

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců JUDr. Karla Šimky a Mgr. Evy Šonkové v právní věci žalobce: **AV MEDIA, a.s.,** se sídlem Pražská 1335/63, Praha 10, zastoupen JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D., advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem Kpt. Jaroše 7, Brno, o ochraně před nezákonným zásahem, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 6. 2018, č. j. 31 A 57/2018 – 66,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Kasační stížností podanou v zákonné lhůtě se žalobce jako stěžovatel domáhá zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu, jímž byla zamítnuta jeho žaloba na ochranu proti nezákonnému zásahu, jehož se měl žalovaný (dále též „Úřad“) dopustit dne 8. 3. 2018 provedením místního šetření v obchodních prostorách žalobce na adrese Pražská 1335/63, Praha 10 – Hostivař, a dále nebylo vyhověno jeho požadavku na vrácení kopií obchodních záznamů zajištěných v průběhu místního šetření ani nebyla uložena povinnost zdržení se užití jejich obsahu v rámci řízení vedeného žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-S0040/2018/KD či v rámci jiného řízení.

I.1. rozsudek krajského soudu

[2] Krajský soud v napadeném rozsudku nejprve posoudil přípustnost žaloby poukazem na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) ze dne 2. 10. 2014 ve věci C 97/11, *Delta pekárny a. s, proti České republice,* a na něj navazující novelu ustanovení § 21f zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“). Krajský soud vycházel ze skutečnosti, že místní šeření bylo u žalobce provedeno na základě § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže v rámci správního řízení zahájeného pro možné porušení § 3 odst. 1 téhož zákona spatřované Úřadem ve *vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi účastníky řízení* (tj. žalobcem a společností M plus, spol. s r. o.), *případně dalšími soutěžiteli.* Jako důvodná indicie pro zahájení správního řízení byla v pověření k šetření popsána nestandardní podobnost jejich nabídek spočívající ve shodě cen u řady položek nabídky. Účelem místního šetření pak bylo prověření obchodních záznamů a zajištění podkladů k tomu se vztahujících. Krajský soud se zabýval testem vhodnosti, délky a rozsahu šetření. Pokud jde o vhodnost, shledal ji v poznatcích o zjevné možnosti shodného cenového ocenění naprosté většiny jednotlivých konkretizovaných položek plnění, z čehož plynuly dostatečné indicie o možnosti protisoutěžního jednání, a to po typové i obsahové stránce. Krajský soud nepřisvědčil žalobci v tom, že tyto indicie měly být výslovně uvedeny v pověření; s poukazem na unijní judikaturu označil poznatky ze spisu za dostatečné indicie k provedení šetření a důvod k němu za dostatečně vyjádřený v pověření. Místní šetření bylo přiměřeným opatřením odpovídajícím daným poznatkům. Šetření samo pak trvalo v jednotkách hodin v jednom dni, což krajský soud nepovažoval za excesivní ani za rozporné s rozsahem pověření. Podle krajského soudu nešlo o nepřípustný lov informací (*fishing expedition*), neboť kontrolní orgán nevybočil z účelu místního šetření řádně v pověření konkretizovaného. Vyhledávání elektronických dokumentů za pomoci tzv. klíčových slov má v případě podezření na *bid rigging* nezastupitelnou roli, neboť to může odhalit dlouhodobou spolupráci spočívající ve slaďování postupů v zadávacích řízeních. Žalobce byl šetření přítomen, a přesto nijak nekonkretizoval v žalobě tvrzený bezbřehý rozsah zásahu. Označení užití klíčových slov „křoví“ a „dohod“ za nedůvodné se neprokázalo, neboť obě vedla k odhalení konkrétních protisoutěžních jednání. Pouze slova, která se projevila úspěšně, pak je na místě protokolovat. Nalezené dokumenty měly návaznost na skutečnosti, pro které bylo šetření provedeno. Přitom samotné zahájení správního řízení a procesní postup žalovaného v jeho rámci nebyly předmětem daného soudního řízení. Námitku následného zpřístupnění záznamu o provedení důkazu a o zjištěných skutečnostech či o antedataci záznamu soud rovněž označil za nesouvisející se žalovaným zásahem. Krajský soud uzavřel, že místní šetření bylo vhodné a provedené v odpovídajícím rozsahu, tedy zákonné, a jeho výsledky byly použitelné ve správním řízení.

II. Kasační stížnost, vyjádření žalovaného, replika stěžovatele

II.1. kasační stížnost žalobce

[3] Stěžovatel v kasační stížnosti tvrdí, že krajský soud napadeným rozsudkem legalizuje tzv. *fishing expedition*, neboť ze strany žalovaného se jednalo o nedovolený a neohraničený vyšetřovací nájezd. Krajský soud akceptuje postup, při němž jsou vyhledávány nové a s původním podezřením nesouvisející údajné delikty, a to užíváním

obecných a nespecifických slov při prohledávání elektronických záznamů. Utajováním klíčových slov pak omezuje stěžovatele v právu na obhajobu. Z těchto důvodů považuje stěžovatel napadený rozsudek za nezákonný a nepřezkoumatelný ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a), d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.").

[4] Nezákonnost napadeného rozsudku stěžovatel spatřuje v nesprávném posouzení postupu žalovaného při neohlášeném místním šetření v prostorách soutěžitele, zejména v kontextu s čl. 8 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, publ. pod č. 209/1992 Sb. (dále jen „Úmluva"), chránícím obydlí, za které konstantní judikatura Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP") považuje i sídlo, pobočku nebo obchodní prostory společnosti. Zásah se týkal i stěžovatelovy korespondence, do jisté míry i korespondence jeho zaměstnanců. Zásah tak nebyl úměrný mezím plynoucím z odst. 2 téhož ustanovení Úmluvy. Rozsah poznatků, které podle krajského soudu žalovaného opravňovaly k provedení šetření, byl vymezen účastí a/nebo koordinací nabídek v zadávacím řízení k veřejné zakázce „Realizace expozic *Objevovna* a *Voda v půdě* pro Národní zemědělské muzeum", a krajský soud to také uvedl v bodě 32 napadeného rozsudku; tomu odpovídalo oznámení i pověření. Z protokolu o šetření však není seznatelný skutečný rozsah šetření, neboť žalovaný v něm odmítl zaznamenat klíčová slova, jichž užil při prohledávání elektronických záznamů. Použití obecných slov „křoví" a „dohod" však dokazuje přesah šetření. Krajský soud při hodnocení této skutečnosti zcela převzal závěry žalovaného. Přitom před provedením šetření neexistovalo žádné podezření z *bid riggingových* praktik. Ty přitom jen výjimečně spočívají v sériovém jednání. Postoj krajského soudu by tak umožňoval neohraničené šetření v jakémkoliv případě. Zadáním klíčového slova žalovaný efektivně prohledává celý zpřístupněný objem obchodních záznamů stěžovatele. Žalovaný také konkrétně vyhledal dokument označený v protokolu jako A8, který se týkal zcela jiné zakázky a zcela jiného okruhu subjektů, k nimž se nevztahovalo předchozí podezření. Závěry krajského soudu vycházející z nesprávného a nepodloženého posouzení povahy *bid-riggingových* jednání a rozsahu místního šetření jsou nezákonným průlomem do základního práva stěžovatele plynoucího z čl. 8 odst. 1 Úmluvy.

[5] Krajský soud se v napadeném rozsudku odmítl zabývat skutečným rozsahem místního šetření s tvrzením, že stěžovatel neunesl své důkazní břemeno. Stěžovatel ovšem žádným takovým důkazním břemenem není zatížen. Je povinností žalovaného, aby jeho postup měl jasnou procesní stopu. V daném případě, aby postup při šetření byl zachycen v protokole; tedy musí v něm být uvedeno, jaké informace vyhledával a v jakém rozsahu šetření prováděl. Žádný šetřený subjekt také nemůže odpovídat za zaznamenání klíčových slov užívaných k vyhledávání. Nepravdivé je konstatování krajského soudu o tom, že stěžovatel nevznesl v průběhu šetření žádnou námitku; vznesl ji ve vztahu k použití klíčových slov nesouvisících s deklarovaným předmětem řízení a souvisejících se zajištěním dokumentů označených A8 a A9. Stěžovatel také výslovně v žalobě tvrdil, že excesivní rozsah shledává v užití obecných slov „křoví" a „dohod". Tedy, i kdyby stěžovatel nesl důkazní břemeno, což vylučuje, unesl by jej.

[6] Krajský soud pochybil i v závěru o nezbytnosti utajování klíčových slov, což zdůvodnil možným zneužitím ze strany soutěžitelů. To však není pravděpodobné, neboť protokol je neveřejným dokumentem, nehledě na to, že by úspěch šetření byl podmíněn nevědomím soutěžitelů o vyhledávání podle slov jako „křoví" nebo „dohoda". Podotýká,

že např. Protimonopolní úřad Slovenské republiky podle vnitřního předpisu klíčová slova v protokolech zaznamenává. Krajský soud tuto povinnost v bodě 35 rozsudku přenáší na stěžovatele. Závěry krajského soudu stěžovatel považuje za odporující rozhodnutí ESLP ve věci *Delta Pekárny*.

[7] Krajský soud aproboval zajištění dokumentu označeného v protokolu jako A8, aniž ten souvisel s předmětem řízení a který byl vyhledán za použití obecného slova „křoví“. Krajský soud uznal, že se jedná o uplatnění zásady „předmětu na očích“ umožňující zajistit i náhodně nalezené dokumenty. Podle stěžovatele tento závěr umožňuje ničím neomezené vyšetřovací nájezdy. Nešlo o náhodně nalezený dokument, ale byl objeven v důsledku cíleného vyhledávání jakéhokoliv případu *bid riggingu*. Zde stěžovatel poukazuje na rozhodnutí Tribunálu ve věci *České dráhy*, zejména na závěry, že náhodně nalezenými informacemi jsou ty, které se nacházejí v dokumentech spadajících do předmětu kontroly. Náhodnou informací tedy může být jen ta, kterou žalovaný získal bez vědomého úsilí získat informace mimo předmět řízení.

[8] Z judikatury ESLP i navazující judikatury Nejvyššího správního soudu (např. věc *Delta pekárny*) plyne požadavek na striktní přiměřenost zásahu ve vztahu k legitimnímu cíli, jenž je zásahem sledován. Tyto zásady krajský soud porušil a aproboval postup žalovaného mající povahu zakázaných *fishing expedition*; tím vytvořil prostor pro takové nájezdy proti jakémukoliv soutěžiteli. V tom stěžovatel spatřuje nezákonnost rozsudku.

[9] Stěžovatel má napadený rozsudek i za nepřezkoumatelný pro nedostatek odůvodnění. Námitky stěžovatele byly vypořádány zcela povrchním způsobem, přičemž krajský soud bez dalšího pouze převzal argumentaci žalovaného, aniž zohlednil stěžovatelovo vyjádření ze dne 28. 6. 2018. Zejména je to patrné v argumentaci ohledně použitých klíčových slov (křoví). Shoda s vyjádřením žalovaného panuje i při posouzení „předmětu na očích“. Stěžovatel je názoru, že přezkoumatelnost rozsudku nespočívá pouze v tom, že se rozsudek k žalobní námitce nějak vyjádří, aniž ji sám posoudí.

[10] Ze všech těchto důvodů navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

II.2. vyjádření žalovaného ke kasační stížnosti

[11] Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že místní šetření bylo provedeno na základě podnětu společnosti EXX, s. r. o., z něhož byly jasně patrné indicie o koordinaci žalobce se společností M plus, spol. s r. o., při přípravě a podávání nabídky na veřejné zakázky „*realizace expozic Objevovna a Voda v půdě pro Národní zemědělské muzeum, s. p. o.. – pobočka Praha*“, a že mezi nimi existuje systém rotace či kompenzací v podobě vzájemných subdodávek. V podnětu je naznačeno, že se jednání může dotýkat i jiných zakázek, např. „*Realizace expozice Myslivost pro Národní zemědělské muzeum s. p. o.. – pobočka Praha*“ a dalších teprve připravovaných zadávacích řízení. Tyto indicie žalovaný prověřil a zjistil jasně patrné neobvyklé shody v cenách jednotlivých položek plnění, což ve vyjádření konkretizuje. Podezření z porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže bylo zřejmé a podložené. Předmětem místního šetření bylo ověření tohoto podezření ve vztahu k nadlimitní veřejné zakázce „*Realizace expozic Objevovna a Voda v půdě pro Národní zemědělské muzeum, s. p. o. – pobočka Praha*“. Tuto specifikaci nelze izolovat od

rozsahu prověřovaného podezření. *Bid rigging* spočívá v simulaci soutěže, při níž úspěšný soutěžitel kompenzuje ekonomickou ztrátu méně úspěšnému, a to cestou přenechání jiné zakázky, subdodávkami atd. To předpokládá předchozí sladění nabídek i kompenzací, případně střídání v úspěšnosti nabídek. Lze racionálně předpokládat, že v období předcházejícím podání nabídky i v období následujícím se projevují kompenzační mechanismy; zde odkazuje na rozsudek tohoto soudu ze dne 29. 3. 2018, č. j. 5 As 119/2017 – 60. Z dokumentů založených ve spise sp. zn. ÚOHS-S0040/2018/KD je seznatelné, že je možná koordinace výše označených subjektů při uvedené zakázce. S těmito podklady se šetřený subjekt mohl seznámit. Pro prověření pak byly relevantní všechny informace, které související s tímto zadávacím řízením, včetně informací z jiných řízení, v jejichž rámci došlo ke kompenzaci. Žalovaný rovněž nesouhlasí se stěžovatelovým vyjádřením, že *bid rigging* není v jeho praxi pojímán jako komplexní jednání. Poukazuje přitom na konkrétní řízení, v nichž byla původně šetřena širší dohoda, která se v průběhu šetření rozpadla na více samostatných řízení.

[12] K výtce používání obecných klíčových slov žalovaný zdůrazňuje, že jimi nejsou jakákoliv slova, ale jen slova, které podle praxe Úřadu soutěžitelé obvykle užívají pro skrytí koordinace zakázek. Ze samé podstaty takového jednání plyne, že se soutěžitelé vyhýbají přímému pojmenování zakázek a obsahu schůzek, a proto je užívání krycích slov významným nástrojem šetření. Už proto je nelze označit za nástroj tzv. rybářských výprav. Vyhledávání v elektronických dokumentech je šetrnější způsob místního šetření, neboť při něm neprochází všechny doklady pracovník Úřadu, ale je provedeno automaticky a zobrazeny jsou pouze výsledky. Konkrétně doklad A8 se objevil, když Úřad prohledával dokumenty za období související s podezřelou zakázkou a byl nalezen při užití klíčového slova „křoví“; toto slovo je užíváno v obratu „dělat někomu křoví“. Předmětný dokument je e-mail z 24. 6. 2016, kdy již bylo známo, že dojde k vypsání šetřené zakázky. Kromě obratu „dělat křoví“ obsahoval i výraz „noty“. Teprve důkladnějším prozkoumáním bylo zjištěno, že se týká jiné zakázky a s šetřenou zakázkou nesouvisí. Proto byl dokument zajištěn jako „předmět na očích“. To vše bylo řádně podchyceno v protokole. Dokument A9 byl zjištěn při užití klíčových slov „pro NZM“, a ač byl původně zajištěn také jako předmět na očích, později byla prokázána souvislost s šetřenou zakázkou. Z devíti zajištěných dokumentů se osm šetřené zakázky přímo týkalo. Užívání klíčových slov není neadresným a neomezeným lovem informací. Pokud se stěžovatel v určitém období zapojí do více protiprávních jednání shodného typu, nelze vyloučit jejich náhodné objevení při šetření konkrétně zaměřeném na pouze některou zakázku. Zde odkazuje na rozsudek SD ze dne 17. 10. 1989, věc 85/87, *Dow Benelux proti Komisi Evropských společenství*, či na vyjádření generálního advokáta ze dne 12. 2. 2015 ve věci C 583/13, *Deutsche Bahn AG a další proti Evropské komisi.*

[13] K protokolaci klíčových slov žalovaný namítá, že stěžovatel rozsudek krajského soudu zkresluje. Ten nepřenášel protokolační povinnost na šetřenou osobu a požadavek na důkazní tvrzení opíral o zákon. Bylo na žalobci, aby tvrdil, že užitím konkrétního klíčového slova došlo k zásahu do jeho práv. Poukázal-li stěžovatel v žalobě pouze na slova „křoví“ a „dohod“, jde o slova řádně zaprotokolovaná. V použití a nezaprotokolování dalších slov, na jejichž základě nebyl objeven žádný další nesouvisící dokument, nelze zásah spatřovat. Dokumenty A1-A7 ve svém textu přímo obsahovaly slovo „objevovna“ nebo „voda“ a nebylo třeba je protokolovat, u dokumentů A8 a A9 klíčová slova protokolována byla. Soutěžitel byl prostřednictvím svých zaměstnanců přítomen

vyhledávání informací a o užití klíčových slov tak měl přehled; měl právo na vznesení námitek proti postupu Úřadu. Konkrétně byly všechny dokumenty zajištěné při šetření nalezeny v počítači kontrole přítomného ing. D. L., přičemž vyhledávání byli střídavě přítomni i dva právní zástupci stěžovatele.

[14] Ke stěžovatelovu tvrzení o nepřezkoumatelnosti rozsudku pro ztotožnění jeho důvodů s názorem žalovaného ten poukazuje na vymezení tohoto pojmu v judikatuře Nejvyššího správního soudu. Není vyloučeno, aby se soud přiklonil k argumentaci jedné ze stran, považuje-li ji za zákonnou, ani není vyloučeno, aby ke shodnému závěru soud dospěl vlastními úvahami. Žalovaný považuje napadený rozsudek krajského soudu za vycházející ze skutkových zjištění a řádně odůvodněný ve vztahu k uplatněným žalobním tvrzením. Ze všech těchto důvodů navrhuje zamítnutí kasační stížnosti.

II.3. replika stěžovatele

[15] Stěžovatel replikoval, že žalovaný ve svém vyjádření nezbytnost podezření z protisoutěžního jednání redukuje na pravděpodobnost podezření, přičemž i to měl pouze ve vztahu k jedinému zadávacímu řízení. Jen v tomto rozsahu mohl žalovaný vymezit předmět šetření v sídle stěžovatele. Žalovaný tak učinil pouze formálně a ve skutečnosti vedl šetření bez daných věcných mezí. Není přijatelné, aby podezření z účasti v jednom *bid riggingovém* jednání vedlo k závěru o účasti v širokém blíže nekonkretizovaném komplexním *bid rigging* kartelu. Vyšetřování nemůže být bezmezné. Označení předmětu šetření je podmínkou pověření k provedení místního šetření a od tohoto vymezení se také odvíjí možnost účinného výkonu práv šetřeného subjektu. Žalovaný se svým vyjádřením domáhá aprobace postupu spočívajícího v zatajení skutečného předmětu místního šetření. Soudnímu přezkumu musí být podroben celý postup při místním šetření, musí být tedy celý zjistitelný z protokolu. Stěžovatel nezpochybňuje právo žalovaného seznamovat se s obchodními záznamy, tvrdí však, že rozsah šetření musí být zaznamenán v protokolu; to se nestalo, protože byla zatajena klíčová slova. Podle stávající judikatury ve spise musí zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu v řízení, a veškeré relevantní informace musí být účastníku řízení zpřístupněny. Není přitom podstatné, že výsledkem užití nezákonného postupu bylo zajištění pouze jednoho dokumentu. Žalovaný při prohledávání elektronických záznamů užil zcela obecná klíčová slova, která nemají vztah k deklarovanému předmětu šetření. Zejména užití slova „dohod“ nelze zdůvodnit tím, že jde o slovo užívané k zakrývání protisoutěžního jednání. Elektronické prohledávání dokumentů je velmi účinný nástroj, proto mají užitá klíčová slova takový význam. Žalovaný neměl důvod se domnívat, že účastníci protisoutěžního jednání v daném případě užívali kódovanou komunikaci, navíc slova „dohod“ a „křoví“ jsou všeobecně známá. Užitá slova nekorespondovala s existujícím předchozím podezřením a cíleně jimi byla vyhledávána další protisoutěžní jednání. Tak tomu bylo s nalezením dokumentu A8. Nalezení „předmětu na očích“ lze akceptovat, jen pokud jde o zákonné šetření a náhodné nalezení; to zde splněno nebylo. Stěžovatel i nadále považuje rozsudek za nepřezkoumatelný. Krajský soud zcela převzal argumentaci žalovaného, aniž vzal v úvahu stěžovatelovo následné vyjádření ze dne 28. 6. 2018.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

pokračování

III.1. podmínky kasační stížnosti

[16] Nejvyšší správní soud nejprve zkoumal formální náležitosti kasační stížnosti, přičemž zjistil, že je podána osobou k tomu oprávněnou a řádně zastoupenou a má předepsané náležitosti.

[17] Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů; zkoumal při tom také, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 2 a 3 s. ř. s.). Stěžovatel podal kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), d) s. ř. s., tedy pro nepřezkoumatelnost rozsudku a pro nesprávné posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.

III.2. námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku

[18] Kasační důvod nepřezkoumatelnosti rozsudku je třeba posoudit přednostně, neboť jen u přezkoumatelného rozsudku lze zpravidla vážit existenci dalších kasačních důvodů. Nejvyšší správní soud při posuzování nepřezkoumatelnosti vychází z ustálené judikatury Ústavního soudu (např. nález Ústavního soudu ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94, uveřejněný pod č. 34 ve svazku č. 3 Sbírky nálezů a usnesení Ústavního soudu, nález Ústavního soudu ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97, uveřejněný pod č. 85 ve svazku č. 8 Sbírky nálezů a usnesení Ústavního soudu), podle níž jedním z principů, které představují součást práva na řádný a spravedlivý proces, jakož i pojem právního státu (čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, čl. 1 Ústavy), jež vylučuje libovůli při rozhodování, je i povinnost soudů své rozsudky řádně odůvodnit (ve správním soudnictví podle ustanovení § 54 odst. 2 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud nepominul ani nález Ústavního soudu ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. I. ÚS 741/06 (dostupný na www.nalus.usoud.cz), v němž tento soud vyslovil, že „odůvodnění rozhodnutí soudu jednajícího a rozhodujícího ve správním soudnictví, z něhož nelze zjistit, jakým způsobem postupoval při posuzování rozhodné skutečnosti, nevyhovuje zákonným požadavkům kladeným na obsah odůvodnění a v konečném důsledku takové rozhodnutí zasahuje do základních práv účastníka řízení, který má nárok na to, aby jeho věc byla spravedlivě posouzena“. Ostatně Ústavní soud v nálezu ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08, také konstatoval, že: „Soudy jsou povinny své rozhodnutí řádně odůvodnit; jsou povinny též vysvětlit, proč se určitou námitkou účastníka řízení nezabývaly (např. proto, že nebyla uplatněna v zákonem stanovené lhůtě). Pokud tak nepostupují, porušují právo na spravedlivý proces garantované čl. 36 odst. 1 Listiny.“ Z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu plynou obdobné závěry. 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 ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, publ. pod č. 133/2004 Sb. NSS), nebo pokud zcela opomenul vypořádat některou z námitek uplatněných v žalobě (viz např. rozsudek ze dne 27. 6. 2007, č. j. 3 As 4/2007 -58, rozsudek ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, publ. pod č. 787/2006 Sb. NSS, či rozsudek ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004 - 74). Podobně je např. již zmíněným rozsudkem č. j. 2 Ads 58/2003 – 75 vymezena nepřezkoumatelnost pro nesrozumitelnost. K nepřezkoumatelnosti rozsudků správních soudů i rozhodnutí správních orgánů je pak Nejvyšší správní soud povinen přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.). V daném případě je ovšem nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu stěžovatelem

namítána, a to především proto, že se krajský soud řádně nevypořádal se žalobními námitkami a jejich rozvedením v podání ze dne 28. 6. 2018 a nekriticky převzal vyjádření žalovaného.

[19] Stěžovatel v žalobě tvrdil nezákonnost zásahu žalovaného provedeného dne 8. 3. 2018 a dožadoval se vrácení obchodní dokumentace při něm zajištěné, jakož i zákazu jejího užití ve správním řízení; přitom žalobní argumentace byla obdobná té, jež je uplatněna v kasační stížnosti. Stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku v nedostatku odůvodnění spočívajícím v povrchnosti vypořádání žalobních námitek, v nekritickém přitakání žalovanému a v nezohlednění stěžovatelova vyjádření ze dne 28. 6. 2018. Samotná skutečnost, že se krajský soud přiklonil k argumentaci žalovaného, nemůže zakládat nepřezkoumatelnost rozsudku. Při rozhodování soudu nelze vyloučit, že soud shledá argumentaci jedné ze stran natolik správnou a odůvodněnou, že není nutné či dokonce možné ji dále rozvádět. Krajský soud se v daném případě v rozhodných otázkách skutečně shoduje s názory vyjádřenými žalovaným. Je ovšem zřejmé, že vycházel ze skutečností obsažených ve správním spise, a nelze tvrdit, že se jednalo o automatické převzetí názoru žalovaného bez poměření se skutkovým stavem a rozhodnou právní úpravou. Nelze mu vytýkat, že by opomenul některou ze stěžejních žalobních námitek. Stejně tak míra hloubky posouzení žalobních námitek je relativní; účastník, jemuž nebylo vyhověno a výsledek řízení neakceptuje, stěží uzná dostatečnost argumentace. Jestliže krajský soud zaujal skutkově podložený právní názor k rozhodným žalobním námitkám a výrok rozsudku má oporu ve skutkových zjištěních i v jeho argumentaci, nelze rozsudek považovat za nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů.

[20] Je ovšem pravdou, že krajský soud v rozsudku nijak nezmínil stěžovatelovo vyjádření ze dne 28. 6. 2018 (repliku na vyjádření žalovaného), které mu bylo týž den doručeno. Přitom krajský soud rozhodoval následujícího dne 29. 6. 2018. Dokonce i skutečnost, že by před rozhodnutím toto vyjádření nebylo založeno ve spise, by šla k tíži soudu. Proto je třeba zabývat se obsahem tohoto vyjádření z hlediska, zda jeho opomenutí není vadou, která by mohla vést k nepřezkoumatelnosti rozsudku. Rozsudek má mít náležitosti stanovené v § 54 s. ř. s. a skutečnost, že soud je povinen se vypořádat se žalobními námitkami, neznamená, že může přehlížet ostatní podání či vyjádření účastníků řízení, pokud jsou pro rozhodnutí relevantní; jen tak lze dosáhnout přesvědčivosti rozhodnutí. Ze soudního spisu je zřejmé, že krajský soud stěžovateli dne 29. 5. 2018 zaslal na vědomí vyjádření žalovaného ze dne 25. 5. 2018. Nevyžadoval od něho další vyjádření, což ovšem neznamená, že by tak stěžovatel nemohl učinit, ale pouze to, že krajský soud nemusel vyčkávat, zda tak učiní či nikoliv. Pokud jde o obsah stěžovatelovy repliky, nejedná se o nové žalobní námitky. Stěžovatel v této replice rozhojnil žalobní argumentaci – konkrétně označil způsob šetření za vysoce invazivní, šetření za neohraničené a nepřezkoumatelné, klíčová slova za umožňující kontrolu mimo předmět šetření, protokol za nedostatečný, názor žalovaného na provázanost *bid riggingových* jednání za nesprávný a dokumenty mimo okruh šetření za cíleně vyhledávané, nikoliv za náhodně nalezené. Z tohoto výčtu je zřejmé, že jde o opakování či prohloubení žalobní argumentace, na niž bylo rozsudkem krajského soudu reagováno. Zohlednění tohoto vyjádření by jistě mohlo přinést zčásti detailnější odůvodnění, nelze však dovodit, že by mohlo vést k jinému výroku rozsudku. Přesto tedy, že krajský soud pochybil, pokud stěžovatelovu repliku nezmínil a nezabýval se v ní uplatněnými tvrzeními, nemá toto pochybení za následek

nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud naplnění kasačního důvodu podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. neshledal.

III.3. námitky nesprávného právního posouzení

[21] Předmětem řízení před krajským soudem byla žaloba na ochranu před nezákonným zásahem. Podle § 82 s. ř. s. se může každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením (dále jen „zásah") správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo, žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu nebo určení toho, že zásah byl nezákonný. Šetření na místě v obchodních prostorách je Úřad oprávněn provádět podle § 21f odst. 1 zákona o hospodářské soutěži. Jak již poukázal krajský soud, možnost a rozsah zákonnosti místního šetření byl posuzován ESLP ve věci *Delta pekárny a. s. proti České republice* (rozsudek ze dne 2. 10. 2014, stížnost 97/11), přičemž jeho rozhodnutí bylo implementováno do zákona o hospodářské soutěži zněním § 21f odst. 7, účinným od 18. 10 2016. Je třeba zdůraznit, že v tamní věci ESLP shledal rozpor s čl. 8 Úmluvy, tj. práva na respektování obydlí a korespondence, právě v nedostatečné soudní kontrole šetření. K možnosti a rozsahu soudního přezkumu provedeného šetření lze vycházet jak z označeného rozhodnutí ESLP, tak z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2017, č. j. 5 As 256/2016 – 231 (věc *Delta pekárny*). V mezích uvedených rozhodnutí ESLP i Nejvyššího správního soudu krajský soud posuzoval odůvodněnost a průběh zásahu a provedl test jeho vhodnosti, délky a rozsahu.

[22] Stěžovatelovy námitky proti napadenému rozsudku směřují zejména proti důvodnosti šetření, rozsahu šetření, zákonnosti protokolace a užití klíčových slov, přičemž stěžovatel porušení zákona ve všech těchto případech spojuje se závěrem o nepřípustném způsobu provedení šetření.

III.3.a) námitka důvodnosti a rozsahu šetření

[23] Ze správního spisu plyne, že žalovaný měl před provedením šetření k dispozici poznatky nasvědčující tomu, že stěžovatel jednal ve shodě nebo v dohodě se společností M plus spol. s r. o. či jinými soutěžiteli a že koordinoval účast a/nebo nabídky v zadávacím řízení k veřejné zakázce „*Realizace expozic Objevovna a Voda v půdě pro Národní zemědělské muzeum, s. p. o. – pobočka Praha*". To bylo zjištěno z podnětu oznamovatele EXX s. r. o. ze dne 13. 1. 2017, obsahujícího i upozornění na spolupráci těchto subjektů při starší zakázce. Úřad dále zjistil z vyžádané dokumentace od zadavatele veřejné zakázky shodu 40 ze 42 položek rozpočtu u audiovizuální techniky expozice *Objevovna*, shodu všech 51 položek u rozpočtu týkajícího se stavební části této zakázky, shodu 64 položek z 65 u audiovizuální techniky u expozice *Voda v krajině,* shodu všech 62 položek rozpočtu stavební části této zakázky, shodu 18 z 20 položek rozpočtu týkajícího se expozičního osvětlení této zakázky; v ostatních částech rozpočtu zakázky shoda zjištěna nebyla. Na to bylo poukázáno v oznámení o zahájení řízení ze dne 5. 3. 2018. Poznatky, že mezi nabídkami obou společností existují nestandardní podobnosti, jsou dostatečnou indicií o tom, že mohlo dojít k narušení hospodářské soutěže uzavřením dohod, které jsou podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázané. Pokud stěžovatel namítá, že se jednalo pouze o pravděpodobné podezření, a nikoliv důvodné podezření,

nelze mu přisvědčit; tak by tomu mohlo být, pokud by se Úřad např. spokojil s oznámením a neprověřil by ho nebo pokud by se podezření při prověření nepotvrdilo. K zahájení řízení i provedení šetření je třeba mít podklady či poznatky, z nichž plyne důvodné podezření; není ovšem třeba mít jistotu. V daném případě zde tyto poznatky plynoucí z oznámení i z písemných podkladů byly dány. Míra pravděpodobnosti musí být natolik intenzivní, aby bylo pravděpodobné, že došlo k protisoutěžnímu jednání (k tomu srovnej např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2019, č. j. 1 As 80/2018 – 201). Nejvyšší správní soud přisvědčil krajskému soudu v názoru, že poznatky, které měl Úřad k dispozici, byly dostatečným důvodem k provedení šetření na místě v obchodních prostorách stěžovatele.

[24] V písemném pověření k provedení šetření na místě v obchodních prostorách ze dne 5. 3. 2018 byl předmět šetření vymezen ve vztahu k možnému porušení § 3 odst. 1 zákona, spatřovanému ve *vzájemné shodě a/nebo dohodě mezi účastníky řízení* (tj. žalobcem a společností M plus, spol. s r. o.), *případně dalšími soutěžiteli,* a to formou koordinace účasti nebo nabídek v konkretizovaném zadávacím řízení pro zadavatele Národní zemědělské muzeum. Důvod i zaměření šetření byly v pověření jasně vymezeny, pověření bylo stěžovateli předáno, a měl tedy povědomost o oprávnění Úřadu i o svých povinnostech, které z něho plynuly. Pověření odpovídá požadavkům plynoucím z § 21f odst. 5 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Z unijní judikatury lze pro srovnání poukázat na závěry rozsudku 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), podle nichž Komise při kontrole musí popsat charakteristické rysy předpokládaného protiprávního jednání, předmět šetření i skutečnosti, které mají být ověřeny, ovšem nemusí sdělovat všechny informace, které má k dispozici.

[25] Pokud jde o rozsah šetření, jsou zaměstnanci Úřadu podle § 21f odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže oprávněni k nahlížení do obchodních záznamů bez ohledu na to, v jaké formě jsou uloženy [písm. c)], a zjednat si přístup k obchodním záznamům (odst. 4). Prohledávání elektronické komunikace je tedy přípustným způsobem provedení šetření. Užití klíčových slov pak je třeba považovat za racionální způsob vyhledávání obchodních záznamů. Šetření proběhlo v řádu hodin, což je výsledkem právě zvoleného účinného způsobu prohledávání obchodní dokumentace. Je skutečně možné, že prohledávání prostřednictvím klíčových slov neobsahujících název zakázky umožňuje zjištění obchodní dokumentace, která není součástí dané zakázky, ale týká se zakázky, která je s ní spojena v rámci *bid riggingového* jednání, například formou spoluúčasti na dané zakázce (poddodávky) či kompenzace této zakázky jinou. Stěžovatelem kritizované názory na to, zda *bid riggingové* jednání je spojeno s dlouhodobou spoluprací soutěžitelů, či nikoliv, z tohoto hlediska nejsou podstatné, stejně tak jako polemika stěžovatele a žalovaného na toto téma. K tomu lze poukázat na již zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2019, č. j. 1 As 80/2018 – 201 (odst. 23 - 26), který konstatuje existenci jak případů široké *bid riggingové* spolupráce, tak existenci případů, kdy manipulace při veřejných zakázkách s takovými dohodami spojena není, včetně možnosti odhalení dalších případů v průběhu šetření. Nejvyšší správní soud se v daném případě přiklání k závěru krajského soudu o respektování vymezeného rozsahu šetření. Byla-li prohledávána obchodní dokumentace z období souvisejícího s veřejnou zakázkou a výsledkem bylo, až na jeden dokument, zjištění dokladů jen k dané zakázce, pak nelze dospět k závěru, že rozsah byl nepřiměřeně rozšířen.

[26] Celkově pak lze uzavřít, že provedením šetření na místě v obchodních prostorách stěžovatele nedošlo k porušení práva na rodinný a soukromý život, které je chráněno čl. 8 odst. 1 Úmluvy, neboť šetření respektovalo pravidla vymezená v odst. 2 téhož článku.

III.3.b) námitka vadné protokolace

[27] V protokolu sepsaném o průběhu šetření byl popsán tento průběh a označeny osoby přítomné za Úřad i za stěžovatele. V protokolu byl překryt výčet dokumentů označených stěžovatelem za dokumenty obsahující obchodní tajemství. Viditelně je proto popsán jen dokument označený A8, e–mail ze dne 24. 6. 2016, přičemž je konstatováno, že byl vyhledán za pomoci klíčového slova „křoví“. V úplné verzi protokolu (založen v šanonu II.) je konstatován obsah dokumentů A1-A9. V závěru je protokolována námitka účastníka řízení, že dokumenty A8 a A9 byly vyhledány za použití s předmětem řízení nesouvisejícího slova, což není blíže konkretizováno, ale lze to vztáhnout k údajům uvedeným k tomu kterému dokumentu.
[28] Zákon o ochraně hospodářské soutěže výslovně neupravuje náležitosti protokolu ze šetření; podle jeho § 25a přichází v úvahu užití zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Podle § 18 odst. 2 správního řádu musí protokol mj. obsahovat vylíčení průběhu předmětných úkonů, přičemž je ovšem třeba respektovat § 21c odst. 1 zákona o hospodářské soutěži ve vztahu k zákonem chráněným formám tajemství.

[29] Stěžovatel je názoru, že v protokolu měla být zachycena všechna použitá klíčová slova a že soud na něj nepřípustně přenesl povinnost protokolace. Stěžovatel si mylně vykládá argumentaci krajského soudu uvedenou v odst. 35 napadeného rozsudku, podle níž měl stěžovatel možnost zaznamenat, jaká klíčová slova byla použita, a případně vznést výhrady. Tím zjevně nebylo myšleno, že stěžovatel měl protokolovat průběh šetření, ale to, že měl prostřednictvím osob za něho šetření přítomných možnost seznat slova, která byla k vyhledávání užita. Při tomto průběhu místního šetření lze těžko přitakat názoru žalovaného i krajského soudu, že klíčová slova nejsou v protokolu uváděna z důvodu zájmu na utajení informací o užívaných klíčových slovech, tj. z důvodů obav ze zneužití těchto informací soutěžiteli jednajícími v rozporu s pravidly hospodářské soutěže. Nejsou-li klíčová slova užívána utajeně, je obava z jejich prozrazení v důsledku protokolace nesmyslná. Na druhé straně stěžovatel neuvádí žádnou konkrétní újmu, která mu nastala v důsledku nezahrnutí všech užitých klíčových slov do protokolu, tedy i slov, jejichž užití nevedlo k objevení žádného dokumentu. Jen tak je třeba vnímat výtku krajského soudu o jeho důkazním břemenu; nepochybně se vztahuje k povinnosti tvrzení o dotčení práv předpokládané v § 82 a 84 odst. 2 s. ř. s. Neuvedení všech klíčových slov užitých při vyhledávání, aniž by toto neuvedení bylo spojeno s možnou újmou stěžovatele, je sice vadou protokolace, ale tato vada se ve sféře práv stěžovatele nijak negativně neprojevila.

III.3.c) námitka klíčových slov

[30] Tato námitka navazuje na předchozí, spočívá ovšem v konkrétní výhradě proti použití slov „křoví“ a „dohod“. Je logické, že Úřad při prohledávání dokumentace užívá k vyhledávání slova, která jsou podle jeho zkušeností užívána jako krycí či zástupná při sjednávání protisoutěžního jednání. Takovým slovem nepochybně je slovo „křoví“, které

je mimo svého základního významu užíváno i ve významu zakrytí něčeho jiného či vytvoření kulisy něčemu jinému. Pokud jde o užití slova „dohod“, pak se nepochybně jedná o slovo v obchodních vztazích běžně užívané a jistě může být užíváno i v komunikaci účastníků *bid riggingu*. Ve vztahu k užití klíčových slov při elektronickém vyhledávání je třeba si položit otázku, jaký by mohl být výsledek šetření, pokud by se účastníci protisoutěžního jednání vystříhali užívání krycích slov a předstírali běžné obchodní jednání a užívali výhradně zákonnou terminologii, k níž patří i slovo „dohod“. Je-li šetření zaměřeno na obchodní vztahy realizované i v souvislosti se šetřenou veřejnou zakázkou pro podezření z *bid riggingového* jednání, pak mu nutně podléhají i dohody, které s ní mohou souviset, přičemž tato souvislost u té které dohody není předem zřejmá, a dokumentace může být vyloučena až po posouzení jejího obsahu. V daném případě ale nebyl žádný zajištěný dokument vyhledán jen na základě tohoto klíčového slova. Tvrdí-li stěžovatel, že tomu tak je u dokumentu A9, pak tvrzení Úřadu, že se tak stalo v kombinaci se zkratkou zadavatele šetřené zakázky „NZM“, odpovídá textu tohoto dokumentu (e-mail z 23. 11. 2016). Pokud jde o dokument A8 (e-mail z 24. 6. 2016), neobsahuje slovo „dohod“, ale slova „křoví“ ve spojení „*jsem domluven s (...) na křoví*“ a „noty“ v navazující větě „*pošlete mi noty*“. Užití klíčových slov za daných podmínek nelze označit za metodu umožňující neomezený výlov informací.

III.3.d) námitka předmětu na očích

[31] Tato námitka se vztahuje k dokumentu označenému A8, který, jak již bylo výše uvedeno, byl objeven za použití kombinace akceptovatelných klíčových slov při vyhledávání v kontrolovaném období, v němž mohly být realizovány *bid riggingové* dohody s šetřenou zakázkou související. Za situace, kdy se nejednalo o nezákonný výlov informací, je třeba tento dokument označit za náhodně získaný, a tedy za „dokument na očích“. Oba účastníci řízení v této souvislosti argumentují, byť v opačném významu, zejména poukazy na rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci *Deutsche Bahn A.G. a další versus Evropská komise (rozsudek ze dne 18. 6. 2015, C-583/13 P)* a ve věci *České dráhy, a. s. proti Evropské komisi* (rozsudek ze dne 20. 6. 2018). Z této a obdobné unijní judikatury vycházel i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2017, č. j. 5 As 119/2017 – 65. Ve věci „*Deutsche Bahn*“ Soudní dvůr v odstavci 58 sice označil za nepřípustné dovolávání se důkazů, které byly zjištěny během vyšetřování nad jeho rámec, ovšem v následujícím odst. 59 připustil využití informací, s nimiž se Komise seznámila během kontroly náhodně. Na to výslovně navazuje rozsudek ve věci „*České dráhy*“, (odkaz v odst. 36), když dále v odst. 37 výslovně připouští využití informací, s nimiž se Komise náhodně seznámila při předchozí kontrole, pokud naznačují existenci chování v rozporu s pravidly hospodářské soutěže. Shledal-li Nejvyšší správní soud způsob šetření zákonným, pak z toho nemůže vzejít jiný závěr, než že dokument A8 je náhodně objeveným, tj. dokumentem na očích. Samotné řízení, které z dokumentu A8 vzešlo, pak stojí mimo řízení ve věci spojené s důvodem přezkoumávaného místního šetření, jak již uvedl krajský soud v napadeném rozsudku.

IV. Závěr a náhrada nákladů řízení

[32] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že nebyla naplněna žádná ze stěžovatelem uplatněných kasačních námitek; neshledal ani vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by

musel přihlédnout z úřední povinnosti. Proto zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou podle § 110 odst. 1 s. ř. s., věty poslední. O věci přitom rozhodoval bez jednání za podmínek § 109 odst. 2 s. ř. s.

[33] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalobce neměl v tomto kasačním řízení úspěch a úspěšnému žalovanému nevznikly náklady přesahující jeho běžnou úřední činnost. Proto soud vyslovil, že žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení a žalovanému ji nepřiznal.

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

V Brně dne 20. března 2019

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu