutečně pro Soutěžitele zpracovávala podklady, ještě to samo o sobě neznamená podíl na nějakém protisoutěžním jednání, které by bez dalšího odůvodňovalo zahájení řízení s touto společností (viz bod 80. rozhodnutí předsedy Úřadu, resp. bod 13. vyjádření k žalobě, kde je konstatováno, že žalovaný nezjistil aktivní účast dané společnosti na kartelu, pročez zahájení správního řízení s tímto subjektem není dokladem diskriminačního jednání, nýbrž aplikací zásady *in dubio pro reo*).
51. Samo o sobě také nelze přeceňovat zjištění, že nabídky byly zadavateli doručeny v jeden den, v odstupu 20 minut (pokud byly obě nabídky podány v poslední den lhůty, což si lze

představit jako poměrně rozšířenou praxi uchazečů, nemusí podobný čas jejich doručení znamenat nic vypovídajícího).

52. Krajský soud dodává, že souhlasí s žalovaným v tom směru, že v případě administrátora veřejné zakázky, společnosti BRNOINVEST, nebyly zjištěny žádné skutečnosti, které by zakládaly reálnou úvahu o tom, že od tohoto subjektu nabídka žalobce do prvního zadávacího řízení unikla, v důsledku čehož měla být zneužita třetí osobou. Co se týká takového „úniku“ v souvislosti se společností Avistech, věnoval se této otázce soud výše. Soud však považuje za vhodné, aby žalovaný opětovně prověřil, jak bylo s nabídkou do prvního zadávacího řízení naloženo u zadavatele, který ji zřejmě v rozporu s § 155 zákona o veřejných zakázkách neuchoval. Pokud by byly zjištěny další nestandardní způsoby nakládání s daným dokumentem, bylo by třeba tuto otázku opětovně zvážit v kontextu příslušných námitek žalobce.
53. S ohledem na výše uvedené závěry nepovažuje soud za nutné vyjadřovat se k problematice výše uložené sankce, neboť danou otázku bude muset žalovaný případně řešit v dalším řízení, a to i v kontextu argumentů, které padly v rámci řízení před soudem (zde soud ovšem poznamenává, že z obecného hlediska souhlasí se žalovaným a předsedou Úřadu, dle kterých uzavření dohody v rozporu s § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže je deliktem ohrožovacím, pročež otázky spočívající v například zrušení zadávacího řízení apod. nemají vliv na závěr o vině, nýbrž případně na výši uložené sankce).

V. Závěr a náklady řízení

54. Krajský soud v Brně tak z výše uvedených důvodů rozhodnutí předsedy Úřadu „*proto, že skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného rozhodnutí, je v rozporu se spisy nebo v nich nemá oporu anebo vyžaduje rozsáhlé nebo zásadní doplnění*“ podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. ruší a věc vrací žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.); v dalším řízení je žalovaný (předseda Úřadu) právním názorem soudu vázán (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). V dalším řízení se tak bude třeba podrobně zabývat zejména otázkou úlohy společnosti Avistech a jejího jednatele, pana R. G. (včetně vyhodnocení toho, zda se skutečně jednalo o jediný subjekt, který byl v danou dobu schopen „subdodavatelsky“ vystupovat vůči Soutěžitelům ve vztahu k plnění předmětu veřejné zakázky) při vypracování podkladů pro oba Soutěžitele, a zda takovým jednáním lze vysvětlit shody v podaných nabídkách a doprovodných dokumentech (obálky). Rovněž bude třeba opětovně se zabývat otázkou nakládání s nabídkou do prvního zadávacího řízení ze strany zadavatele veřejné zakázky.
55. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.
56. Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Odměna žalobcova advokáta a náhrada hotových výdajů byla stanovena podle § 35 odst. 2 s. ř. s. a vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. V daném případě se jednalo o čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, žaloba, dvě další písemná podání ve věci samé) a čtyři režijní paušály, a to ve výši $4 \times 3 \text{ 100 Kč} + 4 \times 300 \text{ Kč}$ [§ 7 bod 5., § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 advokátního tarifu], tedy celkem 13 600 Kč. Protože advokát žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšují se náklady řízení o částku 2 856 Kč, odpovídající dani (21

%), kterou je povinen z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s. ř. s.). Žalobci dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč.

57. Celkem tedy byla žalobci vůči žalovanému přiznána náhrada nákladů ve výši 19 456 Kč. K jejímu zaplacení soud určil přiměřenou lhůtu.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. 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 28. února 2018

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu