ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobců: **a) DAICH spol. s r. o.**, se sídlem Železná 366, Tábor, zastoupen JUDr. Ivo Danielowitzem, advokátem se sídlem Smetanova 664, Tábor, **b) HOCHTIEF CZ a. s.**, se sídlem Plzeňská 16/3217, Praha 5, zastoupen JUDr. Alexandrem Césarem, advokátem se sídlem Klimentská 46, Praha 1, **c) SWIETELSKY stavební s. r. o.**, se sídlem Pražská tř. 495/58, České Budějovice, zastoupen JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou se sídlem V Celnici 1040/5, Praha 1, **d) AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o.**, se sídlem Pražská 1321/38a, Praha 10, zastoupen JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem se sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha 4, **e) VIDOX s. r. o.**, se sídlem U Poráků 511, Horní Brána, Český Krumlov, zastoupen JUDr. Jiřím Ctiborem, LL.M., Ph.D., advokátem se sídlem Národní 973/41, Praha 1, **f) COLAS CZ, a. s.**, se sídlem Ke Klíčovu 9, Praha 9, zastoupen Mgr. Emilem Holubem, advokátem se sídlem Jungmannova 24, Praha 1, **g) OHL ŽS a. s.**, se sídlem Burešova 938/17, Brno, zastoupen JUDr. Ing. Ondřejem Havránkem, advokátem se sídlem Na Florenci 15, Praha 1, **h) Lesostavby Třeboň a. s.**, se sídlem Novohradská 226, Třeboň, zastoupen JUDr. Andreou Žatkovou, advokátkou se sídlem Teslova 1125, Ostrava – Přívoz, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osob zúčastněných na řízení: **I) STRABAG a. s.**, se sídlem Na Bělidle 198/21, Praha 5, zastoupena Mgr. Robertem Nešpůrkem, LL.M., advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, **II) NDC REAL ESTATE a. s.** (dříve Radouňská vodohospodářská společnost, a. s.), se sídlem Jiráskovo předměstí 935, Jindřichův Hradec, zastoupena JUDr. Filipem Sojákem, advokátem se sídlem Košická 63/30, Praha 10, **III) KOSTKA JH s. r. o.**, se sídlem Česká 772, Jindřichův Hradec, o žalobách proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. 7. 2016, č. j. ÚOHS-R131, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 156, 158, 159, 169/2016-30631/2016/310, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 3. 2018, č. j. 62 Af 92/2016 - 398,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalobci a) se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává**.

IV. Žalovaný **je povinen** zaplatit náhradu nákladů řízení ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku:

žalobci b) ve výši 3.400 Kč k rukám jeho zástupce JUDr. Alexandra Césara, advokáta se sídlem Klimentská 46, Praha 1,

žalobci c) ve výši 4.114 Kč k rukám jeho zástupkyně JUDr. Petry Buzkové, advokátky se sídlem V Celnici 1040/5, Praha 1,

žalobci d) ve výši 3.400 Kč k rukám jeho zástupce JUDr. Viléma Podešvy, LLM, advokáta se sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha 4,

žalobci e) ve výši 4.114 Kč k rukám jeho zástupce JUDr. Jiřího Ctibora, LL.M., Ph.D., advokáta se sídlem Národní 973/41, Praha 1,

žalobci f) ve výši 4.114 Kč k rukám jeho zástupce Mgr. Emila Holuba, advokáta se sídlem Jungmannova 745/24, Praha 1,

žalobci g) ve výši 4.144 Kč k rukám jeho zástupce JUDr. Ing. Ondřeje Havránka, advokáta se sídlem Na Florenci 15, Praha 1,

žalobci h) ve výši 4.114 Kč Kč k rukám jeho zástupkyně JUDr. Andrey Žatkové, advokátky se sídlem Teslova 1125, Ostrava – Přívoz.

V. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „úřad“) vydal dne 4. 5. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S426/2012/KD-19076/2016/851/LŠt, ve kterém konstatoval, že došlo ke spáchání jedenácti 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) (dále jen „ZOHS“).

[2] Uvedené delikty měly spočívat v následujícím jednání:

žalobci c) a h) a osoba zúčastněná na řízení II. v období nejpozději od 15. 5. 2008 do 22. 5. 2008 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Rekonstrukce Riegrovy ulice v Třeboni a Třeboň - obnova kanalizace a vodovodu ulice Riegrova, vyhlášenou městem Třeboň a dobrovolným svazkem obcí Vodovod Hamr v roce 2008, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce h), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 22. 5. 2008 podali (dále jen „první delikt“);

žalobci e) a h) v blíže neurčeném období přede dnem 23. 3. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Rekonstrukce ulice Lesní v Třeboni - 2. etapa a Třeboň - Obnova kanalizace a vodovodu v Lesní ulici, vyhlášenou městem Třeboň a dobrovolným svazkem obcí Vodovod Hamr v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce h), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 23. 3. 2009 podali (dále jen „druhý delikt“);

žalobci c) a h) v období nejpozději od 11. 7. 2008 do 15. 7. 2008 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Rekonstrukce komunikací a nám. Sv. Jana Nepomuckého ve Studené, vyhlášenou obcí Studená v roce 2008, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce c), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 15. 7. 2008 podali (dále jen „třetí delikt“);

žalobci c), g) a h) v blíže neurčeném období přede dnem 7. 8. 2006 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Cyklostezka Nový Dražejov, vyhlášenou městem Strakonice v roce 2006, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce c), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 4. 8. 2006 a 7. 8. 2006 podali (dále jen „čtvrtý delikt“);

žalobce c) a osoba zúčastněná na řízení II. v období nejpozději od 14. 5. 2008 do 29. 5. 2008 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Zlepšení vzhledu a zkvalitnění dopravní infrastruktury obce Val, vyhlášenou obcí Val v roce 2008, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce c), a posléze takto sladěné nabídky u administrátora zakázky dne 28. 5. 2008 a 29. 5. 2008 podali (dále jen „pátý delikt“);

žalobci c) a d), osoba zúčastněná na řízení II. a VIALIT SOBĚSLAV spol. s r. o. v blíže neurčeném období přede dnem 11. 5. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Rekonstrukce MK k cihelně v obci Drunče, vyhlášenou obcí Drunče v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce c), a posléze takto sladěné nabídky u administrátora zakázky dne 11. 5. 2009 podali (dále jen „šestý delikt“);

žalobce c) a osoba zúčastněná na řízení II. v období nejpozději od 6. 10. 2009 do 9. 10. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Místní obslužná komunikace Kačlehy, vyhlášenou obcí Kačlehy v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podalo sdružení, jehož vedoucím členem byl žalobce c), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 9. 10. 2009 podali (dále jen „sedmý delikt“);

žalobci a) a h) a osoba zúčastněná na řízení II. v blíže neurčeném období přede dnem 5. 5. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Kanalizace a ČOV Hadravova Rosička, vyhlášenou obcí Hadravova Rosička v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala osoba zúčastněná na řízení II., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 5. 5. 2009 podali (dále jen „osmý delikt“);

žalobce c) a osoby zúčastněné na řízení II. a III. v blíže neurčeném období přede dnem 30. 7. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Oprava místních komunikací a výsadba zeleně v obci Urbanov, vyhlášenou obcí Urbanov v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce c), a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 30. 7. 2009 podali (dále jen „devátý delikt“);

žalobci a), b) a f) a osoba zúčastněná na řízení II. v blíže neurčeném období přede dnem 24. 8. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku Planá nad Lužnicí – vodovod a kanalizace, vyhlášenou městem Planá nad Lužnicí v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podal žalobce a), a posléze takto sladěné nabídky u administrátora zakázky dne 21. 8. 2009 a 24. 8. 2009 podali (dále jen „desátý delikt“);

žalobce c), osoba zúčastněná na řízení I. a VIALIT SOBĚSLAV spol. s r. o. v období nejpozději od 16. 7. 2009 do 24. 7. 2009 prostřednictvím vzájemných kontaktů koordinovali účast a nabídky do výběrového řízení pro veřejnou zakázku IN-LINE dráha, oprava komunikace k Harrachovce, vyhlášenou městem Tábor v roce 2009, a to tak, aby z nich výhodnější nabídku podala společnost VIALIT SOBĚSLAV spol. s r. o., a posléze takto sladěné nabídky u zadavatele dne 22. 7. 2009, 23. 7. 2009 a 24. 7. 2009 podali (dále jen „jedenáctý delikt“).

Tato jednání byla rozhodnutím úřadu vždy zakázána a jednotlivým žalobcům byly uloženy pokuty.

[3] Proti rozhodnutí správního orgánu I. stupně podali žalobci rozklady, které předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) v záhlaví označeným rozhodnutím z podstatné části zamítl. Napadené rozhodnutí změnil pouze ve výši pokut uložených žalobci c), žalobci g) a osobě zúčastněné na řízení I).

II. Stěžejní závěry rozsudku krajského soudu

[4] Žalobci napadli rozhodnutí žalovaného žalobami, které krajský soud posoudil jako důvodné, a proto výše uvedeným rozsudkem rozhodnutí žalovaného zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení.

[5] Krajský soud dospěl k závěru, že místní šetření provedená v rámci správního řízení vedoucího k vydání napadených rozhodnutí nebyla zákonná. Vyšel přitom z obecného východiska, podle kterého, aby bylo možno považovat místní šetření za zákonné, muselo

být toto šetření nezbytné, tj. především přiměřené uvedenému legitimnímu cíli. Místní šetření je přiměřené, pokud vyhoví testu vhodnosti, délky a rozsahu. Posouzení vhodnosti místního šetření je přitom založeno na posouzení existence konkrétních skutkových zjištění, jež měl úřad k dispozici před zahájením příslušného místního šetření a jež jej k zahájení správního řízení vedla. Je tedy třeba zkoumat, zda měl úřad 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, tak obsahově. Krajský soud vyšel toho, že musí existovat proporcionální vztah (doslova „rovnítko“) mezi rozsahem podezření, jež se musí v konkrétní míře promítnout do vymezení předmětu správního řízení, rozsahem pověření k šetření a rozsahem samotného šetření. V posuzovaném případě tomu tak nebylo.

[6] V původním i pozdějším vymezení předmětu řízení, na základě nichž proběhla jednotlivá místní šetření, se podle krajského soudu jevilo jako nesprávné již použití slova „zejména“, jež by mohlo vést k závěru, že se šetření mohla zaměřovat na všechna výběrová řízení na stavební práce v oblasti stavebního inženýrství a mohla by tak žalovaného opravňovat k předem nevymezenému šetření. Pokud tedy žalovaný prováděl místní šetření nad rámec konkrétního vymezení s využitím slova „zejména“, jednalo se o vadu místního šetření. Soud pak s přihlédnutím ke každému z jedenácti deliktů popsal, proč provedená místní šetření přesahovala v té době existující rozumně konkretizovaná podezření úřadu, a to jak ohledně identifikace zadávacího řízení, tak ohledně období, jež by měla oporu ve správním spisu.

[7] Ve vztahu k prvnímu až devátému deliktu dospěl soud k závěru, že klíčové dokumenty, které úřad nasměrovaly k dalšímu postupu, byly zajištěny výlučně až na soudem popsaných místních šetřeních. Všechna místní šetření k těmto prvním devíti deliktům přitom proběhla za situace, kdy předmět řízení i předmět a účel šetření, na nichž byly tyto dokumenty zajištěny, byly vymezeny způsobem odpovídajícím vymezení, za něhož bylo správní řízení dne 30. 7. 2012 zahajováno ve vztahu k osobě zúčastněné na řízení I. a společnosti EUROVIA CS, a. s. (dále jen „EUROVIA“), a to na základě anonymního podnětu týkajícího se tří zadávacích řízení v Písku. Tomuto vymezení ovšem neodpovídalo žádné ze zadávacích řízení, která byla na podkladě jednotlivých místních šetření zkoumána, a to ani časově (jednalo se o zadávací řízení z období roků 2006 – 2009), ani věcně, neboť se jednalo o zcela jiná zadávací řízení. Podezření k těmto devíti zadávacím řízením neplynulo ani z formálních dokumentů, které místnímu šetření předcházely (vymezení předmětu správního řízení a vymezení předmětu, účelu a rozsahu šetření v pověření), neboť ke konkretizaci vymezení správního řízení přistupoval žalovaný vždy v návaznosti na provedená místních šetření, ani ze skutkového podkladu, který by měl žalovaný v té době zažurnalizován ve správním spisu. Soud nepřisvědčil argumentaci žalovaného, že poznatky ohledně uvedených devíti zadávacích řízení získával úřad průběžně v rámci svého podezření na celkově nefunkční soutěž v oblasti inženýrského stavitelství v důsledku rozsáhlé dohody charakteru bid rigging zahrnující značnou část této oblasti. V takovém případě by totiž bylo odpovídajícím nástrojem provedení tzv. sektorového šetření ve smyslu § 20 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Výsledek řízení navíc nepůsobí jako odhalení komplexního kartelu charakteru bid rigging, nýbrž jako řada relativně samostatných a oddělitelných koordinačních aktivit bez jednotícího prvku.

[8] V případě desátého a jedenáctého deliktu proběhla místní šetření na základě změněného vymezení předmětu řízení. Na základě předchozích místních šetření a na ně navazujícího postupu žalovaného byl doplněn příkladmý výčet zadávacích řízení odpovídajících později dovozeným deliktům prvnímu až devátému, nikoliv však desátému až jedenáctému. Tomuto vymezení tedy předmět řízení, jenž by zahrnoval jednání podle později dovozených deliktů desátému a jedenáctému, neodpovídá, a tomuto vymezení neodpovídá ani žádné z vymezení šetření, jež se uskutečnila ve dnech 10. 3. 2015 a 18. 3. 2015.

[9] Krajský soud konstatoval, že pokud předem nebyly dány žádné věrohodné skutečnosti, na nichž se zakládaly domněnky úřadu o protisoutěžním jednání a z nichž plyne věcné vymezení okruhu konkrétních listin, na jejichž zaměření se měla místní šetření zaměřit, je nutno přisvědčit žalobcům, že místní šetření představovala tzv. rybářskou výpravu (lov informací), aniž by se mohlo uplatnit pravidlo tzv. předmětů na očích. Na těchto šetřeních přitom byly získány důkazní prostředky, o něž pak úřad teprve opřel pozdější změny ve vymezení správního řízení a následně potrestání za jednání ve shodě. Závěry ohledně žádného z jedenácti deliktů (a to již v jejich koordinační fázi) nemohou bez podkladů zajištěných na jednotlivých místních šetřeních obstát.

III. Stručné vymezení důvodů kasační stížnosti

[10] Žalovaný (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodu jeho nezákonnosti ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s."), a nepřezkoumatelnosti dle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a vrátil věc krajskému soudu k dalšímu řízení.

[11] V rámci prvního okruhu kasační argumentace stěžovatel vytkl krajskému soudu nesprávné vyhodnocení původního podezření, které měl úřad na počátku správního řízení, a jež vyplývá z anonymního podnětu předaného Policií ČR. Stěžovatel na výklad anonymního podnětu upozornil již ve svém doplnění vyjádření k žalobě ze dne 17. 7. 2017, krajský soud se nicméně samotným obsahem podnětu ani jeho rozborem nezabýval. Pro pochopení původních podezření úřadu je podstatné také pochopení podstaty bid riggingu, kterou stěžovatel v kasační stížnosti podrobně vysvětlil. Při vyhodnocování konkrétního podnětu týkajícího se tohoto jednání je zásadní zvážení následujících faktorů: počet údajných účastníků možné bid riggingové dohody, oblast, v níž mělo k zakázané dohodě dojít, a další indicie týkající se komplexní povahy či trvání údajné bid riggingové dohody. 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 přitom logicky nemůže být z povahy odhalovaného jednání soutěžitelů rovnítko. Krajský soud však nesprávně považoval za určující pouze tři v anonymním podnětu označená zadávací řízení, aniž by zohlednil další zde uvedené informace (nastavení údajné spolupráce mezi sedmi účastníky zakázané dohody) či ekonomické souvislosti a charakter bid riggingu jako takového. Z anonymního podnětu přitom dle stěžovatele 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 (obsah podnětu stěžovatel v kasační stížnosti podrobně analyzoval).

[12] Druhý okruh kasační argumentace se týká vyhodnocování a posuzování dalších místních šetření provedených již v rámci běžícího správního řízení a použitelnosti důkazů získaných mimo tato místní šetření. Stěžovatel zdůraznil, že specifikum posuzované věci spočívá právě v tom, že podklady rozhodnutí stěžovatele byly získávány až na místních šetřeních prováděných v průběhu správního řízení, nikoliv na jeho samotném počátku. Je proto třeba vycházet z celého rozsahu podkladů shromážděných v průběhu správního řízení v okamžiku, který bezprostředně předcházel každému z provedených místních šetření. I kdyby byla provedená místní šetření nezákonná, nelze považovat za nezákonné také důkazy získané z jiných zdrojů.

[13] Místní šetření, na nichž byly zajištěny důkazy pro prvních devět deliktů, o nichž se zmiňoval krajský soud, byla provedena dne 6. 11. 2013 a 28. 5. 2014, šlo tedy o páté a sedmé místní šetření v pořadí od zahájení správního řízení. Před provedením místního šetření dne 6. 11. 2013 však již správní spis zahrnoval přes 5 600 stránek, a byly zde obsaženy nejen podklady z předchozích místních šetření, ale také další důkazy – odpovědi na informace, nabídky do různých zadávacích řízení atd. Alespoň část těchto dokumentů tak měla být použitelná i v případě, že by krajský soud všechna předchozí místní šetření považoval za nezákonná. To však soud ve svém rozsudku explicitně nekonstatuje ani nepřezkoumává. Stěžovatel do kasační stížnosti včlenil tabulku, v níž uvedl podklady získané z jiných zdrojů než z místních šetření, které byly v průběhu řízení shromážděny a jež mají přímý dopad na rozsah podezření určující rozsah každého z místních šetření. Z ní podle stěžovatele vyplývá, že před provedením místních šetření dne 6. 11. 2013 měl úřad k dispozici řadu podkladů, přičemž minimálně u 12 zakázek byla dána možnost dotčení zakázanou dohodou. Před posledním místním šetřením už šlo o 32 zakázek. Geografická oblast, které se zakázky dotkly, a okruh účastníků řízení, kteří v těchto zakázkách figurovali, jen potvrzovaly původní informace z podnětu o tom, že existovala rozsáhlá dohoda o rozdělení veřejných zakázek v oblasti stavebnictví v rámci České republiky, a že klíčovou roli mohli hrát právě účastníci řízení. Postupný posun právní kvalifikace k tomu, že celé šetřené jednání nemusí být jediným skutkem, pak v řízení zanechal stopu v podobě jednotlivých upřesnění předmětu řízení a také vyloučení některých částí šetřeného jednání k samostatnému řízení (v říjnu roku 2014). Až zde je patrný počátek změny právní kvalifikace z trvajícího, resp. pokračujícího jednání na jednotlivé samostatné skutky bez jednotícího záměru. Krajský soud se však v rozporu se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2017, č. j. 6 As 113/2017 - 83, č. 3586/2017 Sb. NSS, věc *ČD Cargo* (dále jen „rozsudek NSS ve věci *ČD Cargo*“) nezabýval vlastním rozsahem podezření před provedením každého dalšího místního šetření, ale vycházel jen z toho, že formulace předmětu správního řízení a místních šetření byla příliš široká a neodpovídala původnímu podezření, které měl stěžovatel již před vlastním zahájením správního řízení. Z napadeného rozsudku ovšem není patrné, proč soud nevzal v úvahu další podklady shromážděné mezi jednotlivými místními šetřeními a automaticky předpokládal, že se podezření úřadu v průběhu správního řízení nijak nevyvíjelo.

[14] Stěžovatel dále zpochybnil použitelnost krajským soudem uvedené judikatury Soudního dvora stanovující požadavky na určitost rozhodnutí Evropské komise (dále jen

„Komise“) o nařízení místního šetření. Tato judikatura je použitelná pouze částečně, neboť řízení před Komisí vykazuje ve srovnání s řízením před úřadem značné odlišnosti. V rámci národních procesních pravidel je šetřený soutěžitel účastníkem řízení se všemi jeho procesními právy již od samého počátku, zatímco v řízení před Komisí je postavení účastníka řízení šetřenému soutěžiteli přiznáno až po sdělení výhrad. Případné nedostatky vlastního vymezení předmětu místních šetření tak byly v posuzované věci kompenzovány tím, že každý z šetřených subjektů získal v den provedení místního šetření v jeho obchodních prostorách zároveň postavení účastníka řízení.

[15] Stěžovatel shrnul, že požadavky na popis skutku při zahájení správního řízení by obdobně jako u předmětu a účelu místního šetření měly zahrnovat alespoň vymezení hospodářského sektoru, dále základní vymezení toho, v čem omezení soutěže spočívá, a provedení právního hodnocení tohoto jednání. Tyto požadavky oznámení o zahájení řízení v posuzované věci obsahovalo. Nepřesnosti, resp. vytýkaná vágnost předmětu řízení před jeho upřesněním, tak nemohou být jediným základem pro posouzení zákonnosti místních šetření, které stěžovatel v daném případě provedl. Krajský soud však při hodnocení zákonnosti místních šetření provedených dne 6. 11. 2013, 28. 5. 2014, 10. 3. 2015 a 18. 3. 2015 vycházel z nesprávných právních východisek, jelikož učinil základem svých závěrů pouze nedostatky ve vymezení předmětu šetření (resp. správního řízení), aniž by zkoumal obsah a rozsah vlastního podezření, které provedení jednotlivých místních šetření předcházelo.

[16] Ve druhém doplnění kasační stížnosti stěžovatel velmi podrobně rozvedl vývoj judikatury a regulace místních šetření. Zmínil také oprávnění úřadu provést místní šetření v rámci výkonu své dozorové pravomoci i mimo rámec správního řízení či sektorového šetření, a to i namátkovým způsobem, aniž by ZOHS výslovně vyžadoval k provedení takového místního šetření prvotní podezření. Stěžovatel dovodil, že pokud by mohl úřad získat důkazy (které jsou považovány i dle judikatury za zákonné) během takto provedených namátkových kontrol bez nutnosti existence podezření, nemohou být nezákonné ani důkazy, které byly zajištěny na místním šetření, jež proběhlo v návaznosti na konkrétní podezření a v rámci řádně zahájeného správního řízení, což v důsledku zajišťuje účastníkům takového řízení nesrovnatelně vyšší ochranu práv.

IV. Stručné shrnutí vyjádření žalobců a osob zúčastněných na řízení

[17] Žalobci b), c), d), e), f), g) a h) a osoba zúčastněná na řízení I) podali ke kasační stížnosti obsáhlá vyjádření, ve kterých podpořili závěry napadeného rozsudku a navrhli, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl. Souhlasili se závěrem soudu, že úřad z anonymního podnětu nemohl získat podezření o rozsáhlé dohodě typu bid rigging, a že předmět řízení vymezil příliš široce. Ani rozsah provedených místních šetření neodpovídal rozsahu podezření úřadu před provedením jednotlivých šetření. Jednalo se tak o zakázané rybářské výpravy (tzv. fishing expedition), a úřad proto nemohl použít takto získané důkazy. Krajský soud se též dostatečně zabýval použitelností důkazů získaných mimo nezákonná místní šetření, avšak dospěl k závěru, že tyto důkazy samy o sobě nemohou obstát.

[18] Žalobce b) ve svém vyjádření dodal, že úřad nemohl mít předem jakékoliv podezření ve vztahu k desátému deliktu, za nějž byl žalobce b) sankcionován; toto podezření získal až na místním šetření ze dne 10. 3. 2015, kdy zajistil dokumenty týkající se předmětné veřejné zakázky u žalobce a). Předmět řízení byl přitom před tímto místním šetřením vymezen tak, že obsahoval toliko zadávací řízení odpovídající deliktu jedna až devět.

[19] Žalobce c) označil stěžovatelův rozbor podnětu za účelový (provedený *ex post* dle jeho potřeb v návaznosti na argumentaci krajského soudu) a vnitřně rozporný s původním rozsahem podezření a celkovou koncepcí vedení následného správního řízení. Připojil také analýzu stěžovatelových tvrzení ohledně legitimnosti místních šetření. Dále zdůraznil, že nepoužitelnost stěžovatelem zmiňované teorie doktríny plodů otráveného stromu je nutné vykládat ve smyslu prvotní indicie a rozsahu podezření. V důsledku absence detailního popisu předmětu správního řízení úřad zasáhl do práva žalobců na obhajobu a způsobil nezákonnost místních šetření. V souvislosti s pochybnostmi stěžovatele o uplatnění krajským soudem aplikované judikatury připomněl žalobce c) retrospektivní časovou působnost judikatury. Za zavádějící považoval rovněž tvrzenou odlišnost procesních předpisů, kterými se řídí Komise. K otázce provádění šetření na místě v rámci dozorové činnosti stěžovatele mimo správní řízení uvedl, že tato šetření je potřeba provádět přiměřeně jako ve správním řízení.

[20] Žalobce d) zdůraznil, že způsob, jakým úřad řízení vedl, nesměřoval k prokázání existence rozsáhlé zakázané dohody, nýbrž se zaměřoval na potenciální dílčí „dohody“ vztažené zásadně izolovaně k jednotlivým zakázkám. Rovněž pro žalobce d) nemohlo ze sdělení výhrad vyplývat nic více, než že správní řízení proti němu stěžovatel vedl pouze v souvislosti s jedinou tam uvedenou veřejnou zakázkou (bod 671 sdělení výhrad). Dále žalobce d) zpochybnil absenci jakéhokoliv vlivu judikatury na posuzování zákonnosti procesních úkonů učiněných před přijetím této judikatury. Pokud jde o namátkové kontroly dle § 20 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže, ty mají zcela jiný režim a účel oproti místním šetřením prováděným v rámci zahájeného správního řízení. Pokud úřad mohl některé důkazy potenciálně získat zákonným způsobem v rámci namátkové kontroly, neznamená to, že muselo být nutně zákonné i jejich získání v případě místního šetření v rámci správního řízení.

[21] Žalobce e) uvedl, že první indicií k šetření veřejné zakázky Rekonstrukce ulice Lesní v Třeboni, v souvislosti s níž měl porušit zákon, byl až e-mail získaný v rámci nezákonného místního šetření ze dne 6. 11. 2013 v sídle společnosti Lesostavby Třeboň a. s., tj. žalobce h). Původní podezření před provedením tohoto místního šetření žádnou indicii o porušení zákona v případě uvedené veřejné zakázky neobsahovalo. Tabulka předložená stěžovatelem je nicneříkající a účelová, neboť stěžovatel se v ní snaží fabulovat, že získal podezření ve vztahu k žalobci e) z jiných zdrojů než z místního šetření. Argumentace stěžovatele charakterem jednáním bid rigging vůbec není namístě v situaci, kdy úřad uložil pokuty za samostatné skutky. Dále žalobce e) odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu, podle které jsou závěry unijní judikatury přenositelné i do českého právního prostředí.

[22] Podle Žalobce f) stěžovatel nesprávně a účelově vyložil rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci *ČD Cargo*. Konkrétně k veřejné zakázce Planá nad Lužnicí – vodovod a kanalizace [v souvislosti s níž byl žalobce f) sankcionován, tj. desátý delikt] uvedl, že ta byla do předmětu správního řízení doplněna až poté, co bylo dne 10. 3. 2015 provedeno místní šetření u žalobce a). V pověření k provedení místního šetření v této společnosti tak bylo vyjmenováno devět veřejných zakázek, nicméně výše zmíněná zakázka zde uvedena nebyla, což nelze považovat za „nepřesnost" vymezení předmětu místního šetření. Relevantní není ani odkaz stěžovatele na změnu právní úpravy, neboť požadavek na stanovení účelu šetření byl stanoven již před novelou zákona o ochraně hospodářské soutěže v roce 2012. Došlo pouze k vývoji soudní judikatury, ovšem postup úřadu nebyl správný ani s ohledem na tehdejší domácí judikaturu. Úřad ve vymezení správního řízení nepopsal domnělý skutek, tedy konkrétní protiprávní jednání, nýbrž až právní kvalifikaci nijak nekonkretizovaného jednání.

[23] Žalobce g) poznamenal, že v posuzovaném případě došlo v rámci správního řízení k zásadní změně předmětu řízení, což je v rozporu se závěry rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 11. 12. 1997, sp. zn. 2 A 10/97, a Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009-541. Úřad až zajištěním nezákonného důkazu na místním šetření konaném dne 6. 11. 2013 pojal podezření ve vztahu k veřejné zakázce „Cyklostezka Nový Dražejov", v souvislosti s níž byl žalobce g) trestán. Ohledně důkazů získaných mimo místní šetření žalobce g) uvedl, že tyto důkazy - většinou zadávací dokumentace k jednotlivým veřejným zakázkám - by úřad nenapadlo si vyžádat, nebýt nezákonných místních šetření. Dále zpochybnil argument stěžovatele, že by judikaturu vyšších soudů nebylo možno aplikovat i na jí předcházející případy. Úřad postupoval v rozporu s jím uváděným rozsudkem Soudního dvora ze dne 22. 10. 2002, *Roquette Frères SA proti Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, věc C-94/00 (dále jen rozsudek Soudního dvora ve věci *Roquette Frères*), neboť ani v oznámení o účastenství ve správním řízení ze dne 16. 6. 2014, ani v upřesnění předmětu řízení ze dne 9. 10. 2014, natož pak v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 9. 3. 2016 neuvedl, jak se žalobce g) šetřeného jednání účastnil. Tuto informaci doplnil až ve sdělení výhrad ze dne 9. 3. 2016, až od tehdy tak mohli účastníci opravdu účinně vykonávat své právo na obhajobu. Není proto pravda, že by účastníci řízení měli lepší postavení, než soutěžitel vyšetřovaný Komisí.

[24] Žalobce h) vysvětlil zjevné nesrovnalosti mezi obsahem anonymního podání a konkrétním průběhem v něm zmíněných 3 veřejných zakázek a namítl, že již v oznámení o zahájení řízení musí být předmět řízení dostatečně určitě identifikován tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo na obhajobu včetně realizace trestněprávní zásady zákazu sebeobviňování. Úřad mohl při místním šetření v rámci své libovůle v zásadě zkoumat jakékoliv dokumenty a záznamy v neomezeném věcném, místním a časovém rozsahu, a k těmto požadovat po soutěžitelích součinnost, případně vysvětlení, což také činil, aniž by však bylo zřejmé, na základě jakého klíče vyhledal následně zajištěné listiny. Žalobce h) připomněl rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 2. 10. 2014, *DELTA PEKÁRNY a. s. proti České republice*, stížnost č. 97/11 (dále jen rozsudek ESLP ve věci *Delta Pekárny*), a konstatoval, že v posuzovaném případě široce vymezený předmět správního řízení nesplňuje podmínku proporcionality zásahu. Důkazy získané na místních šetřeních

tak nemohou být ve světle teorie o nezákonně získaných důkazech (důkazní teorie o ovoci z otráveného stromu) procesně použity. Upozornil také, že nelze srovnat namátkovou kontrolu činěnou v rámci dozorové pravomoci stěžovatele s místním šetřením realizovaným v rámci zahájeného správního řízení.

[25] Také osoba zúčastněná na řízení I) zdůraznila, že podklady, na základě kterých stěžovatel vysvětluje svá údajná podezření ze spáchání deliktů, získal úřad až v návaznosti na důkazy získané během nezákonných místních šetření. Vymezení předmětu řízení, jak jej učinil úřad při jeho zahájení, by mu umožnilo vést řízení téměř pro jakoukoliv aktivitu osoby zúčastněné na řízení I), v jakékoliv době a jakémkoliv místě. Nebylo však vůbec zřejmé, jaký konkrétní skutek či skutky jsou osobě zúčastněné na řízení I) vytýkány. Stěžovatelem vyhotovená tabulka mechanicky vyjmenovává dokumenty shromážděné před provedením jednotlivých místních šetření pocházející z jiných zdrojů, nicméně neuvádí, jaké konkrétní podezření měl stěžovatel z těchto podkladů nabýt a z čeho je vlastně dovozuje. Ze spisu je přitom zřejmé, že tyto jiné dokumenty, typicky příslušnou dokumentaci včetně nabídek podaných jednotlivými uchazeči, si stěžovatel vyžádal vždy až následně v návaznosti na nezákonné získání podkladů během místních šetření. Přiznání postavení účastníka řízení šetřeným soutěžitelům nemůže v žádném případě vykompenzovat naprosto nekonkrétní vymezení předmětu řízení. Osoba zúčastněná na řízení I) příslušná práva účastníka řízení využít nemohla, protože nevěděla, proti čemu se má vlastně hájit. Z toho důvodu ostatně podala i zásahovou žalobu. Dále osoba zúčastněná na řízení I) rozsáhle zpochybnila právo úřadu provádět tzv. namátkové kontroly.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[26] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení. Dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti a je projednatelná.

[27] Nejprve Nejvyšší správní soud shrnul průběh správního řízení v míře nezbytné pro další posouzení věci [viz kap. V.a)]. Dále hodnotil napadený rozsudek krajského soudu z hlediska jeho přezkoumatelnosti [viz kap. V.b)]. Poté uvedl obecná východiska, ze kterých vycházel při hodnocení oprávněnosti sporných šetření na místě [viz kap. V.c)]. V rámci posouzení věci pak nejdříve rozebral podezření úřadu na možné protisoutěžní jednání, které předcházelo zahájení správního řízení a provedení místních šetření, a hodnotil, zda tomuto podezření odpovídal vymezený rozsah místního šetření, resp. jestli bylo možno tato šetření považovat za zákonná [viz kap. V.d)]. Nakonec se věnoval otázce použitelnosti důkazů získaných mimo místní šetření [viz kap. V.e)]. Dospěl přitom k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

V.a) Stručné shrnutí průběhu správního řízení

[28] Úřad získal podezření na spáchání protisoutěžního deliktu ve formě bid riggingové dohody v oblasti stavebnictví v návaznosti na předání informace - podnětu Policie ČR, Krajského ředitelství policie Jihočeského kraje, územní odbor Písek, oddělení hospodářské kriminality, ze dne 19. 6. 2012. Tímto podnětem bylo úřadu postoupeno 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: „*Povrchová úprava komunikace - ul. Otakara Jeremiáše*“, „*ZTV sv. Václav – I. etapa*“, a „*Povrchová oprava místní komunikace Zeyerovy v Písku*“.

[29] Dne 31. 7. 2012 zahájil úřad správní řízení sp. zn. S426/2012/KD na základě doručení oznámení o zahájení správního řízení ze dne 30. 7. 2012 původním účastníkům, a to osobě zúčastněné na řízení I) a společnosti EUROVIA. Předmět řízení byl vymezen jako možné porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, které úřad spatřoval v „*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 vyhlašovaných veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012*“. Toto jednání účastníků řízení bylo dle úřadu způsobilé narušit hospodářskou soutěž v oblasti stavebnictví. Současně se zahájením správního řízení úřad provedl šetření na místě v obchodních prostorách obou účastníků řízení. V pověření k provedení šetření na místě u osoby zúčastněné na řízení I) a společnosti EUROVIA je jako účel místního šetření uvedeno „*prověření obchodních záznamů/opatření podkladů v rámci správního řízení sp. zn. S426/2012/KD* [...] *ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona, které Úřad spatřuje v jednání ve shodě a/nebo dohodě mezi účastníky správního řízení spočívající v koordinaci účasti a nabídek ve výběrových řízeních v oblasti stavebnictví, a to zejména ve výběrových řízeních vyhlašovaných veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012. Toto jednání účastníků správního řízení bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž v oblasti stavebnictví.*“

[30] Na základě podkladů zajištěných v průběhu těchto šetření na místě pak úřad rozšiřoval okruh účastníků řízení s tím, že u většiny z nich rovněž provedl šetření na místě, a to konkrétně ve dnech:

- 19. 2. 2013 – úřad zde oznámil účastenství a provedl místní šetření mimo jiné u žalobce c),
- 6. 11. 2013 - oznámil účastenství a provedl místní šetření mimo jiné u žalobce h),
- 28. 5. 2014 – oznámil účastenství a provedl místní šetření u osoby zúčastněné na řízení II),
- 17. 6. 2014 – oznámil účastenství a provedl místní šetření u žalobce g),
- 27. 6. 2014 - oznámil účastenství a provedl místní šetření u žalobce e).

Všechna tato místní šetření provedl úřad na základě shodného vymezení předmětu řízení jako první dvě místní šetření u osoby zúčastněné na řízení I) a společnosti EUROVIA.

[31] Dne 9. 10. 2014 úřad upřesnil předmět správního řízení tak, že ve vztahu k již dříve uvedenému možnému porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže upřesněnému jako „*jednání ve shodě a/nebo dohodě spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrových řízeních vyhlašovaných zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství, zejména pro veřejné zakázky ...*“ a doplnil mimo jiné následující veřejné zakázky: „*Rekonstrukce Riegrovy ulice v Třeboni a Třeboň - obnova kanalizace a vodovodu ulice Riegrova*“, „*Rekonstrukce ulice Lesní v Třeboni – 2. etapa a Třeboň – Obnova kanalizace a vodovodu v Lesní ulici*“, „*Rekonstrukce komunikací a nám. Sv. Jana Nepomuckého ve Studené*“, „*Cyklostezka Nový Dražejov*“, „*Zlepšení vzhledu a zkvalitnění*

dopravní infrastruktury obce Val“, „*Rekonstrukce MK k cihelně v obci Drunče*“, „*Místní obslužná komunikace Kačlehy*“, „*Kanalizace a ČOV Hadravova Rosička*“ a „*Oprava místních komunikací a výsadba zeleně v obci Urbanov*“, přičemž se jednalo o zakázky, v souvislosti se kterými úřad následně shledal spáchání prvního až devátého deliktu. Zároveň úřad upřesnil časové období, kdy mělo k protiprávnímu jednání docházet s tím, že dotčená zadávací řízení měla probíhat v letech 2006 až 2009.

[32] Dne 13. 10. 2014 úřad vyloučil část řízení k samostatnému projednání, posléze vedenou pod sp. zn. S834/2014/KD. V tomto řízení bylo nakonec vydáno rozhodnutí stěžovatele ze dne 8. 2. 2016 č.j. ÚOHS-R381, 382, 388, 389, 390, 393, 395/2015-04749/2016/310/JZm, které krajský soud zrušil rozsudkem ze dne 29. 5. 2017, č. j. 30 Af 29/2016 - 262. Tato věc je nyní ve fázi řízení o kasační stížnosti, která je u Nejvyššího správního soudu vedena pod sp. zn. 3 As 157/2017.

[33] Dále úřad rozšířil okruh účastníků řízení mimo jiné o žalobce a), u kterého provedl místní šetření 10. 3. 2015. Dne 18. 3. 2015 pak úřad provedl místní šetření u společnosti VIALIT SOBĚSLAV spol. s. r. o.

[34] K dalšímu rozšíření okruhu účastníků a provedení neohlášených místních šetření došlo dne 10. 8. 2015, kdy byl předmět řízení upřesněn jako „*jednání ve shodě a/nebo dohodě spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrových řízeních vyhlašovaných zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství, zejména ve výběrových řízeních pro veřejné zakázky*“, a to nad rámec již uvedených mimo jiné také ve vztahu k zadávacím řízením „*Planá nad Lužnicí- vodovod a kanalizace*“ a „*IN-LINE dráha, oprava komunikace k Harachovce*“, tj. k následně shledaným deliktům desátému a jedenáctému.

[35] Dne 31. 8. 2015 úřad rozšířil okruh účastníků mimo jiné o žalobce b), žalobce f) a osobu zúčastněnou na řízení I), a to beze změny vymezení předmětu řízení.

[36] Vymezení účelu místního šetření v pověření k provedení šetření na místě vždy odpovídalo vymezení předmětu správního řízení.

V.b) Přezkoumatelnost napadeného rozsudku

[37] Nejprve se Nejvyšší správní soud zabýval namítanou nepřezkoumatelností napadeného rozsudku, neboť se jedná o vadu, ke které musí soud přihlédnout i bez námitky (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Vlastní přezkum rozhodnutí krajského soudu je totiž možný pouze za předpokladu, že splňuje kritéria přezkoumatelnosti, tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč soud rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána především tehdy, opřel-li soud rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem (viz např. rozsudek NSS ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, č. 133/2004 Sb. NSS), nebo pokud zcela opomenul vypořádat některou z námitek uplatněných v žalobě (viz např. rozsudky NSS ze dne 27. 6. 2007, č. j. 3 As 4/2007 - 58, ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, č. 787/2006 Sb. NSS, či ze dne 8. 4. 2004, č. j. 2 Afs 203/2016 - 51).

[38] Napadený rozsudek krajského soudu kritéria přezkoumatelnosti splňuje. Závěry krajského soudu jsou srozumitelné a dostatečně odůvodněné. K jednotlivým otázkám, které stěžovatel považuje za krajským soudem nedostatečně vypořádané, se Nejvyšší správní soud blíže vyjadřuje níže, současně s věcným vypořádáním kasačních námitek. Již na tomto místě však předesílá, že namítanou nepřezkoumatelnost rozsudku [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.] neshledal.

V.c) Obecná východiska posouzení věci

[39] Cílem činnosti úřadu je podpora a ochrana hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování. K naplnění tohoto cíle mu ZOHS svěřuje poměrně široké pravomoci, které může úřad využívat jednak v rámci obecnějších šetření soutěžních podmínek a dodržování soutěžních předpisů, a jednak v rámci správních řízení vedených ve věcech spáchání konkrétních protisoutěžních deliktů. V souladu s § 20 odst. 1 písm. a) ZOHS je úřad 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 tak jednak všeobecný dozor nad dodržováním pravidel hospodářské soutěže a jednak následnou kontrolu, jak soutěžitelé plní jím vydaná rozhodnutí podle ZOHS. Dále zákon umožňuje úřadu vykonávat tzv. sektorová šetření, tedy průběžná šetření soutěžních podmínek v případech, kdy situace na jednotlivých trzích naznačuje, že hospodářská soutěž je narušena. Úřad pak může navrhnout opatření ke zlepšení, zejména vydávat zprávy, jejichž obsahem jsou doporučení ke zlepšení soutěžních podmínek (§ 20 odst. 2 ZOHS).

[40] Postup úřadu při výkonu monitorovací činnosti v rámci tzv. předběžného šetření dle § 20 odst. 1 písm. a) ZOHS a sektorového šetření upravuje § 20 odst. 3 ZOHS tak, že úřad postupuje přiměřeně podle § 21e, 21f a 21g tohoto zákona. Úřadu tak náleží, i mimo zahájené správní řízení, relativně rozsáhlé vyšetřovací pravomoci, které mu umožňují provádění efektivního dozoru. Konkrétně může od soutěžitelů požadovat patřičné informace a podklady (§ 21e) a může u nich provádět šetření na místě v obchodních nebo i jiných prostorách (§ 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.

[41] Pro uvedenou dozorovou činnost (předběžná šetření a sektorová šetření) úřadu je typické a z její povahy zjevné, že úřad před jejich prováděním nemusí disponovat žádným konkrétnějším podezřením ohledně možného protiprávního jednání určitých soutěžitelů. To však neznamená, že by postup úřadu v těchto případech mohl záviset zcela na jeho libovůli, jak upozornil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 22. 9. 2011, č. j. 5 Aps 4/2011 – 326, č. 2458/2012 Sb. NSS, věc *Telefónica*, v souvislosti s předběžným šetřením dle § 20 odst. 1 písm. a) ZOHS. Uvedl, že je nezbytné, aby i toto šetření respektovalo zásadu proporcionality, tedy aby sledovalo právem aprobovaný legitimní cíl, bylo 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 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. Soud dále zdůraznil, že „*předběžné šetření však rozhodně není určeno k tomu, aby v něm byly shromaždovány 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 přiměřeně vztáhnout také na provádění sektorových šetření.

[42] Vyjdou-li v rámci uvedené monitorovací činnosti úřadu najevo skutečnosti, které zakládají důvodné podezření, že se konkrétní soutěžitel(é) mohl(i) dopustit protisoutěžního deliktu, může úřad zahájit správní řízení ve věci možného porušení soutěžních předpisů (§ 20 odst. 3 ve spojení s § 21 ZOHS). Správní řízení úřad zahajuje vždy *ex offo* (mimo řízení o povolení spojení a řízení o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení – viz § 21 odst. 1 ZOHS). Mimo poznatků získaných ze své vlastní činnosti, může úřad získat podezření o porušení soutěžních pravidel také na základě prověření podnětu získaného od soutěžitele či jiného subjektu.

[43] Před zahájením správního řízení tedy musí mít úřad k dispozici již relativně konkrétní podezření na spáchání protisoutěžního deliktu, aby mohl dostatečně vymezit předmět zahajovaného řízení. Zde je nutno respektovat obecnou úpravu správního řízení, konkrétně § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, podle kterého 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 ve své judikatuře 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 rozsudek ze dne 20. 11. 2003, čj. 5 A 73/2002-34, č. 296/2004 Sb. NSS, věc *STAMP-ELZET*). Přímo ve vztahu k vymezení předmětu řízení vedeného ve věci možného porušení § 3 odst. 1 ZOHS (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, č. 2119/2010 Sb. NSS, věc *PHARMOS a další*, bod 54). Skutek, pro který je zahajováno správní řízení tak musí být dostatečně konkretizován z hlediska toho, 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 dále proto, aby si byl obviněný soutěžitel vědom, jaké jednání je mu kladeno za vinu, a bylo tak respektováno jeho právo na obhajobu, jakožto součást širšího práva na spravedlivý proces.

[44] Pokud úřad v rámci správního řízení přistoupí k provedení šetření na místě, které je zpravidla nejúčinnějším nástrojem k získání stěžejních důkazů k prokázání protisoutěžního deliktu, musí šetřenému soutěžiteli sdělit také účel tohoto šetření, jenž bude zpravidla shodný s vymezením předmětu správního řízení, resp. může být i úžeji zaměřený.

[45] Šetření na místě v obchodních prostorách soutěžitelů upravuje § 21f ZOHS, který ve znění účinném do 31. 11. 2012, tedy v době zahájení nyní posuzovaného správního řízení, v odstavci 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").*" Odstavec 5 tohoto ustanovení 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.*"

[46] V době zahájení správního řízení v nyní posuzované věci (dne 31. 7. 2012) tedy ještě nebyl úřad ze zákona povinen provádět šetření na místě na základě písemného pověření vystaveného předsedou úřadu nebo jinou osobou k tomu oprávněnou podle vnitřních předpisů úřadu, jak upozorňuje stěžovatel. Povinnost písemného pověření byla stanovena až v § 21f odst. 5 ZOHS účinném od 1. 12. 2012. Podle něho se šetření „*provádí na základě písemného pověření vystaveného předsedou Úřadu nebo jinou osobou k tomu oprávněnou podle vnitřních předpisů Úřadu. Pověření musí obsahovat zejména jméno, popřípadě jména, příjmení, funkci a podpis osoby oprávněné k jeho vystavení, datum vyhotovení a otisk úředního razítka, dále právní ustanovení, podle kterého má být šetření provedeno, označení obchodních prostor soutěžitele, v nichž má být šetření provedeno, předmět šetření a datum jeho zahájení, jakož i jméno, popřípadě jména a příjmení zaměstnanců Úřadu, případně dalších Úřadem pověřených osob, které mají šetření provést*". Odstavec 6 tohoto ustanovení pak shodně jako odstavec 5 předchozího znění zákona uvádí, že před zahájením šetření sdělí úřad šetřenému soutěžiteli právní důvod a účel šetření.

[47] Požadavek na sdělení právního důvodu a účelu šetření před jeho samotným zahájením je podstatný pro stanovení hranic, v jejichž rámci má úřad oprávnění zajišťovat dohled nad plněním soutěžních pravidel, aby toto oprávnění nesklouzlo k náhodnému vyhledávání informací nesouvisejících s původním podezřením úřadu na určitý protisoutěžní delikt.

[48] Podle Nejvyššího správního soudu je pro posouzení věci podstatné, že i dle právní úpravy účinné do 30. 11. 2012 byl úřad povinen sdělit soutěžiteli před zahájením šetření na místě **právní důvod** a **účel šetření**, tedy i tehdy musel mít soutěžitel v době provádění šetření v jeho obchodních prostorách vědomost o tom, jaký má být rozsah tohoto místního šetření, resp. z jakého jednání je podezřelý. Úřad navíc i před novelizací ZOHS zjevně prováděl místní šetření na základě písemného pověření předsedy úřadu, jež

v podstatě přesně odpovídalo požadavkům stanoveným v § 21f odst. 5 ZOHS účinném po novele. O tom ostatně svědčí i obsah správního spisu v nyní projednávané věci, ve kterém je před provedením místního šetření v obchodních prostorách osoby zúčastněné na řízení I) a společnosti EUROVIA založeno oznámení o zahájení správního řízení, protokol o průběhu šetření na místě a pověření předsedy úřadu pro zaměstnance úřadu k provedení příslušného šetření na místě dle § 21f ZOHS.

[49] I v době, kdy ZOHS výslovně nevyžadoval formální dokument spočívající v pověření k provedení místního šetření, tedy bylo nepochybně nezbytné, aby úřad soutěžiteli podezřelému ze spáchání deliktu dle ZOHS v rámci oznámení o zahájení správního řízení (které musí předcházet provedení místního šetření) sdělil také 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 úřad v nyní souzené věci vymezil předmět řízení příliš obecně, čemuž následně odpovídal také široce vymezený účel šetření na místě. Z ničeho přitom nelze dovodit (a ani to stěžovatel netvrdí), že by úřad podrobněji sdělil soutěžitelům účel místního šetření například ústně. Stěžovatelova poznámka, že před novelou ZOHS účinnou ode dne 1. 12. 2012 nebylo nutno vydávat před provedením místního šetření žádný oficiální dokument, tak není pro posouzení věci nijak významná. Krajský soud sice vskutku citoval právní úpravu až po této novele, nicméně jeho východiska ohledně stanovení účelu místního šetření, resp. vymezení jeho rozsahu, jsou plně použitelná i na provádění místních šetření v režimu tohoto znění ZOHS.

[50] Nejvyšší správní soud proto nemohl přisvědčit argumentům stěžovatele, že krajský soud neposuzoval jeho procesní úkony dle právního stavu platného v době jejich provedení. Již v době zahájení předmětného správního řízení existovala judikatura týkající se konkretizace skutku ve vymezení předmětu a zákon požadoval, aby byl soutěžiteli před zahájením šetření na místě sdělen právní důvod a účel tohoto šetření.

[51] Pro posouzení věci je navíc nutno vycházet také z rozsudku ESLP ve věci *Delta Pekárny*, který přinesl zcela zásadní závěry týkající se oprávněnosti šetření na místě prováděných dle ZOHS, byť v době vedení správního řízení nemohly být závěry z něj plynoucí úřadu ještě známy. Pozdější judikaturu vztahující se však k tehdy platné právní úpravě je nutno aplikovat i zpětně, a to navíc, pokud zajišťuje účastníkům vyšší standard ochrany jejich práv. Nejvyšší správní soud i Ústavní soud již opakovaně judikovaly, že nová judikatura se užije i v těch řízeních, která mají základ v minulosti, ale ještě nebyla pravomocně skončena nebo (což se týká přezkumu správních rozhodnutí u správních soudů) o jejich předmětu ještě probíhá soudní řízení. Výjimečně by bylo namístě novou judikaturu neužít, pokud by její aplikace měla poškodit adresáta, který jednal podle dosavadní soudní praxe. Takovým korektivem je zásada důvěry v právo, které se ovšem nemůže dovolávat stát, neboť právě on prostřednictvím svých orgánů právo tvoří, vykládá a provádí, a není tedy takovým jeho adresátem, který by na jeho podobu a proměny neměl vliv (srov. např. rozsudek NSS ze dne 2. 3. 2017, č. j. 10 Afs 244/2016 - 29, nálezy ÚS ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11, či ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05).

[52] Z rozsudku ESLP a následné judikatury vnitrostátních soudů ve věci *Delta pekárny* vyplývá, že při přezkumu místních šetření musí být posouzena jejich zákonnost, legitimní cíl a nezbytnost, tj. především přiměřenost legitimnímu cíli s tím, že za přiměřené je třeba považovat takové místní šetření, které vyhoví testu vhodnosti, délky a rozsahu. V rámci testu vhodnosti pak krajský soud v dané věci zkoumal, zda místní šetření proběhla v situaci, kdy měl úřad 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, tak věcně (obsahově).

[53] Nejvyšší správní soud souhlasí s rozhodovací praxí krajského soudu, který konstantně judikuje, že musí existovat proporcionální vztah (rovnítko) 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 provedením tohoto šetření v obchodních prostorách soutěžitele) a rozsahem samotného šetření (vedle nyní přezkoumávaného rozsudku, viz např. rozsudek ze dne 29. 5. 2017, č. j. 30 Af 29/2016 - 262, vydaný ve věci části téhož správního řízení, či např. rozsudky ze dne 31. 3. 2017, č. j. 29 A 165/2016 - 150, ze dne 27. 3. 2018, č. j. 29 Af 2/2016 - 212, uvedená praxe byla potvrzena rozsudkem NSS ve věci *ČD Cargo* a rozsudkem ze dne 29. 3. 2018, č. j. 5 As 119/2017 - 60, věc *SUEZ využití zdrojů* - dále jen „rozsudek NSS ve věci *SUEZ využití zdrojů*“). Úřad je tak při místním šetřením oprávněn zajistit pouze ty dokumenty, které souvisí s jeho původním podezřením odůvodněným jeho předchozími zjištěními. Musí se tak vyvarovat toho, aby jeho šetření bylo tzv. vyšetřovací „rybářskou“ výpravou („fishing expedition“), která představuje nezákonné jednání soutěžního orgánu spočívající buď v cíleném vyhledávání dokumentů, které nesouvisejí s předmětem a účelem šetření, nebo v neodůvodněně širokém vymezení předmětu řízení/šetření.

[54] Za přiměřeně použitelnou lze při posuzování oprávněnosti rozsahu uskutečněných místních šetření považovat také judikaturu unijních soudů vztahujících se k postupu Komise při provádění kontrol dle nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy (dále jen „nařízení č. 1/2003“). Stěžovatel v této souvislosti v kasační stížnosti upozornil na odlišnosti procesní úpravy uvedené v tomto nařízení a v ZOHS a z nich plynoucí rozdílné standardy při posuzování neohlášených místních šetření. Nejvyšší správní 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 předsedou žalovaného, resp. za účinnosti ZOHS do 30. 11. 2012 bylo nutno toliko sdělení právního důvodu a účelu šetření na místě, aniž by bylo formální pověření vyžadováno; české soudy pak přezkoumávají místní šetření *en bloc*, buď v rámci žaloby dle § 65 a násl. s. ř. s. proti konečnému rozhodnutí úřadu, nebo od účinnosti novely ZOHS dne 19. 10. 2016 na základě zásahové žaloby], nicméně i tak již ve své judikatuře opakovaně považoval závěry judikatury unijních soudů za relevantní a přiměřeně aplikovatelné.

[55] Ve svých rozsudcích ve věci *ČD Cargo* a *SUEZ využití zdrojů*, týkajících se nezákonného zásahu spočívajícího v provedení šetření na místě úřadem, Nejvyšší správní soud zdůraznil, že 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 s úřadem a chrání jeho právo na obhajobu (v tomto odkázal na rozsudek Soudního dvora ze dne 17. října 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. září 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. března 2007 ve věci T-339/04 *France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství*, bod 58). Odůvodnění pověření přitom ohraničuje pravomoci svěřené pracovníkům úřadu, a proto mohou pořizovat pouze kopie dokumentů, které se týkají předmětu šetření (rozsudek Soudního dvora ze dne 18. června 2015 ve věci C-583/13 P *Deutsche Bahn AG a další proti Komisi*, bod 60).

[56] 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 šetřených soutěžitelů na účinnou obhajobu. Jde tedy o určitá obecná východiska, která jsou zcela jistě uplatnitelná i na českou procesní úpravu, jejíž základní cíl - tj. přiměřenost prováděných místních šetření a respektování práva účastníka řízení na obhajobu a na ochranu soukromí jsou shodná jako v evropském kontextu. Mírnější požadavky na vymezení předmětu a účelu místních šetření v českém prostředí nelze vyvodit ani z toho, že podle ZOHS se šetření soutěžitelé stávají již před provedením místního šetření účastníky řízení (na rozdíl od řízení dle nařízení č. 1/2003, podle kterého získávají soutěžitelé statut účastníka řízení až po sdělení výhrad). Pokud jim totiž z předmětu správního řízení, resp. z vymezení předmětu a účelu místního šetření, nebude zřejmé, z jakého jednání jsou podezřelí, nebudou moci své postavení účastníků řízení plně využít.

[57] Stěžovatel též poznamenal, že národní i evropská judikatura k nárokům na provádění místních šetření se vyvíjí a liší. To ovšem dle Nejvyššího správního soudu nemůže znamenat, že by se při hodnocení místních šetření provedených v letech 2012 - 2015 nemělo přihlížet i k pozdější judikatuře, která se vztahuje k tehdy již platné právní úpravě, resp. je na tuto právní úpravu přenositelná (jak již soud zdůraznil výše). Není tak možné se omezit toliko na judikaturu známou v době zahájení správního řízení, kterou argumentuje stěžovatel, aniž by byly zohledněny aktuální judikatorní závěry týkající se posuzování místních šetření.

[58] Nejvyšší správní soud tedy při konkrétním posouzení věci vyšel ze stejných obecných východisek a judikaturních závěrů jako krajský soud.

[59] Soud také vzal v úvahu, že výkon vyšetřovacích pravomocí úřadu (v tomto případě provádění šetření na místě v rámci vedeného 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 šetřených soutěžitelů, typicky (při provádění místních šetření a získávání informací) práva na obhajobu a práva na ochranu soukromí. Je zřejmé, že úřad v kasační stížnosti argumentuje ve prospěch veřejného zájmu na odhalování protisoutěžních deliktů, jehož naplňování je nepochybně znesnadněno procesními standardy, které na řízení u úřadu a provádění místních šetření klade výše popsaná soudní judikatura. Soud si je zároveň vědom obzvláště složité pozice úřadu při rozkrývání protisoutěžního jednání a získávání relevantních důkazů k jeho prokázání. I tak 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 (rozumnou) konkretizaci podezření, která úřad k provedení místního šetření vede.

V.d) Posouzení rozsahu podezření úřadu předcházející provedení místních šetření

[60] Vymezení předmětu správního řízení o deliktu dle ZOHS tedy musí odrážet podezření, která úřad získá před zahájením tohoto řízení. Taktéž účel místního šetření musí odpovídat indiciím o protisoutěžním jednání, které má úřad před provedením místního šetření k dispozici, a která jsou obsažena ve správním spise. V praxi úřadu zpravidla účel místního šetření svou šíří odpovídá vymezení předmětu správního řízení.

[61] V posuzované věci zahájil úřad správní řízení o možném porušení § 3 odst. 1 ZOHS 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 klíčové informace obsažené v podnětu nesprávně vyhodnotil, pokud z nich vyvodil podezření pouze na 3 individuální skutky týkající se tří konkrétních veřejných zakázek. Naproti tomu žalobci a osoba zúčastněná na řízení I) shodně s krajským soudem tvrdí, že stěžovatel interpretuje tyto informace příliš široce. Sporné tak je, zda posuzovaná místní šetření prošla výše zmiňovaným testem vhodnosti, tedy zda měl úřad před jejich provedením dostatečné indicie nasvědčující spáchání protisoutěžního deliktu specifikovaného v předmětu/účelu šetření.

[62] 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 také specifika deliktu, na jehož spáchání má správní orgán podezření, a charakteristiku subjektů, které se měly tohoto údajného protiprávního jednání dopustit. Stěžovatel v kasační stížnosti obsáhle objasňuje specifika bid riggingových dohod, jimiž odůvodňuje široké vymezení předmětu správního řízení v posuzované věci a jemu odpovídajícímu účelu místního šetření. Soud si je těchto specifik vědom, stejně jako

extrémně složité pozice úřadu při odhalování tohoto typu dohod. Při vymezování předmětu správního 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 svých nabídek vůči zadavateli dohodnou, že si nebudou konkurovat a podávat skutečně „nejvýhodnější" nabídky. Jedná se tak typicky o delikt trvající či pokračující, který je založen na dlouhodobé spolupráci, jež nezahrnuje pouze jednu veřejnou zakázku (či jen několik málo zakázek), ale týká se velkého množství veřejných zakázek v určitém průmyslovém odvětví. Tato spolupráce má zaručit dostatek prospěchu pro všechny zúčastněné podniky, a zahrnuje tak v sobě také systém odškodnění pro ty uchazeče, kteří na základě domluvy určitou zakázku nezískají, a případných donucovacích 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 veřejných zakázkách, a bude tak mít povědomí pouze o některých projevech domnělé širší dohody.

[63] Na druhou stranu však ne každá manipulace v jedné či několika veřejných zakázkách musí automaticky znamenat existenci rozsáhlé bid riggingové dohody. Pro zahájení řízení o takovém deliktu tedy úřad musí mít dostatečné indicie nasvědčující tomu, že takový systém spolupráce mezi soutěžiteli v určitém měřítku skutečně existuje. Ze specifik bid riggingu tak nelze automaticky dovozovat větší „volnost" úřadu při prokazování tohoto jednání. Úřad ostatně ve své rozhodovací praxi běžně postihuje jako protisoutěžní dohodu manipulaci týkající se toliko jedné nebo několika málo veřejných zakázek, aniž by odkryl širší schéma spolupráce soutěžitelů při účasti ve veřejných zakázkách (viz např. stěžovatelem odkazovaná literatura - Petr, M. K určitosti vymezení předmětu šetření na místě ve věcech bid rigging. *Antitrust*, č. 3, rok 2017), které je dle kasačních tvrzení stěžovatele ovšem z povahy takového jednání zřejmé. I v nyní posuzované věci úřad nakonec uložil pokuty za samostatné delikty týkající se různých veřejných zakázek, aniž by rozkryl jakoukoliv širší spolupráci mezi sankcionovanými soutěžiteli. Z tohoto pohledu proto argumentace stěžovatele charakterem bid riggingu vyznívá do určité míry účelově, neboť směřuje k tomu, že za delikt lze považovat pouze takovou dohodu v celé její šíři, ovšem sám takto ve své praxi nepostupuje.

[64] Pokud má tedy soutěžní orgán podezření na dohodu týkající se toliko jedné či několika málo zakázek, nemůže z toho automaticky 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) rozkrýt 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 nespadala pod původní vymezení tohoto šetření (k tomu viz např. rozsudek Tribunálu ze dne ze dne 20. června 2018, *České dráhy a. s. v. Evropská komise*, věc T-621/16, bod 37).

[65] Nejvyšší správní soud dále nezpochybňuje 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 v napadeném rozsudku, 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 Nejvyšší správní soud vyjádřil v rozsudku ze dne 27. 5. 2011, čj. 5 Afs 53/2010 - 420, věc *T-Mobile*, tak, že zásady trestního 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"*.

[66] Úřadu tedy na jednu stranu zcela jistě nesmí být bráněno v tom, aby vzal při vymezení účelu místního šetření v úvahu ekonomickou realitu. Konkrétně v případě podezření na bid riggingovou dohodu je pravděpodobné, že se spolupráce mezi soutěžiteli zpravidla nebude týkat toliko jediné (či několika málo) veřejné zakázky. Na druhou stranu je však nezbytné, aby měl úřad 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.

[67] Ve světle výše uvedených úvah se Nejvyšší správní soud zabýval tím, zda informace obsažené v anonymním podnětu skutečně nasvědčovaly existenci rozsáhlé bid riggingové dohody, jak tvrdí stěžovatel.

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

- *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 průběh uvedených výběrových řízení. Zakázky jsou a budou řízeny ředitelem pobočky Písek Ing. P. Č. ze společnosti STRABAG a. s., 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. [tj. osoba zúčastněná na řízení I)], ZNAKON a. s., SWIETELSKY stavební s. r. o. [žalobce c)], EUROVIA, STAREKO CZ PÍSEK s. r. o., CASTA a. s. a COLAS CZ a. s. [žalobce f)]. 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 dle podnětu 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.

K vymezení předmětu správního řízení, rozsahu místního šetření

[69] Nejprve se soud zabýval samotnou formulací předmětu správního řízení a jemu odpovídajícímu vymezení účelu místního šetření, kterou úřad provedl na základě podezření vyplývajících z uvedeného 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 vyhlašovaných veřejnými zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství v roce 2011 a 2012*“. Stěžovatel se použití této formulace pomocí slova „zejména“ snaží ospravedlnit tím, že měla sloužit pro uvození typu zadavatele, relevantního trhu a časového období. Měla tak indikovat, že zakázané jednání může mít širší rozsah, avšak původní podezření úřadu založené na obsahu podnětu zahrnuje ještě minimálně vyjmenované prvky. Krajský soud v této souvislosti správně uvedl, že taková formulace je minimálně nevhodná, a lze ji akceptovat pouze za předpokladu, že jde pouze o nejednoznačnou formulaci, nicméně ve skutečnosti úřad svým šetřením nepřekročí rámec svých podezření, a tedy ke slovu „zejména“ by se nepřihlíželo (viz rozsudek NSS ve věci *ČD Cargo*). Naopak je nepřípustné použít slovo „zejména“ z důvodu, aby mohl úřad případně postihnout i šířeji vymezené jednání, k němuž neměl žádná konkrétnější podezření. Sám stěžovatel však přiznal, že v posuzovaném případě tomu tak bylo, neboť měl podezření o spáchání deliktu toliko ke třem veřejným zakázkám a pro případ, že by zjistil další porušení hospodářské soutěže, které lze z povahy bid riggingového jednání očekávat, vymezil pro jistotu předmět řízení dostatečně široce. V posuzované věci se úřad při místních šetřeních skutečně držel pouze

obecného vymezení domnělého protiprávního jednání a zajišťoval i podklady neodpovídající užšímu vymezení. Na místních šetřeních totiž zajišťoval i podklady netýkající se veřejných zakázek zadávaných městem Písek (tedy neodpovídající rámci podezření vyplývajícího z poznatků obsažených v anonymním podnětu, jak bude rozebráno dále) a nespadající do časového období let 2011 a 2012.

[70] Takto vymezený předmět správního řízení a rozsah pověření k místnímu šetření dle soudu neodpovídal 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 úřad získat z uvedeného anonymního podnětu, jak rozvádí níže.

[71] Stěžovatel dále upozornil na odlišné okolnosti případu v rozhodnutí Tribunálu 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 formulace předmětu místního šetření. Tribunál Komisi vytkl, že použila neurčité formulace „včetně mimo jiné" a „v některých případech" (tedy obdobu 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 tím, 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 tím pádem disponovala mnohem konkrétnějšími podezřeními, než nyní úřad. 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 indicie o spáchání deliktu, nelze odhlédnout od jeho povinnosti předmět řízení a pověření k místnímu šetření co nejkonkrétněji vymezit tak, aby byla respektována práva šetřených účastníků.

K samotnému podezření plynoucímu z anonymního podnětu

[72] Nejvyšší správní soud nejprve uvádí, že neshledal napadený rozsudek, co se týče výkladu tohoto podnětu, za nepřezkoumatelný, jak namítl stěžovatel. Krajský soud srozumitelně popsal, jaká zjištění z anonymního podnětu vyvodil, resp., že nesouhlasil s výkladem podnětu provedeným stěžovatelem. Podle krajského soudu se mohla místní šetření zaměřovat jen na ta řízení, ke kterým měl úřad v rozhodnou dobu konkrétní podezření, tedy na tři konkrétní zadávací řízení na veřejné zakázky zadávané městem Písek. Z jeho úvah lze dovodit, že informace zajišťované v rámci místních šetření se mohly zaměřovat na tyto veřejné zakázky, nebo alespoň na zakázky související (věcně či časově). Krajský soud vzal v úvahu i charakter bid riggingové dohody a složitost jejího odhalování, nepřisvědčil však stěžovateli, že by z anonymního podnětu vyplývalo podezření na bid riggingovou dohodu v takovém rozsahu, jak stěžovatel nyní dovozuje.

[73] S hodnocením krajského soudu se Nejvyšší správní soud ztotožňuje. Informace vyplývající z podnětu (byť nedatovaného a nepodepsaného) vyznívají poměrně věrohodně a jsou dostatečně určité, a proto zcela jistě byly dostatečným důvodem pro zahájení správního řízení o možném porušení pravidel hospodářské soutěže. Se stěžovatelem lze

souhlasit v tom, že z podnětu je možno vyčíst podezření, že 7 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 v kasační stížnosti dovozuje, že se jedná o bid riggingovou spolupráci v daném sektoru v rámci celého území České republiky, což dle něj vyplývá zejména z toho, že jednou z donucovacích pák mělo být, že se společnost STRABAG „naboural do regionu cizího dodavatele". Podle soudu z této informace sice lze v obecné rovině odhadovat, že by dodavatelé stavebních prací mohli mít rozdělené trhy dle regionů, ve kterých si nebudou vzájemně konkurovat, nicméně z ničeho nelze dovodit, že se taková dohoda vztahuje k celému území České republiky, resp. jakých regionů nebo regionu se týká. Pouze z obecného předpokladu, že bid riggingové dohody jsou zpravidla většího rozsahu, protože jinak by se soutěžitelům „nevyplatily", to dle Nejvyššího správního soudu není možné vyvozovat. Z podnětu je možné dle soudu maximálně odhadovat, že existovala dohoda mezi uchazeči o veřejné zakázky zadávané veřejným zadavatelem - městem Písek, což by bylo pravděpodobné i s ohledem na v podnětu zmiňované napojení ředitele pobočky společnosti STRABAG v Písku na příslušné pracovníky města Písek. Byť si soud uvědomuje, že není pravděpodobné, aby spolupráce probíhala pouze jednostranně ve prospěch společnosti STRABAG, která měla dle podnětu v zakázkách zadávaných městem Písek vítězit, a nabízí se tedy, že ostatním zúčastněným soutěžitelům musely být poskytnuty určité kompenzace – např. domluva na jejich úspěších ve veřejných zakázkách vypisovaných v jiných regionech, bližší indicie k tomu, o jaké regiony se mělo jednat, resp. že spolupráce soutěžitelů pokrývala celé území České republiky, z podnětu vyčíst nelze.

[74] Podle stěžovatele dále o 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 podle soudu 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.

[75] Nelze souhlasit ani s tím, že by z podnětu vyplývalo, že se údajná bid riggingová dohoda uplatňovala napříč celým odvětvím stavebnictví, jak úřad uvedl v původním vymezení předmětu řízení před spojkou „zejména".

[76] Stěžovatelova úvaha, že by se spolupráce měla týkat veřejných zakázek v oblasti stavebnictví na území celé České republiky, tak není podložena žádnou informací z podnětu. Jakékoliv 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 veřejné zakázky uvedené v anonymním podnětu. Nejvyšší správní soud by (shodně s krajským soudem) považoval za vhodné, aby úřad v případě takto kusého podezření na spáchání bid riggingu provedl předběžné šetření dle § 20 odst. 1 písm. a) ZOHS či sektorové šetření, v rámci nichž mohl získat dodatečné indicie nasvědčující

jeho domněnkám o existenci širší spolupráce mezi soutěžiteli, než jen té, která vyplývala z anonymního podnětu.

[77] Žalobcům a osobě zúčastněné na řízení I) lze též do určité míry přisvědčit, že argumentace stěžovatele charakterem bid riggingu se může jevit poněkud účelová i v tom, že stěžovatel se jí v podstatě dodatečně, až v rámci řízení před soudem, snaží ospravedlnit široce vymezený rozsah místního šetření a předmět správního řízení. Jak přitom uvedl krajský soud, postup úřadu příliš nenasvědčoval tomu, že by úřad skutečně již od počátku měl sám podezření na rozsáhlý bid rigging. V takovém případě by například bylo logičtější, kdyby provedl místní šetření současně u všech sedmi soutěžitelů údajně zapojených do spolupráce, nebo neuváděl v předmětu správního řízení/účelu místního šetření věcně omezené podezření z manipulace nabídek u konkrétních zadávacích řízení. Lze tak přisvědčit krajskému soudu, že z postupu úřadu neplyne, že by byl založen na vyšetřovací verzi pracující s podezřením na širší koordinaci „nad zadávacími řízeními“, jež by se pouze projevovala v určitých výběrových řízeních, nýbrž se spíše reálné podezření úřadu v průběhu řízení vztahovalo k jednotlivým nesouvisejícím zadávacím řízením. Za izolované skutky provedené různými soutěžiteli bez prokázání jakékoliv širší koordinace přitom byly nakonec v řízení i uloženy pokuty.

[78] Nejvyšší správní soud se tak ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že vymezení předmětu správního řízení provedené na začátku správního řízení bylo příliš obecné, a tomu odpovídal také příliš široce vymezený účel místního šetření u společností EUROVIA a osoby zúčastněné na řízení I). Toto vymezení neodpovídalo důvodným podezřením, která úřad před zahájením řízení měl, a takto široké vymezení deliktu nebylo možno 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 šetření jednání pouze pomocí typového zařazení tohoto jednání. Takto obecné vymezení bez patřičného předchozího podezření nelze dovodit ani z rozsudku Soudního dvora ve věci *Roqueette Frères* z roku 2002, kterým v této souvislosti stěžovatel argumentoval. I z citace uvedeného rozsudku obsažené ve druhém doplnění kasační stížnosti je zřejmé, že v této věci byl skutek vymezen podrobněji než v nyní posuzovaném případě.

Rozsah podezření předcházející dalším místním šetřením

[79] Nejvyšší správní soud respektuje stěžovatelem zmiňovaná specifika posuzované věci, která tkví v tom, že podklady rozhodnutí úřadu byly získávány až na místních šetřeních prováděných v průběhu správního řízení, nikoliv již na jeho začátku. Stěžovatel správně uvedl, že rozsah podezření před provedením každého místního šetření je dán souborem všech do této doby shromážděných podkladů obsažených ve správním spisu. Z toho ostatně vycházel i krajský soud, který však dospěl k závěru, že podezření ve vztahu k pokutovaným deliktům nejen že neplynulo z formálních dokumentů, které místním šetřením předcházely (tj. vymezení předmětu správního řízení a vymezení předmětu, účelu a rozsahu místního šetření v pověření), neboť ke konkretizaci vymezení správního řízení přistupoval úřad vždy v návaznosti na provedená místní šetření, ale nebylo možno ho dovodit ani ze skutkového podkladu, který by měl úřad v té době podchycen ve správním spisu.

[80] Stěžovatel do kasační stížnosti připojil tabulku, v níž vyjmenoval podklady napadeného rozhodnutí získané z jiných zdrojů než z místních šetření, které byly v průběhu řízení shromážděny a mají přímý dopad na rozsah podezření určující rozsah každého z místních šetření. Upozornil, že místní šetření, na nichž byly zajištěny stěžejní důkazy pro prvostupňové rozhodnutí, byla provedena dne 6. 11. 2013, 28. 5. 2014, 10. 3. 2015 a 18. 3. 2015. Uvedeným přehledem chtěl stěžovatel patrně demonstrovat jednak to, že měl (byť při široce vymezeném předmětu řízení) dostatek podezření, který odůvodňoval příslušný rozsah provedených místních šetření, a jednak že disponoval dostatečným množstvím důkazů pro prokázání pokutovaných deliktů, i bez ohledu na důkazy zajištěné na místních šetřeních. Nejvyšší správní soud však nic z toho z uvedené tabulky nevyvodil.

[81] Naopak přisvědčil krajskému soudu, že ze spisové dokumentace nevyplývalo dostatečné podezření, jež by opodstatňovalo rozsah následně provedených místních šetření. Pokud jde konkrétně o místní šetření provedené dne 6. 11. 2013 u společnosti h), zde úřad zajistil zásadní dokumenty (e-mailovou komunikaci) týkající se prvního až čtvrtého deliktu, tj. zakázaných dohod týkajících se veřejných zakázek Rekonstrukce Riegrovy ulice v Třeboni a Třeboň - obnova kanalizace a vodovodu ulice Riegrova v roce 2008, Rekonstrukce ulice Lesní v Třeboni - 2. etapa a Třeboň – Obnova kanalizace a vodovodu v Lesní ulici v roce 2009, Rekonstrukce komunikací a nám. Sv. Jana Nepomuckého ve Studené v roce 2008, a Cyklostezka Nový Dražejov v roce 2006. Toto místní šetření bylo zahájeno na základě původně vymezeného předmětu řízení a účelu místního šetření. Z tabulky zhotovené stěžovatelem je přitom patrné, že úřad nedisponoval žádnými konkrétnějšími podezřeními o jakékoliv spolupráci týkající se právě uvedených veřejných zakázek, resp. okruhu zakázek, do kterého by spadaly. Před provedením tohoto šetření měl prakticky k dispozici toliko informace o možných manipulacích ve veřejných zakázkách uvedených v anonymním podnětu a o devíti dalších veřejných zakázkách, o nichž se však dozvěděl na předchozích místních šetřeních, a nejednalo se o zakázky, v souvislosti s nimiž bylo později shledáno porušení ZOHS. Ani z dokumentů obsažených ve spisovém materiálu tak nevyplývá konkrétnější podezření, jež by odůvodňovalo provedení místního šetření v takovém rozsahu.

[82] Obdobně tomu bylo i v dalších místních šetřeních. Na šetření dne 28. 5. 2014 u osoby zúčastněné na řízení II) úřad zajistil klíčové důkazy týkající se pátého až devátého deliktu, ovšem ani ze stanoveného účelu místního šetření (ten se shodoval s původním vymezením), ani z dokumentů týkajících se určitých veřejných zakázek založených ve spise opět nelze dovodit koordinaci účasti v zadávacích řízeních, důkazy o níž byly na tomto šetření zajištěny. Obdobně tomu bylo i v případě místních šetření dne 10. 3. 2015 a 18. 3. 2015, které byly provedeny již na základě rozšířeného předmětu správního řízení, jemuž korespondoval i rozšířený účel místních šetření: *jednání ve shodě a/nebo dohodě spočívající v koordinaci účasti a/nebo nabídek ve výběrových řízeních vyhlašovaných zadavateli v České republice na stavební práce v oblasti inženýrského stavitelství*“. Za spojkou „zejména“ pak byly vyjmenovány veřejné zakázky, v souvislosti s nimiž úřad shledal spáchání prvního až devátého deliktu. Nicméně ani zde nebylo dopředu podezření, které by napovídalo o manipulaci s veřejnými zakázkami, v souvislosti s nimiž pak bylo shledáno porušení hospodářské soutěže.

[83] I v dalších místních šetřeních se tak úřad řídil pouze obecným vymezením správního deliktu a nikoliv jeho konkretizovanou částí (za spojkou „zejména“). Takto široce vymezený předmět řízení a účel a rozsah místního šetření ovšem nemůže obstát, neboť opravňoval úřad vyhledávat důkazy týkající se v podstatě jakýchkoliv veřejných zakázek v oblasti stavebního inženýrství, aniž by úřad disponoval konkrétnějšími indiciemi nasvědčujícími existenci takto široce vymezené bid riggingové dohodě. Úřad přitom skutečně vyhledával dokumenty týkající se jakýchkoliv veřejných zakázek, nikoliv pouze těch, k nimž již měl nějaká konkrétní podezření, nebo která spadala do určitého okruhu zakázek, ke kterému by soubor podezření směřoval.

[84] Jelikož tedy stanovení účelu a rozsahu místních 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.

K argumentaci „namátkovými kontrolami“

[85] Stěžovatel dále argumentoval tím, že pokud může provádět tzv. namátkové kontroly i mimo rámec správního 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.

[86] S touto námitkou se Nejvyšší správní soud neztotožňuje.

[87] Úřad sice může v souladu s § 20 odst. 3 ZOHS provádět šetření na místě i v rámci předběžného šetření či sektorového šetření, které je možno vést i bez konkrétního podezření na určité porušení soutěžních předpisů. 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 má být až v rámci zahájeného správního řízení. I v místních šetřeních prováděných mimo správní řízení tak je nutno minimalizovat zásah do práv šetřených soutěžitelů. Nelze proto přisvědčit stěžovateli, že by v rámci předběžného šetření mohl provádět šetření na místě v podstatě v neomezeném rozsahu.

[88] Za přiléhavé 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 již musí být podpořeno určitým podezřením nasvědčujícím protiprávnímu jednání.

V.e) Hodnocení důkazů

[89] Podle Nejvyššího správního soudu z napadeného rozsudku jednoznačně plyne, že krajský soud považoval provedená místní šetření za nezákonná. Soud označil tato 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 kasační soud ztotožnil.

[90] Stěžovatel upozornil na nepoužitelnost doktríny plodů z otráveného stromu, kterou vykládá Ústavní soud (stěžovatel odkázal na nález ze dne 8. 3. 2012, sp. zn. III. ÚS 2260/10 a usnesení ze dne 15. 7. 2014, sp. zn. IV. ÚS 3766/12) tak, že v rámci trestního řízení je nepoužitelný pouze důkaz získaný přímo nezákonným způsobem, nikoliv další důkazy na něj navazující, které takovým nezákonným postupem získány nebyly. Podle stěžovatele tedy důkazy, které získal úřad mimo místní šetření, lze pro prokázání spáchání pokutovaných deliktů použít. S tím lze zcela jistě souhlasit a nerozporoval to ani krajský soud, který ostatně také posuzoval, zda výrok o vině žalobců obstojí i ve světle důkazů získaných jiným způsobem než na nezákonných místních šetřeních.

[91] Stěžovatel ve výše zmíněné tabulce, jež je součástí kasační stížnosti, uvedl důkazy získané mimo místní šetření shromážděné před provedením místního šetření a vedle toho zakázky, k nimž se podklady shromážděné před místním šetřením přímo vztahovaly. Z této tabulky vyplývá, že úřad měl vždy k dispozici jednak informace z anonymního podnětu (který interpretoval nesprávně, jak již uvedl NSS výše) a jednak důkazy, které si zajistil mimo místní šetření, a to zadávací dokumentace veřejných zakázek, informace od veřejných zadavatelů, případně nabídky některých uchazečů. Jednalo se o dokumenty související s veřejnými zakázkami, u nichž úřad na předcházejících místních šetřeních zajistil podklady svědčící o manipulaci s nabídkami, a je tak zjevné, že si příslušné zadávací dokumentace a informace od veřejných zadavatelů vyžádal vždy až v návaznosti na tato nezákonná místní šetření. Ze samotných zadávacích dokumentací, nabídek některých uchazečů a vyjádření zadavatelů navíc nebylo možno jednoznačně vyvodit, že by v souvislosti s některými veřejnými zakázkami byly spáchány delikty ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS. Z odůvodnění spáchání jednotlivých skutků, jak byly popsány v napadeném rozhodnutí úřadu, také jednoznačně vyplývá, že bez dokumentů, které byly získány na místních šetřeních, by koordinace účasti na veřejných zakázkách nebyly prokázány (jak podrobněji popsal krajský soud v napadeném rozsudku). Typicky se jednalo o položkové rozpočty, jež si mezi sebou šetřené společnosti posílaly, které pak úřad porovnával s nabídkami jednotlivých uchazečů, a následně dovodil, že uchazeči jednali ve shodě.

[92] Krajský soud proto dospěl ke správnému závěru, že na základě důkazů získaných mimo nezákonná místní šetření nemohly závěry ohledně žádného z pokutovaných deliktů obstát.

VI. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[93] Nejvyšší správní soud tedy ze všech výše uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační námitky stěžovatele nejsou důvodné, a proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 poslední věty s. ř. s. zamítl jako nedůvodnou.

[94] O náhradě nákladů řízení rozhodl 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 o kasační stížnosti. Žalobci měli ve věci úspěch, a proto soud těm, kterým v řízení o kasační stížnosti vznikly určité náklady, přiznal náhradu nákladů řízení. Náklady žalobců b) až h) představují odměnu zástupců 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 za tento jeden úkon právní služby (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). Jelikož zástupci (resp. advokátní kanceláře, jejichž jsou společníky) žalobců c), e), f), g) a h) jsou plátci DPH, zvyšuje se u nich náhrada nákladů řízení o částku odpovídající této dani, a činí tak 4.114 Kč. Žalobci a) žádné náklady v tomto řízení nevznikly, a proto mu soud náhradu nákladů nepřiznal.

[95] Osoby zúčastněné na řízení mají dle § 60 odst. 5 s. ř. s. právo na náhradu jen těch nákladů, které jim vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jim soud uložil. V tomto řízení však nebyly osobám zúčastněným na řízení uloženy žádné povinnosti, a proto soud rozhodl, že nemají právo na náhradu nákladů řízení.

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

V Brně dne 30. ledna 2019

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu