



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy senátu JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobců: **a) M - SILNICE a. s.**, se sídlem Husova 1697, Pardubice, zast. JUDr. Daliborem Kalcsem, advokátem se sídlem Resslova 956/13, Hradec Králové, **b) BERGER BOHEMIA a. s.**, se sídlem Klatovská 410/167, Plzeň, zast. JUDr. Milošem Temelem, LL.M., advokátem se sídlem Na Poříčí 1079/3a, Praha, **c) EUROVIA CS, a. s.**, se sídlem Národní 10, Praha, zast. Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem Karolíny Světlé 8, Praha, **d) Skanska a. s.**, se sídlem Líbalova 1/2348, Praha, zast. JUDr. Pavlem Dejlem, Ph.D., LL.M., advokátem se sídlem Jungmannova 24, Praha, **e) SWIETELSKY stavební s. r. o.**, se sídlem Pražská tř. 495/58, České Budějovice, zast. Mgr. Petrem Nesporým, advokátem se sídlem Puklicova 52, České Budějovice, **f) STRABAG a. s.**, se sídlem Na Bělidle 198/21, Praha, zast. Mgr. Robertem Nešpůrkem, LL.M., advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha, **g) Lesostavby Třeboň a. s.**, se sídlem Novohradská 226, Třeboň, zast. Mgr. Andreou Žatkovou, advokátkou se sídlem Teslova 1125, Ostrava, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o přezkoumání rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 8. 2. 2016, č. j.: ÚOHS-R381, 382, 388, 389, 390, 393, 395/2015-04749/2016/310/JZm, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2017, č. j. 30 Af 29/2016 - 262,

t a k t o :

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobcům do rukou jejich právních zástupců náhradu nákladů řízení do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku, a to:

- žalobci a) ve výši 4.114 Kč k rukám JUDr. Dalibora Kalcsa, advokáta se sídlem Resslova 956/13, Hradec Králové,
- žalobci b) ve výši 4.114 Kč k rukám JUDr. Miloše Temela, LL.M., advokáta se sídlem Na Poříčí 1079/3a, Praha,
- žalobci c) ve výši 8.228 Kč k rukám Mgr. Radka Pokorného, advokáta se sídlem Karolíny Světlé 8, Praha,
- žalobci d) ve výši 8.228 Kč k rukám JUDr. Pavla Dejla Ph.D., LL.M., advokáta se sídlem Jungmannova 24, Praha,
- žalobci e) ve výši 12.342 Kč k rukám Mgr. Petra Nesporého, advokáta se sídlem Puklicova 52, České Budějovice,
- žalobci f) ve výši 8.228 Kč k rukám Mgr. Roberta Nešpůrka, LL.M., advokáta se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha a
- žalobci g) ve výši 4.114 Kč k rukám Mgr. Andrey Žatkové, advokátky se sídlem Teslova 1125, Ostrava.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a dosavadní průběh řízení

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „žalovaný“) vydal dne 6. 11. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S834/2014/KD-38118/2015/851/LŠt (dále jen „*prvostupňové rozhodnutí*“), ve kterém konstatoval, že došlo ke spáchání tří správních deliktů spočívajících v jednání ve vzájemné shodě o koordinaci účasti a nabídek v příslušných výběrových (zadávacích) řízeních. Ve všech případech mělo dojít k ovlivnění výsledku výběrového řízení a narušení hospodářské soutěže na trhu inženýrského stavitelství v České republice, tedy k porušení zákazu stanoveného v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže).

[2] Uvedené delikty měly spočívat v následujícím jednání:

žalobci a) až f) v blíže neurčeném období přede dnem 30. 10. 2007 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „*R4 Mirovice – Třebkov*“, a to tak, aby nejvýhodnější nabídku podalo sdružení STRABAG-SWIETELSKY – Mirovice – Třebkov, jehož členy byli žalobci e) a f), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 30. 10. 2007 podali;

žalobci f) a g) v období nejpozději od 12. 3. 2008 do 13. 3. 2008 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „*Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích - I. etapa*“, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce f), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 12. 3. 2008 a 13. 3. 2008 podali a

žalobci f) a g) v období nejpozději od 27. 2. 2006 do 28. 2. 2006 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku „*Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni*“, vyhlášenou městem Třeboň v roce

pokračování

2006, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce g), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 28. 2. 2006 podali.

Tato jednání byla žalobcům do budoucna zakázána a každému z žalobců byla uložena pokuta a povinnost uhradit náklady řízení. Správní řízení ve věci možného správního deliktu spočívajícího „v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrovém řízení pro veřejnou zakázku Revitalizace návsí Stará Pohůrka“ bylo zastaveno pro uplynutí lhůty pro uložení pokuty.

[3] Proti prvostupňovému rozhodnutí podali žalobci rozklady, které předseda žalovaného v záhlaví označeným rozhodnutím z podstatné části zamítl. Napadené rozhodnutí změnil toliko ve výši pokut uložených žalobcům, a to tak, že žalobci a) snížil uloženou pokutu z částky 56.405.000 Kč na 46.064.000 Kč, žalobci b) snížil uloženou pokutu z částky 16.553.000 Kč na 13.518.000 Kč, žalobci c) snížil uloženou pokutu z částky 603.208.000 Kč na 492.620.000 Kč, žalobci d) snížil uloženou pokutu z částky 648.757.000 Kč na 529.818.000 Kč, žalobci e) snížil uloženou pokutu z částky 93.317.000 Kč na 76.209.000 Kč, žalobci f) snížil uloženou pokutu z částky 614.166.000 Kč na 497.556.000 Kč a žalobci g) snížil uloženou pokutu z částky 7.014.000 Kč na 4.208.000 Kč; současně u všech uložených pokut změnil lhůtu jejich splatnosti z původních 90 dnů na 180 dnů ode dne právní moci rozhodnutí.

[4] Rozhodnutí předsedy žalovaného napadli žalobci a) až g) samostatnými žalobami, které Krajský soud v Brně (dále jen „*krajský soud*“) usnesením vydaným dne 16. 2. 2017 pod č. j. 30 Af 29/2016 – 204, spojil ke společnému projednání. Pro značný rozsah žalob Nejvyšší správní soud na tomto místě pouze stručně shrne žalobní námitky, přičemž v podrobnostech odkazuje na část III. napadeného rozsudku.

- i. Žalobce a) ve své žalobě namítal uplynutí lhůty pro uložení pokuty; neexistenci důvodného podezření, pro zahájení správního řízení; bezbřehé vymezení předmětu řízení; nezákonné provedení místního šetření ve stylu tzv. *fishing expeditions* (dále též „*lov informací*“ či „*rybářská výprava*“), a to bez předchozího povolení soudu a následné možnosti soudní kontroly; nepoužitelnost důkazů získaných během místních šetření; nesouhlas s částečnou změnou prvostupňového rozhodnutí; neprovedení některých důkazů; nedostatečné prokázání viny; nesprávné (příliš široké) vymezení relevantního trhu a nesprávné stanovení výše uložené pokuty.
- ii. Žalobce b) v žalobě namítal uplynutí lhůty pro uložení pokuty; nedostatek podmínek pro zahájení správního řízení; nezákonné opatření důkazů; neprokázání viny spolu s porušením zásady *in dubio pro reo* a nesprávné stanovení výše uložené pokuty.
- iii. Žalobce c) namítal uplynutí lhůty pro uložení pokuty; neexistenci důvodného podezření ze spáchání protisoutěžního deliktu; selektivní a diskriminační postup proti němu a proti žalobci f); příliš obecné a neurčité vymezení předmětu správního řízení, které implikovalo snahu účelově provést tzv. *fishing expeditions*; porušení dosavadní správní praxe žalovaného; nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí; nezákonnost místních šetření a nepoužitelnost důkazů, které při nich byly získány; stanovení nepřiměřeně krátkých lhůt k vyjádření; odlišný přístup žalovaného k návrhům různých účastníků na přerušování řízení; nepřípustné dovozování porušení zákona ve vztahu k zakázce „*Revitalizace návsí Stará Pohůrka*“, u které došlo k

zániku odpovědnosti za správní delikt; podjatost úředních osob; nesprávně zjištěný skutkový stav věci a neprokázání viny; nesprávné (příliš široké) vymezení relevantního trhu a obratu; nesprávné stanovení výše uložené pokuty; nezohlednění individuálních okolností případu a polehčujících okolností.

- iv. Žalobce d) namítal, že dokument SW A6 je nezákonně získaným důkazem; dále bezbřehé vymezení předmětu řízení, které neodpovídalo anonymnímu podání; porušení práva na obhajobu v důsledku nedovoleného náhodného opatřování důkazů (*fishing expeditions*); neseznámení účastníků řízení s podklady pro rozhodnutí; neprokázání viny; nesprávné vymezení relevantního trhu a nesprávné stanovení výše uložené pokuty.
- v. Žalobce e) ve své žalobě namítal neexistenci důvodného podezření pro zahájení správního řízení; neověření pravdivosti údajů obsažených v policií postoupeném anonymním podání před zahájením správního řízení; nepřípustné vymezení předmětu řízení; způsob vedení řízení ve stylu *fishing expeditions*; nepoužitelnost důkazů; místní šetření provedené bez předchozího povolení soudem a následné možnosti účinné soudní kontroly; neprokázání viny; neprovedení navrhovaných důkazů; nesprávné vymezení relevantního trhu a nesprávné stanovení výše uložené pokuty.
- vi. Žalobce f) namítal nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z důvodu nevypořádání jeho námitek, neprovedení navrhovaných důkazů a jeho vnitřní rozpornosti; neexistenci důvodného podezření k zahájení správního řízení; neověření pravdivosti tvrzení obsažených v podnětu a odlišnost skutkového stavu od těchto tvrzení; neurčité vymezení předmětu řízení a nedovolené vedení řízení na bázi tzv. rybářských výprav (*fishing expeditions*); nezákonnost místních šetření a nepoužitelnost důkazů při nich získaných; další procesní pochybení (odmítnutí ústního jednání, rozdělení správního řízení do dvou samostatných řízení, stanovení krátkých procesních lhůt); nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu; neprokázání viny a nesprávné stanovení výše uložené pokuty.
- vii. Žalobce g) pak namítal neexistenci důvodného podezření k zahájení správního řízení; nepřiměřeně široké vymezení předmětu řízení; nesprávný postup žalovaného vykazující znaky tzv. *fishing expeditions*; nezákonné opatření důkazů; stanovení nepřiměřeně krátkých procesních lhůt; další procesní vady (nezákonné vyloučení věci k samostatnému projednání, porušení zásady nevěřejnosti řízení nepřipadné věcné vyjádření se žalovaného k zakázce „*Revitalizace návsí Stará Pohůrka*“ a další dílčí vady ve vztahu k dokazování a ve vztahu k druhostupňovému řízení); neprokázání viny; nesprávné vymezení relevantního trhu a nesprávné stanovení výše uložené pokuty.

[5] Krajský soud při posuzování věci vycházel z následujícího skutkového stavu. Policie ČR postoupila žalovanému dne 20. 6. 2012 nedatované anonymní podání, jehož obsah se týkal veřejných zakázek vyhlášených městem Písek a možné kartelové dohody mezi uchazeči. Konkrétně se mělo jednat o 3 veřejné zakázky nazvané: „*Povrchová úprava komunikace – ul. Otakara Jeremiáše*“, „*ZTV sv. Václav – I. etapa*“ a „*Povrchová oprava místní komunikace Zeyerovy v Písku*“. Na základě toho bylo dne 31. 7. 2012 pod sp. zn. S426/2012/KD zahájeno správní řízení s žalobci c) a f), a to doručením oznámení o zahájení správního řízení ze dne 30. 7. 2012. V něm byl předmět správního řízení vymezen jako možné porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, které žalovaný

pokračování

specifikoval jako „jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi stranami správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, a to zejména ve výběrových řízeních vyhlášených veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012“. Současně se zahájením správního řízení, provedl žalovaný místní šetření v obchodních prostorách obou účastníků řízení [žalobců c) a f)].

[6] V níže uvedené posloupnosti žalovaný postupně rozšiřoval okruh účastníků správního řízení (doručoval soutěžním subjektům oznámení o účastenství v řízení), přičemž v obchodních prostorách většiny z nich [vyjma žalobce d) a spol. VODOX s.r.o.] rovněž provedl místní šetření:

- dne 19. 2. 2013 u spol. K – BUILDING CB, a. s., SaM silnice a mosty a.s. a žalobce e);
- dne 20. 2. 2013 u spol. Stavební firma UNIKO spol. s r.o. v likvidaci;
- dne 17. 4. 2013 u žalobce a);
- dne 6. 11. 2013 u žalobce g);
- dne 27. 11. 2013 u žalobce b);
- dne 2. 12. 2013 u spol. F. Kirchhoff Silnice s.r.o. v likvidaci;
- dne 3. 12. 2013 u žalobce d);
- dne 28. 5. 2014 u spol. Radouňská vodohospodářská společnost, a.s.;
- dne 17. 6. 2014 u spol. OHL ŽS, a. s.
- dne 24. 6. 2014 u spol. MANE STAVEBNÍ s. r. o. a
- dne 27. 6. 2014 u spol. VODOX s.r.o.

Všechna tato místní šetření provedl stěžovatel na základě shodného vymezení předmětu řízení jako první dvě místní šetření u žalobců c) a f).

[7] V přípisu ze dne 9. 10. 2014 žalovaný upřesnil předmět správního řízení tak, že uvedl konkrétní veřejné zakázky, kterých se týká možné porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Následně dne 13. 10. 2014 vydal žalovaný podle § 140 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, usnesení o vyloučení části řízení k samostatnému projednání. Tato část řízení byla nadále vedena pod sp. zn. S834/2014/KD a týkala se zakázek „R4 Mirovice – Třebkov“, „Revitalizace návsí Stará Pohůrka“, „Písek – rekonstrukce lokality na Bakalářích – I. etapa“ (dále jen „Bakaláře Písek“) a „Rekonstrukce Jeronýmovy ulice v Třeboni“ (dále jen „Jeronýmova Třeboň“). Okruh účastníků tohoto vyloučeného řízení zahrnoval všechny výše zmíněné společnosti vyjma společností Radouňská vodohospodářská společnost, a.s., OHL ŽS, a. s. a VODOX s.r.o. Předmět vyloučeného správního řízení žalovaný ještě drobně upřesnil přípisem ze dne 8. 12. 2014 tak, že přibral žalobce a) jako účastníka řízení týkajícího se zakázky „Revitalizace návsí Stará Pohůrka“.

[8] Písemným vyrozuměním ze dne 22. 7. 2015 žalovaný sdělil účastníkům vyloučeného řízení své výhrady k dohodám a stanovil jim lhůtu 21 dnů od doručení sdělení výhrad k případným návrhům na doplnění dokazování. Usnesením ze dne 15. 10. 2015 žalovaný zastavil řízení ve vztahu ke společnosti F. Kirchhoff Silnice s. r. o. v likvidaci, z důvodu jejího zániku. Ve vztahu ke zbývajícím jedenácti účastníkům řízení vydal žalovaný výše uvedené rozhodnutí, přičemž sedm z nich [žalobci a) až g)] podalo proti tomuto rozhodnutí rozklad. O rozkladu žalovaný rozhodl žalobou napadeným rozhodnutím tak, jak bylo podáno výše.

[9] Po posouzení věci krajský soud shledal žaloby důvodnými. Nejprve konstatoval, že napadené rozhodnutí považuje za přezkoumatelné a vyhodnotil subjektivní i objektivní prekluzivní lhůty k uložení pokut žalobcům jako zachované. Ostatní námitky žalobců shrnul do tří základních okruhů, na něž se primárně zaměřil, a to:

- i. (ne)existence důvodného podezření pro zahájení správního řízení,
- ii. vymezení předmětu řízení a
- iii. provedení místních šetření způsobem tzv. *fishing expeditions*, navíc bez předchozího přivolení soudem a možnosti následné efektivní soudní kontroly.

ad i.)

Krajský soud konstatoval, že z anonymního oznámení postoupeného žalovanému Policií ČR „je zřejmé, že se jednalo o tři skutečně konkrétní, existující a probíhající zadávací řízení.“ Podle soudu ze správního spisu sice není zřejmé, že by žalovaný informace obsažené v oznámení blíže analyzoval či ověřoval, nelze však vyloučit, že neformální interní rozbor ze strany žalovaného proběhl a bylo tak možné zahájit správní řízení. V souhrnu se tedy „jednalo o takové poznatky, které byly s to založit důvodné podezření z porušení zákazu stanoveného zákonem o ochraně hospodářské soutěže.“

ad ii.)

Podle názoru krajského soudu mělo vymezení předmětu řízení věcně vycházet z podezření pojatého žalovaným na základě anonymního oznámení, které se „zcela jasně týkalo tří konkrétních zakázek zadávaných městem Písek v roce 2012“. Ze správního spisu totiž nevyplývají žádné poznatky, které by mohly opodstatňovat jakékoli širší zaměření správního řízení. Jakkoli je, s ohledem na obsah anonymu, možné připustit, že nemuselo zůstat jen u uvedených tří zakázek, není možné připustit v podstatě „bezhraniční a všeobíhající“ vymezení předmětu řízení tak, že půjde o koordinaci účasti a nabídek „ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví“. K tvrzení žalovaného o nefunkční soutěži soud poznamenal, že by bylo adekvátní provedení sektorového šetření, případně výkon dozoru. Podle soudu je dále nezbytné, aby oznámení o zahájení správního řízení trestního charakteru obsahovalo vylíčení skutku a jeho předběžnou kvalifikaci; jednání v projednávané věci však „bylo vymezeno typově s téměř nulovou individualizací.“ Nebylo přitom možné vzít v potaz ani to, co bylo uvedeno za slovem „zejména“, jelikož tohoto příkladného zaměření se žalovaný neodržel. Neobstojí ani tvrzení žalovaného, že se jednalo o počáteční fázi řízení, neboť i přesto bylo možné předmět řízení identifikovat tak, aby bylo zřejmé, jakého skutku se bude řízení týkat.

ad iii.)

Ve všech pověřeních k provedení místního šetření se jeho účel shodoval s předmětem řízení vymezeným v oznámení o zahájení řízení a v oznámeních o účastenství v řízení. Podle krajského soudu byl tudíž „rozsah pověření k místnímu šetření neodůvodněně široký a neodůvodněně široká byla i samotná místní šetření provedená dne 31. 7. 2012.“ Ze správního spisu lze pak „dovodit, že tato místní šetření nebyla zaměřena pouze na zakázky zadávané městem Písek a už vůbec ne jen na tři shora zmíněné zakázky zadávané městem Písek v roce 2012.“ Žalovaný se měl vyvarovat tzv. lovu informací, což neučinil. Při posouzení místních šetření vyšel krajský soud z obecného východiska, podle něhož lze místní šetření považovat za zákonné, pokud bylo nezbytné, tj. především přiměřené uvedenému legitimnímu cíli. Místní šetření je přiměřené, pokud vyhoví testu vhodnosti, délky a rozsahu. Podle krajského soudu *musí existovat proporcionální vztah (doslova rovnítko)*

pokračování

mezi rozsahem podezření, rozsahem pověření a rozsahem samotného šetření; v posuzovaném případě tomu tak nebylo. Místní šetření provedená dne 31.7.2012 lze pokládat za odůvodněná a časově přiměřená, avšak nevyhovující, pokud jde o jejich rozsah. Sám žalovaný se přitom usvědčuje ze zakázaného lovu informací, když připouští, že v rámci šetření u žalobců c) a f) bylo zjištěno, že šetřené jednání se nemusí týkat pouze let 2011 a 2012 a že se ho mohli účastnit i další soutěžitelé, proto byli přibráni další účastníci a byla prováděna další šetření. Podezření z manipulace tří konkrétních zakázek zadávaných městem Písek se pak nepotvrdilo. U dalších čtyř místních šetření v obchodních prostorách žalobců lze pochybovat o jejich vhodnosti a vůbec není pochyb ohledně jejich rozsahu, který se již zcela vymkl rámci danému původním podezřením.

[10] Krajský soud dospěl k závěru, že u zakázek „*Bakaláře Písek*“, „*Jeronýmova Třeboň*“ a „*R4 Mirovice – Třebkov*“ žalovaný správně zkoumal jednotlivé fáze předmětných správních deliktů, a sice: fázi sladování a fázi realizace, vč. příčinné souvislosti mezi nimi, nicméně závěr o prokázání existence kontaktů a koordinace (sladování) mezi žalobci, jejichž důsledkem bylo jednání na trhu (realizace), neobstojí, „*neboť je vystavěn na nezákonně získaných důkazech při jednotlivých místních šetřeních.*“ U prvních dvou uvedených zakázek nebylo možno dovodit vzájemnou komunikaci a sladování záměru účastníků z ničeho jiného, než z nezákonně získaných důkazů; u třetí uvedené zakázky byly stěžejním důkazem sladovací fáze některé části nezákonně získaného dokumentu SW A6, ostatní důkazy se vztahovaly pouze k fázi realizace, což samo o sobě není dostačující, neboť „*vzájemné sladování (koordinaci) mezi žalobci nelze bez dalšího (dokazování a úvah) presumovat pouze z jejich následného jednání na trhu doloženého dalšími – již použitelnými – důkazy v podobě zadávací dokumentace, podaných nabídek, cen a vůbec celého průběhu předmětných veřejných zakázek.*“ Krajský soud tak napadené rozhodnutí zrušil pro vady řízení a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení, přičemž jej zavázal svým právním názorem, podle něhož se žalovaný „*dopustil závažné procesní vady v podobě překročení rozsahu místních šetření, která tak nemohou obstát z hlediska nezbytnosti (přiměřenosti) a je nutno je považovat za nezákonná; v důsledku toho nelze použít důkazy získané během těchto nezákonných místních šetření a v návaznosti na to pak nelze než konstatovat, že skutkový stav, který vzal žalovaný správní orgán za základ svého rozhodnutí, nemá oporu ve správním spise.*“

II. Obsah kasační stížnosti a navazujících vyjádření

II. A. Kasační stížnost

[11] Žalovaný (dále jen „*stěžovatel*“ či „*Úřad*“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „*s. ř. s.*“). Navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a vrátil věc krajskému soudu k dalšímu řízení.

[12] V prvním okruhu kasační argumentace se stěžovatel podrobně zabýval podstatou *bid riggingu*, přičemž zejména uvedl, že ve většině případů jde o jednání přesahující izolované útoky v rámci jednotlivých zadávacích řízení, obvykle spojené s rozdělením trhu, a to nejčastěji ve formě rotace - tedy schématu, ve kterém každé výběrové řízení vyhraje jiný účastník dohody, takže se pravidelně střídají. Komplexní *bid riggingové* jednání pak bude mít pravděpodobně podobu pokračujícího nebo trvajících deliktů. „*Přitom obecně platí, že čím větší je počet účastníků bid riggingového jednání, tím komplexnější takové jednání musí být, má-li být pro všechny účastníky takové zakázané dohody profitabilní.*“ Oblast stavebních zakázek je podle stěžovatele trhem, který je *bid riggingem* zvláště

ohrožen. *Bid riggingové* dohody jsou ve své komplexnosti jen velmi obtížně prokazatelné, „nalezeny jsou mnohdy pouhé střípky informací, vztahujících se pouze k určitým obdobím a určitým zakázkám. I jednání, které fakticky mělo velmi komplexní podobu, tak může být prokázáno pouze v části skutečného rozsahu, což může ve svém důsledku vést k procesnímu rozdělení původně stíhaného deliktu (komplexní zakázané dohody) na dílčí jednání, týkající se pouze některých částí skutečného časového či věcného rozsahu. To však neznamená, že se původní podezření nenaplnilo - naopak, je zřejmé, že k deliktnímu jednání skutečně došlo, byť bylo ve výsledku prokázáno pouze v části skutečného rozsahu.“ Při vyhodnocování podnětu týkajícího se *bid riggingového* jednání je proto zásadní zvážení počtu údajných účastníků dohody, oblasti, v níž mělo k zakázané dohodě dojít a dalších indicií týkajících se komplexní povahy či trvání dohody.

[13] Stěžovatel dále provedl podrobnou analýzu obsahu anonymního podnětu, z něhož dle jeho názoru vyplynulo podezření na rozsáhlé *bid riggingové* jednání, neboť se v něm mimo jiné hovořilo o rozdělení zadavatelů podle regionů a o tom, že jedním z mechanismů pro donucení ke spolupráci je vstup na území jiného dodavatele s nasazením nízkých cen. Vymezení předmětu řízení tedy odpovídá úvodnímu podezření, které vyplynulo z analýzy podnětu. Stěžovatel nemohl předem s jistotou vyloučit, že by systém rozdělení nedopadal i na zadavatele, kteří neměli postavení veřejného zadavatele. Z podnětu bylo doloženo, že rozdělení trhu muselo vzniknout nejpozději v roce 2011, případně dříve, což nebylo možné ověřit bez provedení místního šetření. Podle podnětu byly hlavními účastníky největší společnosti, které se pohybují napříč oblastí stavebnictví, nebylo tudíž možné zcela přesně vymezit relevantní trh. Slovo „*zejména*“ pak mělo indikovat, že zakázané jednání může mít širší rozsah, avšak úvodní podezření zahrnuje jistě minimálně vyjmenované prvky. K tomu, že tři zakázky zmíněné v podnětu dopadly jinak, než tam bylo nastíněno, stěžovatel uvedl, že tato řízení byla teprve chystána a popisované jednání mělo stále probíhat, podle aktuální situace či hrozby odhalení tak mohlo být jednání zúčastněných snadno změněno. Podání nabídek nadto bezprostředně předcházelo zahájení řízení a provedení místních šetření u žalobce c) a f), ze strany stěžovatele tak nebyl dán prostor pro další vyčkávání, neboť tím by se zvyšovala pravděpodobnost vyzrazení chystaného místního šetření, a tedy ztráty momentu překvapení. Nebylo tudíž na místě řízení ve vztahu k těmto třem zakázkám zastavovat, provedení místních šetření mělo naopak vést k rozkrytí celého zakázaného jednání. Stěžovatel nemohl legitimně předvídat, že ve výsledku neshromáždí důkazy prokazující toto jednání.

[14] Podle názoru stěžovatele nebylo na místě využít sektorového šetření. Sektor stavebnictví byl nadto předmětem jeho zájmu již od roku 2011, kdy „*zachytil v médiích informace o tom, že ceny zakázek zadávaných veřejnými zadavateli jsou příliš vysoké a neodpovídají cenám tržním.*“ Rozhodl se proto provést sektorové šetření, v rámci něhož bylo přípisem ze dne 13. 4. 2011 osloveno Ředitelství silnic a dálnic. „*Na základě obdržených dat pak byl vypracován přehled toho, jaké společnosti se těchto zakázek účastní, jaká sdružení vytváří, jak je tomu se subdodávkami atd., tento přehled měl sloužit jako předběžný průzkum odvětví a podklad pro šetření podnětů, které se v období 2011 – 2012 objevovaly.*“ K důkazu stěžovatel přiložil elektronickou verzi citovaného přípisu a tabulku, do níž byla shromážděná data zaznamenána. Spis předběžného šetření nebyl se správním řízením propojen, jelikož sektorové šetření se zaměřovalo na zakázky s vyšší hodnotou. Podnět tedy stěžovatel obdržel v období, kdy prováděl sektorové šetření; z úřední činnosti mu tak bylo známo, že v daném odvětví by mohla být narušena hospodářská soutěž. V rámci

pokračování

prověření obdržení podnětu byly provedeny rešerše o aktivitách žalobců c) a f) v zadávacích řízeních pouze z veřejně dostupných zdrojů, proto je stěžovatel nezařazoval do spisu. Ke kasační stížnosti stěžovatel přiložil dvě tabulky s přehledem zadávacích řízení, jichž se účastnili žalobci c) a f) v roce 2012. Rovnítko mezi obsahem podezření - účelem místních šetření a jejich průběhem podle stěžovatele existovalo. Není možné po stěžovateli požadovat, aby měl na počátku správního řízení jasnou představu o trvání a rozsahu jednání, k tomuto upřesnění má sloužit právě provedení šetření.

[15] Stěžovatel také namítal, že „[z]ákladním východiskem při posuzování legality procesních úkonů je to, že je třeba je posuzovat podle právního stavu platného v době jejich provedení.“ K tomu odkázal na nálezn Ústavního soudu ze dne 7. 5. 2014, sp. zn. pl. ÚS 47/13, podle kterého „[t]ímto právním stavem je třeba rozumět nejen formální novelizace provedené úpravou pozitivního práva, ale též úpravou výkladu materiálního obsahu jednotlivých ustanovení psaného práva soudy.“ V roce 2012 stěžovatel k provedení místního šetření nepotřeboval žádný formální dokument, měl pouze povinnost šetřenému soutěžiteli sdělit informace o tom, jaký je právní důvod a účel šetření a poučit ho o jeho právech a povinnostech, forma poučení přitom nebyla stanovena; to se změnilo právě koncem roku 2012. Je také třeba mít na zřeteli odlišnosti unijní a národní procesní úpravy. Krajský soud „rozsudky ve věcech Nexans a Deutsche Bahn používá výhradně z pohledu obecných závěrů týkajících se podmínek neadresného lovu informací. Při srovnání skutkových okolností těchto případů a právě posuzované věci je však jednoznačně patrné, že k podobným vykročením z rámce úvodního podezření nedochází.“ Odlišnost procesní úpravy Komise a zákona o ochraně hospodářské soutěže potvrzuje i nejnovější judikatura Nejvyššího správního soudu, podle níž nelze nároky na přesnost a obsah pověření k provedení místního šetření či jeho odůvodnění automaticky přebírat z unijní judikatury (k tomu odkázal konkrétně na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2017, č. j. 6 As 113/2017 – 83).

[16] Krajský soud podle stěžovatele posuzoval nároky na vymezení předmětu správního řízení prizmatem nedůvodně úzkého výkladu úvodního podezření. Objevení další zasažené zakázky spadající pod stejnou *bid riggingovou* dohodu by však bylo zjištěním dalšího dílčího útoku; až poté, co se nepotvrdilo původní podezření ohledně spáchání pokračujícího deliktu, mohl stěžovatel shledat, že šlo o několik samostatných skutků - právě z toho důvodu upřesnil předmět řízení. Není také pravda, „že by takto nevznikla v dostatečné podobě překážka věci rozhodnuté – naopak, pokud by byla *bid riggingová* dohoda odhalena a odstihána jako pokračující delikt, zahrnula by nejen ta výběrová řízení, která by Úřad explicitně postihnul v podobě jednotlivých dílčích útoků, ale i další narušená výběrová řízení, která Úřad během správního řízení neodhalil.“ Účastníci řízení přesně věděli, z jakého jednání jsou obviněni a měli dostatek prostoru pro konkrétní obranu, což se promítlo do rozsahu jejich obhajoby. Krajský soud jde ve svých požadavcích nad rámec právní úpravy, jeho výklad by však neměl být bezbřehý, neboť „to by ve svém důsledku vedlo k tomu, že Úřad nebude mít k dispozici efektivní procesní nástroje nezbytné k tomu, aby mohl vykonávat své poslání, a institut místního šetření se stane materiálně prázdnou deklarací.“ Co se týče požadavku na specifikaci povahy hledaných dokumentů, takto přesnou představu stěžovatel před provedením místního šetření mít nemůže. Rozluštění krycích taktik účastníků nemusí být snadné, nelze je předvídat a často není možné je detekovat ani v průběhu šetření na místě. Místní šetření je nadto omezené i časově, neboť i délka je jedním z kritérií pro vyhodnocení jeho přiměřenosti. Průběh šetření je zachycen v

protokolu, šetření jsou přítomni zástupci šetřeného podniku a nezřídka jsou přizváni specializovaní advokáti, zjevné excesy představující zásah do práva na soukromí jsou tak velmi snadno odhalitelné. Je vždy třeba postupovat proporcionálně tak, aby Úřad nebyl zbaven svých klíčových vyšetřovacích pravomocí a zároveň byl dodržen nezbytný standard ochrany práv vyšetřovaných subjektů. Stěžovatel nadto podle svého názoru vyhověl i požadavkům vyplývajícím z unijního práva v roce 2012.

[17] Stěžovatel taktéž upozornil na to, že je oprávněn provést místní šetření i mimo rámec správního řízení či sektorového šetření, a to namátkovým způsobem, k jehož provedení zákon o ochraně hospodářské soutěže výslovně nevyžaduje prvotní podezření. Dokonce se připouští, aby již při místním šetření stěžovatel získával informace, z nichž podezření teprve vyplyne. Důkazy získané během takto provedených namátkových kontrol jsou přitom plně využitelné pro vedení správního řízení. Pokud tedy stěžovatel „mohl důkazy získat formou namátkové kontroly bez nutnosti existence podezření na protizákonné jednání a jednalo by se stále o důkazy zákonné, nemohou být za nezákonné považovány ani důkazy, které byly zajištěny na místním šetření, které proběhlo v návaznosti na konkrétní podezření a v rámci řádně zahájeného správního řízení, což v důsledku zajišťuje účastníkům takového řízení nesrovnatelně vyšší ochranu práv.“

II. B. Stručné shrnutí vyjádření žalobců

[18] Všichni žalobci podali ke kasační stížnosti obsáhlá vyjádření, ve kterých podpořili závěry napadeného rozsudku a navrhli, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl. Souhlasili se závěrem krajského soudu, že stěžovatel z anonymního podnětu nemohl získat podezření o rozsáhlé *bid riggingové* dohodě, a že předmět řízení vymezil příliš široce. Ani rozsah provedených místních šetření neodpovídal rozsahu podezření před jejich provedením. Jednalo se o zakázané tzv. *fishing expeditions*, stěžovatel proto nemohl použít důkazy získané na těchto místních šetřeních.

[19] Žalobce a) vnímal kasační stížnost jako obhajobu postupu stěžovatele. Nad rámec výše uvedeného poznamenal, že z ničeho neplyne, že by krajský soud nechápal či podceňoval principy *bid riggingu*; stěžovatel se naopak usvědčuje, že se nesnažil nalézt důkazy osvědčující jeho teorie. Zcela mimo byla dle žalobce a) úvaha o hrozbách „*obsazení regionu*“, když účastníci převážně působí celorepublikově. Zdůraznil také, že při rozboru rozsahu úvodního podezření dospěl stěžovatel k závěrům, které neplynou ze správního spisu. Na tom nemůže nic změnit ani tvrzení, že v roce 2011 stěžovatel „*zachytil v médiích*“ informace o vysokých cenách veřejných zakázek a provedl sektorové šetření. Obchodní název žalobce a) se objevil až na nezákonně získaném dokumentu SW A6 zabaveném u žalobce e) dne 19. 2. 2013, který navíc ve vztahu k němu netvoří nepochybný ucelený řetězec důkazů. Dále žalobce a) upozornil, že v rozsáhlém exkurzu do vývoje komunitární judikatury stěžovatel odmítá či odlišně interpretuje vše, co nepodporuje jeho teze, případně namítá, že judikatorní závěry byly učiněny až poté, co provedl některé kroky. Stěžovatel podle něj připustil, že se nepodařilo prokázat jeho „*přvodní široké podezření*“, nicméně našel důkazy pro tři konkrétní skutky, což je však v rozporu s jeho tvrzením, že na tyto dílčí skutky je nutno procesně nahlížet jako na pokračování jediného trvajících deliktu.

[20] Podle žalobce b) zůstalo pojednání stěžovatele o podstatě *bid riggingu* v teoretické rovině. Žalobce b) se v pozici obviněného ocitl až na základě důkazů nezákonně získaných

pokračování

v rámci lovu informací. Ani nové podklady přiložené ke kasační stížnosti pak neobsahují žádné skutečnosti, které by ospravedlňovaly tak široké podezření. Dodal také, že stěžovatel ve správním řízení údajnou existenci „globální bid riggingové dohody“ nijak neakcentoval a sektorové šetření se týká pouze žalobců c) a f). Mezi informacemi v podnětu a postiženým jednáním navíc neexistuje věcná, časová, ani osobní souvislost. Konstrukce stěžovatele o pokračujícím deliktu je podle žalobce b) absurdní a rozporná s dosavadní praxí soudů i stěžovatele; její aplikace by znamenala, „že postižení soutěžitele za jeden dílčí útok pokračujícího deliktu (uzavření bid riggingové dohody) by znamenalo překážku ne bis in idem ohledně všech případných dalších bid riggingových dohod, kterých se v rozhodném období soutěžitel účastnil, ačkoliv by mezi těmito dohodami nemusela být naprosto žádná věcná souvislost.“ Extrémně široké vymezení skutku se nadto rozcházelo i s tehdy existující judikaturou. Taktéž uvedl, že kdyby byl rozhodující tehdejší stav judikatury pro posouzení legality úkonů správního orgánu, bylo by to v rozporu se základními parametry českého právního systému; stěžovatel navíc výklad judikatury vzniklé po zahájení řízení překrucuje. Jeho postup nemůže ospravedlnit ani odlišnost procesní úpravy řízení před Komisí. Zahrnutí své osoby mezi účastníky údajné kartelové dohody týkající se zakázky „R4 Mirotice – Třebkov“ označil žalobce b) za nesmyslné a ničím nepodložené.

[21] Žalobci c) se kasační stížnost jevila jako účelová a argumenty v ní obsažené považoval za vykonstruované *ex post*. Absence podkladů, které stěžovatel nyní předkládá, ve správním spise podle něj prokazuje nesmyslnost argumentů o širokém důvodném podezření a porušení zásady zákonnosti a procesních práv účastníků řízení. Část kasační stížnosti týkající se charakteru *bid riggingu* je nadto pouze teoretická. Upozornil, že z předložených tabulek nelze dovodit jakákoli kompenzační schémata nebo postupy a odmítl tvrzení, že se má naplnit podezření na pokračující delikt i pokud se podaří prokázat jen jeho jednotlivé skutky. Stěžovatel navíc naznačuje, že ať by zadávací řízení uvedená v anonymu dopadla jakkoli, bylo by to z jeho pohledu potvrzením kartelového jednání. Neopodstatněné jsou podle žalobce c) i domněnky o vytvoření překážky věci rozhodnuté a nemožnosti předvídat, že nebudou shromážděny důkazy prokazující dlouhodobější jednání. Stěžovatel v obdobných případech v minulosti postupoval zcela odlišně. Žalobce c) také připomněl, že účastníkům správního řízení bylo oznámeno, jaké jednání je jim kladeno za vinu, teprve vyrozuměním ze dne 22. 7. 2015, kterým jim v souladu § 7 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže stěžovatel sdělil své výhrady k dohodám a uvedl, že by bylo vhodné provést sektorové šetření. Údajná realizace sektorového šetření je přitom irelevantní, jelikož dokumenty předkládané s kasační stížností a s tím spojená argumentace nebyly nikdy dříve uplatněny a nejsou součástí správního spisu. Závěry ze sektorového šetření se navíc nevztahují k trestnímu oznámení a neodůvodňují provedení místních šetření, neboť z nich není seznatelné, co vlastně stěžovatel zjistil. Tyto soubory také nemohly být „podkladem pro šetření podnětů, které se v období 2011 – 2012 objevovaly“, neboť dva z nich byly vytvořeny dne 24. 7. 2012 a jeden až v roce 2013. Dále žalobce c) dodal, že napadený rozsudek se sice odvolává i na judikaturu vytvořenou po zahájení řízení, ta se však týká i předchozích nezákonných postupů orgánů v oblasti hospodářské soutěže. Nepřípadné je podle žalobce c) i tvrzení stěžovatele, že z komunitární rozhodovací praxe v dané věci nelze vycházet; napadený rozsudek je založen i na robustní judikatuře týkající se správního procesu obecně. Podle názoru žalobce c) napadený rozsudek nemůže nijak zasáhnout do výkonu dozorových

funkcí stěžovatele; tvrzení ohledně možnosti provádění namátkových kontrol považoval žalobce c) za účelová.

[22] Žalobce d) vyjádřil přesvědčení, že stěžovatel si byl a je vědom svého nesprávného postupu ve věci a nyní se jej pouze snaží zakrýt účelovými tvrzeními. Nad rámce shora uvedeného dodal, že i kdyby bylo možno interpretovat donucovací praktiky žalobce f) jako indicii dohody o rozdělení trhu, v žádném případě by nebylo možné dospět k závěru o existenci časově neomezené dohody. Za nepravdivé považoval tvrzení stěžovatele, že napadený rozsudek ohrožuje efektivitu místního šetření, poněvadž zákaz libovůle efektivitu ohrožovat nemůže. Tvrzení stěžovatele o právu účastníků řízení nahlížet do spisu se podle žalobce d) naprosto míjí s odůvodněním napadeného rozsudku, stejně tak jako tvrzení týkající se sektorového šetření. Krajský soud netvrdil, že měl stěžovatel provést sektorové šetření, ale dospěl ke správnému závěru, že pro jeho provedení chyběl legitimní důvod. Svá tvrzení o realizaci sektorového šetření a poznacích „z úřední činnosti“ pak stěžovatel nedoložil, z předložené „žádosti o poskytnutí informací a podkladů“ je zjevné, že nešlo o sektorové šetření a z předložených tabulek nic nevyplývá. Pokud jde o řešerše aktivit žalobců c) a f), stěžovatel se přiznal, že podklady, z nichž vycházel, nezařadil do správního spisu. Rozsah toho, co může stěžovatel šetřit při „namátkové kontrole“ je podle žalobce d) užší, než v případě místního šetření realizovaného ve správním řízení. Stěžovatel se také dovolává rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2011, č. j. 5 Aps 4/2011 – 326, nicméně podle žalobce d) účelově pomíjí části jeho odůvodnění, které mu zdůrazňují povinnost šetřit základní práva soutěžitelů a respektovat princip proporcionality. Žalobce d) dále vyjádřil přesvědčení, že ústavněprávní limity výkonu veřejné moci nenabývají účinnosti až v návaznosti na explicitní judikaturu; nadto byly tyto limity stěžovateli podrobně vyloženy již před realizací prvních místních šetření, a to ve výše specifikovaném rozsudku. Žalobce d) též popřel tvrzení stěžovatele o nemožnosti aplikace požadavků kladených na provádění místních šetření unijní judikaturou, tyto požadavky totiž pramení z právních zásad Evropské unie, jež vychází z právních řádů členských států; odlišný rozsah procesních práv účastníků řízení na tom nemůže nic změnit.

[23] Žalobce e) upozornil, že kasační stížnost neobsahuje údaj o doručení napadeného rozsudku a do značné míry v ní chybí konkrétní kasační námitky; jde spíše o obhajobu postupu stěžovatele. Žalobce e) je v ČR orientován především na trh inženýrského stavitelství, tudíž se předmět řízení dotýká většiny nabídek, které podal; podotkl také, že takto vymezený předmět řízení se týká i výběrových řízení, do nichž daní soutěžitelé nabídku nepodali. Stěžovatel i jeho předseda nadto opakovaně měnili tvrzení o tom, jaké podezření měl stěžovatel na počátku řízení. Stěžovatel také nikde neuvedl, na základě jakých skutečností dovodil, že tři zakázky zmíněné v podnětu mají blízkou souvislost časovou a v předmětu útoku s jinými potenciálními správními delikty, ohledně nichž „lovil informace“; stejně tak neuvedl, jak by mělo z oznámení vyplývat podezření na vyvolání (či využití) protiprávního stavu a jeho následné udržování. Žalobce e) připustil, že v některých případech může být obtížné při zahájení řízení specifikovat skutek (potažmo i předmět řízení), nicméně je potřeba zkoumat, zda si stěžovatel omezenost informací nezavinil sám tím, že před zahájením řízení neprošetřil indicie, a též trvat na tom, že v okamžiku prvního úkonu vůči podezřelému by měl mít stěžovatel dostatek informací, aby byl schopen vymezit vytýkaný skutek způsobem umožňujícím podezřelému obhajobu. Na tom nemůže nic změnit ani argumentace stěžovatele, že nebyl dán prostor pro

pokračování

vyčkávání. Podle žalobce e) je také nepřípustné, aby stěžovatel prokazoval zákonnost svého postupu pomocí dokumentů, jež nejsou součástí správního spisu. Upozornil též na to, že nezákonnost jednání se odvíjí od právní normy a soudem je pouze *ex post* deklarována, jednání tedy není protiprávní až od uveřejnění soudního rozhodnutí. Ztotožnil se pak se stěžovatelovou myšlenkou, že „procesní úkon provedený ve správním řízení by měl být (...) považován za zákonný, byl-li v době jeho provádění učiněn v souladu s procesními předpisy platnými a účinnými v době jeho provádění.“ Současně však souhlasil s názorem krajského soudu, že tento požadavek nebyl v nyní projednávané věci naplněn. Podle něj argumentace krajského soudu rozhodnutími *Nexans* a *Deutsche Bahn* má za cíl zdůraznit, že lov informací je nedovolenou praktikou. K omlouvání nezákonného vymezení předmětu řízení tím, že by stěžovatel mohl provádět namátkové kontroly, žalobce e) uvedl, že takový přístup „by vedl k naprosté negaci nutnosti vymezení předmětu řízení v rámci správního řízení trestního charakteru a k popření práv účastníků“.

[24] Podle žalobce f) si stěžovatel přizpůsobuje rozhodná fakta k účelové obhajobě svého postupu, zkresluje či obrací závěry krajského soudu a staví svou argumentaci na nových nedůvěryhodných podkladech, které nemají oporu ve spise. Zdůraznil, že *bid rigging* mnohdy probíhá v rámci jednotlivých zakázek a stěžovatel opomíjí, že stavebnictví funguje na regionálním principu. Z nově předložených důkazů je také zřejmé, že žalobce f) je vítězem veřejných zakázek napříč ČR, tudíž nemůže „nabourávat“ žádný region. Stěžovatel podnět neprověřil, a navíc vedl správní řízení, přestože skutečnost neodpovídala informacím obsaženým v podnětu. Z většiny předložených dokumentů nelze vyvodit, kdy vznikly a co bylo jejich původním obsahem; žalobce f) přitom „předpokládá, že pokud by stěžovatel již v rámci vypořádání námitek žalobce v průběhu správního řízení předkládanými dokumenty disponoval, do spisového materiálu by je zařadil.“ Dále žalobce f) upozornil, že předseda stěžovatele v rozkladovém rozhodnutí odmítl, že by se jednalo o pokračující delikt, a že stěžovatel účelově interpretuje judikaturu tak, aby hovořila v jeho prospěch. Odmítl také tvrzení stěžovatele, že možná obrana před správními soudy může ospravedlnit nedostatky a nezákonnost vedeného správního řízení. Stěžovatel podle názoru žalobce f) dokonce popírá princip presumpce nevinny, když v kasační stížnosti konstatuje, že se sice nepodařilo komplexní delikt prokázat, ale „provedené důkazy jasně naznačují koordinaci v jednotlivých dílčích zadávacích řízeních“. To, že žalobce f) vynaložil nemalé finanční prostředky na právní zastoupení, díky čemuž se dokázal proti vykonstruovaným obviněním bránit, nemůže jít k dobru stěžovateli. Zákonné zmocnění k provádění „namátkových kontrol“ pak nemůže samo o sobě obstát jako důvod pro zásah stěžovatele do práv žalobců.

[25] Žalobce g) poznamenal, že kasační stížnost neobsahuje žádné odůvodnění k namítané nepřezkoumatelnosti. K doložení důvodnosti úvodního podezření pak stěžovatel uplatňuje nové skutečnosti a důkazy, které jsou navíc nedůvěryhodné, neboť stěžovatel setrval odkazoval na (ve správním spisu se nenacházející) analýzu stavebních zakázek zadávaných městem Písek, přičemž nyní dokládá rešerši o aktivitách žalobců c) a f) v zadávacích řízeních v celé republice v roce 2012. Z údajně provedeného sektorového šetření však podle žalobce g) stejně nelze dospět k závěru, že v daném odvětví by mohla být narušena hospodářská soutěž. Žalobce g) také setrval na svém názoru, že anonymní podnět nesplňuje nezbytnou míru věrohodnosti a určitosti. Stěžovatel předmětné správní řízení využil jako východisko pro zjištění veškerých případných protisoutěžních jednání v zadávacích řízeních v oblasti stavebnictví. Podle názoru žalobce g) by také bylo v podstatě

možné konstatovat, že stěžovatel s ním již nikdy v budoucnu nebude moci zahájit správní řízení týkající se možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže ve výběrových řízeních ve stavebnictví, a to pro překážku litispendence danou tímto řízením. Taktéž upozornil, že u něj byly zajištěny dokumenty týkající se veřejných zakázek do té doby v řízení nezmíněných. Realizované místní šetření navíc označil jako nepřiměřený zásah do své domovní svobody nesplňující podmínky proporcionality a nezbytnosti; nedostatek soudního příkazu k prohlídce a neurčitě vymezený předmět šetření podle jeho názoru nelze napravit soudním přezkumem provedeným *ex post*. Závěr stěžovatele, že se žalobce g) dopustil vytýkaných správních deliktů je přitom primárně založen na důkazech zajištěných při těchto místních šetřeních. Nesouhlasil ani s názorem stěžovatele, že účastníci jsou povinni spolupracovat v rozsahu uvedeném v předmětu šetření, aniž by byli oprávněni zkoumat správnost jeho vymezení.

[26] Žalobce e) své vyjádření doplnil dvěma dalšími přípisy, v nichž zejména opětovně poukázal na to, že stěžovatel a jeho předseda neustále mění svá tvrzení ohledně podezření v době zahájení řízení, o čemž svědčí i vyjádření předsedy stěžovatele obsažená v druhostupňovém rozhodnutí v související věci (v nevyložené části správního řízení vedeného pod sp. zn. S426/2012/KD). Žalobci a), c) a f) se s obsahem vyjádření žalobce e) ztotožnili. Žalobce c) nad rámec skutečností uvedených v doplnění vyjádření žalobce e) upozornil na skutečnost, že od počátku správního řízení ve správním spise nelze nalézt jedinou procesní stopu toho, že by stěžovatel jednání žalobců vnímal, natož šetřil, jako trvající či pokračující delikt. Podle žalobce a) pak nelze odhlédnout ani od skutečnosti, že stěžovatel uplatnil totožnou argumentaci ve stejném časovém období i v souvisejícím soudním řízení vedeném u krajského soudu pod sp. zn. 62 Af 92/2016, což nasvědčuje tomu, že po seznámení se s napadeným rozsudkem krajského soudu účelově vypracoval novou obrannou strategii.

[27] Svě vyjádření doplnil také žalobce d), který nad rámec výše uvedeného upozornil na skutečnost, že závěry krajského soudu uvedené v napadeném rozsudku potvrzuje i aktuální soudní praxe, přičemž odkázal na rozsudek Tribunálu EU ze dne 20. 6. 2018 vydaný ve věci T-328/16, *České dráhy, a.s. v. Evropská komise*.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[28] Nejvyšší správní soud nejdříve hodnotil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), osobou oprávněnou (§ 102 věta první s. ř. s.), stěžovatel je řádně zastoupen (§ 105 odst. 2 s. ř. s.) a kasační stížnost není jako celek nepřipustná (§ 102 věta druhá a § 104 s. ř. s. *a contrario*; uvedené nicméně neplatí pro všechny kasační námitky – viz odůvodnění níže).

[29] Napadený rozsudek Nejvyšší správní soud přezkoumal v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4 věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

[30] Na tomto místě je třeba připomenout, že jádro soudního přezkumu rozhodnutí správních orgánů se soustředí v řízení před krajským soudem. S tím souvisí i poměrně striktní pravidla o koncentraci řízení a možnosti vymezení žalobních bodů (tzn. též vymezení rámce soudního přezkumu) pouze ve lhůtě pro podání žaloby (viz § 71 odst. 2 s. ř. s.). V řízení před krajským soudem může být také prováděno dokazování (viz § 52 s. ř.

pokračování

s., resp. § 77 s. ř. s.). Řízení o kasační stížnosti jakožto mimořádném opravném prostředku proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu je naproti tomu řízením, v jehož průběhu je Nejvyšším správním soudem přezkoumávána správnost posouzení věci a postupu krajského soudu. Jelikož rámec soudního přezkumu byl předurčen již v řízení o žalobě, není v řízení o kasační stížnosti přípustné uplatňovat nové důvody či skutečnosti nastalé až po vydání napadeného rozhodnutí (viz § 104 odst. 4 s. ř. s. a § 109 odst. 5 s. ř. s.). To je též jedním z důvodů, proč zdejší soud zpravidla neprovádí dokazování a rozhoduje bez jednání, pouze na základě obsahu příslušných spisů (viz § 109 odst. 2 s. ř. s.).

[31] S ohledem na shora uvedené je nutno předeslat, že část kasačních námitek stěžovatele představuje tzv. skutková a právní nova ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. a § 109 odst. 5 s. ř. s., tedy kategorii námitek a tvrzení, které nejsou v řízení o kasační stížnosti přípustné.

[32] Kasační stížnost není důvodná.

III. A. Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku

[33] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.], neboť se jedná o vadu svojí povahou tak závažnou, že se jí musí zabývat z úřední povinnosti i bez návrhu stěžovatele (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.). Teprve dospěje-li k závěru, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné, může se zabývat dalšími stížnostními námitkami (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 3. 2005, č. j. 3 As 6/2004 - 105, publ. pod č. 617/2005 Sb. NSS).

[34] Stěžovatel nikterak nezdůvodnil, v čem nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku spatřuje. Podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. spočívá nepřezkoumatelnost v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé. V souladu s konstantní judikaturou Nejvyššího správního soudu (viz např. rozsudky ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, publ. pod č. 787/2006 Sb. NSS, či ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44, publ. pod č. 689/2005 Sb. NSS), lze za nesrozumitelná obecně považovat rozhodnutí, jejichž výrok je vnitřně rozporný nebo nevhodně formulovaný takovým způsobem, že rozhodnutí ve svém důsledku nikoho nezavazuje, dále rozhodnutí, u nichž nelze rozlišit výrok od odůvodnění, či rozhodnutí, z nichž není patrné, kdo je jeho adresátem apod. Nedostatkem důvodů pak nelze rozumět dílčí nedostatky odůvodnění rozhodnutí, ale pouze nedostatek důvodů skutkových (typicky pokud soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, zjištěné v rozporu se zákonem anebo pokud není zřejmé, zda vůbec v řízení nějaké důkazy byly provedeny). Rozsah povinnosti dostatečného odůvodnění se pak může měnit „podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován ve světle okolností každého jednotlivého případu. Zároveň tento závazek nemůže být chápán tak, že vyžaduje za všech okolností podrobnou odpověď na každý jednotlivý argument účastníka.“ (viz rozsudek zdejšího soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008 - 130). Soud, který se s argumentací vypořádává, ji nemůže pouze odmítnout pro nesprávnost, ale musí uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá.

[35] Po přezkoumání napadeného rozsudku dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že není zatížen vadou nepřezkoumatelnosti pro nesrozumitelnost ani pro nedostatek důvodů. Neshledal ani jinou vadu řízení před soudem, která by mohla mít za následek nezákonné

rozhodnutí o věci samé. Z výroku napadeného rozsudku je jednoznačně zřejmé, že jím bylo zrušeno napadené rozhodnutí stěžovatele. Krajský soud se náležitě zabýval všemi stěžejními žalobními body a jeho odůvodnění je jasné, srozumitelné a v odpovídající míře podrobné. Z odůvodnění rozsudku je též bez potíží seznatelné, jaké úvahy vedly soud k závěru o nezákonnosti rozhodnutí stěžovatele. Úvahy krajského soudu jsou také dostatečně podloženy odpovídajícími zákonnými ustanoveními a národní i evropskou judikaturou. O přezkoumatelnosti napadeného rozsudku nadto svědčí i skutečnost, že stěžovatel v kasační stížnosti se závěry krajského soudu věcně polemizuje, což by při nesrozumitelnosti rozsudku či absenci jeho odůvodnění nebylo z povahy věci ani možné (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 4. 2017, č. j. 3 As 95/2016 – 64).

III. B. Obecná východiska posouzení věci

[36] Cílem činnosti Úřadu je podpora hospodářské soutěže a její ochrana proti nedovolenému omezování. K naplnění tohoto cíle zákon o ochraně hospodářské soutěže stěžovateli svěřuje široké pravomoci, které může využívat v rámci obecnějších šetření soutěžních podmínek a dodržování soutěžních předpisů, i v rámci správních řízení vedených ve věcech konkrétních protisoutěžních deliktů. V souladu s § 20 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže je stěžovatel oprávněn vykonávat „*dozor nad tím, zda a jakým způsobem soutěžitelé plní povinnosti vyplývající pro ně z tohoto zákona nebo z rozhodnutí Úřadu vydaných na základě tohoto zákona*“. Provádí tedy nejen všeobecný dozor nad dodržováním pravidel hospodářské soutěže, ale i následnou kontrolu, jak soutěžitelé plní jím vydaná rozhodnutí. Dále zákon stěžovateli umožňuje vykonávat i tzv. sektorová šetření, tedy průběžná šetření soutěžních podmínek v případech, kdy situace na jednotlivých trzích naznačuje, že hospodářská soutěž je narušena. Stěžovatel pak může navrhnout opatření ke zlepšení, zejména vydávat zprávy, jejichž obsahem jsou doporučení ke zlepšení soutěžních podmínek (§ 20 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže).

[37] Postup stěžovatele v rámci tzv. předběžného šetření a sektorového šetření upravuje § 20 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže tak, že Úřad postupuje přiměřeně podle § 21e, 21f a 21g téhož zákona. I mimo zahájené správní řízení tedy stěžovateli náleží relativně rozsáhlé vyšetřovací pravomoci, které mu umožňují provádění efektivního dozoru. Konkrétně může od soutěžitelů požadovat patřičné informace a podklady (§ 21e) a provádět šetření na místě v obchodních i jiných prostorách soutěžitelů (§ 21f a § 21g). Uvedená oprávnění je však nutno aplikovat přiměřeně s ohledem na to, že šetření soutěžitelé nejsou účastníky řízení a nedisponují tak příslušnými procesními právy.

[38] Pro uvedenou dozorovou činnost (předběžná a sektorová šetření) je typické a z její povahy zjevné, že Úřad před jejím prováděním nemusí disponovat žádným konkrétnějším podezřením na možné protiprávní jednání určitých soutěžitelů. To však neznamená, že by postup Úřadu v těchto případech mohl zcela záviset na jeho libovůli, jak upozornil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 22. 9. 2011, č. j. 5 Aps 4/2011 – 326, publ. pod č. 2458/2012 Sb. NSS (věc *Telefónica*), kde konstatoval, že je nezbytné, aby i v rámci předběžného šetření byla respektována zásada proporcionality, tedy aby byl sledován právem aprobovaný legitimní cíl a aby bylo šetření pro dosažení tohoto cíle nezbytné a tomuto cíli přiměřené. Zákonem předvídaný legitimní účel daného institutu přitom spočívá v kontrole dodržování vnitrostátního a unijního soutěžního práva konkrétním soutěžitelem či soutěžiteli, a v případě zjištění skutečností, jež by mohly nasvědčovat protiprávnímu omezování hospodářské soutěže, ve shromáždění prvotních

pokračování

podkladů pro to, aby se mohl stěžovatel rozhodnout, zda zahájí správní řízení o příslušném soutěžním deliktu či deliktech, nebo nikoliv. Účelem předběžného šetření je zároveň i ochrana soutěžitelů před tím, aby proti nim nebyla zcela zbytečně zahajována řízení o porušení soutěžního práva, která by byla založena na zjevně nepodložených či nepravdivých informacích. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku také zdůraznil, že *„předběžné šetření však rozhodně není určeno k tomu, aby v něm byly shromažďovány veškeré podklady již pro konečné rozhodnutí ve správním řízení a tedy odstraňovány jakékoliv pochybnosti o tom, zda byl spáchán soutěžní delikt. Předběžné šetření tedy rozhodně nemá a nemůže nahrazovat samotné správní řízení a nemělo by se v něm (nejde-li o skutkově triviální věc) nacházet těžiště dokazování či shromažďování dalších podkladů pro konečné rozhodnutí o vině a sankci za správní delikt. Podmínkou pro zahájení správního řízení o takovém deliktu rozhodně není jistota správního orgánu o tom, že byl tento delikt spáchán, ale pouze důvodné podezření. Předběžné šetření, v němž, jak již bylo řečeno, soutěžitel nemůže vykonávat práva účastníka řízení, tedy nesmí suplovat funkci správního řízení a činit z něho pouze formální procesní stádium, kde už je o tom, zda a kým byl delikt spáchán, vlastně předem rozhodnuto. Takový postup by byl popřením základního práva soutěžitele na spravedlivý proces.“* Uvedené závěry lze podle názoru Nejvyššího správního soudu přiměřeně vztáhnout i na provádění sektorových šetření.

[39] Vyjdou-li při uvedené dozorové činnosti najevo skutečnosti zakládající důvodné podezření, že se konkrétní soutěžitel(é) dopustil(i) protisoutěžního deliktu, může Úřad zahájit správní řízení ve věci možného porušení soutěžních předpisů (§ 20 odst. 3 ve spojení s § 21 zákona o ochraně hospodářské soutěže). Správní řízení Úřad zahajuje vždy *ex offo* [vyjma řízení o povolení spojení a o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení (viz § 21 odst. 1 téhož zákona)]. Kromě poznatků získaných při vlastní činnosti, může Úřad pojmout podezření na porušení soutěžních pravidel i z podnětu získaného od soutěžitele či jiného subjektu.

[40] Před zahájením správního řízení tedy musí mít Úřad k dispozici relativně konkrétní podezření na spáchání protisoutěžního deliktu, aby mohl dostatečně vymezit předmět řízení. Zde je nutno respektovat obecnou úpravu správního řízení obsaženou v § 46 odst. 1 správního řádu, podle které musí oznámení o zahájení správního řízení *„obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby“*. Nejvyšší správní soud přitom opakovaně zdůraznil, že *„vymezení skutku, pro který je řízení zahájeno, musí mít určitý stupeň konkretizace, stejně tak jako musí být z oznámení o zahájení řízení zřejmé, co bude jeho předmětem a o čem bude v řízení rozhodováno“* (viz např. rozsudek ze dne 20. 11. 2003, č. j. 5 A 73/2002 - 34, publ. pod č. 296/2004 Sb. NSS). Přímou ve vztahu k vymezení předmětu řízení vedeného ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže (zakázané dohody) pak Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů. Nicméně předmět jakéhokoliv zahajovaného řízení (a pro oznámení o zahájení správně-trestního řízení to platí zvláště) musí být identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit“* (viz rozsudek ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009 - 541, publ. pod č. 2119/2010 Sb. NSS). Skutek, pro který je zahajováno správní řízení, tedy musí být dostatečně konkretizován tak, aby nebyl zaměnitelný s jiným protiprávním jednáním

(což má význam z hlediska dodržení zásady *ne bis in idem*, překážky litispendence a překážky *res iudicata*), a to proto, aby si byl obviněný soutěžitel vědom, jaké jednání je mu kladeno za vinu, a tím bylo respektováno jeho právo na obhajobu, které je součástí širšího práva na spravedlivý proces.

[41] Pokud stěžovatel v rámci správního řízení přistoupí k provedení šetření na místě, které je zpravidla nejúčinnějším nástrojem k získání stěžejních důkazů k prokázání protisoutěžního deliktu, musí vyšetřovanému soutěžiteli sdělit také účel tohoto šetření, jenž bude zpravidla shodný s vymezením předmětu správního řízení, resp. může být i újeji zaměřený. Požadavek na sdělení právního důvodu a účelu šetření před jeho zahájením je podstatný pro stanovení hranic, v jejichž rámci má stěžovatel oprávnění zajišťovat dohled nad plněním soutěžních pravidel, aby toto oprávnění nesklouzlo k náhodnému vyhledávání informací nesouvisejících s původním podezřením Úřadu na určitý protisoutěžní delikt (tj. k neoprávněnému lovu informací).

[42] Šetření na místě v obchodních prostorách soutěžitelů upravuje § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže, který ve znění účinném do 31. 11. 2012, tj. v době zahájení posuzovaného správního řízení, v odst. 1 uvádí: „*Soutěžitelé jsou povinni podrobit se šetření Úřadu na pozemcích a ve všech objektech, místnostech a dopravních prostředcích, které užívají při své činnosti v hospodářské soutěži (dále jen obchodní prostory).*“ Odst. 5 tohoto ustanovení pak stanoví, že „*[p]řed zahájením šetření sdělí Úřad soutěžiteli, v jehož obchodních prostorách má šetření na místě proběhnout, právní důvod a účel šetření a poučí ho o jeho právech a povinnostech podle tohoto zákona, včetně možnosti uložení pokuty.*“

[43] Lze tedy dát za pravdu stěžovateli, že v době zahájení posuzovaného správního řízení (dne 31. 7. 2012) nebyl Úřad ze zákona povinen provádět šetření na místě na základě písemného pověření vystaveného jeho předsedou či jinou osobou k tomu oprávněnou podle vnitřních předpisů Úřadu. Povinnost písemného pověření byla stanovena až v § 21f odst. 5 tohoto zákona, účinném ode dne 1. 12. 2012. Nejvyšší správní soud je však toho názoru, že pro posouzení věci je podstatné, že i podle právní úpravy účinné do 30. 11. 2012 byl Úřad povinen sdělit soutěžiteli před zahájením šetření na místě právní důvod a účel šetření, tudíž i tehdy musel být soutěžitel v době provádění šetření v jeho obchodních prostorách obeznámen s tím, jaký má být rozsah místního šetření, resp. z jakého jednání je podezřelý. Úřad navíc i před předmětnou novelizací zjevně prováděl místní šetření na základě písemného pověření jeho předsedy, které odpovídalo požadavkům stanoveným v § 21f odst. 5 zákona o ochraně hospodářské soutěže účinném po novele, o čemž svědčí i jeho postup v nyní posuzovaném případě.

[44] I v době, kdy zákon výslovně nevyžadoval formální dokument spočívající v pověření k provedení místního šetření, pak bylo nepochybně nezbytné, aby Úřad soutěžiteli podezřelému ze spáchání deliktu podle zákona o ochraně hospodářské soutěže v rámci oznámení o zahájení správního řízení (které musí předcházet provedení místního šetření) sdělil předmět správního řízení. Ten se pak zpravidla odráží v účelu místního šetření, jenž musel být i podle tehdy platné právní úpravy soutěžiteli před zahájením šetření v jeho obchodních prostorách sdělen. Krajský soud však dospěl k závěru, že stěžovatel v nyní souzené věci vymezil předmět řízení příliš obecně, čemuž následně odpovídal také široce vymezený účel místního šetření. Z ničeho přitom nelze dovodit (a stěžovatel to ani netvrdí), že by Úřad podrobněji sdělil soutěžitelům účel místního šetření například ústně. Stěžovatelova poznámka o tom, že v době zahájení posuzovaného

pokračování

správního řízení nemusel disponovat písemným pověřením k provedení místního šetření, tak není pro posouzení věci významná.

[45] Pro posouzení věci je nutno vycházet i z rozsudku ESLP ze dne 2. 10. 2014 ve věci stížnosti č. 97/11, *Delta Pekárny a. s. proti ČR*, který přinesl zásadní závěry týkající se oprávněnosti šetření na místě prováděných dle zákona o ochraně hospodářské soutěže, byť tento rozsudek v době provádění posuzovaných místních šetření nemohl být Úřadu znám. Pozdější judikaturu vztahující se k tehdy platné právní úpravě je však nutno aplikovat i zpětně, a to zejména, pokud zajišťuje účastníkům vyšší standard ochrany práv. Ústavní soud i Nejvyšší správní soud opakovaně vyslovily, že nová judikatura se užije i v řízeních, která mají základ v minulosti, ale nebyla pravomocně skončena či o jejich předmětu stále probíhá soudní řízení. Výjimečně by bylo namísto novou judikaturu neužít, pokud by její aplikace měla poškodit adresáta, který jednal dle dosavadní soudní praxe (tzv. zakázaná retrospektivita judikatury). Tohoto korektivu v podobě zásady důvěry v právo, se však nemůže dovolávat stát, neboť právě on prostřednictvím svých orgánů právo tvoří, vykládá a provádí, a není tedy adresátem, který by na jeho podobu neměl vliv (srov. rozsudek zdejšího soudu ze dne 2. 3. 2017, č. j. 10 Afs 244/2016 - 29, či nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11, a ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05). Nelze proto přisvědčit námitce stěžovatele, že při posuzování jeho procesních úkonů není možné vycházet z pozdější judikatury.

[46] Z rozsudku ESLP ve věci *Delta pekárny* a následné judikatury vnitrostátních soudů přitom plyne, že při přezkumu místních šetření musí být posouzena jejich zákonnost, legitimní cíl a nezbytnost, tj. především přiměřenost legitimnímu cíli s tím, a že za přiměřené je třeba považovat takové místní šetření, které vyhoví testu vhodnosti, délky a rozsahu. V rámci testu vhodnosti krajský soud v dané věci posuzoval, zda měl stěžovatel před zahájením místního šetření k dispozici konkrétní skutková zjištění, která provedení šetření na místě odůvodňovala.

[47] Nejvyšší správní soud souhlasí s rozhodovací praxí krajského soudu, který konstantně judikuje, že musí existovat proporcionální vztah mezi rozsahem podezření, jež se musí v rozumně konkrétní míře promítnout do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k šetření (resp. sdělení účelu místního šetření před jeho provedením) a rozsahem samotného šetření (viz např. rozsudek ze dne 29. 5. 2017, č. j. 62 Af 92/2016 - 398, či rozsudky ze dne 31. 3. 2017, č. j. 29 A 165/2016 - 150, a ze dne 27. 3. 2018, č. j. 29 Af 2/2016 - 212, uvedená praxe byla potvrzena i rozsudky NSS ze dne 24. 5. 2017, č. j. 6 As 113/2017 - 83, publ. pod č. 3586/2017 Sb. NSS, ve věci *ČD Cargo* a ze dne 29. 3. 2018, č. j. 5 As 119/2017 - 60, ve věci *SUEZ využití zdrojů*). Úřad je tak při místním šetření oprávněn zajistit pouze ty dokumenty, které souvisí s jeho původním podezřením odůvodněným jeho předchozími zjištěními. Musí se vyvarovat toho, aby jeho šetření bylo tzv. *rybářskou výpravou*, jež představuje nezákonné jednání spočívající v cíleném vyhledávání dokumentů nesouvisejících s předmětem a účelem šetření, nebo v neodůvodněně širokém vymezení předmětu řízení/šetření.

[48] Za přiměřeně použitelnou lze při posuzování oprávněnosti rozsahu místních šetření považovat i judikaturu unijních soudů vztahující se k postupu Komise při provádění kontrol dle nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. 12. 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy (dále jen „nařízení č. 1/2003“). Stěžovatel upozornil na odlišnost procesní úpravy v tomto nařízení a v zákoně

o ochraně hospodářské soutěže. Kasační soud si je této odlišnosti vědom [hlavní odlišností je, že Komise nařizuje kontrolu rozhodnutím podle čl. 20 odst. 4 nařízení č. 1/2003, jehož legalitu může následně přezkoumat Tribunál, zatímco Úřad provádí šetření na místě pouze na základě písemného pověření vystaveného jeho předsedou, resp. za účinnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže do 30. 11. 2012 bylo nutno toliko sdělení právního důvodu a účelu šetření na místě; české soudy pak přezkoumávají místní šetření *en bloc*, buď v rámci žaloby podle § 65 s. ř. s. proti konečnému rozhodnutí Úřadu ve věci samé, nebo od účinnosti novely zákona o ochraně hospodářské soutěže dne 19. 10. 2016 na základě zásahové žaloby], nicméně i tak již ve své judikatuře opakovaně považoval závěry unijních soudů za relevantní a přiměřeně aplikovatelné.

[49] V rozsudcích ve věcech *ČD Cargo a SUEZ využití zdrojů*, týkajících se nezákonného zásahu spočívajícího v provedení šetření na místě Úřadem, zdejší soud zdůraznil, že vymezení předmětu a účelu místního šetření v pověření musí zejména vymezit rozsah povinností spolupráce účastníka řízení s Úřadem a zaručit mu právo na obhajobu (k tomu odkázal na rozsudek SDEU ze dne 17. 10. 1989 ve spojených věcech 97/87 a 99/87 *Dow Chemical Ibérica SA a další proti Komisi Evropských společenství*, bod 26). Unijní judikatura požaduje, aby rozhodnutí podle čl. 20 nařízení č. 1/2003, jímž Komise nařizuje kontrolu obdobnou místnímu šetření podle § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže, vymezovalo „*předpoklady a domněnky, které chce Komise ověřit*“ (rozsudek Tribunálu ze dne 6. 9. 2013 ve spojených věcech T-289/11, T-290/11 a T-521/11 *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 75). Komise musí popsat „*charakteristické rysy předpokládaného protiprávního jednání tak, že uvede domnělý relevantní trh a povahu předpokládaných omezení hospodářské soutěže, jakož i odvětví, kterých se týká údajné protiprávní jednání, které je vyšetřováno, vysvětlí způsob, jak se podnik údajně účastnil protiprávního jednání, a uvede předmět vyšetřování a skutečnosti, které mají být ověřeny*“ (tamtéž, bod 77), dále je povinna v rozhodnutí podrobně uvést, že má „*k dispozici poznatky a závažné indicie hmotného charakteru, na jejichž základě má podezření, že se podnik, na který se vztahuje kontrola, dopustil protiprávního jednání*“ (tamtéž, bod 172). Na druhou stranu, „*Komise nemá povinnost sdělovat adresátovi takového rozhodnutí všechny informace, které má k dispozici o domnělých protiprávních jednáních, ani přesně vymezit relevantní trh, ani provést přesnou právní kvalifikaci těchto protiprávních jednání, ani uvést dobu, během níž k těmto protiprávním jednáním docházelo*“ (rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 8. 3. 2007 ve věci T-339/04 *France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství*, bod 58). Odůvodnění pověření přitom ohraničuje pravomoci svěřené pracovníkům Komise, a proto mohou pořizovat pouze kopie dokumentů, které se týkají předmětu šetření (rozsudek SDEU ze dne 18. 6. 2015 ve věci C-583/13 P *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 60).

[50] Uvedená judikatura tedy specifikuje, jak má soutěžní orgán vymezit předmět a účel místního šetření tak, aby bylo možno toto šetření považovat za oprávněné a aby bylo chráněno právo vyšetřovaných soutěžitelů na účinnou obhajobu. Tato obecná východiska jsou bezpochyby uplatnitelná i na tuzemskou procesní úpravu, jejíž základní cíl - tj. přiměřenost prováděných místních šetření a respektování práva účastníka řízení na obhajobu a na ochranu soukromí, jsou totožná jako v evropském kontextu. Mírnější požadavky na vymezení předmětu a účelu místních šetření v českém prostředí nelze vyvodit ani z toho, že podle zákona o ochraně hospodářské soutěže se šetření soutěžitelé stávají již před provedením místního šetření účastníky řízení (na rozdíl od řízení podle nařízení č. 1/2003, podle kterého získávají soutěžitelé status účastníka řízení až po sdělení

pokračování

výhrad). Pokud jim totiž z předmětu správního řízení, respektive z vymezení předmětu a účelu místního šetření, nebude zřejmé, z jakého jednání jsou podezřelí, nebudou moci svá práva účastníků řízení plně využít.

[51] Stěžovatel též poznamenal, že národní i evropská judikatura k nárokům na provádění místních šetření se vyvíjí a liší. To ovšem podle přesvědčení Nejvyššího správního soudu nemůže znamenat, že by se při hodnocení místních šetření provedených v letech 2012 - 2014 nemělo přihlížet i k pozdější judikatuře, která se vztahuje k tehdy platné právní úpravě, resp. je na tuto právní úpravu aplikovatelná (jak již kasační soud zdůraznil výše). Nejvyšší správní soud tedy při posouzení věci vyšel ze stejných východisek a judikатурních závěrů jako krajský soud.

[52] Nejvyšší správní soud vzal také v úvahu, že výkon vyšetřovacích pravomocí Úřadu (v tomto případě provádění šetření na místě v rámci správního řízení) je nevyhnutelně spojen s konfliktem proti sobě stojících zájmů, a to na jednu stranu veřejného zájmu na ochraně funkční hospodářské soutěže a spravedlivého tržního prostředí, a na druhou stranu práva vyšetřovaných soutěžitelů, typicky práva na obhajobu a na ochranu soukromí. Je nepochybné, že naplňování veřejného zájmu na odhalování protisoutěžních deliktů je do určité míry znesnadněno procesními standardy, které na řízení u Úřadu a provádění místních šetření klade zákon a soudní judikatura. Soud si je zároveň vědom složité pozice stěžovatele při rozkrývání protisoutěžního jednání a získávání relevantních důkazů k jeho prokázání. Přesto však považuje ve shodě s krajským soudem za nezbytné, aby procesní postup Úřadu a jeho relativně široká procesní oprávnění představující zejména možnost provedení neohlášených místních šetření respektovala základní výše uvedené požadavky, a to zejména požadavek na dostatečnou konkretizaci podezření, které Úřad k provedení místního šetření vede.

III. C. Posouzení rozsahu podezření Úřadu předcházejícího provedení místních šetření

[53] Úřad zahájil správní řízení o možném porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže na základě anonymního nedatovaného podnětu, který mu předala Policie ČR. Mezi účastníky řízení je sporná otázka, jaký rozsah podezření na protisoutěžní delikt mohl Úřad z tohoto podnětu získat. Stěžovatel se domnívá, že krajský soud informace obsažené v podnětu nesprávně vyhodnotil, pokud z nich dovodil podezření pouze na 3 individuální skutky týkající se tří konkrétních veřejných zakázek. Žalobci pak shodně s krajským soudem tvrdí, že stěžovatel tyto informace interpretuje příliš široce. Sporné tak je, zda posuzovaná místní šetření prošla výše zmiňovaným testem vhodnosti, tedy jestli měl stěžovatel před jejich provedením dostatečné indicie nasvědčující spáchání protisoutěžního deliktu specifikovaného v předmětu/účelu šetření.

[54] Nejvyšší správní soud do určité míry přisvědčuje stěžovateli, že při stanovení předmětu správního řízení a formulaci pověření k provedení místního šetření je namístě vzít v úvahu specifika deliktu, na jehož spáchání má správní orgán podezření, a charakteristiku subjektů, které se měly údajného protiprávního jednání dopustit. Stěžovatel v kasační stížnosti obsáhle objasňuje specifika *bid riggingových* dohod, jimiž odůvodňuje široké vymezení předmětu řízení a účelu místního šetření; těchto specifíků i složité pozice Úřadu při odhalování uvedeného typu dohod si je zdejší soud vědom. Při vymezování předmětu řízení a účelu místního šetření je nepochybně nutno vzít v úvahu, že jde o jednání, v němž je obvykle implicitně obsažena rozšířená spolupráce mezi uchazeči o

veřejné zakázky, kteří se před podáním nabídek vůči zadavateli dohodnou, že si nebudou konkurovat a podávat skutečně „nejvýhodnější“ nabídky. Jedná se tak typicky o delikt trvající či pokračující, týkající se velkého množství veřejných zakázek v určitém odvětví. Tato spolupráce má zaručit dostatek prospěchu pro všechny zúčastněné podniky, a zahrnuje tak i systém odškodnění pro uchazeče, kteří na základě domluvy určitou zakázku nezískají, a případná donucovací opatření pro uchazeče, kteří se odmítají nastavenému schématu spolupráce podrobit. Je tedy pochopitelné, že Úřad zpravidla bude mít před zahájením řízení k dispozici toliko kusé informace týkající se možné manipulace v určitých zakázkách, a bude mít povědomí pouze o některých projevech domnělé širší dohody.

[55] Na druhou stranu však ne každá manipulace v jedné či několika veřejných zakázkách musí znamenat existenci rozsáhlé *bid riggingové* dohody. Pro zahájení řízení o takovém deliktu Úřad musí mít dostatečné indicie o tom, že takový systém spolupráce mezi soutěžiteli v určitém měřítku skutečně existuje. Ze specifik *bid riggingu* tedy nelze automaticky dovozovat větší „volnost“ Úřadu při prokazování tohoto jednání. Úřad ostatně běžně postihuje jako protisoutěžní dohodu manipulaci týkající se jedné nebo několika málo veřejných zakázek, aniž by odkryl širší schéma spolupráce, které je podle jeho tvrzení z povahy takového jednání zřejmé. I v nyní posuzované věci Úřad nakonec uložil pokuty za samostatné delikty týkající se různých veřejných zakázek, aniž by odhalil širší spolupráci mezi sankcionovanými soutěžiteli. Argumentace stěžovatele charakterem *bid riggingu* proto vyznívá do určité míry účelově, neboť sice směřuje k tomu, že za delikt lze považovat pouze dohodu v celé její šíři, avšak sám Úřad takto v posuzované věci nepostupoval.

[56] Pokud má tedy stěžovatel podezření na dohodu týkající se jedné či několika málo zakázek, nemůže z toho bez dalšího vyvodit, že se musí jednat o rozsáhlejší *bid rigging*, časově, věcně i místně výrazně přesahující toto prvotní podezření. Zároveň nelze vyloučit, že pokud Úřad zahájí řízení na základě podezření z koordinace účasti pouze na určitém menším okruhu zakázek, může se mu postupně podařit (i díky informacím zajištěným na místních šetřeních) nalézt informace o širší spolupráci. To ovšem musí být doprovázeno správným procesním postupem, a tedy příslušným rozšiřováním předmětu správního řízení (v závislosti na informacích, které má Úřad k dispozici) a též účelu případných šetření na místě, či zahájením nového správního řízení, pokud se v rámci místního šetření náhodně seznámí s určitou informací, která nasvědčuje protiprávnímu jednání, byť nespádala pod původní vymezení tohoto šetření (k tomu viz např. rozsudek Tribunálu ze dne ze dne 20. 6. 2018, *České dráhy a. s. v. Evropská komise*, věc T-621/16, bod 37).

[57] Kasační soud nepochybně potvrzuje tvrzení stěžovatele, že mezi materiální podstatou *bid riggingu*, jeho racionálně předvídatelnou šíří v období těsně před zahájením správního řízení a charakterem a finálním vymezením skutku v rozhodnutí o správním deliktu logicky nemůže být z povahy odhalovaného jednání soutěžitelů rovnítko. To ovšem netvrdil ani krajský soud, který naopak konstatoval, že musí existovat proporcionální vztah mezi rozsahem podezření na spáchání určitého protisoutěžního deliktu, kterým Úřad disponuje před zahájením řízení, vymezením předmětu správního řízení, určením účelu, resp. rozsahu, v jakém má být provedeno místní šetření, a rozsahem samotného šetření. Je přitom zřejmé, že Úřad zpravidla nebude mít již před zahájením správního řízení povědomí o správním deliktu v celé jeho šíři. V této souvislosti se zdejší soud vyjádřil v rozsudku ze dne 27. 5. 2011, č. j. 5 Afs 53/2010 - 420, tak, že zásady trestního

pokračování

procesu aplikovatelné i na poli správního trestání sice vyžadují, aby „skutek, o kterém je rozhodováno v rozhodnutí o uložení sankce, byl totožný se skutkem, pro který bylo zahájeno řízení“, ovšem „mezi skutkem, pro který je sdělováno obvinění, a skutkem, za který je pak adresát sankčního rozhodnutí trestán, nemusí existovat po stránce skutkové naprostý soulad, neboť v průběhu řízení mohou některé dílčí skutečnosti teprve vyplynout najevo, či může jinak dojít ke korektuře původních skutkových předpokladů. Pokud však je v průběhu řízení zjištěn určitý aspekt jednání, který obviněnému dosud nebyl vytýkán a vede-li toto nové dílčí skutkové zjištění k rozšíření právní kvalifikace postihovaného jednání, je nutno přistoupit k rozšíření obvinění a poskytnout tak stíhané osobě právo přizpůsobit této nové skutečnosti svou obhajobu“.

[58] Úřadu tedy na jednu stranu nesmí být bráněno v tom, aby vzal při vymezení účelu místního šetření v úvahu ekonomickou realitu. Na druhou stranu je však nezbytné, aby měl určité indicie o tom, v jak velkém rozsahu může taková spolupráce fungovat. Tyto indicie přitom musí být součástí správního spisu. Podezření na *bid riggingovou* dohodu založené na informacích o možné manipulaci v rámci některých veřejných zakázek může Úřad podpořit také poznatky z vlastní činnosti (např. analýzami veřejných zakázek v posuzovaném odvětví apod.), které budou nasvědčovat existenci širší spolupráce.

Ve světle výše uvedených úvah se kasační soud zabýval tím, zda informace obsažené v anonymním podnětu nasvědčovaly existenci rozsáhlé *bid riggingové* dohody, jak tvrdí stěžovatel.

[59] V anonymním nedatovaném podnětu bylo konkrétně uvedeno, že protiprávní jednání se má týkat tří veřejných zakázek ve městě Písek, a to:

- *Povrchová úprava komunikace- ul. Otakara Jeremiáše, druh zakázky- zjednodušené podlimitní řízení v hodnotě 8.3 mil Kč,*
- *ZTV sv. Václav – I. etapa, druh zakázky-zjednodušené podlimitní řízení v hodnotě 6 mil Kč,*
- *Povrchová oprava místní komunikace Zeyerovy v Písku, druh zakázky – malého rozsahu v hodnotě 3,5 mil Kč.*

Dále podnět konkretizuje, že „v těchto dnech“ zahájí investor město Písek uvedená výběrová řízení. Zakázky jsou a budou řízeny ředitelem pobočky Písek Ing. P. Č. ze společnosti STRABAG a. s. [žalobce f]), který údajně prostřednictvím pracovníků z odboru investic a rozvoje, kteří veřejné zakázky pro město Písek připravují, zajistí, aby v prvních dvou zakázkách byly vyzvány určité firmy, které mají podat nabídku; firmy, které mají podat nabídku na třetí zakázku, Ing. Č. intenzivně řeší. Konkrétně se dohod na veřejných zakázkách mělo účastnit 7 společností, a to STRABAG a. s. [žalobce f]), ZNAKON a. s., SWIETELSKY stavební s. r. o. [žalobce e]), EUROVIA CS, a. s. [žalobce c]), STAREKO CZ PÍSEK s. r. o., CASTA a. s. a COLAS CZ a. s. V podnětu se uvádí, že průběh všech těchto výběrových řízení je předem domluven, cenové nabídky budou připraveny pro všechny vyzvané firmy v oddělení přípravy v pobočce Písek firmy STRABAG a. s., všem firmám budou následně předány rozpočty, které ostatní pouze zapracují do svých nabídek. Rozdělení zakázek mělo být předem domluveno při osobních jednáních ředitele STRABAG Písek s vedoucími pracovníky všech v podnětu zmíněných firem. Na toho, kdo nesouhlasí, měl být učiněn patřičný nátlak, aby ustoupil a vyhověl. Průběh měl být následující: vítězem bude firma STRABAG, ostatní budou soutěž předstírat. Aby nebylo nápadné, že vítěz je pořád stejný, uvažuje se, že naoko vyhraje firma EUROVIA, pro kterou následně firma STRABAG Písek zakázku zrealizuje. Dále

bylo v podnětu uvedeno, že nastane-li situace, že se někdo jiný o zakázce dozví a přihlásí se, uvědomí pracovníci odboru investic Ing. Č. a ten na firmy nasadí páky, aby ze soutěže vycouvaly, jako např. prodej drahého asfaltu od spřátelených firem nebo zajištění jeho neprodání vůbec, vyhrožování nabouráním se do regionu cizího dodavatele a podání cenově nízkých nabídek v dalším období.

III. C. i. K vymezení předmětu správního řízení a k rozsahu místního šetření

[60] Nejprve se Nejvyšší správní soud zabýval formulací předmětu správního řízení a jemu odpovídajícímu vymezení účelu místního šetření, kterou Úřad provedl na základě podezření vyplývajícího z podnětu. Úřad vymezil předmět správního řízení, jemuž pak odpovídal také účel místního šetření, jako: „*jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi stranami správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, a to zejména ve výběrových řízeních vyhlašováných veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012*“. Užití slova „*zejména*“ ve vymezení předmětu řízení se stěžovatel nyní snaží ospravedlnit tím, že mělo sloužit k uvození typu zadavatele, relevantního trhu a časového období. Mělo tak indikovat, „*že zakázané jednání může mít širší rozsah, avšak původní podezření Úřadu založené na obsahu podnětu zahrnuje jistě minimálně vyjmenované prvky*“.

[61] Nejvyšší správní soud se v této souvislosti ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že jde o velmi širokou specifikaci předmětu řízení pojímající v podstatě veškerá výběrová řízení v oblasti stavebnictví s tím, že jeho zúžení je uvozeno slovem „*zejména*“, což toto zúžení zcela relativizuje a umožňuje v podstatě téměř bezbřehé šetření. Je nutno také zdůraznit, že Úřad se při místních šetřeních skutečně držel pouze obecného vymezení domnělého protiprávního jednání a zajišťoval i podklady neodpovídající užšímu vymezení specifikovanému za slovem „*zejména*“. Na místních šetřeních totiž zajišťoval i podklady netýkající se veřejných zakázek zadávaných městem Písek a nespádající do časového období let 2011 a 2012. Podle názoru Nejvyššího správního soudu přitom předmět správního řízení a rozsah pověření k místnímu šetření vymezený takovýmto způsobem neodpovídá předchozím podezřením Úřadu, a to ani v jeho konkretizované části (za slovem „*zejména*“). Nejvyšší správní soud se totiž neztotožnil s výkladem stěžovatele ohledně podezření, které mohl získat z uvedeného anonymního podnětu, jak rozvádí níže.

[62] Stěžovatel v souvislosti s vymezením předmětu řízení také zdůrazňoval odlišné okolnosti případu, o kterém pojednával Tribunál v rozhodnutí ze dne 14. 11. 2012, *Nexans France SA a Nexans SA proti Komisi*, věc T-135/09, jehož závěry krajský soud použil pro podporu své argumentace ohledně požadavků na formulaci předmětu místního šetření. Tribunál v tomto případě Komisi vytkl, že použila neurčité formulace „*včetně mimo jiné*“ a „*v některých případech*“ (tedy období slova „*zejména*“), aniž by měla pro určitou oblast činnosti vyšetřovaného soutěžitele dostatečně závažné nepřímé důkazy, které by odůvodňovaly provedení šetření v příslušném rozsahu. Nejvyšší správní soud nesouhlasí s názorem stěžovatele, že by závěry tohoto rozsudku nebylo možno na posuzovanou věc v obecné rovině použít z důvodu, že v uvedené věci měla Komise podezření na protiprávní jednání z žádosti o shovívavost podané jedním z účastníků kartelu a disponovala tak mnohem konkrétnějšími podezřeními, než nyní stěžovatel. Soutěžní orgán sice má při zahájení řízení ve věci zakázané dohody na základě informací z žádosti o shovívavost nesrovnatelně jednodušší pozici, neboť má k dispozici konkrétní informace předložené přímo jedním z účastníků dohody, nicméně ani za předpokladu, že má Úřad pouze kusé

pokračování

indicie o spáchání deliktu, nelze odhlédnout od jeho povinnosti předmět řízení a pověření k místnímu šetření co nejkonkrétněji vymezit tak, aby byla respektována práva vyšetřovaných účastníků.

III. C. ii. K samotnému podezření plynoucímu z anonymního podnětu

[63] Podle krajského soudu je z anonymního podnětu zřejmé, že se jednalo o tři skutečně konkrétní, existující a probíhající zadávací řízení. Byť se jednalo o informaci anonymní, k níž je z povahy věci potřeba přistupovat s vyšší mírou obezřetnosti, nelze nevidět, že měla nezbytnou míru určitosti a věrohodnosti. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s obecným hodnocením krajského soudu, že se v souhrnu jednalo o takové poznatky, které byly s to založit důvodné podezření z porušení zákazu stanoveného zákonem o ochraně hospodářské soutěže.

[64] Se stěžovatelem lze souhlasit v tom, že z podnětu je možno vyčíst podezření, že sedm zde jmenovaných společností spolupracuje při podávání nabídek do zadávacích řízení a že je mezi nimi domluvena určitá praxe koordinace. Podnět nicméně hovoří o těchto informacích pouze ve vztahu ke třem jmenovaným veřejným zakázkám, jejichž společným jmenovatelem je veřejný zadavatel - město Písek. Stěžovatel však dovozuje, že se jedná o *bid rigging* v rámci celého území České republiky, což dle něj vyplývá zejména z toho, že jednou z donucovacích pák mělo být, že se společnost STRABAG „*nabourá do regionu cizího dodavatele*“. Podle soudu z této informace sice lze v obecné rovině odhadovat, že by soutěžitelé mohli mít rozdělené trhy podle regionů, ve kterých si nebudou vzájemně konkurovat, nicméně z ničeho nelze dovodit, že dohoda se vztahuje k území celé ČR, resp. jakých regionů se týká. Pouze z obecného předpokladu, že *bid riggingové* dohody jsou zpravidla rozsáhlejší, protože jinak by se soutěžitelům „*nevyplatily*“, to nelze vyvozovat. Byť si soud uvědomuje, že není pravděpodobné, aby spolupráce probíhala pouze jednostranně ve prospěch společnosti STRABAG, která měla podle podnětu v zakázkách zadávaných městem Písek vítězit, a nabízí se tedy, že ostatním zúčastněným soutěžitelům musely být poskytnuty určité kompenzace, bližší indicie k tomu z podnětu nelze vyčíst.

[65] Podle stěžovatele dále rozsáhlé kooperaci nasvědčuje také velikost a ekonomická síla zúčastněných podniků, které by se patrně do takové spolupráce nezapojily, pokud by pro ně nebyla výhodná. Tomuto argumentu lze v obecné rovině přisvědčit, ovšem v posuzované věci je představitelné, že se na určité spolupráci ohledně účasti na veřejných zakázkách může podílet toliko místní pobočka jinak celorepublikově působící společnosti. O tom ostatně svědčí i informace uvedené v podnětu, kde se hovoří o tom, že spolupráci koordinoval ředitel pobočky Písek společnosti STRABAG, který mohl jednat relativně nezávisle na vedení společnosti. Stejně tak nelze na podkladě výše uvedeného souhlasit s tím, že z podnětu plyne, že by se údajná *bid riggingová* dohoda měla uplatňovat napříč celým odvětvím stavebnictví.

[66] Úvaha stěžovatele, že by se spolupráce měla týkat veřejných zakázek v oblasti stavebnictví na území celé ČR, tak není podložena žádnou informací z podnětu. Podezření tohoto typu nelze vyvodit ani ze spisové dokumentace předcházející vymezení předmětu řízení a pověření k provedení místního šetření. Ve spisu byly před provedením prvních místních šetření založeny pouze výzvy města Písek k podání nabídek na tři zakázky uvedené v anonymním podnětu.

[67] Argumentace povahou *bid riggingu* se jeví jako účelová i v tom, že se jí stěžovatel snaží dodatečně ospravedlnit široce vymezený předmět řízení a rozsah místního šetření. Postup Úřadu však nenavrhoval tomu, že by od počátku měl podezření na rozsáhlý *bid rigging*. V takovém případě by bylo logičtější, kdyby provedl místní šetření současně u všech sedmi soutěžitelů údajně zapojených do spolupráce; jako nejvhodnější by se však jevílo provedení předběžného či sektorového šetření, v rámci nichž by mohl Úřad získat dodatečné indicie o existenci širší spolupráce, než jen té, která vyplývala z podnětu. Reálné podezření Úřadu v průběhu řízení se ale spíše vztahovalo k jednotlivým nesouvisícím zadávacím řízením. Za izolované skutky provedené různými soutěžiteli bez prokázání jakékoliv širší koordinace byly také nakonec uloženy pokuty.

[68] Nejvyšší správní soud se tak ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že počáteční vymezení předmětu správního řízení bylo příliš obecné, a tomu odpovídal příliš široce vymezený účel místního šetření u žalobců c) a f). Toto vymezení neodpovídalo důvodnému podezření, které měl Úřad před zahájením řízení, a nebylo možno jej vyvodit ani z povahy *bid riggingu*. Stěžovateli tak nelze přisvědčit, že v době zahájení správního řízení bylo dostatečné jako vymezení předmětu správního řízení (účelu místního šetření) toliko uvést sektor, kterého se má jednání týkat, a popsat jednání pouze pomocí typového zařazení tohoto jednání. Možnost takto obecného vymezení bez patřičného předchozího podezření nelze dovodit ani z rozsudku Soudního dvora ve věci *Roquette Frères* z roku 2002, kterým v této souvislosti stěžovatel argumentoval. V této věci byl totiž skutek vymezen podrobněji než v nyní posuzovaném případě a zejména odpovídal úvodnímu podezření. Rozhodnutí Komise nařizující provedení místního šetření v uvedené věci obsahovalo následující předmět a účel: „*Podnik Roquette Frères SA je povinen se podřídit šetření jeho případné účasti na dohodách nebo na jednáních ve vzájemné shodě v oblasti glukonátu sodného a glukono-delta-laktonu, které by mohly představovat porušení článku 85 Smlouvy o ES. Šetření může být prováděno ve veškerých prostorách tohoto podniku.*“ Na rozdíl žalovaného v nyní projednávané věci Komise v tomto rozhodnutí také nařizovala vyšetřovanému podniku, jaké dokumenty má zpřístupnit a jakou součinnost poskytnout. V odůvodnění uvedeného rozhodnutí pak bylo úvodní podezření Komise podrobně popsáno, a to takto: „*Komise má informace, že odpovědné osoby výše uvedeného podniku se pravidelně scházely se soutěžiteli a na těchto setkáních si rozdělily trh s glukonátem sodným a dohodly minimální ceny pro uživatele v různých oblastech trhu. Byly rovněž stanoveny úrovně prodeje, jak celkových, tak ve vztahu k různým oblastem trhu. Na každém setkání se provádělo ohodnocování stupně dodržování dohod. Zdá se, že každý podnik, který překročil prodeje, jež mu byly přiděleny, se musí pokusit snížit prodeje během následujícího období.*“

[69] K námitce stěžovatele týkající se údajného provedení sektorového šetření v oblasti stavebnictví Nejvyšší správní soud konstatuje, že se jedná o námitku nepřipustnou ve smyslu § 104 odst. 4 a § 109 odst. 5 s. ř. s., neboť byla poprvé uplatněna až v řízení o kasační stížnosti. Totéž platí i o důkazech, které stěžovatel přiložil ke kasační stížnosti na podporu svých argumentů, jelikož tyto dokumenty se nenacházejí ve správním ani v soudním spisu. Touto námitkou a obsahem přiložených dokumentů se proto soud nezabýval. Absence předkládaných dokumentů ve správním spise je nadto činí irelevantními, neboť je nepřipustné, aby stěžovatel při rozhodování vycházel z podkladů, se kterými se účastníci řízení neměli možnost seznámit.

III. C. iii. Rozsah podezření předcházející dalším místním šetřením a jejich zákonnost

pokračování

[70] Nejvyšší správní soud respektuje specifika posuzované věci, která tkví v tom, že podklady pro rozhodnutí Úřadu byly získávány až na místních šetřeních prováděných v průběhu správního řízení. Krajský soud však dospěl ke správnému závěru, že většina dokumentů převzatých během prvních tří místních šetření vůbec nesouvisela se zakázkami, na které mířilo podezření založené anonymním podáním (viz výše). Jak již bylo uvedeno, ze správního spisu přitom neplynou jiná podezření a ani tento neobsahuje indicie k tomu, aby mohl Úřad provést místní šetření zaměřené v podstatě na veškeré veřejné zakázky v oblasti stavebnictví.

[71] Postup stěžovatele při místních šetřeních, při nichž - jak již uvedl krajský soud - proběhlo důkladné „plošné“ prověření dostupných dokumentů pak nemůže ospravedlnit ani jeho argument, že nelze předvídat a není snadné odhalit krycí taktiky vyšetřovaných soutěžitelů, a už vůbec ne tvrzení, že místní šetření je také časově omezené, „*neboť i jeho délka je jedním z kritérií pro vyhodnocování jeho přiměřenosti*.“ Obcházení tohoto kritéria přiměřenosti způsobem, jaký naznačuje stěžovatel, tj. že Úřad v co nejkratší době zabaví veškeré dostupné dokumenty, které u vyšetřovaného soutěžitele nalezne, a „*nepotřebné*“ dokumenty (tzn. dokumenty, z nichž nelze dovodit zakázané jednání) vyloučí až na základě následně provedené analýzy, shledává Nejvyšší správní soud nepřipustným.

[72] I při dalších místních šetřeních se tedy Úřad řídil pouze obecným vymezením správního deliktu a nikoli jeho konkretizovanou částí (za slovem „*zejména*“). Takto široce vymezený předmět řízení a účel a rozsah místního šetření ovšem nemůže obstát (viz výše). Úřad přitom skutečně vyhledával dokumenty týkající se jakýchkoliv veřejných zakázek, nikoli pouze těch, k nimž již měl nějaká konkrétní podezření, nebo která spadala do určitého okruhu zakázek, ke kterému by soubor podezření směřoval. Jelikož tedy stanovení účelu a rozsahu šetření nekorespondovalo s předchozím důvodným podezřením Úřadu ohledně existence určitého protisoutěžního deliktu a Úřad skutečně vyhledával informace, jež neodpovídaly předešlým indiciím o spáchání takového protiprávního jednání, je nutno provedená místní šetření považovat za nezákonná.

III. C. iv. K argumentaci „*namátkovými kontrolami*“

[73] Stěžovatel také argumentoval tím, že pokud může provádět námtkové kontroly i mimo správní řízení, tedy bez konkrétního podezření na porušení zákona, tím spíše by neměly být kladeny tak vysoké požadavky (v podobě konkrétní specifikace účelu) na provádění místních šetření v rámci vedeného správního řízení. S touto námitkou se však kasační soud neztotožňuje.

[74] Je pravdou, že Úřad může v souladu s § 20 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže provádět šetření na místě i v rámci předběžného či sektorového šetření, které je možno vést bez konkrétního podezření. Ve výše citovaném rozsudku ve věci *Telefónica* však soud upozornil, že i v rámci této dozorové činnosti musí Úřad postupovat v souladu se zásadou přiměřenosti a nesmí jednat svévolně. Z tohoto rozsudku vyplývá, že místní šetření lze mimo správní řízení provádět pouze v omezeném rozsahu, neboť těžiště zajišťování důkazů se má nacházet až ve správním řízení. I v místních šetřeních prováděných mimo správní řízení je nutno minimalizovat zásah do práv vyšetřovaných soutěžitelů. Nelze proto přisvědčit stěžovateli, že by v rámci předběžného šetření mohl provádět šetření na místě v podstatě v neomezeném rozsahu.

[75] Za přílehlavé nelze považovat ani odkazy stěžovatele na judikaturu týkající se daňové kontroly (viz stěžovatelem citovaný rozsudek NSS ze dne 26. 10. 2009, č. j. 8 Afs 46/2009 - 46), neboť jde o značně odlišný institut, jehož účelem je prověření plnění daňové povinnosti, kterou sám daňový subjekt přiznal. Správce daně tak nemusí mít konkrétní podezření na neplnění daňové povinnosti. V případě místního šetření jde naopak o vyhledávání informací svědčících o spáchání deliktu, které musí být podpořeno určitým podezřením na protiprávní jednání.

III. D. Hodnocení důkazů

[76] Z napadeného rozsudku jednoznačně plyne, že krajský soud označil provedená místní šetření za nezákonné „rybářské výpravy“, a dle jeho názoru tímto způsobem zajištěné důkazy nebylo možné použít k prokázání protisoutěžního jednání. Dále také zkoumal, zda by závěry o spáchání deliktů obstály i bez důkazů zajištěných na těchto místních šetřeních. Dospěl přitom k závěru, že nikoliv, neboť bez těchto důkazů nebylo možno prokázat již koordinační fázi zakázaných dohod. S uvedeným hodnocením se Nejvyšší správní soud ztotožňuje.

[77] Jak bylo uvedeno v napadeném rozsudku, závěry o vině týkající se zakázek „Jeronýmova Třeboň“ a „Bakaláře Písek“ byly založeny na přímé e-mailové komunikaci žalobců f) a g), která však byla zachycena na dokumentech zajištěných na nezákonně provedeném místním šetření v obchodních prostorách žalobce g). Bez tohoto nezákonně získaného dokumentu nemůže závěr o vině obou žalobců obstát, neboť nemá oporu ve správním spise. Závěr o vině týkající se zakázky „R4 Mirotice – Třebkov“ je pak založen na řetězci nepřímých důkazů, které se ovšem vztahují pouze k fázi realizace kartelové dohody, což je fáze navazující na fázi koordinační, pro kterou však stěžejním důkazem zůstávají zejména některé části nezákonně zabaveného dokumentu SW A6. Bez možnosti důkazního využití tohoto dokumentu přitom nelze dospět k závěru o vině, neboť vzájemnou koordinaci mezi žalobci nelze bez dalšího presumovat pouze z jejich následného jednání na trhu doloženého dalšími – již použitelnými – důkazy.

IV. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[78] Nejvyšší správní soud uzavírá, že napadený rozsudek Krajského soudu v Brně je zákonný. Kasační stížnost proto v souladu s § 110 odst. 1 větou poslední s. ř. s. jako nedůvodnou zamítl.

[79] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalobci měli ve věci úspěch, proto jim soud přiznal náhradu nákladů řízení, a to následovně:

Náklady žalobců a), b) a g) představují odměnu zástupce za jeden úkon právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti) ve výši **3.100 Kč** [§ 1 odst. 1, § 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)] a náhradu hotových výdajů spočívající v paušální částce **300 Kč** (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). Pokud jde o stručná doplnění vyjádření žalobce a) ze dne 30. 7. 2018 a žalobce g) ze dne 9. 8. 2018, za ta soud odměnu nepřiznal, neboť v nich právní zástupci žalobců pouze vyjádřili souhlas s obsahem doplnění vyjádření žalobce e), což nikterak nepřispělo k obhajobě práv zastupovaných účastníků.

pokračování

Náklady žalobců c), d) a f) představují odměnu zástupce za dva úkony právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti a jeho doplnění) v celkové výši **6.200 Kč** [§ 1 odst. 1, § 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu] a náhradu hotových výdajů v celkové výši **600 Kč** (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). Co se týče nahlížení do spisu, které uskutečnili zástupci žalobců c) a f), za ta soud náhradu nákladů nepřiznal, jelikož se nejedná o samostatný úkon právní služby podle § 11 advokátního tarifu. Nahlížení do spisu je třeba považovat za činnost nezbytnou pro kvalitní poskytování právní pomoci, je tedy obsažena v obsahu jiných úkonů (viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 9. 2015, sp. zn. 22 Cdo 1176/2015, či usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 Azs 33/2008 – 40). Pokud jde o repliku žalobce f) ze dne 27. 9. 2017, za tu soud odměnu nepřiznal, neboť v něm právní zástupce pouze setrval na svém předchozím vyjádření, čímž nijak nepřispěl k obhajobě práv zastupovaného účastníka.

Náklady žalobce e) představují odměnu zástupce za tři úkony právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti a dvě doplnění vyjádření) v celkové výši **9.300 Kč** [§ 1 odst. 1, § 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu] a náhradu hotových výdajů v celkové výši 900 Kč (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu).

Jelikož zástupci všech žalobců jsou plátcí DPH, zvyšuje se u nich náhrada nákladů řízení o částku odpovídající této dani. Celkové náklady řízení tak činí u žalobců a), b) a g) **4.114 Kč**, u žalobců c), d) a f) **8.228 Kč** a u žalobce e) **12.342 Kč**; uvedené částky je žalovaný povinen zaplatit žalobcům k rukám jejich zástupců do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.
(§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 20. února 2019

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu