



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Viktora Kučery a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobců: **a) INZET, s. r. o.**, se sídlem Praha 3, Koněvova 238, zastoupený JUDr. Janem Liegertem, advokátem se sídlem Praha 1, V Jámě 8, **b) HOKRA Spedition, s. r. o.**, se sídlem Praha 10 - Strašnice, Tuklatská 2091/1, zastoupený JUDr. Michalem Stupkou, advokátem se sídlem Praha 4, Družstevní 8, **c) PROMINECON CZ a. s.**, se sídlem Praha 1, Revoluční 25, zastoupený Mgr. Petrem Halbrštátem, advokátem HVH LEGAL advokátní kancelář, s. r. o. se sídlem Praha 3, Žižkov, Husinecká 5, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: NATURAL MYSTIC s.r.o., se sídlem, Plzeň - Východní předměstí, Slovanská 64, zastoupený JUDr. Josefem Hejdukem, advokátem se sídlem Cheb, Májová 32, o žalobách proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 8. 2011, č.j. ÚOHS-R 97,98,101,102/2010/HS-11415/2011/320/KPo,

t a k t o :

- I. Žaloby **s e z a m í t a j í**.
- II. Žalobci **n e m a j í p r á v o** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Samostatně podanými žalobami se společností PROMINECON GROUP a. s. (nyní pod firmou PROMINECON CZ, a. s.), HOKRA Spedition, s. r. o. a INZET, s. r. o. domáhaly zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 8. 2011, č. j. ÚOHS-R 97,98,101,102/2010/HS-11415/2011/320/KPo, kterým byly zamítnuty rozklady podané proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 7. 2010, č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850.

Usnesením ze dne 2. 4. 2012 spojil zdejší soud řízení o těchto žalobách podle § 39 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), ke společnému projednání.

I. Podstata věci

Rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 8. 2011, č. j. ÚOHS-R 97,98,101,102/2010/HS-11415/2011/320/KPo, byly zamítnuty rozklady podané proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 7. 2010, č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850. V tomto rozhodnutí (výrokem I.) žalovaný shledal, že společností PROMINECON GROUP a. s., HOKRA Spedition, s. r. o., INZET, s. r. o., CBK SHIFT, s. r. o. a NATURAL MYSTIC s. r. o. nejpozději od 10. 11. 2006 prostřednictvím vzájemných kontaktů sladily svůj záměr zkoordinovat cenové nabídky ve výběrovém řízení týkajícím se veřejné zakázky „Provozování ubytoven u provozních středisek Vojenské ubytovací a stavební správy Litoměřice“ (dále jen „veřejná zakázka“) tak, aby se vítězem výběrového řízení při účasti všech jmenovaných společností stala společnost HOKRA Spedition, s. r. o. podáním nejnižší nabídkové ceny, a takto sladěný záměr následně realizovaly, když 14. 11. 2006 zadavateli (České republice – Ministerstvu obrany, Vojenské ubytovací správě Litoměřice) doručily takto zkoordinované cenové nabídky. Tím se podle žalovaného dopustily jednání ve vzájemné shodě při účasti v uvedeném zadávacím řízení, přičemž CBK SHIFT, s. r. o. a NATURAL MYSTIC s. r. o. spolu ve vzájemné shodě nejednaly, a toto jednání vedlo k narušení hospodářské soutěže na trhu služeb poskytovaných v oblasti správy a údržby nemovitostí na území České republiky, čímž účastníci porušili v období od 10. 11. 2006 do 14. 11. 2006 včetně zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění účinném do 31. 8. 2009 (dále též „ZOHS“).

Výrokem II. žalovaný shora popsáním společností toto jednání podle § 7 odst. 1 ZOHS do budoucna zakázal a výrokem III. uložil podle § 22 odst. 2 ZOHS společnostem HOKRA Spedition, s. r. o. pokutu 537 000,-Kč, společnosti PROMINECON GROUP a. s. pokutu 3 679 000,-Kč, společnosti INZET, s. r. o. pokutu 384 000,-Kč, společnosti CBK SHIFT, s. r. o. pokutu 57 000,-Kč a společnosti NATURAL MYSTIC s. r. o. pokutu 249 000,-Kč.

Správní řízení bylo žalovaným zahájeno na základě podnětu Policie ČR, která žalovanému předala i CD s e-mailovou korespondencí, která se vztahovala k veřejné zakázce a která byla získána z výpočetní techniky jednatele žalobce b). Žalovaný dospěl k závěru, že se jedná o dokumenty, které by mohl získat rovněž na základě svého oprávnění podle § 21 ZOHS.

II. Shrnutí žalobních námitek

Žaloby žalobců a) a b)

Žalovaný podle žalobců nesprávně zjistil stav věci, neboť neprovedl výslech jednatele žalobce a), Ing. Andrese, který byl podstatný pro posouzení úmyslu žalobce a). Zároveň se žalovaný nevypořádal se znaleckým posudkem znalkyně K., který žalobci žalovanému předložili, a zcela ignoroval i skutečnost, že následně zvítězila nabídková cena téměř čtyřikrát vyšší, přesahující 40 mil. Kč. Ze znaleckého posudku plyne, že žalobci nabízené ceny byly hluboko pod cenami v místě a čase obvyklými. Žalovaný pochybil, pokud se nezabýval tím, zda nabídkové ceny žalobců byly vůbec ekonomicky únosné.

Žalobci dále poukazují na to, že žalovaný použil jako důkazy e-maily, které mu předala Policie ČR. Jednalo se o e-maily, jež byly policií získány v rozporu s § 88 odst. 4 zákona č. 141/1961 Sb., Trestní řád (dále „trestní řád“), neboť byly získány při prohlídce jiných prostor, která byla prováděna bez souhlasu soudu. Žalobci namítají porušení povinnosti policie, která tyto e-maily neměla žalovanému vůbec předávat. Jednalo se o korespondenci soukromou, na níž se vztahuje ochrana čl. 13 Listiny základních práv a svobod. Podle žalobců na nezákonnosti získání těchto podkladů nic nemění ani sdělení dozorcího státního zástupce, které si žalovaný opatřil, podle něhož byly e-maily získány v souladu se zákonem. Žalobci poukazují i na to, že tentýž státní zástupce již v minulosti chyboval. Žalobci upozorňují, že součástí spisu není protokol o záznamu telekomunikačního provozu (elektronické komunikace), který v případě pořizování záznamu musí být.

E-mailová korespondence je navíc podle žalobců toliko jednostranná, neboť není doloženo, že by adresáti na tyto e-maily jakkoli reagovali. Žalovaný se tedy měl zabývat tím, jestli ostatní účastníci dohody mohli nabídnout v zadávacím řízení cenu nižší, než cenu, kterou nabídl vybraný žalobce b). Kartelové dohody jsou uzavírány za účelem dosažení maximálního zisku. Ceny nabídnuté žalobci však tomuto cíli nenasvědčují, neboť nabízené ceny pokrývají „maximálně náklady dodavatele“ a jsou bez jakéhokoli zisku. O kartelovou dohodu se tedy nejedná. Žalobci také poukazují na to, že zadávacího řízení se účastnilo mnohem více soutěžitelů a zadavatel pak losováním vybral jen některé, kteří „postupovali dál“.

Podle žalobců také žalovaný pochybil, pokud neaplikoval pro žalobce příznivější právní úpravu ZOHS platnou od 1. 9. 2009, neboť narozdíl od dřívější úpravy ZOHS, který u *hard-core* jednání nepřipouštěl aplikaci výjimky *de minimis*, nyní platná právní úprava ji umožňuje. Žalobci namítají, že jejich společný podíl na trhu činil méně než 0,5 % a podíl předmětné dohody pouhých „pět tisícín procenta“. Jedná se tedy o dohodu, pro kterou by podle pozdější právní úpravy nemohli být stíháni ani sankcionováni.

Žalobci rovněž namítají podjatost předsedy žalovaného, kterou spatřují v tom, že dne 22. 7. 2010 (těsně po vydání prvostupňového nepravomocného rozhodnutí) veřejně vystoupil na tiskové konferenci, přičemž z jeho vystoupení vyplynulo, že je přesvědčen o tom, že žalobci zakázanou dohodu uzavřeli. Tím dal jasně najevo svůj poměr k věci.

Žalobci proto navrhuji napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Žaloba žalobce c)

Žalobce c) rovněž zpochybňuje postup žalovaného při provádění důkazů e-mailovou korespondencí získanou od policejního orgánu. Žalovaný tím, že tento důkaz provedl, porušil § 51 správního řádu. Žalobce uvádí, že tato korespondence byla zajištěna policejním orgánem v rámci prohlídky jiných prostor žalobce b) na základě příkazu k prohlídce jiných prostor a pozemků podle § 83a trestního řádu. V rámci této prohlídky byla žalobci b) zabavena výpočetní technika, která tyto e-maily obsahovala. Prohlídka byla provedena bez souhlasu soudu, tím došlo k porušení čl. 12 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, čl. 8 Úmluvy o lidských právech a základních svobodách a čl. 17 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, které provedení prohlídky jiných prostor podmiňují soudní kontrolou. V daném případě k prohlídce došlo na základě příkazu policejního orgánu, s nímž následně vyslovil souhlas státní zástupce. Žalobce c) poukazuje na nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/09 a má za to, že je třeba ho aplikovat i zpětně (*ex tunc*) a nikoli *ex nunc*, jak tvrdí žalovaný s odkazem na stanovisko pléna Ústavního soudu publikované pod č. 426/2010 Sb. Toto stanovisko žalobce zpochybňuje.

Podle žalobce c) žalovaný také dostatečně nezkoumal, zda byly dodrženy veškeré formální i materiální náležitosti postupu podle § 83a trestního řádu účinného do vydání nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/09. Žalobce zdůrazňuje, že si žalovaný měl důkazy opatřit postupem podle § 21 ZOHS.

Žalobce c) rovněž zpochybňuje, že provedené důkazy jsou dostatečnou oporou pro závěr o existenci kartelové dohody. Závěr žalovaného vychází toliko z jednostranné e-mailové korespondence zasílané žalobcem b) ostatním žalobcům. Podle žalobce c) tedy žalovaný nedostatečně zjistil stav věci.

Žalobce c) dále zpochybňuje věcné vymezení relevantního trhu. Podle žalobce c) měl žalovaný při stanovení relevantního trhu vycházet z ekonomických a empirických analýz a nikoli jej stanovit na základě vlastní úvahy.

Dále je žalobně namítáno, že při posuzování jednání žalobců žalovaný nezohlednil tržní podíly účastníků a minimální dopad jednání na hospodářskou soutěž. Žalobce c) rovněž namítá, že žalovaný pochybil, pokud neaplikoval pro žalobce příznivější právní úpravu ZOHS platnou od 1. 9. 2009. Žalobce má za to, že odpověď na otázku, zda konkrétní dohoda má nebo nemá zanedbatelný dopad na soutěž, je nutno hledat v každém konkrétním případě na základě posouzení relevantních skutečností. V daném případě nemělo jednání účastníků žádný nebo jen zanedbatelný vliv na hospodářskou soutěž, neboť společný podíl účastníků na trhu činil méně než 0,5 %.

Žalobce c) nesouhlasí s tím, že se jednalo o *hard-core* ujednání, a ani s výkladem pojmu zanedbatelný dopad na hospodářskou soutěž. Podle žalobce ani evropská rozhodovací praxe nevylučuje, aby v konkrétním případě měla i taková dohoda dopad na soutěž zanedbatelný nebo žádný (k tomu poukazuje na rozhodnutí ve věci C-5/69 Völk v. Vervaecke), pokud podíly účastníků budou výrazně pod limity stanovenými ve výjimkách pro zákaz dohod *de minimis*. V daném případě byl podíl účastníků 20x menší.

Žalobce c) dále poukazuje na to, že obvyklá cena předmětné veřejné zakázky byla stanovena znaleckým posudkem A. K. na částku o cca 1,5 mil Kč vyšší, než činila nabídka

žalobce b). Ceny nabízené účastníky tak byly na samé hranici ekonomické udržitelnosti zakázky. Podle žalobce tak nevznikla spotřebiteli žádná škoda.

Podle žalobce c) stanovil žalovaný pokutu v nepřiměřené a nespravedlivé výši. Žalovaný nezohlednil konkrétní okolnosti daného případu, ale výpočet podle zásad uplatnil paušálně. V daném případě žalovaný nezohlednil, že spotřebiteli v souvislosti s postihovaným jednáním nevznikla žádná škoda. Žalobce c) také poukazuje na to, že jemu byla uložena nejvyšší pokuta, přestože byl v následnické roli (jednalo se dokonce o pokutu 7x vyšší, než uloženou žalobci b/, který byl v roli vedoucí),

Žalobce c) proto navrhuje správní rozhodnutí obou stupňů zrušit, případně uloženou pokutu snížit.

III. Vyjádření žalovaného a repliky žalobců

Ke všem žalobám podal žalovaný vyjádření. V něm se podrobně vyjádřil k uplatněným žalobním bodům, a to v zásadě shodným způsobem jako v odůvodnění správních rozhodnutí. Žaloby navrhl zamítnout a na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

Žalobce a) podal repliku, v níž setrval na svém názoru, že jednáním žalobců k narušení soutěže nedošlo. Nabídková cena žalobce b) totiž byla cenou obvyklou, resp. cenou nižší, než je cena obvyklá. Rovněž opakovaně zdůraznil, že e-mailová korespondence byla opatřena v trestním řízení a toliko zde mohla být jako důkaz použita. Rozhodnutí v obou stupních tedy navrhuje zrušit a na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

Práva podat repliku využil i žalobce c), který zdůraznil a podrobněji rozebral názor, že pozdější právní úprava je pro žalobce příznivější. Má za to, že pravidlo *de minimis* lze aplikovat i v případě *hard core* ujednání. Žalobce c) tedy navrhuje rozhodnutí obou stupňů zrušit, event. snížit pokutu jako nepřiměřenou a na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloby byly podány včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.), osobami k tomu oprávněnými (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žaloby přípustné (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Podle § 75 odst. 2 s. ř. s. přezkoumal soud napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů.

IV.a)

Nejprve se soud zabýval námitkou, že žalovaný pochybil, pokud nepoužil pozdější právní úpravu (tj. účinnou od 1.9.2009 po novele ZOHS provedené zákonem č. 155/2009 Sb.), která je podle názoru žalobců pro ně výhodnější.

Pozdější právní úprava (účinná od 1.9.2009) však podle názoru zdejšího soudu pro žalobce příznivější není, a její zohlednění podle návodu, který konstantně judikuje Ústavní soud a který ve vztahu k věcem veřejného soutěžního práva výslovně judikoval např. v nálezu

ze dne 11.7.2007 ve věci sp. zn. II. ÚS 192/05, by tak nemohlo vyvolat příznivější posouzení jejich jednání, než jaké vyplývalo z právní úpravy účinné před 1.9.2009.

Tato novelizace se dotkla § 3 odst. 1 ZOHS ve dvou rovinách: první rovina představuje změnu pouze formulační, bez vlivu na materiální obsah tohoto ustanovení a na jeho výklad, neboť toto ustanovení formulačně, nikoli tedy „jen“ významově, jak tomu bylo dosud, dostala do souladu s čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES (nyní čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování EU). Česká vnitrostátní generální klauzule proti dohodám narušujícím hospodářskou soutěž po této novele obsahuje dikci „...*dohody, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže...*“ namísto předchozí dikce „...*dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže...*“, o žádnou věcnou změnu se však nejedná.

Uvedená novelizace se však dotkla i pravidla *de minimis*. Toto pravidlo se nově podle právního stavu účinného od 1.9.2009 aplikuje, nikoli prostřednictvím testu původně obsaženého v § 6 ZOHS, nyní po účinnosti novely provedené zákonem č. 155/2009 Sb. zrušením, nýbrž prostřednictvím testu nově (též po účinnosti novely provedené zákonem č. 155/2009 Sb.) obsaženého v § 3 odst. 1 ZOHS. Pravidlo *de minimis* je nyní předmětem úvah ohledně samotného protisoutěžního charakteru dohody, tj. naplnění materiální podmínky zákazu dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS, podle něhož dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané. Tu je zapotřebí poukázat na dlouhodobou aplikaci doktríny *de minimis*, jež je traktována na komunitární úrovni a jež nutně musí být předobrazem její obdobné aplikace v rámci vnitrostátního soutěžního práva, podle níž zákazu podléhají pouze takové dohody, jejichž shora popsáný dopad na trh není zanedbatelný. Shodně jako současná česká, ani primární komunitární úprava tuto podmínku nezná, dovozuje ji však přesvědčivě rozhodovací praxe opírající se o Sdělení o dohodách zanedbatelného významu (Sdělení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství – Úřední věstník 2001/C 368/07). Toto sdělení tedy popisuje podmínky, za nichž má dohoda dopad na hospodářskou soutěž zanedbatelný. Nezařazení bagatelních dohod pod kartelové (tedy zakázané) dohody je postaveno na principu posouzení podílu účastníků dohod na relevantním trhu a následně na obsahu této dohody. Účinky vyjmutí na základě pravidla *de minimis* platí *ex tunc* (tj. od samého počátku), aniž by takové vynětí bylo ze strany Komise, vnitrostátního soutěžního úřadu či jakéhokoli jiného orgánu deklarováno a aniž by o takovém vyjmutí bylo vedeno jakékoli řízení.

Doktrína aplikace teorie *de minimis* na komunitární a české vnitrostátní aplikační úrovni vychází ze skutečnosti, že kartelové dohody nenaplnějí materiální podmínku zákazu, nejsou z pohledu principů vyjádřených v článku 81 Smlouvy ES (nyní v čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie) dostatečně významné či podstatné. Proto takové dohody nejsou vůbec zakázány. Před samotným konstituováním do komunitárního práva byla zásada „*de minimis non curat lex*“ deklarována nejprve v roce 1968 Komisí v případě „*Socemas*“ (rozhodnutí Komise 68/318, Úřední věstník /1968/ L 201/4), aby oprávněnost toho přístupu, a tím jeho další legitimní aplikovatelnost, mohla být o rok později potvrzena i Soudním dvorem ve věci „*Völk/Vervaecke*“ (rozsudek Soudního dvora 5/69 ve věci Franz Völk v. S.P.R.L., J. Vervaecke (1969), ECR-295. Judikatura tak konstatovala, že způsobilost dohody být považována za protisoutěžní („ovlivňující obchod mezi členskými státy“) je nutno zkoumat vždy individuálně, přičemž „*dohoda se vymyká zákazu ... pokud má s ohledem na slabé postavení jejích účastníků na trhu ... pouze zanedbatelný význam*“.

Pro posouzení případné výhodnosti pozdější úpravy je však podstatné, že pravidlo *de minimis* se neuplatňuje bez omezení. Lze rozeznávat tři druhy omezení jeho aplikace. První omezení je vázáno na dosažení (resp. nepřekročení) hranic tržního podílu. Dále jsou z dosahu pravidla vyjmuty dohody, které obsahují *hard-core* ujednání (pravidlo *de minimis* se neuplatňuje v takových případech, kdy dohoda ovlivňuje obchod mezi členskými státy již svojí samotnou existencí; tak je tomu u dohod o stanovení cen, o omezení výroby nebo prodeje a o rozdělení trhů). Posledním omezením aplikace pravidla *de minimis* je existence kumulativního efektu obdobných dohod na trhu. Dohody nevyhovující shora uvedenému trojímu omezení nejsou dohodami *de minimis*; jejich účinek tak nemůže být zanedbatelný. Tyto dohody, splňují-li materiální podmínku zákazu, jsou dohodami protisoutěžního charakteru, tedy jsou dohodami zakázanými. Sdělení *de minimis* rozlišuje mezi dohodami uzavíranými mezi konkurujícími si soutěžiteli a dohodami jinými. Zatímco v případě dohod mezi konkurujícími si soutěžiteli nesmí jejich společný podíl na relevantním trhu dotčeném dohodou přesáhnout 10%, v případě jiných dohod se tato hranice posouvá na 15%, nikoli však v případě dohod *bid rigging*, které kombinují znaky dohod o určení cen a dohod o rozdělení trhu – tam se pravidlo *de minimis* neaplikuje.

K témuž závěru ostatně dospěl zdejší soud již ve svých rozsudcích ze dne 28. 4. 2011, sp. zn. 62 Ca 47/2009, a ze dne 25. 10. 2012, sp.zn. 62 Af 37/2011.

Skutečnost, že dohody o určení cen jsou protisoutěžním jednáním velmi závažným, aniž by bylo třeba zkoumat jejich faktický dopad, potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 20. 12. 2012, sp. zn. 1 Afs 77/2012. Vyšel přitom z rozsudku Tribunálu ze dne 27. 9. 2012 ve věci T-362/06 „*Ballast Nedam Infra BV proti Komisi*“ a předchozí judikatury Soudního dvora (rozsudek ze dne 24. 9. 2009 ve spojených věcech C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P a C-137/07 P „*Erste Group Bank AG a další proti Komisi*“, Sb. rozh. I-08681, bod 103). Jsou-li cenové dohody protisoutěžním jednáním velmi závažným, je třeba jako velmi závažné hodnotit i jednání *bid-rigging*, které v sobě prvky cenové dohody obsahuje. Dohody *bid-rigging* tedy nemohou být jednáním zanedbatelným a nelze na ně pravidlo *de minimis* aplikovat. Soud zde považuje za potřebné poukázat také na to, že právě uvedený závěr nemohl být pro žalobce nijak překvapující, neboť je výslovně obsažen v Oznámení o dohodách, jejichž dopad je na hospodářskou soutěž zanedbatelným, a to bez ohledu na to, že toto oznámení není závaznou právní normou, ale toliko *soft-law*.

Žalovaný by tedy nemohl ani při aplikaci pozdější právní úpravy na žalobce použít mírnější režim, než jaký byl aplikován. Z tohoto důvodu považuje zdejší soud za správný závěr žalovaného o tom, že pravidlo *de minimis* nelze uplatnit podle právní úpravy účinné před 1.9.2009 ani podle právní úpravy účinné od 1.9.2009, neboť žalobci jsou sankcionováni za dohodu *bid-rigging*.

IV. b)

Žalobci dále poukazují na to, že žalovaný použil jako důkazy e-maily, které mu předala Policie ČR. Podle žalobců se jednalo o e-maily, jež byly policií získány v rozporu s § 88 odst. 4 a § 83a trestního řádu, neboť byly získány při prohlídce jiných prostor, která byla prováděna bez souhlasu soudu.

Ze správního spisu k tomu vyplynulo, že správní řízení bylo žalovaným zahájeno na základě podnětu Policie ČR. Policie předala žalovanému i CD s e-mailovou korespondencí, která se vztahovala k veřejné zakázce, a která byla získána z výpočetní techniky vydané dne

27. 3. 2007 jednatelem žalobce b). Přílohou tohoto podnětu byla výzva k vydání věci ze dne 27. 3. 2007, kterou je L. H. vyzýván podle § 78 odst. 1, 3 trestního řádu, ve znění účinném v roce 2007, k vydání věci - konkrétně uvedených 7 položek předmětů, mj. i počítačů a notebooků, které byly používány v souvislosti s účastí žalobce b) na zadávacích řízeních v oblasti správy a údržby nemovitostí státu vyhlášených vojenskými ubytovacími a stavebními správami od roku 2002. Tuto výzvu vyhotovil jménem Policie České republiky, útvaru odhalování korupce a finanční kriminality, služby kriminální policie a vyšetřování, Expositura České Budějovice, „pplk. Z.“. L. H. výzvu převzal 27. 3. 2007 a převzetí potvrdil svým podpisem.

Jak vyplynulo z protokolu o vydání věci, L. H. vydal 14 položek věcí, mj. osobní počítače Marsson AMD Sempron (položka 4 a 5). Součástí protokolu o vydání věci je prohlášení L. H., kde je uvedeno *„jsem ochoten požadované vydat, vše se nachází v prostorách kanceláři společnosti HOKRA SPEDITION, s. r. o. – vydané věci viz protokol o vydání věci“*. Protokol také L. H. podepsal.

Z uvedeného tedy soudu plyne, že počítače, z nichž byla emailová korespondence získána, vydal jednatel žalobce b) (L. H.) dobrovolně v režimu § 78 trestního řádu (tj. v režimu vydání věci). Počítače ani e-mailovou korespondenci v nich obsaženou, která byla použita žalovaným v daném správním řízení, tak nelze považovat za záznam telekomunikačního provozu podle § 88 odst. 3 trestního řádu, ale za věc, jež byla vydána dobrovolně. E-mailová korespondence nebyla zaznamenána orgány činnými v trestním řízení podle § 88 odst. 3 trestního řádu, ale jednalo se o korespondenci již dříve odeslanou adresátům a nyní uloženou v počítači jednatele žalobce b). Za tohoto stavu má soud za to, že § 88 trestního řádu na danou situaci vůbec nedopadá a námitky žalobců, které se vztahují k porušení tohoto ustanovení, tak zcela míjí otázku způsobu získání tohoto rozhodujícího důkazního prostředku a není třeba, aby se jimi soud zabýval.

Pokud pak jde o žalobcem c) namítané porušení § 83a trestního řádu ve vztahu k nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/09, tak ani to zdejší soud neshledal. Jestliže ve vztahu k tomuto nálezu vydal Ústavní soud stanovisko (publikované pod č. 426/2010 Sb.), nelze jinak, než tento náleze, resp. jeho temporální účinky vykládat v souladu s tímto stanoviskem. Je to totiž právě Ústavní soud, kdo zmíněný náleze vydal, a kdo je současně garantem ústavnosti v České republice. Ústavní soud je tak osobou nejpovolanější k tomu, aby účinky předmětného nálezu vyložil. Toto stanovisko uvádí, že *„je-li ústavní stížností napadeno provedení prohlídky jiných prostor nebo pozemků, je nutné nahlížet na intertemporální účinky nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/09 (219/2010 Sb.) tak, že se odvíjejí ex nunc, tj. teprve ode dne, v němž byl náleze vyhlášen ve Sbírce zákonů, neboť tento náleze výslovně nestanovil jinak (§ 58 odst. 1 in fine zákona o Ústavním soudu). Nosné důvody tohoto nálezu lze uplatnit pouze pro futuro (do budoucna), nikoli pro situace, kdy provedení prohlídky jiných prostor a pozemků nařídil (před publikací nálezu Pl. ÚS 3/09 ve Sbírce zákonů) v souladu s tehdy platným a účinným zněním § 83a odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, státní zástupce nebo se souhlasem státního zástupce policejní orgán. Proto v těchto případech pouhý nedostatek souhlasu soudce s provedením prohlídky jiných prostor a pozemků nezakládá porušení ústavním pořádkem zaručených základních práv a svobod“*. Z uvedeného je podle zdejšího soudu zcela zřejmé, jak mají být temporální účinky nálezu vykládány, a tedy i to, že na prohlídku jiných prostor, která proběhla v roce 2007, náleze ze dne 8. 6. 2010 nelze uplatnit. Námitky žalobce c) proti závěrům Ústavního soudu obsaženým v tomto stanovisku nemůže zdejší soud jakkoli zohlednit, neboť zdejší soud není oprávněn přezkoumávat nálezy a stanoviska Ústavního

soudu. Naopak, pokud jde o otázku ústavnosti, je zdejší soud těmito akty Ústavního soudu vázán.

Žalobce c) dále namítá, že se žalovaný dostatečně nezabýval tím, zda byly dodrženy veškeré formální i materiální náležitosti postupu podle § 83a trestního řádu, účinného do vydání nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/09. Ani tuto námitku soud důvodnou neshledal. Předně je třeba uvést, že žalobce konkrétně neuvádí, v čem měl policejní orgán uvedené ustanovení porušit. Ostatně nic konkrétního žalobce c) neuváděl ani v řízení před žalovaným. Toliko namítal nezákonnost postupu spočívající v nezohlednění právě uvedeného nálezu Ústavního soudu. Touto otázkou se přitom předseda žalovaného ve svém rozhodnutí dostatečně zabýval (body 51 a 52 napadeného rozhodnutí). Pokud pak žalovaný zákonnost postupu policejního orgánu ve vztahu ke zmíněnému nálezu Ústavního soudu opíral o stanovisko státního zástupce (bod 163 prvostupňového rozhodnutí), ani v tom zdejší soud neshledal žádné pochybení. Jistě lze souhlasit se žalobcem, že žalovaný byl povinen posoudit, zda předmětné důkazy jsou důkazy zákonnými a tedy použitelnými. Při tom je však nepochybně oprávněn vycházet i ze stanoviska státního zástupce. Ať už totiž k závěru o zákonnosti a použitelnosti důkazů dospěje žalovaný na základě jakékoli úvahy či jakýchkoli podkladů, je to on, kdo odpovídá za to, že v řízení jím použité důkazy jsou důkazy zákonnými. Jinak řečeno, pokud by se jednalo o důkazy nezákonné a v daném řízení tak nepoužitelné, byl by to žalovaný, resp. jeho předseda, komu by tato skutečnost byla přičtena k tíži, a nijak by tuto odpovědnost nemohl na státního zástupce přenést. Soud tedy dospívá k závěru, že pokud žalovaný při posuzování zákonnosti použitých důkazů vycházel ze stanoviska dozorujícího státního zástupce, nijak nepochybil. V daném případě navíc předseda žalovaného otázku zákonnosti důkazů použitých ve správním řízení ve druhostupňovém rozhodnutí podrobně rozebral a důkazy shledal zákonnými a použitelnými. S tímto jeho závěrem se plně ztotožňuje i soud.

Jak již je uvedeno výše, policejní orgán získal e-mailovou korespondenci postupem podle § 78 trestního řádu. Přestože žalobci výslovně nedodržení tohoto ustanovení nenamítají, musel se soud s ohledem na jimi tvrzenou nezákonnost použitých důkazů zabývat i tím, zda policejní orgán postupoval v souladu s právě citovaným ustanovením.

Podle § 78 odst. 1 trestního řádu je ten, kdo má u sebe věc důležitou pro trestní řízení, povinen ji na vyzvání předložit soudu, státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu; je-li ji nutno pro účely trestního řízení zajistit, je povinen věc na vyzvání těmito orgány vydat. Při vyzvání je třeba ho upozornit na to, že nevyhoví-li výzvě, může mu být věc odňata, jakož i na jiné následky nevyhovění (§ 66 trestního řádu). Podle odst. 2 tohoto ustanovení se povinnost podle odstavce 1 nevztahuje na listinu, jejíž obsah se týká okolnosti, o které platí zákaz výsledku, ledaže došlo ke zproštění povinnosti zachovat věc v tajnosti nebo ke zproštění povinnosti mlčenlivosti (§ 99 trestního řádu). Odst. 3 pak stanoví, že vyzvat k vydání věci je oprávněn předseda senátu, v přípravném řízení státní zástupce nebo policejní orgán.

V daném případě vyzval L. H. k vydání věci policejní orgán, k čemuž byl podle § 78 odst. 3 trestního řádu oprávněn. L. H. vyžadované věci dobrovolně vydal a policejní orgán je převzal. Současně z ničeho nevyplývalo, že by se jednalo o věc, na něž se povinnost k vydání nevztahovala podle § 78 odst. 2 trestního řádu.

Soud přitom nesouhlasí s tím, že by se jednalo o korespondenci soukromou, na níž se vztahuje ochrana prostřednictvím čl. 13 Listiny základních práv a svobod. Byť některé

formulace obsažené ve e-mailech zní familiérně, jedná se nepochybně o korespondenci na obchodní úrovni. Navíc byla tato korespondence jednatelem žalobce b) vydána dobrovolně.

Je třeba tedy uzavřít s tím, že e-mailová korespondence byla policejním orgánem opatřena v souladu s trestním řádem.

Soud se dále zabýval otázkou, zda byl žalovaný oprávněn takto získaný důkaz, který mu policejní orgán spolu s podnětem k zahájení řízení předložil, použít ve správním řízení.

Žalovaný je při vedení správního řízení vázán vedle ZOHS též převážnou většinou ustanovení obecného předpisu upravujícího správní řízení, tj. správního řádu. Ustanovení týkající se opatřování podkladů rozhodnutí a dokazování jsou přitom na řízení podle ZOHS plně použitelná (§ 25a ZOHS).

Podle § 50 odst. 1 správního řádu mohou být podklady pro vydání rozhodnutí zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé.

Podle § 51 odst. 1 správního řádu lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Jde zejména o listiny, ohledání, svědeckou výpověď a znalecký posudek.

Z uvedeného plyne, že žalovaný je oprávněn užít jakéhokoli důkazního prostředku, který je vhodný ke zjištění stavu věci a který je získán v souladu se zákonem. V daném případě byla e-mailová korespondence získána policejním orgánem v souladu se zákonem a policejní orgán tyto důkazní prostředky předal spolu s podnětem k zahájení správního řízení žalovanému. Pokud mohou být podle § 50 odst. 1 správního řádu podklady pro vydání rozhodnutí podklady od jiných orgánů veřejné moci (tedy nepochybně i od policejního orgánu), nelze dospět k jinému závěru, než že důkazní prostředky opatřené v souladu se zákonem policejním orgánem a jím předložené žalovanému správnímu orgánu jsou důkazními prostředky, kterými lze provést ve správním řízení důkaz.

Možnost využití důkazů získaných v trestním řízení i v řízení vedeném správním orgánem ostatně připustil i Nejvyšší správní soud ve svých rozsudcích ze dne 30. 1. 2008, čj. 2 Afs 24/2007 – 119, a ze dne 22. 7. 2009, čj. 1 Afs 19/2009-57, (oba dostupné na www.nssoud.cz). Byť se uvedené rozsudky vztahují k řízení daňovému a k odlišné skutkové situaci, lze z nich dovodit, že obecně je možné ve správním řízení použít jako podklad rozhodnutí i důkazy získané v souladu se zákonem v řízení trestním.

Soud tedy uzavírá, že žalovaným provedený důkaz e-mailovou korespondencí, kterou získal od policejního orgánu, byl v daném správním řízení proveden v souladu se zákonem a byl tedy použitelný.

Za tohoto stavu nemůže být důvodná ani námitka, že žalovaný neměl z těchto důkazů vycházet, ale měl si je opatřit sám postupem podle § 21 ZOHS. Pokud totiž měl žalovaný tyto důkazy již k dispozici a současně se jednalo o důkazy zákonné a v daném řízení použitelné, bylo by zcela nelogické a nevhodné znovu si je opatřovat postupem podle § 21 ZOHS. Podle názoru soudu je nadto více než pravděpodobné, že předmětné e-maily již v počítači

jednatele žalobce b) obsaženy nebyly a žalovaný by se k nim tedy reálně dostat nemohl (byť by k jejich získání měl zákonné oprávnění).

IV.c)

Soud neshledal důvodnou ani žalobní námitku podjatosti předsedy žalovaného, kterou žalobci spatřují v jeho mediálním vystoupení, které uskutečnil po vydání prvostupňového rozhodnutí ještě před tím, než rozhodl o jejich rozkladech.

Pokud jde o kategorická prohlášení předsedy žalovaného uskutečněná po vydání prvostupňového rozhodnutí, tak ta pochybnosti o jeho podjatosti sama o sobě nezakládají. Soud tu nutně musí zohlednit fakt, že žalovaný je ústředním orgánem státní správy, jehož činnost je mediálně sledovaná, přitom vedoucí tohoto ústředního orgánu státní správy je vystaven mediálnímu tlaku ohledně vývoje jednotlivých případů, a tedy média jeho vyjádření k jednotlivým případům očekávají.

Tato proklamativní prohlášení vedoucího ústředního orgánu státní správy médiím v průběhu správního řízení, byť by se jednalo o prohlášení kategorická vzbuzující u žalobců dojem, že o věci „je již předem rozhodnuto“, sama o sobě nemohou ani materiálně (a právě materiální způsobilost tu považuje soud za podstatnou) 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. Z ničeho, co žalobci uvádějí, totiž nevyplývá, že by měl předseda žalovaného těmto osobám *a priori* jakkoli stranit nebo že by měl mít on sám jakýkoli subjektivní zájem na výsledku rozhodovací činnosti. Pokud by byly tyto úvahy dovedeny *ad absurdum*, znamenalo by to, že by žalovaný ve snaze popularizovat svoji činnost a snad i veřejně odůvodnit svůj samotný význam v rámci tuzemské exekutivy měl být vždy veden zájmem na tom, aby všechna sankční správní řízení, jež vede, skončily pro účastníka řízení negativně, tj. deklarováním spáchání správního deliktu a uložením sankce. Z takové premisy *a priori* vycházet nelze.

Nestrannost úředních osob v rámci rozhodovací činnosti, k jejímuž zajištění má institut zajištění nepodjatosti směřovat, je kategorií ideální, která nemůže vyloučit uskutečňování úkonů, jejichž uskutečnění se od příslušných úředních osob očekává. Očekávali se komentování důvodů a průběhu správního řízení od vedoucího ústředního orgánu státní správy (které se po vydání prvostupňového rozhodnutí jistě očekává), pak ze žalobních tvrzení žádná vazba předsedy žalovaného k tomu, jak má být věc po opatření podkladu rozhodnutí a po provedeném dokazování rozhodnuta, nevyplývá. Soud dospívá k závěru, že právě specifické postavení takového vedoucího v rámci rozhodování ve správním řízení je důvodem konstrukce podávané z § 14 odst. 6 správního řádu, jež jej brání vyloučit z projednávání a rozhodování věci. Soud tedy jednak vystupování předsedy žalovaného nevnímá jako jednání, které by materiálně mohlo vzbuzovat pochybnosti o podjatosti, přitom ustanovení správního řádu, které formálně brání vyslovit jeho podjatost, plně koresponduje s jeho specifickým postavením, jež v sobě nutně zahrnuje i povinnosti mediální. Mediální prohlášení předsedy žalovaného učiněné po vydání prvostupňového rozhodnutí tedy podle soudu neindikuje jakýkoli jeho osobní poměr k věci, k účastníkům řízení nebo k jejich zástupcům, jenž by se mohl projevit v zájmu na výsledku řízení, jak předpokládá § 14 odst. 6 správního řádu.

Zdejší soud považuje za potřebné poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, www.nssoud.cz, kde byla řešena obdobná situace. Nejvyšší správní soud zde zdůraznil, že „mediální prezentace výsledku rozhodovací činnosti má být ze strany správních orgánů obvyklým standardem. Média vyjádření předsedy žalovaného k jednotlivým případům očekávají. (...) Mediální prezentace činnosti orgánu veřejné správy, na rozdíl od paušálních a zaujatých hodnocení určitého jednání před započetím správního řízení nebo před jeho formálním ukončením (...), přispívá k realizaci ústavního postulátu, podle 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)“. Nejvyšší správní soud se zde vyjádřil i k tvrzení, že předseda žalovaného svým mediálním vyjádřením v podstatě předurčil výsledek svého rozhodnutí o rozkladu. Takový závěr je podle Nejvyššího správního soudu neudržitelný. Není totiž možné přistoupit na tezi, že o prvostupňových rozhodnutích svého úřadu nemůže předseda žalovaného média nikdy informovat. „Tváří“ žalovaného je na prvním místě jeho předseda, jeho úkolem je široké veřejnosti dle svého uvážení prezentovat výsledky rozhodovací činnosti úřadu. Pokud předseda ve svém mediálním komentáři informuje o prvostupňovém rozhodnutí, nemůže to bez dalšího znamenat, že se stává nezpůsobilým meritorního rozhodnutí o případném rozkladu.

Je nepochybné, že předseda žalovaného se při svém informování o výsledku rozhodování v první instanci musí zdržet všeho, co by mohlo zpochybnit jeho nepodjatost v eventuálním rozhodování o rozkladu (byť je soud obecně vzato dalek představy, že by vedoucí ústředního orgánu státní správy sám věc administroval a sám si činil o věci odborný úsudek). Žalobci v žalobě nijak nezřejmě, v čem mělo nebo mohlo vyjadřování předsedy žalovaného zpochybnit jeho objektivitu pro následné rozhodnutí o rozkladech. Nenabídli k tomuto ani žádné důkazy. Zpochybnili pouze samotnou skutečnost, že předseda žalovaného o prvostupňovém rozhodnutí osobně informoval média, to však samo o sobě k úvaze o podjatosti předsedy žalovaného nestačí.

IV.d)

Žalobně je zpochybňováno rovněž věcné vymezení relevantního trhu. Zdejší soud však nezjistil z obsahu správního spisu žádný podstatný argument, pro který by se toto vymezení mohlo jevit jako nesprávné. Naopak veškeré úvahy žalovaného, zachycené v bodech 82 a násl. od str. 17 prvostupňového rozhodnutí, korespondují se skutkovými zjištěními, jsou vzájemně logické a věcně konzistentní a soud je přijímá bez jakýchkoli výhrad.

Relevantním trhem se v souladu s § 2 odst. 2 ZOHS rozumí trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území. Při aplikaci soutěžního práva je obecně přijímanou též definice, podle níž se relevantním trhem rozumí prostorový a časový souběh nabídky a poptávky po takovém zboží ve formě výrobků nebo služeb, které je z hlediska uspokojování určitých potřeb uživatelů těchto výrobků nebo služeb shodné nebo vzájemně zastupitelné. Vymezuje-li se relevantní trh, pak se zkoumá jak, čím a kde jsou potřeby spotřebitelů uspokojovány. Vymezení relevantního trhu po stránce věcné je založeno na posouzení věcného charakteru statků, které jsou shodné nebo vzájemně zastupitelné, přičemž klíčovým je hledisko konečného spotřebitele; jeho pohledem je tedy určováno, zda jednotlivá

nabízená plnění (zboží ve formě výrobků či služeb) jsou či mohou být využita ke stejnému účelu, zda plní stejnou funkci a zda je lze nahradit plněním, jež má z jeho pohledu týž význam a tutéž hodnotu. Plnění, které sice vykazuje podobné znaky, avšak nemá z pohledu konečného spotřebitele týž význam a tutéž hodnotu, a je tak zastupitelné toliko částečně, není plněním na témže relevantním trhu.

V daném případě byl věcný relevantní trh vymezen jako trh služeb poskytovaných v oblasti správy a údržby nemovitostí, přičemž konkrétní činnosti, které podle žalovaného pod služby v oblasti správy a údržby spadají, jsou v prvostupňovém rozhodnutí uvedeny. Žalobce c) ve své žalobě nenabízí jiné vymezení věcného relevantního trhu, toliko namítá, že měl žalovaný při stanovení relevantního trhu vycházet z ekonomických a empirických analýz a nikoli relevantní trh stanovit na základě vlastní úvahy. Žalobce c) také uvádí, že pokud by tak žalovaný učinil, „došel by patrně k závěru, že relevantní trh je jiný“, než jak jej stanovil. Žalobce tedy netvrdí, že je vymezení relevantního trhu nesprávné, ale toliko opatrně namítá, že by se takovým mohlo ukázat, pokud by žalovaný vyšel z ekonomických a empirických analýz (aniž by žalobce jakoukoli analýzu soudu předložil).

Podle názoru soudu však žalovaný nepochybil, pokud při vymezení relevantního trhu nevycházel z ekonomických a empirických analýz (ať už vyhotovených svými zaměstnanci či opatřených od třetích osob), neboť žalovaný, jakožto ústřední správní orgán státní správy na úseku ochrany hospodářské soutěže zásadně disponuje dostatečnou odbornou znalostí k tomu, aby relevantní trh po věcné stránce vymezil. Žalovaný v daném případě při vymezení relevantního trhu správně vyšel z předmětu plnění veřejné zakázky a následně správně vymezil konkrétní činnosti (služby), které pod pojem „služby v oblasti správy a údržby nemovitostí“ spadají. S takovým postupem se soud ztotožňuje a považuje jej za dostatečný a věcně správný. Relevantní trh po věcné stránce byl tedy s ohledem na § 2 odst. 2 ZOHS vymezen zákonně a věcně správně a žalovaný nepochybil, pokud si pro jeho vymezení nevyžádal jakékoli ekonomické či empirické analýzy.

IV.e)

Žalobci dále namítají, že žalovaným provedené důkazy jednání ve shodě neprokazují, neboť se jedná o e-mailovou komunikaci toliko jednostrannou. Dále je žalobně namítáno, že při posuzování jednání žalobců žalovaný nezohlednil tržní podíly účastníků a minimální dopad jednání na hospodářskou soutěž. Ani tuto námitku však soud důvodnou neshledal.

Základním znakem „jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě“ ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS je určitý společně koordinovaný postup, který vědomě nahrazuje rizika jinak „běžně“ probíhající účinné soutěže praktickou kooperací mezi soutěžiteli, a to v rozporu s požadavkem na nezávislost jednání v hospodářské soutěži.

Společně koordinovaným postupem ve formě praktické kooperace bez vzniku skutečné „dohody“ se rozumí sdělování určitých informací, přičemž na základě takto sdělených informací předpokládají její odesílatel i její adresát shodu v následném postupu, která se sdělenou informací koresponduje. Zjednodušeně řečeno jde o formu srozumění mezi soutěžiteli, která sice nedosahuje takové intenzity, aby ji bylo možno oprávněně nazývat „dohodou“, ale představuje záměrné nahrazení nejistoty o budoucích aktivitách jednotlivých soutěžitelů. Jak Soudní dvůr uvedl v rozhodnutí „*Anic Partecipazioni*“ (C-49/92P ve věci *Commission v. Anic Partecipazioni SpA*, [1999], ECR I-4125), koncepty dohody (v tomto konceptu „dohoda v užším smyslu“) a jednání ve vzájemné shodě mají oba za cíl postihnout

případy vzájemné protisoutěžní koluze, jež mají totožnou povahu a jež se od sebe liší svojí intenzitou a především formou, v níž se projevují. Jednání ve shodě (podle Soudního dvora forma koordinace mezi soutěžiteli, kteří bez toho, aby došlo k uzavření dohody, vědomě využívají vzájemnou praktickou spolupráci, aby se vyhnuli rizikům soutěže - C-48/69 ve věci *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission*, [1972] ECR 619, § 64) představuje takový způsob jednání, ve kterém jsou obsaženy dva základní prvky: prvním znakem je existence prvku subjektivního, vyplývajícího z určitého budoucího očekávání soutěžitelů, druhým znakem pak existence prvku objektivního, vyplývajícího z fakticky uskutečněných kontaktů mezi těmi soutěžiteli, kteří ve shodě jednají. Tyto kontakty se buď dokazují, nebo při absenci jiného možného vysvětlení důsledků na trhu presumují. Znak subjektivní je spatřován ve vyjádření shodné vůle více soutěžitelů jednat určitým předem definovaným způsobem, s jistotou či vysokým stupněm předpokladu, že ostatní soutěžitelé, s nimiž je takto shody dosaženo, budou jednat stejným, předem známým či důvodně a logicky očekávatelným způsobem. Znak objektivní lze naopak spatřovat ve vzájemných kontaktech několika osob, při nichž dochází k výměně informací, na nichž pak lze jednání ve shodě úspěšně vystavět. Jednání soutěžitelů je tedy zakázaným jednáním ve shodě tehdy, pokud je z chování soutěžitelů patrna určitá forma kooperace nebo koordinace, která nahrazuje jejich dříve nezávislé jednání.

Aby bylo jednání žalobců jednáním zakázaným (jednáním ve shodě podle § 3 odst. 1 ZOHS), musí v něm být zahrnuty dva druhy prvků: jednak prvek subjektivní, jímž je určité a okolnostmi odůvodněné budoucí očekávání jednotlivých soutěžitelů, a kromě toho prvky objektivní, jimiž jsou vzájemné kontakty mezi soutěžiteli a jednání na trhu, které přímo souvisí s předchozími kontakty. Je tedy třeba nejprve shody vůle (předchozí koordinace soutěžitelů) a následně jejího projevu na trhu (společně koordinovaného postupu). Souhrnně řečeno: jednání označované jako „jednání ve vzájemné shodě“ v sobě zahrnuje vždy nejprve koordinaci stran odstraňující vzájemné pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování (aniž by byl rozhodující konkrétní způsob takové koordinace a míra aktivity koordinujících soutěžitelů), dále faktický projev této koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující.

Žalovaný z těchto postulátů vycházel a dovodil vyjádření shodné vůle jednat určitým předem definovaným způsobem, byť i nepřímé a kontextuální, s vysokou mírou pravděpodobnosti, že ostatní budou jednat stejným, předem známým způsobem.

Žalovaný tak při prokazování jednání ve vzájemné shodě musí buď prokázat, že mezi soutěžiteli probíhala soutěžně-protiprávní komunikace, jejímž důsledkem je jednání soutěžitelů na trhu determinované tímto sladčováním, nebo že došlo ke shodnému či nápadně podobnému jednání, jež není racionálně jinak zdůvodnitelné, než jednáním ve vzájemné shodě; v posléze uvedené variantě se pak presumují předchozí soutěžně-protiprávní kontakty. Na takovémto pojetí se shoduje doktrína (souhrnně srov.: *KINDL, J.: Kartelové a distribuční dohody. Teorie a praxe*. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009, 305 s. 111-122). Žalovaný tedy v případě tohoto typu deliktu (typu kartelové dohody) musí především prokázat:

1. buď existenci kontaktů mezi soutěžiteli, jejichž důsledkem je jednání na trhu,
2. nebo takové jednání na trhu, které nelze racionálně zdůvodnit jinak, než předchozím kontaktem.

V daném případě žalovaný kontakty mezi žalobci a zčásti i jejich obsah opřel o e-mailovou korespondenci zasílanou žalobcem b) ostatním žalobcům.

Jednalo se o následující e-maily:

Dne 20.9.2006 byl z e-mailové adresy info@hokra.cz odeslán na adresu inzet@inzet.cz e-mail obsahující text: „Ahoj J., přeposílám ti žádost, kterou jsem posílala na VUSS Litoměřice. Nějak ji pozměň, ať to není okatý...“ E-mail je podepsán „Z.“. Přílohou tohoto e-mailu je žádost o zadávací dokumentaci veřejné zakázky adresovaná na VUSS Litoměřice a podepsaná Z. K., jednatelkou žalobce b) (dále též „e-mail A“).

Dne 10.11.2006 byl z e-mailové adresy x.cz odeslán e-mail na adresu x.cz, předmět: H. Hokra, přílohy: krycí list – Litoměřice – Navatyp.XLS; ostatní údaje, které tvoří nabídku.doc, jenž obsahoval text: „Dobrý den, posílám podklady, částečně vyplněné. Nevím, zda použijete ten wordový doklad, jen se snažím trochu Vám ušetřit práci. Nejsou tam prakticky požadovány žádné tabulky, takže údaje v krycím listě jenom doplnit, čísla jsou už pro vás vypočtena. Výpočty jsou založeny na měnění lůžkovin 2x měsíčně, jejich praní, mandlování, manipulace, odvoz/dovoz – jedno lůžko jedna manipulace je 37,90 bez DPH, mzdové náklady firmy jsou pro 42 lidí a činí 23700 za jednoho. V těchto částkách jsou zahrnuty již všechny údaje a zisk firmy, včetně dovolených a všech příplatků vyplývajících z nepřetržitého provozu. Tohle uvádím, kdybyste chtěli někde uvést cenu za jednu kompletní výměnu lůžkovin (polštář, cícha, prostěradlo, případně ručník). Ozvěte se prosím, zda ok a zda pošlete v pondělí, nebo máme převzít. Děkuji L. H.“. Přílohou tohoto e-mailu je i krycí list nabídky veřejné zakázky, ve kterém je jako uchazeč uveden žalobce c) a jako celková nabídková cena bez DPH částka 1 058 389,80 Kč za měsíc a 12 700 677,- Kč za rok (dále též „e-mail B“).

E-mail obdobného znění byl z e-mailové adresy x.cz odeslán dne 10.11.2006 na adresy x.cz a x.cz, na závěr tohoto e-mailu je navíc uvedeno: „... Nevím, stále koumáme, zda má být přiložen návrh smlouvy. Ten budeme mít pro jistotu v neděli večer. Máme poslat? Děkuji, L. H.“. Přílohou tohoto e-mailu jsou dva krycí listy – na jednom je uvedena jako uchazeč společnost NATURAL MYSTIC s. r. o. a na druhém společnost CBK SHIFT, s. r. o. Oba krycí listy mají vyplněny nabídkové ceny pro jednotlivé ubytovny a ceny celkem. V případě krycího listu společnosti NATURAL MYSTIC s. r. o. je cena celkem bez DPH 1 062 340,50 Kč měsíčně a 12 748 086,- Kč ročně, u krycího listu společnosti CBK SHIFT, s. r. o. je to bez DPH 1 057 891,20 Kč měsíčně a 12 694 694,- Kč ročně (dále též „e-mail C“).

E-mail shodného znění (chybí pouze poslední věta, poděkování a podpis) jako „e-mail B“ byl z e-mailové adresy x.cz odeslán na adresu x.cz dne 13.11.2006 (dále též „e-mail D“). Přílohou tohoto e-mailu je opět mj. krycí list.

Dne 12.11.2006 byl z e-mailové adresy x.cz odeslán na adresu x.cz e-mail obsahující následující text: „Dobrý den, posílám vzor smlouvy, jak si tak nějak představujeme, že by mohlo stačit k ukojení jejich tužeb. Prosím o provedení změn u poskytovatele. Nedoplnil jsem částky dle krycího listu. Jakékoli další změny jsou vítány, pokud používáte nějaký mustr odlišný, tak samozřejmě možné. Většinou jsou formulace a tabulky použity ze zadání, takže možné bez problémů použít. Nevím, jaké používáte písmo, to nechám na Vás. Nicméně opakuji, pokud časově nevyjde odeslat v pondělí, samozřejmě doručíme. Děkuji ještě jednou, jsem Vám moc zavázán. L. H.“. Přílohou tohoto e-mailu je vzor Smlouvy o poskytování služeb, kde jsou jako smluvní strany uvedeny Česká republika – Ministerstvo obrany a žalobce b), předmětem této smlouvy je pak zajištění provozování ubytoven u provozních středisek na teritoriu VUSS Litoměřice (dále též „e-mail E“).

Tento vzor smlouvy byl dne 13.11.2006 rovněž odeslán z e-mailové adresy x.cz na adresy x.cz a x.cz se shodnou částí textu: „*Ahoj, posílám vzorek. Části jsou vybrané ze zadání, takže použitelné. Nejlépe upravit dle Vašich představ o úpravách. Ty krycí listy by neměly být modrý, aby se lišilo. Ozvěte se, až budete hotovi...*“ V krycím listu uchazeče žalobce a) je uvedena cena bez DPH 1 046 491,20 Kč měsíčně /12 557 894,- Kč ročně. (dále též „e-mail F a G“).

Mezi účastníky řízení není sporné, že žalobci a) a c) i společnosti NATURAL MYSTIC s. r. o. a CBK SHIFT, s. r. o. uvedli do svých nabídek adresovaných zadavateli veřejné zakázky ceny shodné, jako byly ceny, které jim ve shora uvedených e-mailech zaslal žalobce b). Současně se jednalo o ceny vyšší, než byla nabídková cena, kterou ve své nabídce uvedl žalobce b).

Z uvedeného má soud za to, že obě fáze jednání ve shodě, jak byly shora popsány (tj. fáze sladování jednání i fáze realizační), jsou z uvedených důkazů dostatečně zřejmé. Soud se ztotožňuje se žalovaným, který z e-mailové korespondence naplnění jednání ve shodě v bodech 119 až 153 prvostupňového rozhodnutí dovozuje. Soud souhlasí plně s tím, že z e-mailové korespondence plyne, že kontakty mezi účastníky jednání ve shodě probíhaly i před touto e-mailovou korespondencí. Rovněž z této korespondence jednoznačně plyne, že se žalobce b), coby iniciátor jednání ve shodě, e-mailovou korespondencí snažil ovlivnit tvorbu nabídkových cen ostatních účastníků tak, aby nejnižší nabídkovou cenu v zadávacím řízení předložil on. Soud se plně ztotožňuje se žalovaným, že není rozhodné, že se jedná o komunikaci toliko jednostrannou a že výši nabízených cen neznali účastníci navzájem. Podstatné je, že ceny podle zaslaných e-mailů účastníci jednání ve shodě v zadávacím řízení předložili. Výsledek jednání na trhu pak odpovídá předchozí koordinaci.

Jak správně uvádí žalovaný ve svém vyjádření k žalobě, již Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 30. 12. 2009, sp. zn. 8 Afs 56/2007, uvedl, že „*jednání ve vzájemné shodě je oproti uzavření zakázané dohody v užším smyslu hůře prokazatelné, a proto je možné takové jednání dovodit i za předpokladu, že kontakty mezi soutěžiteli nejsou vyloučeny, a koordinované jednání, které nemůže být přirozeně výsledkem náhody, lze seznat až ve výsledném chování soutěžitelů*“. Obdobný názor k otázce prokazování jednání ve shodě vyslovil i Soudní dvůr ve věci „*Sugar*“ (40/73, 1975, ECR – 1663), který konstatoval, že pro kvalifikaci jednání jako zakázaného jednání ve vzájemné shodě není nezbytné, aby existoval určitý přesný, podrobný a předem vytvořený plán jednání, neboť postačuje pouhý přímý či dokonce nepřímý kontakt, který ovlivňuje chování konkurentů. Na prokazování jednání ve vzájemné shodě je tedy kladen nižší požadavek než na prokazování zakázané dohody mezi soutěžiteli v užším slova smyslu. V daném případě byly kontakty mezi účastníky prokázány (byť e-mailová korespondence prokazuje toliko kontakty jednostranné, tak není pochyb o tom, že komunikace mezi účastníky probíhala v obou směrech; navíc i kontakt uskutečněný v jednom směru by byl kontaktem). Zároveň se tato komunikace projevila v následném jednání účastníků, kteří předložili v zadávacím řízení nabídky v souladu s předchozí komunikací, tj. tak, aby nejvýhodnější cenovou nabídku předložil žalobce b). To plně dopadá do logiky účasti žalobce b) na koordinaci. Tím účastníci jednání ve shodě nahradili svoje nezávislé chování v zadávacím řízení, které by se projevovalo vzájemným soutěžením o zakázku, spoluprací a zcela tak mezi sebou vyloučili soutěž o zakázku.

Žalovaný přitom všechny podstatné skutečnosti důkladně popsal v prvostupňovém rozhodnutí a jeho úvahám od bodu 119, v nichž reaguje na věcně obdobná tvrzení, jaká jsou

nyní žalobně uplatňována, je třeba ve všech ohledech přisvědčit. Soud by je mohl zopakovat, případně je parafrázovat, nic podstatného by však do nich nedoplnil, proto se s nimi co do hodnocení zjištěných skutečností ztotožňuje a deklaruje jejich věcnou správnost. Žalovaný po stránce hmotněprávní správně aplikoval koncept zakázaného jednání ve shodě, a sice přesně v souladu s jeho konstantně traktovaným doktrinárním pojetím i se závěry podávanými z judikatury soudů rozhodujících na komunitární úrovni (souhrnně včetně odkazů na judikaturu např. in: Bellamy, Ch. – Child, G.: *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 5. vydání, 2001, zejm. str. 61 - 70). I zdejší soud tedy považuje za prokázané, že žalobci naplnili skutkovou podstatu jednání ve vzájemné shodě podle § 3 odst. 1 ZOHS, a to jak z hlediska vzájemných kontaktů a obsahu komunikace při nich, tak i následné realizace jejich předchozího navzájem sladěného chování, nadto je zřetelná i příčinná souvislost mezi komunikací žalobců a následným jednáním na trhu. Tento závěr lze spolehlivě učinit na základě zjištěného skutkového stavu.

Pokud žalobce c) namítá, že nabídkové ceny mohly vyplývat z jiných objektivních faktorů, než z e-mailové korespondence, nemůže s ním soud souhlasit. Předně žalobce c) žádné takové konkrétní faktory nezmiňuje, navíc je zcela nepravděpodobné, že by jakékoli „objektivní faktory“ způsobily, že nabídkové ceny účastníků jednání (žalobců a/ a c/ i společností NATURAL MYSTIC s. r. o. a CBK SHIFT, s. r. o.) byly zcela totožné s cenami, které e-mailem těmto účastníkům zaslal žalobce b).

Předmětná e-mailová korespondence spolu s cenovými nabídkami účastníků tak tvoří podle názoru soudu dostatečnou oporu pro závěr žalovaného o tom, že se účastníci jednání ve shodě dopustili. Nelze se tedy ztotožnit s námitkou, že žalovaný nedostatečně zjistil stav věci.

Pokud jde o námitku, že nabídkové ceny byly hluboko pod reálnými tržními cenami, nejedná se o skutečnost, která by mohla závěr o tom, že se žalobci zakázaného jednání ve shodě dopustili, jakkoli zvrátit. Byť lze se žalobci souhlasit, že kartelové dohody bývají uzavírány za účelem zisku, není zisk ani jeho výše znakem skutkové podstaty jednání ve shodě. I kdyby se tedy žalobci chovali podnikatelsky natolik iracionálně, že by nabízené ceny byly cenami, které by pro ně negenerovaly žádný zisk, nejedná se o skutečnost, která by pro právní hodnocení věci měla jakýkoli význam. Ostatně jak správně uvádí žalovaný ve svém vyjádření, podstatou dohody *bid-rigging* nemusí být jen dosažení zisku, ale může spočívat i v získání zakázky konkrétním soutěžitelem, přičemž již získání zakázky může být vnímáno jako ekonomický prospěch.

To samé je třeba uvést i ve vztahu k tvrzení žalobce c), že jeho nabídka byla ze zadávacího řízení vyřazena. K dokonání deliktu jednání ve shodě v daném případě došlo podáním nabídek. Děje následné jsou pro posouzení tohoto jednání žalobců proto bezvýznamné. Rovněž je pro právní posouzení jednání žalobců jako jednání ve shodě nepodstatné, zda se zadávacího řízení účastnilo více soutěžitelů, jejichž počet zadavatel následně omezoval. Ani tato skutečnost totiž nic nemění na tom, že žalobci ve shodě jednali a že se jejich jednání fakticky na daném relevantním trhu projevilo.

Pokud žalobce c) opakovaně namítá že předmětné jednání bylo jednáním bez vlivu na hospodářskou soutěž a tedy jednáním zanedbatelným, soudu nezbyvá než zopakovat, že dohody „*bid-rigging*“ jsou dohodami protisoutěžními *per se*, zakázanými již pro svůj protisoutěžní cíl, které mají negativní dopad na soutěžní prostředí vždy.

Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 20. 12. 2012, sp. zn. 1 Afs 77/2012, s poukazem na rozsudek Tribunálu ze dne 27. 9. 2012 ve věci T-362/06 „*Ballast Nedam Infra BV proti Komisi*“, dohody o určení cen nebo dohody, jejichž cílem je zejména rozdělení zákazníků nebo uzavření společného trhu, se ze své povahy kvalifikují jako velmi závažné protiprávní jednání, a to bez ohledu na zeměpisný rozsah nebo dopad na trh. Podle Nejvyššího správního soudu Tribunál dospěl k závěru, „že pro klasifikaci horizontální dohody o cenách jako nejzávažnějšího protisoutěžního jednání není nutno konkrétně prokazovat skutečný dopad této dohody na relevantní trh. Tribunál tedy v citovaném rozsudku konstatoval, že u cenových kartelů pro závěr o velké závažnosti protisoutěžního jednání per se postačí typový charakter porušení pravidel hospodářské soutěže bez toho, aby byl skutečný dopad zakázané dohody na relevantní trh prokázán; v tomto ohledu převzal Tribunál judikaturu Soudního dvora (rozsudek ze dne 24. 9. 2009 ve spojených věcech C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P a C-137/07 P *Erste Group Bank AG a další proti Komisi*, Sb. rozh. I-08681, bod 103)“.

Právě citované lze podle zdejšího soudu nepochybně aplikovat i na dohody *bid-rigging* a tedy na předmětné jednání žalobců, které tak nemůže být jednáním s dopadem na soutěž zanedbatelným, a to ani s ohledem na velikost podílu žalobců na relevantním trhu ani s ohledem na výši jimi nabízených cen.

Je třeba dodat, že se žalovaný ve svém rozhodnutí zabýval i materiální stránkou narušení hospodářské soutěže podle § 3 odst. 1 ZOHS. Rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení se k této otázce vyjadřuje v bodech 145 až 153. Argumentace žalovaného má přitom oporu v podkladu rozhodnutí a soud ji považuje za zákonnou a věcně správnou. Soud přitom zcela souhlasí se žalovaným, že účastníci jednání ve shodě svým jednáním fakticky vyloučily řádnou hospodářskou soutěž v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Cíl jejich jednání se navíc reálně projevil, neboť vítězným uchazečem se stal žalobce b).

Pokud žalobce c) namítá nesrozumitelnost výroku č. I napadeného rozhodnutí ve vztahu ke společností CBK SHIFT, s. r. o. a NATURAL MYSTIC s.r.o., tak tu zdejší soud neshledal. Žalovaný totiž svůj závěr o tom, že se všichni účastníci sladování prostřednictvím vzájemných kontaktů dopustili, nicméně právě dvě zmíněné společnosti se jednání ve shodě nedopustily, neboť jsou úzce personálně propojeny a z toho důvodu je v jejich případě vzájemné jednání ve shodě vyloučeno, dostatečně a srozumitelně odůvodnil v bodech 127 až 129 prvostupňového rozhodnutí. Zde uvedené vysvětlení považuje zdejší soud za dostatečné, zákonné i věcně správně.

IV.f)

Jestliže žalobce a) namítá, že žalovaný pochybil, pokud neprovedl výslech jeho jednatele, nemůže s ním zdejší soud souhlasit. Jak již uvedl předseda žalovaného ve svém rozhodnutí (bod 76), je to správní orgán, kdo rozhoduje o tom, které důkazy provede a které nikoli (samozřejmě za situace, že řádně zjistí stav věci - § 52 správního řádu), přitom není návrhy účastníků vázán. V daném případě žalovaný v bodě 170 prvostupňového rozhodnutí uvedl, že výslech jednatele žalobce a) neprovede, neboť postrádá jeho účelnost. Podle jeho názoru vyslýchat statutárního zástupce právnické osoby jako svědka nelze, neboť statutární orgán činí jménem právnické osoby právní úkony. Výslech jednatele by tak mohl být proveden toliko jako výslech účastníka, a ten považoval žalovaný za nadbytečný.

Zdejší soud se v této otázce se žalovaným plně ztotožňuje. Skutečnost, že statutární orgány právnických osob nelze vyslýchat jako svědky, ale toliko jako účastníky, jednoznačně konstatoval Nejvyšší správní soud, který ve svém rozsudku ze dne 31. 3. 2010, čj. 1 Afs 58/2009-541, uvedl, že ve správních řízeních, jejichž účastníky jsou právnické osoby, je nutno respektovat specifické postavení osob v pozici statutárních orgánů těchto právnických osob a při jejich výsleších je třeba postupovat analogicky podle § 141 odst. 6 správního řádu a § 126 odst. 4, § 126a a § 131 občanského soudního řádu, tedy jako při výslechu účastníka řízení. Za této situace zdejší soud souhlasí se závěrem žalovaného o nadbytečnosti provádění výslechu jednatele žalobce a), neboť je více než pravděpodobné, že by tento jednatel při účastnickém výslechu potvrdil vše, co žalobce a) ve správním řízení tvrdil prostřednictvím svých podání. Takový výslech do správního řízení nic nového nemohl přinést.

Stejně tak považuje zdejší soud za nadbytečný i žalobci navržený důkaz znaleckým posudkem. Jak žalobci uvádí tento znalecký posudek měl prokázat, že žalobci v zadávacím řízení nabízené ceny byly hluboko pod cenami v místě a čase obvyklými. Jak již je uvedeno výše a jak správně uvedl žalovaný v napadeném rozhodnutí, výše nabídkové ceny je při posuzování jednání ve vzájemné shodě nepodstatná. Dohoda *bid-rigging* je totiž tzv. *hard core* jednáním, u něhož se pro jeho cíl negativní dopad na soutěž předpokládá. Skutečnost, zda se účastníci jednání ve shodě tímto jednáním obohatili, není znakem tohoto jednání, a proto není třeba se touto otázkou zabývat. Právě z tohoto důvodu nebylo třeba, aby žalovaný ve správním řízení prováděl důkaz žalobci navrhovaným znaleckým posudkem. Tuto skutečnost žalovaný žalobcům ostatně srozumitelně sdělil v bodě 167 prvostupňového rozhodnutí.

Ze shora uvedených důvodů tedy žalovaný nepochybil, pokud se nezabýval tím, zda nabídkové ceny žalobců byly ekonomicky únosné, ani tím, zda následně zvítězila nabídková cena téměř čtyřikrát vyšší, než cena, kterou původně „vysoutěžil“ žalobce b).

IV. g)

Žalobce c) dále namítá nepřiměřenost uložené pokuty, má za to, že žalovaný měl zohlednit při jejím ukládání závažnost jednání.

Pokud jde o výši pokuty, která byla žalobcům (a tedy i žalobci c/) uložena, napadené rozhodnutí se touto otázkou zabývá v bodech 118 a násl. na téměř sedmi stranách. Pokuta, resp. její konkrétní výše, je výsledkem správního uvážení žalovaného. Je-li rozhodnutí o pokutě vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít; to znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti.

Pokuta byla ukládána podle § 22 odst. 2 ZOHS (ve znění před účinností novely č. 155/2009 Sb., neboť správní řízení bylo zahájeno před 1. 9. 2009 a podle čl. II tohoto zákona se řízení zahájena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle ZOHS ve znění účinném do dne nabytí účinnosti tohoto zákona.). Podle tohoto ustanovení může Úřad soutěžitelům uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončené účetní období, jestliže úmyslně nebo z nedbalosti porušili

zákazy stanovené v § 3 odst. 1, § 11 odst. 1 a § 18 odst. 1 nebo neplní opatření uložená podle § 7 odst. 2 nebo § 11 odst. 3 anebo podle § 18 odst. 5 ZOHS. Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona.

V daném případě žalobce namítá nepřiměřenost uložené pokuty. Nezpochybňuje tedy zákonnost uložení pokuty, ale výši pokuty zpochybňuje v rámci svého moderačního návrhu. Jak již totiž uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 3. 4. 2012, sp. zn. 1 Afs 1/2012, „...*prostor pro zohlednění přiměřenosti ukládané sankce při hodnocení zákonnosti uložené pokuty (§ 78 odst. 1 s. ř. s.) by byl dán pouze tehdy, pokud by vytýkaná nepřiměřenost měla kvalitu nezákonnosti, tj. v případě, že by správní orgán vybočil ze zákonných mantinelů při ukládání pokuty, jeho hodnocení kritérií pro uložení pokuty by postrádalo logiku, správní orgán by nevzal do úvahy všechna zákonná kritéria, uložená pokuta by byla likvidační apod.*“ Žádnou z takových vad žalobce c) v žalobě nenamítal.

Zdejší soud tedy posuzoval uplatněný moderační návrh.

Podle § 78 odst. 2 s. ř. s. rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle odstavce 1, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích zákonem dovolených, lze-li takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil, a navrhl-li takový postup žalobce v žalobě.

Zdejší soud se tedy zabýval otázkou, zda žalovaný v daném případě uložil pokutu ve zjevně nepřiměřené výši. K otázce zjevné nepřiměřenosti se vyslovil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 21. 8. 2003, č. j. 6 A 96/2000-62, publikovaný pod č. 225/2004 Sb.NSS, www.nssoud.cz, podle něhož za „zjevně nepřiměřenou“ nejspíše nebude možno považovat pokutu uloženou ve 4% zákonného rozpětí.

V daném případě byla žalobci c) uložena pokuta ve výši 3 679 000 Kč, přičemž podle prvostupňového rozhodnutí se jednalo o pokutu odpovídající 0,5 % obratu za rok 2009. Žalovaný při ukládání pokut vycházel z obratu dosaženého v roce 2008 a následně zohlednil i obrat dosažený žalobcem v roce 2009 (zákonnost tohoto postupu není žalobně zpochybňována a soud, který je vázán uplatněnými žalobními body, jej nemůže přezkoumat *ex officio*); žalobce c) přitom nezpochybňuje, že uložená pokuta odpovídá 0,5 % jeho obratu za rok 2009. Vzhledem k tomu, že žalovaný byl oprávněn uložit pokutu až do výše 10 % čistého obratu, je pokuta odpovídající 0,5 % čistého obratu uložena při dolní hranici zákonné výše.

Soud zde považuje za potřebné poukázat na to, že smyslem moderace není hledání „ideální“ výše sankce soudem místo správního orgánu, ale její korekce v případech, že by sankce, pohybující se nejen v zákonném rozmezí a odpovídající i všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce (jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 22/2012-23). Současně považuje soud za potřebné zdůraznit funkci postihu, jak byl vůči žalobcům uplatněn. Konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobcům, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře žalobců, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih

delikventa smysl postrádal. K tomu viz např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, č. j. 10 Ca 250/2003-48, publikovaný pod č. 560/2005 Sb. NSS.

V daném případě žalobce c) nespravedlnost a nepřiměřenost uložené sankce spatřuje v tom, že výše jeho pokuty je nejvyšší ze všech v daném případě uložených pokut a 7x přesahuje výši pokuty, která byla uložena žalobci b). Zde soud plně souhlasí se žalovaným, že nelze pokuty ukládané jednotlivým účastníkům jednání ve shodě poměřovat absolutní výší. Jsou-li pokuty ukládány podle výší dosaženého čistého obratu, je zřejmé, že subjekt, který dosáhl v rozhodném roce vyššího obratu, bude postižen za shodné jednání pokutou v absolutní částce vyšší, než subjekt, jehož čistý obrat je nižší. Tak tomu bylo i v daném případě. Žalobce c) výše obratu, z nichž žalovaný vycházel nijak nezpochybňoval (a to ani otázku rozhodného období pro výpočet pokuty) a z napadených rozhodnutí je zřejmé, že žalovaný všem čtyřem účastníkům, jejichž jednání bylo shodné, vyměřil pokuty v odpovídajících procentních výších. Pokud šlo o žalobce b), tomu byla s ohledem na jeho vedoucí roli pokuta navýšena o 30 % (bod 215 prvostupňového rozhodnutí). Byť tedy byla absolutní částka pokuty uložené žalobci b) nižší, než absolutní částka pokuty uložené žalobci c), ve vztahu k dosaženým obrátům obou žalobců byla pokuta uložená žalobci b) vyšší.

Soud neshledal nic nespravedlivého ani v tom, že žalovaný navýšil částku pokuty žalobcům a) a c) tak, aby odpovídala 0,5 % jimi dosaženého obratu v roce 2009. Tento postup žalovaný řádně odůvodnil v bodě 217 a 218 a soud se s ním ztotožňuje.

Soud nesouhlasí ani s tím, že by žalovaný stanovil pokutu „automaticky“ bez přihlédnutí ke konkrétním okolnostem daného případu. Jak plyne z obou napadených rozhodnutí, žalovaný konkrétní okolnosti daného případu zohlednil - posuzoval závažnost spáchaného jednání i jeho faktický dopad na hospodářskou soutěž (body 207 až 209), délku trvání zakázaného jednání i to, že se jednalo o jednání úmyslné (body 211 a 214).

Pokud se žalobce c) dovolává toho, že měl žalovaný zohlednit otázku zisku, kterého žalobce b) dosáhl, resp. nedosáhl nemůže s ním zdejší soud souhlasit. Jak již je uvedeno výše, tato skutečnost není pro posouzení zakázaného jednání ve shodě podstatná. Stejně tak není podstatná při stanovování výše pokuty. Pokud jde o újmu, tj. narušení hospodářské soutěže na daném relevantním trhu, tak tu žalovaný zohlednil a řádně popsal v bodě 209. Zde uvedl, že postihované jednání mělo faktický dopad na hospodářskou soutěž v tom, že došlo k vyloučení řádné soutěže v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a bylo tak znemožněno, aby byl vybrán uchazeč na základě řádného konkurenčního boje. I s tímto závěrem se zdejší soud ztotožňuje.

Soud tedy uzavírá, že na základě uplatněných žalobních námitek neshledal v postupu žalovaného žádné kroky, které by zpochybňovaly spravedlivost uložené pokuty. Zároveň uložená pokuta nedosahovala ani 1 % z čistého obratu v roce 2009 a jedná se tak o pokutu uloženou při spodní hranici zákonného rozpětí. Za této situace se nejedná o pokutu zjevně nepřiměřenou a moderační návrh tak nemohl být úspěšný.

V. Závěr

Soud dospěl k závěru, že rozhodnutí žalovaného nebylo nepřezkoumatelné, žalovaný současně aplikoval správný právní předpis a v jeho rámci správnou právní normu, přitom se nedopustil ani žádného výkladového či procedurálního pochybení, které by mohlo atakovat zákonnost napadeného rozhodnutí. V žádném ze žalobních bodů tedy žaloby nebyly důvodné.

Soud rovněž nehledal důvodným návrh žalobce c) na snížení uložené pokuty.

Vzhledem k tomu, že soud nezjistil ani žádnou vadu, k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti, byly žaloby jako nedůvodné podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítnuty.

VI. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků zdejší soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobci nebyli ve věci úspěšnými, a proto jim nenáleží právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšným byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly v řízení o žalobě žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti. Proto soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost, s jejímž splněním by jí náklady mohly vzniknout (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

P o u č e n í :

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.

V Brně dne 12. 6. 2013

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu