



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a JUDr. Viktora Kučery v právní věci žalobce: **OMEXOM GA Energo s.r.o.**, sídlem Na Střelně 1929/8, Bolevec, Plzeň, zast. JUDr. Jiřím Kindlem, M.Jur., Ph.D., advokátem, se sídlem Táborská 2547/7, Říčany, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2019, č. j. 29 A 7/2019 – 173,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

[1] Kasační stížností se žalobce (dále „stěžovatel“) domáhá zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu, kterým byla zamítnuta žaloba na ochranu před nezákonným zásahem; ten stěžovatel spatřoval v provedení místního šetření žalovaným dne 22. 11. 2018 v obchodních prostorách stěžovatele na základě pověření předsedy žalovaného ze dne 16. 11. 2018, č. j. ÚOHS-33061/2018/852/RŠk, a v zadržování kopií dokumentů označených A1-A2, B1-B7 a C1-C5, které žalovaný zajistil při provedení místního šetření dne 22. 11. 2018.

[2] Z obsahu správního spisu plyne, že žalovaný obdržel dne 20. 9. 2018 od neznámého podatele přípis, dle kterého dodavatelé společnosti ČEPS, a. s. (dále jen „ČEPS“) mají uzavírat dohody o přerozdělování zakázek vyhlášených ČEPS. Dohody má schvalovat společnost EGEM s. r. o. (dále jen „EGEM“), jejich součástí je i určování cen jednotlivých zájemců tak, aby zakázku získal předem učený subjekt. Ten se dohodne s ostatními zájemci na společném postupu, kdy výměnou se očekává zapojení do budoucích zakázek. Anonymní podání obsahovalo upozornění na dvě zakázky společnosti ČEPS (Rozvodna Horní Životice a Rozvodna Výškov); vítěz měl být již určen, což se projevilo v komunikaci statutárních orgánů dotčených společností s ostatními zájemci či dodavateli;

podání rovněž zahrnovalo vyličení cenových rámců, v nichž se měly nabídky pohybovat. Anonymní podání dále obsahovalo informace k zakázce Rozvodna Sokolnice společnosti E.ON Distribuce, a. s. (nyní EG.D, a.s., pro účely této kasační stížnosti dále jen „E.ON“). Zde měl zakázku získat stěžovatel, a to na základě dohody jeho statutárních orgánů a společnosti EGEM. O založení anonymního podání do spisu vyhotovil žalovaný úřední záznam ze dne 7. 11. 2018, č. j. ÚOHS-P0425/2018/KD-27655/2018/852/RSk.

[3] Dne 8. 11. 2018 žalovaný vyhotovil úřední záznam o zjištěných skutečnostech, č. j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32474/2018/852/RSk, v němž na základě výše uvedeného podání zkoumal, které společnosti se účastnily možných protisoutěžních dohod a mohly by tak představovat soutěžitele ve smyslu zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (zákon o ochraně hospodářské soutěže); rovněž prověřoval všechny zakázky uvedené v podání. V případě zakázky Rozvodna Sokolnice neměly být dle zjištění žalovaného nabídkové ceny ani pořadí uchazečů ke dni porizení daného úředního záznamu veřejně dostupné; v danou chvíli pak žalovaný neměl mít k dispozici jinou možnost pro ověření dalších skutečností, aniž by upozornil na své prověřování. Závěrem žalovaný konstatoval, že informace uvedené v anonymním podání považuje za velmi věrohodné, neboť vzhledem k nedostupnosti údajů a s ohledem na detailní popis proběhlých jednání, včetně uvedení jmen zainteresovaných osob, je dosti pravděpodobné, že podatel je osoba, která se pohybuje v prostředí dodavatelů elektromontážních zařízení.

[4] Téhož dne, tj. 8. 11. 2018, vyhotovil žalovaný též úřední záznam č. j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32458/2018/852/RSk o založení informací zjištěných z vlastní činnosti; v něm odkázal na související podnět společnosti DCK Group, s. r. o. (dále jen „DCK Group“) z roku 2016, v němž byl žalovaný upozorněn na 14 rizikových zakázek zadavatele ČEPS. Žalovaný také uvedl svá zjištění týkající se charakteru zakázek zadávaných společnostmi ČEPS; konstatoval a blíže rozvedl, že kombinace používaných kritérií v daných zakázkách vede k tomu, že jsou zadavatelem vyzýváni stále stejní zájemci o zakázky, tj. společnosti, které již v minulosti u zadavatele obdobné zakázky získaly. Hospodářská soutěž o tyto zakázky je pak velmi zúžena a představuje riziko pro vznik tzv. *bid riggingu*. S ohledem na takto zjištěné skutečnosti se žalovaný rozhodl přezkoumat další zakázky zadavatele ČEPS v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností dostupné na profilu jmenovaného zadavatele – na základě toho vytvořil tabulku, která je přílohou tohoto úředního záznamu. Z dané tabulky je dle žalovaného patrné, že v období od roku 2011 do současnosti postupovaly do užšího výběru vždy stejné společnosti, některé společnosti byly opakovaně vylučovány, a v daných zakázkách dochází také k jevu, který je pro *bid rigging* typický, tj. podávání nabídek uchazeči, kteří nikdy nevyhrávají. V daném sektoru se tak dle názoru žalovaného vyskytují prvky způsobující vyšší míru rizika pro vznik možných zakázaných dohod typu tzv. *bid rigging*. Jako přílohy k tomuto úřednímu záznamu žalovaný přiložil dva internetové články z roku 2013, podnět společnosti DCK Group ze dne 30. 3. 2016, tabulku se zakázkami zadavatele ČEPS a oznámení o zakázkách uveřejněná ve Věstníku veřejných zakázek a písemné zprávy zadavatele.

[5] Dne 22. 11. 2018 bylo provedeno předem neohlášené místní šetření v obchodních prostorách stěžovatele, a to na základě pověření předsedy žalovaného ze dne 16. 11. 2018; toto bylo vymezeno tak, že šlo o „[p]rovedení šetření dle § 21f zákona za účelem prověření možného porušení § 3 odst. 1 zákona a čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie, které Úřad

pokračování

spatřuje v jednání ve shodě a/nebo dohodě soutěžitelů: Bohemia Müller s.r.o. [...], EGEM s.r.o. [...], OMEXOM GA Energo s.r.o. [...], PROFI EMG s.r.o. [...] a SPIE Elektrovod, a.s. [...], případně s dalšími soutěžiteli, spočívající v koordinaci nabídek (i) ve výběrových řízeních v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností, jejichž zadavatelem je společnost ČEPS [...], a to nejméně od roku 2011 dosud, a (ii) ve výběrovém řízení k zakázce s názvem „TR Sokolnice-rekonstrukce R 110 kV“, jejímž zadavatelem je společnost E.ON Distribuce, a.s. [...] (oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 11. 2017 pod evidenčním číslem formuláře F2017-032122). Cílem nebo výsledkem výše uvedeného jednání mohlo být narušení hospodářské soutěže ve zmíněných oblastech.“. V pověření bylo dále uvedeno, že „[d]ůvodnými indiciemi pro provedení šetření je podání upozorňující Úřad na možné dohody soutěžitelů ve výběrových řízeních pro zadavatele ČEPS [...] a pro zadavatele E.ON Distribuce [...] a dále informace zjištěné Úřadem z vlastní činnosti, kterými jsou specifické podmínky výběrových řízení v předmětné oblasti: hospodářská soutěž je značně omezená, zadavatel používá při zadávání zakázek stále stejný postup, výběrových řízení se dlouhodobě účastní totožný úzký okruh soutěžitelů, kteří se různě sdružují a možnost vstupu nových soutěžitelů do této oblasti je obtížný. Úřad nadto sbledal u některých zakázek nestandardní cenové podobnosti v nabídkách soutěžitelů.“

[6] Při místním šetření žalovaný prověřoval listinné i elektronické dokumenty uložené v počítačích v kancelářích jednatelů stěžovatele, obsah e-mailových schránek apod. Žalovaný pořídil kopie těchto interních dokumentů a tyto podklady následně založil do správního spisu.

[7] Dne 23. 1. 2019 žalovaný stěžovateli oznámil zahájení správního řízení ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“). Možné porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a čl. 101 SFEU mělo spočívat „v jednání ve vzájemné shodě a/nebo dohodě účastníků správního řízení spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek do výběrových řízení v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností, jejichž zadavatelem je společnost ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Praha 10, Elektrárenská 774/2, PSČ 10152, a to nejméně od roku 2011 dosud“.

[8] Stěžovatel podal dne 22. 1. 2019 u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) žalobu na ochranu před nezákonným zásahem žalovaného; nezákonnost místního šetření spatřoval v příliš široce vymezeném předmětu místního šetření ve vztahu k prakticky všem zakázkám společnosti ČEPS. Stěžovatel označil takový postup za nepřiměřený, zejména v kontrastu k druhému okruhu předmětu místního šetření, který se týkal pouze jediné zakázky společnosti E.ON. Stěžovatel se tak tázal, proč žalovaný neomezil rozsah šetření na toliko 37 veřejných zakázek, které si dříve ve vztahu ke společnosti ČEPS identifikoval. Ani v případě veřejné zakázky společnosti E.ON týkající se rozvodny Sokolnice však postup žalovaného nebyl korektní, neboť vycházel pouze z nepodloženého anonymního podání; takový postup označil stěžovatel za rozporný s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), popřípadě s judikaturou krajského soudu. Žalovaný tak zasáhl do práv stěžovatele na ochranu soukromí, obydlí a korespondence ve smyslu čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, resp. ve smyslu čl. 10, 12 a 13 Listiny základních práv a svobod.

[9] Stěžovatel dále namítal, že k veřejným zakázkám, které zmiňuje anonymní podání, nebyly přiloženy žádné důkazy; podání obsahovalo pouze nepodložené fabulace a ani podklady shromážděné žalovaným nebyly dostatečné. Veřejně dostupné formuláře, které žalovaný v tomto směru využil, spíše vyvracejí jakékoli podezření.

[10] Stěžovatel rovněž rozporoval způsob vedení místního šetření; nebyla řádně vedena protokolace, neboť žalovaný mj. nezaznamenal způsob prověřování listinných a elektronických dokumentů v prostorách stěžovatele, kdy např. neuvedl klíčová slova, dle kterých elektronické dokumenty vyhledával. Stěžovatel tím neměl možnost vyhodnotit skutečný rozsah místního šetření, a tedy ani rozsah své povinnosti spolupráce za současné ochrany práva na obhajobu. Stěžovatel se taktéž domníval, že místní šetření neproběhlo v rozsahu dle pověření; jednalo se tak o zakázanou tzv. rybářskou výpravu. K tomu stěžovatel odkázal na řízení vedené krajským soudem pod sp. zn. 30 Af 29/2016. Dle stěžovatele nebylo místní šetření přiměřené legitimnímu cíli, tedy bylo nezákonné; následně svoji argumentaci doplnil podáním ze dne 6. 2. 2019, v němž upozornil na recentní rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2019, č. j. 1 As 80/2018 - 201.

[11] Krajský soud neshledal žalobu důvodnou a zamítl ji. Konstatoval, že místní šetření nebylo nezákonné; obstálo, pokud šlo o otázku jeho přiměřenosti i vhodnosti ve smyslu rozsudku ESLP ze dne 2. 10. 2014 ve věci *DELTA PEKÁRNY a. s. proti České republice*, stížnost č. 97/11, resp. rozsudku krajského soudu ze dne 14. 10. 2016, č. j. 62 Af 39/2016 - 115. Žalovaný před zahájením místního šetření disponoval získaným anonymním podáním, podstatné však je, že místní šetření nebylo provedeno toliko na základě tohoto jediného anonymního podání, ale žalovaný se snažil získat informace o tom, nakolik údaje v podání obsažené mohou odpovídat skutečnosti. Krajský soud nepřehlédl, že žalovaný získal veřejně přístupné informace týkající se zakázek společnosti ČEPS, znovu vyhodnotil dřívější podání společnosti DCK Group, získal z elektronického tisku dva starší články, které se týkaly daného „sektoru“ (zakázky společnosti ČEPS), kriticky zhodnotil vlastnosti jednotlivých zadávacích řízení společnosti ČEPS z hlediska možnosti vzniku *bid riggingu* a vytvořil analytický nástroj v podobě zmiňované tabulky vztahující se k zadávacím řízením společnosti ČEPS. V tomto ohledu krajský soud přisvědčil žalovanému v tom, že z povahy dlouhodobějšího *bid riggingu* je třeba brát v potaz rozsáhlejší období, nikoli např. jednotlivé roky, v nichž se celkový *modus operandi* dotčených soutěžitelů zcela logicky nemusí ve své úplnosti a „perfektnosti“ projevit.

[12] Krajský soud po posouzení spisového materiálu konstatoval, že místní šetření proběhlo v situaci, kdy žalovaný měl zřetelné, konkrétní a dostatečné vstupní indicie o tom, že hospodářská soutěž může být narušena protisoutěžním jednáním, i o tom, o jaké protisoutěžní jednání se může jednat, a to jak typově (tj. že se může jednat o jednání kartelové, protisoutěžní dohoda – *bid rigging*), tak věcně – obsahově (tj. že toto jednání může spočívat v protisoutěžní dohodě týkající se jednak konkrétních veřejných zakázek, jednak širšího okruhu veřejných zakázek společnosti ČEPS). Na těchto vstupních indicích tedy žalovaný podle zdejšího soudu mohl vystavět věrohodnou a věcně relativně ohraničenou hypotézu ohledně podezření z protisoutěžního jednání vymezených soutěžitelů (mj. i stěžovatele), k jejímuž cílenému prověření mohlo místní šetření směřovat a jejíž rámec nemohlo přesáhnout. Tyto indicie přitom poskytly jasný a legitimní rámec zaměření místního šetření. Dle soudu navíc nelze po žalovaném vyžadovat, aby měl před samotným provedením místního šetření k dispozici všechny potřebné informace k jistotě

pokračování

o protisoutěžním jednání – v takovém případě by pak místní šetření již navíc bylo zbytečné; naopak místní šetření pak má ze své povahy legitimně vést k ověření či vyvrácení takového podezření.

[13] Pokud jde o rozsah místního šetření, krajský soud považoval za podstatné, že nesprávně široké vymezení v rámci pověření, jež rozšiřovalo jasně a srozumitelně vymezený rozsah (předmět šetření), se neprojevovalo v nesprávnosti (v šíři) samotného místního šetření; rozsah místního šetření tudíž nepřesáhl rozsah podezření odůvodněný konkrétními předchozími zjištěními žalovaného. Místní šetření pak dle soudu nelze pokládat za zakázaný „lov informací“ (za nepřipustnou „rybářskou výpravu“) a použití slova „nejméně“ v pověření za daného skutkového stavu nezákonnost místního šetření nezpůsobuje. Pro úplnost krajský soud zmínil závěry vyslovené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2017, č. j. 6 As 113/2017 - 83.

[14] K výhradám stěžovatele týkajícím se protokolace místního šetření krajský soud na základě rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 3. 2019, č. j. 2 As 257/2018 - 87, uvedl, že nebyl správný postup žalovaného, v jehož rámci do protokolu nezaznamenal všechna užitá klíčová slova. Ani s tím související čestné prohlášení JUDr. M. J. však neprokazuje, že by vyhledávání probíhalo nějakým excesivním způsobem a žalovaný zadával při vyhledávání nerelevantní klíčová slova; nelze tak shledat dotčení právní sféry stěžovatele, které by bylo v rozporu se zákonem.

[15] Podle názoru soudu nebyl důvodný argument stěžovatele, že místní šetření nemohlo proběhnout s ohledem na to, že případný pokus o protisoutěžní jednání není postižitelný. K tomu krajský soud uvedl, že v době provádění místního šetření nemohl mít žalovaný jasné povědomí o tom, v jakém stadiu se má protisoutěžní jednání, které prošetřuje, nacházet; v nynějším řízení přitom nejsou posuzovány věcné závěry žalovaného v meritu věci, nýbrž jen to, zda byly splněny podmínky pro provedení místního šetření dle zákona o ochraně hospodářské soutěže, jehož účelem je právě zjištění skutečností umožňujících rozhodnout ve věci samé.

[16] Na nyní posuzovanou věc dle krajského soudu také přílehavě nedopadají závěry vyslovené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2019, č. j. 1 As 80/2018 - 201, na který stěžovatel odkazoval, neboť v odkazované věci žalovaný neměl zdaleka takovou oporu v indiciích pro provedení místního šetření v té podobě, v jaké proběhlo. Za přinejmenším vratkou označil soud argumentaci stěžovatele, že před provedením místního šetření žalovaný svou činnost nijak nesměřoval na konsorcionální spolupráci v daném odvětví. Krajský soud k tomu uvedl, že této otázce se žalovaný výslovně věnoval na straně 2 úředního záznamu ze dne 8. 11. 2018, č. j. ÚOHS-P0425/2018/KD-32458/2018/852/RSk, jeho závěry se v tomto směru opírají o údaje z příložené tabulky veřejných zakázek společnosti ČEPS od roku 2011, a nadto v samotném textu pověření se hovoří o tom, že „výběrových řízení se dlouhodobě účastní totožný úzký okruh soutěžitelů, kteří se různě sdružují“.

[17] Krajský soud tedy uzavřel, že s ohledem na uvedené nepovažuje místní šetření za nezákonné. Obdobně pak nepovažuje za nezákonné ani zadržování (shromáždění) kopií dokumentů, které žalovaný získal při místním šetření. Proto není důvodu vyslovit nezákonnost tohoto zásahu žalovaného.

[18] Stěžovatel napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností. Krajskému soudu vytýká nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení [§ 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“)], a nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.].

[19] Úvodem stěžovatel opakuje, že provedením místního šetření byl zkrácen na svých právech na ochranu soukromí, obydlí a korespondence, a zadržováním kopií dokumentů pořízených při místním šetření byl také zasažen na svém právu na informační sebeurčení.

[20] Stěžovatel spatřuje nezákonnost napadeného rozsudku krajského soudu v nesprávném posouzení přiměřenosti (existenci důvodného podezření) místního šetření ve vztahu k zakázkám ČEPS před rokem 2011. Stěžovatel připomíná, že skutečnost, že místní šetření proběhlo v plném rozsahu dle pověření, tj., že žalovaný mj. zkoumal všechny zakázky ČEPS od r. 1998 do současnosti, je mezi stranami nesporná. Krajský soud nicméně, v rozporu s uvedeným, založil své stěžejní závěry na domnělé skutečnosti, že místní šetření bylo ve skutečnosti provedeno úžeji, než jak jeho předmět popisuje pověření a protokol; takový závěr je věcně nesprávný a právně chybný. Napadený rozsudek dále obsahuje i logickou chybu, neboť fakticky určuje (v rozporu s tvrzeními stran a obsahem spisu) rozsah místního šetření podle dokumentů, z nichž si žalovaný pořídil kopie. Podle stěžovatele však nemůže záležet na tom, co pracovníci žalovaného při místním šetření fakticky naleznou, ale co vyhledávají, bez ohledu na to, zda to naleznou či nikoliv.

[21] Krajský soud dále porušil zákaz vydávání překvapivých rozhodnutí, když o svém odlišném názoru ohledně rozsahu provedení místního šetření neinformoval strany na ústním jednání ve věci. Stěžovatel navrhoval v žalobě prokázání otázky skutečného rozsahu místního šetření správním spisem; krajský soud sice obsah spisu konstatoval, avšak stěžovatel nemohl z ničeho dovozovat, že soud bude v napadeném rozsudku vycházet z údajně užšího rozsahu provedení místního šetření; stěžovatel tak namítá rovněž porušení jeho práva na spravedlivý proces dle čl. 36 odst. 1 Listiny, resp. dle čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

[22] Dle stěžovatele napadený rozsudek dále nesprávně posoudil přiměřenost místního šetření ve vztahu k zakázkám ČEPS v letech 2011 až 2018; tím krajský soud porušil zásadu presumpce neviny. Stěžovatel rozporuje, že by podklady, které měl žalovaný k dispozici před provedením místního šetření, mohly v jejich vzájemné souvislosti založit důvodné podezření o zapojení stěžovatele do *bid-riggingové* dohody. Stěžovatel má za to, že veřejně dostupné informace o zakázkách ČEPS, včetně tabulky žalovaného, nepodporují důvodnost místního šetření, spíše naopak. Stěžovatel dále porovnává přehled zakázek společnosti ČEPS na stavebně-montážní práce a související činnosti, přičemž po doplnění žalovaným nezaznamenaných zakázek uzavírá, že z celkového počtu 45 nezrušených veřejných zakázek v období od r. 2011 do 2018 stěžovatel uspěl jen v 8 z nich, tj. cca 17% případů, a to jen díky r. 2018, kdy stěžovatel uspěl ve 3 zakázkách z 5; při vyloučení daného roku uspěl stěžovatel v každé osmé zakázce. Podle stěžovatele tak žalovaný absentoval na reflexi skutečné situace, která na trhu panovala, a soud touto zjednodušující generalizací překlenul právě absenci konkrétních indicií. Žalovaný rovněž zahrnul mezi zakázky označené ve spisu jen některé, selektivně vybrané stavebně-montážní zakázky společnosti ČEPS; z namátkově vybraného souboru zakázek však žalovaný nemohl

pokračování

dovozovat žádnou globální dohodu, resp. podezření na její uzavření. Stěžovatel tak nesouhlasí s odůvodněním rozsudku, jenž se neúplností tabulky nezabýval a v chybějícím ozřejmění určitého algoritmu či systému stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Za nesprávný považuje stěžovatel i závěr krajského soudu o nepřiléhavosti rozsudku č. j. 1 As 80/2018 – 201 na nyní projednávanou věc.

[23] Napadený rozsudek dle stěžovatele navíc stojí na předpokladu jakési „presumpce viny“ stěžovatele, spočívající v tom, že krajský soud vyvrací tvrzení stěžovatele o neexistenci důvodného podezření pro provedení místního šetření. V napadeném rozsudku tak zcela absentuje pozitivní vymezení, čím důvodné podezření žalovaného odůvodnit lze. Krajský soud postupoval opačně, neboť vyšel z toho, že stěžovatel zřejmě do *bid-riggingového* schématu byl zapojen a následně jen hledal důvody, proč argumenty stěžovatele nejsou samy o sobě dostatečné k vyvrácení takového předpokládaného podezření.

[24] Stěžovatel rovněž namítá nesprávné hodnocení otázky důvodného podezření k zakázce Sokolnice; argumentuje faktickým průběhem této zakázky, s tím, že hypoteticky mohlo dojít k pokusu o koordinaci nabídek, který nebyl úspěšný, což plyne i z textu anonymního podnětu. Pokus o takové jednání však není postižitelný a nemohl ospravedlnit tak invazivní zásah do práv stěžovatele v podobě provedení místního šetření; žalovaný mohl volit mírnější vyšetřovací nástroje. Napadený rozsudek navíc své závěry o prostředí údajně vhodném i pro *bid-rigging* paušálně vztahuje na zakázku Sokolnice, což je rovněž nesprávné.

[25] Krajský soud v napadeném rozsudku konstatoval vady protokolace, ale z tohoto nezákonného postupu vyvozuje pro žalovaného výhodu. Soud odmítl shodné tvrzení stěžovatele a žalovaného, že místní šetření bylo provedeno v rozsahu dle pověření, jen protože z vadného protokolu nebylo možné pro vady v protokolaci prokázat, že takto místní šetření skutečně proběhlo. Takovýto právní závěr nemůže obstát. Jestliže pak soud argumentuje tím, že se stěžovatel mohl proti vyhledávaným klíčovým slovům ohradit, nemění to nic na tom, že pochybením žalovaného bylo ztíženo důkazní postavení stěžovatele, a tedy bylo zasaženo do jeho práva na obhajobu.

[26] Stěžovatel konečně namítá, že napadený rozsudek je také nepřezkoumatelný, jelikož jeho závěry neodpovídají správnímu spisu, ani shodným tvrzením stěžovatele i žalovaného před krajským soudem. Rozsudek je rovněž nepřezkoumatelný, neboť krajský soud dovozuje souvislost mezi podnětem DCK Group a anonymním podnětem, aniž by vysvětlil, v čem má daná souvislost spočívat. Z rozsudku rovněž neplyne, proč by okolnosti týkající se zadávání zakázek společnosti ČEPS - údajně nasvědčujících vzniku prostředí pro *bid-rigging* - měly automaticky platit i pro jiného zadavatele (E.ON), a proč by tedy prostředí zakázek ČEPS mělo být totožné s prostředím pro zadávání zakázek společností E.ON. Krajský soud rovněž neuvedl, jaký význam mají pro jeho posouzení zakázky společnosti ČEPS, které žalovaný nezachytil ve své tabulce; tu přitom krajský soud považoval za stěžejní pro dovození „*modu operandi*“.

[27] S ohledem na uvedené stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[28] Žalovaný označil ve vyjádření ke kasační stížnosti námitky stěžovatele za nedůvodné a navrhl zamítnutí kasační stížnosti. K přiměřenosti místního šetření ve vztahu k zakázkám ČEPS před rokem 2011 uvedl, že krajský soud se tímto aspektem zabýval, včetně nevhodné textace pověření k provedení místního šetření a nedospěl přitom k závěru, že došlo k vykročení z limitů daných rozsahem původního podezření. Rok 2011 přitom žalovaný neurčil na základě žádné ničím nepodložené arbitrární úvahy, ale na základě dosavadního stavu prověřování podnětu. Vzhledem k tomu, že zakázky vypsané před rokem 2011 nebylo z důvodu nedostupnosti předchozího profilu zadavatele možno dohledat a zakázky od roku 2011 vzbuzovaly silné podezření o protisoutěžním jednání, nabyt žalovaný podezření, že k protisoutěžnímu jednání mohlo docházet i před rokem 2011, proto použil výrazu „nejméně od roku 2011“. Z podkladů založených ve správním spise je tak jednoznačně patrné, že sporná formulace neměla účelově rozšiřovat rozsah místního šetření, ale odrážela pouze výsledky aktuálního šetření a nemožnost určit přesný počátek možného protiprávního jednání. K tomu žalovaný odkázal na rozsudek Tribunálu ze dne 20. 6. 2018, věc T-621/16 (České dráhy, a. s. proti Komisi).

[29] K namítanému nedostatečnému důvodnému podezření z deliktního jednání žalovaný uvádí, že stěžovatel opomíjí hodnocení podkladů, které měl žalovaný k dispozici před provedením místního šetření. Žalovaný shrnuje, že z veřejných zdrojů zjistil, že soutěže o zakázky společnosti ČEPS neprobíhají za standardních podmínek; soutěž o ně probíhá v režimu tzv. jednacího řízení s uveřejněním, přičemž při kombinaci daných kritérií pak dochází k tomu, že jsou zadavatelem vyzýváni stále stejní zájemci o tyto veřejné zakázky, tj. společnosti, které v minulosti u zadavatele získaly obdobné zakázky. Poté, co jsou vyloučeni zájemci nesplňující technické předpoklady ze strany zadavatele, zadavatel oznámí ostatním zájemcům, kteří postoupili do užšího výběru, že technické předpoklady splnili. Takto se zájemci dozví, které společnosti jsou jejich konkurenty o zakázku. Mají tak reálnou možnost odhadnout ceny ostatních soutěžitelů o zakázku a případně se dohodnout. Proto žalovaný vytvořil tabulku, která je součástí správního spisu. Z ní plyne, že z důvodu kombinace různých podmínek výběrových řízení a specifické povahy dané oblasti je v těchto zakázkách obecně omezená hospodářská soutěž a možnost účasti většího množství subjektů.

[30] Žalovaný za této situace vyhodnotil, že nemá možnost pokračovat v šetření tak, aby zároveň neupozornil na své prověřování. Rozhodl se tedy přistoupit k provedení šetření na místě ve smyslu § 21f zákona o hospodářské soutěži. Žalovaný zároveň ve fázi před přistoupením k provedení místního šetření netvrdil, že tyto indicie dokazují, že došlo k přestupku. K prokázání přestupku slouží až správní řízení, neboť právě ve správním řízení má spočívat těžiště dokazování. Námitky stěžovatele ohledně nedostatečnosti prokázání spáchání protiprávního jednání tak nejsou na místě. K existenci důvodného podezření ve vztahu k zakázce Sokolnice žalovaný uvádí, že v době, kdy prošetřoval anonymní podnět a zde uvedené tři zakázky, nebyly informace obsažené v podnětu známe (výše jednotlivých nabídek, kdo zakázky vyhrál, atd.). Podnět žalovaný obdržel 20. 9. 2018, písemná zpráva na zakázku „Rozvodna Sokolnice“ byla zveřejněna dne 6. 11. 2018 v 12:41 hodin. V podnětu se nikde neuvádí, že sdružení stěžovatele společnosti Bohemia Müller bylo skutečným vítězem zakázky, podnět jen popisuje průběh možné dohody. To, že nebyla daná dohoda realizovaná v podobě vítězství sdružení stěžovatele a Bohemia Müller, neznamená, že podezření z uzavření dohody pominulo.

pokračování

[31] Dle žalovaného tvrzená nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku plyne toliko z jeho dezinterpretace stěžovatelem. Tím, jak žalovaný obhajoval zvolenou formulaci v pověření k místnímu šetření (správnost použitého časové vymezení podezřelého jednání prostřednictvím výrazu zejména do roku 2011), nepopisoval nijak konkrétní postup během místního šetření. Šlo toliko o osvětlení vzniku dané formulace. Namítaná nepřezkoumatelnost z důvodu dovozování souvislostí mezi anonymním podnětem a podnětem DCK Group opět jasně a zřetelně účelově vykládá odůvodnění napadeného rozsudku takovým způsobem, kterým se snaží nalézt cokoliv, co by zpochybňovalo jeho přesvědčivost. Citovanou větou bezpochyby krajský soud vyjádřil to, že starší podnět DCK Group mohl žalovaný v minulosti oprávněně považovat za nepodložený. Spojením „mohlo nabýt“ jen krajský soud vyjádřil, že k takovému novému vyhodnocení podnětu DCK Group mohlo oprávněně dojít. Obdobně napadený rozsudek není nepřezkoumatelný v části závěrů o *bid-riggingovém* prostředí zadavatele ČEPS i pro prostředí zadavatele E.ON.; žádný takový závěr v napadeném rozhodnutí totiž není. Konečně, rozsudek krajského soudu není nepřezkoumatelný ani v absenci vysvětlení, jaký význam pro danou věc mají zakázky zadavatele ČEPS, které žalovaný nezachytil ve své tabulce. Podle žalovaného tímto stěžovatel žádá po správním soudu něco, co k přezkumu zákonnosti napadeného místního šetření není vůbec nutné; krajský soud hodnotil zákonnost provedení konkrétního místního šetření, zajímala ho mj. odpověď na otázku, zda žalovaný měl takové závažné indicie svědčící o možném protisoutěžním jednání konkrétních soutěžitelů, které odůvodňovaly přistoupení k místnímu šetření. Přitom shledal, že tabulka obsahující všechna data, která byla veřejně dohledatelná, ve spojení s dalšími indiciemi oprávněně vedla žalovaného k logickému kroku přistoupit k provedení napadeného místního šetření.

[32] K vyjádření žalovaného stěžovatel zaslal repliku, v níž opakovaně setrvává na své argumentaci; zdůrazňuje, že žalovaný skutečně provedl místní šetření i ve vztahu k období před rokem 2011, což potvrdil i v přípisu ze dne 24. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0011/2019/KD-11373/2019/852/RSk; dále obsáhle analyzuje průběh elektronického vyhledávání s tím, že v posuzované věci není pochyb o tom, že žalovaný vyhledával dokumenty v elektronických složkách bez časového omezení. Krajský soud si přitom tuto otázku nevyjasnil a neporozuměl způsobu elektronického vyhledávání. Dále se vyjádřil k časovému aspektu tzv. rovnítkového testu, tj. že žalovaný musí mít dostatečné důvodné podezření k provedení místního šetření ke dni jeho provedení. Stěžovatel krajskému soudu vytýká, že vyšel z hodnověrnosti anonymního podnětu jako podkladu pro provedení místního šetření, byť věrohodnost podnětu byla ještě před provedením místního šetření snížena písemnou zprávou zadavatele (E.ON) ze dne 6. 11. 2018, kterou žalovaný založil do správního spisu na č. l. 119 až 122. Krajský soud tyto skutečnosti zcela pominul. Podle stěžovatele bylo v případě žalovaného na místě zahájení tzv. sektorového šetření podle § 20 odst. 2 zákona o hospodářské soutěži, a nikoliv iniciování správního řízení, kterému předcházela prakticky namátková kontrola obchodních prostor stěžovatele. Závěrem stěžovatel zopakoval výhrady k pochybením žalovaného při protokolaci a jejich nesprávným zhodnocením krajským soudem.

[33] Přípisem ze dne 29. 11. 2019 stěžovatel doplnil argumentaci k podnětu DCK Group, poté, co mu bylo ze strany žalovaného poskytnuto znění tzv. závěru do spisu ze dne 31. 5. 2016. Uvedený závěr dle stěžovatele plně podporuje jeho argumentaci, že podnět společnosti DCK Group nemohl sloužit jako důvodná indicie pro provedení místního

šetření, a to ani v roce 2016, ani v roce 2018. Stěžovatel se domnívá, že skutečným založením podnětu DCK Group do spisu byla skutečnost, že žalovaný kromě anonymního podání ničím dalším, co by ospravedlnilo provedení místního šetření, nedisponoval. K připsu stěžovatel doložil kopii závěru žalovaného do spisu a zopakoval, že krajský soud při hodnocení zákonnosti místního šetření pochybil.

[34] Nejvyšší správní soud přezkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost je podána včas, neboť byla podána ve lhůtě dvou týdnů od doručení napadeného rozhodnutí krajského soudu (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), je podána oprávněnou osobou, neboť stěžovatel byl účastníkem řízení, z něhož napadené rozhodnutí krajského soudu vzešlo (§ 102 s. ř. s.), a je zastoupen advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.).

[35] Nejvyšší správní soud dále přistoupil k posouzení kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů, přičemž zkoumal, zda napadené rozhodnutí krajského soudu netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[36] Stěžovatel vytýká rozsudku krajského soudu mimo jiné též nepřezkoumatelnost rozsudku. Současně ovšem polemizuje též s tím, jak krajský soud věcně uchopil napadený nezákonný zásah. V této části odůvodnění proto Nejvyšší správní soud vypořádá jen a pouze námitky ohledně nepřezkoumatelnosti závěrů krajského soudu. Zákonnost a správnost právních důvodů, na nichž krajský soud založil rozsudek, pak Nejvyšší správní soud podrobně posoudí v následující části.

[37] Nepřezkoumatelnost rozhodnutí je vadou, ke které jsou správní soudy povinny přihlížet i bez námítky (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Vlastní přezkum rozhodnutí je možný pouze za předpokladu, že napadené rozhodnutí splňuje kritéria přezkoumatelnosti. Tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřené o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

[38] Nejvyšší správní soud neshledal, že by v napadeném rozhodnutí krajského soudu absentoval některý z výše uvedených požadavků. Krajský soud přehledně popsal rozhodný skutkový stav a s námitkami účastníků řízení se řádně a srozumitelně vypořádal, přičemž důvody rozhodnutí jsou v něm uvedeny způsobem nenechávajícím jakýchkoli pochyb o jejich logické nerozpornosti. Krajský soud vycházel při posouzení věci ze skutečnosti, že stěžovatel napadá procesní postup, který žalovaný uplatnil před vydáním meritorního rozhodnutí, které může být podrobena soudní kontrole prostřednictvím žaloby dle § 65 s. ř. s.

[39] Krajský soud v rozsudku vyjádřil jasně, že rozsah místního šetření nemohl přesáhnout rozsah plynoucí z pověření; v posuzované věci krajský soud na základě obsahu spisu konstatoval, že během místního šetření nebyly získány žádné dokumenty, které by se týkaly období před rokem 2011 (bod 80. rozsudku), což vyplývá i z protokolu (bod 68.). Krajský soud rovněž dále zdůraznil, že ke kontrole období po roce 2011 žalovaného vedly i další indicie, vyplývající z obsahu správního spisu a anonymního podnětu. Vytýká-li stěžovatel krajskému soudu, že učinil závěr o tom, že místní šetření bylo provedeno v užším rozsahu, pak se s takovým výkladem rozsudku Nejvyšší správní soud neztotožňuje. Zdejší soud má naopak za to, že krajský soud v rámci testu rozsahu místního

pokračování

šetření zcela korektně zkoumal věcné nevybočení místního šetření z jeho zacílení (podle obsahu pověření k místnímu šetření a podle obsahu spisu před uskutečněním místního šetření), přičemž žádný excés neshledal. Namítá-li pak stěžovatel v replice, že žalovaný provedl místní šetření i ve vztahu k období před rokem 2011, což dovozuje z přípisu žalovaného ze dne 24. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0011/2019/KD-11373/2019/852/RSk, pak k tomu zdejší soud sděluje, že uvedený přípis byl vydán až po zahájení správního řízení dne 23. 1. 2019 a nevztahuje se tak k otázce rozsahu místního šetření, jak bylo provedeno dne 22. 11. 2018. Z protokolu o průběhu místního šetření jednoznačně vyplývá, že byly převzaty fotokopie převážně e-mailů z období let 2017 – 2018 a v listinné podobě informace o konsorciu z kanceláře jednatele stěžovatele (č. l. 712 správního spisu).

[40] Stejně tak v případě dalších námitek, kdy stěžovatel vytýká krajskému soudu použití podmiňovacího způsobu u podnětu DCK Group nebo neobjasnění dalších okolností, musí Nejvyšší správní soud konstatovat, že uvedené námitky stěžovatele představují převážně pokračování polemiky neúspěšného účastníka řízení, bránícího se dozorové činnosti žalovaného, s průběhem řízení před správním soudem a správními orgány, s hodnocením důkazů a se skutkovými zjištěními, z nichž rozhodnutí vycházejí.

[41] Nejvyšší správní soud připomíná, že správní orgány a soudy nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí. Krajský soud nemusel na košatou a obsáhlou žalobu stěžovatele reagovat stejně košatým a obsáhlým rozsudkem; opačný závěr by směřoval k tomu, že u podání mimořádně rozsáhlých, jako je i podání stěžovatele, by bylo velmi obtížné sepsat „přezkoumatelný“ rozsudek. Takovéto pojetí nepřezkoumatelnosti by pak směřovalo k nekonečnému „ping pongu“ mezi Nejvyšším správním soudem a soudy krajskými a v důsledku by poškozovalo ústavní právo na přístup k soudu (viz rozsudek zdejšího soudu ze dne 11. 6. 2014, č. j. 10 Afs 18/2015 - 48). Tvrzenou nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. tedy Nejvyšší správní soud neshledal.

[42] Stěžovatelovy námitky proti napadenému rozsudku podřaditelné pod § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. směřují zejména proti důvodnosti šetření, rozsahu šetření, zákonnosti protokolace a užití klíčových slov, přičemž stěžovatel porušení zákona ve všech těchto případech spojuje se závěrem o nepřípustném způsobu provedení místního šetření.

[43] Nejvyšší správní soud předně uvádí, že místní šetření se provádí na základě písemného pověření vystaveného předsedou žalovaného nebo jinou oprávněnou osobou. Mezi náležitosti pověření patří mimo jiné vymezení předmětu šetření (§ 21f odst. 5 zákona o ochraně hospodářské soutěže). Současně musí žalovaný před zahájením šetření sdělit dotčenému soutěžiteli právní důvod a účel šetření a poskytnout náležitá poučení (§ 21f odst. 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže). Požadavky na sdělení těchto informací šetřenému soutěžiteli nejsou samoučelné. Žalovaný má totiž sice na jedné straně poměrně širokou diskreci, jakým způsobem bude zajišťovat dohled nad plněním zákona; tato diskrece však není bezbřehá a neměla by sklouznout k náhodným tzv. „rybářským expedicím“ („*fishing expeditions*“). Prováděné šetření tedy nesmí vybočovat ze sděleného předmětu a účelu šetření a v něm získané materiály nesmí být bez dalšího využity pro jiný účel. Vymezení předmětu a účelu místního šetření v pověření jednak demonstruje, že je

toto šetření oprávněné, ale zejména umožňuje šetřenému soutěžiteli vymezit rozsah jeho povinnosti spolupráce se žalovaným a chrání jeho právo na obhajobu.

[44] Povinností žalovaného je co nejpřesněji uvést, co je předmětem šetření, a skutečnosti, kterých se má týkat. Není však nutné, aby žalovaný předmět šetření vymezoval ve formě např. uzavřeného výčtu. Žalovaný provádí místní šetření na začátku vyšetřování, kdy ještě nemá k dispozici přesné informace. Cílem místního šetření je právě shromáždění důkazů týkajících se údajného protiprávního jednání (srov. rozsudek Soudního dvora EU ze dne 25. 6. 2014, *Nexans a Nexans Francie*, ve věci C-37/131, body 36 a 37). Soudní dvůr ostatně opakovaně judikuje, že vyšetřovací pravomoci soutěžních orgánů mají široký dosah a ztratily by účelnost, kdyby se tyto orgány musely „omezit pouze na to, že budou požadovat předložení dokumentů nebo spisů, jejichž existence by jim byla již předem známa. Takové právo naopak znamená možnost vyhledávat různé poznatky a informace, které ještě nejsou známy nebo plně identifikované. Bez takové možnosti by Komise nemohla shromažďovat poznatky a informace nezbytné pro šetření v případě, že by narazila na odmítnutí spolupráce nebo na obstrukční postoj ze strany dotyčných podniků“ (rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 9. 1989, *Hoechst AG*, ve spojených věcech 46/87 a 227/882, body 26 a 27). Citovaná unijní judikatura se vztahuje k náležitostem rozhodnutí podle čl. 20 nařízení Rady (ES) č. 1/2003, jímž Komise nařizuje kontrolu obdobnou místnímu šetření podle § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže, resp. k právní úpravě podle čl. 14 odst. 3 nařízení Rady (EHS) č. 17/1962. Unijní judikatura dále požaduje, aby pověření soutěžních orgánů 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), a dále 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), a dále 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, *France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství*, T-339/04, bod 58). Odůvodnění pověření přitom ohraničuje pravomoci svěřené pracovníkům žalovaného, a proto mohou pořizovat pouze kopie dokumentů, které se týkají předmětu šetření (rozsudek Soudního dvora ze dne 18. 6. 2015, *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, C-583/13 P, bod 60).

[45] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že žalovaný stěžovatele dostatečně seznámil s tím, proč v jeho prostorách probíhá místní šetření a jaké věci se místní šetření týká. Poukázat lze především na pověření předsedy žalovaného ze dne 16. 11. 2018, č. j. ÚOHS-33061/2018/852/RSk (viz bod 5 rozsudku), které žalovaný stěžovateli před provedením místního šetření předal a v němž bylo uvedeno prověření možného porušení § 3 odst. 1 zákona o hospodářské soutěži a čl. 101 SFEU, které žalovaný spatřoval v jednání ve shodě a/nebo dohodě nejméně pěti specifikovaných soutěžiteli spočívající v koordinaci nabídek: a) ve výběrových řízeních v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících

pokračování

činností, jejichž zadavatelem je společnost ČEPS, a to nejméně od roku 2011 dosud, a b) ve výběrovém řízení k zakázce s názvem: „TR Sokolnice-rekonstrukce R 110 kV“, jejímž zadavatelem je společnost E.ON. Z uvedeného pověření tedy vyplývá právní důvod a účel místního šetření, a bylo tedy zřejmé, jaké obchodní záznamy bude žalovaný v rámci místního šetření vyhledávat. O průběhu napadeného místního šetření žalovaný pořídil protokol.

[46] Lze přisvědčit stěžovateli, že místní šetření je invazivním vyšetřovacím nástrojem. Logicky tomu tak je, neboť využívá prvek překvapení. Samotné místní šetření je konstantně traktováno jako „neohlášené místní šetření“ (též „přepadové místní šetření“, v unijním prostředí se běžně hovoří o „*dawn raid*“), v jehož rámci jsou upravena práva a povinnosti soutěžitelů na straně jedné a žalovaného na straně druhé. Soutěžitelé, kteří jsou podrobeni šetření na místě, nemají díky elementu překvapení možnost manipulovat s důkazy či se jich zbavovat nebo je nějakým způsobem pozměňovat. Tím, že je žalovaný nadán pravomocí vstupovat do obchodních prostor soutěžitele a obstarat v těchto prostorách nezbytné důkazní prostředky, se naplňuje účel zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť bez takto získaných důkazů by často nebylo možné odhalit závažné protisoutěžní jednání soutěžitelů. Byť je místní šetření citelným zásahem, nic to nemění na tom, že je nástrojem legitimním.

[47] Jak již bylo uvedeno, žalovaný není povinen ani na základě zákona, ani dle judikatury, vymezit předmět správního řízení ve všech podrobnostech. Nejvyšší správní soud nicméně nepřehlédl, že samotná formulace právního důvodu místního šetření v pověření ze dne 16. 11. 2018 se nemusí jevit jako zcela jednoznačná, jelikož obsahuje výraz „nejméně od roku 2011“ (srov. citaci v bodě 5). Tato formulace může vyvolávat obavy, že žalovaný pochybil při vymezení rozsahu místního šetření. Nejvyšší správní soud již dříve uzavřel, že vymezení předmětu šetření v pověření pomocí výrazů jako „zejména“, „mimo jiné“ a podobně je třeba považovat za krajně nevhodné. V posuzované věci časové vymezení použitím formulace „nejméně od roku 2011“ připouští eventualitu, že stěžovatel se porušení § 3 odst. 1 zákona o hospodářské soutěži a čl. 101 SFEU dopouštěl i v období přede dnem vymezeným jako jeho zjištěný počátek. Formulace zvolená žalovaným však zároveň pevně vymezuje období, v němž k narušení hospodářské soutěže dle skutkových zjištění mělo docházet. Nejvyšší správní soud konstatuje, že jednání je tímto způsobem vymezeno dostatečně určitě, aby nemohlo dojít k jeho záměně s jednáním jiným. Nezaměnitelnost je přitom možné dovozovat ze všech skutkových okolností zachycených v pověření a nikoliv pouze na základě časového vymezení. I ve správním trestání je ostatně běžné časové vymezení skutku variantou formulace „*v přesně nezjištěný den*“, jestliže je prokázáno, že k deliktu došlo, ale nelze přesně zjistit, kdy se tak stalo. K časovému vymezení domnělého protisoutěžního jednání se vyjádřil i Tribunál v rozsudku ze dne 20. 6. 2018 ve věci T-621/16 *České dráhy, a.s. proti Komisi*, bod 82, tak, že „[z] ustálené judikatury vyplývá, že Komise nemá povinnost uvést v rozhodnutí, kterým se nařizuje provedení kontroly, dobu, během níž k domnělým protiprávním jednáním docházelo (viz rozsudek ze dne 25. listopadu 2014, *Orange v. Komise*, T 402/13, EU:T:2014:991, bod 80 a citovaná judikatura). Proto v případě, kdy se Komise navzdory této judikatuře rozhodne uvést dobu, během níž mělo k domnělým protiprávním jednáním docházet, nelze jí vytýkat, že tak učinila příliš široce“. Na tomto místě je třeba zdůraznit, že formulace podezření žalovaného obsažená v pověření a oznámení o zahájení řízení se v přímé souvislosti odvíjí od obsahu indicie, jež žalovaného k tomuto podezření vedla.

[48] Ze správního spisu plyne, že žalovaný měl před provedením šetření k dispozici poznatky nasvědčující tomu, že stěžovatel jednal ve shodě nebo v dohodě se společností ČEPS či jinými soutěžiteli a že koordinoval účast a nabídky v zadávacím řízení k zakázce Rozvodna Sokolnice. To bylo zjištěno z podnětu neznámého oznamovatele ze dne 20. 9. 2018 obsahujícího i upozornění na spolupráci těchto subjektů při jiných zakázkách. V anonymním podání byly popsány informace o jednáních ohledně uvedených zakázek do detailních podrobností známých jen účastníkům daných jednání či osobám v jejich nejbližším okolí. Žalovaný poskytnuté informace prověřil, a to na základě veřejně přístupných dokumentů např. z Věstníku veřejných zakázek, přičemž obsah anonymního podání odpovídal zjištěním žalovaného, a to i za situace, kdy ne všechny skutečnosti uvedené v podnětu, byly v době jeho podání zveřejněny. Žalovaný dále opětovně ověřil podnět společnosti DCK Group z roku 2016, v němž byl žalovaný upozorněn na 14 rizikových zakázek zadavatele ČEPS. Po jejich prověření žalovaný konstatoval, že kombinace používaných kritérií v daných zakázkách vede k tomu, že jsou zadavatelem vyzýváni stále stejní zájemci o zakázky, tj. společnosti, které již v minulosti u zadavatele obdobné zakázky získaly. Namítá-li stěžovatel, že u podnětu DCK Group žalovaný v roce 2016 uzavřel, že je nepodložený, pak s ním v tomto ohledu lze souhlasit, nicméně to neznámá, že ze strany žalovaného nemohlo, s ohledem na nově zjištěné skutečnosti, znovu dojít k vyhodnocení staršího podnětu. Ostatně, při posuzování dlouhodobějšího *bid riggingu* je většinou třeba brát v potaz rozsáhlejší období, nikoli např. jednotlivé roky, v nichž se celkový *modus operandi* dotčených soutěžitelů nemusí projevit. I sám stěžovatel přiznává, že např. v roce 2018 uspěl ve 3 zakázkách z 5, v dřívějších letech pak cca v každé osmé zakázce. Po přezkoumání dalších zakázek zadavatele ČEPS v oblasti stavebně-montážních prací/dodávek a souvisejících činností žalovaný vytvořil tabulku, z níž je patrné, že v období od roku 2011 do současnosti postupovaly do užšího výběru vždy stejné společnosti, některé společnosti byly opakovaně vylučovány a společnosti často tvořily sdružení (konsorcia).

[49] Uvedené poznatky jsou dle Nejvyššího správního soudu dostatečnou indicií o tom, že mohlo dojít k narušení hospodářské soutěže uzavřením dohod, které jsou podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázané. Žalovaný vzal v úvahu, že se spolupráce mezi soutěžiteli zpravidla nebude týkat toliko jediné (či několika málo) veřejné zakázky a měl určité indicie o tom, v jak velkém rozsahu může taková spolupráce fungovat, přičemž tyto indicie jsou součástí správního spisu. Žalovaný rovněž podpořil podezření na *bid riggingovou* dohodu také poznatky z vlastní činnosti. Nejvyšší správní soud se proto shoduje s krajským soudem ohledně nepřiléhavosti závěrů v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2019, č. j. 1 As 80/2018 - 201, na nyní projednávanou věc. Stejně neobstojí ani připomínka stěžovatele, že bylo ze strany žalovaného na místě zahájit tzv. sektorové šetření, neboť v posuzované věci nešlo o abstraktní prověřování situace v určitém sektoru, nýbrž o prověření zcela konkrétního podezření, kdy výstupem nemá být obecné doporučení, ale rozhodnutí o případném deliktu soutěžitelů. V tomto ohledu lze zcela odkázat na odůvodnění krajského soudu v bodu 90 a násl. rozsudku, jemuž nelze nic vytknout.

[50] Pokud tedy stěžovatel namítá, že se nejednalo o důvodné podezření, nelze mu přisvědčit. K zahájení řízení i provedení šetření je třeba mít podklady či poznatky, z nichž plyne důvodné podezření; není ovšem třeba mít jistotu. Nejvyšší správní soud přisvědčil

pokračování

krajskému soudu v názoru, že poznatky, které měl žalovaný k dispozici, byly dostatečným důvodem k provedení šetření na místě v obchodních prostorách stěžovatele. Důvod i zaměření šetření byly v pověření jasně vymezeny, pověření bylo stěžovateli předáno, a měl tedy povědomost o oprávnění žalovaného i o svých povinnostech, které z něho plynuly. Vytýká-li stěžovatel žalovanému, že hodnověrnost anonymního podnětu měla být ještě před provedením místního šetření snížena písemnou zprávou zadavatele (E.ON) ze dne 6. 11. 2018, pak ucelenost získaných poznatků odůvodňovala podezření žalovaného z bid *riggingových* praktik stěžovatele, přičemž tyto praktiky je žalovaný povinen odhalovat a postihovat.

[51] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku vadné protokolace. Zákon o ochraně hospodářské soutěže výslovně neupravuje náležitosti protokolu, je proto třeba *per* § 25a zákona o ochraně hospodářské soutěže postupovat dle § 18 správního řádu; dle odst. 2 citovaného ustanovení musí protokol mj. obsahovat vylíčení průběhu předmětných úkonů, přičemž je ovšem třeba respektovat § 21c odst. 1 zákona o hospodářské soutěži ve vztahu k zákonem chráněným formám tajemství. Stěžovatel je názoru, že v protokolu měla být zachycena všechna použitá klíčová slova a že soud na něj nepřipustně přenesl povinnost protokolace. Krajský soud, byť tak z formulace vytržené z celého kontextu odůvodnění stěžovatel dovozuje, neměl na mysli, že by měl stěžovatel průběh řízení protokolovat na místo žalovaného, tedy že by jej tížilo důkazní břemeno stran náležitostí protokolu, resp. celého procesu protokolace, ale to, že stěžovatel měl možnost do této protokolace zasahovat; zaznamenat, jaká klíčová slova byla použita, a případně vznést výhrady. Tím zjevně nebylo myšleno, že stěžovatel měl protokolovat průběh šetření, ale to, že měl prostřednictvím osob za něho šetření přítomných možnost seznat slova, která byla k vyhledávání užitá.

[52] Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 2 As 257/2018 konstatoval: „*Užití klíčových slov při nablížení do elektronických obchodních záznamů soutěžitele je racionálním způsobem vyhledávání informací v rámci šetření [§ 21f odst. 2 písm. c) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže]. Je-li šetřená zakázka spojena s podezřením na bid riggingové jednání, je opodstatněné zaměřit okruh vyhledávání širěji než jen na spornou zakázku. Přitom se nejedná o tzv. neomezený výlov informací a takto nalezený dokument k jiné zakázce má povahu „dokumentu na očích“ (...) Neuvedení všech klíčových slov užitých při vyhledávání do protokolu o místním šetření je vadou protokolace. Pokud to však není spojeno s možnou újmou soutěžitele, nejedná se o nezákonný zásah dle § 82 s. ř. s.*“ Stěžovatel neuvádí žádnou konkrétní újmu, která mu nastala v důsledku nezahrnutí všech užitých klíčových slov do protokolu, netvrdil konkrétně, v čem spatřuje rozsah provedeného místního šetření excesivním, resp. v tomto směru nepředložil žádné důkazy. K tomu lze připomenout, že dle protokolu o místním šetření měli inspektoři žalovaného provést fyzické prověřování obchodních záznamů uložených v počítačích a kancelářích uživatelů, a to vždy s umožněním přítomnosti některého zástupce či pracovníka stěžovatele. Dle protokolu byl zahájen export záznamů uložených v pracovním mobilním telefonu jednatele stěžovatele pomocí forenzního softwaru na notebooku žalovaného, export byl však ukončen z důvodu technických problémů a extrakci dat, ani částečné, nedošlo. Následně mělo dojít k prověření těchto záznamů fyzicky přímo v mobilním telefonu v přítomnosti jednatele a právního zástupce, a v rámci komunikačních aplikací/chatů byla podle protokolu do telefonu přímo jednatelem zadávána podle pokynu pracovníka žalovaného konkrétní klíčová slova související s předmětem šetření; žádné výsledky hledání však neměly být

nalezeny a nebyly tudíž žádné důkazy z telefonu převzaty. Při místním šetření tak byly převzaty fotokopie převážně e-mailů z období let 2017 – 2018 a v listinné podobě informace o konsorciu z kanceláře jednatele stěžovatele. Lze tak uzavřít, že neuvedení všech klíčových slov užitých při vyhledávání, aniž by toto neuvedení bylo spojeno s možnou újmou stěžovatele, je sice vadou protokolace, ale tato vada se ve sféře práv stěžovatele nijak negativně neprojevila; nemůže mít tedy ani vliv na zákonnost samotných místních šetření.

[53] Nejvyšší správní soud konstatuje, že tvrzení stěžovatele, že žalovaný postupoval metodou „*fishing expedition*“, neshledal opodstatněným; takové tvrzení nemá oporu ve spisovém materiálu, jehož obsahem jsou jak veškeré informace, které měl žalovaný k dispozici ještě před zahájením místních šetření, tak nalezené dokumenty, které se nikterak z předmětu místních šetření nevymykají. Jinými slovy, žalovaný věděl, za jakým účelem vyžaduje kontrolované listiny, nejednalo se tedy o situaci, kdyby teprve v rámci místního šetření zjišťoval, co vlastně bude kontrolovat, resp. kdyby pouze za tímto účelem (lovem informací) místní šetření zahájil.

[54] Nejvyšší správní soud kasační námitky stěžovatele neshledal důvodnými. Krajský soud řádně posoudil odůvodněnost a průběh zásahu a provedl test jeho vhodnosti, délky a rozsahu v mezích unijní judikatury i judikatury Nejvyššího správního soudu. S otázkou zákonnosti, nezbytnosti, vhodnosti a přiměřenosti místních šetření a procesní použitelnosti důkazu, na základě kterého byla místní šetření provedena, se krajský soud podrobně a přezkoumatelným způsobem v odůvodnění napadeného rozsudku vypořádal. S jeho závěry se Nejvyšší správní soud zcela ztotožnil. Místní šetření bylo provedeno v souladu se zákonem, svým rozsahem ani délkou nevybočilo ze zákonných mezí ani z předmětu řízení tak, jak byl vymezen v oznámení o zahájení správního řízení. Postupem krajského soudu nebylo stěžovateli nijak upřeno právo na spravedlivý proces; pokud stěžovatel namítá, že navrhoval provedení důkazu správním spisem, je třeba uvést, že návrh takového důkazu není na místě, neboť krajský soud právě na základě správního spisu napadené rozhodnutí či postup žalovaného přezkoumává, jinými slovy, posuzuje soulad napadeného rozhodnutí či postupu žalovaného správního orgánu s obsahem správního spisu.

[55] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnost důvodnou, proto ji dle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl.

[56] O nákladech řízení bylo rozhodnuto v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalovanému, který byl ve věci úspěšný, a po právu by mu náhrada nákladů náležela, žádné náklady vynaložené nad rámec jeho správní činnosti nevznikly, proto mu soud náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal.

P o u č e n í Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 5. února 2021

JUDr. Lenka Matyášová

pokračování

5 As 140/2019 - 101

předsedkyně senátu