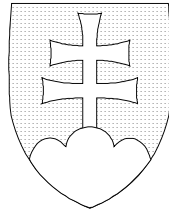


PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SLOVENSKEJ REPUBLIKY



ROZHODNUTIE

Číslo: 2024/DOH/POK/R/6

Bratislava 21.februára 2024

Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky v Bratislave, ako orgán príslušný na konanie podľa § 14 ods. 1 zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v správnom konaní č. 0002/OKT/2020, o rozkladoch účastníkov konania SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26¹, AlterEnerg, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany, LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava, proti rozhodnutiu Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov č. 2023/DOH/POK/1/27 zo dňa 11. septembra 2023 rozhodla tak, že

mení

podľa § 59 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní(správny poriadok) v znení neskorších predpisov rozhodnutie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov č. 2023/DOH/POK/1/27 zo dňa 11. septembra 2023, takto:

Bod I. výrokovej časti zostáva nezmenený.

Bod II. výrokovej časti znie:

II.

Podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

¹Pozn. do 01.09.2017 mal podnikateľ obchodné meno SAG Elektrovod, a.s., ktoré zmenil na SPIE Elektrovod, a.s. Vzhľadom na túto zmenu sa ďalej v texte uvádza ako SPIE Elektrovod, a.s. a tam kde je to odôvodnené sa použije SAG Elektrovod, a.s.

- a. podnikateľovi **SPIE Elektrovod, a.s.**, IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 pokutu vo výške **4 436 700 EUR** (slovom štyri milióny štyristotridsaťšesťtisíc sedemsto EUR),
- b. podnikateľovi **AlterEnergó, a.s.**, IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany pokutu vo výške **1 792 500 EUR** (slovom jeden milión sedemstodevätidesiatdvatisíc päťsto EUR),
- c. podnikateľovi **LiV ELEKTRA, a.s.**, IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava pokutu vo výške **776 200 EUR** (slovom sedemstosedemdesiatšesťtisíc dvesto EUR),

ktorú sú uvedení podnikatelia povinní uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2023127 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

Bod III. výrokovej časti znie:

III.

Podľa § 38 ods. 1 v spojení s § 38d ods. 2 a s § 38e zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

podnikateľovi **KLEMENT, a.s.**, IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika pokutu vo výške **159 700 EUR** (slovom stopäťdesiatdeväťtisíc sedemsto EUR),

ktorú je uvedený podnikateľ povinný uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2023127 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

Bod IV. výrokovej časti znie:

IV.

Podľa § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 ukladá:

- a. podnikateľovi **SPIE Elektrovod, a.s.**, IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 a
- b. podnikateľovi **AlterEnergó, a.s.**, IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany a

c. podnikateľovi **LiV ELEKTRA, a.s.**, IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava,

zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

Bod V. výrokovej časti zostáva nezmenený.

Obsah

1.	Prvostupňové rozhodnutie	5
2.	Priebeh konania	7
3.	Aplikácia právnych predpisov	13
4.	Pôsobnosť zákona a účastník konania	20
5.	Oblasť posudzovaná dohodou	21
6.	Námietky účastníkov konania	22
6.1.	SPIE, a.s.	23
6.2.	Alter Energo, a.s.	35
6.3.	Liv Elektra, a.s.	42
7.	Vyjadrenie Rady úradu	54
7.1	Zistenie skutkového stavu	57
7.2	Dôkazy a ich vyhodnotenie	59
7.2.1	Dokazovanie	59
7.2.2	Význam dôkazu predloženého leniency žiadateľom.	60
7.2.3	Spôsob preukázania skutkového stavu	61
7.2.4	Kolúzia vo verejnom obstarávaní a verejnej obchodnej súťaži	64
7.2.5	Skutkové zistenia vo vzťahu ku KLEMENT, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s.	67
7.2.6	Skutkové zistenia vo vzťahu k Liv Elektra, a.s.	86
7.2.7	Skutkové zistenia vo vzťahu k VUJE, a.s.	104
7.2.8	Skutkové zistenia vo vzťahu k EGEM, s.r.o.	107
7.2.9	Záver k dôkazom a zisteniu skutkového stavu	108
7.3	Právne posúdenie	109
7.4	Sankcie	109
7.4.1	Pokuta	109
7.4.1.1	Program zhovievavosti (leniency program)	122
7.4.1.2	Urovanie	127
7.4.1.3	Výška pokuty	128
7.4.2	Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní	130
8.	Záver	131

Odôvodnenie

1. Prvostupňové rozhodnutie

1. Protimonopolný úrad SR, odbor kartelov ako prvostupňový orgán rozhodol:

I.

Konanie podnikateľov:

SAG Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26,²

AlterEnergó, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany,

LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava,

KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika,

spočívajúce v **koordinácii postupu týchto podnikateľov pri príprave a predkladaní súťažných ponúk** v procese verejného obstarávania s predmetom zákazky Realizácia stavby „Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu“, vyhláseného verejným obstarávateľom Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., IČO: 35 829 141, so sídlom Mlynské Nivy 59/A, 824 84 Bratislava,

je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže v oblasti uskutočnenia stavebných a montážnych prác, dodávok zariadení, skúšok pri výstavbe a uvedení do prevádzky elektrickej rozvodne, vrátane projektových a inžinierskych činností, na území Slovenskej republiky, ktorá je podľa § 4 ods. 1 v spojení § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 a článku 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie **zakázaná**.

II.

Podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

- d. podnikateľovi **SPIE Elektrovod, a.s.**, IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská

²od 01.09.2017 podnikateľ zmenil obchodné meno na SPIE Elektrovod, a.s. Vzhľadom na túto zmenu sa ďalej v texte uvádza ako SPIE Elektrovod, a.s. a tam kde je to odôvodnené sa použije SAG Elektrovod, a.s.

4C, 824 66 Bratislava 26 pokutu vo výške **4 436 704 EUR** (slovom štyri milióny štyristotridsaťšesťtisíc sedemstoštyri EUR),

- e. podnikateľovi **AlterEnergó, a.s.**, IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany pokutu vo výške **1 792 549 EUR** (slovom jeden milión sedemdesiatdvatisíc päťstoštyridsaťdeväť EUR),
- f. podnikateľovi **LiV ELEKTRA, a.s.**, IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava pokutu vo výške **776 270 EUR** (slovom sedemstosedemdesiatšesťtisíc dvestosedemdesiat EUR),

ktorú sú uvedení podnikatelia povinní uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2023127 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

III.

Podľa § 38 ods. 1 v spojení s § 38e zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

podnikateľovi **KLEMENT, a.s.**, IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika pokutu vo výške **228 228 EUR** (slovom dvestodvadsaťosemtisíc dvestodvadsaťosem EUR),

ktorú je uvedený podnikateľ povinný uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2023127 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

IV.

Podľa § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky ukladá:

- d. podnikateľovi **SPIE Elektrovod, a.s.**, IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 a
- e. podnikateľovi **AlterEnergó, a.s.**, IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany a
- f. podnikateľovi **LiV ELEKTRA, a.s.**, IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava,

zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

Podľa § 38h ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky ukladá:

podnikateľovi **KLEMENT, a.s.**, IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika

zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu jedného roka od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

V.

podľa § 25 ods. 2 písm. g) zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov Protimonopolný úrad Slovenskej republiky konanie zastavuje voči účastníkom konania:

- a. **VUJE, a.s.**, IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava,
- b. **EGEM s.r.o.**, IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice

keďže v konaní nepreukázal, že tento účastník konania porušil ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016.

2. Priebeh konania

2. Rada úradu identifikovala v postupe prešetrovania predmetnej dohody prvostupňovým orgánom nasledujúce rozhodné skutočnosti:
 - 12.06.2017 bol úradu e-mailom doručený podnet od Nadácie Zastavme korupciu, IČO: 42266777, so sídlom Záhradnícka 60, 821 08 Bratislava-Ružinov (ďalej len „NZK“) týkajúci sa preverenia možnej dohody obmedzujúcej súťaž, o.i. v prípade verejného obstarávania (ďalej aj „VO“) s názvom Realizácia stavby „Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu“ (ďalej aj „zákazka“ alebo „Prechod rozvodne 400 kV PB“ vyhláseného obstarávateľom Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., IČO: 35 829 141, so sídlom Mlynské Nivy 59/A, 824 84 Bratislava (ďalej len „SEPS, a.s.“ alebo „obstarávateľ“).
 - Účastníci dohody podľa podnetu – všetci 6 účastníci konania.

- Indície podľa podnetu - variabilita v cenách uchádzačov naznačujúca, že ponukové ceny uchádzačov nezohľadňujú skutočné náklady na dodávky; variabilita v cenách sa neprejavuje na konečnej cene; z piatich ponúk sú tri nad predpokladanou hodnotou zákazky (ďalej len „PHZ“), jedna ponuka je na úrovni cca 99,9% PHZ a víťazná ponuka na úrovni cca 98,4% PHZ.
- Prešetrovanie podnetu úradom – analýza verejne dostupných zdrojov, vyžiadanie kompletnej dokumentácie k VO od obstarávateľa, analýza verejných obstarávaní v oblasti elektrickej energie, z ktorej vyplynulo, že uchádzači, ktorí predložili ponuky v tomto obstarávaní, boli dodávateľmi, resp. predkladali ponuky aj v iných zákazkách zadávaných SEPS, a.s. v SR a ČEPS, a.s. v ČR, prípadne vzájomne tvorili skupiny dodávateľov aj v inom zložení ako víťazný uchádzač v tomto prípade.
- Výsledky zistení úradu zakladali dôvodné podozrenie odôvodňujúce uskutočnenie inšpekcie, ktorú úrad vykonal v dňoch 28.05. – 29.05.2019 v priestoroch podnikateľa SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 (ďalej „SPIE, a.s.“) a dňa 28.05.2019 v priestoroch podnikateľa VUJE, a.s., IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava (ďalej „VUJE, a.s.“)
- Dňa 11.3.2020 začal úrad správne konanie voči 6 účastníkom konania.
- Dňa 04.11.2020 úrad vydal výzvu pred vydaním rozhodnutia v konaní (ďalej „Výzva I“)³.
- Dňa 06.11.2020 bola doručená žiadosť právneho zástupcu KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika (ďalej „KLEMENT, a.s.“) o rezerváciu poradia pred podaním žiadosti o neuloženie pokuty podľa § 38d ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov (ďalej aj „zákon č. 136/2001 Z. z.“), doplnená 04.12.2020 žiadosťou právneho zástupcu KLEMENT, a.s. o neuloženie pokuty podľa § 38d ods. 1 zákona, resp. žiadosť o zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. (ďalej len „leniency žiadosť“).
- Úrad zanalyzoval predložené dôkazy a informácie v leniency žiadosti poukazujúce na to, že protisúťažné konanie uchádzačov, ktorí predložili ponuky do verejného obstarávania mohlo spočívať v koordinácii správania v procese tohto obstarávania, a to aj formou výmeny citlivých informácií a zaslal dňa 09.12.2020 účastníkovi konania KLEMENT, a.s. akceptačný list o zaradení do programu zhovievavosti ako žiadateľa o zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 zákona č. 136/2001 Z.z.

³Položka spisu č. IV/150.

- Dňa 16.12.2020 úrad vydal Doplnenie výzvy pred vydaním rozhodnutia (ďalej „Doplnenie výzvy I“)⁴ z dôvodu zistenia nových skutočností a na základe predloženej žiadosti o neuloženie/zníženie pokuty.
 - V dňoch 09.12.2020 až 26.02.2021 boli doručené vyjadrenia účastníkov konania SPIE, a.s., AlterEnergó, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany (ďalej „Alter Energó, a.s.“), VUJE, a.s., LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava (ďalej „Liv Elektra, a.s.“), KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o., IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice (ďalej „EGEM, s.r.o.“) k Výzve I a k Doplneniu výzvy I.
 - Dňa 11.08.2021 úrad prostredníctvom vzdialeného prístupu vykonal nahliadnutie na server účastníka konania KLEMENT, a.s. s cieľom overiť existenciu súborov predložených účastníkom konania KLEMENT, a.s. v rámci programu zhovievavosti.
 - Dňa 12.08.2021 účastník konania KLEMENT, a.s. podal úradu ústne vysvetlenie podľa § 16 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z.z.
 - Dňa 19.08.2021 úrad na základe žiadostí účastníkov konania o vypočutie svedkov nariadil ústne pojednávanie.
 - Dňa 26.10.2021 úrad listom požiadal spoločnosť KROS, a.s. o poskytnutie informácií v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb CENKROS účastníkmi konania SPIE, a.s., Alter Energó, a.s. a KLEMENT, a.s.
 - Dňa 27.10.2021 úrad listom požiadal spoločnosť ABB, s.r.o. o poskytnutie informácie v súvislosti s možnou subdodávateľskou ponukou pre spoločnosť KLEMENT, a.s.
 - Dňa 4.11.2021 úrad listom požiadal spoločnosť ÚRS CZ, a.s. o poskytnutie informácií v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb KROS účastníkom konania KLEMENT, a.s.
 - Dňa 24.11.2021 úrad zaslal účastníkom konania výzvu pred vydaním rozhodnutia (ďalej „Výzva pred vydaním rozhodnutia II“).⁵
3. Úrad v správnom konaní č. 0002/OKT/2020, vydal dňa 30. decembra 2021 rozhodnutie č. 2021/DOH/POK/1/77 (ďalej „prvostupňové rozhodnutie 2021“), ktorým rozhodol tak, že

I.

Konanie podnikateľov:

SAG Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava
 AlterEnergó, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany,
 KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hlíňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká

⁴Položka spisu č. VI/175.

⁵Položka spisu v DKS č. 258 - 263

republika

spočívajúce v koordinácii postupu týchto podnikateľov pri príprave a predkladaní súťažných ponúk v procese verejného obstarávania s predmetom zákazky Realizácia stavby „Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu“, vyhláseného verejným obstarávateľom Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., IČO: 35 829 141, so sídlom Mlynské Nivy 59/A, 824 84 Bratislava, a to tak aby sa víťazom stal vopred určený uchádzač, je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže v oblasti uskutočnenia stavebných a montážnych prác, dodávok zariadení, skúšok pri výstavbe a uvedení do prevádzky elektrickej rozvodne, vrátane projektových a inžinierskych činností, na území Slovenskej republiky, ktorá je podľa § 4 ods. 1 v spojení § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 a článku 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie zakázaná.

II.

Podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

- a. podnikateľovi SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava pokutu vo výške 5 175 362 EUR (slovom päť miliónov jednostosedemdesiatpäťtisíc tristošesťdesiatdva EUR),
- b. podnikateľovi AlterEnergo, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany pokutu vo výške 3 077 854 EUR (slovom tri milióny sedemdesiatsedemtisíc osemstopäťdesiatštyri EUR),

ktorú sú uvedení podnikatelia povinní uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2021177 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

III.

Podľa § 38 ods. 1 v spojení s § 38d a s § 38e zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

podnikateľovi KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika pokutu vo výške 382 596 EUR (slovom

tristoosemdesiatdväťtisíc päťstodeväťdesiatšesť EUR), ktorú je uvedený podnikateľ povinný uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2021177 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

IV.

Podľa § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky ukladá:

- a. podnikateľovi SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 a
- b. podnikateľovi AlterEnerg, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany,

zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

V.

podľa § 25 ods. 2 písm. g) zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov Protimonopolný úrad Slovenskej republiky konanie zastavuje voči účastníkom konania:

- a. VUJE, a.s., IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava,
- b. LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava,
- c. EGEM s.r.o., IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice,

keďže v konaní nepreukázal, že tento účastník konania porušil ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016.

- 4. Proti tomuto rozhodnutiu podali včas v zákonom stanovenej lehote rozklad účastníci konania SPIE, a.s., AlterEnerg, a.s, KLEMENT, a.s.
- 5. Rada úradu na základe podaných rozkladov vydala 19. januára 2023 rozhodnutie č. 2023/DOH/ZPR/R/1 (ďalej „druhostupňové rozhodnutie 2023“), ktorým rozhodla tak, že podľa § 59 ods. 3 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu, č. 2021/DOH/POK/1/77 zo dňa 30. decembra 2021 zrušuje a vec mu vracia na nové pojednanie a rozhodnutie.
- 6. Rada úradu konštatovala, že z prvostupňového rozhodnutia 2021 nevyplýva, na základe akých právnych a logických úvah úrad dospel k záveru v prípade

jednotlivých dôkazov, čo malo vplyv na vyhodnotenie leniency žiadosti, ako aj k záveru o účastníkoch dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá je predmetom tohto konania, čo malo podľa Rady úradu za následok nepreskúmateľnosť prvostupňového rozhodnutia. Rada úradu uložila úradu po vrátení veci doplniť odôvodnenie zakladajúce jeho závery a vysporiadať sa s námietkami účastníkov konania podanými v priebehu konania. Rada úradu zaviazala úrad:

- opätovne preskúmať dôkazy, vyhodnotiť ich vo vzájomných súvislostiach a závery náležite odôvodniť,
 - opätovne posúdiť postavenie účastníkov konania v celom prípade,
 - uviesť údaj, vo vzťahu k akému rozsahu pôvodne identifikovaných indexov sa vzťahuje záver, že tieto boli vysvetlené predložením cenových ponúk subdodávateľov, a teda nešlo o index, ale rovnaký cenový základ,
 - vyčíslieť vo vzťahu ku každému účastníkovi konania rozsah indexov, ktoré považuje za alternatívne vysvetlené a ktoré zostali indexami protisúťažného správania,
 - v súvislosti s informáciami, ktoré boli predmetom komunikácie medzi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s., Rada úradu zdôraznila, že išlo o vypracovanie časti ponuky jedného konkurenta druhým konkurentom a zaviazala prvostupňový orgán opätovne vyhodnotiť predmetnú mailovú komunikáciu,
 - v súvislosti s mailovou komunikáciou ohľadom späťvzatia námietok medzi KLEMENT, a.s., VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. Rada úradu zaviazala prvostupňový orgán opätovne vyhodnotiť predmetnú mailovú komunikáciu, vysporiadať sa s námietkami účastníkov konania a prijať záver k tomu, či túto považuje, alebo nepovažuje za dôkaz protisúťažného správania,
 - doplniť závery vo vzťahu k dôkazom o prítomnosti dokumentov týkajúcich sa predmetného VO s metadátami odkazujúcimi na spoločnosť ACONT nájdené na serveri KLEMENT, a.s.,
 - doplniť informácie ohľadom možného zhoršenia konkurenčného prostredia v súvislosti s ukladáním zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, informácie o charaktere dotknutých trhov a následne zohľadniť vo vzťahu ku všetkým podnikateľom, ktorým je ukladáný zákaz účasti vo verejnom obstarávaní pri rozhodovaní, ktorá právna úprava má byť aplikovaná na ukladanie sankcií,
 - opätovne prehodnotiť závery vo vzťahu k rozsahu zníženia pokuty žiadateľovi o uplatnenie programu zhovievavosti, zohľadnením vyhodnotenia skutkového stavu,
 - opätovne posúdiť podanú žiadosť o urovnanie, keďže žiadosť o začatie rokovania o urovnání bola účastníkom konania KLEMENT, a.s. podaná po uplynutí lehoty na vyjadrenie sa k výzve pred vydaním rozhodnutia,
 - opätovne sa zaoberať vyhodnotením skutkového stavu a závermi o vine/nevine jednotlivých účastníkov konania.
7. Úrad po vrátení veci v rámci ustálenia skutkového stavu doplnil dokazovanie, dôkazy vyhodnotil vo vzájomných súvislostiach a opätovne posúdil postavenie účastníkov konania. Dňa 28.06.2023 zaslal úrad účastníkom konania výzvu pred vydaním rozhodnutia, ku ktorej dňa 18.08.2023 zaslal doplnenie.
8. Účastník konania KLEMENT, a.s. v zákonnej lehote požiadal úrad listom č.

PMU/278/2023/OKT-3869/2023 o začatie rokovania o urovnaní, ktoré bolo úspešne ukončené dňa 28.07.2023 doručením súhlasného vyhlásenia tohto účastníka k návrhu urovnania podľa § 3 Vyhlášky Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 192/2021 Z. z., ktorou sa ustanovujú podrobnosti o podmienkach urovnania (ďalej len „vyhláška o urovnaní“).

9. Po vydaní prvostupňového rozhodnutia podali rozklad účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s. a k rozkladom sa vyjadril účastník konania Alter Energo, a.s. a Liv Elektra, a.s. Účastník konania SPIE, a.s. svoj rozklad doplnil dňa 22.11.2023.
10. Úrad predložil spis druhostupňovému orgánu dňa 18.10.2023.
11. Rada úradu preskúmala prvostupňové rozhodnutie, rozklady, vyjadrenie k rozkladom, ako aj súvisiaci spisový materiál a dospela k zisteniam a predbežným záverom, o ktorých informovala prostredníctvom Výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia⁶.
12. Vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia Rada úradu vyzvala všetkých účastníkov konania, aby sa podľa § 26 zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj „nový zákon“, „zákon č. 187/2021 Z. z.“) ústne alebo písomne vyjadrili k podkladu pre rozhodnutie, spôsobu jeho zistenia, prípadne, aby navrhli jeho doplnenie, a to v lehote 20 pracovných dní od doručenia výzvy. Vyjadrenia k výzve pred vydaním rozhodnutia doručili účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s. a VUJE, a.s.
13. Účastník konania VUJE, a.s. vyjadril súhlas so závermi Rady úradu.
14. Účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s. predložili k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia svoje námietky, ktoré v značnom rozsahu opakovali námietky predložené už v dovtedajšom konaní, resp. konštatujú, že závery Rady úradu sú nepostačujúce, prípadne, že sa s námietkami účastníkov riadne nevysporiadala, preto nebolo na ich základe dôvodné meniť závery Rady úradu. V porovnaní s textom výzvy Rada úradu doplnila odôvodnenie tohto rozhodnutia iba v prípade, že išlo o námietky, na základe ktorých Rada úradu považovala za potrebné zdôrazniť, spresniť alebo doplniť niektoré svoje závery.

3. Aplikácia právnych predpisov

15. Úrad v správnom konaní hmotnoprávne posudzoval konanie podnikateľa podľa zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 26.12.2016 (ďalej „zákon“, alebo „zákon č. 136/2001 Z. z.“), teda podľa Rady úradu správne podľa zákona účinného v čase spáchania správneho deliktu. Správny delikt sa považuje za spáchaný jeho dokonaním. Úrad v tomto správnom konaní posudzoval konanie podnikateľov, ku ktorému došlo v roku 2016, kedy bolo vyhlásené verejné obstarávanie a uchádzači predložili súťažné ponuky do tohto obstarávania.

⁶ Záznam č. 6659/2023 a 6660/2023 zo dňa 11.12.2023

16. Od 01.06.2021 je účinný nový zákon, ktorý zrušil a nahradil zákon č. 136/2001 Z. z.⁷ Podľa § 65 ods. 1 prechodných ustanovení nového zákona konanie úradu začaté a právoplatne neskončené podľa zákona č. 136/2001 Z. z. sa dokončí podľa tohto zákona. Podľa § 65 ods. 2 nového zákona právne účinky úkonov, ktoré v konaní nastali pred účinnosťou tohto zákona zostávajú zachované. Podľa § 65 ods. 7 nového zákona sa na ukládanie sankcií za porušenie zákona č. 136/2001 Z. z. použije tento zákon, ak je priaznivejší.
17. Pri uplatňovaní procesných ustanovení aplikoval úrad správne zákon účinný v príslušnom období, preto úrad v správnom konaní procesnoprávne postupoval do 31.05.2021 podľa zákona č. 136/2001 Z. z. a od 01.06.2021 aplikoval procesnoprávne ustanovenia z nového zákona. Rada úradu sa stotožňuje s týmto postupom aplikácie procesných ustanovení.
18. Rada úradu rovnako ako úrad v správnom konaní hmotnoprávne posudzovala konanie podnikateľov podľa zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 27.12.2016.
19. Pri uplatňovaní procesných ustanovení aplikovala Rada úradu zákon účinný v príslušnom období. Rada úradu preto postupovala pri aplikácii procesných ustanovení, ktoré upravujú správne konanie podľa nového zákona.
20. Správny orgán ukladá sankciu za porušenie právnych predpisov podľa času, kedy bol správny delikt spáchaný, pokiaľ nie je nová úprava priaznivejšia. Úrad aplikoval ustanovenia o pokute podľa zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 26.12.2016, teda zákon účinný v čase spáchania deliktu.
21. V súvislosti s aplikáciou právnych predpisov účastník konania SPIE, a.s., požadoval, aby boli v jeho prípade sankcie ukladané podľa zákona č. 187/2021 Z. z. vzhľadom k tomu, že podľa § 48 ods. 4 uvedeného zákona je možné upustiť od zákazu účasti vo verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti tiež uviedol, že uloženie zákazu vo verejnom obstarávaní ovplyvní jeho činnosť nielen v SR, ale aj v zahraničí, následkom čoho odíde z trhu a svoju aktivitu viac neobnoví. Došlo by tak k vylúčeniu významného konkurenta pre daný typ verejného obstarávania. To by podľa neho viedlo k podávaniu menšieho množstva ponúk a k nedostatočnému konkurenčnému tlaku na zostávajúce spoločnosti. V dôsledku chýbajúceho konkurenčného tlaku zo strany SPIE Elektrovod, a.s. (a spoločnosti Alter Energo, a.s.) by ostatní účastníci na trhu podávali vyššie cenové ponuky, čo by viedlo k predražovaniu zákaziek. Takýto účinok zákazu by bol v rozpore so záujmom ochrany efektívnej hospodárskej súťaže na danom trhu, preto by mal úrad v danom prípade od uloženia zákazu účasti na verejnom obstarávaní upustiť. K takýmto následkom má dôjsť vzhľadom na to, že na trhu charakterizovanom vysokou špecializáciou, technickou a finančnou náročnosťou zákaziek, pôsobí len hŕstka spoločností. Podľa účastníka konania je trh už teraz vysoko koncentrovaný z dôvodu charakteristík daného odvetvia, a pôsobenie súťažných síl na tomto trhu je krehké.

⁷§ 66 nového zákona

22. Rada úradu preskúmala postup úradu a jeho závery vo vzťahu k tejto požiadavke účastníka konania, ako aj k aplikácii právnych predpisov na ukladanie sankcie. Na základe námietky účastníka konania sa úrad zaoberal otázkou, či je v tomto prípade dôvod na aplikáciu novšej právnej úpravy. Podľa ustanovenia § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z. úrad môže vo výnimočných prípadoch upustiť od uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, ak by uložením zákazu došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia.
23. Zo znenia § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z., ako aj zvyšných ustanovení § 48 zákona vyplýva povinnosť úradu uložiť zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na 3 roky spolu so sankciou za porušenie zákona formou účasti na bid riggingovej praktike. Výnimky sú stanovené len v zákone, je nimi účasť na leniency programe ako aj úspešné urovanie sa (vtedy je zákaz ukladaný na jeden rok), a novo zavedená výnimka, ktorej uplatnenie požaduje účastník konania SPIE, a.s. Rada úradu preskúmala spisový materiál, námietky účastníkov konania a podklady nimi predložené a dospela k záveru, že nedisponuje informáciami, na základe ktorých by mohla konštatovať, že uložením predmetného zákazu by došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia na dotknutých trhoch. Rada úradu súhlasí so závermi úradu uvedenými v bodoch 219 a 220 prvostupňového rozhodnutia. Podľa Rady úradu úrad správne konštatoval, že oblasť dotknutá dohodou sa týka veľmi špecifického trhu stavebných prác zahŕňajúcich výstavbu, rekonštrukciu, modernizáciu, opravu a údržbu vysoko napäťových rozvodní vrátane súvisiacich projektových a inžinierskych činností, skúšok a uvedenia do prevádzky. Ide o špecifický a z hľadiska povahy dodávaných tovarov a služieb technicky a finančne náročný trh. Preto v závislosti od rozsahu a náročnosti zákazky podávajú uchádzači svoju ponuku do súťaže buď samostatne, alebo ako skupina dodávateľov, prípade s uvedením podielu subdodávok, ak to obstarávateľ v zmysle súťažných podkladov vyžaduje. Na uvedenom trhu, ako vyplýva z predmetného obstarávania a prehľadu obstarávaní SEPS, a.s.⁸, pôsobia na Slovensku, okrem spoločností, ktoré podali ponuku do predmetného obstarávania, aj iné spoločnosti schopné realizovať zákazky v tejto oblasti a zároveň existuje značná konkurencia zo zahraničia.⁹ Rada úradu ani úrad preto neidentifikoval súťažné obavy v dôsledku dopadov uloženia zákazu účasti 4 subjektom vo verejnom obstarávaní na hospodársku súťaž v zmysle jej významného narušenia alebo vytvorenia dominantnej pozície jedného subjektu na trhu.
24. V tejto súvislosti zároveň Rada úradu upozorňuje na skutočnosť, že v prípade predmetnej žiadosti o výnimku je dôkazné bremeno na dotknutom podnikateľovi, ktorý o uplatnenie výnimky žiada. Takáto logika nastavenia vzťahov vyplýva z predpokladu, že práve podnikatelia pôsobiaci na relevantných trhoch majú o nich znalosti. Zároveň však práve títo podnikatelia majú motív poskytovať tvrdenia, ktoré by viedli k výnimke, preto je potrebné ich tvrdenia starostlivo posúdiť a preveriť, či majú oporu aj v predložených dôkazoch. Navyiac v situácii, kedy účastník konania disponuje informáciou, z akých podkladov vychádzal úrad a k akým záverom dospel.

⁸ Zväzok č. I/5 - Dokumenty k zákazke dostupné na stránke Úradu pre verejné obstarávanie Spis č. IV/128 Prehľad vybraných zákaziek zadávaných SEPS, a.s.

⁹ Záznam č. IZ PMU/278/2023/ODK-VK/57/2023

25. Rada úradu v tejto súvislosti dospela k záverom, ktoré sú popísané v tomto rozhodnutí, že zákaz účasti vo verejnom obstarávaní uloží trom podnikateľom zo šiestich účastníkov konania. Možno teda konštatovať, že aj po uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní budú na trhu naďalej poskytovať služby nielen zvyšní traja účastníci konania, ale aj ďalší podnikatelia, ktorí pôsobia na trhu v SR, či v zahraničí a ktorí sa aj v súčasnosti zúčastňujú verejných obstarávaní vyhlásených na území SR. Dočasným obmedzením možnosti zúčastňovať sa obstarávaní na území SR nedôjde k tak závažným zmenám, ktoré by znamenali zásadné zníženie konkurenčného tlaku vo verejných obstarávaní, a teda ani k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia, ktoré je predpokladom na aplikáciu výnimky podľa § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z. Zároveň sa ukladaný zákaz účasti vo VO netýka zahraničných trhov alebo poskytovania služieb ako subdodávateľa, preto nemožno akceptovať ani tvrdenia účastníkov konania, že uložený zákaz musí nevyhnutne viesť k ich odchodu z trhu, na ktorý sa už nebudú schopní vrátiť.
26. Vo vzťahu k argumentácii účastníka konania SPIE, a.s. v doplnení rozkladu a vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, ktorá sa týka zákazu účasti vo verejnom obstarávaní a výnimky, v zmysle ktorej je možné upustiť od jeho uloženia v prípade, kedy by jeho uložením došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia Rada úradu uvádza nasledujúce.
27. Účastník konania namieta závery úradu poukazovaním na jeho neznalosť predmetného trhu a poskytuje úradu informácie, ktoré podľa jeho názoru odôvodňujú upustenie uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní. Podľa účastníka konania uloženie sankcie v tomto konaní povedie de facto k likvidácii tohto účastníka, čím dôjde k odstráneniu jedného z účastníkov trhu natrvalo. Ďalej argumentoval tým, že je zákaz účasti podľa záverov úradu v prvostupňovom konaní ukladaný 4, resp. 3 spoločnostiam, významným hráčom na trhu, pričom dopady predikuje na analýze účastníkov a víťazov zákaziek na realizáciu stavieb spol. SEPS, a.s.
28. Vo svojej argumentácii namietal aj voči podkladom rozhodnutia, z ktorých úrad vychádzal, pričom namietal, že úrad považuje za konkurentov aj subjekty, ktoré pôsobia na rôznych relevantných trhoch. K uvedenému Rada úradu uvádza, že sa nestotožňuje s námietkami a závermi účastníka konania. Ako úrad a Rada úradu uvádzajú, v prípade kartelovej dohody nie je potrebné presne vymedzovať relevantný trh, ktorého cieľom je určenie okruhu subjektov, ktoré si na danom trhu konkurujú. Je však nesporné, že uchádzačov, ktorí sa prihlásili do konkrétneho verejného obstarávania, aby získali určitú zákazku, ako tomu bolo v tomto konaní, možno považovať za konkurentov v súťaži o túto zákazku. Z podkladu vypracovaného úradom – Prehľad vybraných zákaziek zadávaných SEPS, a.s.¹⁰, z ktorého tiež úrad vychádzal v tomto konaní vyplýva, že zákazky, na ktoré boli vyhlásené verejné obstarávania v rokoch 2010-2016 a zúčastňovali sa ich aj účastníci tohto konania sa týkajú porovnateľných stavieb alebo s nimi súvisiacich prác, ako v tomto posudzovanom prípade a ako bol aj vymedzený predmet /oblasť posudzovanej protisúťažnej dohody v tomto konaní. Na tom nemení nič ani

¹⁰ analýza úradu (spis č. IV/128)

skutočnosť, že vo všeobecnosti konkrétny súťažiteľ alebo dokonca výnimočne žiaden z nich nie je v určitej súťaži schopný, vzhľadom na zložitosť a náročnosť zákazky, zabezpečiť danú zákazku bez subdodávok od iných podnikateľov, prípadne musí vytvárať konzorcium s iným podnikateľom, aby sa o zákazku mohol uchádzať. Rada úradu poukazuje na to, že túto námietku účastník konania dostatočne neodôvodnil. Rada úradu pritom nespochybňuje, že podnikatelia, ktorí sa uchádzali o zákazky, ktoré sú uvedené práve v dokumente-prehľade úradu môžu pôsobiť aj na rôznych relevantných trhoch pri dodávkach rôznych diel a prác, avšak v prípade, že sa stretávajú ako súťažiteľia o konkrétnu zákazku sú v postavení konkurentov.

29. Vo vzťahu k modelácii možností verejného obstarávateľa – SEPS, spol. s r. o. Rada úradu uvádza, že napriek argumentácii účastníka konania má za to, že v prvostupňovom rozhodnutí sú dostatočne identifikované zdroje, ktoré úrad považoval za alternatívu pre verejných obstarávateľov v úradom vymedzenej oblasti. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na aspekt potenciálnej konkurencie, ktorá bola v priebehu konania nepochybne preukázaná. Úrad preukázal, že existujú aj iné spoločnosti, ktoré sú schopné poskytovať služby v relevantnej oblasti, pričom úrad preukázal (a účastník konania SPIE, a.s. nepoprel) existenciu cezhraničných poskytovaní služieb a teda zdrojov konkurencie. V tomto ohľade nezmenil záver Rady úradu ani odkaz na rozhodnutie EK¹¹, z ktorého podľa účastníka konania vyplýva definícia trhov v predmetnej oblasti ako národné, alebo užšie. Rada úradu uvádza, že išlo o rozhodnutie, kde definícia relevantných trhov nebola uzatvorená, naviac, aj z predmetného rozhodnutia vyplýva konštatovanie, že v ČR existuje dostatočná konkurencia poskytovateľov služieb v dotknutej oblasti. Rovnako v tomto konaní aj sám účastník konania nepopieral aktívnu účasť dodávateľov z ČR aj pre slovenských zákazníkov, o čom svedčí aj účasť účastníka konania KLEMENT, a.s. Rada úradu tiež poukazuje na to, že vzhľadom na závery v tomto rozhodnutí, účastník konania KLEMENT, a.s. zostane aktívny na trhu, keďže mu zákaz účasti vo verejnom obstarávaní nebude uložený.
30. Rada úradu v tejto súvislosti poukazuje na to, že nie je úlohou úradu v rámci analýzy vplyvu uloženia zákazu na dotknutú oblasť a rozsah zníženia konkurenčného prostredia a ani na účely konania vo veci zákazu dohody obmedzujúcej súťaž podrobne definovať relevantné trhy v rovnakom rozsahu, ako je to napríklad pri konaniach o koncentráciách, alebo zneužívaní dominantného postavenia. Uvedené platí o to viac, že pri posudzovaní predmetnej výnimky je dôkazné bremeno na účastníkoch konania, ktorí o predmetnú výnimku žiadajú. Podstatou výnimky v zmysle § 48 ods. 4 zákona je, že by uložením predmetného zákazu došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia. Rada úradu rovnako ako úrad poukazuje na to, že aj v súlade s dôvodovou správou k zákonu č. 187/2021 Z. z. je táto výnimka určená pre skutočne špecifické situácie, kedy by uložením zákazu účasti vo verejnom obstarávaní došlo de facto k vytvoreniu dominantného subjektu, alebo k definitívnej likvidácii poskytovania služieb v dotknutej oblasti. Rada úradu má za jednoznačne preukázané a z odôvodnenia prvostupňového rozhodnutia, ako aj tohto rozhodnutia vyplýva, že k takejto

¹¹ Rozhodnutie Európskej Komisie M.6623, VINCI/EVT Business, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6623_20120831_20310_2739848_EN.pdf

situácii v dotknutej oblasti nedôjde. Hoci účastník konania doplnil svoju argumentáciu vo vzťahu k predmetnej výnimke, Rada úradu má za to, že jeho argumenty neboli spôsobilé zvrátiť závery úradu a neidentifikovala možnosť pre úrad upustiť od zákazu účasti vo verejnom obstarávaní podľa § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z.

31. Z uvedenej právnej úpravy zákazu účasti vo verejnom obstarávaní vyplýva, že ide o pomerne zásadný zásah do výkonu podnikateľskej činnosti. V tomto ohľade Rada úradu súhlasí s účastníkom konania, ktorý predmetnú sankciu takto vníma. Rada úradu však poukazuje na to, že úrad je viazaný znením zákona, ako aj úmyslom zákonodarcu. Dôvod takejto pomerne silnej sankcie, ako aj veľmi reštriktívnej právnej úpravy vo vzťahu k ukladaniu výnimky z jej uloženia spočíva v závažnosti porušenia zákona, za ktorú sa ukladá.
32. Z viacerých štúdií vyplýva, že kartely môžu zvýšiť cenu o 10 – 20 %, bid rigging má potenciál zvýšiť obstarávacie ceny až do 60 % (OECD (2022), Director Disqualification and Bidder Exclusion in Competition Enforcement, OECD Competition Policy Roundtable Background Note¹², negatívne dopady však môžu presahovať aj na kvalitu, inovácie a rozsah ponuky tovarov a služieb. Ustanovenia zakotvujúce zákaz účasti vo verejnom obstarávaní chránia integritu obstarávacieho procesu a zaisťujú, že zmluvy verejných obstarávateľov sú udeľované iba tým podnikateľom, ktorí neporušujú súťažné pravidlá a procesy. Z právnej úpravy v zákone vyplýva, že zákaz účasti je porušovateľovi zákona ukladaný úradom povinne, všetkým podnikateľom, ktorým bolo preukázané porušovanie zákona bid rigging praktikou. Takéto nastavenie vzťahov vychádza z konceptu, že u podnikateľa, ktorý inklinuje k takémuto správaniu existuje predpoklad, že sa takto bude správať aj pri iných verejných obstarávaní. Rada úradu preto má za to, že neprimeraným uplatňovaním výnimky v zmysle § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z. by došlo k popretiu podstaty predmetnej sankcie, ktorou je okrem potrestania páchatel'a a odstrašenia ostatných od porušovania zákona, vyčistenie trhov na určitý čas a uvoľnenie priestoru pre podnikateľské subjekty, ktoré súťažia férovu. V prípade akceptácie porušovania zákona bez uplatnenia sankcií, ktorých uloženie za také správanie predpokladal zákonodarcu, by de facto došlo k diskriminácii poctivých subjektov na trhu. V neposlednom rade uloženie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní vedie k šetreniu verejných zdrojov.
33. Na základe vyššie uvedeného Rada úradu súhlasí s úradom, ktorý v prvostupňovom rozhodnutí skonštatoval, že nezistil žiadne skutočnosti, ktoré by nasvedčovali tomu, že uložením zákazu účasti vo verejnom obstarávaní účastníkovi konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s. dôjde k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia v danom odvetví, ktoré by odôvodňovalo aplikáciu ustanovenia § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z. V tomto prípade nepovažuje novšiu právnu úpravu pre účastníka konania za priaznivejšiu. Úrad preto postupoval správne, keď pri ukladaní sankcie aplikoval pri všetkých účastníkoch konania jednotne zákon č. 136/2001 Z. z. a rovnako postupuje aj Rada úradu.

¹² <http://www.oecd.org/daf/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement-2022.pdf>

34. Voči takýmto záverom úradu a Rady namieta aj účastník konania Alter Energo, a.s., podľa ktorého je dôvodný predpoklad, že „odstavenie“ SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a LiV Elektra, a.s. z relevantného trhu je spôsobilé významne narušiť konkurenčné prostredie, vzhľadom na krízu, ktorou prechádza energetický trh, čo považuje za informáciu všeobecne známu z médií.¹³ Tento účastník namieta, že si Rada úradu nezistila u obstarávateľa frekvenciu účasti účastníkov vo verejných obstarávaní v energetickom sektore (je čiastočne zistiteľné aj z verejných zdrojov), Rada nezohľadňuje, že nie všetci súťažiteľia na relevantnom trhu disponujú know-how a dlhodobými skúsenosťami ako účastníci konania, ani nezohľadňuje, že trh s energiami, resp. energetický trh je v posledných rokoch možné považovať za strategicky dôležitý, citlivejší a vystavený určitej volatilitě – tzn. eliminácia troch takpovediac etablovaných súťažiteľov na tomto trhu je v súčasnosti spôsobilá narušiť aj jeho fungovanie a je spôsobilá významne zhoršiť konkurenčné prostredie.
35. Rada úradu v tejto súvislosti nad rámec vyššie uvedeného opätovne zdôrazňuje, že je na účastníkoch konania, aby v rámci žiadosti o uplatnenie výnimky z povinnosti úradu uložiť zákaz účasti vo verejnom obstarávaní poskytli úradu informácie preukazujúce možnosť upustiť od uloženia tejto sankcie. Napriek námietkam vo vzťahu k tejto sankcii však ani jeden z účastníkov konania nepredložil takéto podklady a informácie a úrad, ani Rada úradu nedisponovali informáciami, ktoré by viedli k záveru o možnosti upustenia od uloženia tejto sankcie. Rada úradu má za to, že z vyššie uvedeného odôvodnenia vyplývajú faktory, ktoré zvažila pred prijatím záveru k uloženiu zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, pričom tento záver neboli spôsobilé zvrátiť ani informácie účastníka konania Alter Energo, a.s.
36. Ustanovenia týkajúce sa sankcií sa musia vždy aplikovať ako celok, a nie je možné použiť časť ustanovení o sankciách zo skoršej právnej úpravy a časť z neskoršej právnej úpravy. Rada úradu preto konštatuje, že v rámci ukladania sankcie účastníkom konania aplikuje ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z. nielen v prípade ukladania pokuty podľa § 38 tohto zákona a ukladania zákazu účasti vo verejnom obstarávaní podľa § 38h zákona č. 136/2001 Z. z., ale rovnako podľa tohto zákona postupuje aj v prípade zníženia pokuty na základe žiadosti o zhovievavosť (§ 38d) a v prípade zníženia pokuty v dôsledku urovnania (§ 38f). Vo vzťahu k námietke účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorú vzniesol vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia k takémuto postupu úradu Rada úradu poukazuje na relevantnú judikatúru¹⁴ a právnú

¹³ napríklad správa TASR z 25.07.2023, ktorá bola o. i. publikovaná aj na webe www.teraz.sk ako článok: „RÚZ: Energetická kríza neutícha, priemyselné podniky sú v ohrození“ - <https://www.teraz.sk/ekonomika/ruz-energeticka-krizaneuticha-pri/730405-clanok.html>

¹⁴ „ustanovenie o časovej pôsobnosti sa vzťahuje aj na pôsobnosť zákonov, na ktoré odkazuje Trestný zákon v blanketnej norme“ (napríklad devízový zákon, daňové zákony a podobne (R 35/1994). V tejto súvislosti Najvyšší súd ČR vyslovene judikoval, že „trestnosť“ činu je potrebné posúdiť zásadne podľa celého súhrnu základných noriem trestných a mimotrestných (na ktoré trestný zákon odkazuje), ktoré sú všetky účinné k rovnakému momentu rozhodnému z hľadiska časovej pôsobnosti zákona. Preto nie je možné trestnosť skutku posúdiť čiastočne podľa zákona účinného v čase spáchania skutku (napríklad z hľadiska trestného zákona) a čiastočne podľa zákona účinného v čase rozhodovania súdu (napríklad z hľadiska mimotrestných noriem, na ktoré Trestný zákon odkazuje)“ . judikatúra R 11/2004 -1.

teóriu¹⁵, z ktorej vychádzala v rámci tohto svojho záveru. Podľa Rady úradu by sa v súlade s princípom retroaktivity malo postupovať na základe priaznivejšieho zákona en bloc (rovnako v trestnom, tak aj správnom trestaní) a nie na základe priaznivejšieho ustanovenia neskoršieho zákona v spojení s postupom na základe predošlého zákona, ktorý je priaznivejší v iných intenciách. Takýto postup by bol naopak v rozpore so zmyslom zákazu pravej retroaktivity a právnej istoty. Zároveň konštatuje, že účastník konania neuviedol skutočnosti, ktoré by viedli k prehodnoteniu záverov Rady vo vzťahu ku konceptu aplikácie právnych predpisov v oblasti ukladania sankcií.

37. Vo vzťahu k námietke účastníka konania Liv Elektra, a.s., ktorý namietol, že aplikáciou zákona účinného do 26.11.2016 a Metodického pokynu o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž účinného od 1.9.2018 (ďalej len „Metodický pokyn“) došlo k porušeniu princípu aplikácie priaznivejšej právnej úpravy ako celku Rada úradu uvádza nasledujúce. Podľa Rady úradu výlučne znenie predmetného metodického pokynu nemá vplyv na posúdenie priaznivejšej/nepriaznivejšej právnej úpravy, tento sám o sebe nemôže priniesť priaznivejšiu, alebo nepriaznivejšiu právnu úpravu ukladania pokút.¹⁶ Metodický pokyn o ukladaní pokút je iba interným predpisom úradu, ktorý bližšie objasňuje znenie zákona a prispieva k predvídateľnosti práva, pričom nemôže ísť nad rozsah a byť v rozpore so zákonom, vždy musí byť v medziach znenia zákona. V tejto súvislosti je potrebné upozorniť na skutočnosť, že rozhodujúcim kritériom pre posúdenie je znenie, resp. zmena zákonnej úpravy sankcií v podobe pokuty, teda kritériá pre ukládanie sankcií v podobe pokuty, ktoré upravuje výlučne zákon.

4. Pôsobnosť zákona a účastník konania

38. Podľa § 2 ods. 1 nového zákona sa tento zákon vzťahuje na podnikateľov, orgány štátnej správy pri výkone štátnej správy, obce a vyššie územné celky pri výkone samosprávy a pri prenesenom výkone štátnej správy a záujmovú samosprávu pri prenesenom výkone štátnej správy a iné osoby, o ktorých to ustanovuje tento zákon.
39. V priebehu konania pred úradom bol prijatý zákon č. 187/2021 Z. z., ktorým došlo aj k zmene znenia právnej úpravy týkajúcej sa podnikateľa a účastníka konania. Úrad preto správne posudzoval procesnú spôsobilosť podľa oboch právnych predpisov a správne ustálil v bodoch 26 a nasl. prvostupňového rozhodnutia, že spoločnosti SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o. sú podnikateľom a účastníkom tohto správneho konania.
40. Spoločnosti SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM, s.r.o. sú subjektom vykonávajúcim hospodársku činnosť a teda aj podnikateľom v zmysle § 3 ods. 1 nového zákona a sú

¹⁵ [K posudzovaniu trestnosti činu z hľadiska časovej pôsobnosti - Právne listy \(pravnelisty.sk\)](http://pravnelisty.sk)

¹⁶ Vid' napr. rozhodnutie NS SR sp.zn. 3 Sžhpu/1/2013, 8 Sžhpu1,2,3/2013 „Z uvedeného je zrejmé, že ustanovenia ZOHS ohľadom výpočtu výšky sankcie sa v rozhodnom období roku 2008 nemenili, naopak od prijatia ZOHS až do 30.06.2014 bola právna úprava § 10 ods. 3 ZOHS nezmenená (...) Preto aj podľa názoru odvolacieho súdu Metodický pokyn účinný v čase rozhodovania žalovaného nepriniesol priaznivejšiu úpravu pre žalobcu pri ukladaní sankcií.“

podnikateľom podľa § 2 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, t. j. boli podnikateľom aj v zmysle § 3 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z.

41. Podľa § 25 ods. 3 písm. a) zákona č. 136/2001 Z. z. účastníkmi správneho konania v prípade dohody obmedzujúcej súťaž boli účastníci tejto dohody obmedzujúcej súťaž. Podľa § 20 ods. 1 písm. a) zákona č. 187/2021 Z. z. účastníkom konania vo veci dohody obmedzujúcej súťaž je fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá je zodpovedná za účasť na dohode obmedzujúcej súťaž. Spoločnosti SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM, s.r.o. spĺňajú podmienky pre postavenie účastníka konania ako podľa zákona č. 136/2001 Z. z. tak aj podľa nového zákona.

5. Oblasť posudzovaná dohodou

42. Úrad v tomto správnom konaní posudzoval dohodu obmedzujúcu súťaž podľa § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona, teda horizontálnu dohodu, ktorá spočíva v priamom alebo nepriamom určení cien tovaru alebo iných obchodných podmienok, v rozdelení trhu alebo zdrojov zásobovania a v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou. Predmet zákazky v tomto prípade predstavuje dopyt zo strany obstarávateľa po tovaroch, službách alebo stavebných prácach, ktoré sú bližšie špecifikované v súťažných podkladoch k predmetnému obstarávaniu. Ponuku predstavujú predložené návrhy zo strany jednotlivých uchádzačov. K súbehu dopytu a ponuky došlo teda v rámci tohto obstarávania, a to podaním cenových ponúk uchádzačov.
43. Úrad vychádzal zo skutočnosti, že k protisúťažnému konaniu došlo v súvislosti s verejným obstarávaním v sektore elektrickej energie s presne špecifikovaným predmetom zákazky, ktoré bolo vyhlásené obstarávateľom SEPS, a.s., ako prevádzkovateľom prenosovej sústavy v Slovenskej republike na trhu s elektrinou. Predmetom zákazky bola Realizácia stavby Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu, uskutočnenie stavebných a montážnych prác, dodávok, skúšok a uvedenie do prevádzky, vrátane súvisiacich projektových a inžinierskych činností.
44. V súvislosti s vymedzením dotknutého územia, ktorého sa posudzované konanie týkalo, úrad konštatuje, že podmienky pre dodanie tovarov a služieb, ktoré boli predmetom posudzovaného konania, sú homogénne na celom území Slovenskej republiky. Z pohľadu geografického teda neexistujú rozdiely v podmienkach hospodárskej súťaže medzi jednotlivými časťami Slovenskej republiky
45. Úrad posudzoval predmetnú praktiku v tomto konaní vo vzťahu k oblasti uskutočnenia stavebných a montážnych prác, dodávok zariadení, skúšok pri výstavbe a uvedení elektrickej rozvodne do prevádzky, vrátane súvisiacich projektových a inžinierskych činností na území Slovenskej republiky.

46. Vzhľadom na to, že úrad posudzoval konanie účastníkov konania ako tzv. cieľovú dohodu, nebolo potrebné pre účely tohto konania definovať relevantný trh. Teória a prax súťažného práva definovala určité typy protisúťažného správania, resp. určité typy koordinácie medzi podnikateľmi, ktoré majú dostatočný stupeň škodlivosti pre hospodársku súťaž na to, aby bolo možné dospieť k záveru, že preskúmanie ich účinkov nie je nevyhnutné. V tejto súvislosti Rada úradu nepovažuje za potrebné už opätovne uvádzať teóriu a judikatúru, ktorú správne aplikoval prvostupňový orgán v príslušných častiach prvostupňového rozhodnutia.

6. Námietky účastníkov konania

47. Vzhľadom na závery prvostupňového orgánu, ktorý zastavil konanie voči 2 účastníkom konania – VUJE, a.s. a EGEM s.r.o., títo nepodali rozklady, ani vyjadrenia k rozkladom. Zároveň sa účastník konania KLEMENT, a.s. urovnal a tiež nepodal rozklad, vyjadrenie k rozkladom, ani sa nevyjadril k výzve pred vydaním prvostupňového rozhodnutia, ani k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia.

48. Námietky vo vzťahu k priebehu konania pred úradom a k prvostupňovému rozhodnutiu teda podali účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a Liv Elektra, a.s. Vzhľadom na to, že podstatná časť dôkazov vychádza z ponúk podaných účastníkmi konania v predmetnom verejnom obstarávaní, pričom podnikatelia SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. sa zúčastnili a svoju ponuku predložili v konzorciu, podstatný okruh námietok týchto dvoch účastníkov konania sa prekrýva. Rada úradu preto koncipuje spracovanie námietok, ako aj vyjadrenie k nim spôsobom, ktorý uvedené zohľadňuje.

49. Z rozkladov podaných účastníkmi konania taktiež vyplýva, že sa vo veľkej miere zhodujú vo svojej argumentácii a námietkach s námietkami predloženými úradu v predchádzajúcom priebehu konania. Rada úradu zistila, že úrad v prvostupňovom rozhodnutí podrobne pokryl námietky, ktoré považoval za relevantné a podrobne sa k nim vyjadril. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje za potrebné a účelné opätovne doslovne uvádzať námietky účastníkov konania, ktoré spracoval v prvostupňovom rozhodnutí úrad a s ktorých spracovaním sa Rada úradu stotožňuje. Rada úradu v nasledujúcom texte uvedie jednotlivé okruhy námietok, ako aj odkaz na ich spracovanie v prvostupňovom rozhodnutí spolu s vyjadrením sa Rady k danému okruhu námietok a k spôsobu spracovania úradom. Tam, kde to je relevantné, Rada úradu uvedie priamo aj jednotlivé námietky a vyjadrenie k nim.

50. Rada úradu po preskúmaní námietok účastníkov konania zistila, že títo v rozklade, ako aj vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia priamo odkazujú na svoje vyjadrenia poskytnuté v prvostupňovom konaní a preskúmala celý rozsah námietok účastníkov konania. V texte odôvodnenia záverov v tomto rozhodnutí sa Rada úradu vyjadruje primárne k tým námietkam, ktoré považuje za kľúčové, prípadne považuje za potrebné doplniť vyjadrenie prvostupňového orgánu, alebo dospela k inému záveru, ako prvostupňový orgán. Rada úradu uvádza, že v ďalšom texte reaguje len na tie námietky, ktoré považuje z hľadiska posúdenia predmetnej dohody za relevantné.

Takýto postup nachádza podporu aj v judikatúre ESLP a Ústavného súdu SR.¹⁷ Napr. Európsky súd pre ľudské práva pripomína, že právo na spravodlivý súdny proces nevyžaduje, aby súd v rozsudku reagoval na každý argument prednesený v súdnom konaní. Stačí, aby reagoval na ten argument (argumenty), ktorý je z hľadiska výsledku súdneho rozhodnutia považovaný za rozhodujúci. Tento názor podporuje aj súdna prax v SR.¹⁸

6.1. SPIE, a.s.

51. Účastník konania vo svojom rozklade proti prvostupňovému rozhodnutiu a jeho doplnení namietal nasledujúce skutočnosti:

- Úrad nezistil spoľahlivo skutkový stav a vyhodnotenie dôkazov obsahuje závažné pochybenia.
- V dôsledku nespoľahlivo zisteného skutkového stavu dospieva úrad k nesprávnemu právnemu posúdeniu.
- Správne konanie je postihnuté vadami, ktoré majú vplyv na súlad skutkového a právneho posúdenia v rozhodnutí s právnymi predpismi.
- Výška úradom uloženej sankcie nezodpovedá správne skutkovému a právnemu posúdeniu a pri stanovení jej výšky úrad neprihliadal na celý rad skutočností. Sankcia je likvidačná.

K dôkazom

52. Účastník konania namieta, že úrad nezistil spoľahlivo skutkový stav a vyhodnotenie dôkazov obsahuje závažné pochybenia vzhľadom na uvedené skutočnosti.

53. Úradu v konaní konzistentne nie je zrejmý priebeh tejto dohody, ani jej účastníci, nepreukázal účasť SPIE, a.s. na protisúťažnej dohode, nakoľko:

- SPIE, a.s. pripravoval svoje ponuky (Rozvodňa II a Sklad ZDS) nezávisle, SPIE, a.s. v rozklade pomerne podrobne popisuje spôsob tvorby rozpočtu za účelom preukázania samostatného postupu pri tvorbe rozpočtu s konštantným legitímnym navýšením o 6 %, a zároveň úradu odôvodňuje svoju hypotézu, že KLEMENT, a.s. (za predpokladu, že vychádzal z CEEKON 16), mohol súťažiť

¹⁷ Rozsudok vo veci Ruiz Torija c. Španielsko a Hiro Balani/Španielsko, oba z 9. decembra 1994, Annuaire, séria A č. 303 A č. 303 B

Rozhodnutia Ústavného súdu Slovenskej republiky vo veciach sp. zn. III. ÚS 209/04, sp. zn. IV. ÚS 112/05, sp. zn. I. ÚS 380/08, sp. zn. III. ÚS 172/2010, či sp. zn. II. ÚS 537/2010

Z rozsudku Georgidias v. Grécko z 29. mája 1997, Recueil III/1997: „Právo na spravodlivý proces zahŕňa aj právo na odôvodnenie súdneho rozhodnutia. Odôvodnenie rozhodnutia však neznamená, že na každý argument sťažovateľa je súd povinný dať podrobnú odpoveď. Splnenie povinnosti odôvodniť rozhodnutie je preto vždy posudzované so zreteľom na konkrétny prípad.“

¹⁸Rozsudok NS SR sp. zn. 5 Sžh 2/2015 z 2. novembra 2016: „Všeobecný súd však nemusí dať odpoveď na všetky otázky nastolené účastníkom konaní, ale len na tie, ktoré majú pre vec podstatný význam, prípadne dostatočne objasňujú skutkový a právny základ rozhodnutia bez toho, aby zachádzali do všetkých detailov sporu uvádzaných účastníkmi konania. Preto odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu, ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia, postačuje na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované základné právo účastníka na spravodlivý proces.“

aj bez toho, aby si v rozpočte navýšil maržu, lebo sa uspokojil s orientačnou výškou marže, ktorá je zahrnutá v softvéroch.

- Nemal k dispozícii časť ponuky pripravovanej Alter Energo a.s. (Rozvodňa III) v čase poskytnutia ocenených výkazov výmer Rozvodne II a III s metaúdajom [.....] OU spoločnosti KLEMENT, a.s. (najneskôr 30. novembra 2016), SPIE, a.s. celú ponuku víťaza dostal za účelom vytvorenia míľnikov realizácie VO až 2. decembra 2016, preto ju nemohol poskytnúť účastníkovi KLEMENT, a.s.
- Ceny, s ktorými existujú cenové indexy, neposkytol SPIE, a.s. a aj časťou ponuky, ktorú vypracoval SPIE, a.s. mohol KLEMENT, a.s. disponovať tak, že ju poskytol Alter Energo, a.s. bez vedomosti SPIE, a. s., úrad túto skutočnosť nijak nevyvrátil.
- Spoločnosť pri príprave svojich častí ponuky nemala k dispozícii ani ponuku KLEMENT, a.s., medzi účastníkom a KLEMENT, a.s. nebol preukázaný komunikačný kanál, SPIE, a.s. svoje časti ponuky zostavoval podľa cien v cenníku Softvéru, čo úradu dostatočne v konaní preukázal.
- Zapojenie členov konzorcia do akéhokoľvek protiprávneho konania je potrebné preukazovať vo vzťahu ku každému z členov osobitne, zapojenie jedného člena konzorcia do protisúťažného konania nemôže automaticky (t.j. bez dôkazov usvedčujúcich aj druhého člena) znamenať zapojenie oboch.
- Úrad nezohľadnil logické a možné alternatívne vysvetlenia k všetkým dôkazom v konaní.
- Úrad nevyhodnotil dôkazy (stĺpec „1,06“, indexy, metaúdaje) vo vzájomných súvislostiach, niektoré dôkazy svedčiace v prospech spoločnosti neskúmal a súvisiace závery náležite neodôvodnil.
- Na nosiči CD s ponukou víťaza do VO nie sú ceny od účastníka KLEMENT, a.s., stĺpec „1,06“ v súbore na CD nosiči s ponukou konzorcia slúžil iba na pomocné výpočty pre SPIE, a.s. pri príprave ponuky na Sklad ZSD, ceny v stĺpci sú ceny z cenníkov Softvéru, ktoré SPIE, a.s. používal pri príprave ponuky, KLEMENT, a.s. musel mať k tomuto cenníku tiež prístup, účastník SPIE, a.s. poskytuje hypotézy, ako ho mohol KLEMENT, a.s. získať.
- Z vyjadrenia prevádzkovateľov Softvéru vyplýva iba, že nedošlo k automatickému spárovaniu cien s cenníkom CENEKON 2016/1, SPIE, a.s. však sám predložil dôkaz, že sa jedná o ceny z tohto cenníka, uvedené tvrdí na základe manuálneho spárovania predmetných položiek.
- Účastník navrhoval úradu vyžiadanie cenníka CENEKON 2016/1 ako relevantného spoločného základu pre ceny SPIE, a.s. a KLEMENT, a.s. od prevádzkovateľov Softvéru a manuálne porovnanie cien pri všetkých objektoch Rozvodne II a Skladu ZSD s cenami v ich ponukách, úrad toto nevykonala a dostatočne neodôvodnil, neprihliadal ani na porovnanie jednotkových cien v rôznych verejných obstarávaníach s účasťou KLEMENT, a.s. v 2016.
- Ani indexy 0,94 medzi cenami SPIE, a.s. a KLEMENT, a.s. pri častiach Rozvodňa II a Sklad ZSD nepreukazujú podiel SPIE, a.s. na protisúťažnom konaní, v týchto častiach ponuky víťaza s cenami KLEMENT, a.s. boli spôsobené použitím zhodného cenového základu - cenníka CENEKON 2016/1 (s výnimkou cien pochádzajúcich od subdodávateľov), spoločným cenovým

základom vysvetľujúcim index 0,94 medzi cenami SPIE, a.s. a KLEMENT, a.s. sú aj ponuky rovnakých subdodávateľov.

- SPIE, a.s. nepovažuje vyjadrenia subdodávateľov o tom, že neposkytli cenové ponuky účastníkovi KLEMENT, a.s. a závery úradu založené na týchto zisteniach za relevantné, nakoľko úrad nepreukázal, že SPIE, a.s. poskytol ktorúkoľvek z týchto ponúk tomuto účastníkovi, ten ich mohol získať z iných zdrojov (aj od Alter Energo a.s.).
- SPIE, a.s. namieta spoľahlivosť metaúdajov dokumentov predložených leniency žiadateľom (s dátumom vytvorenia 30. novembra 2016 a menom autora [.....] OU), tieto nepreukazujú, že k vytvoreniu obsahu daného dokumentu skutočne došlo 30. novembra 2016 a že autorom tohto obsahu bol skutočne [.....] OU a nepreukazujú zapojenie SPIE, a.s. do koordinácie.
- Metaúdaje sú manipulovateľné a nie sú vhodné na preukazovanie protisúťažného správania.
- Úrad nezohľadnil, že metaúdaje [.....] OU, zamestnanca Alter Energo, a.s. sa netýkajú SPIE, a.s., p. [.....] OU je zamestnancom Alter Energo, a.s., hoci tento účastník spochybnil, že by jeho zamestnanec predmetné dokumenty vytvoril.
- Úrad nezohľadnil podiel pána [.....] OU na tvorbe projektovej dokumentácie VO, ani indície smerujúce k účastníkovi Alter Energo, a.s.
- Úrad sa vysporiadal s námietkami SPIE, a.s. alibisticky a bez ich vecného zohľadnenia, nezohľadnil napr. alternatívne vysvetlenia o tom, že KLEMENT, a.s. mohol disponovať verziou CENEKON 2016/I, ani tvrdenie, že automatické párovanie položiek je nedostatočné, ani vysvetlenie, že SPIE, a.s. si svoju ponuku tvoril sám a navýšil ju o 6 %, pričom KLEMENT, a.s. si svoju nezávisle vypracovanú ponuku nenavýšil.
- Rozsah a vyčíslenie vysvetlených/nevysvetlených indexov v rozhodnutí ostáva zmätočné a nejednoznačné.
- Úrad sa nedostatočne zaoberal iným vysvetlením indexov v rozpore s princípom materiálnej pravdy.
- Úrad vylúčil celý rad dôkazov bez toho, aby upravil svoje závery voči SPIE, a.s. – úrad postupuje nekonzistentne (s následkom zmätočného rozhodnutia), keď niektoré dôkazy vylúčil, pričom iné považuje za potvrdzujúce porušenie, hoci podľa účastníka vylúčenie dôkazov narušilo tvrdenie o súbore dôkazov preukazujúcich porušenie.
- Úrad na základe rovnakého skutkového stavu vo vzťahu k určitým účastníkom vysvetlenie cenových indexov akceptuje ako alternatívne, kým vo vzťahu k SPIE, a.s. to isté vysvetlenie neobstojí, úrad nie je oprávnený bezdôvodne odmietiť vysvetlenia poskytnuté na rovnakom skutkovom základe.
- Úrad nedostatočne preukázal zavinenia SPIE, a.s., účastník namieta „zlievanie“ rozsahu dôkazov jednotlivých členov konzorcia, a nedostatok dôkazov voči SPIE, a.s., ak by sa očistili od tohto faktoru.
- úrad nepreukázal kontakt medzi uchádzačmi, ani prepojenie medzi SPIE, a.s. a KLEMENT, a.s., ani vo vzťahu k poskytnutiu súborov s metadátami SPIE, a.s.
- Vznik súboru s metadátami [.....] OU teda predpokladá, že ktokoľvek sprístupnil zdrojový dokument leniency žiadateľovi, robil to naraz a nie

postupnou konzultáciou niektorých cien či výkazov výmer, a musel mať celú ocenenú ponuku Rozvodne II a III už pred 30. novembrom 2016. SPIE, a.s. časť ponuky ocenej Alter Energo, a.s. dostal za účelom vyplnenia mílnikov až 2. decembra 2016, z čoho vyplýva, že SPIE, a.s. zdrojový dokument KLEMENT, a.s. poskytnúť objektívne nemohol, nemal k dispozícii ceny na Rozvodňu III v čase, keď nimi disponoval KLEMENT, a.s.

K právnemu posúdeniu

54. V dôsledku nespoľahlivo zisteného skutkového stavu dospieva úrad k nesprávnym skutkovým záverom a nesprávnemu právnemu posúdeniu, nakoľko:
- nebol preukázaný podiel SPIE, a.s. na akomkoľvek protisúťažnom konaní alebo aspoň jej vedomosť o takomto konaní, pričom judikatúra to vyžaduje na stanovenie účasti na protisúťažnej dohode,
 - v súvislosti s nepriamymi dôkazmi v konaní existujú logické vysvetlenia, ktoré vyvracajú koordináciu s KLEMENT, a.s., s ktorými sa úrad nevysporiadal a nevykonal dokazovanie potrebné na spoľahlivé zistenie skutkového stavu.
55. Podľa SPIE, a.s. úrad nesprávne právne posúdil vec – nepreukázal podiel SPIE, a.s. na karteli, ani vedomosť SPIE, a.s. o karteli, hoc bola indexovaná celá ponuka, mohol to spôsobiť druhý konzorciálny partner. Úrad sa nedostatočne zaoberal vysvetlením indexov v rozpore s princípom materiálnej pravdy a dospel k nesprávnym záverom o existencii kartelu.
56. Metaúdaje sú dôkazom nanajvýš voči účastníkovi Alter Energo, a.s., SPIE, a.s. spolupracoval s Alter Energo, a.s. pri príprave ponuky pre realizáciu VO, ale nemal žiadnu kontrolu a vplyv na konanie jeho zamestnancov, tzn. tieto konania zamestnancov Alter Energo SPIE, a.s. nemôžu byť pričítané na úkor. Alter Energo, a.s. a SPIE, a.s. netvorí jedného podnikateľa, a preto nezodpovedajú za protiprávne konanie niektorého z nich spoločne a nerozdielne. Z toho nevychádza ani úrad, keďže pre každú zo spoločností vymeral pokutu samostatne a nie spoločne.
57. SPIE, a.s. namieta nesprávnosť aplikácie testu definovaného európskou judikatúrou pre zodpovednosť podniku za protisúťažné konanie tretích strán – úrad vnímal Alter Energo, a.s. a SPIE, a.s. ako súčasť konzorcia a nie ako subjekt konajúci sám za seba. Podľa SPIE, a.s. k naplneniu testu by musel byť medzi nimi obdobný vzťah ako medzi zamestnancom, zamestnávateľom, materskou a dcérskou spoločnosťou, alebo by SPIE, a.s. musel zamýšľať prispieť ku kartelu vlastným správaním a vedieť o protisúťažných cieľoch KLEMENT, a.s. a Alter Energo, a.s., alebo ich aspoň mohol rozumne predpokladať a vziať na seba riziko. Keďže však nebola preukázaná účasť SPIE, a.s. na akejkoľvek časti dohody, takáto argumentácia neprichádza do úvahy.
58. V doplnení rozkladu účastník konania namieta nesprávne vymedzenie správneho deliktu :

- Nebola preukázaná koordinácia postupu pri príprave a predkladaní ponúk do VO.
- Úrad nedisponuje dôkazmi o explicitnom alebo implicitnom súhlase SPIE, a.s. s konaním Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s.
- Úrad nedisponuje spojeným okruhom účastníkov konania.
- Účastník má za to, že v súlade s predchádzajúcou rozhodovacou praxou by mal úrad zastaviť konanie.¹⁹

K procesným pochybeniam

59. Správne konanie je postihnuté vadami, ktoré majú vplyv na súlad skutkového a právneho posúdenia v rozhodnutí s právnymi predpismi.

- Úrad nedoplnil dokazovanie v rozpore s vyšetrovacou zásadou - manuálne neporovnal ceny v ponuke KLEMENT, a.s. s cenníkom Softvéru, nepreveril argumentáciu týkajúcu sa metaúdajov [.....] OU, nevypočul zamestnancov KLEMENT, a.s.,
- Úrad neskúmal skutočnosti svedčiace v prospech SPIE, a.s.
- Porušenie zásady "in dubio pro reo" .

K sankcii

60. Výška úradom uloženej sankcie nezodpovedá správne skutkovému a právne posúdeniu a pri stanovení jej výšky úrad neprihliadal na celý rad skutočností. Sankcia je likvidačná.

61. Účastník konania namieta skutočnosť, že pokuta, ktorá mu bola vypočítaná, bola upravovaná na maximálnu hranicu 10 % v zmysle zákona, čo považuje za uloženie maximálnej pokuty a neadekvátne vo vzťahu k porušeniu, za ktoré je pokuta ukladaná.

62. Úrad sa mal podľa účastníka konania odkloniť od svojho Metodického pokynu, ktorý takýto postup v odôvodnených prípadoch umožňuje. Podľa účastníka je takýmto dôvodom skutočnosť, že ide o posudzovanie kartelu spočívajúceho v jednom verejnom obstarávaní.

63. Podľa SPIE, a.s. hodnota víťaznej ponuky vo VO ako základ pre určenie pokuty mala byť v prípade členov konzorcia rozdelená podľa Zmluvy o združení v pomere vyplývajúcom z predmetnej zmluvy, nakoľko len príslušná časť môže byť každému z členov konzorcia pripísateľná ako realizovateľný obrat. Podľa SPIE, a.s. Metodický pokyn vychádza zo situácie, keď víťazná ponuka bola ponúknutá jediným uchádzačom a nie konzorciom - u jeho členov je úplne jasné, že nerealizujú celý obrat z ponúknutej ceny.

64. Účastník SPIE, a.s. namieta nesprávne určenú závažnosť, úrad stanovuje koeficient závažnosti na 15% z víťaznej hodnoty zákazky, takýto koeficient je úplne neprimeraný vo vzťahu k celkovému aj relevantnému obratu SPIE, a.s. a je čisto nadhodnotený, najmä čo sa týka konkrétnych dopadov posudzovaného

¹⁹ Rozhodnutie Úradu č. 2021/DOH/POK/1/76 zo dňa 22. decembra 2021

konania na relevantný trh.

65. Úrad nepreukázal, že by konanie konzorcia a KLEMENT, a.s., mal nejakým spôsobom vplyv na víťazstvo konzorcia, alebo víťaznú cenu VO. Ponuka konzorcia súperila s ponukou ďalších dvoch spoločností (popri KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s.), ktorých účasť na protisúťažnom konaní nebola preukázaná a protisúťažné konanie Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a konzorcia tak nemohlo viesť k zabezpečeniu víťazstva konzorcia, alebo k predraženiu zákazky.
66. Podľa účastníka úrad v minulosti posudzoval aj závažnejšie kartely, kde závažnosť bola napr. 6%.
67. SPIE, a.s. namieta voči spôsobu vysporiadania sa úradu s jeho námietkami, ktorými požiadal o upustenie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s § 48 ods. 4 nového zákona a žiada jeho aplikáciu na ukladanie sankcií. Úrad, reagujúc na skoršie vyjadrenia SPIE, a.s. v konaní súvisiacom so zákazom účasti vo verejných obstarávaní, sa odvoláva na analýzu trhového prostredia, ktorú vykonal zostavením prehľadu vybraných zákaziek zadávaných obstarávateľom VO.
68. Podľa SPIE, a.s. úrad v skutočnosti nevykonala reálnu analýzu trhového prostredia, podklady úradu, ktoré preukazujú iba to, že na trhu existujú ďalší účastníci podľa SPIE, a.s. nemožno považovať za postačujúce. Úrad mal zistiť okrem počtu účastníkov na trhu aj ich referencie, ktorými disponujú a ktoré hovoria o ich schopnosti realizovať podobnú zákazku, ako predmetné VO. SPIE, a.s. namieta aj závery úradu o tom, že alternatívou je konkurencia v podobe zahraničných spoločností – takéto spoločnosti nemusia mať vhodné autorizácie a referencie, môžu mať komplikovanejšiu logistiku a dodávky tovaru s negatívnym dopadom na výšku cien a tým pádom vplyvom na ich konkurencieschopnosť.
69. Podľa SPIE, a.s. vylúčenie účastníkov konania z plnenia zákaziek po dobu troch rokov bude mať výrazný negatívny vplyv na súťaž na relevantnom trhu a na celé predmetné odvetvie kritickej infraštruktúry, ktorej fungovanie je nenahraditeľné pre slovenských spotrebiteľov.
70. Podľa účastníka nie je zrejmé, z čoho vychádza úrad v rámci svojich záverov o existencii značnej konkurencie zo zahraničia. SPIE, a.s. má v tejto súvislosti za to, že účasť vo verejných obstarávaní na Slovensku môže byť pre zahraničné spoločnosti problematická v dôsledku potreby vhodných autorizácií a referencií, spojených s konkrétnymi autorizovanými (fyzickými) osobami v súlade so slovenskými reguláciami. V neposlednom rade poskytovanie služieb zo zahraničného sídla s komplikovanejšou logistikou a dodávkou tovaru neustále tlačí ceny smerom hore, v dôsledku čoho tieto spoločnosti nemôžu efektívne súťažiť čo sa týka cien s ich lokálnymi konkurentmi v obstarávaní.
71. SPIE, a.s. žiada uplatniť obdobný postup, ako pri zohľadnení pri ukladaní pokuty, ak by táto viedla k odchodu z trhu aj na zákaz účasti vo VO. Účastník konania namieta voči záverom úradu v tejto oblasti a má za to, že úradu poskytol dostatočné podklady o tom, že uloženie zákazu ho zlikviduje (vyjadrenie zo 14.12.2021, Príloha 9). Svoju žiadosť zdôvodňuje nasledujúcimi faktormi:

[.....] ²⁰ OT výkon
verejných zákaziek a [.....]
.....]²¹ OT

72. V doplnení rozkladu účastník konania:

- namieta likvidačnosť pokuty,
- žiada pokiaľ by Rada úradu zotrvala na uložení pokuty (hoci po jej znížení) o
- uloženie splatnosti tejto pokuty na 180 dní a
- možnosť úhrady tejto (zníženej) pokuty v splátkach.

73. Vo vzťahu k exemplárnemu charakteru pokuty a jej likvidačnosti účastník konania v doplnení rozkladu namieta:

- Uložená pokuta je likvidačná a povedie k odchodu spoločnosti z trhu. Pokuta ukladaná na maximálnom limite viac ako desaťnásobne prevyšuje zisk spoločnosti za posledné dva roky. V dôsledku uloženej pokuty sa na dlhú dobu (najmenej jedno desaťročie) stane v podstate jediným zmyslom jeho podnikateľskej činnosti splatenie tejto pokuty. Pokuta povedie k úplnému zničeniu majetkovej základne spoločnosti.
- Spoločnosti nie je ukladaná iba pokuta na maximálnej úrovni, ale taktiež zákaz účasti vo verejných obstarávaníach po dobu troch rokov, pričom [.....]
.....]²².OT Takýto zákaz sa v podstate rovná prostej likvidácii podnikateľa. Ukladaný trest je protizákonný, pretože nie je úmerný povahe a závažnosti deliktu, majetkovým a iným pomerom právnickej osoby. Úrad pri jeho ukladaní pochybil, keď aplikoval neprímeranú tvrdosť.
- Podľa ZOVO obstarávateľ navyše môže odstupovať od už vysúť'ažených zmlúv, ak rozhodnutie úradu o porušení súťažného práva dodávateľom v súvislosti s *bid rigging*-om nadobudne právoplatnosť. Rozhodnutie má teda vplyv na ďalšiu podnikateľskú činnosť spoločnosti a jej finančnú a ekonomickú situáciu vedľa uložení samotných sankcií. Úrad neposúdil tieto ďalšie dôsledky rozhodnutia (zákaz účasti na verejných obstarávaníach, zákaz plniť zákazky ako subdodávateľ, odstupovanie od existujúcich zmlúv podľa ZOVO), čím sa zákonné obmedzenie pokuty na maximálne 10% obratu, ktoré má do určitej miery zabezpečiť, aby podnikatelia boli schopní pokutu zaplatiť, stáva úplne prázdny a bezpredmetným.
- Úrad nebral do úvahy, že spravidla je relevantný obrat určený ako obrat dosiahnutý podnikateľom na relevantnom trhu, kde došlo k porušeniu, za posledný rok trvania kartelovej dohody. V prípade verejného obstarávania je možné určiť relevantný obrat ako hodnotu verejnej zákazky. V danom prípade však hodnota verejnej zákazky presahovala hodnotu relevantného obratu

²⁰ OT SPIE, a.s. neprístupné tretím stranám vrátane účastníkov konania Štruktúra podnikateľskej činnosti SPIE, a.s.

²¹ OT SPIE, a.s. neprístupné tretím stranám vrátane účastníkov konania Štruktúra podnikateľskej činnosti SPIE, a.s.

²² OT SPIE, a.s. neprístupné tretím stranám vrátane účastníkov konania - Štruktúra podnikateľskej činnosti SPIE, a.s.

spoločnosti za rok 2016, keď k údajnému porušeniu došlo, čo je dané tým, že verejné obstarávanie je plnené po dobu niekoľkých rokov. Navyše sa podnikatelia často spájajú do konzorcií, aby boli schopní zákazky vôbec prefinancovať a plniť, pretože sa jedná o obrovské projekty. Určenie relevantného obratu ako hodnotu verejnej zákazky vedie k exemplárnemu potrestaniu spoločnosti.

- Rovnako pri určení koeficientu závažnosti a pri absencii aplikácie poľahčujúcich okolností postupoval úrad neprimerane tvrdo a s dramatickým odklonom od svojej predchádzajúcej rozhodovacej praxe. Napriek tomu, že úrad má určitú diskrečnú právomoc pri ukladaní pokuty, nie je oprávnený diskriminovať a postupovať diametrálne odlišne v zhodných prípadoch, ako to robí v rozhodnutí pri ukladaní pokuty.

74. Účastník konania zároveň doplnil v rozklade svoje námietky aj vo vzťahu k aplikácii § 48 ods. 4 zákona, ktorého aplikáciu namieta v súlade so svojou argumentáciou v rozklade. Účastník konania namieta spôsob, akým sa úrad vyrovnal s jeho námietkami, pričom tento je podľa jeho názoru založený na chybných predpokladoch a neznalosti súvisiacej právnej úpravy, najmä ZOVO. Konkrétne namieta:

- Významné zhoršenie konkurenčného prostredia v zmysle § 48 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z.z je možné zistiť bežným pozorovaním výsledkov verejných obstarávaní SEPS, a.s. na realizáciu diela či stavby:
 - U väčšiny zákaziek by obstarávateľ SEPS, a.s. pri uložení zákazu, ako je to navrhované v rozhodnutí, prišiel o polovicu alebo viac ako polovicu ponúk v týchto verejných obstarávaníach, ako aj o ponuku víťazného uchádzača.
 - Väčšina ostatných účastníkov trhu, ktorí podali v minulosti ponuku obstarávateľovi SEPS, a.s. na realizáciu stavby či diela a nejedná sa o účastníkov, ktorým úrad v rozhodnutí ukladá zákaz účasti, sa obdobne ako KLEMENT, a.s. zúčastnili iba jedného či dvoch zákaziek, potom už nikdy znova a taktiež žiadnu takúto zákazku nezískali.
- Tvrdenie úradu, že na tomto trhu existuje taktiež konkurencia zo zahraničia je chybné. S výnimkou niekoľko spoločností z ČR sa žiadne zahraničné subjekty týchto zákaziek reálne nezúčastňujú a trh je definovaný národne s radou bariér pre vstup subjektov zo zahraničia.
- V analýze úradu (spis č. IV/128) sú zahrnuté dva typy verejných obstarávaní: realizácia stavieb a projektové, resp. inžinierske činnosti (PČ/IČ), okruh uchádzačov, ktorí sa zúčastňujú PČ/IČ obstarávaní je odlišný od okruhu účastníkov vo verejných obstarávaníach s predmetom realizácie stavieb, uchádzačov výlučne PČ/IČ obstarávaní nie je možné považovať za účastníkov trhu verejných obstarávaní s predmetom realizácie stavebných prác na rozvodniach, úrad ich nesprávne dáva do jednej skupiny s uchádzačmi VO.
- Pokiaľ úrad dospieva k záveru, že na trhu zostane dostatočný počet účastníkov, je to dané nesprávnym vymedzením relevantného trhu, resp. trhov a zmiešaní ich účastníkov.
- Na trhu realizácie stavebných prác na rozvodniach nebude po uložení zákazu pôsobiť dostatočný počet relevantných súťažiteľov.
- Úrad ďalej uvádza, že ukladaný zákaz účasti vo verejných obstarávaníach „sa netýka [...] poskytovania služieb ako subdodávateľa“ a zľahčuje tak dôsledky uloženého zákazu pre SPIE, a.s., avšak na základe zákona č. 343/2015 Z. z.,

o verejnom obstarávaní („ZOVO“) môžu verejní obstarávatelia vyžadovať, aby subdodávatelia spĺňali všeobecné podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, vrátane podmienky, aby uchádzač nemal uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, zákaz účasti uložený úradom tak rovnako fakticky znemožňuje alebo dramaticky obmedzuje pôsobenie spoločnosti ako subdodávateľa.

K výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia

75. Účastník konania namietal voči záveru Rady, že postup SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. v rámci VO bol protiprávnou koordináciou, teda že títo účastníci konania uzavreli dohodu vo forme bid-riggingu. Účastník konania odmieta svoju účasť na dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž, ako to opisuje Štvrtá výzva, na základe nasledujúcich dôvodov:

- Vo vzťahu k SPIE, a.s. sa Rada úradu neopiera o jediný, hoci nepriamy dôkaz o komunikácii s konkurentom vo VO. Akékoľvek priame či nepriame dôkazy o komunikácii s iným uchádzačom VO sa vzťahujú iba na komunikáciu medzi Klement a Liv Elektra, a.s. na jednej strane a KLEMENT, a.s. a Alter Energo, a.s. na strane druhej:
 - E-maily medzi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. ohľadom tabuliek technických špecifikácií pre VO;
 - Metaúdaje v ponuke KLEMENT, a.s. obsahujúce autora [.....] OU a dátum vytvorenia a poslednej úpravy 30. novembra 2016.²³ V prípade autora [.....] OU sa pritom podľa zistení úradu jedná o zamestnanca spoločnosti Alter Energo, a.s. pána [.....]OU.
- Vo vzťahu ku SPIE, a.s. sa úrad a Rada v plnom rozsahu opiera iba o ekonomické dôkazy,²⁴ predovšetkým o rozsiahle indexy medzi ponukou víťazného Konzorcia a ponukou spoločnosti KLEMENT, a.s., bez toho aby akýkoľvek dôkaz svedčil o zapojení SPIE, a.s. do protiprávneho poskytnutia cien Konzorcia spoločnosti KLEMENT, a.s., v tejto súvislosti poukázal na to, že:
 - Existuje jeden index medzi časťami ponuky víťazného Konzorcia, ktoré pripravoval Alter Energo, a.s. (Rozvodňa III) a ponukou KLEMENT, a.s. v časti Rozvodňa III, kde sú ceny KLEMENT, a.s. o 6% vyššie ako v ponuke Konzorcia (index 1,06);
 - Existuje ďalší index medzi časťami ponuky víťazného Konzorcia, ktoré pripravoval SPIE, a.s. (Sklad ZSD a Rozvodňa II) a ponukou KLEMENT, a.s. v časti Rozvodňa II a Sklad ZSD, v ktorých sú ceny KLEMENT, a.s. o 6% nižšie ako v ponuke Konzorcia (index 0,94).

²³ Vid' spis č. V-176 obsahujúci Žiadosť, príloha č. 6, najmä dokumenty 1.pdf až 45.pdf a 2016-11_II+III_VV_REKAPITULACIA_(85HARKOV)PDF.pdf, ktoré zahŕňajú nielen celý obsah dokumentov 1.pdf až 45.pdf, ale aj ďalšie stavebné objekty a prevádzkové súbory z rozpočtu VO (predovšetkým celú Rozvodňu III). Vid' taktiež korešpondujúce dokumenty 46.pdf-73.pdf a štyri osobitné súbory Skladu ZSD v Overení dát, spis č. VII-360, všetky dokumenty s metaúdajmi z 30. novembra 2016 (8:40-10:20). Vid' taktiež odpoveď Klement z 14. júna 2023, odpoveď na otázku č. 4, príloha 1. 3 Bod 221 a nasl. Štvrtej výzvy

²⁴ Bod 221 a nasl. Štvrtej výzvy

- Úrad dospieva k záveru, že obaja členovia Konzorcia sa museli podieľať na protiprávnej koordinácii, pretože indexy sa nachádzajú v oboch častiach ponuky. Účastník však v plnom rozsahu odmieta takúto argumentáciu úradu a Rady. SPIE, a.s. má za to, že je úradom sankcionovaný výlučne na základe svojho členstva v Konzorcii, nakoľko:
 - účastník so spoločnosťou KLEMENT, a.s. nikdy nespolupracoval, nepozná ju a nekomunikoval s ňou.
 - Ceny v časti ponuky, ktorú pre Konzorcium pripravil SPIE, a.s., sú vyššie ako ceny spoločnosti KLEMENT, a.s., čo je podľa účastníka v rozpore so závermi úradu, že SPIE, a.s. pripravil pre KLEMENT, a.s. kryciu ponuku.
 - Úrad tvrdí, že každý z členov Konzorcia poskytol spoločnosti KLEMENT, a.s. svoje ceny samostatne, proti čomu však svedčia dôkazy získané prístupom na server Klement a poskytnuté Klement v Odpovedi z 14. júna 2023.
 - Poskytnutie celej ponuky naraz dňa 30. novembra 2016 je podporené dôkazmi, a to metaúdajmi ponuky KLEMENT, a.s.²⁵ predložené v rámci Žiadosti (pre Rozvodňu II a Rozvodňu III) a získaných v rámci Overenia dát (pre všetky časti, vrátane Skladu ZSD) a v odpovedi KLEMENT, a.s. z 14. júna 2023 (pre Sklad ZSD)²⁶ s dátumom vzniku/poslednej úpravy 30. novembra 2016 (v priebehu vyše jednej hodiny).
 - KLEMENT, a.s. mal k dispozícii celú finálnu ponuku 30. novembra 2016, tento podľa účastníka musel kompenzovať nižšie ceny v jednej časti ponuky vyššími cenami v druhej časti ponuky, aby mohol poskytnúť (vyššiu) kryciu ponuku. Takáto kompenzácia vyžaduje, aby spoločnosť KLEMENT, a.s. mala k dispozícii celú svoju ponuku naraz a nie postupne po častiach.
 - SPIE, a.s. nemohol KLEMENT, a.s. poskytnúť celú ponuku Konzorcia dňa 30. novembra 2016, keď KLEMENT, a.s. preukázateľne mal podľa metaúdajov už celú ponuku Konzorcia k dispozícii²⁷, pričom SPIE, a.s. preukázateľne mal celú ponuku Konzorcia k dispozícii až 2. decembra 2016.²⁸
 - Úrad argumentuje, že k poskytnutiu ponuky spoločnosti KLEMENT, a.s. muselo dôjsť po častiach, pretože SPIE, a.s. upravoval ešte dňa 2. decembra 2016 niektoré časti ponuky, s čím účastník konania SPIE, a.s. nesúhlasí. Z dôkazov podľa jeho názoru vyplýva, že KLEMENT, a.s. mal finálne ceny k danej časti ponuky už 30. novembra 2016 (viď metaúdaje dokumentov získaných v rámci Overenia dát a v rámci Odpovedi Klement z 14. júna 2023),²⁹ nešpecifikovaná úprava z 2. decembra 2016 teda podľa jeho názoru nie je relevantná.

²⁵ Id., viď taktiež spis č. VII-360 (Overenie dát).

²⁶ Viď spis č. 427, Odpoveď Klement z 14. júna 2023, dokumenty ku Skladu ZSD v Prílohe č. 1

²⁷ Viď spis č. V-176, č. VII-360 a č. 427.

²⁸ Viď Prílohu č. 5 Vyjadrenia z 14. decembra 2021.

²⁹ Spoločnosť predkladá metaúdaje k dokumentu II_VV_SO 645_bleskozvod.pdf, o ktorý podľa Úradu ide, v Prílohe č. 2 k tomuto vyjadreniu (metaúdaje dokumentov zo spis. č. 427, príloha č. 1 a č. VII-360). Finálne ceny v dokumente II_VV_SO 645_bleskozvod.pdf zodpovedajú finálnym cenám Klement.

- SPIE, a.s. poukazuje na to, že transparentne postupoval pri príprave svojej časti ponuky do VO, čo úradu preukázal. Účastník pripravil časť ponuky Rozvodňa II a Sklad ZSD s použitím Cenníku CENEKON a ponúk subdodávateľov, ktoré zvýšil o 6%, ceny spoločnosti KLEMENT, a.s. v jej ponuke na Rozvodňu II a Sklad ZSD boli cenami z tohto Cenníka a zo subdodávateľských ponúk a index 0,94 je preto dôsledkom použitia zhodného cenového základu bez jeho navýšenia.
- Účastník nedisponuje informáciou, akým spôsobom sa KLEMENT, a.s. dostal k tomuto zhodnému cenovému základu, avšak bez akéhokoľvek zapojenia, vedomosti alebo uzrozenia SPIE, a.s. Stípec 1,06 v ponuke Konzorcium v časti Sklad ZSD obsahuje neindexované ceny pred ich navýšením o 6%. Nejedná sa preto o ceny KLEMENT, a.s.
- SPIE, a.s. namieta aj voči záverom, že taktiež Liv Elektra, a.s. sa podieľal na bid-riggingu, ktorý predstavuje jediný správny delikt spáchaný spoločným konaním štyroch sankcionovaných účastníkov konania, nakoľko
 - Nebolo preukázané, že SPIE, a.s. v dôsledku svojho členstva v Konzorcium musel rozumne predpokladať bilaterálnu výmenu tabuliek technických špecifikácií medzi spoločnosťami KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. (čo odvodzuje od predpokladu Rady, že Liv Elektra, a.s. pri poskytnutí tabuliek technických špecifikácií spoločnosti KLEMENT, a.s. musela predvídať, resp. byť uzrozená so širším kontextom dohody, že v rámci VO dochádza k širšej koordinácii uchádzačov, čo nebolo podľa účastníka preukázané).
 - SPIE, a.s. však s Liv Elektra, a.s. nijak nekomunikoval, nesvedčia o tom žiadne priame, ani nepriame dôkazy a túto komunikáciu úrad ani Rada netvrdí.
 - Absentuje teda preukázanie vzájomnej vedomosti účastníkov kartelu o komunikácii s KLEMENT, a.s.
- Skutkové zistenia úradu sú teda chybné právne posúdené ako jediný správny delikt. O jediné porušenie (single infringement) sa môže jednať iba vtedy, keď *"sa viaceré podniky zúčastnili na porušení pozostávajúcom z pokračujúceho správania sledujúceho jediný ekonomický cieľ, ktorým je skresliť hospodársku súťaž, alebo aj z individuálnych porušení vzájomne spojených rovnakým cieľom (rovnaký účel všetkých prvkov) a rovnakými subjektmi (tie isté dotknuté podniky, ktoré sú si vedomé, že sa podieľajú na spoločnom ciele)." ³⁰* Iba KLEMENT, a.s. sa dopustil jediného porušujúceho konania, ostatní sankcionovaní účastníci konania sa mohli zúčastniť údajného porušenia maximálne na jeho častiach. Úrad a Rada boli povinní túto skutočnosť zohľadniť pri vymedzení správneho deliktu, ako aj pri posúdení zodpovednosti a ukladaní sankcií. Stanovenie rovnakého koeficientu závažnosti pri ukladaní pokuty pre všetkých účastníkov, predovšetkým pre KLEMENT, a.s., je tak porušením zákazu diskriminácie a princípu spravodlivého ukladania pokút.

³⁰ Vid' T-385/06, Aalberts Industries NV, ods. 86.

- Úrad v súvislosti s jediným prípadom porušenia ukladá pokutu na maximálnej zákonnej úrovni. Úrad aplikoval pri ukladaní sankcií neprimeranú tvrdosť a postupoval v rozpore s účelom svojho Metodického pokynu pre stanovenie pokuty. Metodický pokyn umožňuje určiť základ pokuty ako hodnotu verejnej zákazky. Pretože tým (v porovnaní s predchádzajúcou verziou Metodického pokynu platného do 1. septembra 2018) väčšinou dôjde k poklesu relevantného obratu (úrad spravidla určuje základ pokuty ako obrat dosiahnutý na relevantnom trhu za posledný rok trvania kartelu), Úrad v novom Metodickom pokyne navýšil koeficient závažnosti z 5% na minimálne 15%, aby kompenzoval tento pokles obratu. V prípade VO však má verejné obstarávanie neúmerne vysokú hodnotu (38 miliónov EUR), ktorá vysoko presahuje relevantný obrat SPIE, a.s. (23,6 miliónov EUR v roku 2016), čo je dané charakteristikami daného odvetvia. Určením základu pokuty ako hodnoty VO teda nedošlo k poklesu relevantného obratu, ale k jeho navýšeniu (z 23,6 miliónov EUR na 38 miliónov EUR). Popritom úrad aplikoval vysoký koeficient závažnosti vo výške 15%. Úrad teda v rozpore so zmyslom a účelom nového Metodického pokynu exemplárne potrestáva SPIE, a.s., keď berie do úvahy ako základ pokuty (vyššiu) hodnotu verejného obstarávania namiesto (nižšieho) relevantného obratu a ešte navyše aplikuje vyšší koeficient závažnosti (15% namiesto 5%).
- Úrad ukladá zákaz účasti vo verejnom obstarávaní po dobu troch rokov, hoci uložením zákazu dôjde k takému poškodeniu konkurenčného prostredia, ktoré vysoko presahuje záujem na represívnom postihu účastníkov konania vzhľadom na nedostatok podnikateľov, ktorí budú naďalej na trhu pôsobiť. Trh stavebných prác na rozvodniach je oligopolným trhom s malým počtom hráčov, a preto uloženie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní trom podnikateľom povedie k poškodeniu celého trhu, pričom k naplneniu preventívnej a represívnej funkcie sankcií postačuje uloženie pokuty.
- Uložené sankcie sú likvidačné a povedú k odchodu SPIE, a.s. zo slovenského trhu. Uložená pokuta desaťnásobne presahuje zisk SPIE, a.s. (za posledné dva roky). SPIE, a.s. by do pokuty musel investovať všetok svoj zisk po dobu najmenej jednej dekády a to v situácii, keď mu je ukladaný taktiež zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, vrátane faktického zákazu zúčastniť sa zákaziek taktiež ako subdodávateľ. [.....] OT³¹ Účastník pri uloženom zákaze účasti vo verejnom obstarávaní nebude schopný pokutu uhradiť, pretože v dôsledku uloženého zákazu účasti jej odpadne akákoľvek možnosť pôsobiť na trhu stavebných prác na rozvodniach na Slovensku.
- Neposúdenie uloženej pokuty spoločne s uloženým zákazom účasti vo verejnom obstarávaní vedie k vyprázdneniu účelu zákonného maximálneho obmedzenia pokuty na 10% obratu podľa § 42 ods. 1 Zákona.

76. Vzhľadom na uvedené tento účastník konania navrhuje zmenu prvostupňového rozhodnutia a zastavenie správneho konania voči tomuto účastníkovi.

³¹ OT SPIE, a.s., neprístupné účastníkom konania, charakter podnikateľskej činnosti SPIE, a.s.

6.2. Alter Energo, a.s.

77. Účastník konania vo svojom rozklade proti prvostupňovému rozhodnutiu namietal nasledujúce skutočnosti.
78. Úrad záver o existencii dohody obmedzujúcej súťaž medzi účastníkmi Alter Energo, a.s. SPIE, a.s. Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s. založil na zisteniach: 1) týkajúcich sa metadát v dokumentoch nájdených na serveri KLEMENT-u, 2) týkajúcich sa indexácie v ponukách medzi Víťazom a KLEMENT-om, 3) týkajúcich sa stĺpca označeného číslom „1,06“, ktorý sa nachádza v časti „Sklad ZSD“ v ponuke predloženej do Verejného obstarávania víťazom – napriek tomu, že úrad má k dispozícii veľké množstvo alternatívnych vysvetlení, dôkazov, ktoré tieto zistenia relativizujú, účinne spochybňujú, prípadne je z nich zrejmé, že tieto zistenia nie sú úplne jednoznačné.
79. Úrad teda v konaní od pôvodnej výzvy až po rozhodnutie reťazec zistení upravuje/mení, avšak v tomto štádiu už do podoby, ktorá vo vzájomnej súvislosti podľa úradu síce má preukazovať existenciu dohody obmedzujúcej súťaž, avšak tento reťazec bol argumentáciou Alter Energo, a.s. a ostatných účastníkov v prevažnej a väčšinovej časti natoľko účinne spochybnený a úrad svoje stanoviská opakovane natoľko mení, že sa reťazec dôkazov stal už nesúdržný a vnútorne rozporný spôsobom, že nie je možné ho považovať za dostačujúci na preukázanie existencie kartelovej dohody.
80. Opakovaný záver o kartelovej dohode zo strany úradu pritom dosahuje už aj úroveň formalizmu - trvanie správneho orgánu na vlastných zaužívaných formalistických pravidlách dokazovania a posudzovania skutkového stavu v podobných prípadoch, ktoré nie vždy vedú k riadnemu objasneniu skutočného stavu veci – a v tomto prípade k takémuto riadnemu objasneniu skutočného stavu veci ani neviedli.
81. Úrad pri vydaní prvostupňového rozhodnutia podľa účastníka konania postupoval unáhle, nedôsledne, zmätočne a spôsobom, ktorý má za následok nezákonnosť prvostupňového rozhodnutia jednak pre nesprávne právne posúdenie veci (skutkový stav neodôvodňuje záver o existencii kartelovej dohody) a jednak pre opakované procesné pochybenia úradu ako aj pre vady v odôvodnení rozhodnutia, ktoré činia rozhodnutie nezrozumiteľným a nepreskúmateľným.

K dôkazom

82. Úrad neúplne zistil skutkový stav a nevykonal navrhnuté dokazovanie, čím porušil princíp materiálnej pravdy, vyhľadávacej zásady a rozhodnutie z tohto dôvodu súčasne trpí vadou, ktorá spôsobuje rozpor s § 46 Správneho poriadku (rozhodnutie nevychádza zo spoľahlivo zisteného stavu veci), nakoľko:
- nevykonal doplnujúce hlbšie skúmanie informácií nachádzajúcich sa na serveri KLEMENT-u za účelom preverenia správania KLEMENT-u vo verejných obstarávaníach/rozsiahlosť a presnosť jeho archívu pri iných zákazkách (podľa

účastníka má KLEMENT, a.s. v konaní motiváciu predkladať len dokumenty svedčiace v neprospech účastníkov),

- nezisťoval podrobnejšie možný výskyt osoby s menom [.....] OU u účastníkov s cieľom identifikácie osoby, ktorá je uvedená v problematickom PDF dokumente nájdenom na serveri KLEMENT-u ako [.....] OU – úrad nezohľadnil námietku účastníka, podľa ktorej osoba s rovnakým priezviskom môže pôsobiť u jedného zo subdodávateľov,
- neskúmal podrobnejšie spoľahlivosť metadát v súlade s argumentáciou účastníka konania počas konania,
- nevykonával manuálne párovanie položiek či neprehodnotil dostatočnosť súčinnosti poskytnutej od softvérových spoločností.

K právnemu posúdeniu

83. Úrad vec nesprávne právne posúdil, keď konštatoval existenciu tzv. cieľovej dohody a tzv. ťažkého kartelu, nakoľko:

- v bode (281) prvostupňového rozhodnutia nesprávne konštatuje existenciu dohody o rozdelení trhu v rozpore s dôkazným stavom,
- v konaní nie je dokázaná ani iná dohoda o úspechu v budúcich obstarávaníach či dohoda o akejkoľvek „odmene“ pre KLEMENT, a.s. či Liv Elektra, a.s. za to, že mali svojou súčinnosťou napomôcť úspechu víťaza – je pritom nemožné, aby dohoda medzi KLEMENT-om, Liv Elektra, a.s. a víťazom vôbec mohla zabezpečiť víťazstvo víťaza bez dohody aj s EGEM, s.r.o. a VUJE, a.s. (v tomto kontexte sa ako nesystematicky hodnotené ukazuje aj posudzovanie e-mailovej komunikácie medzi účastníkmi) – rozhodnutie trpí vadou spočívajúcou v nesprávnom právnom posúdení veci.

K procesným pochybeniam

84. Účastník konania namieta, že úrad hodnotil dôkazy nekonzistentnými a rozdielnymi kritériami (nepristupuje k účastníkom ani k dôkazom rovnako, konzistentne či rovnocenne – a tým pádom je jeho hodnotenie nepreskúmateľné), čím úrad porušil princíp rovnakého prístupu k účastníkom, prekročil rámec voľnej správnej úvahy, porušil princíp objektivity a nestrannosti a porušil princíp legitímneho očakávania (porušenie základných zásad správneho konania), nakoľko:

- priamu e-mailovú komunikáciu o námietkach úrad naďalej vníma ako nepreukazujúcu koordináciu (neskúma ani nelogickosť toho, aby si takúto komunikáciu vôbec vymieňali subjekty, voči ktorým konanie zastavil so subjektom, ktorý úrad potrestá), avšak
- len prezumovanú spoluprácu víťaza a KLEMENT-u dedukovanú z nepriamych dôkazov (ktoré sú spochybniteľné – vid'. dôkaz o inej osobe s menom [.....] OU u jedného zo subdodávateľov, vid'. nespoľahlivosť metadát, vid'. nesprávne určenie začiatku trvania dohody a pod.) úrad naďalej vníma ako preukazujúcu koordináciu vo verejnom obstarávaní.

85. Úrad porušil princíp objektívnosti a nestrannosti, nedostatočne a nespoľahlivo zistil skutočný stav v rozpore s § 46 Správneho poriadku, odôvodnenie rozhodnutia je vnútorne rozporné a zmätočné, úrad neaplikuje hodnotenie „jedným metrom“, nakoľko:

- rozdielne hodnotí e-mailovú komunikáciu (hoci pri hlbšej úvahe sú obe komunikácie z pohľadu dôkaznej sily do určitej miery rovnocenné),
- početnú indexáciu medzi VUJE/víťazom vníma ako nepreukazujúcu koordináciu, čo považuje účastník za správne, avšak namieta, že pri indexácii KLEMENT/víťaz podobne mierny prístup nevolí,
- prepočítanie indexov na viacero desiatinných miest je aplikované len selektívne a nie dôsledne,
- akceptuje atypicky nacenené položky, resp. nepoukazuje na ne, ale neakceptuje použitie jednotkových cien subdodávateľov KLEMENT-om,
- pripúšťa, že KLEMENT, a.s. mohol mať ponuku konkrétneho subdodávateľa sprostredkované cez p. [.....] OU, ale na iných miestach s týmto predpokladom nepracuje,
- deklaruje, že došlo k rozdeleniu trhu hoci toto nie je v konaní nijakým spôsobom za celé jeho trvanie preukázané,
- opakovane tvrdí že kartelová dohoda má začiatok v marci 2016, hoci KLEMENT, a.s. v máji 2016 podával do verejného obstarávania námietky a ešte 01.12.2016 sa len rozhodoval či ich vezme späť (viď. mailová komunikácia).

86. Účastník namieta, že závery úradu v prvostupňovom rozhodnutí sú v rozpore so zásadou „in dubio pro reo“ a „in dubio pro mitius“, nakoľko úrad mnohé alternatívne vysvetlenia Alter Energo, a.s. naďalej odmieta – nesnaží sa o správnu úvahu či interpretáciu nejasných častí skutkového stavu inak ako v neprospech účastníkov, a to aj v prípadoch kedy je takáto interpretácia vyslovene logická alebo sú alternatívne vysvetlenia rovnocenné (príkladne možnosť KLEMENT-u získať si subdodávateľské ponuky aj inak) – jedná sa o porušenie princípov objektivity a nestrannosti, princípov legitímneho očakávania.

K sankcii

87. Podľa účastníka konania je pokuta uložená v prvostupňovom rozhodnutí naďalej neprimeraná – uložená pokuta je exemplárna a vzhľadom na závery úradu, nejasnosť viacerých zistení, zastavenie konania voči dvom účastníkom, opakované menenie vlastných záverov a súčasne uložený zákaz vo verejných obstarávaní na tri roky, ako aj ohľad na generálnu a individuálnu prevenciu, a ako aj ohľad na verejne dostupné informácie o finančnej kondícii spoločnosti Alter Energo, a.s. sa úrad pri individuálnej prevencii neproporcionálne a priveľmi prísne zameriava na jej represívnu zložku. Ide o zmätočnosť a nezrozumiteľnosť rozhodnutia a tým pádom jeho nepreskúmateľnosť, čo predstavuje rozpor s požiadavkou riadneho odôvodnenia rozhodnutia podľa § 47 ods. 3 zákona, ako aj porušenie princípov primeranosti sankcie k spáchanému deliktu.

88. Podľa účastníka konania pokuta nezohľadňuje ani aktuálnu situáciu spoločnosti

Alter Energo, a.s. a porušuje princíp proporcionality.

89. Vzhľadom na uvedené tento účastník konania navrhuje zmenu prvostupňového rozhodnutia a zastavenie správneho konania voči tomuto účastníkovi.

Vyjadrenie k rozkladom ostatných účastníkov konania

90. Účastník konania vyjadril súhlas s rozkladom Liv Elektra, a.s., všeobecne s argumentáciou (primerane s ohľadom na jeho rozklad) ohľadom:

- nesprávneho právneho posúdenia veci,
- nesprávneho procesného postupu úradu,
- nepreskúmateľnosti rozhodnutia,
- porušenia zásady viazanosti rozhodnutím nadriadeného správneho orgánu,
- porušením zásady rovnosti účastníkov, nestrannosti a objektivity,
- porušením zásady „in dubio pro reo“.

91. Vo vzťahu k e-mailovej komunikácii medzi Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s. účastník odkázal na svoju argumentáciu z rozkladu, poukázal na meniace sa závery úradu počas konania voči dôkazom, ako aj účastníkom kartelu, a to aj bez toho, aby sa menil skutkový stav, ako aj nesprávne právne posúdenie vo vzťahu k priebehu dohody.

92. Podľa účastníka konania prvostupňové rozhodnutie po niekoľkých rokoch konania opakuje nesprávne skutkové zistenia (trvanie kartelovej dohody), vnútorne si odporuje a nevytvára systematický a vzájomne previazaný reťazec dôkazov preukazujúcich koordináciu sankcionovaných účastníkov (nie je preukázaná žiadna koordinácia Liv Elektra, a.s./víťaz, nie je preukázané rozdelenie trhu, ani cieľ dohody, a pod.).

93. Vo vzťahu k rozkladu účastníka konania SPIE, a.s. Alter Energo, a.s. uvádza, že obdobne v primeranej miere (s ohľadom na jeho rozklad) súhlasí s argumentáciou SPIE, a.s. v podanom rozklade ohľadom nesprávneho právneho posúdenia veci, nesprávneho hodnotenia dôkazov, porušenia zásady „in dubio pro reo“, nedoplnením dokazovania a pod.

94. Účastník konania však vyjadril nesúhlas s argumentáciou uvedenou v rozklade SPIE, a.s. ohľadom časti „Sklad ZSD“ resp. ponuky víťaza, v ktorej sa nachádza stĺpec, ktorý úrad vnímal ako dôkaz protisúťažného správania, v rámci ktorej SPIE, a.s. uvádza, že ceny, s ktorými existujú indexy, uchádzačovi KLEMENT, a.s. poskytlo Alter Energo, a.s. bez vedomosti SPIE, a.s.

95. Alter Energo, a.s. namieta, že nie je zrejmé z čoho SPIE, a.s. toto tvrdenie vyvodzuje, keďže z vykonaného dokazovania nevyplýva, pričom spoločnosť Alter Energo, a.s. toto tvrdenie rozporuje a popiera v celom rozsahu. Účastník konania poukazuje na to, že túto časť ponuky do verejného obstarávania pripravovalo SPIE, a.s. a doklady, ktoré boli Alter Energo, a.s. poskytnuté od konzorciálneho partnera neboli Alter Energo, a.s. pred podaním ponuky nijako upravované a s ponukou nebolo nijako manipulované.

96. V tejto súvislosti Alter Energo, a.s. poukázal na bod (284) prvostupňového rozhodnutia: „*Identický dokument bol KLEMENT-om predložený do súťaže. Úrad tento dokument porovnal s dokumentom „II_VV_SO 645_bleskozvod_maj 2016 final“, ktorý obsahuje problematický stĺpec „1,06“, a ktorý do súťaže predložil víťaz. Z vlastností dokumentu vyplýva, že jeho autorom je [.....] OU a naposledy upravil [.....] OU dňa 2.12.2016 o 17:15 h, obaja zamestnanci SPIE Elektrovod, a.s. Vzhľadom k tomu, že KLEMENT, a.s. vypracoval časť ponuky Sklad ZSD dňa 2.12.2016 o 10:56 h a víťaz (v tomto prípade SPIE Elektrovod, a.s.) toho istého dňa až o 17:15 h, možno usudzovať, že SPIE Elektrovod, a.s. mohol poznať v čase finalizovania predmetnej časti ponuky ceny KLEMENT, a.s., keďže tieto boli totožné s cenami v problematickom stĺpci „1,06“, ktorý sa nachádzal v ponuke predloženej víťazom do obstarávania a naposledy uloženej členom konzorcia SPIE Elektrovod, a.s.“*
97. Alter Energo, a.s. poukázal na to, že v konaní namietal spoľahlivosť metadát, predovšetkým vo vzťahu k technickej nemožnosti súčasného vytvárania viacerých PDF dokumentov v tom istom čase, či v súvislosti s neujasnením identifikácie osoby v jednom problematickom PDF dokumente, avšak podľa týchto skutkových zistení dokument týkajúci sa časti „Sklad ZSD“ vytvoril SPIE, a.s. 02.12.2016 v neskoršom čase ako podobný dokument vytvoril KLEMENT. Ponuka víťaza sa v týchto dňoch finalizovala, čo Alter Energo, a.s. nikdy nerozporovalo (finalizácia ponúk v posledných dňoch pred termínom predkladania ponúk všeobecne nie je neobvyklá), ale je vylúčené, aby Alter Energo, a.s. mohlo poskytnúť spoločnosti KLEMENT, a.s. informáciu o cenách v časti ponuky, ktorú ešte neskôr v ten deň mal upravovať či pripravovať konzorciálny partner. Finálna ponuka sa potom kompletizovala dva dni pred podaním ponuky v priestoroch SPIE, a.s. (03.12.2016) - pokiaľ teda SPIE, a.s. tvrdí, že ceny k časti „Sklad ZSD“ malo Alter Energo, a.s. odovzdať KLEMENT-u, toto tvrdenie SPIE, a.s. nie je správne a nie je preukázané, naopak – to isté by mohlo tvrdiť aj Alter Energo, a.s.
98. Alter Energo, a.s. uviedol, že sa jedná o nepravdivú, nesprávnu a dôkazmi nepodloženú argumentáciu SPIE, a.s., ktorú hodnotí ako snažiacu sa účelovo vychádzať z niektorých záverov vyplývajúcich z konania, zrejme v snahe dosiahnuť v konaní priaznivejší výsledok, pričom účastník trvá na tom, že ku koordinácii vo verejnom obstarávaní nedošlo. Podľa účastníka konania úrad v priebehu konania nezistil dôkladne skutkový stav a vyjadrenie SPIE, a.s. je v tejto časti možné vnímať alternatívne aj ako podporujúce záver, že úradu sa nepodarilo po viac ako troch rokoch jednoznačne ustáliť ani akým spôsobom malo dôjsť ku koordinácii medzi víťazom a spoločnosťou KLEMENT, a.s.

K výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia

99. Účastník konania namietal, že dôkazy, z ktorých úrad vychádzal boli účastníkmi konania spochybnené alternatívnymi vysvetleniami, ktoré účinne spochybňovali dôkazy a zistenia úradu, na základe ktorých mal úrad doplniť dokazovanie. Zistenia úradu, ktoré viedli k záveru o reťazci dôkazov preukazujúcich dohodu účastníkov konania, ktorým je ukladaná sankcia boli argumentáciou Alter Energo a ostatných účastníkov v prevažnej a väčšinovej časti účinne spochybnené. Rada úradu skutkový stav zhodnotila pomerne stručne a nedôsledne a predkladá

rozsiahlu právnu teóriu na úkor hlbšieho či náležitého posúdenia argumentácie účastníkov konania.

100. Účastník konania považuje závery Rady za nezákonné z nasledovných dôvodov:

- Rada nevykonala doplnenie dokazovania
 - doplňujúce hlbšie skúmanie informácií nachádzajúcich sa na serveri KLEMENT-u za účelom preverenia správania KLEMENT-u vo verejných obstarávaníach/rozsiahlosť a presnosť jeho archívu pri iných zákazkách (napriek tomu Rada konštatuje, že správanie KLEMENT, a.s. vo Verejnom obstarávaní bolo neštandardné – čo zo zpisu nevyplýva)
 - nezisťovala podrobnejšie možný výskyt osoby s menom [.....] OU ani nevyhodnotila dôkaz ohľadom takejto osoby identifikovanej u jedného zo subdodávateľov,
 - neskúmala správne spoľahlivosť metadát podľa argumentácie v Druhom Rozklade – jedná sa o porušenie princípu materiálnej pravdy, vyhľadávacej zásady a rozhodnutie z tohto dôvodu súčasne trpí vadou, ktorá spôsobuje rozpor s § 46 Správneho poriadku (rozhodnutie nevychádza zo spoľahlivo zisteného stavu veci);
- Rada vec nesprávne právne posúdila, keď opakovane konštatovala existenciu tzv. cieľovej dohody
 - v Konaní nikdy nebola počas niekoľkých rokov dokázaná žiadna dohoda o rozdelení trhu, ani dohoda o určení cien, ani dohoda o úspechu v budúcich obstarávaníach či dohoda o akejkoľvek „odmene“ pre KLEMENT, a.s. za to, že mal svojou súčinnosťou napomôcť úspechu víťaza (akákoľvek koordinácia medzi víťazom a Liv Elektra, a.s. nebola ani pristúpením na úvahy Rady a úradu zistená pričom obe spoločnosti predložili ponuky pod predpokladanú hodnotu zákazky)
 - je nemožné, aby dohoda medzi KLEMENT-om a víťazom mohla zabezpečiť víťazstvo víťaza bez dohody aj s EGEM, s.r.o., VUJE, a.s a Liv Elektra, a.s. (v tomto kontexte sa ako nesystematicky hodnotené ukazuje aj posudzovanie e-mailovej komunikácie medzi účastníkmi) a je nemožné relevantne určiť cieľ, ktorý údajná kartelová dohoda mala sledovať s ohľadom na právny, hospodársky kontext a možný účel a obsah dohody
- Rada hodnotí dôkazy nekonzistentnými a rozdielnymi kritériami ako vo vzťahu k účastníkom konania, ako aj dôkazom
 - priamu e-mailovú komunikáciu o námietkach (teda o právnom úkone reálne spôsobilom ovplyvniť výsledok Verejného obstarávania) medzi KLEMENT a niektorými účastníkmi aj Rada vníma ako zákonnú či nie zakázanú koordináciu, avšak len prezumovanú spoluprácu Alter Energo, a.s. a KLEMENT-u dedukovanú z nepriamych dôkazov (ktoré sú spochybniteľné – vid'. dôkaz o inej osobe s menom [.....] OU u jedného zo subdodávateľov, vid'. nespoľahlivosť metadát, vid'. nesprávne určenie začiatku trvania dohody a pod.) Rada naďalej vníma ako preukazujúcu nezákonnú koordináciu Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s. vo Verejnom obstarávaní – jedná sa o porušenie princípu rovnakého prístupu k

účastníkom, prekročenie rámca voľnej správnej úvahy, porušenie princípu objektivity a nestrannosti a porušenie princípu legitímneho očakávania (porušenie základných zásad správneho konania);

- rozdielne hodnotí aj indexáciu medzi VUJE/Víťazom, ktorú vníma ako nepreukazujúcu koordináciu (správne) a indexáciu KLEMENT/Víťaz vníma rozdielne

- prepočítanie indexov na viacero desiatinných miest je aplikované len selektívne a nie dôsledne a Rada neuvádza ani počet položiek, pri ktorých konštantný šesťmiestny index identifikovala (a nezohľadňuje zaujímavú skutočnosť, že sa vyskytujú dva rôzne varianty početnejšieho indexu prepočítaného na šesť desiatinných miest)

- selektívne akceptuje atypicky nacenené položky, resp. nepoukazuje na ne, ale neakceptuje použitie jednotkových cien subdodávateľov KLEMENT-om

- v Konaní bolo pripustené, že KLEMENT, a.s. mohol mať ponuku konkrétneho subdodávateľa sprostredkované cez p. [.....] OU, ale vo všeobecnosti potom s týmto predpokladom Rada ani úrad nepracovali, nedokázali ani nevyvlúčili ich vplyv na tvorbu ponuky do predmetnej súťaže zo strany KLEMENT-u,

- nebolo náležite ustálené trvanie kartelovej dohody – porušenie princípu objektivity a nestrannosti, nedostatočné či nespoľahlivé zistenie skutočného stavu v rozpore s § 46 Správneho poriadku;

- Závery Rady sú v rozpore so zásadou „in dubio pro reo“ a „in dubio pro mitius“ – Rada sa nesnaží o správnu úvahu či interpretáciu vybraných častí skutkového stavu (predovšetkým tých, ktoré tvoria ťažiskové argumentačné body Rady – metadáta, e-mailová komunikácia, indexácia) inak ako na neprospech sankcionovaných účastníkov a to aj keď je takáto interpretácia plne možná alebo sú alternatívne vysvetlenia minimálne relativizujúce závery Rady;
- Rada nepripúšťa aplikáciu § 48 ods. 4 nového zákona – tzn. neuloženie zákazu účasti vo verejných obstarávaní na tri (3) roky z dôvodu, že by sa významne zhoršilo konkurenčné prostredie na relevantnom trhu napriek tomu, že:
 - si nezistila u Obstarávateľa frekvenciu účasti účastníkov vo verejných obstarávaní v energetickom sektore (je čiastočne zistiteľné aj z verejných zdrojov),
 - nezohľadňuje, že nie všetci súťažiteľia na relevantnom trhu disponujú know-how a dlhodobými skúsenosťami ako Alter Energo, a.s., SPIE, a.s. a Liv Elektra, a.s.,
 - nezohľadňuje, že trh s energiami, resp. energetický trh je v posledných rokoch možné považovať za strategicky dôležitý, citlivejší a vystavený určitej volatilitě – tzn. eliminácia troch takpovediac etablovaných súťažiteľov na tomto trhu je podľa účastníka v súčasnosti spôsobilá narušiť aj jeho fungovanie a je spôsobilá významne zhoršiť konkurenčné prostredie;
- Pokuta predpokladaná vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia je neprimeraná a nezohľadňuje aktuálnu situáciu na relevantnom trhu – uložená pokuta je exemplárna a vzhľadom na závery úradu, nejasnosť viacerých zistení, zastavenie konania voči dvom účastníkom, opakovanú úpravu a prehodnocovanie, a zmenu vlastných záverov, ako aj ohľad na generálnu a individuálnu prevenciu, a ako aj ohľadom na verejne dostupné informácie o

finančnej kondícii spoločnosti Alter Energo, a.s., v uplynulých rokoch sa úrad aj Rada pri individuálnej prevencii neproporcionálne a priveľmi prísne zameriava na jej represívnu zložku – jedná sa o. i. o porušenie princípu primeranosti sankcie k spáchanému deliktu.

- Výška sankcie je neprimerane prísna a pre účastníka bude s najväčšou pravdepodobnosťou likvidačná, pričom odkázal na svoju argumentáciu ohľadom hospodárskeho výsledku Alter Energo, a.s. za uplynulé obdobie, ktorý sa priebežne aj uplynulý rok viac-menej zhoršil.

101. Podľa účastníka konania Rada pristúpila k zaslaniu výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia unáhlene (menej ako dva mesiace odkedy jej boli predložené Druhý Rozklad a Zaslané Rozklady – v porovnaní s viac ako desiatimi mesiacmi v predchádzajúcom rozkladovom konaní v tejto veci) a spôsobom, ktorý by mal za následok nezákonnosť rozhodnutia vydaného v súlade so závermi a odôvodnením vo výzve pred vydaním druhého druhostupňového rozhodnutia pre pretrvávajúce nesprávne právne posúdenie veci (skutkový stav neodôvodňuje záver o existencii kartelovej dohody, ktorá mala konkrétny cieľ – bola cieľovou dohodou) a pre opakované procesné pochybenia úradu či Rady ako aj pre vady a nesprávnosti v odôvodnení, ktoré činia môžu prípadné meritórne rozhodnutie činiť nezrozumiteľným a nepreskúmatelným.

102. Účastník konania opätovne zopakoval svoje návrhy na doplnenie dokazovania, respektíve aby Rada úradu zastavila konania voči Alter Energo, a.s.

103. Účastník konania namietal, že pre Alter Energo, a.s. je uloženie pokuty v navrhovanej výške vzhľadom na výsledky hospodárenia likvidačné a je plne dôvodný predpoklad, že „odstavenie“ SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a Liv Elektra, a.s. z relevantného trhu je spôsobilé konkurenčné prostredie významne narušiť, pričom skutočnosť že energetický trh prechádza krízou alebo nestálym obdobím je aj všeobecne známa z médií.³² Tzn. pokiaľ podľa dlhodobou používannej (či už v minulosti, alebo dnes) internej metodiky pre pokuty cieľom úradu je zachovanie súťaže a nie likvidácia podnikateľov, podľa účastníka sú pri Alter Energo, a.s. splnené podmienky pre to, aby aj akákoľvek sankcia bola uložená v nižšej výške ako sa predpokladá vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia.

104. Účastník konania požadoval zohľadnenie bodu 28 Metodického pokynu o ukladaní pokút³³, pričom odkázal na svoju argumentáciu ohľadom nenaplnenia znakov cieľovej dohody a absenciu preukázania kartelovej dohody.

6.3. Liv Elektra, a.s.

105. Účastník konania namietal nasledujúce skutočnosti:

³² napríklad správa TASR z 25.07.2023, ktorá bola o. i. publikovaná aj na webe www.teraz.sk ako článok: „RÚZ: Energetická kríza neutícha, priemyselné podniky sú v ohrození“ - <https://www.teraz.sk/ekonomika/ruz-energeticka-krizaneuticha-pri/730405-clanok.html>

³³ : „Úrad môže znížiť základnú sumu pokuty, ak podnikateľ preukáže, že dohoda obmedzujúca súťaž sa neuplatnila v praxi, a to buď čiastočne alebo úplne. Táto skutočnosť sa nevzťahuje na implementáciu dohody ako takej, ale na individuálne správanie sa každého z podnikateľov v rámci dohody.“

- Nerešpektovanie záväzných pokynov Rady úradu vec opätovne preskúmať, dôkazy vyhodnotiť jednotlivo, ako aj vo vzájomných súvislostiach, a to vo svetle námietok účastníkov, ako aj štandardnej súťažnoprávnej teórie a judikatúry.
- Nesprávne právne posúdenie.
- Nesprávne zistený skutkový stav veci.
- Nesprávny procesný postup.
- Nepreskúmateľnosť (nedostatok odôvodnenia) rozhodnutia.
- Porušenie zásady viazanosti právnym názorom nadradeného orgánu.
- Porušenie princípov rovnosti účastníkov, nestrannosti a objektivity.
- Porušenie princípov právnej istoty a legitímnych očakávaní.
- Porušenie princípov prezumpcie nevinoty a zásady in dubio pro reo.
- Nezákonné a nespravodlivé uloženie sankcií.

K právnemu posúdeniu

106. Úrad vec nesprávne právne posúdil, pretože:

- E-mailová komunikácia sama o sebe (bez akýchkoľvek ďalších dôkazov) nemohla mať za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže, nakoľko jej predmetom bolo poskytnutie TTŠ týkajúcich sa časti ponuky, ktorá nebola kritériom na vyhodnotenie ponúk a ktoré neboli komerčne citlivé (dôverné), ale naopak verejne prístupné, nejedná sa o dohodu o cene, o rozdelení trhu, o obmedzení výroby ani výmenu iných trhovito citlivých informácií.
- Predmetom komunikácie neboli údaje komerčne citlivého charakteru, ktorých výmena nie je zakázaná, týkala sa informácii technickej povahy, ktoré sú v príslušných obchodných kruhoch na poli s energetikou bežne dostupné na základe ich vyžiadania od jednotlivých výrobcov alebo dodávateľov strojov alebo zariadení ich títo poskytujú zadarmo a komukoľvek, kto si ich vyžiada, čo v zmysle usmernení EK a európskej judikatúry a teórie znamená, že ide o verejné informácie komerčne necitlivého charakteru, ktorých výmena nespôsobuje žiadnu protizákonnosť.
- Výmena týchto informácií nemohla ovplyvniť obchodnú stratégiu účastníkov ani vytvoriť podmienky hospodárskej súťaže, ktoré nezodpovedajú bežným podmienkam daného trhu, ani znížiť neistotu týkajúcu sa fungovania daného trhu.
- Vzhľadom na neexistenciu preukázania komunikácie medzi Liv Elektra, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. nebola preukázaná existencia dohody.
- Samotným poskytnutím TTŠ spoločnosti KLEMENT, a.s. nemohlo dôjsť k obmedzeniu (narušeniu) cieľa (účelu) verejného obstarávania, po ich poskytnutí ostalo zachované konkurenčné prostredie rovnaké ako pred ich poskytnutím, keďže v zmysle súťažných podkladov bola jediným kritériom na vyhodnotenie ponúk najnižšia cena na dodanie celého predmetu zákazky. E-mailová komunikácia nemohla nijako ovplyvniť, či spoločnosť KLEMENT, a.s. podá alebo nepodá ponuku do verejného obstarávania, nakoľko nepredloženie TTŠ v lehote na predkladanie ponúk nemá za následok vylúčenie uchádzača zo súťaže, ale poskytnutie dodatočnej lehoty na splnenie tejto povinnosti.
- E-mailová komunikácia nenapĺňa skutkovú podstatu koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, ktorá má za cieľ obmedzenie súťaže (bid rigging), z jej poskytnutia nevyplýva dohoda KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. o tom, kto

predloží víťaznú ponuku; akú ponuku predloží KLEMENT, a.s. alebo Liv Elektra, a.s., ani ich vzájomnú dohodu o tom, že si nebudú navzájom konkurovať; nie je dôkazom o nepredložení alebo stiahnutí ponuky, podaní krycej ponuky, rotácií ponúk ani realizácií subdodávok.

- Nie je pravdivé tvrdenie, že Liv Elektra, a.s. vypracovala (vyplnila) časť ponuky KLEMENT, a.s.
- Išlo o poskytnutie kolegiálnej pomoci jedným uchádzačom druhému uchádzačovi v časti, ktorá nebola kritériom na vyhodnotenie ponúk a ktorá sa netýkala komerčne citlivých informácií, motivácia komunikujúceho zamestnanca Liv Elektra, a.s. predstavuje alternatívne prijateľné vysvetlenie.
- Záver úradu o vedomosti Liv Elektra, a.s. o uzatvorení dohody obmedzujúcej súťaž medzi víťazom a KLEMENT, a.s., na základe ktorej mal KLEMENT, a.s. podľa úradu podať kryciu ponuku, je založený len na domnienkach; tento záver nevyplýva zo žiadneho priameho alebo nepriameho dôkazu, ktorý je súčasťou spisu; nevyplýva ani zo žiadneho vyjadrenia KLEMENT, a.s., ktorý predmetnú e-mailovú komunikáciu úradu poskytol.
- Úrad sa pri hodnotení preukázania účasti Liv Elektra, a.s. odklonil od svojej predchádzajúcej praxe, ako aj právnej argumentácie v tomto konaní (vo vzťahu k VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o.), takéto posúdenie nemá oporu v žiadnej európskej a slovenskej súťažnoprávnej teórii a praxi, je vytvorený samotným úradom pre účely tohto konania.
- Vzhľadom na zmenu záverov úradu vo vzťahu k dôkazu voči Liv Elektra, a.s. v priebehu konania sa tento účastník nemal možnosť k takémuto postupu vyjadriť od začatia konania, ale až v jeho závere.
- Účastník konania namieta voči nerovnakému postupu voči Liv Elektra, a.s., VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o., v dôsledku čoho sa rozhodnutie javí ako nespravodlivé a porušujúce zásady rovnakého zaobchádzania, právnej istoty a legitímnych očakávaní.

K dôkazom

107. Podľa účastníka konania úrad nepreukázal porušenie zákona zo strany Liv Elektra, a.s., pretože:

- Na preukázanie porušenia zákona nestačí samotná existencia koordinácie vo verejnom obstarávaní, ale takáto koordinácia musí mať za cieľ obmedzovanie súťaže v zmysle § 4 ods. 1 zákona, čo preukázané nebolo, na preukázanie musia byť naplnené všetky zákonné znaky hypotézy § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. f) zákona.
- Úrad nepreukázal, že Liv Elektra, a.s. mal v úmysle prispieť svojím vlastným správaním k spoločným cieľom sledovanými všetkými účastníkmi a že vedel o skutočnom správaní, ktoré plánovali alebo uskutočnili iní účastníci konania pri sledovaní rovnakých cieľov, alebo o tom, že ho mohol rozumne predvídať a že bol pripravený podstúpiť riziko (rozhodnutie ESD C-49/92P Komisia v Anic Partecipazioni).
- Úradom nebol zabezpečený dôkazný štandard „*dostatočne presné a koherentné dôkazy odôvodňujúce názor, že došlo k porušeniu*“ ani (ii) „*dostatočne presvedčivý a konzistentný súbor dôkazov*“, ani (iii) súbor „*dôkazov schopných presvedčiť sudcu*“, ani (iv) zistenie, že by Liv Elektra, a.s. vyjadril spoločný úmysel správať sa na trhu určitým spôsobom, ani (v) zhoda vôle na

obmedzení sůťaže (rozsudok v spojenej veci 29/83 a 30/83 Compagnie royale asturienne des mines SA a Rheinzink GmbH v Komisia, body 16 až 20, rozsudok v spojenej veci 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 a 125/85 až 129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö a i. v Komisia, bod 127).

- Neexistuje súhrn nepriamych dôkazov, ktorý tvorí logickú a ničím nenarušovanú sústavu navzájom dopĺňajúcich sa dôkazov, ktoré vo svojom celku nielen spoľahlivo preukazujú všetky okolnosti posudzovaného skutku a z jeho spáchania presvedčivo usvedčujú Liv Elektra, a.s. a súčasne vylučujú možnosť akéhokoľvek iného záveru.
- Nebol preukázaný kauzálny nexus medzi predmetnou e-mailovou komunikáciou a stanovením cenových ponúk, (§ 4 ods. 4 písm. a) ZoHS), rozdelením trhu (§ 4 ods. 4 písm. c) ZoHS) a koordináciou postupu vo verejnom obstarávaní (4 ods. 4 písm. f) ZoHS) s cieľom vylúčiť medzi sebou sůťaž, ktorého sa mali dopustiť iní sůťažitelia.
- Úrad nezohľadnil alternatívne vysvetlenie komunikácie poskytnuté účastníkom konania.
- Úrad nepredložil dostatočne presné a koherentné dôkazy odôvodňujúce záver, že zo strany Liv Elektra, a.s. došlo k porušeniu zákona, pričom svoje závery založil výlučne na jednom nepriamom dôkaze – e-mailovej komunikácií, ktorý vo svojom súhrne netvorí ucelený a logický previazaný reťazec nepriamych dôkazov, v ktorom jeden článok nespochybňuje pravosť, vierohodnosť a presvedčivosť ostatých článkov.
- Závery úradu vo vzťahu k Liv Elektra, a.s. nemajú oporu ani v metodických materiáloch úradu.
- Liv Elektra, a.s. nemala zo svojho údajného protisůťažného správania žiaden prospech.
- Rozhodnutie v častiach, v ktorých úrad vychádza zo záveru, že podnikateľ Liv Elektra, a.s. svojmu konkurentovi vypracoval časť sůťažnej ponuky, keď za neho vyplnil informácie o viacerých dodávateľoch a parametroch ich produktov vychádza z nesprávne zisteného skutkového stavu veci potrebného na riadne posúdenie veci a skutkový stav, ktorý vzal úrad za základ svojho rozhodnutia, je v rozpore s obsahom administratívneho spisu a nemá v ňom oporu. Zamestnanec Liv Elektra, a.s. nevypracoval, ale iba sprístupnil KLEMENT, a.s. TTŠ, ktoré Liv Elektra, a.s. mienila použiť k svojej ponuke, tieto závery sú podložené aj tým, že odpoveď zaslal za 45 v jednom, resp. 26 minút v druhom prípade.
- Úrad nepreukázal, že súbor s názvom „PTP a PTN 33kV“ predstavuje súbor, ktorý predtým [.....] OU dostal od zamestnanca KLEMENT, a.s.

K procesným pochybeniam

108. Účastník konania namietal nesprávny procesný postup úradu, nakoľko:

- Úrad neumožnil spoločnosti Liv Elektra, a.s. vyjadriť sa k argumentácii úradu uvedenej v bodoch 344, 359, 360 a 364 kedykoľvek pred vydaním rozhodnutia.
- Úrad neaplikoval usmernenia EK a z nich vyplývajúcu judikatúru, na ktorú Liv Elektra, a.s. poukazovala vo svojom vyjadrení k výzve úradu pred vydaním rozhodnutia.
- Úrad porušil princípy rovnosti účastníkov, rovnakého zaobchádzania a neustrannosti a objektivity správneho orgánu, nakoľko svoje závery o porušení

zákona staval na odlišnom rozsahu dôkazov voči jednotlivým účastníkom kartelu a prijal odlišné závery vo vzťahu k emailovej komunikácii KLEMENT, a.s. s VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o.

- Rozhodnutie je nepreskúmateľné – úrad nedostatočne odôvodnil zmenu vo svojich záveroch v roku 2021 v porovnaní s rokom 2023 vo vzťahu k e-mailovej komunikácii Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s., ani prečo neprijal alternatívne vysvetlenie komunikácie, ani prečo postupoval odlišne v prípade komunikácie KLEMENT, a.s. s EGEM, s.r.o. a VUJE, a.s. Úrad nevysvetlil, ako si účastníci kartelu stanovili svoje cenové ponuky a rozdelili trh, neuviedol, z akého zdroja vychádzajú závery úradu vo vzťahu k emailovej komunikácii, ktorú účastník označuje ako novú doktrínu.
- Úrad porušil zásadu viazanosti právnym názorom nadriadeného orgánu – Rady úradu.
- Z rozhodnutia nevyplýva, prečo úrad považuje za preukázanú účasť na karteli účastníkov konania napriek tomu, že voči Liv Elektra, a.s. disponuje len e-mailovou komunikáciou, takýto postup účastník považuje za porušenie základného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR, z ktorého vyplýva aj zákaz tzv. prekvapivých rozhodnutí (pozri napr. nález ÚS SR sp. zn. III. ÚS 52/2019, publikovaný v Zbierke nálezov a uznesení ÚS SR pod č. 12/2020), pretože sa tým účastníkovi konania odníma možnosť relevantnej právnej ochrany a obrany a popiera sa tým princíp právnej istoty a legitímnych očakávaní
- V tejto súvislosti účastník konania poukázal na predchádzajúcu rozhodovaciu prax úradu a Rady úradu³⁴, ktorá za nedovolenú komunikáciu medzi účastníkmi verejného obstarávania považovala len komunikáciu pri príprave cenových ponúk, podmienok spolupráce, obchodnej stratégie, výmeny citlivých obchodných informácií týkajúcich sa dotknutých účastníkov verejného obstarávania alebo rozdelenia zákazníkov.
- Účastník konania poukázal aj na to, že neexistuje rozhodovacia prax úradu a Rady úradu, ani ESD, ani žiadnej inej európskej súťažnej inštitúcie, ktorá by za protisúťažnú komunikáciu považovala aj komunikáciu ohľadom tabuliek technických špecifikácií; existuje rozhodovacia prax úradu a Rady úradu, ktorá za protisúťažné konanie nepovažovala situácie, kedy existovala len jedna skupina dôkazov ako napr. indexácia cenových ponúk, nakoľko tieto dôkazy nie sú samy o sebe bez existencie ďalších relevantných skutočností dostatočným dôkazom zakladajúcim jednoznačné preukázanie porušenia ZoHS.³⁵

³⁴ Rozhodnutie úradu sp. zn. 2018/DOH/POK/1/40 zo dňa 30.11.2018 vo veci Porsche Slovakia, spol. s r.o. Bratislava a spol.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 2020/DOH/POK/1/2 zo dňa 03.02.2020 vo veci Porsche Slovakia, spol. s r.o., Bratislava a spol.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 2016/KH/1/1/004 zo dňa 11.02.2016 vo veci DOXX - Stravné lístky, spol. s r.o. Edenred a spol.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 2015/KH/1/1/033 zo dňa 11.09.2015 vo veci DANUBIASERVICE, a.s. a spol.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 2015/KH/1/1/023 zo dňa 07.07.2015 vo veci PKB invest, s.r.o., Chemkostav, a.s., PRO -TENDER, s.r.o.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 16/2017/OKT-2017/KH/1/1/023 zo dňa 23.08.2017 vo veci GEODIS SLOVAKIA, s.r.o., EUROSENSE, s.r.o.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 2014/KH/1/1/023 zo dňa 07.08.2014 vo veci MAHRLO, s.r.o. a spol.; Rozhodnutie Úradu sp. zn. 190/2017/ODK-2017/KH/R/2/017 zo dňa 15.06.2017 vo veci Siemens Aktiengesellschaft Österreich, Viedeň, Rakúsko.

³⁵ Rozhodnutia Úradu č. 68/2017/OKT-2017/ZK/1/1/004 zo dňa 02.02.2017 vo veci EUCOS SK s.r.o. BUILD SYSTEMS, s.r.o.; č. 2016/ZK/1/1/014 zo dňa 31.03.2016 vo veci GMT projekt, spol. r.o. MOLIOR group s.r.o., JAGESPIŠ, s.r.o.; č. 2016/ZK/1/1/013 zo dňa 30.03.2016 vo veci BOSO, s.r.o., KROVBAV s.r.o., Bratislava; č. 2016/ZK/1/1/010 zo dňa 08.03.2016 vo veci STM Power, a.s., Trnava Škoda Slovakia, a.s., Trnava; č. 2016/ZK/1/1/054 zo dňa 15.12.2016 vo veci GRUND VRANOV N.T., s.r.o., Ing. Jozef Popadák, Sečovská Polianka, JAGI s.r.o.; č. 2016/ZK/1/1/006 zo dňa 26.02.2016 vo veci

- Tým, že úrad označil emailovú komunikáciu za protisúťažnú bez opory v akejkoľvek svojej predchádzajúcej praxi alebo praxi ESD alebo praxi akejkoľvek inej súťažnej autority, porušil princíp právnej istoty a legitímnych očakávaní na úkor spoločnosti Liv Elektra, a.s.
- Úrad porušil princípy zákonnosti, materiálnej pravdy a zásadu in dubio pro reo, vyjadrené v § 3 ods. 1 Správneho poriadku, keď zásadu in dubio pro reo aplikoval voči spoločnostiam EGEM, s.r.o. a VUJE, a.s. a nie aj voči spoločnosti Liv Elektra, a.s.
- Podľa účastníka akékoľvek pochybnosti o tom, či je predmetná e-mailová komunikácia v zmysle súťažno-právnej teórie a praxe protisúťažnou komunikáciou alebo naopak dovoľenou komunikáciou, musia byť vyhodnotené na prospech Liv Elektra, a.s. v súlade so zásadou prezumpcie neviný a zásadou in dubio pro reo, čo úrad neaplikoval.

K sankcii

109. Účastník konania namietal nesprávny postup úradu pri ukladaní sankcie, nakoľko:

- Úrad pri uložení pokuty aplikoval na stanovenie pokuty metodický pokyn úradu, ktorý nie je právne záväzný a neaplikoval § 38 ods. 3 zákona.
- Úrad stanovil hodnotu obratu hodnotou víťaznej ponuky podľa metodického pokynu úradu namiesto stanovenia hodnoty obratu podľa § 3 ods. 5 zákona.
- Úrad stanovil závažnosť porušenia rovnako pre všetkých sankcionovaných účastníkov bez ohľadu na závažnosť a počet zistených dôkazov. V tejto súvislosti má účastník konania za to, že úrad má pristupovať k určeniu závažnosti individuálne a v súlade so svojou predchádzajúcou rozhodovacou praxou, na ktorú účastník odkázal.
- Úrad nezohľadnil dĺžku porušovania, poľahčujúce a priťažujúce okolnosti na strane Liv Elektra, a.s.
- Podľa účastníka mu úrad svojim postupom uložil maximálnu možnú pokutu stanovenú v § 38 ods. 1 zákona ako 10 % obratu Liv Elektra, a.s. za rok 2022 (776.270,- EUR).
- Podľa účastníka úrad postupoval v rozpore so závermi Najvyššieho súdu SR, v rozhodnutí sp. zn. 8 Sžo 163/2010.³⁶
- Z dôvodov uvedených vyššie Liv Elektra, a.s. rovnako namietajú aj proti uloženiu zákazu účasti na verejných obstarávaníach na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia podľa § 38h ods. 1 ZoHS.

110. Vzhľadom na uvedené tento účastník konania navrhuje zmenu prvostupňového rozhodnutia a zastavenie správneho konania voči tomuto účastníkovi, alebo zrušenie prvostupňového rozhodnutia a vrátenie veci úradu na nové prejednanie a rozhodnutie.

DSC, a.s. ELORA Slovakia, s.r.o. a pod.

³⁶ „Ukladanie pokút za správne delikty sa uskutočňuje v rámci úvahy správneho orgánu (diskrečná právomoc), zákonom dovoľeného rozhodovacieho procesu, v ktorom správny orgán v zákonom ustanovených medziach uplatňuje svoju právomoc a určí výšku sankcie, pričom použitie správnej úvahy musí byť v súlade so zásadami logického uvažovania a rozhodnutie, ktoré je výsledkom tohto procesu (uváženia) musí byť aj náležite odôvodnené.“

Vyjadrenie k rozkladom ostatných účastníkov konania

111. Účastník konania Liv Elektra, a.s. vyjadril súhlas s obsahom rozkladov účastníkov konania Alter Energo, a.s. a SPIE, a.s. v rozsahu skutočností tvrdených vo vzťahu k Liv Elektra, a.s. Podľa tohto účastníka v rozkladoch, ku ktorým sa vyjadruje, účastníci konania poukazujú na rovnaké tvrdenia a právne závery, týkajúce sa najmä nepreukázania prepojenia medzi účastníkmi konania Liv Elektra, a.s., Alter Energo, a.s. a SPIE, a.s. v procese posudzovaného verejného obstarávania a teda nie je preukázaná dohoda obmedzujúca súťaž v podobe, ako tvrdí úrad, závery úradu sú založené len na jeho nepodložených domnienkach o protisúťažnom charaktere komunikácie Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s., ako aj o tom, že Liv Elektra, a.s. predpokladali širší rámec dohody. Účastník konania spochybňuje aj vierohodnosť a výpovednú hodnotu leniency žiadosti vzhľadom na štádium konania, v ktorom bola táto podaná a jej obsah, ktorý v kontexte jej obsahu nemá pridanú hodnotu. Účastník konania poukázal aj na zhodu argumentácií v predmetných rozkladoch vo vzťahu k rozdielnemu prístupu úradu k alternatívnym vysvetleniam jednotlivých účastníkov konania a k absencii zmyslu dohody v podobe, ako ju konštatoval úrad v preskúmanom rozhodnutí.

K výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia

112. Účastník konania vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia požiadal o zastavenie konania voči Liv Elektra, a.s., pričom namietal nasledujúce aspekty.

113. Prekvalifikáciu dôvodov nezákonnosti E-mailovej komunikácie

- Rada úradu uviedla vo Výzve množstvo novej právnej argumentácie s odkazmi na rôznu súťažnoprávnu teóriu a prax, ktorá nebola súčasťou prvostupňového rozhodnutia úradu č. 2023/DOH/POK/1/27 zo dňa 11.09.2023, proti ktorému podala dňa 03.10.2023 účastník svoj rozklad
- Účastník poukázal najmä na novú argumentáciu Rady úradu vyjadrenú na mnohých miestach v bodoch 241 až 272 Výzvy, ktorá je podľa jeho názoru odlišná od právnej argumentácie úradu obsiahnutej v rozhodnutí
- Rada úradu vo výzve už netvrdí ani nepotvrďuje závery úradu, že E-mailová komunikácia je dôkazom o účasti Liv Elektra, a.s. v dohode obmedzujúcej súťaž uzatvorenej medzi spoločnosťami KLEMENT, a.s. SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. čo predstavuje odklon od druhej argumentačnej línie úradu
- Podľa účastníka Rada úradu koriguje závery úradu a tvrdí, že napriek tomu, že zákon síce priamo neupravuje aké kontakty medzi podnikateľmi nie sú v rozpore so zákonom (bod 241 Výzvy), zakázaná je akákoľvek komunikácia medzi konkurentmi v procese prípravy ponúk do verejného obstarávania, pokiaľ takíto konkurenti nejdú do súťaže spoločne ako konzorcium, a to bez ohľadu na to, či k nej došlo v dobrej viere alebo nie a bez ohľadu na to, či sa týka verejne dostupných informácií komerčne necitlivého charakteru, ktoré neboli kritériom na vyhodnotenie ponúk

- Rada úradu tvrdí, že E-mailová komunikácia je sama o sebe samostatnou protisúťažnou taktikou (bod 266 Výzvy), čím zavádza úplne nový výklad skutkovej podstaty dohody obmedzujúcej súťaž, nakoľko koordináciu vo VO podľa Rady napĺňa akákoľvek výmena informácií medzi dvoma súťažiteľmi v procese verejného obstarávania pri príprave ponúk a to bez ohľadu na povahu vymieňaných informácií, pokiaľ neprebehla v konzorciu.
- Zo strany Rady úradu ide tak o (i) zavedenie absolútneho zákazu akejkoľvek komunikácie medzi dvoma podnikateľmi vo verejnom obstarávaní pred predložením ponúk a (ii) vytvorenie vlastnej a novej kategórie dohôd obmedzujúcich súťaž, ktorá však nemá oporu ani v zákone, ani v žiadnej európskej alebo slovenskej súťažnoprávnej teórii a praxi a dokonca ani v rozhodovacej praxi a doktríne samotného úradu. Táto teória je vymyslená Radou úradu pre predmetné konanie a nikdy pred dňom vyhotovenia Výzvy (11.12.2023) nebola nikde zverejnená
- Takéto poňatie je v rozpore s európskou legislatívou aj judikatúrou, materiálmi úradu, ako aj súťažnoprávnou teóriou, ako aj samotným napádaným Rozhodnutím, kde Úrad v bode 362 rozhodnutia doslovne uviedol: *„Vo všeobecnosti možno súhlasiť s účastníkom konania, že e-mailová komunikácia sama o sebe nie je zakázaná.“*
- účastník konania poukazuje na svoju predošlú argumentáciu, v zmysle ktorej
 - zakázaná nemôže byť akákoľvek komunikácia medzi dvoma súťažiteľmi v procese verejného obstarávania pri príprave ponúk, ako tvrdí Rada úradu vo Výzve; ale
 - nedovolenou (zakázanou) komunikáciou (koordináciou) podnikateľov vo verejnom obstarávaní je podľa ZoHS, ZFEU, európskej a slovenskej súťažnoprávnej teórie a praxe a vlastnej súťažnoprávnej teórie úradu len taká komunikácia (koordinácia), ktorá má (sama o sebe) za cieľ obmedzovanie hospodárskej súťaže;
 - a contrario dovoľenou (nezakázanou) komunikáciou (koordináciou) podnikateľov vo verejnom obstarávaní je taká komunikácia (koordinácia), ktorá (sama o sebe) nemá za cieľ obmedzovanie hospodárskej súťaže, pričom
 - ak cena predmetu zákazky je jediným kritériom na vyhodnotenie ponúk (ako tomu bolo aj v prípade posudzovaného verejného obstarávania), uchádzači sa nemôžu dopustiť kolúzie aj výmenou informácií o iných dôležitých parametroch ponuky, napríklad výmenou tabuliek technických špecifikácií.
- Rada úradu nemá oprávnenie vytvárať vlastné skutkové podstaty dohody obmedzujúcej súťaž a zavádzať nové doktríny, ktoré nemajú oporu v zákone, ale je naopak viazaná znením ZoHS, úmyslom zákonodarcu a vlastnou súťažnoprávnou teóriou, ktorú nemôže jednoducho odignorovať
- Odklon Rady úradu od druhej argumentačnej línie spôsobuje nelogickosť celého rozhodnutia, nakoľko bez toho, aby bolo jednoznačne preukázané, že Liv Elektra, a.s. vedel o existencii kartelovej dohody medzi KLEMENT, a.s. a víťazom SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. nie je možné vyvodiť záver, že účastník Liv Elektra, a.s. bol súčasťou kartelu

- komunikácia nemôže predstavovať súčasne aj rozdelenie trhu [§ 4 ods. 4 písm. c) ZoHS] a stanovenie cenových ponúk [§ 4 ods. 4 písm. a) ZoHS] bez toho, aby bolo preukázané, že Liv Elektra, a.s. bol súčasťou dohody medzi KLEMENT, a.s. a víťazom, ktorej obsahom bolo podľa Úradu práve rozdelenie trhu a stanovenie cenových ponúk, čím argumentácia Rady nekorešponduje výroku rozhodnutia

114. Argumentáciu Rady Úradu vo výzve

- účastník konania ďalej cituje jednotlivé body výzvy a vyjadruje sa k nim aplikujúc najmä vyššie uvedené námietky, resp. ich právny základ na závery Rady

115. Priznanie KLEMENT, a.s. voči Liv Elektra, a.s.

- účastník konania namieta zohľadnenie leniency žiadosti KLEMENT, a.s. Radou úradu, táto podľa jeho názoru pripisuje leniency žiadosti obrovský význam, ktorý vyzdvihuje najmä v bodoch 132 a 238 Výzvy
- podľa účastníka konania Rada opomenula, že výpovede leniency žiadateľov a dôkazy nimi predložené podliehajú voľnému hodnoteniu dôkazov rovnako, ako každý iný dôkaz, nepreskúmala hodnovernosť, obsah a výpovednú hodnotu dôkazov predložených účastníkom konania KLEMENT, a.s.
- V prípade leniency žiadateľa je potrebné ďalej preukázať, že jeho výpoveď a dôkazy ním predložené nie sú motivované len dosiahnutím benefitov v rámci leniency programu. Preto leniency žiadosť KLEMENT, a.s. môže mať veľký význam maximálne vo vzťahu k spoločnostiam Alter Energo, a.s. a SPIE, a.s., ale určite nie vo vzťahu k Liv Elektra, a.s., nakoľko KLEMENT, a.s. netvrdil, že emailová komunikácia je dôkazom o dohode, teda že Liv Elektra, a.s. je súčasťou dohody, alebo o nej vedela.
- KLEMENT, a.s. E-mailovú komunikáciu iba predložil úradu bez akéhokoľvek vysvetlenia, pročom nedokázal vysvetliť priebeh a účastníkov
- KLEMENT, a.s. v leniency žiadosti tvrdil, že VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. mali vedieť o tom, že KLEMENT, a.s. podáva kryciu ponuku, vo vzťahu k . V prípade že Liv Elektra, a.s. len, že „bol vytvorený priestor pre kolúziu.“ Napriek tomu sankcie boli uložené spoločnosti Liv Elektra, a.s. a voči spoločnostiam VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. bola uplatnená zásada in dubio pro reo.
- Podľa Liv Elektra, a.s. je tento účastník v inej pozícii, ako ostatní účastníci kartelu, nakoľko nie je obvinený z koordinácie vo verejnom obstarávaní pri príprave cenových ponúk, čo je v zmysle ustálenej súťažnoprávnej judikatúry najvyššia možná forma kartelu vo verejnom obstarávaní
- Leniency žiadosť nepreukazuje, naplnenie prezumpcie, že *„Akákoľvek kolúzia uchádzačov vo verejnom obstarávaní, teda ich spolupráca pri vypracovaní ponúk a odstránenie súťaženia medzi konkurentmi totiž má zmysel len vtedy, ak uchádzači, ktorí sa koordinujú vopred vedia, ktorý z nich dá výhodnejšiu ponuku ako ostatní a ktorý z nich by mal vyhrať.“* (bod 359 Rozhodnutia) Na druhej strane v prípade Alter Energo, a.s. a SPIE, a.s. však úrad tvrdí presný

opak, t. j. že KLEMENT, a.s. a víťazné konzorcium nielenže spolupracovali pri príprave cenových ponúk, ale aj vzájomne vedeli, ktorí z nich dá akú ponuku. To je zásadná skutočnosť, ktorú však úrad aj Rada úradu dlhodobo ignoruje.

- ak chcel byť KLEMENT, a.s. úspešným účastníkom leniency programu, tak sa musel k porušeniu ZoHS priznať, úrad nepreveril, k čomu konkrétnemu sa KLEMENT, a.s. priznal, kedy tak urobil, aké dôkazy predložil a prečo ich predložil.
- Oproti dôkazom predloženým voči víťazovi E-mailová komunikácia s Liv Elektra, a.s. nezapadala do žiadneho kontextu ani celkového, účelom predloženia E-mailovej komunikácie preto nebolo informovať úrad, že Liv Elektra, a.s. bola súčasťou dohody obmedzujúcej súťaž, ale poskytnúť úradu čokoľvek, čo by mohlo KLEMENT-u pomôcť k získaniu čo možno najväčšej úľavy od uložených sankcií
- v súlade s argumentáciou v rozklade, v prípade Liv Elektra, a.s. mal úrad aj Rada úradu zvoliť rovnaký prístup, aký úrad zvolil v prípade e-mailovej komunikácie spoločností VUJE, a.s., EGEM, s.r.o. a KLEMENT, a.s. uvedenej v bodoch 188 až 195 rozhodnutia: - neexistujú iné dôkazy, a to ani vo vzťahu k Liv Elektra, a.s., úrad mal teda rovnako konanie zastaviť
- Účastník konania má za to, že úrad a Rada úradu musí pri hodnotení významu leniency žiadosti prihliadať na všetky okolnosti, za ktorých bola leniency žiadosť KLEMENT, a.s. podaná, na jej obsah, všetky dôkazy v rámci nej predložené, ich význam, dôvod a čas ich predloženia a previazanosť s ostatnými dôkazmi voči ostatným účastníkom konania.
- Účastník Liv Elektra, a.s. je presvedčený, že ak by KLEMENT, a.s. leniency žiadosť nepodal a úrad by E-mailovú komunikáciu získal na základe vlastnej vyšetrovacej činnosti, jeho závery by boli diametrálne odlišné oproti súčasným záverom

116. Nevysporiadanie sa s kľúčovou argumentáciou Liv Elektra, a.s.

- Účastník konania namietal voči postupu Rady úradu, ktorá uviedla, že podstatná časť námietok sa opakuje a Rada sa vyjadruje len k tým námietkam, ktoré považuje za kľúčové
- Rada Úradu explicitne vo vzťahu k Liv Elektra, a.s. uviedla v bode 236, že: *„Rada úradu sa s celkovým záverom prvostupňového orgánu stotožnila. Voči záverom úradu podal účastník konania LiV Elektra, a.s. rozsiahle námietky. Rada úradu má za to, že prvostupňový orgán svoje závery dostatočne odôvodnil a tým vyvrátil jednotlivé námietky tohto účastníka konania a nepovažuje za účelné opätovne túto argumentáciu prepisovať. Vo vzťahu k námietkam účastníka konania LiV Elektra, a.s. Rada úradu poukazuje na body 337 – 372 prvostupňového rozhodnutia.“*
- Podľa účastníka takýto koncept nezodpovedá tomu, že podnikateľ Liv Elektra, a.s. uviedol v rozklade novú argumentáciu podloženú judikatúrou, ktorú neuviedol v dovtedajšom priebehu konania
- Podľa účastníka konania Rada úradu nereagovala na námietky voči novej doktríne, ktorú podľa neho úrad prijal v preskúmanom rozhodnutí

- Rada úradu sa nevyjadrila k argumentu, že konanie, za ktoré je Liv Elektra, a.s. v konaní stíhaná zo spáchania správneho deliktu, je podľa metodických materiálov a komentárov úradu verejne vyhlásené ako zákonné
- Rada úradu sa nevyjadrila ani
 - k námietkam vo vzťahu k charakteru E-mailovej komunikácie, ktorá nemohla mať sama o sebe (bez akýchkoľvek ďalších dôkazov) za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže, nakoľko jej predmetom bolo poskytnutie TTŠ týkajúcich sa časti ponuky, ktorá nebola kritériom na vyhodnotenie ponúk a ktoré neboli komerčne citlivé (dôverné), ale naopak verejne prístupné
 - Samotným poskytnutím TTŠ spoločnosti KLEMENT, a.s. nemohlo dôjsť k obmedzeniu (narušeniu) cieľa (účelu) verejného obstarávania
 - ZoHS nechráni ani pozíciu jednotlivých uchádzačov v súťaži, ani ich šance na víťazstvo. ZoHS chráni výlučne samotnú hospodársku súťaž, ktorá poskytnutím TTŠ nemohla byť nijako obmedzená ani narušená.
 - Tvrdenie úradu, že poskytnutie TTŠ bolo významnou pomocou pre KLEMENT, a.s. ktorý by bol inak vylúčený zo súťaže, je založené na domnienke a nesprávnom právnom posúdení veci.
 - záver úradu o vedomosti Liv Elektra, a.s. o uzatvorení dohody obmedzujúcej súťaže medzi víťazom a KLEMENT, a.s. na základe ktorej mal KLEMENT, a.s. podľa úradu podať kryciu ponuku, je založený len na domnienkach, nevyplýva zo žiadneho priameho alebo nepriameho dôkazu, ktorý je súčasťou spisu, ani zo žiadneho vyjadrenia spoločnosti KLEMENT, a.s. ktorá predmetnú E-mailovú komunikáciu úradu poskytla
 - záver úradu, že v prípade preukázania uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaž medzi KLEMENT, a.s. a víťazom na preukázanie zapojenia sa Liv Elektra, a.s. do tejto dohody stačí jeden priamy dôkaz v podobe E-mailovej komunikácie medzi Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s., odporuje vlastnej právnej argumentácii úradu, ktorú použil v prípade komunikácie spoločností VUJE, a.s. EGEM, s.r.o. a KLEMENT, a.s., uvedenej v bodoch 188 až 195 Rozhodnutia
 - V prípade VUJE, a.s. EGEM, s.r.o. a KLEMENT, a.s. úrad tvrdí, že ak disponuje iba predmetnou komunikáciou a nedisponuje ďalšími dôkazmi voči dotknutým účastníkom konania, ktoré umožňujú preukázať, že toto konanie je súčasťou celkovej dohody medzi uchádzačmi v obstarávaní, tak musí postupovať v súlade so zásadou in dubio pro reo a predmetnú komunikáciu nemôže v tomto prípade považovať za dôkaz o kartelovej dohode. V prípade Liv Elektra, a.s. však úrad rovnako disponoval iba E-mailovou komunikáciou a nedisponoval žiadnymi ďalšími dôkazmi voči Liv Elektra, a.s. , voči nemu však zásadu in dubio pro reo nepoužil a jeho konanie vyhodnotil ako konanie obmedzujúce hospodársku súťaž
 - E-mailová komunikácia nie je protizákonná (zakázaná) ani podľa európskej legislatívy (Oznámenie Európskej komisie – Usmernenia o uplatňovaní článku 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie na dohody o horizontálnej spolupráci, publikované v Úradnom vestníku Európskej únie pod č. C 11/1 dňa 14.11.2011 a dodatku k usmerneniam zo dňa 01.06.2023), ani podľa

európskej a slovenskej súťažnoprávnej teórie a praxe, na ktorú poukazoval účastník konania v rozklade

- Samotnou skutočnosťou, že jeden účastník verejného obstarávania zašle TTŠ druhému účastníkovi verejného obstarávania nemožno naplniť generálnu klauzulu dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 1 ZoHS, ani si s ostatnými účastníkmi verejného obstarávania, ktorí predmetné TTŠ neobdržali, stanoviť svoje cenové ponuky [§ 4 ods. 4 písm. a) ZoHS], rozdeliť si trh [§ 4 ods. 4 písm. c) ZoHS] a koordinovať svoj postup vo Verejnom obstarávaní [4 ods. 4 písm. f) ZoHS] s cieľom vylúčiť medzi sebou súťaž. Nedovolenou (zakázanou) koordináciou podnikateľov vo verejnom obstarávaní je podľa ZoHS a ZFEU len taká koordinácia (spolupráca), ktorá má (sama o sebe) za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže. Na preukázanie porušenia ZoHS nestačí samotná existencia koordinácie vo verejnom obstarávaní, ale takáto koordinácia musí mať za cieľ obmedzovanie hospodárskej súťaže v zmysle § 4 ods. 1 ZoHS. Ustanovenie § 4 ods. 4 písm. f) ZoHS nemožno posudzovať izolovane od § 4 ods. 1 ZoHS, ale len spoločne v tom zmysle, že musia byť naplnené všetky zákonné znaky hypotézy § 4 ods. 1 ZoHS v spojení s § 4 ods. 4 písm. f) ZoHS.
- Nemôže existovať dohoda obmedzujúca súťaž medzi spoločnosťami KLEMENT, a.s., Liv Elektra, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. ak bolo v Konaní preukázané, že neexistuje ďalšia komunikácia (ústna, písomná ani konkludentná) medzi spoločnosťami KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. a žiadna komunikácia (ústna, písomná ani konkludentná) medzi Liv Elektra, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s.
- Úrad neunesol dôkazné bremeno, nenaplnil dôkazný štandard v zmysle súťažného práva, existujú rozumné pochybnosti, že E-mailová komunikácia nie je ani len jediným priamym dôkazom o protisúťažnom konaní Liv Elektra, a.s. a to predložením alternatívneho prijateľného vysvetlenia (alternative plausible explanation), - V prípade Liv Elektra, a.s. nebol preukázaný kauzálny nexus medzi predmetnou E-mailovou komunikáciou a údajným stanovením cenových ponúk,
- postupom Rady Úradu (bod 115, kedy všetky námietky všetkých účastníkov konania hodil do „jedného vreca“ a odmietol sa vyjadriť k vyššie uvedeným argumentom Liv Elektra, a.s. došlo k porušeniu práva tohto účastníka na spravodlivý proces, garantovaného v čl. 46 ods. 1 a 2 Ústavy SR, čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (Rím, 4.XI.1950), čl. 36 ods. 1 a 2 Listiny základných práv a slobôd a Charty základných práv EÚ a porušeniu jeho práva na obhajobu

117. K pokute

- nad rámec námietok v rozklade Liv Elektra, a.s. namietal aplikáciu metodického pokynu účinného od 01.09.2018, vzhľadom na to, že Rada úradu tvrdí, že ustanovenia týkajúce sa sankcií sa musia vždy aplikovať ako celok a nie je možné použiť časť ustanovení o sankciách zo skoršej právnej úpravy a časť z neskoršej právnej úpravy, pričom aplikuje ZoHS účinný do 26.11.2016

- Rada úradu neaplikovala teóriu ohľadom participácie jednotlivých účastníkov dohody na dohode, v zmysle ktorej skutočnosť, že sa podnikateľ nezúčastňoval na všetkých prvkoch zakladajúcich kartelovú dohodu alebo že plnil iba menej významnú úlohu v aspektoch, na ktorých sa zúčastňoval, môže zohľadniť iba pri posudzovaní závažnosti porušenia a prípadne pri stanovení výšky pokuty.
- Podľa účastníka konania postup úradu pri vypočítaní nebol súladný s § 38 ods. 1 písm. a) ZoHS, podľa ktorého úrad za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž uloží podnikateľovi pokutu do 10 % z obratu podľa § 3 ods. 5 za predchádzajúce účtovné obdobie, ak § 38d neustanovuje inak. Účastník konania namietá, že výpočet obratu podľa metodického pokynu nepredstavuje súlad s povinnosťou výpočtu obratu podľa predmetného ustanovenia zákona
- Účastník konania poukazuje na odlišný prístup, ktorý úrad vyvodil voči Liv Elektra, a.s. či už v porovnaní so spoločnosťami VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. (voči ktorým úrad disponuje rovnako len e-mailovou komunikáciou) alebo spoločnosťami SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. (voči ktorým úrad disponuje úplne odlišnou skupinou niekoľkých dôkazov, no napriek tomu im ukladá rovnaké sankcie ako účastníkovi). Deklaráciu tohto odlišného prístupu potvrdzuje aj bod 390 Výzvy, kde Rada úradu uvádza, že využije v prospech spoločnosti KLEMENT, a.s. zásadu beneficium cohaesionis a rozhodnutie zmení v prospech KLEMENT, a.s. napriek tomu, že KLEMENT, a.s. rozklad nepodal a bol s rozhodnutím spokojný (Rada úradu mieni zmierniť KLEMENT, a.s. výšku pokuty a neuložiť mu žiaden zákaz účasti vo verejnom obstarávaní)

7. Vyjadrenie Rady úradu

118. Podľa § 3 ods. 5 Správneho poriadku rozhodnutie správnych orgánov musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu veci. Správne orgány dbajú o to, aby v rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch nevznikali neodôvodnené rozdiely.
119. Podľa § 46 Správneho poriadku rozhodnutie musí byť v súlade so zákonmi a ostatnými právnymi predpismi, musí ho vydať orgán na to príslušný, musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu veci a musí obsahovať predpísané náležitosti.
120. Podľa § 59 ods. 1 Správneho poriadku odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu; ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni. Podľa ods. 2 citovaného ustanovenia, ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí. Podľa ods. 3 citovaného ustanovenia odvolací orgán rozhodnutie zruší a vec vráti správne orgánu, ktorý ho vydal, na nové prejednanie a rozhodnutie, pokiaľ je to vhodnejšie najmä z dôvodov rýchlosti alebo hospodárnosti; správny orgán je právnym názorom odvolacieho orgánu viazaný.
121. Správne konanie je viazané zásadou materiálnej pravdy. Táto zásada sa v praxi pretavuje do povinnosti správneho orgánu vychádzať pri rozhodovaní zo spoľahlivo zisteného stavu veci. Je nevyhnutné, aby správny orgán i na základe

dôkazov navrhnutých účastníkom konania náležite zistil všetky skutočnosti dôležité pre rozhodnutie.

122. Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp.zn. IV. ÚS 115/03 z 3. júla 2003, cit.: *„Všeobecný súd však nemusí dať odpoveď na všetky otázky nastolené účastníkom konania, ale len na tie, ktoré majú pre vec podstatný význam, prípadne dostatočne objasňujú skutkový a právny základ rozhodnutia bez toho, aby zachádzali do všetkých detailov sporu uvádzaných účastníkmi konania. Preto odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu (prvostupňového, ale aj odvolacieho), ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia, postačuje na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované základné právo účastníka na spravodlivý proces.“*
123. Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp.zn. II. ÚS 78/05 zo 16. marca 2005, cit: *„Súčasťou základného práva na súdnu ochranu v občianskom súdnom konaní podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky je právo na odôvodnenie, ktorého štruktúra je rámcovo upravená v § 157 ods. 2 O.s.p. Táto norma sa uplatňuje aj v odvolacom konaní (§ 211 O.s.p.). Odôvodnenie súdneho rozhodnutia v opravnom konaní však nemá odpovedať na každú námietku alebo argument v opravnom prostriedku, ale iba na tie, ktoré majú rozhodujúci význam pre rozhodnutie o odvolaní, zostali sporné alebo sú nevyhnutné na doplnenie dôvodov prvostupňového rozhodnutia, ktoré sa preskúmava v odvolacom konaní“.*
124. Tieto závery Ústavného súdu Slovenskej republiky je možné podľa Rady úradu primerane aplikovať aj v správnom konaní.
125. Rada úradu uvádza, že v prípade dostatočne a presvedčivo zdôvodneného prvostupňového rozhodnutia úradu nie je odôvodnené opätovne sa podrobne zaoberať každou námietkou vznesenou v druhostupňovom konaní, najmä, keď tieto sú totožné alebo obsahovo obdobné ako boli námietky vznesené v prvostupňovom konaní. V opačnom prípade by dochádzalo k neodôvodnenému prepisovaniu vecne a právne správnych dôvodov a záverov už uvedených prvostupňovým orgánom. Prvostupňové a druhostupňové rozhodnutie tvoria jeden celok, a preto takýto postup je aj v súlade so zachovaním prehľadnosti a jasnosti prijatých záverov v správnom konaní.
126. Rada úradu v súlade s uvedeným, preto v texte odôvodnenia tohto rozhodnutia určité skutočnosti iba dopĺňa a tiež zdôrazňuje určité závery už uvedené aj prvostupňovým orgánom, ktoré považuje za kľúčové pre posúdenie veci. Nepovažuje za potrebné opakovať text prvostupňového rozhodnutia, keď tento považuje za dostatočný a presvedčivý. Rada úradu sa oboznámila s celým spisovým materiálom a konštatuje tiež, že vyjadrenia účastníkov konania sa vo veľkej miere opakujú. Na základe podaných rozkladov Rada úradu preskúmala prvostupňové rozhodnutie a spisový materiál s ním súvisiaci a dospela k záverom uvedeným v tomto rozhodnutí.
127. V súlade s týmto prístupom sa Rada úradu nestotožňuje s námietkami účastníkov konania z ich vyjadrenia k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia vo vzťahu k popisu skutkového stavu (námietka Alter Energo, a.s.),

alebo nereagovanie na námietky uvedené v rozklade, či „*hádzanie námietok do jedného koša*“ (Liv Elektra, a.s.). Rada úradu má za to, že z odôvodnenia tohto rozhodnutia (ktoré v značnom rozsahu vychádza z výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia) jednoznačne vyplýva, s ktorými zisteniami, závermi a postupmi prvostupňového orgánu sa stotožnila, ako aj ktorými námietkami účastníkov konania sa zaoberala. Rada úradu dopĺňala odôvodnenie záverov, prípadne menila závery prvostupňového orgánu tam, kde to považovala za potrebné a relevantné. Rada úradu v súlade s vyššie uvedeným zdôrazňuje, že to, že výslovne necitovala v príslušných častiach textu námietku, ku ktorej priradila odpoveď neznamena, že sa námietkou nezaoberala a neuviedla závery k namietaným skutočnostiam. Zároveň Rada úradu opätovne uvádza, že vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, ako aj v tomto rozhodnutí sú obsiahnuté jej závery a posúdenia vzťahujúce sa na relevantné skutočnosti, nie je preto dôvodné reagovať na niektoré rozvinuté myšlienkové línie účastníkov, ktoré odvíjajú ich prezumpcie, ktoré sú logicky vyvrátené závermi Rady (založenými na skutkových zisteniach podložených dôkazmi).

128. Rada úradu sa nestotožňuje ani s tvrdením účastníka konania o tom, že jej závery sú predčasné vzhľadom na časový aspekt vydania výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia. Vo vzťahu k tomuto rozhodnutiu je relevantné, či z neho vyplývajú závery Rady a dôvody, z ktorých vychádzala, ako aj to, či je rozhodnutie vydané v lehote na rozhodnutie. Rada úradu má za to, že takéto kritériá toto rozhodnutie napĺňa.

129. Námietky účastníkov konania v rozkladoch je možné rozdeliť do dvoch základných skupín. Účastníci konania SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. namietali nezákonnosť rozhodnutia z dôvodu nesprávneho a neúplného zistenia skutkového stavu, nesprávneho právneho posúdenia, vnútorne rozporného a zmätočného odôvodnenia. Obaja účastníci popierajú účasť na dohode, spochybňujú dôkazy vyplývajúce z leniency žiadosti, namietajú zlé vyhodnotenie dôkazov, procesné pochybenia (nerešpektovanie pokynov Rady úradu v zrušovacom rozhodnutí a nedoplnenie dokazovania tak, ako to navrhovali účastníci), nesprávne právne posúdenie, likvidačnosť sankcie, neprimeranosť pokuty, jej zlý výpočet. Zároveň, tak ako už bolo vyššie uvedené, títo účastníci konania podali spoločnú ponuku v predmetnom verejnom obstarávaní, pričom dôkazy preukazujúce ich účasť na karteli primárne vychádzajú z procesu prípravy a predkladania tejto ponuky, ako aj ponuky účastníka konania KLEMENT, a.s.

130. Účastník konania Liv Elektra, a.s. predložil vo vzťahu k dôkazom odlišný okruh námietok, čo vyplýva z toho, že voči tomuto účastníkovi konania úrad vychádzal z inej dôkaznej situácie. Tento účastník konania primárne namietal, že úrad vychádza len z jedného dôkazu, ktorý účastník konania na rozdiel od úradu označil ako dôkaz nepriamy (úrad tento dôkaz považoval za priamy). Vo zvyšku argumentácie namieta obdobné skutočnosti ako SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., a to tak k nedostatkom v právnom posúdení, ako aj procesných pochybeniach a ukladaniu sankcie.

131. Vzhľadom na charakter námietok Rada úradu nepovažuje za potrebné vyhodnocovať námietky ich priradovaním k jednotlivým účastníkom konania, ale vzhľadom na ich obsah, keďže tie isté skutočnosti boli namietané viacerými

účastníkmi konania. Od takéhoto spracovania sa Rada úradu odkloní a konkrétny namietajúci subjekt uvedie tam, kde to bude vzhľadom na povahu námietky žiadúce.

132. Vychádzajúc z uvedeného, Rada úradu preskúmavala v prvom rade skutkové zistenia prvostupňového orgánu, ich oporu v dôkazoch obsiahnutých v spisovom materiáli, závery úradu vo vzťahu k vyhodnoteniu dôkazov a spôsob odôvodnenia záverov úradu.

7.1 Zistenie skutkového stavu

133. Prvostupňový orgán pomerne detailne popísal jednotlivé dôkazy, z ktorých vychádzal pri formulácii záverov ku skutkovým zisteniam. Z priebehu prvostupňového konania vyplýva, že úrad účastníkom konania zaslal Výzvu pred vydaním rozhodnutia I v novembri 2020, v ktorej dospel k záveru o účasti všetkých účastníkov konania na dohode obmedzujúcej súťaž. Svoj záver úrad zakladal na dôkazoch – cenové indexy medzi uchádzačmi, ponuka uchádzača KLEMENT, a.s. na CD nosiči víťaza predmetného VO, anomálie v jednotkových cenách, porovnanie jednotkových cien účastníkov konania vo verejných obstarávaní SEPS, a.s., subdodávky. Úrad svoj záver o dohode obmedzujúcej súťaž v predmetnej výzve založil na nepriamych dôkazoch o spôsobe stanovenia cien a subdodávkach.

134. Bezprostredne po tejto výzve účastník konania KLEMENT, a.s. predložil úradu leniency žiadosť³⁷, v ktorej tento priznal svoju účasť na predmetnej dohode obmedzujúcej súťaž a predložil ďalšie dôkazy:

- e-mailová komunikácia medzi účastníkmi konania KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. týkajúca sa tabuliek technických špecifikácií (ďalej len „TTŠ“), ktoré boli účastníci konania povinní vyplniť v rámci predkladania ponúk do obstarávania,
- komunikácia medzi KLEMENT, a.s., EGEM s.r.o. a VUJE, a.s., ktorá sa týkala informácie o späť vzatí námietok,
- dokumenty uchádzača KLEMENT, a.s. týkajúce sa predmetného VO s metadátami preukazujúcimi, že ich vytvorili alebo nakladali s nimi zástupcovia ďalšieho účastníka predmetného obstarávania, vrátane pôvodného celkového rozpočtu podaného v predmetnom obstarávaní KLEMENT, a.s. [.....] OU a ACONT).

135. Predmetnú žiadosť úrad akceptoval a následne doplnil svoju výzvu pred vydaním rozhodnutia listom (Doplnenie Výzvy I 16.12.2020)³⁸, v ktorom dôkazy doplnil o emailovú komunikáciu, dokumenty s metadátami, a na základe týchto podkladov doplnil preukázanie koordinácie vo verejnom obstarávaní o ďalší dôkaz – výmenu citlivých obchodných informácií. Taktiež úrad informoval účastníkov konania o uplatnení programu zhovievavosti účastníkom konania KLEMENT, a.s., následkom ktorého tomuto bude znížená pokuta o 50 %.

136. V záujme získania ďalších podkladov a informácií úrad vykonal v priebehu konania 11.8.2021 vzdialený prístup na server účastníka konania KLEMENT,

³⁷Položka spisu č. V/176/5.

³⁸Položka spisu č. V/170-175.

a.s.³⁹ za účelom overenia dát spojených s dôkazmi predloženými v leniency žiadosti, čím preveril existenciu predložených dokumentov na serveroch predmetného účastníka konania. Následne úrad uskutočnil 12.8.2021 ústne vypočutie⁴⁰ zástupcu predmetného účastníka konania, člena predstavenstva KLEMENT, a.s. V rámci predmetného vypočutia úrad zisťoval bližšie informácie o spôsobe vypracovania cenovej ponuky, rozpočtu do predmetného verejného obstarávania, mená subdodávateľov k zákazke predmetného VO, spôsob naceňovania položiek ponuky ním predloženej v predmetnom VO, dôvody oslovenia Liv Elektra, a.s. na vyplnenie časti ponuky, bližšie informácie o zaslaní informácie o späťvzatí námietok KLEMENT, a.s. uchádzačom EGEM s.r.o. a VUJE, a.s. Z tohto ústneho vysvetlenia v zásade nevyplynuli nové podstatné skutočnosti, avšak účastník konania KLEMENT, a.s. svoje vysvetlenia poskytol v kontexte informácií a podkladov predložených v leniency žiadosti s aplikáciou na zvyklosti predmetnej spoločnosti pri podávaní ponúk do verejných obstarávaní. Hoci účastník konania nevedel ozrejmiť mnohé detaily, na ktoré sa úrad pýtal, zhodnotil, že zistené skutočnosti o spôsobe vypracovania ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní (úradom, ale aj interným zisťovaním KLEMENT, a.s.) nasvedčujú, že postup pri vypracovaní a predložení ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní bol vzhľadom na zvyklosti podnikateľa KLEMENT, a.s. neštandardný (viď zápisnica z ústneho vypočutia). V rámci podania ústneho vysvetlenia účastník konania predložil aj úradom požadovaný email od podnikateľa [.....] OT⁴¹ zo dňa 25.11.2016, v ktorého prílohách sa nachádzajú dotknuté súbory a ďalšie rozpočty k zákazke Podunajské Biskupice. Tento email si úrad vyžiadal za účelom preverenia tvrdení účastníkov konania a vysporiadania sa s ich námietkami.

137. K ďalšiemu zisťovaniu podkladov a informácií prispelo ústne pojednávanie, ktoré úrad nariadil 19.8.2021⁴². Na tomto ústnom pojednávaní sa zúčastnili všetci účastníci konania s výnimkou KLEMENT, a.s., ktorý sa ospravedlnil. Na tomto ústnom pojednávaní sa uskutočnil aj výsluch svedka navrhovaného účastníkom konania Liv Elektra, a.s. pána [.....] (páni [.....] OU⁴³ sa nedostavili), ako aj svedka navrhovaného účastníkom konania Alter Energo, a.s., pána [.....] OU. Zástupcovia účastníkov konania mali priestor poskytnúť vyjadrenia nad rámec argumentácie poskytnutej v dovtedajšom priebehu konania, vrátane vyjadrenia k výzve pred vydaním rozhodnutia.

138. V záujme preverenia tvrdení účastníkov konania tiež úrad vykonal dokazovanie oslovením troch spoločností, od ktorých zisťoval informácie v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb CENKROS účastníkmi konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s., o poskytnutie informácií v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb KROS účastníkom konania KLEMENT, a.s. a o poskytnutie informácie v súvislosti s možnou subdodávateľskou ponukou pre spoločnosť KLEMENT, a.s.

³⁹Položka spisu č. VII/360.

⁴⁰Položka spisu č. VII/362.

⁴¹ OT KLEMENT, a.s., prístupné účastníkom konania

⁴²Položka spisu č. VIII/375.

⁴³ Osobný údaj.

139. Následne úrad vyhodnotením dôkazov v prvostupňovom rozhodnutí 2021 dospel k záveru o preukázaní účasti na predmetnej dohode obmedzujúcej súťaž účastníkom konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s.
140. Vzhľadom na to, že úradu bola vec vrátená Radou úradu na nové prejednanie a rozhodnutie vo veci, pričom z pokynov Rady úradu vyplynula povinnosť doplniť odôvodnenie a v prípade potreby aj dokazovanie, úrad doplnil dokazovanie v podobe oslovenia účastníkmi konania deklarovaných subdodávateľských spoločností, aby preveril alternatívne vysvetlenia účastníkov konania podané v priebehu konania.
141. Úrad tiež v záujme preverenia námietok účastníkov konania vo vzťahu k spôsobu tvorby ponuky účastníka konania KLEMENT, a.s. a zisťoval nové skutočnosti v súvislosti s vyjadreniami leniency žiadateľa. Žiadateľ o zníženie pokuty KLEMENT, a.s. dňa 14.6.2023 predložil na žiadosť úradu požadované informácie a podklady⁴⁴. Úrad identifikoval aj potrebu osloviť spoločnosť Hitachi Energy Slovakia, s.r.o., ktorá úradu predložila dokumentáciu potrebnú k prevereniu námietok účastníkov konania.⁴⁵ Úrad následne znovu posúdil vyjadrenia a vysvetlenia účastníkov konania vo veci, ak tieto predstavovali prijateľné logické alternatívne vysvetlenia k pôvodným zisteniam úradu, úrad ich akceptoval a zohľadnil, pričom jeho závery vyplývajú z preskúmaného rozhodnutia.
142. Na základe uvedeného Rada úradu konštatuje, že prvostupňový orgán v priebehu konania vykonal dokazovanie vo viacerých krokoch, pričom jednotlivé spôsoby získavania dôkazov nadväzovali na potrebu, ktorá vyplynula z dovedy zistených skutočností. Úrad v rámci dokazovania reagoval na námietky účastníkov konania, ako aj na závery Rady úradu v predchádzajúcom rozhodnutí Rady úradu. Svoje zistenia úrad následne premietol do záverov v konaní a o týchto záveroch informoval aj účastníkov konania vo výzvach pred vydaním rozhodnutia, ich doplnení a v preskúmanom rozhodnutí. Tam, kde úrad napriek žiadostiam účastníkov konania o doplnenie dokazovania neidentifikoval takúto potrebu, uviedol dôvody svojich záverov založené na zisteniach, ktoré majú oporu v spisovom materiáli.

7.2 Dôkazy a ich vyhodnotenie

7.2.1 Dokazovanie.

143. V prípade, že úrad obviní podnikateľa z porušenia zákona, je na úrade dôkazné bremeno, aby svoje tvrdenie preukázal.
144. Podľa § 3 ods. 5 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov (správny poriadok) rozhodnutie správnych orgánov musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu veci.

⁴⁴ Spis č. 427.

⁴⁵ Spis č. 435.

145. Podľa § 32 ods. 1 správneho poriadku je správny orgán povinný zistiť presne a úplne skutočný stav veci a za tým účelom si obstarat' potrebné podklady pre rozhodnutie. Pritom nie je viazaný len návrhmi účastníkov konania.
146. Účastníci konania už v priebehu prvostupňového konania a následne v druhostupňovom konaní pred Radou úradu vzniesli značný počet námietok týkajúcich sa zistenia skutkového stavu, ktorými sa Rada úradu dôkladne zaoberala. V tejto súvislosti vychádzala z vyššie uvedenej judikatúry, že nie je nevyhnutné sa vysporiadať s každou jednotlivou námietkou vznesenou účastníkom konania osobitne, ale je nevyhnutné, aby úrad, resp. Rada úradu uviedli a zdôvodnili, z ktorých dôkazov pri rozhodovaní vychádzali, prečo iné dôkazy odmietli, ako aj uviesť dôvody takéhoto odmietnutia.

7.2.2 Význam dôkazu predloženého leniency žiadateľom.

147. Tzv. leniency program alebo inak program zhovievavosti je najdôležitejší a najefektívnejší nástroj na odhaľovanie dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž. Práve obmedzenie hospodárskej súťaže vo forme kartelov je náročné odhaliť, keďže aktéri hľadajú čoraz sofistikovanejšie spôsoby zahladenia stôp svojho správania v snahe vyhnúť sa odhaleniu a následnému potrestaniu. Spolupráca samotného účastníka dohody s úradom prostredníctvom tzv. programu zhovievavosti sa tak častokrát stáva jediným alebo veľmi významným spôsobom ako tajnú protisúťažnú dohodu na trhu odhaliť a potrestať.
148. V tomto konaní bola úradom akceptovaná jedna leniency žiadosť, ktorá však bola výrazne spochybňovaná niektorými z ostatných účastníkov konania, ktorí namietali najmä jej dôveryhodnosť a pridanú hodnotu. Vo všeobecnosti je potrebné v tejto súvislosti uviesť, že dôkazná hodnota predloženého dôkazu nemôže byť spochybnená len na základe samotného faktu, že bola predložená žiadateľom o neuloženie pokuty (leniency), a to najmä s poukazom na to, že takýto účastník dohody uvádza tvrdenia a predkladá dôkazy aj proti sebe samému, ktoré ho usvedčujú z porušenia zákona. V takom prípade je takýto dôkaz považovaný za vierohodný, pokiaľ nebol rovnako silným dôkazom vyvrátený. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje napríklad na rozhodnutie v spojených prípadoch č. T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, bod 211 z 8. júla 2004, vo veci JFE Engineering Corp. a ďalší, v ktorom Súd prvej inštancie uviedol, že Komisia vo svojom rozhodnutí správne uviedla, že vyjadrenia smerujúce proti záujmom žiadateľa o leniency program musia v princípe byť považované za zvlášť hodnoverný dôkaz.
149. Komisia vo svojom rozhodnutí⁴⁶ tiež uviedla, že leniency žiadateľ, v danom prípade spoločnosť ABB, mala záujem na plnej kooperácii s Komisiou a na poskytovaní iba pravdivých informácií v záujme neohroziť si imunitu na udelenie pokuty, ktorá jej bola podmiennečne udelená. Pokiaľ ide o jej vyhlásenia urobené pred udelením podmiennečnej imunity tieto už tým, že majú charakter sebaobvinenia môžu byť v princípe považované za zvlášť hodnoverné. Komisia ďalej zdôraznila, že podania urobené leniency žiadateľom spoločnosťou ABB majú zvlášť vysokú dôkaznú hodnotu, keďže boli urobené na základe vyjadrení

⁴⁶ Pozri prípad COMP/F/38.899 z 24.1.2007.

priameho svedka kartelu a boli urobené v mene spoločnosti čo predstavuje vždy vyššiu dôkaznú hodnotu, ako keď sú urobené iba v mene jej zamestnanca. Rovnaká situácia bola v tomto konaní, kedy podanie urobil samotný podnikateľ a nie jeho zamestnanci, pričom mal mať logicky záujem na poskytovaní iba pravdivých informácií tak, aby si neohrozil imunitu na uloženie pokuty alebo možnosť zníženia pokuty.

150. Za účelom preukázania existencie porušenia súťažných pravidiel je možné dokonca odôvodniť rozhodnutie aj iba na základe jednej písomnosti, pokiaľ jej dôkazná hodnota nevyvoláva žiadne pochybnosti a s istotou potvrdzuje existenciu porušenia. Možno v tejto súvislosti poukázať napr. na rozhodnutie T-25/95, Cement, ods. 1838, v ktorom súd uviedol, že v komunitárnom práve neexistuje princíp, ktorý by Komisii bránil, aby sa spoliehala iba na jediný dôkaz s cieľom preukázať porušenie čl. 81 Zmluvy (teraz článok 101 Zmluvy).

151. Vo vzťahu k námietkam účastníkov konania spochybňujúcich význam dôkazov predložených leniency žiadateľom, ako aj samotnú leniency žiadosť Rada úradu uvádza, že z tohto rozhodnutia vyplýva, že úrad, ako aj Rada úradu zohľadňovali kontext, v ktorom bola leniency žiadosť podaná, ako aj relevanciu dôkazov vo svetle ostatných zistení. Závery, ako aj dôvody, ktoré k takýmto záverom viedli, sú obsiahnuté v tomto rozhodnutí.

7.2.3 Spôsob preukázania skutkového stavu

152. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad má za preukázané, že účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s., Liv Elektra, a.s. uzatvorili **dohodu obmedzujúcu súťaž**, ktorá mala za cieľ obmedzenie súťaže v oblasti **uskutočnenia stavebných a montážnych prác, dodávok zariadení, skúšok pri výstavbe a uvedení elektrickej rozvodne do prevádzky, vrátane súvisiacich projektových a inžinierskych činností** na území Slovenskej republiky, zakázanú podľa § 4 ods. 1 v spojení § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 a článku 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie. Úrad v konaní posudzoval konanie účastníkov vo verejnom obstarávaní s názvom zákazky „Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu“, vyhlásenom verejným obstarávateľom Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., IČO: 35 829 141, so sídlom Mlynské Nivy 59/A, 824 84 Bratislava a po preskúmaní cenových ponúk účastníkov predmetných verejných obstarávaní, ako aj ďalších súvisiacich podkladov dospel k záveru o kolúzii účastníkov konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s., Liv Elektra, a.s. v tomto obstarávaní. Zároveň úrad dospel k záveru, že nedisponuje dostatkom dôkazov na preukázanie účasti na predmetnej kolúzii voči účastníkom konania VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o., a preto voči týmto účastníkom konania správne konanie zastavil.

153. Rada úradu zistila, že po vrátení veci prvostupňový orgán opätovne podrobne preveroval ním zistený skutkový stav vykonaním v tomto rozhodnutí uvedených dôkazov, doplnil dokazovanie, prehodnotil svoje závery vo vzťahu k niektorým

svojim skutkovým zisteniam, tieto premietol do prvostupňového rozhodnutia, v ktorom v súlade s pokynmi Rady úradu podrobne uviedol vo vzťahu k jednotlivým dôkazom, ktoré považoval za relevantné pre zistenie skutkového stavu v predmetnom správnom konaní, či tieto považuje za dôkaz o protisúťažnom správaní účastníkov konania, alebo nie, ako aj to, ktorí účastníci konania sú vinní z účasti na dohode obmedzujúcej súťaž, ktorí nie a dôvody takýchto záverov.

154. Dôkazy, ktoré prvostupňový orgán vyhodnocoval po vrátení veci a následnom došetrení skutkového stavu, možno rozdeliť do nasledujúcich skupín.

- Analýza cenových ponúk a z nej identifikované dôkazy:
 - indexy
 - ponuka uchádzača KLEMENT, a.s. na CD nosiči víťaza - konzorcia SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s.
- Subdodávky
- Leniency žiadosť:
 - samotné vyhlásenie
 - komunikácia medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s.
 - komunikácia medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s., EGEM s.r.o. a VUJE, a.s.
 - dokumenty uchádzača KLEMENT, a.s. s metadátami odkazujúcimi na víťaza.

155. Prvostupňový orgán v prvostupňovom konaní preveroval podozrenie, že spôsob stanovenia cien predložených uchádzačmi v predmetnom verejnom obstarávaní nebol výsledkom ich nezávislej cenotvorby, teda ponukové ceny boli výsledkom dohody obmedzujúcej súťaž. V tejto súvislosti úrad analyzoval súťažné ponuky predložené účastníkmi konania v jednotlivých verejných obstarávaníach. Rada úradu preskúmala odôvodnenie záverov prvostupňového orgánu vo vzťahu k uvedeným dôkazom, ako aj postup predchádzajúci záverom.

156. V prípade, že úrad obviní podnikateľa z porušenia zákona, je na úrade dôkazné bremeno, aby svoje tvrdenie preukázal. Správny orgán je povinný zistiť presne a úplne skutočný stav veci a za tým účelom si obstarat' potrebné podklady pre rozhodnutie. Pritom nie je viazaný len návrhmi účastníkov konania (§ 32 správneho poriadku). Na druhej strane je aj účastník konania povinný na podporu svojich tvrdení navrhnuť dôkazy, ktoré sú mu známe (§ 34 ods. 3 správneho poriadku). Správny orgán hodnotí dôkazy podľa svojej úvahy, a to každý dôkaz jednotlivo a všetky dôkazy v ich vzájomnej súvislosti.

157. Z ustanovení európskeho práva, ako aj z európskej judikatúry vyplýva, že v rámci súťažného práva bol európskymi súdmi aplikovaný dôkazný štandard „dostatočne presné a koherentné dôkazy odôvodňujúce názor, že došlo k porušeniu“⁴⁷, „dostatočne presvedčivý a konzistentný súbor dôkazov“⁴⁸. V rámci európskej judikatúry je tiež akceptované súdmi, že nie každý dôkaz, ktorý zohľadňuje EK, musí priamo a konzistentne preukazovať každý aspekt porušenia súťažných pravidiel, je postačujúce, ak takúto požiadavku spĺňa súbor dôkazov ako celok. Zároveň je v súťažnom prípadovom práve badateľný princíp „dôkazov

⁴⁷ Sufficiently precise and coherent proof to justify the view, that has been an infringement.

⁴⁸ Sufficiently cogent and consistent body of evidence.

schopných presvedčiť sudcu“ v závislosti od okolností jednotlivých prípadov (in time conviction).

158. Rada úradu vo vzťahu k námietkam účastníkov konania týkajúcim sa preukazovania v tomto správnom konaní vychádza zo znenia Správneho poriadku, ktorý neurčuje záväzným spôsobom prípustnosť konkrétnych dôkazných prostriedkov a ich dôkaznú silu, teda záleží len na samotnom správnom orgáne, akú dôkaznú silu dôkazu v konkrétnom konaní prisúdi (zásada voľného hodnotenia dôkazov). Správny orgán preto nie je viazaný žiadnym poradím významu a preukaznej sily dôkazov.
159. V zmysle Správneho poriadku podklad pre rozhodnutie tvoria všetky skutočnosti, ktoré môžu prispieť k zisteniu skutočného stavu veci, teda podania, návrhy a vyjadrenia účastníkov konania a zúčastnených osôb (uplatnené v podaní, ako aj kedykoľvek v priebehu konania), dôkazy (podľa § 34 ods. 2. Správneho poriadku sú nimi najmä výsluchy svedkov, znalecké posudky, listiny a ohliadka), čestné vyhlásenia, ako aj skutočnosti všeobecne známe alebo skutočnosti známe správnomu orgánu z jeho úradnej činnosti. Správny orgán je povinný si zaobstarať potrebné podklady pre rozhodnutie, a určuje si rozsah, aj spôsob zisťovania podkladov pre rozhodnutie a je vecou jeho úvahy, či vykoná navrhnutý dôkaz alebo použije iný dôkazný prostriedok. Správny orgán nie je povinný vykonať dôkazy navrhnuté účastníkom konania, resp. zúčastnenou osobou, ak majú byť predmetom dokazovania skutočnosti, ktoré sú pre zistenie skutkového stavu veci a právne posúdenie zjavne nepotrebné alebo nadbytočné. Správny orgán má možnosť podľa svojej úvahy posúdiť, či sa niektorá skutočnosť ukázala v rámci dokazovania ako pravdivá, t. j. či sama o sebe je ako dôkaz postačujúca, alebo či treba zadovážiť ďalšie dôkazy, ktoré vytvoria úplnejšie podklady pre rozhodnutie. Pri hodnotení dôkazov správny orgán hodnotí procesné dôkazy z hľadiska ich pravdivosti a dôležitosti pre rozhodnutie.
160. Podľa Rady úradu úrad po vrátení veci pri formovaní záverov dokazovania zohľadnil všetky skutočnosti, ktoré vyšli najavo v priebehu správneho konania, v prvostupňovom rozhodnutí tieto vyhodnotil vo vzájomných súvislostiach a dostatočne odôvodnil svoje závery. Prvostupňový orgán v prvostupňovom rozhodnutí dostatočne uviedol, z akého dôvodu sa nakoniec vo svojom hodnotení priklonil k niektorým dôkazom a k iným nie. Podľa Rady úradu úrad odstránil rozpory a nejasnosti vo vykonaných dôkazoch, ktoré mohli mať zásadný dopad na skutkové zistenia rozhodné z pohľadu prejednávanej veci. S ohľadom na uvedené sa Rada úradu nestotožňuje s tvrdením účastníkov konania, ktorí namietali, že sa úrad nevysporiadal s námietkami v oblasti dokazovania.
161. Vzhľadom na to, že sa Rada úradu v plnom rozsahu stotožňuje so zisteniami prvostupňového orgánu vo vzťahu k identifikácii dôkazov, ako aj s ich vyhodnotením (časť 4 prvostupňového rozhodnutia - body 54 – 209), ktoré podľa Rady úradu majú oporu v spisovom materiáli, nepovažuje za potrebné tieto opätovne uvádzať.
162. Podľa Rady úradu úrad vychádzal zo správnych teoretických východísk, keď uviedol, že koordinácia vo verejnom obstarávaní sa môže realizovať viacerými spôsobmi alebo ich kombináciami. Typickou a častou formou zakázaných dohôd

v procese verejného obstarávania býva podanie formálnej, tzv. krycej, ponuky niekoľkými uchádzačmi s cieľom umožniť víťazstvo v súťaži vopred určenému uchádzačovi. Takéto ponuky vykazujú spravidla horšie parametre ako víťazná ponuka a ich účelom je vytvorenie dojmu súťažného prostredia. Dôkazmi na preukázanie takéhoto konania podnikateľov môžu byť, okrem iného, rôzne podobnosti v ponukách uchádzačov, ako aj zvyšovanie číselných parametrov v jednotlivých ponukách o pravidelný prírastok/index (napr. v %). Podstatou krycej ponuky je dohoda medzi účastníkmi súťaže o tom, že konkurent predloží vyššiu cenovú ponuku ako dohodnutý víťaz alebo ponuku s podmienkami, ktoré sú pre obstarávateľa neakceptovateľné. Cieľom tejto formy koordinácie v procese verejného obstarávania je vyvolať dojem skutočnej súťaže. V niektorých prípadoch môže byť tento postup spojený aj s poskytnutím subdodávok.

7.2.4 Kolúzia vo verejnom obstarávaní a verejnej obchodnej súťaži

163. Verejné obstarávanie je systém, ktorý bol vytvorený s cieľom simulovať konkurenčné tlaky v situácii, keď tovary, práce a služby nakupuje verejný sektor.
164. Súťažný tender je určený na selektovanie najlepšej ponuky s cieľom šetriť verejné prostriedky. Konkurenčný tlak teda zabezpečuje efektívnosť využívania verejných prostriedkov, keďže snaha podnikateľov získať významnú zákazku ich motivuje ponúknuť čo najlepšiu ponuku z hľadiska relácie kvalita - cena.
165. Na takomto princípe sú organizované aj verejné súťaže vyhlasované v rámci súkromného sektora, v rámci ktorých sa takisto vyžaduje nastavenie podmienok pre zabezpečenie konkurenčného tlaku s cieľom získať čo najlepšiu ponuku.
166. Esenciálnou črtou pre oba takéto typy súťažných tendrov je potom prirodzené očakávanie na strane vyhlasovateľa súťaže, že v rámci vyhláseného tendra mu bude predložený nejaký počet ponúk pripravených jednotlivými účastníkmi, ktorí sú nezávislí jeden od druhého a svoje ponuky pripravili na základe svojich vlastných nezávislých ekonomických, či technických analýz. Iba takáto účasť v tendri môže zabezpečiť skutočnú súťaž pri predkladaní ponúk.
167. Možno pritom konštatovať, že pri absencii existencie formálneho/oficiálneho subkontračného vzťahu neexistuje žiaden dôvod, prečo by mal účastník verejného obstarávania, či verejnej obchodnej súťaže komunikovať alebo akokoľvek spolupracovať s iným konkurentom vo vzťahu k danému tendru pred jeho uskutočnením, resp. počas jeho priebehu.
168. Kolúzia vo verejnom obstarávaní alebo verejnej obchodnej súťaži je zvyčajne dohoda medzi uchádzačmi v tendri, na základe ktorého je vopred dohodnutý víťaz. Ku kolúzii môže pritom dochádzať viacerými spôsobmi, medzi ktoré patrí aj predloženie krycej ponuky. Súčasťou kolúzie formou predloženia krycej ponuky je spravidla aj výmena trhovovo citlivých informácií, ktorá takúto kolúziu uľahčuje. Rada úradu v tejto súvislosti zdôrazňuje, že predmetom tohto konania je protisúťažné konanie účastníkov konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. spočívajúce v koordinácii predkladania ponúk týmito účastníkmi. Rada úradu má rovnako ako prvostupňový orgán za to, že uvedení účastníci konania sa nesprávali nezávisle s cieľom dosiahnuť víťazstvo

prostredníctvom maximálnych konkurenčných tlakov. Rada úradu zároveň poukazuje na to, že vzhľadom na počet predložených ponúk a skutočnosť, že protisúťažné správanie nebolo preukázané ďalším dvom podnikateľom, ktorí predložili ponuku v predmetnom obstarávaní, úrad, ani Rada úradu nekonštatujú, že posudzovaným konaním bol vopred určený víťaz. Napriek tomu má však Rada úradu rovnako ako úrad za to, že aj správanie, ktoré bolo vo vzťahu k účastníkom konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. preukázané, znižovalo konkurenčné tlaky, jeho cieľom bolo vylúčiť súťaž medzi týmito účastníkmi vo vzťahu k tomuto verejnemu obstarávaniu a preto napína znaky kartelu.

169. Súťaž v tendri je preto obmedzená, ak predložené ponuky nie sú výsledkom individuálnych ekonomických kalkulácií jednotlivých uchádzačov, ale výsledkom vedomosti o ponukách ostatných uchádzačov, resp. výsledkom zosúladenia medzi nimi. Takéto správanie medzi uchádzačmi v tendri vedie k súťažným podmienkam, ktoré nekorešpondujú normálnym súťažným podmienkam na trhu. Rada úradu má za to, že v tomto konaní bolo preukázané, že účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. mali vedomosť o správaní svojich konkurentov v rozsahu uvedenom nižšie, vyplývajúcom z vykonaného dokazovania.
170. Rada úradu poukazuje na to, že Európska komisia a súdy Európskej únie v rámci svojej rozhodovacej praxe potvrdili, že kolúzia v tendri (collusive tendering), vrátane napríklad praktiky predkladania krycej ponuky má priamo za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže.
171. Rada úradu vychádzajúc aj z vyššie uvedených teoretických východísk považuje zistenie a posúdenie skutkového stavu v tomto konaní úradom za dostatočné a preukázané. Posúdenie dôkazov je zrozumiteľné, jasné a logické. Závery úradu vyplývajú z konzistentného súboru dôkazov a sú teda dostatočne podložené.
172. Prvostupňový orgán v prvostupňovom konaní preveroval podozrenie, že spôsob stanovenia cien predložených uchádzačmi v predmetnom verejnom obstarávaní nebol výsledkom ich nezávislej cenotvorby, teda ponukové ceny boli výsledkom dohody obmedzujúcej súťaž. V tejto súvislosti úrad analyzoval súťažné ponuky predložené účastníkmi konania do obstarávania z hľadiska ich formálnej zhody, ako aj z hľadiska existencie podobnosti v rámci určenia cien, zaoberal sa otázkou subdodávok a posúdil dôkazy týkajúce sa nedovolennej komunikácie medzi uchádzačmi, dôkazy týkajúce sa výmeny informácií a mieru nezávislosti uchádzačov pri zostavovaní ich súťažných ponúk.
173. Úrad postupoval správne, keď dôsledne **preveroval dôvod vzniku cenových zhôd (indexov) medzi uchádzačmi s cieľom zistiť, či tieto vznikli v súlade s právnym poriadkom**, teda či uchádzači pri ich stanovení vychádzali z rovnakého cenového základu jednotlivých položiek a zároveň obaja použili na stanovenie svojej podnikateľskej marže určitú konštantnú sumu alebo jednotné %, ktorým by pre násobili všetky položky. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že túto možnosť úrad preveroval aj vo vzťahu k cenovému základu ponúk v častiach vychádzajúcich z cenníkových databáz, aj v častiach vychádzajúcich z rovnakých

subdodávateľských ponúk. Druhá alternatíva, ktorú úrad preveroval, spočívala v možnosti, že tieto zhody boli dosiahnuté na základe zákonom nedovolennej spolupráce a koordinácie uchádzačov, spojenej s výmenou citlivých informácií o cenách v ich ponukách.

174. Základom pri preverovaní skutkového stavu vo vzťahu k identifikovaným indexom v cenových ponukách bola **identifikácia prípadného zhodného cenového základu**. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania v prvom rade skúmal akým spôsobom, resp. na akom základe vykonali rozpočtovanie predmetnej stavby, či nimi vypracované ponuky mohli vychádzať zo zhodných cenníkových databáz, akými databázami pri naceňovaní rozpočtu disponovali a z akého cenového základu vychádzali pri subdodávkach. Uvedené úrad preveroval identifikáciou zdroja cenníkových databáz a subdodávateľov, na základe ktorých účastníci konania tvorili svoju súťažnú ponuku.
175. Rada úradu súhlasí s postupom prvostupňového orgánu, ktorý považoval túto indexáciu za vysvetlenú alternatívnym spôsobom v prípade uchádzačov, u ktorých bolo preukázané, že pri zostavovaní svojich ponúk mali k dispozícii ponuky od tých istých subdodávateľov, pričom indexácia vznikla v dôsledku navýšenia rovnakých subdodávateľských ponúk o konštantné percento. Úrad vo vzťahu k takýmto uchádzačom dospel k správnejmu záveru, že v ich prípade vzhľadom na skutkové zistenia v tomto konaní **nemohol nájsť indexáciu považovať za dôkaz o ich účasti na dohode obmedzujúcej súťaž v súlade so zásadou in dubio pro reo**.
176. Z dokazovania v priebehu konania vyplynulo, že v prípade účastníkov konania KLEMENT, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., úrad dospel k iným skutkovým zisteniam.
177. Úrad na základe vykonaného preverovania zistil, že pokiaľ ide o cenníkové databázy, takýmto spôsobom bola naceňovaná časť ponuky s názvom Sklad ZSD víťazom, v ktorej úrad identifikoval cenový index iba medzi víťaznou ponukou a ponukou uchádzača KLEMENT, a.s., a to v konštantnej hodnote 1,06, pričom:
- SPIE, a.s. ako tvorca časti víťaznej ponuky s cenovým základom z cenníkovej databázy použil pri oceňovaní rozpočtu ceny z cenníkov CENEKON integrovaných do stavebného softvéru CENKROS, ktoré následne navýšil o 6 %, resp. o index 1,06.
 - Účastník konania KLEMENT, a.s. k spôsobu rozpočtovania uviedol, že v danom čase používal softvér KROS, pričom cenníkovú databázu, ani po opakovanom dožiadaní úradu nevedel uviesť.
 - Poskytovatelia softvéru uviedli, že spoločnosť KLEMENT, a.s. nemala zakúpenú licenciu cenovej databázy CENEKON pre slovenský trh a tiež potvrdili, že SPIE, a.s., ktorý pripravoval predmetnú časť ponuky víťaza v danom čase mal zakúpený softvér CENKROS s cenovou databázou CENEKON.

Vo vzťahu k týmto záverom Rada úradu konštatuje, že majú oporu v spisovom materiáli.

178. Ďalej úrad vykonal dokazovanie pokiaľ ide o overenie ponúk subdodávateľov poskytnutých uchádzačom k predmetnej zákazke, tak, že :

- Preveril vyjadrenie účastníkov konania, ktorí poskytovali alternatívne vysvetlenie k záverom úradu o indexácii, oslovil subdodávateľov a vyhodnotil nimi predložené vyjadrenia, vrátane ich ponúk.
- Úrad zistil, že vo väčšine prípadov subdodávateľa poskytl uchádzačom subdodávateľské ponuky so zhodným cenovým základom.
- Vo vzťahu k účastníkovi konania KLEMENT, a.s. však úrad zistil, že okrem spoločnosti EGE-Trading, s.r.o., mu nikto z oslovených subdodávateľov ponuku k predmetnej zákazke priamo neposkytol.
- Nepriame poskytnutie ponuky úrad identifikoval po doplnení dokazovania⁴⁹ na návrh účastníka konania SPIE, a.s.⁵⁰. Úrad zistil, že cenová ponuka bola spoločnosti KLEMENT, a.s. poskytnutá od spoločnosti ABB, s.r.o. prostredníctvom spoločnosti MVM OVIT Zrt., pobočka ČR.
- Účastník konania KLEMENT, a.s. zároveň úradu predložil aj subdodávateľskú ponuku od spoločnosti Siemens s.r.o., z ktorej však nebolo zrejmé, pre koho bola vystavená.
- Zároveň účastník konania KLEMENT, a.s. nevie preukázať ako sa dostal k cenám subdodávateľov, ktoré použil vo svojej súťažnej ponuke, spravidla bez akéhokoľvek navýšenia a zároveň s konštantným indexom (v časti Rozvodňa II v hodnote 0,94 a v časti Rozvodňa III v hodnote 1,06) vo vzťahu k ponukovým cenám víťaza.

179. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu stotožňuje so závermi úradu, že zhody v cenách mohli vzniknúť len v dôsledku vzájomného poznania ponúk uchádzačov a konštatuje, že tieto majú oporu v spisovom materiáli.

180. Tak ako už bolo uvedené, z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad dospel v priebehu prvostupňového konania na základe vyhodnotenia skutkového stavu k odlišným záverom vo vzťahu k jednotlivým účastníkom konania.

7.2.5 Skutkové zistenia vo vzťahu ku KLEMENT, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s.

181. Rada úradu zistila, že úrad vo vzťahu k týmto účastníkom konania svoje skutkové zistenia zakladal na nasledujúcich skutočnostiach:

K stĺpcu 1,06 na CD víťaznej ponuky

- V ponuke účastníka konania **KLEMENT, a.s.** existujú **vo vzťahu k víťaznej ponuke predloženej účastníkmi SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. (spoločne aj ako „víťaz“) indexy** v hodnotách **1,06 a 0,94**.
- V časti Rozvodňa II a časti Sklad ZSD ceny KLEMENT, a.s. voči víťazovi vykazujú index **0,94 v 3 760 položkách**, teda jednotkové ceny víťaza sú vyššie o 6% ako ceny KLEMENT, a.s.

⁴⁹ Spis č. 399.

⁵⁰ Spis č. 377.

- V časti Rozvodňa III jednotkové ceny KLEMENT, a.s. voči víťazovi vykazujú index **1,06 v 1 081 položkách**, teda ceny víťaza sú o 6 % nižšie ako ceny KLEMENT, a.s.
- Medzi účastníkmi konania KLEMENT, a.s. a združenie podnikateľov SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. teda existujú **rozsiahle zhody v indexácii**, ktoré **účastníci konania nevedeli vysvetliť**.
- Tvrdenie víťaza o tom, že indexácia vznikla z dôvodu, že KLEMENT, a.s. naceňoval svoju ponuku cenami zo softvéru CENKROS bez ich navýšenia, nekorešponduje jednak so zistením úradu, ktoré vyplynulo z overenia jednotkových cien u poskytovateľa tohto softvéru, a jednak so skutočnosťou, že účastník konania KLEMENT, a.s., ktorý podniká **predovšetkým na českom trhu, nedisponoval v čase vypracovania ponuky slovenskou databázou CENEKON**, používanou v systéme CENKROS.
- Účastníci konania teda **nevychádzali z identických cenníkových databáz**.

Možno preto konštatovať, že **stĺpec označený ako „1,06“, ktorý bol nájdený v cenovej ponuke víťaza, na základe zistených skutočností nezodpovedal cenám v databáze CENEKON použitej pri naceňovaní víťazom, ale naopak, bol totožný s ponukou konkurenta KLEMENT, a.s., ktorý predmetnou databázou nedisponoval.**

K rozsiahlej indexácii ponuky KLEMENT, a.s. a víťaznej ponuky

- Zistené konštantné **indexy** v hodnote 1,06 a 0,94 medzi víťazom a KLEMENT, a.s., sa **nachádzali v prevažnej väčšine položiek každej časti rozpočtu** (Rozvodňa II 89,93 %, Rozvodňa III 79,84 %, Sklad ZSD 95,83 %) a **boli identifikované tak v položkách, ktoré vychádzali zo subdodávateľských ponúk, ako aj v položkách, ktoré z nich nevychádzali**.
- Ponuka KLEMENT, a.s. bola v niektorých prípadoch navýšená o 6 % oproti ponuke víťaza, nie oproti ponuke subdodávateľa (pozri napr. bod 131 prvostupňového rozhodnutia).

Úrad preto dospel k záveru, že toto zistenie predstavuje jednoznačný dôkaz o koordinácii účastníkov konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s. vo verejnom obstarávaní. Skutočnosť, že v určitých častiach alebo položkách bola ponuka víťaza vyššia ako ponuka KLEMENT, a.s. nemá vplyv na výsledok obstarávania, ak ceny v ďalšej časti tento rozdiel kompenzujú a v celkovom porovnaní je pre výsledok obstarávania rozhodujúca len konečná suma ponuky.

- Z porovnania jednotkových cien uvedených v súťažnej ponuke KLEMENT, a.s., týkajúcich sa najmä častí rozpočtu dodávky strojov a zariadení, s cenami **subdodávateľských ponúk, ktoré predložili úradu ostatní účastníci konania, úrad zistil, že ceny v súťažnej ponuke KLEMENT, a.s. zväčša zodpovedali nenavýšeným cenám subdodávateľských ponúk ostatných účastníkov konania.**
- Účastník konania KLEMENT, a.s. pritom úradu predložil iba subdodávateľskú ponuku ABB s.r.o. a Siemens s.r.o. na základe dožiadania.
- Zároveň ponuky subdodávateľov ostatných účastníkov konania nezodpovedajú zoznamu subdodávateľov, ktorý predložil do obstarávania KLEMENT, a.s.

- V súvislosti s indexáciou, pokiaľ ide o ponuky subdodávateľov, úrad poukazuje tiež na skutočnosť, že pri naceňovaní objektu ČPS 30.3_VV, napriek tomu, že všetci účastníci konania (s výnimkou VUJE, a.s.) vychádzali z ponuky rovnakého subdodávateľa, existuje index vo vzťahu k víťazovi len v ponuke účastníka konania KLEMENT, a.s., a to v hodnote 1,06.
- Pokiaľ ide o naceňovanie jednotlivých položiek rozpočtu, úrad zistil, že v časti Demontáž objektu „ČPS 30.7 Demontáže“ nebolo potrebné naceňovať položku č. 7, napriek tomu ju nacenili len víťaz a uchádzač KLEMENT, a.s. Aj táto položka pri porovnaní vykazuje index 1,06.
- Zároveň, v súvislosti so subdodávateľskými ponukami úrad poukázal aj na nacenenie objektu Pracovné a ochranné pomôcky, pri ktorom podnikateľ KLEMENT, a.s. nemohol vedieť, o koľko si cenu subdodávateľa navýšil víťaz obstarávania (v tomto prípade to bolo [...] OT⁵¹ %), no napriek tomu dospel vo svojej ponuke k cene, ktorá je vyššia od víťaza o ďalších 6%, t.j. o index 1,06 %, ktorý sa nachádza v rozhodujúcej väčšine položiek danej časti rozpočtu. Obdobné zistenie platí aj pre objekt ČPS 07.1_VV (pozri bod 135 prvostupňového rozhodnutia).

182. Rada úradu konštatuje, že uvedené zistenia majú oporu v spise. Zároveň podľa Rady úradu majú zistenia úradu oporu a sú správne zasadené do spôsobu spáchania správneho deliktu spočívajúceho v koordinácii ponúk vo verejných obstarávaníach.

183. Základom takejto koordinácie je správanie, kedy uchádzač/uchádzači podáva/jú kryciu ponuku, ktorá nemusí byť založená na reálnych subdodávkach alebo reálnej snahe v budúcnosti plniť predmet obstarávania a zároveň existuje iný uchádzač, ktorý má záujem vyhrať a koná s cieľom vylúčiť súťaž medzi uchádzačmi. Tento uchádzač musí svoju ponuku zostaviť tak, aby zákazku následne bol schopný realizovať, tzn. pri zostavovaní tejto ponuky vychádza zo skutočných dát, cien a obchodných vzťahov s prípadnými subdodávateľmi. Podľa Rady úradu uvedenému zodpovedá aj preukázanie skutkového stavu v tomto konaní, pričom skutočnosť, že účastníci konania, ktorým bolo preukázané protisúťažné konanie nemali záruku určenia víťaza nevylučuje, že znížili úroveň súťaže v porovnaní so situáciou, kedy by svoje ponuky nekoordinovali, resp. že tak uchádzač s najlepšou ponukou spomedzi účastníkov dohody nekonal so záujmom predmetnú súťaž vyhrať.

184. Vyššie uvedené skutočností podľa Rady úradu nasvedčujú o tom, že účastník konania KLEMENT, a.s. nepripravoval svoju ponuku nezávisle a podal v predmetnom verejnom obstarávaní kryciu ponuku.

185. Voči takýmto záverom podali účastníci konania SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. rozsiahle námietky. Rada úradu má za to, že prvostupňový orgán svoje závery dostatočne odôvodnil a tým vyvrátil jednotlivé námietky účastníkov konania a nepovažuje za účelné opätovne túto argumentáciu prepisovať. Vo vzťahu k námietkam účastníka konania SPIE, a.s. Rada úradu poukazuje na body 276-303 prvostupňového rozhodnutia, vo vzťahu k námietkam Alter Energo, a.s. na body 304-324 prvostupňového rozhodnutia, ako aj body 325-329 prvostupňového

⁵¹ OT SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., prístupné ostatným účastníkom konania

rozhodnutia vo vzťahu k námietkam oboch týchto účastníkov konania.

186. Z podaných rozkladov vyplýva rozsiahla argumentácia účastníka konania SPIE, a.s., ktorý ňou úradu preukazuje, že príslušnú časť víťaznej ponuky, ktorú pripravoval, vytvoril sám, na základe vlastnej činnosti a skúseností. Argumentácia tohto účastníka konania tým, že predložil ponuky subdodávateľov, čo by ho malo vyvinieť z porušenia zákona, je však rovnako aj pre Radu úradu neakceptovateľná vzhľadom na to, že úrad preukázal, že existuje vzťah medzi ponukami víťaza a uchádzača KLEMENT, a.s., ktorý nie je možné nijako inak hodnoverne vysvetliť ako tým, že títo uchádzači pri príprave svojich ponúk spolupracovali a navzájom ich poznali. Rada úradu má za to, že prvostupňový orgán svoje závery dostatočne odôvodnil a tým vyvrátil jednotlivé námietky účastníkov konania a nepovažuje za účelné opätovne túto argumentáciu prepisovať.
187. V tomto ohľade boli pre Radu úradu rozhodujúce nasledujúce skutočnosti. Prvostupňový orgán preveroval spôsob tvorby ponúk jednotlivých účastníkov konania a túto zbral do úvahy aj pri hodnotení dôkazov a prijímaní záverov vo vzťahu k alternatívnym vysvetleniam účastníkov konania. Úrad zohľadnil, že víťazná ponuka bola pripravovaná 2 subjektmi – SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., z ktorých každý pripravoval príslušnú časť (SPIE, a.s. Rozvodňa II a Sklad ZSD a Alter Energo, a.s. Rozvodňa III). Indexácia sa zároveň týkala všetkých častí ponuky. Zároveň úrad v priebehu správneho konania nenašiel iné vysvetlenie tvorby ponuky účastníka konania KLEMENT, a.s., ako to, že táto bola vytvorená indexáciou víťaznej ponuky. Takéto vysvetlenie poskytol aj sám účastník konania KLEMENT, a.s. ako leniency žiadateľ.
188. Účastník konania SPIE, a.s. preukázal, že disponoval programom CENEKON 16, z ktorého vychádzal v časti prípravy víťaznej ponuky a preukázal aj to, že disponoval ponukami subdodávateľov. Uvedené však neplatí pre účastníka konania KLEMENT, a.s., ktorý nedisponoval ponukami subdodávateľov (až na malé výnimky, ktoré úrad zapracoval do hodnotenia skutkového stavu) a preukázateľne – vychádzajúc z vyjadrenia tohto účastníka, ako aj poskytovateľov cenníkových programov, nedisponoval ani programom CENEKON 16. Na serveri predmetného podnikateľa nebola úradom, ani týmto podnikateľom identifikovaná tvorba ponuky predloženej do predmetného verejného obstarávania. Napriek tomu ju tento podnikateľ dokázal predložiť do verejného obstarávania a zúčastniť sa na ňom, pričom vo všetkých častiach ponuky je konštantný index voči víťaznej ponuke v hodnotách **1,06 a 0,94, t.j. jeho ponuka je o 6 % cenovo vyššia ako víťazná - v časti, ktorú vypracoval, Alter Energo, a.s., alebo naopak, o 6 % cenovo výhodnejšia - v časti, ktorú vypracoval, SPIE, a.s.**
189. Cenovo výhodnejšia v porovnaní s víťaznou ponukou je práve časť Sklad ZSD, ktorá vykazuje rovnaké hodnoty, ako stĺpec na CD predloženom verejnému obstarávateľovi vo verejnom obstarávaní ako súčasť predloženej víťaznej ponuky. Túto časť za víťaza vypracovával SPIE, a.s., ktorý namieta, že ju vypracoval nezávisle, s využitím programu CENEKON 16. Rada úradu však v spise neidentifikovala dôkazy o tom, že by bol takýto priebeh skutočne preukázaný. Naopak, identifikovala vyjadrenie prevádzkovateľa softvéru, že ceny v predmetnej časti ponuky nekorešponujú položkám z predmetného cenníka. SPIE, a.s. namietal, že uvedený záver je nesprávny, nakoľko nebol založený na manuálnom párovaní položiek a požadoval, aby úrad vychádzal z tohto párovania, ktoré úrad

mal aj vykonať. Úrad k takémuto párovaniu nepristúpil.

190. Rada úradu v tejto súvislosti poukazuje aj na vyjadrenie samotného účastníka konania SPIE, a.s., ktorý v súvislosti s prípravou častí ponuky, ktorá vychádza z cenníkových programov a ktorej hodnoty podľa úradu a prevádzkovateľa cenníkových databáz nekorešpondovali s programom CENEKON 16 uviedol, že pri tvorbe ponuky v tejto časti nešlo o vyberanie z jednotlivých položiek, ale o ich identifikáciu, t.j. tvorca ponuky „nevyberal“ položky, iba hľadal tú konkrétnu v systéme, ktorú hľadal aj SPIE, a.s. v CENKROS, pričom názvy položiek softvéru sú identické, alebo takmer identické. *„Nejedná sa síce o úplne automatizovaný, robotický proces ako na základe kódov, alebo automatickou aktualizáciou položiek, nie je ale potrebná žiadna inovatívna úvaha pre selekciu, iba skúsenosť so Softvérom, resp. nemalé úsilie, ak sa jedná o väčšie množstvo položiek v rozpočte, ako je tomu v prípade VO“.*
191. Rada úradu teda posudzovala, či mal úrad pristúpiť k dokazovaniu v súlade s návrhom účastníka konania a dospela k záveru, že rovnako ako úrad toto nepovažuje v danom konaní a pri súčasnom stave zistení úradu za potrebné, účelné a hospodárne. V prvom rade, námietky účastníka konania SPIE, a.s. sa zakladajú na ničom nepodloženom tvrdení tohto účastníka, že KLEMENT, a.s. musel podľa jeho názoru disponovať programom CENEKON 16. Takéto tvrdenie nemá oporu v spisovom materiáli, kde je preukázaný opak. Zároveň toto tvrdenie nebolo podložené žiadnym dôkazom, ale len hypotetickými tvrdeniami a úvahami účastníka SPIE, a.s., ktoré podľa Rady úradu neboli spôsobilé spochybníť úradom zistený skutkový stav, ktorý vychádzal z dôkazov riadne zaevidovaných v spise. Navyiac Rada úradu poukazuje zhodne s úradom na to, že aj keby bola ponuka tvorená z jedného cenového systému, teda v rozpore s preukázaným skutkovým stavom, je otázne, či by pri manuálnom porovnávaní boli u dvoch rôznych podnikateľov pri tak rozsiahlom objeme položiek dvaja rovnako „skúsení a trpezliví“ rozpočtári (viď vyššie uvedené vyjadrenie SPIE, a.s. k spôsobu identifikácie položiek), ktorí by identifikovali rovnaké položky v rozsahu, ako to preukázal úrad. Takýto predpoklad je ešte menej pravdepodobný vzhľadom na informáciu, ktorú poskytol účastník konania SPIE, a.s. v bode 56 jeho rozkladu, kde vo vzťahu k tvorbe ponuky uviedol, že cený boli tvorené čiastočne automaticky a následnou kontrolou „...po identifikácii položiek a ich kontrole sa vytvoril ich zoznam a výmer, pričom sa automaticky načítali aj predvolené orientačné jednotkové ceny z aktuálnej cenníkovej databázy CENEKON“.
192. Rada úradu teda súhlasí s postupom úradu, ktorý v situácii, kedy bolo v konaní preukázané, že účastník konania KLEMENT, a.s. nedisponoval systémom CENEKON 16, nedisponoval ponukami subdodávateľov, sám neidentifikoval spôsob tvorby rozpočtu, napriek tomu bola jeho ponuka zindexovaná konštantným indexom 0,94, resp. 1,06 s víťaznou ponukou, jeho ponuka obsahovala metadáta Alter Energo, a.s., stĺpec s cenami v časti jeho ponuky sa nachádzal v ponuke predloženej víťazom, nepristúpil na práce manuálne porovnávanie, ktoré by navyše neprinieslo vysvetlenia k markantnej časti zistených dôkazov.
193. V súvislosti s pomerne rozsiahlou argumentáciou účastníka konania SPIE, a.s., ako aj Alter Energo, a.s. k tomu, ako mohol mať KLEMENT, a.s. hypoteticky podľa ich názoru prístup k systému CENEKON 2016/1 a tomu, že úrad tieto tvrdenia

nepreveril Rada úradu uvádza, že úlohou úradu nie je preverovať hypotetické alternatívy predložené účastníkom vo vzťahu k inému účastníkovi. Úrad preveruje skutočnosti, ktoré majú racio a oporu v iných zisteniach. Ak účastník konania vyvracia závery úradu, je na ňom, aby svoje hypotézy podložil a nie ukladal úradu za úlohu vyvracať akúkoľvek myšlienku účastníka konania, ktorá nemá oporu v doposiaľ zistenom skutkovom stave. Na uvedenom nič nemení skutočnosť, že SPIE, a.s. svoje vysvetlenia a úvahy považuje za založené na reálnych skutkových zisteniach, ako namieta vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia. Rada úradu preskúmala skutkový stav, vrátane obsahu námietok a ich odôvodnenia účastníkom konania a dospela k vyššie uvedenému záveru vzhľadom na dôvody uvedené v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia.

194. V tomto ohľade sa Rada úradu nestotožnila ani s tvrdeniami účastníka konania založenými na jeho úvahách, že je „pravdepodobné, že spol. Klement použila rovnaké ponuky subdodávateľov ako Spoločnosť“ SPIE, a.s. (resp. víťaz) alebo tvrdenie, že spoločnosť KLEMENT, a.s. „evidentne na Slovensku softvér používala“ a „zrejme v inej než oficiálnej zakúpenej verzii“. Rada úradu na základe obsahu spisového materiálu konštatuje, že tieto tvrdenia sú len domnienky účastníka konania SPIE, a.s., ktoré nie sú podložené žiadnymi dôkazmi a tieto tvrdenia nepotvrďuje ani samotný KLEMENT, a.s., ktorého sa to priamo týka. Uvedené platí aj vo vzťahu k námietkam účastníka Alter Energo, a.s. v uvedenej oblasti.

195. Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že účastníci, hoci si boli vedomí východísk, z ktorých prvostupňový orgán vychádzal pri preukazovaní posudzovaného protisúťažného správania, nepredložili žiadne konkrétne podklady, ktorými by preukazovali, alebo bližšie odôvodňovali svoje alternatívne tvrdenia vo vzťahu k tvorbe cenových ponúk. V správnom práve je požadované, aby správny orgán vykonal všetky dôkazy, ktoré mohli prispieť k spoľahlivo zistenému skutkovému stavu, vyvrátil všetky námietky účastníkov konania, uniesol dôkazné bremeno, a teda naplnil zásadu materiálnej pravdy. Na druhej strane je ale účastník konania povinný na podporu svojich tvrdení navrhnuť dôkazy, ktoré sú mu známe (§ 34 ods. 3 Správneho poriadku). V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na prípad Aalborg Portland, kde Súdny dvor uviedol, že v prípade, že Komisia ustanoví, že podnikateľ sa zúčastnil protisúťažných opatrení, je na podnikateľovi, aby predložil nielen dokumenty, ktoré neboli zatiaľ sprístupnené, ale všetky prostriedky, ktoré má k dispozícii pre rozdielne vysvetlenie svojho správania. Následne, akékoľvek námietky voči prenášaniam znášania bremena dôkazu (na podnikateľa) sú neopodstatnené. Uvedený koncept korešponduje aj s rozhodnutím ESD vo veci T – 201/04 Microsoft v. Komisia.

196. Námietky účastníkov konania k jednotlivým dôkazom úrad v priebehu správneho konania preveroval a vyjadroval sa k nim. Ide teda o situáciu štandardne riešenú európskymi súdmi, keď tieto v súlade s predchádzajúcim bodom tohto rozhodnutia konštatovali, že v prípade preukázania porušenia a absencie iných dôveryhodných vysvetlení je na účastníkovi konania-

podnikateľovi, aby preukázal svoje tvrdenia⁵².

197. Rada úradu nepovažuje za preukázané ani tvrdenie účastníka konania SPIE, a.s., že KLEMENT, a.s. mohol zindexovať svoju ponuku s víťaznou, pokiaľ mu ju niekto poskytol (metadáta poukazujú na to, že bola zindexovaná naraz vo forme jedného zdrojového dokumentu), pričom SPIE, a.s. ju poskytnúť nemohol, nakoľko ňou nedisponoval. Podľa tohto tvrdenia víťaznú ponuku skompletizoval a predložil Alter Energo, a.s. a ten od SPIE, a.s. nedostal ponuku s inkriminovaným stĺpcom, naviac zdrojový dokument mohol pochádzať aj od KLEMENT, a.s. Naopak, zo spisu, ako aj prvostupňového rozhodnutia (pozri bod 284 - 285 prvostupňového rozhodnutia) vyplýva, že predmetnú časť ponuky (Sklad ZSD so stĺpcom 1,06), predloženú verejnému obstarávateľovi naposledy uložil zamestnanec SPIE, a.s., ktorý v nej robil posledné úpravy až po úpravách vykonaných účastníkom konania KLEMENT, a.s., pričom autorom oboch dokumentov bol zamestnanec SPIE, a.s. Uvedené preukazuje aj neopodstatnenosť námietky účastníka konania Alter Energo, a.s. podanej vo vzťahu k tvorbe ponuky v uvedenom zmysle (pozri aj bod 305 prvostupňového rozhodnutia).

198. Uvedené závery Rady úradu majú oporu aj priamo vo vyjadrení účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorý vo vzťahu k tvrdeniu SPIE, a.s. o tom, že tento nemal prístup k celej ponuke pred tým, ako bola poskytnutá KLEMENT, a.s. a teda ju musel poskytnúť konzorciálny partner uviedol, že túto časť ponuky do verejného obstarávania pripravovalo SPIE, a.s. a doklady, ktoré boli Alter Energo, a.s. poskytnuté od konzorciálneho partnera neboli Alter Energo, a.s. pred podaním ponuky nijako upravované a s ponukou nebolo nijako manipulované.

199. V tejto súvislosti Alter Energo poukázal na bod (284) prvostupňového rozhodnutia: *„Identický dokument bol KLEMENT-om predložený do súťaže. Úrad tento dokument porovnal s dokumentom „II_VV_SO 645_bleskozvod_maj 2016 final“, ktorý obsahuje problematický stĺpec „1,06“ a ktorý do súťaže predložil víťaz. Z vlastností dokumentu vyplýva, že jeho autorom je [.....] OU a naposledy upravil [.....] OU dňa 2.12.2016 o 17:15 h, obaja zamestnanci SPIE Elektrovod, a.s. Vzhľadom k tomu, že KLEMENT, a.s. vypracoval časť ponuky Sklad ZSD dňa 2.12.2016 o 10:56 h a víťaz (v tomto prípade SPIE Elektrovod, a.s.) toho istého dňa až o 17:15 h, možno usudzovať, že SPIE Elektrovod, a.s. mohol poznať v čase finalizovania predmetnej časti ponuky ceny KLEMENT, a.s., keďže tieto boli totožné s cenami v problematickom stĺpci „1,06“, ktorý sa nachádzal v ponuke predloženej víťazom do obstarávania a naposledy uloženej členom konzorcia SPIE Elektrovod, a.s.“.*

200. Alter Energo, a.s. poukázal na to, že podľa týchto skutkových zistení dokument týkajúci sa časti „Sklad ZSD“ vytvoril SPIE, a.s. 02.12.2016 v neskoršom čase ako podobný dokument vytvoril KLEMENT, a.s. Ponuka víťaza sa v týchto dňoch finalizovala, čo Alter Energo, a.s. nikdy nerozporovalo (finalizácia ponúk v posledných dňoch pred termínom predkladania ponúk všeobecne nie je

⁵² Vid' napr. Rozsudok SDEU C-199/92 P Huls, p. 155, kde súd konštatoval, že pravidlo, v zmysle ktorého v prípade preukázania porušenia súťažných pravidiel súťažnou inštitúciou je na podnikateľovi, aby preukázal opak, čo podľa súdu neznamená prenesenie dôkazného bremena na účastníka konania. Súd uviedol, že naopak, práve podnikatelia sú v pozícii, že by mali disponovať dôkazmi podporujúcimi ich tvrdenia.

neobvyklá), ale je vylúčené, aby Alter Energo, a.s. mohol poskytnúť spoločnosti KLEMENT, a.s. informáciu o cenách v časti ponuky, ktorú ešte neskôr v ten deň mal upravovať či pripravovať konzorciálny partner. Finálna ponuka sa potom kompletizovala dva dni pred podaním ponuky v priestoroch SPIE, a.s. (03.12.2016). Pokiaľ teda SPIE, a.s. tvrdí, že ceny k časti „Sklad ZSD“ malo Alter Energo, a.s. odovzdať KLEMENT, a.s. toto tvrdenie SPIE, a.s. nie je správne a nie je preukázané. V tejto súvislosti Rada úradu uvádza, že zohľadnením skutkového stavu dospela k záveru o účasti oboch členov konzorcia na protisúťažnom konaní a vysvetlenia SPIE, a.s., ktoré opakovane uviedol aj vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, vrátane námietky, že nie je zrejmý obsah úprav vykonaných zamestnancom SPIE, a.s., nemenia jej skutkové zistenia a závery. Dôvody, pre ktoré Rada dospela k svojim záverom vyplývajú z tohto rozhodnutia.

201. Účastník konania Alter Energo, a.s. sa v časti námietok stretáva s námietkami SPIE, a.s., napr. o tom, že účastník konania KLEMENT, a.s. mohol disponovať softvérom na tvorbu cenovej ponuky, a to aj vo vzťahu k tvorbe časti Sklad ZSD, že KLEMENT, a.s. mohol disponovať ponukami subdodávateľov a teda úrad mal doplniť dokazovanie vo vzťahu k manuálnemu porovnávaniu položiek. Alter Energo, a.s. zároveň navrhoval doplnenie dokazovania vo vzťahu k preskúmaniu servera účastníka konania KLEMENT, a.s. s cieľom preveriť, či disponoval prístupom do programu CENEKON 16/1. Rada úradu vo vzťahu k týmto námietkam poukazuje na svoje uvedené vyjadrenie, a to jednak vo vzťahu k prístupu KLEMENT, a.s. k programu CENEKON 16/1, ako aj k preukázaniu subdodávateľských ponúk pre KLEMENT, a.s. Zároveň Rada úradu zotrváva na svojej pozícii vo vzťahu k preverovaniu návrhov účastníkov konania na dokazovanie, kedy túto požiadavku hodnotila vo svetle zistení, ktoré majú oporu v spisovom materiáli a potenciálneho prínosu takéhoto návrhu. Napriek svojim námietkam účastníci konania SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia neuviedli nové relevantné skutočnosti, ktoré by neboli vyhodnotené v tomto rozhodnutí, vychádzajúcom z textu výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia.

202. Podľa Rady úradu správny orgán hodnotí dôkazy podľa svojej úvahy, a to každý dôkaz jednotlivo, a všetky dôkazy v ich vzájomnej súvislosti. Správny orgán nie je povinný vykonať dôkazy navrhnuté účastníkom konania, ak majú byť predmetom dokazovania skutočnosti, ktoré sú pre zistenie skutkového stavu veci a právne posúdenie zjavne nepotrebné alebo nadbytočné. Povinnosť správneho orgánu vykonať dôkazy navrhnuté účastníkom konania, teda nie je neobmedzená. Správny orgán má možnosť podľa svojej úvahy posúdiť, či sa niektorá skutočnosť ukázala v rámci dokazovania ako pravdivá, t. j. či sama o sebe je, ako dôkaz postačujúca, alebo či treba zadovážiť ďalšie dôkazy, ktoré vytvoria úplnejšie podklady pre rozhodnutie. Pri hodnotení dôkazov správny orgán hodnotí procesné dôkazy z hľadiska ich pravdivosti a dôležitosti pre rozhodnutie. Rada úradu neidentifikovala potrebu doplnenia dokazovania.

203. Účastník konania Alter Energo, a.s. namietal, že po prípadnom prepočte indexov na viacero desiatinných miest index nemusí nevyhnutne nasvedčovať koordinácii, pričom týmto sa úrad nezaoberal dostatočne podrobne. Zároveň namieta voči záverom úradu, že hodnota indexu 0,94 medzi KLEMENT,

a.s./víťazom neosciluje, naopak vykazuje konštantný index až na šesť desatinných miest v hodnote 0,943396. Toto však podľa Alter Energo, a.s. nie je presné a uvádza príklady, kedy uvedené nebolo naplnené. Účastník konania v rozklade namieta aj voči záverom úradu uvedeným v prvostupňovom rozhodnutí, keď úrad uviedol, že „opätovne prepočítal namietané hodnoty a zistil, že v objektoch, ktoré Alter Energo, a.s. uviedol ako príklady, je skutočná jednotková cena, ktorú obsahujú dotknuté bunky excelu, v položke 26 - [.....] Eur a nie [.....] Eur, v položke 18 – [.....] Eur a nie [.....] Eur a v položke 25 – [.....] Eur a nie [.....]“⁵³ Eur ako tvrdí Alter Energo, a.s. Vzhľadom na to, ak by Alter Energo, a.s. počítal so skutočnými hodnotami obsiahnutými v príslušných bunkách jeho súťažnej ponuky, dospel by k zhodným indexovým hodnotám ako úrad, teda ku konštantnému indexu v hodnote 0,943396. Vo vzťahu k indexom v časti Pracovné a ochranné pomôcky, v objekte ČPS 30.1 RIS a v objekte ČPS 30.7 VV úrad po ich opätovnom prepočítaní spôsobom ako je uvedený v predchádzajúcom bode zistil, že tieto sú konštantné a neoscilujú. Úrad však prehodnotil svoj záver vo vzťahu k objektu ČPS 07.2 VV, vo vzťahu ku ktorému po prepočítaní indexu 1,12 na viac desatinných miest zistil, že tento skutočne osciluje a teda ho úrad nebude dotknutú časť objektu ČPS 07.2 VV považovať za dôkaz o koordinácii.“

204. Účastník konania namietať takúto argumentáciu úradu, podľa neho z rozhodnutia nie je zrejmé či úrad skutočne vykonal podrobný prepočet, alebo prepočítal len selektívne niektoré položky pri niektorých častiach zákazky, čo Alter Energo, a.s. považuje za kategoricky nesprávne a odporujúce zásade materiálnej pravdy aj vyhľadávacej zásade, ktoré v správnom konaní platia. Zároveň uvedené podľa účastníka spochybňuje závery úradu o konštantnom indexe a teda mal úrad dospieť k záveru o neexistencii kartelu. V súvislosti s touto námietkou Rada úradu uvádza, že úrad v konaní uviedol, z akých podkladov vychádzal pri hodnotení skutkového stavu, ako aj to, akým spôsobom vypočítal index, ktorý následne preveroval. K spisu a jeho podkladom má prístup aj účastník konania, a teda ak má dôkaz o tom, že úrad vykonal prepočty chybné, je na ňom, aby vyvrátil tvrdenia úradu inak, ako iba teoretickým spochybňovaním bez konkrétnych prepočtov.

205. Úrad, v snahe vyhovieť námietke účastníka vykonal prepočty a z jeho záverov vyplýva, že postupoval presne tak, ako žiadal účastník konania, teda keď zistil, že hodnota osciluje, nepovažoval danú hodnotu za dôkaz. Rada úradu k uvedenému dopĺňa informáciu, že v časti Rozvodňa II index 0,94 po prepočítaní na viac desatinných miest je konštantný index v hodnote 0,943396 obsiahnutý v 40 stavebných objektoch. Okrem toho 13 stavebných objektov tejto časti rozpočtu vykazuje konštantný index v hodnote 0,941620. Rovnako konštantný index v hodnote 0,943396 vykazuje pomer cenových položiek v rozpočte Sklad-ZSD v časti „Bleskozvod“ a „Nový sklad – prívod EE“.

206. Alter Energo, a.s. tiež vo vzťahu k indexácii ako dôkazu protisúťažného správania namieta, že úrad selektívne akceptuje niektoré indexy a vysvetlenia a niektoré neakceptuje – nehodnotí dôkazy konzistentne a rovnako; ani v jednom z objektov či prevádzkových súborov nie je absolútna zhoda v 100% položkách medzi víťazom a spoločnosťou KLEMENT, a.s. čo narúša „vzorec správania“, podľa ktorého sa pri tvorbe cien mali KLEMENT, a.s. a víťaz medzi sebou

⁵³ OT Alter Energo, a.s., prístupné účastníkom konania

koordinovať. Vyjadrenia KLEMENT, a.s. vo vzťahu k jeho cenotvorbe nemajú výpovednú hodnotu vzhľadom na absenciu inštitucionálnej pamäte a teda len väčší výskyt indexov 0,94 a 1,06 na preukázanie koordinácie medzi KLEMENT, a.s./víťazom, v kontexte posudzovaného prípadu nepostačuje.

207. K uvedenému Rada úradu poukazuje na postup prvostupňového orgánu, ktorý vyvracia uvedené námietky. Z priebehu konania a dokazovania jednoznačne vyplýva, že úrad nevychádzal len z jedného dôkazu, ktorý by bol spochybnený tak, ako uvádza účastník konania, ale z celého súboru dôkazov, ktoré vo vzájomných súvislostiach viedli úrad k záveru o účastníkoch kartelu. Rada úradu neidentifikovala odlišný prístup vo vzťahu k jednotlivým účastníkom konania, ale práve naopak, úrad veľmi podrobne preveroval námietky všetkých účastníkov konania a v súlade so zásadou in dubio pro reo vyradil z okruhu dôkazov všetky, kde boli objektívne preukázané pochybnosti. Je paradoxné, že práve tento postup účastníci konania napádajú ako rozdielny prístup k jednotlivým účastníkom konania a diskrimináciu, čo však nie je objektívne. Zo spisu, ako aj z priebehu konania a textu rozhodnutia vyplýva, že rozdielne závery úradu vo vzťahu k jednotlivým účastníkom sa zakladajú na konkrétnych dôvodoch, uvedených v rozhodnutí. Rovnako z priebehu konania vyplýva, že úrad vzhľadom na rozdielne skutkové zistenia po preverení námietok účastníkov konania pristúpil aj k zmenám vo vzťahu k okruhu účastníkov kartelu, ktorý je predmetom tohto správneho konania, čo je tiež paradoxne účastníkmi konania úradu vyčítané.

208. Podľa Rady úradu prvostupňový orgán postupoval správne a podľa zásady materiálnej pravdy, keď v súlade s námietkami účastníkov konania preveroval ich tvrdenia a v prípade zmien v zistení skutkového stavu revidoval svoje zistenia najmä s ohľadom na zásadu in dubio pro reo. Hoci uvedené v tomto konaní viedlo k pomerne zásadným zmenám v okruhu účastníkov konania, uvedené nemôže byť označované ako nezákonný postup. Naopak, nezákonné by bolo, pokiaľ by úrad konštatoval nevinu aj u účastníkov konania, pri ktorých napriek prevereniu ich námietok neidentifikoval také zistenia, ktoré by menili skutkový stav a odôvodňovali zmenu záverov, teda oslobodil účastníkov konania, voči ktorým disponuje dôkazmi. Rada úradu sa nestotožňuje s tvrdením, že odlišné závery založené na rôznych skutkových zisteniach predstavujú diskrimináciu. Rada úradu považuje za dôvodné opätovne upozorniť na to, že jedine v ponuke KLEMENT, a.s./víťazná ponuka bol identifikovaný konštantný index v prevažnej väčšine položiek, jedine v ponuke víťaza bol na CD stĺpec s cenami KLEMENT, a.s. a jedine účastník konania KLEMENT, a.s. mal ponuku predloženú s metadátami zamestnanca Alter Energo, a.s. (s výnimkou ponuky víťaza, kde sú mená zamestnancov konzorcia logické).

209. Vo vzťahu k námietkam týkajúcim sa leniency žiadosti a jej dôveryhodnosti Rada úradu poukazuje na to, že úrad disponoval informáciou o rozsahu pamäte tohto účastníka konania a túto skutočnosť zohľadnil vo svojich zisteniach. Z priebehu prvostupňového konania vyplýva, že úrad dôkazy predložené leniency žiadateľom, vrátane jeho vyjadrení preveroval, a vždy svoje závery a postupy zdôvodnil vo svetle ostatných dôkazov.

210. Uvedené platí aj vo vzťahu k námietke účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorý ňou spochybňoval záver úradu, že KLEMENT, a.s. netvoril svoju ponuku

sám, nakoľko nebolo preukázané, že by mal ponuky od rovnakých subdodávateľov, ako bolo preukázané u iných účastníkov konania, nakoľko v konaní sa napokon preukázali nejakí subdodávatelia. Rada úradu poukazuje na to, že úrad v záujme vylúčenia pochybností ohľadom riadneho zistenia skutkového stavu vylúčil všetky časti, kde sa preukázalo, že KLEMENT, a.s. mohol disponovať ponukou subdodávateľov. Vo vzťahu k prevereniu tvrdení účastníkov konania o rovnakom cenovom základe vychádzajúcom z ponúk subdodávateľov úrad vykonal rozsiahle odkazovanie, keď tvrdenia účastníkov preveroval aj u subdodávateľov. Záver o tom, že u KLEMENT, a.s. nebolo možné konštatovať rovnaký cenový základ, ako u účastníkov konania, u ktorých indexy z tohto okruhu vylúčil nespočíva v diskriminácii, ale v tom, že u tohto účastníka konania mohol byť takto vysvetlený minimálny počet indexov a zároveň voči nemu úrad disponoval rozsiahlymi dôkazmi, okrem iného predloženými účastníkom konania KLEMENT, a.s. samotným, keď priznal vinu v leniency žiadosti.

211. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu nestotožňuje s námietkou účastníkov konania, že rozhodnutie je v rozpore s princípom obmedzenej voľnosti správneho rozhodovania, resp. diskrečnej právomoci a v rozpore so zásadou objektívnosti a nestrannosti.

K súborom s metadátami

- Úrad záver o spolupráci účastníkov konania, ktorí podali víťaznú ponuku s účastníkom konania KLEMENT, a.s. v procese prípravy ponúk do verejného obstarávania odôvodňuje aj existenciou **súborov s metadátami zástupcu víťaza – nacený výkaz výmer**, nachádzajúcich sa na serveri účastníka konania KLEMENT, a.s.
- Tieto súbory boli predložené účastníkom konania KLEMENT, a.s. v rámci leniency žiadosti ako dôkaz o zapojení sa tohto účastníka do kartelu.
- Tieto súbory boli pôvodne vytvorené zamestnancom spoločnosti Alter Energo, a.s., pričom úrad preukázal, že tieto súbory sa do dispozície účastníka konania KLEMENT, a.s. nemohli dostať od obstarávateľa.
- Keďže sa súbory nachádzali na serveri uchádzača KLEMENT, a.s., je nutné dôjsť k záveru, že tieto spoločnosti si vymieňali informácie a spolupracovali pri príprave svojich súťažných ponúk.

212. Účastníci konania SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. mali námietky ku skutkovým zisteniam úradu týkajúcim sa metadát.

213. SPIE, a.s. namietal, že tieto odkazujú na zamestnanca Alter Energo, a.s. a teda nepreukazujú jeho účasť na karteli. Rada úradu nespochybňuje, že úrad vychádza z predpokladu, že ide o meno zamestnanca Alter Energo, a.s. Na druhej strane skutočnosť, že ponuka účastníka konania KLEMENT, a.s. bola predložená s metadátami zamestnanca jednej zo spoločností, ktoré predkladali ponuku do verejného obstarávania, ktorá vykazuje známky indexácie s ponukou KLEMENT, a.s. treba zasadiť do celkového kontextu preukazovania predmetného kartelu.

214. Ďalej obaja účastníci konania namietali, že nie je zrejmé, že skutočne ide o zamestnanca účastníka Alter Energo, a.s., pričom tento navrhol doplniť dokazovanie v tomto smere a namietal, že úrad nezisťoval podrobnejšie možný

výskyt osoby s menom [.....] OU u účastníkov s cieľom identifikácie osoby, ktorá je uvedená v problematickom PDF dokumente nájdenom na serveri KLEMENT-u ako [.....] OU, ani nezohľadnil námietku účastníka, podľa ktorej osoba s rovnakým priezviskom môže pôsobiť u jedného zo subdodávateľov.

215. Rada úradu v tejto súvislosti v súlade so svojou vyššie uvedenou argumentáciou k spôsobu preukazovania skutkového stavu a viazanosti správneho orgánu návrhmi účastníkov na doplnenie dokazovania opätovne poukazuje na skutočnosť, že pri hodnotení návrhu na doplnenie dokazovania identifikácie osoby s menom [.....] OU úrad vychádzal zo svojich skutkových zistení. Rada úradu nespochybňuje tvrdenie, že zamestnanec účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorého tento účastník konania navrhol vypočuť ako svedka na ústnom pojednávaní, kde popisoval svoje pôsobenie u predmetného účastníka konania, nie je jediná osoba s takýmto priezviskom. Rade úradu je zrejмый aj obsah jeho výpovede o tom, že predmetnú ponuku nepripravoval. Avšak, tieto skutočnosti, rovnako ako návrh na doplnenie dokazovania je potrebné hodnotiť vo vzájomných súvislostiach. Rada úradu na základe dôkazov v spisovom materiáli má za to, že v kontexte ostatých zistení možno dospieť k záveru, že meno v metadátoch predmetného súboru je menom zamestnanca účastníka konania Alter Energo, a.s. a rovnako ako prvostupňový orgán nedospela k potrebe doplnenia dokazovania.
216. Ďalší okruh námietok účastníkov konania SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. sa týkal spoľahlivosti metadát dokumentov predložených leniency žiadateľom (s dátumom vytvorenia 30. novembra 2016 a menom autora [.....] OU). Tieto podľa účastníka konania SPIE, a.s. nepreukazujú, že k vytvoreniu obsahu daného dokumentu skutočne došlo 30. novembra 2016 a že autorom tohto obsahu bol skutočne [.....] OU. V zmysle týchto námietok sú metadáta manipulovateľné a nie sú vhodné na preukazovanie protisúťažného správania.
217. Vo vzťahu k tomuto okruhu námietok Rada úradu opätovne poukazuje na potrebu hodnotiť akékoľvek alternatívne vysvetlenia a spochybňovania zistení vo svetle ostatných dôkazov, ako aj na povinnosť oprieť alternatívne vysvetlenia o nejaký skutkový základ, alebo dôkazy. Rada úradu tiež opätovne poukazuje na to, že predmetom tohto správneho konania je preukázanie utajeného kartelu, v rámci ktorého je štandardné, že sa nepreukážu všetky podrobné skutočnosti. Naopak, zvyčajne je potrebné využiť správnu úvahu pri hodnotení skutkového stavu. Rada úradu má za to, že úrad postupoval správne, keď správnu úvahu uplatnil a túto založil na zisteniach, ktoré majú oporu v spise. Rada úradu v tvrdeniach účastníkov konania neidentifikovala dôkaz, alebo reálny základ ich námietok.
218. Rada úradu sa zaoberala aj námietkou účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorý konkrétne poukázal na porovnanie dvoch pdf dokumentov získaných zo servera KLEMENT, a.s. Podľa tejto námietky dokument „Biskup_pdf_nulové_pol“ v metadátoch síce obsahuje ako autora tiež osobu označenú ako [.....] OU, ale vytvorený mal byť zjavne v rovnakom čase ako problematický PDF dokument (vo Vyjadreniach ku Konaniu označovaný ako Dokument KLEMENT – Rekapitulácia) - tzn. 30.11.2016 o 09:13:41). Účastník konania tvrdí, že oba dokumenty boli vytvorené tou istou osobou pod rôznymi názvami, v tom istom okamihu. Zároveň bol dokument „Biskup_pdf_nulové_pol“ vytvorený softvérom

ABBY PDF Transformer+, kým problematický dokument bol vytvorený softvérom Adobe Acrobat Standard DC 15.6.30244. Účastník konania poukazuje na to, že „vytvorenie“ ako údaj v metadátoch dokumentu preukazuje akým softvérom a v akom presnom čase ten-ktorý dokument vznikol, nie kedy bol menený a pod. Tzn. pokiaľ tieto dva PDF dokumenty majú ako autora uvedenú osobu [.....] OU, je veľmi nepravdepodobné alebo až technicky nemožné, aby oba dokumenty boli v dvoch rôznych softvéroch vytvorené v identickom čase. Podľa účastníka konania sú tieto skutočnosti prípustné alternatívne vysvetlenie, že metadáta môžu byť manipulované, pričom úrad sa s touto jeho argumentáciou nevysporiadal. Rada úradu preskúmala obsah spisového materiálu a vo vzťahu k tvrdeniam účastníka konania poskytuje nasledujúce vysvetlenie.

219. Rada úradu identifikovala problematický dokument ako súbor z prílohy č. 6 leniency žiadosti, ktorého vizualizáciu priložila interným záznamom do spisu.⁵⁴ Z predmetného dokumentu vyplýva, že tento bol

- vytvorený autorom [.....] OU,
- dňa 30.11.2016, **10:13:41**,
- upravený dňa **30.11.2016, 10:13:41**,
- aplikáciou PScriptpt5.dll Version 5.2.2,
- PDF vytvoril **Adobe Acrobat Standard DC 15.6.30244**,
- veľkosť súboru **2.30 MB (2406974 bajtov)**.

220. Dokument „Biskup_pdf_nulové_pol“, ktorého vizualizácia je súčasťou rovnakého záznamu⁵⁵ je prílohou č. 6 k PMU/39/2021/OKT-4903/2021 Zápisu z overenia dát na serveri KLEMENT, a.s.⁵⁶ Z predmetného dokumentu vyplýva, že tento bol

- vytvorený autorom [.....] OU,
- dňa 30.11.2016, **9:13:41**,
- upravený dňa **2.12.2016, 7:16:43**,
- aplikáciou PScriptpt5.dll Version 5.2.2,
- PDF vytvoril **ABBY PDF Transformer+**,
- veľkosť súboru **2.14 MB (2244027 bytú)**,
- umiestnenie: **Z/Zalohy[.....]⁵⁷/N16398 Pod_Biskupice**.

221. Z uvedeného vyplýva, že námietka účastníka konania Alter Energo, a.s. nemá oporu v skutkovom stave, nakoľko predmetný dokument nebol vytvorený v tom istom čase, hoci bol vytvorený tou istou osobou [.....] OU, v jednom prípade o hodinu neskôr, v oboch prípadoch rovnakou aplikáciou. Avšak kým jeden súbor bol iba vytvorený a ďalej nebol upravovaný, druhý súbor bol ďalej upravovaný, naposledy 2.12. Okrem toho, že sa líši softvér, na ktorom bol vytvorený jeden a druhý súbor, líši sa aj ich veľkosť. Uvedené údaje podľa Rady úradu nasvedčujú tomu, že nejde o dva identické súbory vytvorené tou istou osobou v tom istom čase na dvoch softvéroch, ale tomu, že jeden súbor bol vytvorený na jednom softvéri (ten bol o dva dni naposledy upravovaný inou osobou), druhý o hodinu

⁵⁴ Interný Záznam č. PMU/278/2023/ODK-VK/58/2023

⁵⁵ detto

⁵⁶ Položka spisu č. VII/360.

⁵⁷ OU

neskôr na softvéri druhom. Námiety účastníka Alter Energo, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia neprinesli nové skutočnosti odôvodňujúce zmeny záveru Rady úradu vo vzťahu k tomuto okruhu námietok.

Záver Rady:

222. Rada úradu zistila, že úrad všetky vyššie uvedené zistenia a dôkazy v súlade s § 34 ods. 5 Správneho poriadku posúdil tak samostatne, ako aj vo vzájomných súvislostiach a dospel k záveru, že **zhoda cenových ponúk (indexov jednotkových cien jednotlivých položiek) uchádzačov v predmetnej verejnej súťaži je výrazná, neštandardná a nie je možné ju inak objektívne zdôvodniť ako tým, že ponuky účastníkov konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s. neboli pripravované samostatne a nezávisle, ale títo uchádzači svoj postup v procese prípravy ponúk do verejného obstarávania koordinovali.**
223. Rada úradu zdôrazňuje, že uvedená zhoda sa týkala drivej väčšiny položiek ponúk KLEMENT, a.s. a víťaznej ponuky - Rozvodňa II 89,93 %, Rozvodňa III 79,84 %, Sklad ZSD 95,83 %. Z uvedeného vyplýva, že sa teda týkala aj častí víťaznej ponuky pripravovanej pomocou oceňovacích softvérov, aj častí, kde boli cenovým základom ponuky subdodávateľov. Zároveň bola táto zhoda v podobe konštantného indexu 1,06, resp. 0,94 v závislosti od konkrétnej časti ponuky.
224. Rada úradu má za to, že **už sám uvedený ekonomický dôkaz predstavuje výrazný základ na preukázanie kolúzie vo verejnom obstarávaní účastníkov konania KLEMENT, a.s., SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. Tento dôkaz je navyše podporený ďalšími dôkazmi, v podobe stĺpca s číselnými údajmi z ponuky predloženými v ponuke účastníka konania KLEMENT, a.s. v časti ponuky vypracovanej účastníkom SPIE, a.s., ktoré sú navzájom v indexácii.**
225. Súbor dôkazov je **doplnený dôkazom predloženým leniency žiadateľom – účastníkom konania KLEMENT, a.s. spočívajúcim v súboroch nájdených na jeho serveri s metadátami zamestnanca účastníka konania Alter Energo, a.s., tým je výkaz výmer ponuky do predmetného verejného obstarávania.** Rada úradu v tejto súvislosti poukazuje na vyššie uvedenú argumentáciu v časti 7.2.2 Význam dôkazu predloženého leniency žiadateľom.
226. Podľa Rady úradu vysvetlenia predložené účastníkmi konania vo vzťahu k týmto dôkazom žiadnym hodnoverným spôsobom nedokázali spochybníť jednak zistenia úradu, jednak vyhodnotenie zistení ako následku kolúzie účastníkov. Rada úradu v tejto súvislosti tiež zdôrazňuje, že v prvom rade hodnotila stupeň a kvalitu preukázania tvrdení prvostupňovým orgánom. Po tom, čo dospela k záveru, že závery prvostupňového orgánu majú pevnú oporu v spisovom materiáli, pristúpila k analýze vysvetlení účastníkov konania.
227. Podľa Rady úradu tieto zistenia a dôkazy, na ktorých sú založené **predstavujú takú sériu nepriamych dôkazov, ktoré vytvárajú ucelenú a nepretržitú reťaz, ktorá nepripúšťa iný právne a vecne obhájitelný výklad ako ten, že účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s. pri príprave ponúk spolupracovali.**
228. Rada úradu k námietkam, že z prvostupňového rozhodnutia ako ani z jeho

odôvodnenia nevyplýva, ako a kedy mala vzniknúť dohoda, čo malo byť obsahom, ani odôvodnenie otázky zhodného prejavu vôle podnikateľov konať na trhu určitým spôsobom uvádza nasledujúce. Dohoda obmedzujúca súťaž je podľa § 4 ods. 1 zákona nielen ústny, alebo písomný prejav podnikateľov konania, ale súhlasný prejav vôle môže byť vyvodенý aj z konania podnikateľov. V súvislosti s preukázaním dohody obmedzujúcej súťaž nie je potrebné podľa Rady úradu popísať jej presný priebeh, ani klasifikovať, či došlo k rozdeleniu trhu formou geografického rozdelenia, alebo zákazníkovo, ani rotáciu ponúk a pod. Podľa Rady úradu je hlavným dôkazom, ktorým bola jednoznačne preukázaná koordinácia správania podnikateľov, cenová analýza vykonaná na základe predloženia cenových ponúk podnikateľov, pričom Rada úradu za súčasného preukázaného skutkového stavu považuje účastníkov konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s zodpovedných za dohodu obmedzujúcu súťaž. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že prvostupňový orgán neposudzoval predmetné konanie účastníkov konania ako dohodu v podobe ústneho, alebo písomného prejavu, ale posudzoval, či z konania uvedených podnikateľov možno vyvodit' súhlasný prejav vôle, ktorého cieľom, alebo následkom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže. Takýto postup je podľa Rady úradu plne v súlade so zákonom, ako aj príslušnou ustálenou judikatúrou, z ktorej vyplýva, že dohodou podnikateľov je aj zhodný prejav vôle strán, ktorý nemusí spĺňať ďalšie formálne požiadavky napr. vo forme písomnej dohody.

229. Prvostupňový orgán v predmetnom konaní zisťoval, či účastníci konania koordinovali svoje správanie pri účasti a predkladaní ponúk v predmetnom VO, teda či medzi nimi došlo k dohode obmedzujúcej súťaž, a teda k protisúťažnému správaniu. Za týmto účelom bolo povinnosťou prvostupňového orgánu získať dôkazy, ktoré preukážu existenciu dohody obmedzujúcej súťaž, ako aj individuálnu účasť podnikateľov, teda, že títo prejavili svoju vôľu zúčastniť sa na dohode obmedzujúcej súťaž, alebo ju reálne aplikovať v praxi. Prvostupňový orgán na základe dôkazov získaných analýzou cenových ponúk považoval za nepochybné, že v predmetnom VO bolo možné konanie účastníkov VO SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s. posúdiť ako protisúťažné vzhľadom na to, že predložili cenové ponuky vykazujúce existenciu zhody cenových indexov. Prvostupňový orgán po vyhodnotení námietok účastníkov konania nedospel k záveru o možnom inom vysvetlení takejto mimoriadnej zhody cenových ponúk dvoch uchádzačov, ktorí by mali byť nezávislí, ako tom, že podané cenové ponuky boli výsledkom predchádzajúcej dohody uchádzačov vo verejnom obstarávaní. Z prvostupňového rozhodnutia teda jednoznačne vyplýva, že prvostupňový orgán preukázal existenciu dohody obmedzujúcej súťaž a účasť uvedených účastníkov na nej, pričom rozhodujúcim, základným a kľúčovým bol ich zhodný prejav vôle spočívajúci v predložení cenových ponúk týmito podnikateľmi v predmetnej VO vykazujúcich mimoriadnu zhodu. Takýto nepriamy dôkaz je relevantným dôkazom o koordinovanom konaní podnikateľov v súlade s európskou judikatúrou a už sám o sebe dostatočne preukazuje koordináciu správania sa účastníkov predmetného VO.⁵⁸ Rada úradu má zároveň za to, že úrad vo svetle uvedeného samostatne preukázal účasť každého z členov konzorcia, ktorí podali spoločnú ponuku (každý vypracoval svoju časť ponuky a úrad disponuje dôkazmi o protiprávnom konaní

⁵⁸ V rozhodnutí ESD vo veci A.Ahlstrom a ďalší v Komisia -Woodpulp z 31.4.1993 ESD uviedol, že paralelné správanie nemôže byť považované za dôkaz o konzultácii medzi podnikateľmi s výnimkou, že konzultácie predstavujú jedinú dôveryhodné vysvetlenie pre takéto správanie.

vo vzťahu ku každej z častí ponuky), hoci sa v konaní jednotlivé dôkazy prelínajú a sú hodnotené vo vzájomných súvislostiach.

230. Rada úradu považuje postup prvostupňového orgánu za správny, majúci oporu v príslušnej judikatúre, z ktorej vyplýva, že vzhľadom na osobitý charakter súťažného práva, kde priame dôkazy existujú len zriedkavo, existenciu protisúťažného postupu možno preukázať aj na základe súboru nepriamych dôkazov, odvodených od správania podnikateľa na trhu, respektíve jeho iných prejavov, ktoré ako celok môžu predstavovať dôkaz o porušení súťažných pravidiel, pokiaľ neexistuje iné logické vysvetlenie pre takéto správanie⁵⁹.

231. Rada úradu v prvom rade uvádza, že v správnom práve sa neuplatňuje zásada legálneho poradia dôkazných prostriedkov alebo dôkazov a uplatňuje sa zásada voľného hodnotenia dôkazov. Na dokazovanie možno použiť všetky prostriedky, ktorými možno zistiť a objasniť skutočný stav veci a ktoré sú v súlade s právnymi predpismi a správny orgán hodnotí dôkazy podľa svojej úvahy, a to každý dôkaz jednotlivo a všetky dôkazy v ich vzájomnej súvislosti (§ 34 ods. 1 a 5 správneho poriadku). Rozdiel medzi priamymi a nepriamymi dôkazmi nie je v ich dôkaznej sile ale v tom, akým spôsobom sa viažu k skutku, ktorý je predmetom dokazovania. Priamy dôkaz priamo potvrdzuje alebo vyvracia dokazovanú skutočnosť a nepriamy dôkaz potvrdzuje alebo vyvracia skutočnosť pomocou inej skutočnosti, ktorá s dokazovanou súvisí nepriamo. Keďže dokázanie trestného činu nepriamymi dôkazmi pripúšťa dokonca aj trestné právo, podľa názoru Rady je dokazovanie nepriamymi dôkazmi v správnom práve nespochybniteľné.

232. Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že skutková podstata dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá je predmetom tohto správneho konania sa týka predovšetkým koluzívneho správania podnikateľov, t.j. konania, ktoré je možno predovšetkým charakterizovať ako utajené. S ohľadom na uvedené NS SR konštatoval, že, cit:

„Uvedený charakter skutkovej podstaty sťažuje, resp. priam znemožňuje využitie „klasických“ dôkazných prostriedkov, ktoré sú nosičmi priamych dôkazov, a naopak núti dozorný orgán uchýľovať sa k nepriamym dôkazom.

Potom nepriame dôkazy, t. j. indície a ich i dôkazná sila predovšetkým vyplývajú z aplikácie logických pravidiel myslenia (najmä logický dôkaz sporom), a preukazujú splnenie predpokladov protisúťažného cieľa. Obdobne aj z pohľadu komunitárneho práva boli vymedzené kritériá, na ktorom podklade je možné vyvodit' predpoklad existencie protisúťažného cieľa. Tými sú :

⁵⁹ Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 24. marca 2011 vo veci T-377/06 Comap SA v. Európska komisia, Zb. [2011], s. II-01115, bod 58;; Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 25. januára 2007 vo veci C-403/04 P a C-405/04 P Sumitomo Metal Industries a Nippon Steel v. Európska komisia, Zb. [2007], s. I-00729, bod 51.

Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 7. januára 2004 vo veci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P Aalborg Portland a i. v. Európska komisia, Zb. [2004], s. I-00123, body 55 – 57 „Pritom je bežné, že činnosti v rámci protisúťažných postupov a dohôd sa uskutočňujú tajne, stretnutia sa uskutočňujú potajomky a na ne sa vzťahujúca dokumentácia je obmedzená na minimum. Z toho vyplýva, že ak aj Komisia objaví písomnosti jasne potvrdzujúce protiprávne naviazanie kontaktu medzi hospodárskymi subjektmi, tieto písomnosti obyčajne budú len zlomkovité a nesúrodé do tej miery, že je často nutné vyvodit' niektoré detaily prostredníctvom dedukcií. Vo väčšine prípadov sa preto existencia protisúťažného postupu alebo dohody musí vydedukovať z určitého množstva zhôd okolností a znakov, ktoré posudzované ako celok môžu v prípade neexistencie iného koherentného vysvetlenia predstavovať dôkaz porušenia pravidiel hospodárskej súťaže“.

- obsah konania vo vzájomnej zhode; vid' najmä rozsudky zo dňa 30. júna 1966, LTM (56/65, str. 337, 359); zo dňa 08. novembra 1983, IAZ International Belgium a spol. v. Komisia (sp. zn. C-96/82 až 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 a 110/82, marg. č. 25) a zo dňa 20. novembra 2008, Beef Industry Development Society a Barry Brothers (ďalej aj „BIDS“, sp. zn. C-209/07, Zb. rozh. str. 1-8637, marg. č. 16), a

- účel konania vo vzájomnej zhode; vid' najmä hore citovaný rozsudok LTM (str. 359); rozsudky zo dňa 01. februára 1978, Miller v. Komisia (C-19/77, str. 131, marg. č. 7); zo dňa 28. marca 1984, C RAM a Rheinzink v. Komisia (C-29/83 a 30/83, str. 1679, marg. č. 26); zo dňa 06. apríla 2006, General Motors v. Komisia (C-551/03, Zb. rozh. str. 1-3173, marg. č. 66), a hore citovaný rozsudok vo veci účastníka BIDS, s tou výhradou, že subjektívne úmysly dotknutých podnikov sú pri najlepšom určitom návodom, avšak nie sú rozhodujúce; vid' už citované rozsudky IAZ International Belgium ii spol. v. Komisia (marg. č. 25) a General Motors v. Komisia (marg. č. 77 a 78); v obdobnom /mysle aj rozsudok BIDS (marg. č. 21).

Rovnako je nutné zohľadniť hospodárske a právne súvislosti, pri ktorých ku konaniu vo vzájomnej zhode došlo; vid' už citovanú rozsudky LTM (str. 359), IAZ International Belgium a spol. v. Komisia (marg. č. 25), CRAM a Rheinzink v. Komise (marg. č. 26), General Motors v. Komisia (marg. č. 66), a BIDS (marg. č. 16) ako aj rozsudok zo dňa 13. júla 1966 vo veci účastníkov Consten a Grundig v. Komisia (C-56/64 a 58/64, str. 429, 496).

Potom žalovaný ako aj jeho prvostupňový správny orgán konali riadne v zmysle horecitovanej judikatúry SD EÚ a ustanovení zákona č. 136/2001 Z. z., keď začali vyhodnocovať mimoriadnu a výraznú zhodu cenových ponúk jednotlivých uchádzačov v súťaži so záverom, že takáto zhoda nie objektívne vysvetliteľná inak, ako dôsledok uzavretia dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.“⁶⁰

233. Úrad pri preukazovaní dohody obmedzujúcej súťaž prostredníctvom dôkazov získaných analýzou cenových ponúk, vychádzal aj z rozhodovacej praxe Rady úradu,⁶¹ v zmysle ktorej takto získané indicie môžu byť využité ako nepriame dôkazy za predpokladu, že nie je možné žiadne iné logické vysvetlenie zistených skutočností, tieto skutočnosti konzistentne poukazujú na protisúťažné konanie a toto protisúťažné konanie možno na základe týchto dôkazov dostatočne určito definovať. Obdobné vyplýva aj z rozhodnutia Najvyššieho súdu SR R 38/1968, podľa ktorého „**Súhrn nepriamych dôkazov na preukázanie viny obvineného musí tvoriť logickú a ničím nenarušovanú sústavu navzájom dopĺňajúcich dôkazov, ktoré vo svojom celku nielen spoľahlivo preukazujú všetky okolnosti zažalovaného skutku a z jeho spáchania usvedčujú obvineného, ale súčasne vylučujú možnosť akéhokolvek iného záveru**“. Identifikácia nezvyčajnej zhody v cenových ponukách predložených v predmetnom VO prostredníctvom cenových indexov, ktoré sú základom preukázania účasti podnikateľov SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., a KLEMENT, a.s. na dohode obmedzujúcej súťaž, je štandardným dôkazným prostriedkom v prípade preukazovania dohôd obmedzujúcich súťaž v procese verejného obstarávania. Takýto postup má oporu aj v rozsudku NS SR zo dňa 30. decembra 2013, sp. zn. 1Sžhpu/1/2009.⁶²

⁶⁰ Rozsudok NS SR zo dňa 30. decembra 2013, sp. zn. 1Sžhpu/1/2009, str. 57.

⁶¹ Rozhodnutie Rady úradu 2015/KH/R/2/004, bod 100.

⁶² „.....Ako nepriamy dôkaz môže byť za určitých okolností použité faktické správanie súťažiteľov na trhu,

234. Z prvostupňového rozhodnutia zároveň vyplýva, že prvostupňový orgán sa zaoberal argumentmi účastníkov konania, ktoré predložili úradu ako iné vysvetlenie skutočností, ktoré úrad považoval za nepriame dôkazy, avšak nedospel k záveru o ich hodnovernosti.
235. Vo vzťahu k námietke účastníkov konania týkajúcej sa formy dohody obmedzujúcej súťaž Rada úradu uvádza, že prvostupňový orgán jednoznačne identifikoval obsah predmetnej dohody obmedzujúcej súťaž, keď konštatoval, že obsahom posudzovanej dohody bolo priame alebo nepriame určenie cien tovaru, rozdelenie trhu a koordinácia postupu (kolúzia) v procese verejného obstarávania, účastníci konania v procese prípravy súťažných podkladov vypracovali svoje cenové ponuky koordinovane, čím znížili úroveň súťaže, a preto bola dohoda posudzovaná ako dohoda, ktorej cieľom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže v zmysle § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona účinného do 30.06.2014. Zároveň Rada úradu poukazuje na to, že pri kolúzii vo verejnom obstarávaní, ku ktorej došlo medzi účastníkmi konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a. s., a Liv Elektra, a.s., nie je podstatné, akú formu má takáto dohoda. Kolúziu predstavuje dojednanie podnikateľov, ktorého prejavom je predloženie ponúk, ktoré majú ambíciu zabezpečiť víťazstvo jedného z uchádzačov, pričom ponuky ostatných uchádzačov sú tzv. krycie ponuky.
236. Vo vzťahu k preukázaniu účasti jednotlivých podnikateľov na dohode obmedzujúcej súťaž v zmysle preukázania, že podnikatelia prispeli svojim správaním k cieľom dohody, že mali vedomosť o plánovaných, alebo uskutočnených konaniach za účelom dosiahnutia takéhoto cieľa, alebo že takýto cieľ mohli rozumne predvídať a boli pripravení znášať jej riziko, Rada úradu uvádza nasledujúce.
237. V prípade preukazovania dohôd obmedzujúcich súťaž je vo všeobecnosti potrebné preukázať účasť jednotlivých strán dohody obmedzujúcej súťaž, t.j. akou mierou na nej jednotlivé strany participovali. Každý prípad je však potrebné posudzovať jednotlivo a v konkrétnom právnom a ekonomickom kontexte daného prípadu. Iný spôsob preukazovania sa bude viazať napr. v prípade dohody obmedzujúcej súťaž, ku ktorej dôjde výmenou trhovo senzitívnych informácií na niekoľkých stretnutiach podnikateľov, kde bude úrad preukazovať, či a na koľkých stretnutiach sa podnikatelia zúčastnili, do akej miery prispeli k výmene informácií a pod.
238. V prípadoch posudzovania konania podnikateľov ako je posudzované aj v tomto správnom konaní je potrebné na preukázanie dohody obmedzujúcej

pokiaľ indikuje koordinovanosť a pokiaľ sa nedá vysvetliť inak ako priamy dôsledok predchádzajúcej komunikácie na danú tému. ...“. (str. 64)

„...Potom žalovaný ako aj jeho prvostupňový orgán konali riadne v zmysle hore citovanej judikatúry SD EÚ a ustanovení zákona č. 136/2001 Z. z., keď začali vyhodnocovať mimoriadnu a výraznú zhodu cenových ponúk jednotlivých uchádzačov v súťaži so záverom, že takáto zhoda nie je objektívne vysvetliteľná inak ako dôsledok uzavretia dohody obmedzujúcej súťaž.“. „...Najvyšší súd akceptuje argumentáciu žalobcov potiaľ, že tento dôkaz (rozumej zhoda jednotkových cien všetkých 880 položiek predložených prostredníctvom ponúk účastníkov verejnej súťaže) je nepriamy, ale na druhej strane s odkazom na judikatúru SD EÚ zdôrazňuje, že aj tak ide o relevantný dôkaz v konaní, a preto boli žalobcovia zaťažení bremenom, aby v rámci svojho procesného práva na obranu hodnoverne vysvetlili túto cenovú zhodu inak, ako ju vysvetľuje žalovaný“. (str. 58)

súťaž využívať iné dôkazné prostriedky. Z vyššie uvedeného vyplýva, že úrad vo vzťahu k účastníkom konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s. založil svoje závery o dohode obmedzujúcej súťaž na nepriamych dôkazoch, ktorými sú predovšetkým ekonomické dôkazy a súbory s metadátami. Ťažisko dôkazných prostriedkov predstavujú ekonomické dôkazy.

239. Ekonomickým dôkazom môžu byť konštantné indexy, ktoré museli byť dosiahnuté správaním vo forme kolúzie ako v tomto prípade, a to za predpokladu, že kolúzia je jediným vysvetlením správania pre určitú situáciu (v tomto prípade mimoriadnu konštantnosť indexov v cenových ponukách). Tak ako vyplýva z vyššie uvedeného, v tomto prípade Rada úradu na základe dokazovania prvostupňového orgánu, dospela k tomu, že neexistuje iné prijateľné vysvetlenie pre takúto mieru zhody iba také, že došlo ku kolúzii medzi podnikateľmi SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a. s., pričom miera ich participácie na kolúzii je rovnaká. Podľa Rady úradu bol skutkový stav dostatočne preukázaný, a preto sa nestotožnila s námietkou účastníka konania.

240. Vo vzťahu k námietke účastníka konania SPIE, a.s. týkajúcej sa nepreukázania komunikácie účastníkov konania a teda povinnosti zastaviť konanie v súvislosti so svojou predchádzajúcou rozhodovacou praxou Rada úradu uvádza nasledujúce. Účastník konania poukázal na rozhodnutie č. 2021/DOH/POK/1/76 z 22. decembra 2021. Rada úradu v tejto súvislosti považuje za podstatné, že v prípade konania voči spoločnosti STAVOR, spol. s r. o. išlo o prípad spoločnosti, ktorá neniesla zodpovednosť za konanie fyzickej osoby, ktorá nemala právo konať a vystupovať v mene spoločnosti STAVOR, spol. s r.o. Táto fyzická osoba v podstate zneužila údaje spoločnosti STAVOR, spol.s.ro., aby podala kryciu ponuku v prospech BECO spol. s r.o. V prípade uvádzanom účastníkom konania sa nepreukázala vedomosť štatutára spoločnosti STAVOR, spol. s r.o., resp. podnikateľa ako takého o dohode, ako aj o následnom podaní súťažnej ponuky v jej mene touto fyzickou osobou. Podľa záveru úradu nebolo možné v súlade s platnými právnymi predpismi prisúdiť zodpovednosť podnikateľovi STAVOR, spol. s r.o. za účasť na posudzovanej dohode.

241. Vzhľadom na to, že predmetom tohto konania je kolúzia vo verejnom obstarávaní, kde jedna z ponúk, ktoré boli predkladané koordinovane je víťazná ponuka konzorcia SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., Rada úradu neidentifikovala podobnosť s prípadom, na ktorý odkazuje účastník konania. Rada úradu poukazuje na to, že v tomto správnom konaní má za preukázané, že predmetná ponuka bola sčasti vypracovaná aj účastníkom konania SPIE, a.s., pričom disponuje dostatočnými dôkazmi o tom, že účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. uzavreli dohodu obmedzujúcu súťaž. Rada úradu teda nepovažuje za relevantné porovnávanie skutkového stavu a záverov úradu v tomto správnom konaní a v konaní voči STAVOR, spol. s r.o.

242. K stupňu preukázania skutočností v tomto správnom konaní sa Rada úradu vyjadrila vyššie a má za to, že protisúťažné správanie účastníkov konania bolo jednoznačne preukázané dostatočným spôsobom a tvrdenie o tom, že úrad nepredložil žiaden relevantný dôkaz preukazujúci jeho závery nie sú pravdivé. Zároveň Rada úradu nezistila pochybenia vo vzťahu k naplneniu zásady

legitímnych očakávaní. Rada úradu v prvom rade posudzovala preukázanie skutkového stavu v tomto konaní a spôsob odôvodnenia záverov úradu. Podľa Rady úradu je každý prípad špecifický vzhľadom na okolnosti daného prípadu a dôkazy získané v konaní. Rada úradu má za to, že úrad nie je automaticky a za každých okolností viazaný svojimi predchádzajúcimi rozhodnutiami v iných správnych konaniach, ale musí vždy posúdiť okolnosti každého prípadu samostatne, keďže jednotlivé prípady vykazujú vždy určité odlišnosti a špecifiká. Rešpektovanie zásady legitímnych očakávaní teda neznamená, že úrad musí rozhodovať vždy zhodne, ale to, že svoje závery musí dostatočne odôvodniť. Obzvlášť pri vyhodnocovaní rôznych nepriamych dôkazov nie je možné stanoviť určitú „šablónu“, podľa ktorej by úrad vždy postupoval. Iné posúdenie preukázania skutkového stavu v prípade využitia nepriamych dôkazov v porovnaní s predchádzajúcimi rozhodnutiami úradu teda automaticky neznamená porušenie zásady legitímnych očakávaní, keďže súbor dôkazov je v každom konaní iný. Rada úradu po preskúmaní postupu prvostupňového orgánu nezistila pochybenia v zmysle námietok účastníkov konania, tento náležite odôvodnil odlišnosť prípadov, na ktoré poukazovali účastníci konania ako na rozhodnutia zaväzujúce úrad zastaviť konanie aj v tomto prípade.

243. K námietke porušenia zásady in dubio pro reo, in dubio pro mitius Rada úradu uvádza, že je v prvostupňovom rozhodnutí podľa jej názoru dostatočne odôvodnený spôsob vymedzenia skutku prvostupňovým orgánom a zákonnosť jeho postupu, ktorý má oporu aj v ustálenej európskej judikatúre, ktorá štandardne akceptuje preukázanie dohody obmedzujúcej súťaž súborom nepriamych dôkazov doplnených výkladom a dedukciou. Rovnako má Rada úradu za to, že v predchádzajúcich častiach tohto dokumentu vyjadrila svoje závery k postupu prvostupňového orgánu vo vzťahu k preukázaniu protisúťažného správania účastníkov konania, následkom ktorého bolo uzatvorenie dohody obmedzujúcej súťaž. Podľa Rady úradu preto vo vzťahu k účastníkom konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a. s. nenastala situácia, kedy by bolo relevantné uplatnenie zásady in dubio pro reo a in dubio pro mitius. Podľa Rady úradu v predmetnom správnom konaní bolo uzatvorenie protisúťažnej dohody medzi týmito účastníkmi konania dostatočne preukázané súborom relevantných nepriamych dôkazov a závery úradu neboli vyvrátené argumentmi účastníkov konania.

7.2.6 Skutkové zistenia vo vzťahu k Liv Elektra, a.s.

244. Rada úradu zistila, že úrad vo vzťahu k tomuto účastníkovi konania svoje skutkové zistenia zakladal na nasledujúcich skutočnostiach:

- Úrad preskúmaval nájdenú indexáciu v časti Rozvodňa II v šiestich stavebných objektoch v troch rovnakých položkách medzi cenovými ponukami uchádzača Liv Elektra, a.s. a víťaza, ako aj indexáciu v časti Rozvodňa III medzi Liv Elektra, a.s. a EGEM, s.r.o.
- Úrad sa tiež zaoberal podozrením o možnej nedovolennej komunikácii medzi uchádzačom Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s. ohľadne TTŠ, ktoré vyplynulo z podanej žiadosti o zníženie pokuty.

Ku komunikácii Liv Elektra, a.s a KLEMENT, a.s.

- Komunikácia prebiehala medzi zástupcom podnikateľa KLEMENT, a.s. a podnikateľa Liv Elektra, a.s. v dvoch kolách a jej predmetom bola žiadosť uchádzača KLEMENT, a.s. o výpomoc pri vypracovaní ponuky, ktorú tento pripravoval na predloženie v predmetnom verejnom obstarávaní (prvé kolo komunikácie) a na doplnenie informácií, na ktoré bol KLEMENT, a.s. vyzvaný verejným obstarávateľom po predložení predmetnej ponuky.
- Prvá časť predmetnej komunikácie sa týkala vypracovania časti ponuky účastníka konania KLEMENT, a.s., keď pred termínom podania ponuky tento žiadal svojho konkurenta, Liv Elektra, a.s. o pomoc s technickou špecifikáciou. Zamestnanec Liv Elektra, a.s. túto pomoc poskytol, pričom odpoveď dáva v kópii aj na člena Dozornej rady Liv Elektra, a.s., pána [.....] OU, jeho úpravy sú v metadátach súborov, ktoré poskytol leniency žiadateľ.
- Táto komunikácia bola predložená účastníkom konania KLEMENT, a.s. v rámci leniency žiadosti ako dôkaz o zapojení sa tohto účastníka do kartelu.
- Úrad pri posúdení e-mailovej komunikácie týkajúcej sa TTŠ zobral do úvahy vysvetlenie predložené účastníkmi správneho konania (išlo o neutajované, u dodávateľa bežne dostupné informácie).
- Z doplnenia výzvy pred vydaním rozhodnutia I vyplýva, že úrad túto komunikáciu považoval za dôkaz preukazujúci protisúťažné správanie, ktorý prispel k preukázaniu účasti podnikateľov KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. na predmetnej kartelovej dohode.
- V priebehu prvostupňového konania pred vydaním prvostupňového rozhodnutia 2021 však úrad svoj záver prehodnotil, zohľadnil pritom vyjadrenie účastníka konania Liv Elektra, a.s., ktorý uviedol, že sa nejedná o komunikáciu citlivých skutočností, ide o informácie technickej povahy poskytované dodávateľom všetkým záujemcom, teda by ich poskytol aj účastníkovi KLEMENT, a.s., pričom člen Dozornej rady poveril zamestnanca k vypracovaniu, keď takú požiadavku dostali.
- Rada úradu v rozhodnutí 2023 vo vzťahu k tomuto dôkazu uložila povinnosť zohľadniť celkový kontext komunikácie, nielen izolovane samostatne jej predmet a doplniť odôvodnenie záveru, ku ktorému úrad dôjde.
- Úrad pri posudzovaní tohto dôkazu poukázal na skutočnosť, že podnikateľ, ktorý má reálny záujem v obstarávaní zvíťaziť a získať zákazku, ktorá v tomto prípade mala hodnotu takmer 38 mil. eur, nemôže vypracovať časť súťažnej ponuky za iného uchádzača (konkurenta), lebo tým priamo ohrozuje svoju pozíciu v súťaži.
- Úrad dospel k záveru, že podnikateľ, ktorý tak urobí a poskytne informácie, hoci i technického charakteru, svojmu konkurentovi, mu tým poskytuje pomoc, ktorá je v priamom rozpore s princípom súťaženia a podnikateľskej rivality, ktorá je typická pre proces verejných obstarávaní.
- Úrad preto dospel k záveru, že bez ohľadu na charakter vymieňaných informácií spoločnosť **Liv Elektra, a.s.** poskytnutím informácií o výrobcoch a ich produktoch **pomohla svojmu konkurentovi splniť podmienky účasti v obstarávaní, čo nasvedčuje nedovolenej koordinácii týchto podnikateľov** vo verejnom obstarávaní (pozri bližšie bod 182 prvostupňového rozhodnutia a nasledujúce).
- Úrad túto elektronickú komunikáciu považuje za **priamy dôkaz o koordinácii** Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s. vo verejnom obstarávaní.

K indexácii ponuky Liv Elektra, a.s. a víťaznej ponuky

- Úrad identifikoval zhodu v 6 stavebných objektoch z celkových 58 v časti Rozvodňa II, teda o zhodu v 17 položkách, čo predstavuje **0,43** % z celkovo nacených položiek v tejto časti rozpočtu.
- V konaní bol preukázaný rovnaký základ ceny zhodných subdodávateľských ponúk (pozri bod 102 prvostupňového rozhodnutia).
- Nájdená zhoda bola vysvetlená tým, že predmetné položky boli ocenené špecifickým spôsobom vychádzajúcim zo subdodávateľských cien, ktoré boli následne upravované v softvéri CENKROS pomocou automatického navýšenia cien o rovnaký koeficient.

K indexácii ponuky Liv Elektra, a.s. a EGEM s.r.o.

- Úrad identifikoval zhodu v dvoch objektoch z celkového počtu 26 v časti Rozvodňa III a to v 52 položkách, čo predstavuje **3,84** % z celkovo nacených položiek v tejto časti rozpočtu.
- V konaní bolo preukázané, že obaja uchádzači vychádzali z rovnakého cenového základu, keďže disponovali ponukami od rovnakých subdodávateľov, ktorí im v prípade víťazstva mali poskytnúť dodávky časti tovarov.
- Nájdená zhoda vyplývala z rovnakého základu ceny zhodných subdodávateľských ponúk (pozri bod 134 prvostupňového rozhodnutia), čím bola zistená indexácia vysvetlená.

Záver Rady:

245. Rada úradu preskúmala zistenia úradu. Úrad v prvostupňovom rozhodnutí dospel k záveru, že aj podnikateľ Liv Elektra, a.s. bol súčasťou protisúťažného správania vo forme dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, ktoré konkrétne spočívalo v koordinácii postupu niekoľkých podnikateľov pri príprave a predkladaní súťažných ponúk v procese verejného obstarávania s predmetom zákazky Realizácia stavby „Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu“, vyhláseného SEPS.

246. Úrad v konaní zistil, že podnikateľ Liv Elektra, a.s. svojmu konkurentovi zabezpečil časť súťažnej ponuky, keď za neho vyplnil povinné informácie o viacerých dodávateľoch a parametroch ich produktov, ktoré by si inak musel podnikateľ KLEMENT, a.s. získavať sám oslovením týchto dodávateľov. Podnikateľ KLEMENT, a.s. konkrétne oslovil podnikateľa Liv Elektra, a.s. so žiadosťou o vyplnenie tabuliek technických špecifikácií - TTŠ, a to keď zostávalo do skončenia lehoty na predkladanie ponúk v súťaži už iba 5 dní.

247. Obstarávateľ pritom dokonca dodatočne požiadal uchádzača KLEMENT, a.s., aby tieto mu chýbajúce informácie doplnil, aby mohol splniť podmienky účasti v súťaži. V tejto dodatočne obstarávateľom poskytnutej lehote podnikateľ KLEMENT, a.s. paradoxne neoslovil so žiadosťou o informácie dotknutých dodávateľov, ale opakovane sa obrátil na svojho konkurenta v obstarávaní podnikateľa Liv Elektra, a.s., aby tento za neho dané chýbajúce informácie doplnil.

248. Uvedený dôkaz o tejto spolupráci pritom predložil po odoslaní výzvy pred

vydaním prvostupňového rozhodnutia 2021 samotný účastník konania KLEMENT, a.s. v rámci svojej žiadosti o zníženie pokuty.

249. Úrad v konaní teda posudzoval, či aj takýmto správaním, t.j. zabezpečením predmetných informácií - tabuliek TTŠ pre konkurenta došlo medzi uchádzačmi k narušeniu procesu súťaženia a dospel k záveru, že tomu tak bolo.

250. Úrad v prvom rade zohľadnil, že podnikateľ, ktorý má skutočný a vážny záujem uspieť v súťaži nemá súčasne záujem pomáhať svojmu priamemu konkurentovi v danej súťaži a tak mu zlepšovať šancu získať zákazku, v tomto prípade až v hodnote 38 miliónov eur, o ktorú má on sám záujem.

251. Úrad pri posudzovaní vychádzal zo skutočnosti, že podnikateľ, ktorý chce skutočne uspieť v súťaži, by mal poznať aj svojich možných subdodávateľov, najmä pri tak veľkej zákazke, ako tomu bolo v tomto prípade. Ak si teda podnikateľ počas vypracovania súťaženej ponuky nezískava sám potrebné informácie oslovením svojich potenciálnych subdodávateľov, možno odôvodnene predpokladať, že nemôže mať seriózný záujem v zákazke zvíťaziť a v budúcnosti ju aj realizovať.

252. Úrad tiež konštatoval, že aj výmena iných ako len vyslovene citlivých informácií môže byť posúdená ako nedovolená koordinácia ponúk, ktorá má za cieľ obmedzenie súťaže, ak sa zistí, že táto výmena napomohla inému uchádzačovi zvýšiť jeho šance na víťazstvo v súťaži alebo mala vplyv na vyhodnotenie súťažných ponúk obstarávateľom. Nie je teda pravdou, čo uvádza účastník konania vo svojom vyjadrení, že Rada úradu vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia prichádza s novým právnym posúdením ohľadne výmeny iných informácií ako je cena a podobné citlivé informácie. Už úrad vo svojom rozhodnutí poukazuje na možnosť obmedzenia súťaže aj cez iné ako vyslovene citlivé, utajované informácie, ak tieto napomáhajú konkurentovi a zvyšujú jeho šance v súťaži, čo je nepochybne neštandardný postup pre súťaženie. V tomto prípade obstarávateľ vyzýval opakovane spoločnosť KLEMENT, a.s. na doplnenie týchto informácií, keďže tieto boli povinnou súčasťou súťažnej ponuky. Účastník konania zavádza, keď uvádza, že nešlo o dôležitú časť pre vyhodnotenie a bolo to riešené iba poskytnutím dodatočnej lehoty. Ak by tomu tak bolo, nebol by obstarávateľ uchádzača opätovne vyzýval na predloženie danej časti a tento by sa neusiloval už dodatočnú lehotu skutočne splniť. Ak by nesplnenie tejto podmienky nemalo za následok neúspech v súťaži, nie je zrejmé prečo by KLEMENT, a.s. dokonca žiadal niekoho iného o výpomoc len aby danú lehotu splnil. V tomto prípade ponuka KLEMENT, a.s. práve vďaka pomoci od konkurenta Liv Elektra, a.s. nebola zo súťaže vylúčená a tak sa zabezpečila jeho možnosť uchádzať sa predložením ponuky o víťazstvo.

253. Rada úradu sa s celkovým záverom prvostupňového orgánu stotožnila. Voči záverom úradu podal účastník konania Liv Elektra, a.s. rozsiahle námietky. Rada úradu má za to, že prvostupňový orgán svoje závery dostatočne odôvodnil a tým vyvrátil jednotlivé námietky tohto účastníka konania a nepovažuje za účelné opätovne túto argumentáciu prepisovať. Vo vzťahu k námietkam účastníka konania Liv Elektra, a.s. Rada úradu poukazuje na body 337 – 372 prvostupňového rozhodnutia.

254. Rada úradu tiež zohľadnila námietky účastníka konania Liv Elektra, a.s., keď hlavná argumentačná línia sa týkala toho, že úrad získal iba jediný dôkaz jeho spolupráce v rámci danej súťaže, pričom predložená e-mailová komunikácia sa týkala výmeny informácií pri príprave ponúk v časti, ktorá ani nebola kritériom na vyhodnotenie ponúk a týkala sa komerčne necitlivých (nedôverných) a verejne prístupných informácií. Zároveň podľa jeho názoru samotným poskytnutím TTŠ konkurentovi KLEMENT, a.s. nemohlo dôjsť k žiadnemu obmedzeniu(narušeniu) cieľa (účelu) verejného obstarávania. S uvedeným tvrdením účastníka konania sa Rada úradu nemôže stotožniť.
255. Rada úradu poukazuje na to, že dôkaz bol predložený pôvodne žiadateľom o neuloženie pokuty (leniency), keď tento účastník dohody potvrdzuje a predkladá dôkazy aj proti sebe samému, ktoré ho usvedčujú z porušenia zákona. V takom prípade je takýto dôkaz považovaný za vierohodný pokiaľ nebol rovnako silným dôkazom vyvrátený. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje napríklad na rozhodnutie v spojených prípadoch JFE Engineering/Komisia T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, bod 211 z 8. júla 2004, v ktorom Súd prvej inštancie uviedol, že Komisia vo svojom rozhodnutí správne uviedla, že vyjadrenia smerujúce proti záujmom žiadateľa musia v princípe byť považované ako zvlášť hodnoverný dôkaz. Takéto posúdenie dôkazu nie je odôvodnené meniť ani v prípade, ak by bolo udelené leniency úradom odňaté, k čomu nakoniec v tomto prípade nedošlo. V konaní nie je pritom potrebné, ako to požaduje účastník konania, preukazovať motiváciu leniency žiadateľa inú ako to, že sa spoluprácou s úradom vyhne uloženiu pokuty. Práve to je aj zmyslom zavedenia leniency programu, aby účastníci zakázaných dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž predkladali dobrovoľne informácie o ich účasti na protisúťažnom konaní, čo im zabezpečí beztretnosť alebo aspoň zníženie pokuty, ktorá by im inak bola uložená. Nie je preto zrejmé, akú inú motiváciu by mala Rada úradu preukazovať. Účastník konania mal možnosť v konaní v rámci svojej obhajoby predložiť dôkazy, ktorými by závery úradu založené aj na dôkazoch od leniency žiadateľa vyvrátil alebo aspoň spochybnil, o čo sa svojou argumentáciou aj pokúsil. Rada úradu ju v celkovom kontexte dostupných dôkazov vyhodnotila.
256. Samotný účastník konania Liv Elektra, a.s. pritom predmetnú komunikáciu ako takú nepoprel a nespochybnil. Naopak, zamestnanec podnikateľa Liv Elektra, a.s. počas ústneho pojednávania pred úradom uviedol, že zamestnanec podnikateľa KLEMENT, a.s. ich požiadal o pomoc „pre urýchlenie“, pretože „KLEMENT, a.s. niektoré informácie nemá“. V rozklade proti prvostupňovému rozhodnutiu uviedol napr., že cit.: „skutočnosť, že Liv Elektra poskytla KLEMENTU TTŠ bez akýchkoľvek ďalších otázok, komentárov alebo vysvetlení nedokazuje protisúťažný (zakázaný) charakter ich komunikácie, pretože ako vyplýva z vykonaného dokazovania, účastníci tejto komunikácie vedeli, pre aké verejné obstarávanie si TTŠ vymieňajú a že tak robia výlučne z dôvodu obvyčajnej priateľskej, kolegiálnej a gentlemanskej pomoci, v ktorej ani jeden nevidel subjektívne žiadnu protizákonnosť.“
257. Aj toto vyjadrenie plne potvrdzuje, že podnikateľ Liv Elektra, a.s. si bol plne vedomý, že spolupracuje so subjektom, ktorý je konkurentom v súťaži o rovnakú zákazku a napriek tomu mu kolegiálne pomáha. Dokonca bol oboznámený so stavom situácie u konkurenta KLEMENT, a.s., t.j. aké podklady spracúva a nemá

ich k dispozícii. Podľa Rady úradu sa však plne vylučuje, aby konkurenti v rámci boja o konkrétneho zákazníka mohli byť zároveň pomáhajúci si kolegovia. V podstate každý kartel je určitá výpomoc konkurentovi, či už ju nazveme kolegiálnou, priateľskou alebo gentlemanskou, ktorá je založená na dobrých recipročných vzťahoch aj s ohľadom na budúce správanie na trhu. Možno odôvodnene predpokladať, že nezávislý podnikateľ na trhu neosloví iného podnikateľa s tým, aby mu akokoľvek pomáhal, ak títo sú v pozícii konkurentov. Obzvlášť v situácii, keď by práve neposkytnutie pomoci mohlo znamenať súťažnú výhodu, keďže podnikateľ Liv Elektra, a.s. si práve na základe znalosti situácie u konkurenta bol dostatočne vedomý, že v prípade, že s ním spolupracovať nebude, tento pravdepodobne nestihne splniť podmienky súťaže. Každý nezávislý podnikateľ si naopak svoje podnikateľské zámery striktne chráni, v dôsledku čoho sa právne rozvinul aj inštitút obchodného tajomstva, ochrany ktorého sa môže každý podnikateľ dožadovať aj na nestrannom súde. Nie je pritom nijako podstatné, či spolupráca spočívala v tom, že boli poskytnuté informácie, ktoré by KLEMENT, a.s. získal aj inak a či by v konečnom dôsledku vedel termín obstarávateľa dodržať. Problematickým je práve to, že sa nesprával samostatne a nezávisle, ale obrátil sa na svojho konkurenta.

258. Zákon priamo neupravuje aké kontakty medzi podnikateľmi nie sú v rozpore so zákonom, čo je logické, keďže zákon upravuje čo je zakázané a nie čo je dovolené. Na druhej strane zákon nedokáže pokryť ani všetky nedovolené konania, a preto podáva iba ich príkladný výpočet. Rokmi sa však rozvinula ako na európskej tak na národných úrovniach dostatočná súťažná prax, ktorá sa týka zákazu nedovolenej koordinácie medzi konkurentmi, v zmysle ktorej základným predpokladom efektívneho fungovania hospodárskej súťaže je, že každý podnikateľ si určuje svoju obchodnú politiku na trhu nezávisle.⁶³ Požiadavka nezávislého správania súčasne nezabavuje podnikateľa práva prispôbiť sa existujúcemu alebo očakávanému správaniu jeho konkurentov. To však striktne vylučuje akékoľvek priame alebo nepriame kontakty medzi podnikateľmi, ktorých cieľom alebo účinkom je alebo ovplyvniť správanie skutočného alebo potenciálneho konkurenta na trhu alebo odhaliť takému konkurentovi priebeh správania, ktoré sa podnikateľ rozhodol prijať alebo zamýšľa prijať na trhu. Tu je potrebné s odkazom na námietky účastníka konania doplniť, že Rada úradu nekonštatovala, ako uvádza účastník, že každá e-mailová komunikácia medzi konkurentmi je zakázaná. Komunikáciu napríklad výlučne súkromného charakteru alebo nijako neprepojenú na ich podnikateľskú činnosť za takú, čo spĺňa vyššie uvedenú podmienku považovať nemožno. V tomto prípade je však posudzovaná komunikácia týkajúca sa konkrétneho verejného obstarávania, v ktorom obaja komunikujúci deklarovali záujem získať zákazku.

259. Základom kartelového správania je práve to, že konkurenti sa dohodnú, že budú postupovať spoločne namiesto toho, aby súperili. Takáto dohoda je v praxi, ako už bolo uvedené, zvyčajne realizovaná v utajení a neformálne.

260. V prípade koordinácie pritom nie je nevyhnutné preukázať, že daný konkrétny konkurent sa aj formálne zaviazal vo vzťahu k jednému alebo niekoľkým iným podnikateľom na trhu, prijať konkrétny spôsob správania alebo preukázať, že

⁶³ Pozri spojené prípady 40/73 a ďalšie *Suiker Unie* a ďalší v Komisia [1975] ECR 1663, ods. 173 a nasl.

konkurent výslovne žiadal informáciu. Je postačujúce, že podnikateľ svojím vyjadrením úmyslu mohol odstrániť alebo aspoň podstatne znížiť celkovú neistotu ohľadom svojho budúceho správania sa na trhu.⁶⁴

261. Pri posudzovaní recipročných kontaktov nie je tiež nevyhnutné preukázať vzájomné odhalenie si informácií, ale je postačujúce preukázať jednostranné odhalenie informácie jedným konkurentom druhému.⁶⁵

262. V tejto súvislosti možno poukázať napríklad aj na rozvinutú prax anglického súťažného úradu (Competition and Market Authority (CMA), predtým Office of Fair Trading (OFT)), a to práve aj v prípadoch týkajúcich sa verejného obstarávania, ktorý vo svojej rozhodovacej praxi vyslal veľmi jasný signál, že neexistujú žiadne výnimky z takéhoto porušenia súťažných pravidiel a jediným správnym postupom pre podnikateľov je preto nedostávať sa nijako do kontaktu so svojim konkurentom alebo potenciálnym konkurentom počas príprav a procesu verejného obstarávania. CMA vo svojej praxi deklaroval, že bude konať vždy ak zistí porušenie zákona, a to voči podnikateľom každého typu a veľkosti a v rôznych odvetviach hospodárstva. Vid' napríklad rozhodnutie CMA z 12. júna 2023, prípad 50697, ktoré sa týka kartelu vo verejnom obstarávaní v oblasti búracích prác a likvidácie azbestu, bežne dodávané prostredníctvom tendrov, a to vo forme protisúťažnej krycej ponuky alebo kompenzačnej platby alebo prípad pred odvolacím súťažným tribunálom Apex Asphalt a Paving Co Limited v OFT, [2005] CAT 4, ods. 208 a 209. V tomto rozhodnutí preskúmovací orgán konkrétne uvádza, že esenciálnou črtou obstarávacieho procesu/tendra je určité očakávanie, a to, že vyhlasovateľ tendra obdrží niekoľko ponúk pripravených súťažiteľmi v celom rozsahu nezávisle jeden od druhého. Význam nezávislosti prípravy predloženej ponuky je pritom podľa neho niečo čo vyplýva už priamo z podmienok tendrovej dokumentácie obstarávateľa, ktorá obsahuje aj požiadavku prehlásenia, že súťažiteľ nemal žiadny kontakt s iným súťažiteľom s ohľadom na prípravu ich ponúk. Takáto podmienka je už štandardnou súčasťou podmienok účasti v tendri aj v Slovenskej republike. Nie je pritom rozhodujúce, či bola aj súčasťou podmienok v tomto prípade. Ide totiž o podmienku, ktorá aj keď je výslovne požadovaná ako deklarácia zo strany uchádzača v podstate iba deklaruje to, čo je nevyhnutným predpokladom každej úspešnej súťaže, ktorou sa získa tá najlepšia vysúťažená ponuka. Súčasťou tej najlepšej ponuky je pritom samozrejme predovšetkým najnižšia cena, ale aj schopnosť samostatne a odborne splniť aj ďalšie akékoľvek podmienky stanovené vyhlasovateľom súťaže, a to vrátane napríklad zabezpečenia technickej dokumentácie. Je zřejmé, že získanie zákazky v procese verejného obstarávania je jednak o najlepšej cene, ale nepochybne aj o spôsobilosti danú zákazku zrealizovať, čo vo viacerých prípadoch závisí aj od zabezpečenia si subdodávateľských dodávok.

263. V tejto súvislosti Rada úradu reaguje aj na námietku, že prax anglického súťažného orgánu nie je v slovenskom súťažnom práve relevantná. Rada úradu s tým nesúhlasí. Iste, že prax Európskej komisie a národných súťažných autorít v rámci EÚ nie je pre úrad či Radu úradu pri aplikácii národného práva priamo záväzná. Výnimku predstavuje paralelná aplikácia článkov zmluvy (101 a 102), a s tým súvisiaca súdna prax európskych súdov. Na druhej strane členské štáty

⁶⁴ Prípady T-25/95 a ďalšie Cimenteries CBR v Komisia [2000] ECR II-49, 1852.

⁶⁵ Prípady T-202/98 a ďalšie Tate & Lyle plc a ďalší v Komisia [2001] ECR II-2035, ods. 54.

únie alebo bývalý členský štát akým je aj Veľká Británia, majú zjednotené súťažné pravidlá predovšetkým v oblasti dohôd obmedzujúcich súťaž a zneužívania dominantného postavenia, aplikujú rovnaké princípy a zohľadňujú aj prax Komisie a európskych súdov. Je preto možné odvolávať sa v tomto smere na ich aplikáciu súťažných pravidiel v konkrétnom prípade, o to viac že snahou harmonizácie súťažného práva v rámci EÚ je práve jednotné a konzistentné uplatňovanie pravidiel na jednotnom trhu, ktoré prispieva k rozvoju zdravej hospodárskej súťaže a z toho plynúcich benefitov pre spotrebiteľov. Diametrálne odlišná aplikácia súťažných pravidiel na národnej úrovni by blokovala ciele, ktoré sa v tejto oblasti snažia členské ale aj nečlenské štáty dosiahnuť.

264. Nedovolená koordinácia teda zahŕňa akékoľvek priame alebo nepriame kontakty medzi podnikateľmi, ktoré majú za cieľ alebo majú efekt/účinnosť ovplyvnenia správania sa na trhu skutočného alebo potenciálneho konkurenta, preto vedie k podmienkam súťaže, ktoré nekorešpondujú normálnym súťažným podmienkam.⁶⁶

265. Verejné obstarávanie, kde došlo ku koordinácii medzi účastníkmi, napr. vo forme krycej ponuky je vážnym obmedzením súťaže, a to aj v prípade ak všetci účastníci tendra nie sú aj účastníkmi zakázanej dohody.⁶⁷ Jedným z cieľov takej dohody je prinajmenšom obmedzenie súťaže oklamáním zákazníka/obstarávateľa pokiaľ ide o intenzitu súťaže. Už v prípade predloženia napríklad jednej krycej ponuky totiž dochádza k zníženiu neistoty medzi súťažiteľmi na trhu a zbavuje tak aj zákazníka možnosti prijať informované rozhodnutie pokiaľ ide to, či získať konkurenčnú ponuku inde. Potenciálne efekty pritom môžu presahovať rámec konkrétnej zmluvy, ktorá je predmetom verejnej súťaže a vytvárať atmosféru kolúzie.

266. Je teda irelevantné pre konštatovanie porušenia aj v tomto prípade, že v súťaži boli aj ďalší súťažitelia v tendri, z ktorých si teoreticky mohol obstarávateľ vybrať, okrem tých, ktorí spolu preukázateľne koordinovali svoj postup, keďže napriek tomu bol súťažný proces už obmedzený aj keď nie úplne vylúčený⁶⁸. V súťažnom procese v dôsledku toho súťažilo menej uchádzačov, ako by tomu bolo v situácii fungujúcej súťaže, čo nepochybne znížilo úroveň súťaže a šancu na získanie lepšej ponuky/ceny, pričom zároveň to pre obstarávateľa vytváralo falošný dojem fungujúcej súťaže.

267. Akákoľvek komunikácia s konkurentom s ohľadom na predkladanie ponúk vo verejnom obstarávaní, a to bez ohľadu na to, či k nej došlo v dobrej viere alebo nie, je preto zakázaná. Nedovolené kontakty vedú k tomu, že víťazom sa stáva niekto, kto nepredložil ponuku nezávisle a samostatne alebo sa minimálne znižuje intenzita súťaže, a to bez ohľadu na dôvody, ktoré k tomu viedli. Obmedzenie súťaže s dopadmi na obstarávateľa nemôže byť ospravedlnené vyhlásením, že pohnútkou bola „kolegiálna“. Podstatným je dopad takého správania a nie jeho

⁶⁶ Pozri rozsudok zo 14 júla 1981, prípad C-172/80, *Züchner v Bayerische Vereinsbank*, ECLI:EU:C:1981:178, ods. 14; rozsudok v prípade C-49/92 P, *Komisija v Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, ods. 117; rozsudok v prípade C-8/08, *T-Mobile Netherlands* a ďalší, ECLI:EU:C:2009:343, ods. 33.

⁶⁷ Pozri *Apex Asphalt a Paving Co Limited* v OFT, [2005] CAT 4, ods. 115 až 131; Design, construction and fit-out services, CMA rozhodnutie 50481 zo 16 apríla 2019, ods. 5.78 až 5.91, a 5.98 až 5.101.

⁶⁸ Pozri napr. *Apex Asphalt a Paving Co Limited* v OFT, [2005] CAT 4, ods. 251.

motív.

268. Porušenie súťažných pravidiel možno považovať za spáchané úmyselne vtedy ak účastníci dohody vedome obmedzujú súťaž. Avšak ani nevedomosť alebo dokonca právne pochybenie nebráni konštatovaniu porušenia, dokonca aj v situácii, ak sa zakladajú na nezávislej právnej rade.⁶⁹ Je preto irelevantné, ak by sa aj podnikateľ Liv Elektra, a.s. domnieval, že poskytol iba priateľskú výpomoc, ktorá bola plne v súlade so zákonom, ak jeho konanie v skutočnosti negatívne ovplyvnilo súťaž, teda znížilo jej intenzitu. Uvedené ho preto nemôže zbaviť zodpovednosti, a to ani za uzatvorenie priamo cieľovej dohody, ktorou je dohoda, ktorá má v svojej podstate (teda nie v závislosti na úmysle) obmedzenie súťaže. V prípade cieľovej dohody sa jej dopad na súťaž priamo predpokladá, a preto ho nie je potrebné preukazovať. Rada úradu sa pritom v tomto konaní nijako neodkláňa od záverov úradu v tomto konaní ani ustálenej praxe. Nevytvára nové skutkové podstaty a netvrdí, že akákoľvek komunikácia je problematická. Opakovane uvádza, že takou je iba komunikácia týkajúca sa podnikateľskej činnosti komunikujúcich strán v situácii, keď títo sú v pozícii konkurentov, čo účasť v konkrétnom tendri nepochybne je.

269. Dohoda môže byť považovaná za protisúťažnú aj v prípade ak nemá obmedzenie súťaže ako primárny cieľ, ale sleduje iné legitímne ciele. Dokonca v prípade ak strany dohody konajú bez akéhokoľvek subjektívneho úmyslu obmedzenia súťaže, ale s cieľom napríklad nápravy účinkov krízy v ich sektore. Aj v takejto situácii sú takéto zdôvodnenia irelevantné na účely aplikácie súťažných predpisov.⁷⁰ V tomto prípade o takúto situáciu však nejde a účastníci dohody sledovanie žiadnych legitímnych cieľov nepreukazovali.

270. V tomto prípade bolo podľa Rady úradu preukázané neoprávnené ovplyvňovanie priebehu súťaže jej niekoľkými účastníkmi, čím títo obchádzali snahu vyhlasovateľa súťaže stimulovať hospodársku súťaž uchádzačov o zákazku. K tomu nepochybne prispel aj podnikateľ Liv Elektra, a.s. nedovolenou spolupracou s podnikateľom KLEMENT, a.s., keďže ich spolupráca prinajmenšom znížila intenzitu súťaže o predmetnú zákazku.

271. Je dlhodobo ustálená súťažná prax, že podnikateľ, ktorý sa zúčastnil na trvajúcom porušení vlastným správaním, ktoré spočíva v „dohode“ alebo „zosúladenom postupe“ s protisúťažným predmetom v zmysle článku 101 ods. 1 ZFEÚ a ktorého cieľom je prispieť k porušeniu v celom rozsahu, môže byť zodpovedný aj za správanie ostatných podnikateľov v rámci tohto porušenia počas celej doby svojej účasti na tomto porušení (pozri v tomto zmysle rozsudok zo 6. decembra 2012, Komisia/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, bod 42 a citovanú judikatúru). Podnikateľ sa teda mohol priamo zúčastňovať iba na časti protisúťažných správaní tvoriacich jedinú a pokračujúcu porušenie, ale vedel o všetkých ostatných protiprávných správaniach, ktoré plánovali alebo uskutočnili ďalší účastníci kartelu sledujúci rovnaké ciele, alebo ich mohol rozumne predpokladať a bol ochotný podstúpiť z toho vyplývajúce

⁶⁹ Pozri napr. prípad C-681/11 *Bundeswettbewerbshörde a Bundeskartellanwalt v Schenker & Co. AG a ďalší*, EU:C:2013:404, ods. 38.

⁷⁰ Pozri napr. *FNV IAZ International Belgium a ďalší* v Komisia, spojené prípady 96-102, 104, 105, 108 a 110/82, EU:C:1983:310, ods. 22 to 25; Súťažná autorita v *Beef Industry Development Society a Barry Brothers* C-209/07, EU:C:2008:643, ods. 21.

riziko. Účasť podniku na jedinom a pokračujúcom porušení nevyžaduje jeho priamu účasť na všetkých protisúťažných správaniach, z ktorých pozostáva toto porušenie (rozsudok z 22. októbra 2020, Silver Plastics a Johannes Reifenhäuser/Komisia, C 702/19 P, EU:C:2020:857, bod 82, ako aj citovaná judikatúra).⁷¹

272. Vychádzajúc z vyššie uvedeného ak je možné pričítať zodpovednosť podnikateľovi za kartel trvajúci napríklad aj niekoľko rokov aj za správanie ostatných jeho účastníkov, ktorých sa v čase účasti daného podnikateľa na ňom zúčastňovali, o to viac je uvedené možné konštatovať v prípade, ak nejde o trvajúci správny delikt, ale iba o účasť na jednom verejnom obstarávaní/verejnej súťaži, ako je tomu v tomto prípade. V takom prípade ak dochádza aj iba k dvojstranným kontaktom medzi niektorými z viacerých účastníkov konkrétnej súťaže musia si byť títo účastníci aj takéhoto dvojstranného kontaktu vedomí, že znižujú intenzitu danej konkrétnej súťaže, čo má nepochybne vplyv na jej výsledky. Pri výklade podávanom účastníkom konania by úrad nemohol konštatovať porušenie ani v prípade výmeny citlivých informácií, ak by nemal preukázanú vedomosť „každého o každom“, t.j. aj o kontaktoch všetkých ostatných účastníkov súťaže navzájom. Tým by sa znižovala možnosť postihu protisúťažného správania, hoci by toto malo preukázateľný dopad. Účastník konania sa pritom snaží uplatniť dôkazný štandard skôr pre schému na trhu než jedno konkrétne verejné obstarávanie, ktoré je posudzované v tomto konaní. V prípade dlhodobej schémy trvajúcej niekoľko rokov účasť napr. ojedinelého hráča zapojeného v určitom okamihu do schémy pre jeho potrestanie za schému vyžaduje preukázanie jeho vedomosti o tom, že neprispieva iba k deformácii v prípade jedného či dvoch tendrov, ale vzhľadom na jeho vedomosť o schéme priamo k širšej deformácii v súťaži v čase, keď sa protiprávne do nej zapojil. Účastník konania podľa názoru Rady úradu stavia svoju obhajobu na výklade slov vo vete bez zohľadnenia širšieho kontextu podaných záverov úradu či Rady úradu.

273. Aj v prípade, ak by podnikateľ Liv Elektra, a.s. nebol plne oboznámený s obsahom kontaktov medzi ostatnými účastníkmi dohody, v danej konkrétnej situácii mu muselo byť zrejmé ⁷² prinajmenšom to, že akýmkoľvek napomáhaním svojmu konkurentovi KLEMENT, a.s. v konkrétnej danej súťaži dochádza k tomu, že tento si svoju ponuku nepripravil a nepodal samostatne a nezávisle. Ani v jeho prípade nemožno konštatovať nezávislý postup, takže možno konštatovať pochybnosť o existencii reálneho záujmu o víťazstvo aj na jeho strane, v situácii napomáhania svojmu konkurentovi v súťaži. Už uvedená informácia musela byť pre neho dostatočná minimálne na to, aby mohol aspoň čiastočne predvídať širší kontext dohody, keďže aj KLEMENT, a.s. musel mať dôvod prečo sa účastní zákazky, o reálne získanie ktorej nejaví primeraný záujem, t.j., že v danej situácii dochádza s najväčšou pravdepodobnosťou ku širšej koordinácii uchádzačov, ak sa KLEMENT, a.s. primerane a včas nesnaží podmienky naplniť a spolieha sa na svojho konkurenta. Možno teda konštatovať, že podnikateľ Liv Elektra, a.s. už na základe dvojstranných kontaktov so svojím konkurentom KLEMENT, a.s. mohol rozumne predpokladať existenciu manipulácie danej konkrétnej súťaže, keď ho

⁷¹ Pozri napr. rozsudok Súdneho dvora zo 16. júna 2022, vo veci C-698/19 P, *Sony Optiarc, Inc./Komisia*.

⁷² Pozri v súvislosti s úmyselným či nedbanlivostným konaním napr. aj prípad *Argos Limited a Littlewoods Limited v OFT* [2005] CAT 13, ods.221.

konkurent požiadal o zabezpečenie predloženia časti nevyhnutných podkladov do súťaže namiesto neho. Nie je pritom podstatné v akom vzťahu boli jednotliví zamestnanci komunikujúcich podnikateľov, resp. odkiaľ sa poznali, keďže v tomto prípade je správanie vnímané ako konanie podnikateľa, ktorý nesie zodpovednosť za ich konanie a aj ich dostatočnú vedomosť o tom do akej miery môžu spolupracovať so svojou konkurenciou z pohľadu platnej a účinnej právnej úpravy.

274. Vyššie uvedené závery sú konzistentné aj so záverom Súdneho dvora EÚ napr. v prípade Deutsche Telekom,⁷³ kde súd konštatoval, že otázka či porušenie bolo spáchané úmyselne alebo z nedbanlivosti je naplnená ak dotknutý podnikateľ si nemohol byť nevedomý protisúťažnej povahy svojho správania, bez ohľadu na to či si bol priamo vedomý porušenia súťažných predpisov. Je možné teda konštatovať, že takto stanovená podmienka v tomto prípade splnená bola, keď si podnikateľ Liv Elektra, a.s. musel byť vedomý, že pomáhanie konkurentovi pri príprave ponuky do súťaže je v rozpore s bežnou obchodnou praxou, keď sa každý podnikateľ snaží získať obchodnú výhodu pre seba. Uvedené potvrdil aj Najvyšší súd SR v rozsudku 2 Sžhu 1/2012 zo dňa 18. apríla 2013 uviedol, cit.: „Najvyšší súd Slovenskej republiky poukazuje i na rozsudok vo veci Deutsche Telekom, v ktorom Európsky súdny dvor vo vzťahu k otázke, či porušenia boli spáchané úmyselne, alebo z nedbanlivosti a či sa preto majú trestať pokutou, poukázal na svoju doterajšiu judikatúru, z ktorej vyplýva, že táto podmienka je splnená, ak si dotknutý podnik nemôže nebyť vedomý protisúťažnej povahy svojho správania a to bez ohľadu na to, či si je alebo nie je vedomý toho, že porušuje pravidlá zmluvy o hospodárskej súťaži.“

275. To, že niektorá strana dohody plnila len obmedzenú úlohu pri uzavretí dohody, alebo jej realizácii, prípadne konala pod tlakom inej strany dohody nevyklučuje, že sa zúčastnila zakázanej dohody obmedzujúcej súťaž.⁷⁴ Podmienkou zakázanej kolúzie tiež nie je osobný kontakt medzi účastníkmi, ale nedovolený kontakt, ktorý môže byť aj napríklad telefonický, či prostredníctvom e-mailu.

276. Skutočnosť teda, že sa podnikateľ nezúčastňoval na všetkých prvkoch zakladajúcich kartelovú dohodu alebo, že plnil iba menej významnú úlohu v aspektoch, na ktorých sa zúčastňoval, môže zohľadniť iba pri posudzovaní závažnosti porušenia a prípadne pri stanovení výšky pokuty (pozri v tomto zmysle rozsudok z 26. septembra 2018, Infineon Technologies/Komisia, C 99/17 P, EU:C:2018:773, bod 54).

277. Ak aj podnikateľ Liv Elektra, a.s. posudzovaným konaním podľa jeho slov konal iba „z priateľskej pohnútky“, t.j. v dobrej viere, uvedené, ako už bolo uvedené, nijako nemení skutočnosť, že nedošlo k nezávislému predkladaniu ponúk týchto konkurentov v danej súťaži. Pri akceptovaní takéhoto zdôvodnenia účastníka by išlo o nastavenie neodôvodneného precedensu. Podmienky sú pritom nastavené

⁷³ C-280/08 P Deutsche Telekom v Komisia, EU:C:2010:603, ods. 124.

⁷⁴ Pozri Dole v Komisia, T-588/08, EU:T:2013:130, ods. 484; Miller v Komisia, C-19/77, ECR, EU:C:1978:19, ods. 7; Hasselblad v Komisia, prípad 86/82, ECR, EU:C:1984:65, ods. 46; Cimenteries CBR v Komisia, T-25/95 ECR, EU:T:2000:77, ods. 1389 a 2557 (tento rozsudok bol potvrdený Súdny dvorom v prípade Aalborg Portland a ďalší v Komisia, spojené prípady C204/00 P atď., EU:C:2004:6); Anic Partecipazioni, ods.79 a 80; Sandoz v Komisia, C-277/87, EU:C:1990:6, ods. 3.

opačne, t.j. nie tak, že súťažná autorita má posudzovať aký typ kontaktov je ešte prípustný, ale že žiaden kontakt konkurentov v procese prípravy ponúk, ktorý sa ich prípravy a predkladania týka prípustný nie je, pokiaľ takíto konkurenti nejdú do súťaže spoločne ako konzorcium, resp. jeden uchádzač. Je práve na účastníkovi konania, aby svoje odlišné správanie dostatočne v súlade so súťažným právom obhájil. V tomto smere však podľa Rady úradu podnikateľ Liv Elektra, a.s. dôkazné bremeno neunesol a nepredložil alternatívne vysvetlenie k jeho správaniu, ktoré by mohlo závery úradu spochybníť.

278. Hoci v tomto prípade nešlo o spracovanie ponuky pre KLEMENT, a.s. v tej najcitlivejšej časti, ktorou je cena, skompletizovanie ponuky v časti, ktorá predstavovala nevyhnutnú podmienku pre uchádzanie sa o zákazku predstavuje zjavné porušenie zákazu kontaktu medzi konkurentmi a odôvodnene vyvoláva pochybnosť o reálnom záujme o víťazstvo v danej súťaži u oboch konkurentov. Bez vedomej spolupráce medzi konkurentmi by zrejme podnikateľ KLEMENT, a.s. nebol ani schopný skompletizovať a predložiť včas svoju ponuku na požadovanej odbornej úrovni, resp. by sa priamo vystavoval riziku nesplnenia podmienky účasti v súťaži. Je zrejmé, že pri reálnom vážnom záujme o víťazstvo, by sa nemohol spoliehať na pomoc konkurencie, ale usiloval by sa s odbornou starostlivosťou skompletizovať všetky nevyhnutné podklady odborne a včas samostatne.

279. Účastník konania Liv Elektra, a.s. namieta, že úrad nezhrmaždil súhrn nepriamych dôkazov, ktorý tvorí logickú a ničím nenarušovanú sústavu navzájom dopĺňajúcich sa dôkazov. Je potrebné konštatovať, že úrad získal dôkazy takého charakteru, a to priame aj nepriame, ktoré dostatočne preukázali spáchaný skutok. Vzhľadom na to, že v tomto prípade bola posudzovaná iba jedna dohoda vo vzťahu k jednému verejnému obstarávaniu a nie dohoda vo forme trvajúceho deliktu aj požadovaný súbor dôkazov je iný.

280. Poskytnutie „priateľskej pomoci“ priamo účastník konania potvrdil a úrad ako aj Rada úradu vysvetlila škodlivé dopady takéhoto správania. Nie je preto potrebné ešte ďalej preukazovať účastníkom konania požadovanú priamu príčinnú súvislosť medzi predmetnou e-mailovou komunikáciou a správaním ostatných účastníkov dohody.

281. Účastník konania Liv Elektra, a.s. tvrdí, že nemal zo svojho údajného protisúťažného správania žiaden prospech. Uvedené podľa Rady úradu nie je rozhodujúce. Je potrebné zdôrazniť, že žiadna ponuka predložená ako výsledok koluzívneho správania, ktoré redukuje, resp. odstraňuje neistotu s ohľadom na výsledok súťažného procesu nemôže mať pozitívny dopad na súťaž a v konečnom dôsledku na spotrebiteľa, v danom prípade vyhlasovateľa súťaže alebo obstarávania. Z daného dôvodu je možné konštatovať, že úrad správne posúdil účasť podnikateľa Liv Elektra, a.s. na posudzovanej dohode obmedzujúcej súťaž.

282. Pokiaľ ide o námietku prácnosti v súvislosti s poskytnutou spoluprácou pre podnikateľa KLEMENT, a.s., t.j. ako časovo dlho trvalo podnikateľovi Liv Elektra, a.s. poskytnutie požadovanej informácie, toto nie je podstatné. V konaní nebolo sporné, že účastník Liv Elektra, a.s. na žiadosť svojho konkurenta zabezpečil podklady, ktoré si tento mal zabezpečiť sám. Nijako pritom tiež nespochybnil zistenie úradu, že zaslané TTŠ neboli len prázdny formuláři s vyplnenými políčkami áno/nie, ale naopak, uchádzač Liv Elektra, a.s. za uchádzača

KLEMENT, a.s. vyplnil údaje o výrobcach, ich produktoch a parametroch týchto produktov, resp. samotná žiadosť zo strany KLEMENT, a.s. pritom znela na vyplnenie TTŠ, tvorené z 9 dokumentov (bod 181 prvostupňového rozhodnutia). Rovnako tak nespochybnil podané vyjadrenie v rámci svedeckej výpovede, že časový horizont získania predmetných informácií priamo od výrobcov/dodávateľov je rôzny a v určitých prípadoch môže trvať aj niekoľko týždňov. Išlo teda o činnosť vykonávanú výslovne v prospech konkurenta KLEMENT, a.s. Poskytnutie uvedených informácií podľa Rady úradu nie je sporné, a preto nie je potrebné ďalšie preukazovanie vo vzťahu k námietke, že súbor s názvom „PTP a PTN 33kV“ predstavuje súbor, ktorý predtým zamestnanec Liv Elektra, a.s. dostal od zamestnanca KLEMENT, a.s. Rovnako vzhľadom na uvedené nie je pre preukázanie porušenia zákona podstatné, či predmetnú časť ponuky účastník konania Liv Elektra, a.s. priamo vyplnil, alebo poskytol vyplnené časti svojej ponuky.

283. Výmena informácií medzi konkurentmi ako taká zvyšuje transparentnosť na trhu. Môže pritom predstavovať iba uľahčenie inej nedovolenej koordinácie medzi nimi, napr. v prípade cenového kartelu alebo môže predstavovať aj samostatnú protisúťažnú praktiku.⁷⁵ V tomto prípade predmetom prvostupňového rozhodnutia nebolo priamo posúdenie výmeny citlivých informácií, či už ako samostatná praktika alebo ako praktika priamo uľahčujúca iné protisúťažné správanie.

284. Úrad v konaní zohľadnil, že informácie, ktoré boli predmetom komunikácie medzi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. boli informáciami, ktoré sú u dodávateľa bežne dostupné a na požiadanie poskytované rovnako všetkým záujemcom. Ide o informácie, ktoré nie sú teda bežne utajované a ktoré v rámci verejného obstarávania nepredstavujú pre uchádzača priamo súťažne relevantnú informáciu. I keď s opisom daných informácií možno súhlasiť je potrebné uviesť, že aj samotná informácia o tom, že podnikateľ zamýšľa súťažiť o konkrétnu zákazku v tendri môže byť významnou informáciou pre jeho konkurenta, a to bez ohľadu na to, či je súčasťou takejto informácie aj citlivá informácia o cene alebo nie, keďže aj v tomto prípade sa znižuje stupeň neistoty, ktorej bežne čelí súťažiteľ na trhu a za určitých okolností aj takýto postup môže predstavovať výmenu citlivých informácií.⁷⁶

285. Je tiež potrebné opakovane uviesť, že kartely sú ich samotnou povahou utajované, pričom málo alebo nič nemusí byť zachytené aj písomne, pričom už aj jediný dôkaz alebo iba nepriame dôkazy v závislosti na konkrétnom kontexte a špecifických okolnostiach môžu byť postačujúce na splnenie dôkazného štandardu aplikovaného v súťažnom práve.⁷⁷ Rada úradu má za to, že v tomto prípade došlo k situácii, kedy jediný dôkaz vrátane vyhlásenia iba z jedného zdroja (pokiaľ ho nespochybnia ostatné podniky) môže stačiť na preukázanie porušenia za

⁷⁵ Pozri napr. Dokument OECD Policy Roundtables, Information exchanges between competitors under competition law, 2010.

⁷⁶ Pozri v tomto smere aj rozhodnutie OFT CA98/02/2009 z 21 septembra 2009, ods. III.126.

⁷⁷ Pozri napr. *JJB Sports plc a Allsports Limited* v Office of Fair Trading [2004] CAT 17, ods. 206. Pozri tiež *Claymore Dairies Ltd a Express Dairies plc* v The Office of Fair Trading [2003] CAT 18, ods. 3 až 10; *Aalborg Portland* a ďalší v Komisia, spojené prípady C-204/00 P etc., EU:C:2004:6, ods. 55 až 57; *Total Marketing Services* v Komisia, C-634/13 P EU:C:2015:614 ods. 26; *Durkan* [2011] CAT 6, ods. 96; a *Quarmby Construction* [2011] CAT 11, ods. 86.

predpokladu, že dôkazná hodnota je taká, že s konečnou platnosťou potvrdzuje existenciu porušenia.⁷⁸ V tomto prípade je dôkazom email, ktorého existencia a význam podľa Rady úradu neboli spochybnené.

286. Súdny Európskej únie ustálili judikatúru aj v oblasti dôkazného štandardu, na základe ktorej požadujú presvedčivé dôkazy o tom, že údajné porušenie bolo spáchané. Musí ísť o „dostatočne presné a koherentné dôkazy odôvodňujúce názor, že došlo k porušeniu“. ⁷⁹ Pritom nie každý dôkaz musí s ohľadom na každý prvok porušenia nutne zodpovedať týmto kritériám. Postačuje, ak súbor dôkazov, o ktoré sa inštitúcia opiera, zodpovedá tejto požiadavke v celkovom posúdení.

287. Podľa judikatúry súdov Európskej únie v súťažných prípadoch je možné spoliehať sa za určitých okolností na úsudky alebo predpoklady v prípade, ak neexistujú akékoľvek vyrovnávajúce indikácie (tzv. „countervailing indications“), ktoré vyplývajú z daného súboru podkladov v konaní. SDEÚ viackrát judikoval osobitosť preukazovania protisúťažného konania: „...činnosti v rámci protisúťažných postupov a dohôd sa uskutočňujú tajne, stretnutia sa uskutočňujú potajomky a na ne sa vzťahujúca dokumentácia je obmedzená na minimum. Z toho vyplýva, že ak aj Komisia objaví písomnosti jasne potvrdzujúce protiprávne naviazanie kontaktu medzi hospodárskymi subjektmi, tieto písomnosti obyčajne budú len zlomkovité a nesúrodé do tej miery, že je často nutné vyvodit' niektoré detaily prostredníctvom dedukcií. Vo väčšine prípadov sa preto existencia protisúťažného postupu alebo dohody musí vydedukovať z určitého množstva zhôd okolností a znakov, ktoré posudzované ako celok môžu v prípade neexistencie iného koherentného vysvetlenia predstavovať dôkaz porušenia pravidiel hospodárskej súťaže“ ⁸⁰ (pozn. zvýraznenie pridané).

288. V prípade posudzovania kartelov je teda možné konštatovať, že v súlade s uvedeným existencia protisúťažnej praktiky môže byť odvodená z viacerých okolností a indícií, ktoré pri absencii iného prijateľného či hodnoverného vysvetlenia predstavujú dôkaz porušenia súťažných pravidiel. ⁸¹ Rada úradu tým poukazuje, že aj hodnoverný výklad dôkazu má za istých okolností priestor v dokazovaní v oblasti súťažného práva, predovšetkým pri odhaľovaní dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž. Téza splnenia dôkazného štandardu „nad rozumnú pochybnosť“ bola v súťažnom práve európskym súdom výslovne odmietnutá v prípade T-53/03, BPB plc v Komisia, bod 64, v ktorom súd uviedol: „Z uvedenej judikatúry ⁸² vyplýva, že tvrdenie žalobcu, podľa ktorého musí

⁷⁸ Pozri prípad T-25/95, etc Cimenteries CBR a ostatní v Komisia [2000] ECR II 491, ods. 1838, JFE Engineering (n 1294), ods. 148

⁷⁹ Rozsudok v spojenej veci 29/83 a 30/83 *Compagnie royale asturienne des mines SA a Rheinzink GmbH* v Komisia, body 16 až 20, Rozsudok v spojenej veci 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 a 125/85 až 129/85 *A. Ahlström Osakeyhtiö a i.* v Komisia, bod 127.

⁸⁰ Rozsudok T-68/09 *Soliver NV* v Komisia bod 59, V tejto súvislosti pozri aj: Rozsudok vo veci T-377/06 *Comap SA* v Komisia, [2011], bod 58; Rozsudok v spojenej veci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P *Aalborg Portland a i.* . Komisia, [2004], body 55 – 57; Rozsudok vo veci C-403/04 P a C-405/04 P *Sumitomo Metal Industries a Nippon Steel* v Komisia, [2007], bod 51; Rozsudok vo veci *GDF Sue SA* v Komisia, body 136 – 137, Rozsudok vo veci C-423/08 P *Lafarge SA* v Komisia, [2010], bod 62, Rozsudok vo veci C-105/04 P *Nederlandse*.

⁸¹ Vid' napr. Spojené prípady C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, *Aalborg Portland a ďalší* v. Commission, [2004] ECR I-123, ods. 53-57.

⁸² Rozsudok vo veci C-49/92 P *Anic Partecipazioni* v Komisia, bod 86, Rozsudok vo veci *Anic*

Komisia predložiť dôkaz „nad rozumnú pochybnosť“ (beyond reasonable doubt) o existencii porušenia v prípade, že ukladá prísne pokuty, musí byť zamietnutý.“ V tejto súvislosti možno tiež poukázať na prax a judikatúru vo Veľkej Británii⁸³, z ktorej pre prípady súťažných vecí vyplynulo, že je dostatočným dôkazným štandardom tzv. „rovnováha pravdepodobností“. Rozsudky v týchto veciach vychádzajú zo špecifik súťažno-právnych sporov a jednoznačne odmietajú koncipovanie dôkazného štandardu „nad rozumnú pochybnosť“ vyplývajúceho z trestného práva.

289. Zohľadňujúc uvedené má Rada úradu preto za preukázané, že úradom získané dôkazy preukazujú pri stanovenom dôkaznom štandarde, že k porušeniu zákona došlo aj zo strany podnikateľa Liv Elektra, a.s.

290. Rada úradu konštatuje, že úrad po vrátení mu veci doplnil svoje závery v súlade s právne záväzným názorom Rady úradu a tieto aj dostatočne odôvodnil. Rada úradu sa preto nestotožnila s názorom účastníka konania Liv Elektra, a.s., že úrad nerešpektoval záväzné pokyny Rady úradu. Rada úradu sa nemusí vyjadriť ku každej námietke účastníka konania jednotlivo, ale má za to, že jej zdôvodnenie pokrýva vyjadrenie k obsahu jeho námietok. Nesúhlasí preto s tým, že sa s novými námietkami účastníka konania v rozklade nezaoberala.

291. Rada úradu nezistila ani pochybenie procesného charakteru zo strany úradu. I keď je pravdou, že v priebehu konania pred prvostupňovým orgánom došlo k určitým zmenám v záveroch úradu, účastník konania mal vždy možnosť sa k nim riadne vyjadriť. Nie je totiž vylúčené, aby úrad spresnil právnu kvalifikáciu skutkových okolností, ktoré boli predbežne zohľadnené vo výzve pred vydaním rozhodnutia, a to aj s prihliadnutím na skutočnosti vyplývajúce zo správneho konania, buď aby sa upustilo od výhrad, ktoré sa preukázali nedôvodné, alebo aby zo skutkového aj právneho hľadiska úrad upravil a doplnil svoje tvrdenia na podporu výhrad, ktoré už uviedol.⁸⁴ Uvedené logicky vyplýva aj z toho, že výzva pred vydaním rozhodnutia obsahuje iba predbežné závery vo veci. Z uvedeného vyplýva, že právo dotknutého podnikateľa na obhajobu je z dôvodu určitého nesúladu medzi výzvou pred vydaním rozhodnutia a konečným rozhodnutím porušené len pod podmienkou, že výhrada uvedená v tomto rozhodnutí nebola uvedená aj vo výzve pred vydaním rozhodnutia alebo že v nej nebola uvedená takým spôsobom, ktorý by umožnil jej adresátom účinne uplatniť svoje tvrdenia v rámci konania začatého voči nim. Rada úradu má za to, že počas tohto konania boli všetci účastníci konania riadne oboznámení so všetkými obvineniami voči nim a voči týmto sa aj mali možnosť v priebehu prvostupňového aj druhostupňového konania obhajovať.

292. Pokiaľ ide o samotné odôvodnenie záverov, toto musí byť vždy prispôbené povahe predmetného aktu a musia z neho jasne a jednoznačne vyplývať úvahy inštitúcie, ktorá dotknutý akt prijala tak, aby dotknuté osoby mohli poznať dôvody prijatého opatrenia a aby následne súd mohol vykonať preskúmanie daného aktu.

Partecipazioni v Komisia, bod 87 a Rozsudok vo veci *Aalborg Portland a i.* v Komisia, body 55 až 57.

⁸³ Pozri napr. *JJB Sports plc a Allsports Limited* v Office of Fair Traing [2004], CAT 24, *JJB Sports plc a Allsports Limited* v Office of Fair Traing [2004], CAT 17, *NAPP Pharmaceutical Holding Limited* v v Office of Fair Traing [2002].

⁸⁴ Pozri v tomto zmysle aj rozsudok z 5. decembra 2013, *SNIA/Komisia*, C-448/11 P, EU:C:2013:801, body 42 až 44).

Nevyžaduje sa pritom, aby odôvodnenie špecifikovalo všetky relevantné skutkové a právne okolnosti, pretože otázka, či je odôvodnenie aktu dostatočné, má byť posudzovaná nielen s ohľadom na jeho znenie, ale tiež na jeho kontext, ako aj na súhrn právnych pravidiel upravujúcich dotknutú oblasť.⁸⁵ Podstatným je, aby odôvodnenie rozhodnutia prijatého úradom na zabezpečenie uplatňovania pravidiel hospodárskej súťaže bolo logické a najmä bez vnútorných rozporov, ktoré by bránili správne porozumieť dôvodom, na ktorých sa toto rozhodnutie zakladá. Táto podmienka bola v prípade prvostupňového rozhodnutia naplnená.

293. Úrad nie je povinný aplikovať judikatúru určenú účastníkom konania, ale môže a je povinný aplikovať takú, ktorá sa na posudzovaný prípad vzťahuje. Úrad svoje rozhodnutie pritom dostatočne podložil súťažno-právnou teóriou ako aj judikatúrou. Neuvedenie samotnej judikatúry pritom nie je ani možné považovať priamo za procesné porušenie, keďže výslovné uvádzanie judikatúry nevyplýva zo žiadneho právneho predpisu. Ide len o spôsob podpory vlastných záverov úradu, a to najmä v prípade, keď úrad aplikuje aj európske právo - Zmluvu o fungovaní EÚ, aby tak deklaroval aj takouto formou správnosť svojho postupu. Judikatúra je tiež vhodná v prípade určitej spornosti právnych názorov, nemožno ju však vnímať ako povinnú súčasť odôvodnenia. V tejto súvislosti je tiež absurdná námietka účastníka konania, že neexistuje rozhodovacia prax, ktorá by za protisúťažnú komunikáciu považovala aj komunikáciu ohľadom tabuliek technických špecifikácií. V súťažnej praxi sa môže vyskytnúť komunikácia týkajúca sa nespočetného množstva rôznych oblastí a otázok, pričom ak by podmienkou aplikácie zákona mala byť aj existencia judikatúry vo vzťahu ku každej z nich, úrad by nemohol plniť svoje úlohy, keďže by to bolo nemožné. Právo hospodárskej súťaže pritom zakotvuje všeobecné princípy, ktoré sú aplikovateľné na rozmanité situácie.

294. Rada úradu nezistila porušenie žiadnej právnej zásady, ktorú uvádza účastník konania Liv Elektra, a.s., ani diskriminačný postup vo vzťahu k jednotlivým účastníkom konania. Úrad voči nim prijal závery vyplývajúce z vykonaného dokazovania, pričom existencia napr. rovnakého počtu dôkazov voči určitým podnikateľom ešte nemusí zakladať aj prijatie rovnakých právnych záverov voči nim.

295. Vo vzťahu k námietkam účastníka týkajúcim sa porušenia princípov právnej istoty a legitímnych očakávaní, kde tento poukazoval na predchádzajúcu rozhodovaciu prax úradu a namietal odklon úradu od nej Rada úradu uvádza nasledujúce.

296. Podľa Ústavného súdu SR je diskriminačný taký postup, ktorý „*rovnaké alebo analogické situácie rieši odchylným spôsobom, pričom ho nemožno objektívne a rozumne odôvodniť.*“⁸⁶ Ústavný súd SR napr. v náleze IV. ÚS 14/07 výslovne uvádza: „*K znakom právneho štátu a medzi jeho základné hodnoty patrí neoddeliteľne princíp právnej istoty [(čl. 1 ods. 1 ústavy), napr. PL. ÚS 36/95], ktorého neopomenuteľným komponentom je predvídateľnosť práva. Súčasťou uvedeného princípu je tiež požiadavka, aby sa na určitú právne relevantnú otázku*

⁸⁵ Pozri v tejto súvislosti aj rozsudok z 10. júla 2019, Komisia/Icap a i., C-39/18 P, EU:C:2019:584, bod 23.

⁸⁶ Pozri napr. nálezy II. ÚS 159/07, III. ÚS 328/05, IV. ÚS 88/07.

pri opakovaní v rovnakých podmienkach dala rovnaká odpoveď (napr. m. m. I. ÚS 87/93, PL. ÚS 16/95 a II. ÚS 80/99), teda to, že obdobné situácie musia byť rovnakým spôsobom právne posudzované. Za diskriminačný možno považovať taký postup, ktorý rovnaké alebo analogické situácie rieši odchylným spôsobom, pričom ho nemožno objektívne a rozumne odôvodniť (mutatis mutandis PL. ÚS 21/00 a PL. ÚS 6/04).“ V Náleze III. ÚS 192/06 z 3. novembra 2006, v ktorom ústavný súd konštatoval: *„Podľa názoru ústavného súdu, ak súd rieši právnu otázku (tú istú alebo analogickú), ktorá už bola právoplatne vyriešená podstatne odlišným spôsobom bez toho, aby sa argumentačne vyrovnal so skoršími súdnymi rozhodnutiami, nekoná v súlade s princípom právnej istoty v zmysle čl. 1 ods. 1 ústavy a môže tým porušiť aj právo účastníka súdneho konania na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy.“* Napokon, povinnosť súdu rozhodovať v obdobných veciach rovnako a v prípade odklonu od judikatúry povinnosť uviesť dostatočné a presvedčivé dôvody pre tento odklon, jednoznačne vyplýva aj z požiadaviek právnej teórie. Pravidlo, že kto sa chce odchyliť od súdneho precedentu alebo ustálenej judikatúry, musí pre odklon uviesť dostatočný dôvod (a teda nesie bremeno argumentácie) je považované za jedno zo základných pravidiel racionálnej právnej argumentácie (Např. ALEXY, R.: *A Theory of Legal Argumentation. A Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford: Clarendon Press, 1989, s. 277 – 278*).

297. V prípade aplikácie práva hospodárskej súťaže nemožno konštatovať, že by úradom posudzované prípady boli totožné, skôr obdobné, pričom sa týkajú rôznych trhov a subjektov a na posúdenie majú vplyv rôzne faktory. Rada úradu sa preto nedomnieva, že možno očakávať a predvídať presné závery úradu vo vzťahu ku konkrétnemu porušeniu. Každý prípad môže byť tiež v niečom špecifický, čo možno konštatovať aj v tomto posudzovanom prípade.

298. Účastník konania v rámci námietok voči záverom úradu a spôsobu ich preukázania poukazoval na predchádzajúcu prax úradu a poukazoval na odklon úradu od nej. Vo všeobecnosti nemožno konštatovať, že by niektorý z prechádzajúcich prípadov identifikovaných úradom bol natolko podobný posudzovanému, že by mal byť posúdený bez ďalšieho identicky.

299. Vo viacerých prípadoch bolo konanie zastavené z dôvodu, že napriek existencii niektorých nepriamych dôkazov ako např. indexácia cenových ponúk neboli tieto nepriame dôkazy dostatočným dôkazom pre jednoznačné preukázanie porušenia zákona. Vzhľadom na to, že v každom konaní sa podarí získať iný súbor dôkazov jednak z pohľadu ich charakteristiky, t.j. či ide o dôkaz priamy alebo nepriamy, ako aj z pohľadu ich dôkaznej obsahovej hodnoty, nie je možné dôkazy porovnávať mechanicky např. na základe ich počtu, vid' nasledujúce príkladné porovnanie.

300. V prípade EUCOS SK s.r.o.⁸⁷ a ďalší např. úrad nezískal dôkaz o existencii komunikácie, resp. výmene informácií medzi uchádzačmi v procese prípravy súťažných ponúk, ktoré by preukazovali uzavretie alebo aplikovanie protisúťažnej dohody. Vzhľadom na dôkaznú situáciu po zániku jedného z účastníkov konania daného konania úrad nemal možnosť získať a preveriť ďalšie dôkazy, ktoré by

⁸⁷ Pozri rozhodnutie č. 68/2017/OKT-2017/ZK/1/1/004-zo dňa 02.02.2017 vo veci EUCOS SK s.r.o. BUILD SYSTEMS, s.r.o.

jednoznačne preukazovali účasť podnikateľov na danej dohode obmedzujúcej súťaž, čo bol jeden z úradom zohľadňovaných faktorov.

301. V prípade GMT projekt, spol. s r. o a ďalší⁸⁸ na základe vyhodnotenia všetkých zistených skutočností úrad konštatoval, že v konaní nedisponuje takými dôkazmi, ktoré by bez akýchkoľvek pochybností preukazovali, že účastníci konania prejavili vôľu koordinovať svoje správanie pri účasti a predkladaní ponúk v predmetnom obstarávaní a zároveň, že zhromaždené podklady netvorí taký ucelený súbor dôkazov, o ktorý by úrad mohol jednoznačne oprieť záver, že došlo k porušeniu zákona. Nejde teda o situáciu ako uvádza účastník konania, že úrad mal iba nepriame dôkazy a preto zastavil konanie, keďže aj na základe výlučne nepriamych dôkazov je v zmysle dostupnej judikatúry možné rozhodnúť o existencii protisúťažného postupu alebo protisúťažnej dohody.
302. Faktory, ktoré vyplývajú z predchádzajúcej rozhodovacej praxe sú rôzne- v doterajších prípadoch sa úradu nepodarilo preukázať protiprávne konanie napr. z dôvodov chýbajúcej protisúťažnej komunikácie, ale aj z dôvodu zániku účastníka konania, dlhšieho časového odstupu, neexistencie vôle, motivácie k dohode z dôvodu, že zhromaždené podklady netvorí taký ucelený súbor dôkazov, o ktorý by úrad mohol jednoznačne oprieť záver, že došlo k porušeniu zákona. Ďalším dôvodom bola predchádzajúca spolupráca účastníkov konania alebo špecifickosť trhu (kedy existuje iba jediný výrobca zariadenia). Tieto dôvody teda vychádzali zo osobitných okolností daných prípadov.
303. Rada úradu teda neidentifikovala v predchádzajúcej rozhodovacej praxi úradu, a to ani v prípadoch, na ktoré odkazoval účastník konania situáciu identickú so situáciou v tomto správnom konaní. Účastník konania vzhľadom na špecifiká rozhodovania v prípadoch hospodárskej súťaže, ktorá je samotnou svojou povahou dynamická a neustále sa mení, podľa Rady úradu nemôže mať legitímne očakávanie ako prezentuje v rozklade vo vzťahu k budúcemu rozhodovaniu úradu v prípade, nakoľko je vysoko nepravdepodobné, že úrad bude vždy rozhodovať na tých istých trhoch, na ktorých je taká istá súťažná štruktúra a za rovnakých okolností v posudzovaných prípadoch. Podľa Rady úradu účastník konania má nárok na to, aby úrad rozhodoval v medziach zákona, na základe zisteného skutkového stavu, ktorý má oporu v spise a aby jeho rozhodnutie bolo riadne odôvodnené.
304. Úrad pritom tiež nie je povinný v každom rozhodnutí porovnávať konkrétne prijaté závery s každým doterajším rozhodnutím, ktoré doposiaľ prijal. V prípade, že je možné odôvodnene očakávať určitý konkrétny záver úradu vzhľadom na jeho doterajšiu prax a úrad sa z dôvodu určitých špecifických okolností daného prípadu od svojej ustálenej praxe odkloní, odklon od doterajšej praxe je povinný zdôvodniť. Keďže uvedené bolo v tomto prípade naplnené, Rada úradu konštatuje, že úrad postupoval správne a nedošlo k odklonu úradu od jeho doterajšej praxe.

⁸⁸ Pozri rozhodnutie 2016/ZK/1/1/014 zo dňa 31.03.2016 vo veci GMT projekt, spol. r.o. MOLIOR group s.r.o., JAGESPIŠ, s.r.o.

7.2.7 Skutkové zistenia vo vzťahu k VUJE, a.s.

305. Rada úradu zistila, že úrad vo vzťahu k tomuto účastníkovi konania svoje skutkové zistenia zakladal na nasledujúcich skutočnostiach:

K indexácii ponuky VUJE, a.s. a víťaznej ponuky

- Úrad preskúmaval nájdenú indexáciu medzi VUJE, a.s. a víťazom v časti Rozvodňa III, a to v 9 objektoch z 26 a to v 90 položkách, čo predstavuje **6,64** % z celkovo nacenенých položiek v tejto časti rozpočtu.
- Zároveň v časti Rozvodňa II bol zistený index v 28 objektoch z 58 a to v 314 položkách, čo predstavuje **7,94** % z celkovo nacenенých položiek v tejto časti rozpočtu.
- Z vysvetlení podaných účastníkmi konania bolo zistené, že obaja uchádzači spravidla vychádzali z rovnakého cenového základu, keďže disponovali ponukami od rovnakých subdodávateľov, ktorí im v prípade víťazstva mali poskytnúť dodávky časti tovarov (pozri bod 134 prvostupňového rozhodnutia), čím bola zistená indexácia vysvetlená.
- V prípade zistenia skupiny indexov (teda viacerých indexov v rôznych hodnotách), úrad tieto nepovažoval za index (viď. napr. bod 98 prvostupňového rozhodnutia).

Ku komunikácii KLEMENT, a.s., VUJE, a.s a EGEM s.r.o.

- Úrad posudzoval dôkazy, ktoré nasvedčovali možnej výmene citlivých informácií medzi účastníkmi konania KLEMENT, a.s., VUJE, a.s. a EGEM s.r.o.
- Táto komunikácia bola predložená účastníkom konania KLEMENT, a.s. v rámci leniency žiadosti ako dôkaz o zapojení sa tohto účastníka do kartelu.
- Predmetná komunikácia sa týkala späťvzatia námietok vo verejnom obstarávaní účastníka konania KLEMENT, a.s., o ktorom informoval svojich konkurentov EGEM s.r.o. (pred podaním jeho ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní) a VUJE, a.s. (po tom, čo tento ponuku vo verejnom obstarávaní už podal).
- Tak, ako to bolo aj vo vzťahu ku komunikácii KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s., aj táto komunikácia o späťvzatí námietok bola pôvodne úradom považovaná za dôkaz preukazujúci účasť na predmetnej dohode obmedzujúcej súťaž, o čom účastníkov konania informoval v Doplnení výzvy pred vydaním rozhodnutia I.
- Vyjadrenia k tomuto dôkazu boli účastníkmi konania podané vo vyjadreniach k výzve, aj na ústnom pojednávaní. Účastník konania VUJE, a.s. uviedol, že mu informácia o späťvzatí námietok bola doručená až po zaslaní jeho ponuky, neexistuje žiadna spojitosť s cenovou ponukou, išlo o bezvýznamnú informáciu bez potenciálnej pridanej hodnoty. Účastník konania EGEM s.r.o. uviedol, že táto informácia nebola spôsobilá ovplyvniť priebeh verejného obstarávania, tento účastník konania ju neeviduje v archívoch, neznižuje nijako stupeň neistoty ohľadne chovania konkurentov v súťaži.
- Úrad predmetnú skutočnosť posudzoval s ohľadom na to, že takýto postup je štandardný v prípadoch predkladania krycích ponúk, kde jeden účastník dohody predloží svojim kolegom dôkaz o tom, že konal podľa vopred dohodnutých pravidiel, a teda v súlade s takouto dohodou. Aj takýto dôkaz preto vo všeobecnosti môže byť dôkazom o porušení zákona, ak je zároveň po

posúdení ďalších súvisiacich dôkazov preukázané, že postup uchádzača bol súčasťou dohody.

- Vo vzťahu k tejto komunikácii však úrad dospel k záveru, že po preskúmaní povahy tejto komunikácie a po preskúmaní, či existujú ďalšie súvisiace dôkazy, ktoré umožnia predmetnú komunikáciu účastníkov konania o späťvzati námietok spojiť s protisúťažným konaním, v tomto prípade nebolo možné túto súvislosť preukázať (pozri bod 190 a nasledujúce prvostupňového rozhodnutia).
- Na základe vyššie uvedeného podľa úradu dôkazy o účasti VUJE, a.s. na dohode obmedzujúcej súťaž neboli dostatočné na preukázanie porušenia zákona.

Záver Rady:

306. Vo vzťahu k zisteniu skutkového stavu k účastníkovi konania VUJE, a.s. úrad po vrátení veci doplnil dokazovanie a odôvodnenie. Úrad vyčíslil rozsah indexovaných položiek, ako aj doplnil vysvetlenie dôvodov, ktoré ho viedli k prehodnoteniu svojich pôvodných záverov vo vzťahu k rozsahu indexovaných položiek.

307. Rada úradu má za dostatočne preukázané, že pôvodne úradom predpokladaná indexácia bola u prevažnej väčšiny položiek vysvetlená rovnakým cenovým základom, a to či už v podobe rovnakých cenových ponúk subdodávateľov, alebo rovnakým postupom rôznych subdodávateľov pri tvorbe cenníkov.

308. Z prvostupňového rozhodnutia jednoznačne vyplýva dôvod, pre ktorý úrad považoval vo vzťahu k tomuto účastníkovi konania indexy za vysvetlené-bolo potvrdené tvrdenie predmetného účastníka konania subdodávateľom, že mu zaslal cenník, z ktorého tento vychádzal pri tvorbe ponuky, pričom rovnako postupoval aj účastník konania, voči ktorému úrad konštatoval pôvodne indexáciu. Ďalšia skupina pôvodne úradom predpokladaných indexov bola vysvetlená tým, že išlo o položky, ktoré boli typovo rovnako ocenené a to u rôznych subdodávateľov rovnakým spôsobom, teda ich vzájomný pomer vzbudzoval podozrenie o indexácii. Úrad po preverení vysvetlení dotknutých účastníkov konania v takýchto prípadoch identifikoval vždy zdanlivý index vo vzťahu k danému typu položiek, teda viaceré domnelé indexy v rámci ponuky predkladanej daným účastníkom. Takéto závery však nebolo možné prijať vo vzťahu k indexácii KLEMENT, a.s./víťazná ponuka, kde bol v rámci ponuky konštatovaný rovnaký index 1,06, resp 0,94 a to vo vzťahu k drvivej väčšine položiek predkladanej ponuky.

309. Vo vzťahu ku komunikácii účastníkov konania KLEMENT, a.s., VUJE, a.s a EGEM s.r.o. úrad taktiež dostatočne odôvodnil svoje závery, ako aj myšlienkové pochody, ktoré ho k takýmto záverom viedli. Úrad správne citoval teóriu, avšak dospel k záveru, že v tomto prípade, aj s ohľadom na štandardnú judikatúru týkajúcu sa preukazovania kartelov prostredníctvom nepriamych dôkazov nie je možné dospieť k záveru o preukázaní účasti na posudzovanom karteli týmto účastníkom konania. Rada úradu v tomto ohľade zdôrazňuje, že komunikáciu KLEMENT, a.s., VUJE, a.s a EGEM s.r.o. nie je možné považovať vzhľadom na jej obsah a kontext prípadu za priamy dôkaz o účasti na karteli na rozdiel od komunikácie účastníka konania KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. Vzhľadom na

uvedené Rada úradu považuje námietky účastníkov konania o nerovnakom prístupe úradu ku komunikácii a alternatívnym vysvetleniam jednotlivých dôkazov účastníkov konania za neopodstatnenú, nakoľko z preskúmaného rozhodnutia jednoznačne vyplývajú dôvody odlišných záverov úradu.

310. Rada úradu teda po posúdení skutkového stavu – rozsahu indexov, ku ktorým nebolo poskytnuté alternatívne vysvetlenie (ktorý bol zanedbateľný), obsahu mailovej komunikácie a absencii iných dôkazov preukazujúcich protisúťažné správanie VUJE, a.s. dospela vo vzťahu k tomuto účastníkovi konania k rovnakým záverom, ako úrad.
311. Na uvedených záveroch nič nemení ani argumentácia Alter Energo, a.s., podľa ktorého je nelogické, aby pri karteli účastníkov konania Alter Energo, a.s, SPIE, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. bolo späťvzatie námietok oznamované účastníkom konania KLEMENT, a.s. VUJE, a.s a EGEM s.r.o a nie víťazovi, čo svedčí podľa neho o vnútornej rozpornosti kartelu. Rada úradu k tejto námietke uvádza, že úrad, ako aj Rada úradu vychádzali v súlade so správnym poriadkom zo zisteného skutkového stavu, podľa ktorého bol kartel preukázaný účastníkom konania Alter Energo, a.s, SPIE, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. Vzhľadom na dôkazy identifikované v konaní podľa Rady úradu nebolo možné vo vzťahu k týmto účastníkom konania konštatovať nevinu a naopak, vzhľadom na absenciu dôkazov voči účastníkom konania VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o, nebolo možné konštatovať ich účasť na karteli. Rada úradu považuje za nesprávne požadovať oslobodenie účastníkov konania, voči ktorým úrad disponuje silnými dôkazmi o karteli – v prípade účastníkov konania Alter Energo, a.s, SPIE, a.s., KLEMENT, a.s. sústavou nepriamych dôkazov a v prípade Liv Elektra, a.s. priamym dôkazom o nedovolennej komunikácii a kolúzií vo VO na základe toho, že u ostatných, pôvodne podozrivých účastníkov konania nedisponuje rovnako silnými dôkazmi a teda im účasť na predmetnom karteli nevie preukázať.
312. Rada úradu v tejto súvislosti odkazuje na vyššie uvedenú judikatúru a právnu teóriu, z ktorej vyplýva, že v prípadoch preukazovania kartelov je pomerne bežné, že súťažný orgán nevie presne popísať priebeh kartelu a preukázať účasť na ňom všetkých pôvodne podozrivých podnikateľov. Zároveň, hoci súťažné authority nedokážu popísať presné podrobnosti kartelu, a môžu len odôvodnene predpokladať jeho priebeh, svoje závery musia zakladať na dôkazoch zaistených v konaní a k tomuto v tomto prípade aj došlo.
313. Uvedené závery Rady úradu nebola spôsobilá narušiť ani argumentácia účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorý rozoberal obsah predmetnej komunikácie, ktorú úrad nepovažoval za dôkaz a rozvíjal úvahy o tom, čo jej mohlo predchádzať, ako aj predikcie o možných myšlienkových pochodoch zástupcov podnikateľa KLEMENT, a.s. Rada úradu má za to, že tieto úvahy účastník konania Alter Energo, a.s. nepodložil relevantnými dôkazmi, ani indíciami. Na druhej strane úrad jasne uviedol, prečo nepovažuje predmetnú komunikáciu za dôkaz, zhodnotil ju v kontexte všetkých zistení v konaní a nepovažoval za účelné a potrebné, preverovať hypotézy tohto účastníka o možnej interpretácii myšlienkových pochodov zástupcov KLEMENT, a.s.

7.2.8 Skutkové zistenia vo vzťahu k EGEM, s.r.o.

314. Rada úradu zistila, že úrad vo vzťahu k tomuto účastníkovi konania svoje skutkové zistenia zakladal na nasledujúcich skutočnostiach:

K indexácii ponuky Liv Elektra, a.s. a EGEM s.r.o.

- Úrad preskúmaval nájdenú indexáciu **EGEM, s.r.o.** vo vzťahu k účastníkovi konania Liv Elektra, a.s. v časti Rozvodňa III úrad v dvoch objektoch z počtu 26 v časti Rozvodňa III, a to v 52 položkách, čo predstavuje **3,84** % z celkovo nacených položiek v tejto časti rozpočtu.
- Úrad zistil, že k indexácii medzi ponukami Liv Elektra, a.s. a EGEM s.r.o. došlo z dôvodu rovnakého cenového základu, keďže obaja uchádzači disponovali ponukami od rovnakých subdodávateľov, ktorí im v prípade víťazstva mali poskytnúť dodávky časti tovarov, čím bola zistená indexácia vysvetlená (bližšie pozri v bode 248 prvostupňového rozhodnutia).
- V prípade zistenia skupiny indexov (teda viacerých indexov v rôznych hodnotách), úrad tieto nepovažoval za index (viď. napr. bod 98 prvostupňového rozhodnutia).

K indexácii ponuky EGEM s.r.o. a víťaznej ponuky

- Úrad preskúmaval nájdenú indexáciu **EGEM, s.r.o.** vo vzťahu k víťazovi v časti Rozvodňa II v niektorých položkách v 22 stavebných objektoch z celkového počtu 58, a to v 69 položkách, čo predstavuje **1,74** % z celkovo nacených položiek v tejto časti rozpočtu.
- Indexácia nájdená vo vzťahu k víťazovi obstarávania bola účastníkom konania EGEM, s.r.o. v časti objektov vysvetlená tým, že jeho ponuka vychádzala z ponuky subdodávateľa, ku ktorej si pripočítal vlastnú obchodnú maržu (viď. bod 97 prvostupňového rozhodnutia). V ďalšej časti EGEM, s.r.o. nájdenú indexáciu vysvetlil skutočnosťou, že ide o dodávku technicky identických položiek (viď. bod 102 prvostupňového rozhodnutia).

Ku komunikácii KLEMENT, a.s., VUJE, a.s a EGEM s.r.o.

- Úrad tiež preveroval podozrenie na nedovolenú výmenu citlivých informácií medzi uchádzačmi vo verejnom obstarávaní, ktorá sa týkala poskytnutia informácie o späťvzatí námietok zo strany spoločnosti KLEMENT, a.s. Pri posudzovaní tejto skutočnosti úrad postupoval zhodne ako v prípade VUJE, a.s., t.j. posudzoval, či existujú ďalšie súvisiace dôkazy, ktoré umožnia predmetnú komunikáciu účastníkov konania o späťvzatí námietok spojiť s protisúťažným konaním a dospel k záveru, že v tomto prípade nebolo možné túto súvislosť preukázať.
- Na základe vyššie uvedeného podľa úradu dôkazy o účasti EGEM, s.r.o. na dohode obmedzujúcej súťaž neboli dostatočné na preukázanie porušenia zákona.

Záver Rady:

315. Rada úradu súhlasí so zisteniami a závermi prvostupňového orgánu, keďže

tento má oporu v spisovom materiáli.

316. Zároveň, vzhľadom na obdobné zistenia skutkového stavu u účastníkov konania VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. Rada úradu nepovažuje za potrebné a účelné opakovať argumentáciu uvedenú k skutkovým zisteniam voči účastníkovi VUJE, a.s. a odkazuje na ňu v primeranom rozsahu aj vo vzťahu k účastníkovi konania EGEM, s.r.o.

7.2.9 Záver k dôkazom a zisteniu skutkového stavu

317. Rada úradu po posúdení úradom zistených skutočností popísaných najmä v časti 4 prvostupňového rozhodnutia, ku ktorým sa vyjadrila v predchádzajúcom texte tohto rozhodnutia dospela k rovnakému záveru ako úrad. Napriek indíciám o možnej koordinácii uchádzačov v procese verejného obstarávania nedisponuje dostatočnými dôkazmi, ktoré by jednoznačne, presvedčivo a úplne preukazovali účasť všetkých účastníkov konania na protisúťažnom a protizákonnom konaní v procese predmetného verejného obstarávania. Účastníci konania VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. v priebehu konania podali vysvetlenia a argumenty, ktoré poskytujú alternatívne vysvetlenie toho, ako mohlo dôjsť k zhodám a ojedinelej indexácii v cenových ponukách predložených do súťaže. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že voči účastníkom konania **VUJE, a.s. a EGEM, s.r.o. nepreukázal porušenie zákona**. Dôkazy, ktorými úrad disponuje voči účastníkom konania **SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s. a KLEMENT, a.s.**, sú aj podľa Rady úradu dostatočné na preukázanie **porušenia zákona** týmito účastníkmi konania.
318. Rada úradu k spôsobu zistenia skutkového stavu, rozsahu a použitiu dôkazov a vplyvu týchto faktorov na vecnú správnosť a zákonnosť rozhodnutia en bloc uvádza, že sa s námietkami účastníkov konania v tejto oblasti nestotožňuje.
319. Rada úradu považuje zistenie a posúdenie skutkového stavu vo vzťahu k dohode obmedzujúcej súťaž v tomto konaní za dostatočné a preukázané. Posúdenie dôkazov vo vzťahu k dohode je zrozumiteľné, jasné a logické. Závery úradu vyplývajú z konzistentného súboru dôkazov, a sú teda dostatočne podložené.
320. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia účastníci konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s. namietali preukázanie dohody obmedzujúcej súťaž a účasť účastníkov konania na nej okrem iného aj s poukázaním na absenciu dôkazov o vzájomnej vedomosti týchto účastníkov na celkovom koncepte dohody. Účastník konania SPIE, a.s. dokonca namietal, že vzhľadom na skutkové zistenia úradu došlo k dvom posudzovaným konaniam, kde jedno bolo preukazované voči SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., a KLEMENT, a.s. a druhé voči a KLEMENT, a.s. a LiV Elektra, a.s., pričom len účastník konania KLEMENT, a.s. sa dopustil jediného porušujúceho konania, zatiaľ čo dôkazy, na ktorých úrad zakladá závery svedčia, že vo vzťahu k LIV Elektra, a.s. došlo k jednej nezákonnej výmene informácií a vo vzťahu k SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., k inej nezákonnej výmene informácií. Následne sa účastník konania SPIE, a.s. zaoberal možnosťou aplikácie konceptu sigle and continuous infringement. Zároveň účastníci konania spochybňovali závery úradu aj tým, že je nemožné relevantne určiť cieľ, ktorý kartelová dohoda mala sledovať s ohľadom na právny,

hospodársky kontext a možný účel a obsah dohody.

321. Rada úradu má za to, že podstatná časť týchto námietok je vyvrátená argumentáciou v predchádzajúcom texte rozhodnutia. Rada úradu opätovne zdôrazňuje, že predmetom tohto konania je protisúťažné konanie účastníkov konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. spočívajúce v koordinácii predkladania ponúk týmito účastníkmi. Podľa Rady úradu bolo v tomto konaní jednoznačne preukázané, že uvedení účastníci konania sa nesprávali nezávisle s cieľom dosiahnuť víťazstvo prostredníctvom maximálnych konkurenčných tlakov, čím naplnili skutkovú podstatu kartelu, ktorý je už svojou povahou kvalifikovaný ako veľmi závažné porušenie súťaže bez toho, aby bolo potrebné preukázať konkrétny dopad porušenia na trh. Protisúťažné správanie nespočívalo v určení víťaza, napriek tomu aj správanie, ktoré bolo vo vzťahu k účastníkom konania SPIE, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. preukázané, znižovalo konkurenčné tlaky, nakoľko jeho cieľom bolo vylúčiť súťaž medzi týmito účastníkmi vo vzťahu k tomuto verejnemu obstarávaniu. Rada úradu zároveň opätovne zdôrazňuje, že toto správanie bolo klasifikované ako jednorazový delikt, vo vzťahu k jednému verejnemu obstarávaniu, argumentácia a námietky týkajúce sa nenaplnenia dôkazného štandardu v prípade single and continuous infringement preto v tomto prípade nemajú relevanciu. V prípade cieľovej dohody zároveň platí, že na to, aby bol podnik klasifikovaný ako páchatel' porušovania, nie je potrebné, aby získal akúkoľvek ekonomickú výhodu zo svojej praxe v predmetnom karteli.⁸⁹Všeobecný súd opakovane zamietol tvrdenia, že Komisia mala zväžiť ekonomické dôkazy preukazujúce autonómne správanie a/alebo špecifický ekonomický kontext, ak je porušenie podľa cieľa preukázané listinnými dôkazmi.⁹⁰

7.3 Právne posúdenie

322. Rada úradu sa v plnom rozsahu stotožňuje so závermi úradu aj vo vzťahu k právnemu posúdeniu dohody, uvedenými v častiach 6.1 Dohoda obmedzujúca súťaž, 6.3 Obmedzenie hospodárskej súťaže, 6.4 Vplyv na obchod medzi členskými štátmi, 6.5 Dĺžka trvania dohody obmedzujúcej súťaž. Úrad uvedené aspekty vyhodnotil správne a nebolo potrebné jeho závery dopĺňať.

323. Časť 6.2 prvostupňového rozhodnutia Dohoda podnikateľov je Radou úradu spracovaná v predchádzajúcej časti tohto dokumentu.

7.4 Sankcie

7.4.1 Pokuta

324. Pokiaľ ide o aplikovaný Metodický pokyn o ukladaní pokút, Rada úradu

⁸⁹ Spojené prípady T-236/01, etc Tokai Carbon a ostatní v Komisia [2004] ECR II 1181, ods. 81, prípad T-304/94 Europa Carton v Komisia [1998] ECR II 869, ods. 141

⁹⁰ Prípad T-370/09 GDF Suez v Komisia [2012], ods. 266-268, Prípad T-110/07 Siemens v Komisia [2011] ECR II 477, ods. 209-210

preskúmava postup prvostupňového orgánu, ktorý aplikoval právnu úpravu platnú a účinnú v čase jeho rozhodovania. K aplikácii právnych predpisov sa Rada úradu vyjadrila v príslušnej časti tohto dokumentu (3. Aplikácia právnych predpisov).

325. Z vyššie uvedeného vyjadrenia Rady úradu vyplýva, že v tomto prípade nepovažuje novšiu právnu úpravu pre účastníka konania za priaznivejšiu, a preto bude pri ukladaní sankcie postupovať pri všetkých účastníkoch konania jednotne podľa zákona č. 136/2001 Z. z.
326. Ustanovenia týkajúce sa sankcií sa musia vždy aplikovať ako celok, a nie je možné použiť časť ustanovení o sankciách zo skoršej právnej úpravy a časť z neskoršej právnej úpravy. Vzhľadom na uvedené Rada úradu v rámci ukladania sankcie účastníkom konania aplikuje ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z. nielen v prípade ukladania pokuty podľa § 38 tohto zákona a ukladania zákazu účasti vo verejnom obstarávaní podľa § 38h zákona č. 136/2001 Z. z., ale rovnako podľa tohto zákona postupuje aj v prípade zníženia pokuty na základe žiadosti o zhovievavosť (§ 38d) a v prípade zníženia pokuty v dôsledku urovnania (§ 38f).
327. Podľa § 38 ods. 1 zákona úrad za porušenie ustanovení § 4 ods. 1, § 8 ods. 6, § 10 ods. 9, § 25 ods.5 a § 29 ods. 5 uloží pokutu podnikateľovi do 10 % z obratu podľa § 10 ods.3 za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie a podnikateľovi, ktorý za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie dosiahol obrat do 330 eur alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčíslieť, pokutu do 330 000 eur.
328. Úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania ustanovení tohto zákona, porušovania ustanovení osobitného predpisu alebo porušovania podmienky, povinnosti alebo záväzku uloženého rozhodnutím úradu. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty berie do úvahy aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.
329. V súvislosti s právnou úpravou ukladania pokút Rada úradu súhlasí s účastníkom konania Liv Elektra, a.s., ktorý poukazoval na to, že kritériá pre ukladanie sankcií v podobe pokuty upravuje výlučne zákon. Rada úradu súhlasí aj s tým, že Metodický pokyn o ukladaní pokút je iba interný predpis úradu, ktorý bližšie objasňuje znenie zákona a nemôže ísť nad rozsah a v rozpore so zákonom. V tejto súvislosti Rada úradu považuje za potrebné uviesť, že prijatím Metodického pokynu úrad iba deklaruje svoju vôľu postupovať v určitých prípadoch pri ukladaní pokút predpokladaným postupom v Metodickom pokyne. Tento však okrem toho, že musí byť v medziach zákona, nemôže pokryť všetky situácie, ktoré pri aplikácii zákonných kritérií na ukladanie pokút, nastanú. Toto vyplýva priamo aj zo znení všetkých úprav Metodického pokynu, v ktorých je uvedené cit. „.....a že sa v odôvodnených prípadoch úrad môže odchyliť od postupov uvedených v Metodickom pokyne“. Rovnako je možné odchyliť sa aj od predchádzajúcej rozhodovacej praxe úradu, pokiaľ si to vyžaduje právny a

skutkový stav v danom správnom konaní. Na oba prípady sa však vzťahuje požiadavka náležitého odôvodnenia odchýlky. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu v prvom kroku zamerala na posúdenie zdôvodnenia postupu prvostupňového orgánu na vymedzenie relevantného obratu, ako aj závažnosti v prvostupňovom rozhodnutí.

330. Podľa Rady úradu je základom ukladania pokút povinnosť aplikovať zákonné kritériá tak, aby bola úradom uložená pokuta, ktorá plní svoju preventívnu aj represívnu funkciu. Rada úradu sa nestotožňuje s námietkami účastníka konania Liv Elektra, a.s., podľa ktorého úrad nemá právo postupovať podľa Metodického pokynu. Rada úradu poukazuje na to, že Metodický pokyn nejde nad rámec zákona, naopak výsledkom postupu v zmysle Metodického pokynu je naplnenie zákonných ustanovení. Z právnej úpravy vyplýva, podľa akých kritérií úrad postupuje, avšak ani samotný zákon o ochrane hospodárskej súťaže nestačí. Úrad je pri ukladaní pokút viazaný aj právnymi princípmi, medzi ktoré platí zásada primeranosti, zákonnosti, ale aj predvídateľnosti rozhodovania. Zákonná pokuta je taká, ktorá plní svoju represívnu aj preventívnu funkciu.
331. Metodický pokyn bol pripravený práve s cieľom transparente a v súlade s princípom právnej istoty a predvídateľnosti rozhodovania oznámiť verejnosti, akým spôsobom sa úrad zaväzuje postupovať pri uplatňovaní ustanovení zákona upravujúcich ukladania pokuty.
332. Rada úradu má za to, že úrad pri ukladaní pokút v tomto konaní postupoval v súlade so zákonom, ako aj Metodickým pokynom.
333. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad v súlade s Metodickým pokynom vymedzil ako základ uloženia pokuty relevantný obrat - celkovú hodnotu víťaznej ponuky vo verejnom obstarávaní bez DPH, nakoľko táto hodnota dostatočne presne vystihuje množstvo tovarov a služieb zasiahnutých protisúťažným konaním. Úrad teda v tomto prípade vychádzal pri výpočte relevantného obratu z hodnoty ponuky (bez DPH), ktorú predložili do verejného obstarávania podnikatelia SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. ako skupina dodávateľov.
334. V tomto ohľade Rade úradu nie je zrejماً podstata argumentácie účastníka konania Liv Elektra, a.s. uvedená vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia týkajúca sa postupu úradu a Rady, ktorý bol podľa tohto účastníka konania nezákonný, nakoľko vychádzal z Metodického pokynu a nie zo zákona, konkrétne z § 38 ods. 1 písm. a) zákona⁹¹. Podľa tohto účastníka konania obrat nebol vypočítaný podľa § 3 ods. 5 zákona, ale podľa metodického pokynu, čo nasvedčuje tomu, že nebol vypočítaný v súlade so zákonom. Rada úradu poukazuje na to, že citované ustanovenie zákona upravuje hranicu, ktorú nesmie prekročiť úradom uložená pokuta, t.j. 10 % z obratu podľa § 3 ods. 5 za predchádzajúce účtovné obdobie. Obrat podľa § 3 ods. 5 zákona⁹² však nie je

⁹¹ „Úrad za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž uloží podnikateľovi pokutu do 10 % z obratu podľa § 3 ods. 5 za predchádzajúce účtovné obdobie, ak § 38d neustanovuje inak.“

⁹² „Obrat na účely tohto zákona je súčet tržieb, výnosov alebo príjmov z predaja tovaru bez nepriamych daní, ku ktorému sa pripočíta finančná pomoc poskytnutá podnikateľovi. Pri združení podnikateľov sa k obratu združenia podnikateľov okrem súčtu podľa predchádzajúcej vety pripočíta aj súčet prijatých

relevantný obrat, ktorý je základom na výpočet pokuty, ale celkový obrat, teda úplne odlišný pojem na účely zákona. Námieta účastníka konania Liv Elektra, a.s. teda nie je relevantná.

335. Rada úradu považuje postup prvostupňového orgánu za správny a súladný s bodom 10 v súčasnosti platného Metodického pokynu (účinný od 1.9.2018), ktorý odráža postup úradu založený na najnovších poznatkoch majúcich oporu v rozhodovacej praxi súťažných autorít a európskych súdov, v ktorom úrad upravil metodiku výpočtu relevantného obratu v prípade praktiky bid rigging, kde relevantným obratom môže byť hodnota víťaznej ponuky. V zmysle tohto ustanovenia „ak to vyplýva z povahy porušenia, relevantným obratom nemusí byť len hodnota z predaja tovarov alebo služieb, ale akákoľvek iná hodnota, ktorá v kontexte danej praktiky a podmienok na trhu najlepšie reprezentuje relevantný obrat, t. j. je najlepšou referenčnou hodnotou na vyhodnotenie očakávaných ziskov z protisúťažného správania. Napr. v prípadoch, kedy k porušovaniu zákona dochádza formou koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži (ďalej len „verejné obstarávanie“), kde koordinácia bola úradom preukázaná len vo vzťahu k jednému alebo niekoľkým konkrétnym verejným obstarávaniam, relevantným obratom každého účastníka dohody môže byť hodnota víťaznej ponuky/víťazných ponúk alebo obrat, ktorý mohol byť realizovaný na základe príslušného verejného obstarávania/verejných obstarávaní.“

336. Rada úradu sa nestotožňuje s námietkami účastníkov konania, podľa ktorých úrad s ohľadom na predchádzajúcu rozhodovaciu prax úradu nemal aplikovať tento postup. Takéto poňatie by viedlo k nemožnosti revidovať svoje postupy pri získaní nových poznatkov, hoci by boli efektívnejšie a vernejšie odrážajúce ekonomickú realitu. Jediný limit, ktorý je potrebné sledovať, a ktorý bol v tomto prípade dodržaný, je postupovať v zmysle znenia zákona, ktorý však priamo neupravuje, akú hodnotu má úrad zohľadňovať pri ukladaní pokuty. Podľa ustálenej judikatúry európskych súdov tiež skutočnosť, že Komisia uložila pokuty v určitej výške za určité druhy porušenia neznamená, že je to prekážkou zvýšenia tejto úrovne v záujme zabezpečenia presadzovania politiky hospodárskej súťaže Spoločenstva⁹³ Európsky súdny dvor už v minulosti stanovil, že podniky zapojené do správneho konania, v rámci ktorého možno uložiť pokuty, nemôžu nadobudnúť legitímne očakávanie, že Komisia neprekročí úroveň predtým uložených pokút, takže legitímne očakávanie sa nemôže zakladať na metóde kalkulácie pokút.⁹⁴

príspevkov členov tohto združenia. Obrat podnikateľa vyjadrený v cudzej mene sa prepočíta na eurá, pričom na prepočet cudzej meny na eurá sa použije priemer referenčných výmenných kurzov určených a vyhlásených Európskou centrálnou bankou alebo Národnou bankou Slovenska,³⁾ ktoré sú platné pre príslušné účtovné obdobie.“

⁹³ „It is also settled case law that the fact that the Commission imposed fines of a certain level for certain types of infringement does not mean that it is prevented from raising that level to ensure the implementation of Community competition policy.“ - Joined cases 100/80 to 103/80 *Musique Diffusion française and Others v Commission* [1983] ECR 1825, paragraph 109 and Joined cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5428, paragraphs 169 and 172.

⁹⁴ „The European Court of Justice previously established that undertakings involved in an administrative procedure in which fines may be imposed cannot acquire a legitimate expectation of the fact that the Commission will not exceed the level of fines previously imposed, so that a legitimate expectation cannot be based on a method of calculating fines.“ - COMP/C.39181 – *Sviečkové vosky*, bod 625

337. Podľa Rady úradu je určenie základu pokuty na základe hodnoty víťaznej ponuky v tendri v prípadoch verejných obstarávaní, ktoré nie sú súčasťou schémy protisúťažného správania spôsobom, ktorý umožňuje získať spravodlivý základ pre možný dopad, alebo účinok porušenia súťažných pravidiel. Takéto vymedzenie relevantného obratu umožňuje potrestať za protisúťažné správanie aj podnikateľov, ktorí napr. podávali krycie ponuky, teda ich relevantný obrat by bol v prípade vymedzenia tovarov a služieb, ktorých sa porušenie dotýka a oni by danú službu neposkytovali iným zákazníkom, nulový. Zároveň však títo podnikatelia podaním krycích ponúk deformovali súťaž v konkrétnom tendri, a to aj napriek tomu, že nevyhrali. V prípade, že by úrad postupoval tak, ako to navrhuje účastník konania Liv Elektra, a.s., podnikatelia, ktorí by podali krycie ponuky, by neboli žiadnym spôsobom potrestaní za toto protisúťažné správanie, ak by neposkytovali predmetné služby aj v iných zákazkách.
338. Rovnako sa Rada úradu nestotožnila s návrhom účastníka konania SPIE, a.s., podľa ktorého hodnota víťaznej ponuky vo VO ako základ pre určenie pokuty mala byť v prípade členov konzorcia rozdelená podľa Zmluvy o združení v pomere vyplývajúcom z predmetnej zmluvy, nakoľko len príslušná časť môže byť každému z členov konzorcia pripísateľná ako realizovateľný obrat. Svoje závery tento účastník konania opiera o predpoklad, že Metodický pokyn vychádza zo situácie, keď víťazná ponuka bola ponúknutá jediným uchádzačom a nie konzorciom, ktorého členovia nerealizujú celý obrat z ponúknutej ceny.
339. Rada úradu v tomto ohľade považuje za správne vymedzenie samostatného relevantného obratu v súlade s Metodickým pokynom pre každého podnikateľa, ktorému je ukladaná sankcia. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že v tomto konaní nepovažuje účastníkov konania SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. za jedného podnikateľa, o čom svedčí aj spôsob preukazovania protisúťažného správania, kde odôvodňuje svoje závery samostatne vo vzťahu ku každému z týchto podnikateľov. V prípade, že by konzorcium bolo považované za jedného podnikateľa v zmysle súťažného práva, bola by mu ukladaná jedna sankcia, ktorú by bol tento povinný uhradiť, pričom subjekty tvoriace časti tohto podnikateľa by boli zaviazané na úhradu pokuty spoločne a nerozdielne. Z tohto konania, ako aj z výroku prvostupňového rozhodnutia však vyplýva, že takáto situácia v tomto konaní nenastala.
340. Takéto vymedzenie základu pokuty následne ovplyvňuje aj ďalšie naväzujúce kroky v rámci metodiky ukladania pokuty. V prípade, že úrad spresní základ určenia pokuty, je potrebné revidovať ďalšie kroky v záujme uloženia pokuty naplňajúcej jej základné funkcie, nakoľko len takáto pokuta umožňuje vymáhať súťažné pravidlá dostatočne účinne a efektívne. V záujme uvedeného úrad pri ukladaní pokuty posudzuje kritériá relevantného obratu a závažnosti vo vzájomných súvislostiach s cieľom dosiahnuť dostatočný odstrašujúci účinok pokuty.
341. Spresnením základu určenia pokuty v prípade verejných obstarávaní, ktoré nie sú súčasťou schémy protisúťažného správania väčšinou dochádza k výraznému poklesu výšky relevantného obratu podnikateľov. Z tohto dôvodu, aby bol zachovaný dostatočne odstrašujúci účinok uloženej pokuty, úrad aplikuje vyšší

koeficient závažnosti za protisúťažné konanie v porovnaní s rozhodovacou praxou úradu, ktorá bola pred účinnosťou súčasne platného Metodického pokynu. Súčasnne platný Metodický pokyn, účinný od 1.9.2018 zaviedol uvedenú metodiku ukladania pokút v bid riggingových prípadoch. Uvedené však neznamená odklon od predchádzajúcej praxe úradu v zmysle ukladania pokút, nakoľko za účinnosti predchádzajúceho a rovnako aj súčasne platného Metodického pokynu je úrad povinný ukladať pokuty v medziach zákonných kritérií, ktoré sa nemenili a tieto dostatočne účinne a efektívne aplikovať. Zmena v porovnaní s predchádzajúcou rozhodovacou praxou je len v spresnení vnútorných metodických postupov úradu, ktoré by ale vo výsledku mali rovnako ako pred zmenou viesť k zákonne uloženej, spravodlivej, účinnej a efektívnej pokute. Podľa Rady úradu preto nie je relevantné porovnávať a samostatne argumentovať vo vzťahu k predchádzajúcej rozhodovacej praxi úradu vzťahujúcej sa k jednotlivým samostatným krokom pri určovaní pokuty (relevantný obrat, závažnosť, dĺžka porušenia, poľahčujúce, priťažujúce okolnosti). Rada úradu sa zamerala na preskúmanie správnosti postupu a dostatočnosti jeho odôvodnenia v rámci ukladania pokuty a jeho jednotlivých krokov ako celku založenému na uplatnení nového Metodického pokynu. K správnosti aplikovania nového znenia Metodického pokynu a určenia základu pokuty sa vyjadřila v predchádzajúcom texte.

342. Vo vzťahu k určeniu závažnosti sa Rada úradu stotožňuje s postupom prvostupňového orgánu, ktorý v súlade so znením zákona pri posudzovaní závažnosti zohľadnil povahu porušenia, ako aj skutočnosť, že vzhľadom na charakter obmedzenia, ktorého cieľom je obmedziť súťaž nebolo potrebné vyhodnocovať dopad na trh, ani podiel účastníkov dohody na predmetných trhoch. Prvostupňový orgán správne vzal do úvahy, že koordinácia podnikateľov vo verejnom obstarávaní obsahujúca prvky priameho alebo nepriameho určenia cien a rozdelenia trhu patrí medzi tzv. ťažké kartely, ktoré priamo obmedzujú hospodársku súťaž, a preto sa zaraďuje k protisúťažným deliktom s najvyššou mierou závažnosti. V súlade so znením Metodického pokynu účinného od 1.9.2018 v prípade takýchto dohôd je určované percento za závažnosť v hornej polovici rozpätia, t. j. 15%- 30 %. Rada úradu považuje za potrebné zdôrazniť, že kolúzia vo verejnom obstarávaní, teda praktika posudzovaná v tomto prípade, je forma cenovej dohody s možným efektom rozdelenia trhu, čo predstavuje jedno z najzávažnejších narušení súťaže. Toto odôvodňuje ukladanie pokút v hornej polovici rozsahu. Za závažnejšiu formu porušenia by bola považovaná kolúzia vo verejnom obstarávaní, ktorá by tvorila schému protisúťažného správania pozostávajúcu z koordinácie vo viacerých verejných obstarávaníach. V tomto správnom konaní však takáto schéma preukázaná nebola. Predmetom tohto správneho konania je kolúzia v jednom verejnom obstarávaní, kde výsledkom protisúťažnej dohody bolo predloženie ponúk účastníkmi konania SPIE, a.s./Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s., ktoré de facto navzájom nesúťažili, nakoľko súťaž bola vo vzťahu k ponukám predloženým týmito účastníkmi nahradená dohodou strán. Zároveň bola preukázaná účasť všetkých účastníkov konania na rovnakom porušení, teda vo vzťahu k jednému verejnemu obstarávaniu.

343. Vzhľadom na uvedené závery nie je možné zohľadniť viaceré námietky účastníkov konania z vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, ktorými títo žiadali určiť rozdielne percento závažnosti, alebo znížiť

základnú sumu pokuty s ohľadom na rozdielny podiel participácie na dohode obmedzujúcej súťaž. Účastník konania SPIE, a.s. svoje námietky v tomto smere založil dokonca na tvrdení, že šlo o dva delikty, pričom len účastník konania KLEMENT, a.s. sa dopustil jediného porušujúceho konania, zatiaľ čo dôkazy, na ktorých úrad zakladá závery svedčia, že vo vzťahu k Liv Elektra, a.s. došlo k jednej nezákonnej výmene informácií a vo vzťahu k SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s., k inej nezákonnej výmene informácií. Uvedené mali úrad a Rada úradu zohľadniť aj pri zodpovednosti, resp. ukladaní sankcií. Tento účastník konania zároveň namietal, že aj keby išlo o jedno porušenie, úrad aj Rada ignorujú, že len KLEMENT, a.s. sa zúčastnil oboch typov výmeny informácií. Rada úradu nad rámec vyššie uvedeného dopĺňa, že takáto klasifikácia vzhľadom na skutkové zistenia, ako aj právne posúdenie nemá relevanciu, nakoľko v tomto prípade nejde o posudzovanie správania pozostávajúce z viacerých skutkov, alebo správania, kde by bolo možné odlíšiť podiel jednotlivých účastníkov na ňom. Rada úradu má za preukázané, že účastníci konania, ktorým je ukladaná sankcia koordinovali predkladanie ponúk, s cieľom znížiť úroveň súťaže. Zároveň má Rada úradu za preukázané, že k predloženiu ponúk s vedomím zníženej úrovne súťaže došlo zo strany všetkých sankcionovaných účastníkov, preto nie sú námietky v tomto ohľade relevantné a Rada úradu považuje za správne určenie rovnakého percenta závažnosti. S ohľadom na uvedené Rada úradu tiež neidentifikovala skutočnosti, na základe ktorých by bolo možné zohľadniť neuplatnenie dohody v praxi, resp. zohľadnenie individuálneho správania účastníka v dohode.

344. Úrad v prvostupňovom rozhodnutí zohľadnil nižšiu mieru dopadu na príslušnom relevantnom tovarovom trhu, v dôsledku čoho uložil percento za závažnosť na najnižšej možnej úrovni t. j. 15% a to vo vzťahu ku všetkým sankcionovaným účastníkom, s čím sa Rada úradu stotožňuje.

345. Podľa Rady úradu tento postupoval správne pri určovaní rozsahu závažnosti, pričom nebol povinný vymedziť relevantný trh, dopad a veľkosť trhového podielu jednotlivých účastníkov konania. V zmysle ustálenej judikatúry pokiaľ ide o horizontálne kartely v oblasti cien alebo rozdelenia trhu, tieto môžu byť kvalifikované ako veľmi závažné porušenia súťaže výlučne na základe ich samotnej povahy a bez toho, aby bola Komisia povinná preukázať konkrétny dopad porušenia na trh. V prípade C 603/13 P, Galp Energía España SA, Súdny dvor EÚ konkrétne uviedol, že horizontálne dohody o rozdelení trhu a koordinácia cien, už svojou povahou patria medzi najzávažnejšie typy porušení článku 81 Zmluvy o založení ES (teraz čl. 101 Zmluvy), ktoré možno podľa judikatúry označiť za „veľmi závažné“ porušenia už vzhľadom na ich povahu, bez toho, aby sa také správanie muselo vzťahovať na určitú geografickú oblasť alebo muselo mať osobitný dopad.

346. V tejto súvislosti možno tiež poukázať na odôvodnenie Súdneho dvora EÚ vo veci C-534/07 P z 3. septembra 2009, William Prym GmbH & Co. KG a Prym Consumer GmbH & Co. KG proti Komisii, kde súd uviedol v bodoch 62-65, že hoci sú na určenie výšky pokuty uloženej za porušenie pravidiel Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže relevantné trhové podiely podniku, ktoré určujú vplyv, ktorý tento podnik mohol na trhu mať, Komisia nie je povinná merať efektívnu ekonomickú kapacitu uvedeného podniku spôsobiť značnú škodu iným

hospodárskym subjektom tým, že by pristúpila k predbežnému vymedzeniu trhu, ako aj k posúdeniu jeho veľkosti, pričom by zohľadnila veľkosť jeho obratu. Pokiaľ by totiž Komisia mala túto povinnosť, bola by jej v prípade porušenia, ktoré spočíva v rozdelení trhov, uložená povinnosť, ktorú od nej nemožno na účely článku 81 Zmluvy požadovať, ak má dotknuté porušenie protisúťažný cieľ.

347. Z uvedeného je zrejmé, že v prípade ak bol preukázaný protisúťažný cieľ posudzovanej praxe, nie je potrebné definovať precízne relevantný trh a je postačujúce postupovať tak, ako to urobil úrad, t.j. opísať dostatočne oblasť, kde k dohode došlo, resp. kde sa prejavila.
348. Je tiež potrebné konštatovať, že v rámci určenia výšky pokuty za porušenie pravidiel hospodárskej súťaže môžu mať faktory týkajúce sa cieľa správania väčší význam na účely určenia výšky pokuty ako faktory týkajúce sa jeho následkov, ktoré neboli vyčíslené.
349. Súd prvej inštancie T- 329/01 už vo veci Archer Daniels Midland Co. v. Komisia zo dňa 27.9.2006 uviedol, že skutočný dopad je dostatočne demonštrovaný, ak je Európska komisia schopná poskytnúť špecificky hodnoverný dôkaz indikujúci, že protisúťažné správanie malo dopad na trh. Súd tiež pripustil, že v každom prípade nie je ani možné presne kvantifikovať dopady protisúťažného správania na trh.
350. Dopad na trh tiež nie je kategóriou, ktorá by sa vždy priamo kryla so škodou spôsobenou spotrebiteľom. Ide o kategóriu spočívajúcou v dopadoch protisúťažnej praxe na konkurentov, na súťažné prostredie, ceny, trhové podmienky a vývoj trhu, na bariéry vstupu na trh, spotrebiteľov a pod. Je ale pravdou, že z dobre fungujúcej hospodárskej súťaže v konečnom dôsledku profituje spotrebiteľ.
351. Závery týkajúce sa potreby definície relevantného trhu tak, ako boli prijaté v tomto konaní, boli potvrdené aj v rozsudku Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2S/273/2017-844, zo dňa 21.11.2018, keď súd uviedol, že definícia relevantného trhu v prípade cieľovej dohody nie je potrebná.
352. Rada úradu sa stotožňuje aj so spôsobom zohľadnenia faktoru dĺžky porušovania zákona v prvostupňovom rozhodnutí. V súlade s vyššie uvedeným, pri vymedzení základu uloženia pokuty v súlade s metodikou uvedenou v Metodickom pokyne účinnom od 1.9.2018 sa koeficient odrážajúci dĺžku trvania porušenia zákona neaplikuje v prípadoch verejných obstarávaní, kde relevantný obrat predstavuje hodnotu víťaznej ponuky. Takýto postup je bežný v praxi súťažných autorít. Uvedené má oporu v povahe protisúťažného správania, ktoré spočíva v koordinácii vo vzťahu k tomu ktorému tendru, pričom následky nastanú bez ohľadu na trvanie protisúťažného správania, nakoľko toto spôsobilo/malo potenciál spôsobiť narušenie už predložením koordinovaných protisúťažných ponúk, z ktorých jedna vyhrala a sú v nej nastavené podmienky, ktoré sa budú plniť. Nebezpečnosť činu je v takom prípade posudzovaná a zohľadnená v určení základu pokuty, relevantného obratu, nie je dôvodné zohľadňovať časový faktor na rozdiel od iných typov porušení, prípadne protisúťažného správania v podobe kolúzie v tendroch, ktoré sú súčasťou schémy. V tejto súvislosti Rada úradu opätovne zdôrazňuje potrebu posudzovania vymedzenia sankcie ako celku, kde

kritériom je uloženie zákonnej sankcie naplňajúcej funkciu represívnu, ako aj preventívnu. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje námietky účastníkov konania, ktorí požadovali aplikáciu koeficientu dĺžky porušovania za relevantnú.

353. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje za relevantné námietky účastníka konania Alter Energo, a.s. vo vzťahu k dĺžke trvania protisúťažného konania, kde tento účastník namieta závery úradu, s ktorými sa však Rada úradu stotožňuje.
354. Rada úradu sa stotožňuje so závermi prvostupňového orgánu o tom, že v danom správnom konaní vo vzťahu k účastníkom konania neidentifikovala poľahčujúce, ani priťažujúce okolnosti.
355. Rada úradu v súvislosti so vzťahom k predchádzajúcim rozhodnutiam úradu a námietkam účastníka konania Liv Elektra, a.s. a SPIE, a.s. v tejto oblasti poukazuje na to, že každý prípad je špecifický s ohľadom na skutočnosti a okolnosti daného porušenia, pričom nie je odôvodnené očakávať, aby uložená výška pokuty (alebo spôsob aplikácie Metodického pokynu) v jednom správnom konaní účastníkovi konania za rovnaký správny delikt boli nevyhnutne také isté ako inému účastníkovi v inom správnom konaní. Rovnako úrad nie je automaticky v každom prípade viazaný svojimi predchádzajúcimi rozhodnutiami, pokiaľ svoj odklon od predchádzajúcej rozhodovacej praxe dostatočne odôvodní, respektíve zohľadní iné okolnosti v porovnaní s predchádzajúcimi konaniami. Podľa Rady úradu je nevyhnutné v každom správnom konaní aplikovať politiku a právne predpisy úradu s ohľadom na okolnosti konkrétneho prípadu.
356. Odlišné percento závažnosti, ako aj neaplikácia kritéria dĺžky porušovania vyplýva tak, ako bolo vyššie uvedené z aplikácie novej metodiky ukladania pokút v prípadoch bid riggingových praktík, kde nebola preukázaná schéma. Táto metodika sa premietla do všetkých jednotlivých krokov ukladania pokuty, nie je preto relevantné porovnávať samostatne napr. kritérium závažnosti v konaniach úradu v predchádzajúcej úradnej praxi poukazovaním na závažnosť vo výške 5 %. Rada úradu tak, ako už uviedla, preskúmala postup prvostupňového orgánu pri vyčíslení pokuty z pohľadu zákonnosti a naplnenia základného účelu pokuty a vyhodnotila postup v tomto správnom konaní ako zákonný.
357. V tejto súvislosti sa Rada úradu v prvom rade zamerala na posudzovanie spôsobu ukladania pokuty v tomto správnom konaní, pričom nepovažuje za správne, účelné a v konečnom dôsledku ani za možné vysvetľovať kroky úradu v tomto konaní porovnávaním s rozhodnutiami úradu v minulosti z dôvodu komplexnosti a špecifickosti každého individuálneho prípadu. Z uvedeného popisu ukladania pokuty súťažnou autoritou vyplýva, že ide o systém založený na postupnosti jednotlivých krokov. Zároveň Rada úradu preukázala, že tento systém má pevnú oporu v zákone, Metodickom pokyne a je súladný so súťažno právnou teóriou a judikatúrou európskych súdov, ako aj rozhodovacou praxou Európskej komisie. Vzhľadom na takéto nastavenie vzťahov Rada úradu poukazuje na nebezpečnosť účelového vytrhávania jednotlivých krokov z rozhodnutí, nakoľko modifikácia čo i len jedného prvku mimo nastavený systém ukladania pokút môže viesť k narušeniu celej filozofie systému a v konečnom dôsledku k neúčinnému vymáhaniu súťažného práva, a to dokonca v jeho európskych dimenziách, keďže

je v tomto konaní priamo uplatňovaná aj Zmluva.

358. V súlade s uvedeným Rada úradu k argumentácii účastníkov Liv Elektra, a.s. a SPIE, a.s., kde títo poukazovali na predchádzajúce rozhodnutia úradu, v ktorých bolo stanovené nižšie percento závažnosti v porovnaní s týmto konaním poukazuje na to, že prípady, ktorými títo účastníci konania argumentovali sa týkali pokút ukladaných podľa Metodického pokynu úradu účinného pred 1.9.2018, kde platila odlišná metodika, ako už bolo uvedené vyššie v texte, a preto nie je možné tieto prípady porovnávať spôsobom, ako to robia predmetní účastníci konania.

359. Rada úradu zdôrazňuje, že od prijatia novej metodiky úrad pri ukladaní sankcií za bid riggingové praktiky štandardne stanovoval rozsah závažnosti v rozmedzí 15% – 30 % v rozsahu v závislosti od okolností konkrétneho prípadu⁹⁵ Skutočnosť, že úrad v konaniach zohľadňuje všetky okolnosti, pričom k odklonu od štandardnej praxe pristupuje iba v odôvodnených prípadoch potvrdzuje aj jediný prípad od účinnosti súčasne platného Metodického pokynu, v ktorom úrad určil nižšie percento závažnosti⁹⁶

360. Vo vzťahu k námietkam účastníkov konania, že uložené pokuty majú na predmetných podnikateľov likvidačný účinok Rada úradu uvádza, že tieto nepovažuje za relevantné. Rada úradu má za to, že pokuta bola uložená v súlade so zákonom a účastníci konania nepreukázali skutočnosti odôvodňujúce zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu. V tejto súvislosti Rada úradu uvádza, že na to, aby bol uznaný nárok na zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu musí byť preukázaná príčinná súvislosť medzi pokutou a odchodom spoločnosti z trhu. Zníženie pokuty môže byť udelené len na základe objektívnych dôkazov preukazujúcich, že uloženie pokuty by nenapraviteľne ohrozilo ekonomickú životaschopnosť podniku a viedlo k jeho odchodu z trhu. Preto len deklarácia štruktúry predchádzajúcej podnikateľskej činnosti a predikcie vo vzťahu k budúcim možnostiam pôsobenia podnikateľa v rozsahu, aký je predložený v spise účastníkom konania SPIE, a.s. nie je dôvodom na zníženie pokuty.

361. Rada úradu pri formovaní svojich záverov vo vzťahu k účastníkovi konania SPIE, a.s. vychádzala z nasledujúcich skutočností. Účastník konania má viac ako 70 ročnú tradíciu a v konečnom dôsledku jeho pôsobenie nie je ohraničené výlučne v SR a ČR. Z verejne dostupných zdrojov⁹⁷ vyplýva, že okrem pôsobenia

⁹⁵ Pozri napr. rozhodnutie č. 2021/DOH/POK/R/24 z 19. mája 2021 – závažnosť 18 %, rozhodnutie č. 2019/DOH/POK/R/42 z 19. decembra 2019 – závažnosť 15 %, rozhodnutie č. 2020/DOH/POK/1/29 z 18. novembra 2020 – 15 % závažnosť, rozhodnutie č. 2021/DOH/POK/1/76 z 22. decembra 2021 – 15 % závažnosť, rozhodnutie č. 2023/DOH/POK/1/3 z 03. februára 2023- 15 % závažnosť, rozhodnutie č. 2018/DOH/POK/1/32 z 5. októbra 2018 – 15 % závažnosť

⁹⁶ Rozhodnutie úradu č. 2020/DOH/POK/1/2 zo dňa 03.02.2020– závažnosť vo výške do 10 % z relevantného obratu. V danom prípade sa úrad odchýlil od metodiky stanovenej v metodickom pokyne a percento za závažnosť stanovil nižšie, než je stanovená dolná hranica rozpätia pre prípady horizontálnych dohôd. Pri posudzovaní závažnosti v tomto prípade bral úrad do úvahy skutočnosť, aká časť trhu bola konaním účastníkov dohody zasiahnutá. V tomto konaní úrad skonštatoval, že posudzovaná dohoda sa týkala len vozidiel značky Volkswagen, čo predstavuje približne 10% celkového trhu predaja motorových vozidiel v SR. Aj z tohto dôvodu úrad považoval mieru závažnosti vo výške v rozpätí od 0-10% vzhľadom na dané okolnosti za primeranú.

⁹⁷ Pozri napr.: <https://www.priemyseldnes.sk/exkluzivne-rozhovory/spie-elektrovod-as-200701>
<https://spie-elektrovod.sk/>

v oblasti výstavby elektrických vedení realizoval tiež veľké zákazky na Islande, v Grónsku, Nórsku, Slovinsku, Fínsku, Švédsku a najnovšie v Poľsku a Maďarsku. Medzi jeho zákazníkmi sú významné národné elektrizačné prenosové systémy (SEPS, ČEPS), distribučné systémy (ZSD, SSD, VSD, ČEZ Distribuce, PRE, EoN), elektrárne (EMO, EBO, ENO) a veľké priemyselné podniky (USS Košice, Slovnaft, KIA, PSA, Land Rover). Účastník konania je súčasťou veľkého nadnárodného francúzskeho koncernu SPIE S.A. Skupina SPIE so svojimi viac ako 46-tisíc zamestnancami pôsobí v 38 krajinách na štyroch kontinentoch sveta (Európa, Ázia, Afrika a Austrália) s obrátom viac ako 6,7 mld. eur. Samotná divízia Germany & Central Europe sa podieľa na celkovom obráte skupiny 32 %. Takže možno konštatovať, že účastník konania patrí v danom segmente medzi kľúčových hráčov na európskom trhu.

362. Rada úradu má za to, že objem zakontrahovaných víťazných ponúk v minulom aj v tomto roku dáva účastníkovi konania dostatočnú možnosť uhradiť uloženú pokutu. Jeho celkové tržby aj ziskovosť totiž vzrástli v porovnaní s rokmi 2022 a 2021⁹⁸. Možno tiež poukázať na to, že v doplnení rozkladu sa uvádzajú náklady na reštrukturalizáciu, ktorá však nebola dostatočne zo strany účastníka konkretizovaná a je súčasne v protiklade so skutočnosťou, že účastník konania nie len že neprepúšťa pracovníkov ako uvádza, ale ich na pracovnom trhu aj naberá⁹⁹. K účastníkom konania predloženej prílohe č. 3 doplnenia rozkladu (Scenár likvidácie spoločnosti) Rada úradu uvádza, že tento nie je podložený žiadnou relevantnou dokumentáciou, ktorá by preukazovala pravdivosť tam uvedených údajov. Nie je z neho tiež evidentné, či účastník konania nebude môcť podnik ďalej prevádzkovať, pričom sankcia mu má sama o sebe privodiť platobnú neschopnosť, či donútiť ho ukončiť podnikateľskú činnosť. Účastník konania argumentuje, že jediným zmyslom jeho podnikateľskej činnosti na dlhú dobu bude splatenie pokuty, zároveň však nepredložil žiadne relevantné dôkazy, že dôjde k zníženiu majetkovej základne pre ďalšiu podnikateľskú činnosť a že pokuta presiahne možné výnosy z podnikania. Nebola teda preukázaná priama súvislosť medzi uložením pokuty a účastníkom konania tvrdým možným odchodom z trhu.

363. Skupina SPIE a účastník konania v novembri 2023 tiež úspešne ukončili akvizíciu slovenskej spoločnosti EDWIN s.r.o., ktorá sa špecializuje na oblasť projekcie vonkajších elektrických vedení. Táto skutočnosť je rovnako tak v protiklade s tvrdeniami účastníka konania o potenciálnom ukončení podnikateľskej činnosti.

364. Rada úradu tiež poukazuje na to, že účastník konania je auditovaný podnik a ako taký, by mal už v roku 2020 zo zákona č. 431/2002 Z. z o účtovníctve a účtovnej uzávierke v platnom znení tvoriť rezervy na ostatné pokuty, penále a úroky z omeškania na hroziacu pokutu až do výšky 10% z celkového obrátu, a to s ohľadom na vedomosť o prebiehajúcim správnom konaní (konanie začalo 11/3/2020).

365. V doplnení rozkladu zároveň účastník konania žiada o odloženie splatnosti

⁹⁸ Pozri www.finstat.sk.

⁹⁹ Pozri napr. inzeráty na webovej stránke účastníka konania a portál Profesia s pracovnými ponukami.

pokuty na 180 dní a o možnosť úhrady pokuty v splátkach. O splátkovom kalendári pre pokutu nemôže rozhodovať Rada úradu a o prípadnom umožnení /neumožnení úhrady pokuty v splátkach bude možné zo strany úradu rozhodovať až na základe právoplatného rozhodnutia, ktorým je predmetná sankcia ukladaná. Odloženie splatnosti o 180 dní reálne znamená o 120 dní, keďže obvyklá splatnosť pokuty uloženej úradom je 60 dní. Účastník konania, ako už bolo uvedené, nepredložil žiadne konkrétne dôkazy, ktoré by mali takýto odklad odôvodniť.

366. Rada úradu sa zaoberala aj námietkami účastníka konania SPIE, a.s. uvedenými vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, po analýze ktorých dospela k záveru, že argumenty SPIE vo veci:

- výšky úradom uloženej sankcie, jej likvidačnosť
- výpočtu pokuty,
- úplnej neprimeranosti pokuty,
- zákazu účasti vo verejnom obstarávaní a zhoršení konkurenčného prostredia,
- trvalého odchodu SPIE z trhu,
- vylúčenia troch účastníkov Konania z účasti na verejných zákazkách,
- scenáru finančno-ekonomickej prognózy SPIE (Príloha č. 5 vyjadrenia k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia)

sú takmer identické, ako ich úrad obdržal v Doplnení rozkladu proti rozhodnutiu resp. v predošlých materiáloch. Zároveň na základe predložených podkladov nie je možné overiť argumentáciu uvedenú napr. v bode 166 Vyjadrenia k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia (predpoklad dopadu na hospodárske výsledky SPIE, a.s.) vzhľadom na to, že oficiálna účtovná závierka za relevantné obdobie nie je publikovaná a ani ju účastník konania nepredložil (alebo obdobné relevantné dokumenty). Na základe vyššie uvedených skutočností Rada úradu dospela k záveru, že SPIE, a.s. neposkytol relevantné argumenty a dôkazy o tom, že by uložená pokuta a sankcie boli likvidačné.

367. Rovnako odôvodnenie účastníka konania Alter Energo, a.s., ktorý v tejto súvislosti uviedol, že *„Vo výročnej správe za rok 2022 (verejne dostupná) pritom spoločnosť Alter Energo uviedla aj, že v súvislosti s mimoriadnou bezpečnostnou situáciou na Ukrajine zaznamenala nárast cien a určité problémy v rámci subdodávateľských vzťahov a že sa v prípade pretrvávania situácie dá predpokladať (alebo nedá v tomto štádiu definitívne vylúčiť) možno aj zastavenie dodávok či narušenie ekonomickej stability spoločností“*, pričom svoje tvrdenia nepodložil žiadnymi podkladmi je nepostačujúce. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia účastník konania Alter Energo, a.s. opätovne požadoval uloženie nižšej pokuty s poukazom na likvidačnosť navrhovanej sankcie. V rámci svojej argumentácie, že výška sankcie je neprimerane prísna a pre spoločnosť Alter Energo bude s najväčšou pravdepodobnosťou likvidačná odkázal na argumentáciu ohľadom hospodárskeho výsledku Alter Energo za uplynulé obdobie, *„ktorý sa priebežne aj uplynulý rok viac-menej zhoršil.“* Informácie tohto účastníka konania, okrem toho, že nie sú podložené oficiálnou relevantnou dokumentáciou, však žiadnym spôsobom nepreukazujú priamu súvislosť medzi uložením pokuty a prípadným odchodom z trhu.

368. V tejto súvislosti sa Rada úradu nemôže stotožniť ani s požiadavkou tohto účastníka konania, aby Rada úradu v záujme zachovania princípu proporcionality a rovnakého prístupu k účastníkom správneho konania pri opakovanom a podstatnom znížení sankcie pre KLEMENT, a.s., zvažila aj vykonanie analýzy likvidačnosti pokuty uloženej pre Alter Energo, a.s. Rada úradu k tejto požiadavke v prvom rade zdôrazňuje, že účastníkovi konania KLEMENT, a.s. nebola pokuta znižovaná z dôvodu likvidačnosti pokuty, ale z dôvodu úspešného urovnania sa tohto účastníka, ako aj z dôvodu priznania účasti tohto účastníka na programe zhovievavosti. Rada úradu v tejto súvislosti poukazuje na to, že možnosť urovnať sa mali všetci účastníci konania a rovnako žiadny z účastníkov konania nebol limitovaný úradom, alebo Radou úradu v možnosti požiadať o uplatnenie programu zhovievavosti.

369. Znižovanie pokuty na základe neschopnosti zaplatiť pokutu je možné iba vo veľmi výnimočných situáciách, nakoľko toto narúša odstrašujúci účinok pokút a z toho dôvodu môže viesť k zmene postoja firiem a robiť pre nich porušovanie zákona viac atraktívne. Taktiež znižovanie pokút môže spôsobiť riziko zvýhodňovania firiem najmenej prispôsobených trhovým podmienkam, firiem neefektívnych, zle manažovaných, ale taktiež môže spôsobiť zmenu správania sa podnikateľov a pôsobiť ako stimul k tomu, aby podnikatelia využívali svoju informačnú výhodu a umelo vytvárali podmienky nedostatočnej likvidity a finančných problémov s cieľom vyhnúť sa pokute. Rada úradu poukazuje na to, že nástroj, ktorý má zaručiť, že pokuta nie je excesívna a dostatočne chráni spoločnosti pred ich ekonomickým zničením je v prvom rade strop maximálnej 10% - nej hranice pokuty.

370. Vo vzťahu k námietkam účastníkov konania, ktorí namietali z ich pohľadu maximálne uloženú pokutu, ktorej nezodpovedá závažnosť porušenia, a ktorá je likvidačná Rada úradu uvádza nasledujúce. Z argumentácie účastníkov konania vyplýva nepochopenie systému ukladania pokút a znenia zákona v časti ukladania pokút. Konkrétne si účastníci konania zamieňajú výpočet pokuty, stanovenie závažnosti a maximálnu 10% hranicu, v ktorej úrad môže v zmysle zákona uložiť sankciu.

371. Tak ako už bolo uvedené, výpočet pokuty je založený na jednotlivých krokoch, kde základom je stanovenie relevantného obratu a závažnosti konania. V predchádzajúcom texte sa Rada úradu venovala týmto faktorom, vrátane závažnosti a má za to, že úrad postupoval pri stanovení závažnosti správne. Rada súhlasí aj s tým, že bola stanovená závažnosť v rovnakej výške, nakoľko sa všetci účastníci dopustili rovnakého porušenia. Rada úradu súhlasí aj s výškou závažnosti a má za to, že táto nevybočuje z praxe úradu v obdobných prípadoch. Rada úradu zároveň neidentifikovala výnimočné faktory, ktoré by odôvodňovali upustenie od aplikácie postupu v zmysle Metodického pokynu tak, ako to požadujú účastníci konania.

372. Takto vypočítaná pokuta je následne kontrolovaná v zmysle zákonného kritéria podľa § 38 ods. 1 zákona, podľa ktorého nemôže presahovať viac ako 10 % z obratu podnikateľa za predchádzajúce účtovné obdobie v zmysle zákona. Táto 10% hranica však nepredstavuje maximálny trest, teda trest za najväčšie,

najzávažnejšie, najhoršie porušenie tak, ako to ponímajú účastníci konania, ale je to ekonomická hranica únosnosti, ktorú by podnikateľ v bežnej finančnej kondícii mal uniesť.

373. Rada úradu poukazuje na to, že postup, ktorý úrad uplatnil v tomto správnom konaní je štandardný a nevybočuje z rámca rozhodovacej činnosti úradu tak, ako to namietajú účastníci konania. Uvedená prax úradu je zároveň potvrdená aj rozhodovacou činnosťou súdov. Rada úradu sa vzhľadom na vyššie uvedené nestotožňuje s námietkami o neprimeranej tvrdosti pri ukladaní sankcií v tomto konaní, resp. o konaní v rozpore s Metodickým pokynom, naopak, poukazuje na konzistentnosť postupu v tomto správnom konaní so svojou rozhodovacou praxou potvrdenou aj súdmi.

374. Vo vzťahu k námietke, že neposúdenie uloženej pokuty spoločne s uloženým zákazom účasti vo verejnom obstarávaní vedie k vyprázdneniu účelu zákonného maximálneho obmedzenia pokuty na 10% obratu podľa § 42 ods. 1 zákona Rada úradu uvádza, že účastník konania kombinuje dva inštitúty, ktorých aplikáciu Rada úradu zohľadňovala v súlade so zákonom samostatne, pričom jej nie je zrejmé, aký iný postup, ktorý by bol súladný so znením zákona, účastník konania požadoval.

7.4.1.1 Program zhovievavosti (leniency program).

375. Rada úradu preskúmala postup prvostupňového orgánu aj vo vzťahu k programu zhovievavosti.

376. Z priebehu prvostupňového konania vyplýva, že úrad najskôr priznal leniency žiadateľovi zľavu vo výške 50 % z uloženej pokuty, následne prehodnotil postoj k viacerým dôkazom a zmenil svoj záver o rozsahu zľavy. Svoj záver založil na základe vykonaného dokazovania, najmä v rámci podania ústneho vysvetlenia a po vypočutí svedkov v rámci ústneho pojednávania dňa 19.08.2021, na základe čoho dospel k záveru, že nie všetky dôkazy predložené žiadateľom o zníženie pokuty predstavujú dôkaz o porušení zákona.

377. Podľa úradu účastník konania KLEMENT, a.s. splnil podmienky programu zhovievavosti podľa § 38d ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. Napriek tomu, že niektoré dokumenty predložené žiadateľom o zníženie pokuty úrad nemohol posúdiť ako dôkaz o porušení zákona, úrad dospel k záveru, že účastník konania poskytol relevantný dôkaz o tom, že v čase prípravy ponuky do obstarávania spoločnosť KLEMENT, a.s. disponovala minimálne cenovou ponukou, ktorá bola podľa jej metadát vytvorená zamestnancom spoločnosti Alter Energo, a.s., teda víťazom obstarávania. Úrad vyhodnotil obsah žiadosti o neuloženie, resp. zníženie pokuty, ako aj predložené dôkazy a dospel k záveru, že predložené dôkazy predstavujú pridanú hodnotu k dôkazom, ktorými už úrad disponuje a že u žiadateľa boli splnené všetky podmienky na zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 v spojení s § 38d ods. 4 zákona č. 136/2001 Z. z., avšak vzhľadom na vyhodnotenie rozsahu dôkazov o porušení zákona predložených úradu žiadateľom o zníženie pokuty, úrad v prvostupňovom rozhodnutí 2021 určil zníženie pokuty vo výške 30%.

378. Rada úradu v druhostupňovom rozhodnutí 2023, ktorým zrušila prvostupňové rozhodnutie 2021 uložila prvostupňovému orgánu po vrátení veci opätovne skúmať a odôvodňovať svoje závery k dôkazom, ktoré boli podkladom zaradenia účastníka konania KLEMENT, a.s. do programu zhovievavosti, vo vzťahu ku ktorým Rada úradu považovala závery úradu za nedostatočné a rozhodnutie za nepreskúmateľné. Rada úradu tiež uložila úradu prehodnotiť po vrátení veci aj závery vo vzťahu k rozsahu zníženia pokuty, zohľadnením vyhodnotenia skutkového stavu.

379. Z preskúmaného prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad po vrátení veci opätovne prehodnotil svoje závery vo vzťahu k dôkazom, z ktorých vychádzal a za dôkazy, ktoré prispeli k odhaleniu kartelu považoval:

- E-mailovú komunikáciu medzi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. a
- súbory nájdené na serveri KLEMENT, a.s., ktoré obsahujú v metadátoch autora [.....] OU - zamestnanec Alter Energo, a.s. a ktoré sa našli na serveri KLEMENT, a.s., pričom sa preukázalo, že neboli účastníkovi konania poskytnuté obstarávateľom vo VO, ale sa dostali do dispozície KLEMENT, a.s. práve v dôsledku koordinácie uchádzačov vo VO.

380. Zároveň z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad v súlade so svojou povinnosťou v zmysle § 38d ods. 5 zákona č. 136/2001 Z. z. prehodnocovať splnenie podmienok účasti na programe zhovievavosti počas celého konania až do vydania rozhodnutia dospel k záveru, ktorý viedol k odňatiu účasti leniency žiadateľa v programe zhovievavosti a teda k záveru, že úrad podnikateľovi KLEMENT, a.s. neprizná nárok na zníženie pokuty podľa § 38d zákona č. 136/2001 Z. z.

381. Rada úradu považuje za správny postup úradu, ktorý účasť na programe zhovievavosti posudzoval z pohľadu zákona č. 136/2001 Z. z., ako aj zákona č. 187/2021 Z. z. v záujme porovnania priaznivosti týchto úprav s cieľom vyhodnocovania, podľa ktorej právnej úpravy má byť ukladaná sankcia.

382. Úrad vychádzal z nasledujúcich skutočností:

- Jednou z podmienok na zníženie pokuty je, že žiadateľ úradu poskytol všetky jemu dostupné dôkazy a riadne, úplne, nepretržite a bezodkladne spolupracoval s úradom od podania žiadosti až do ukončenia konania. Táto spolupráca zahŕňa aj predkladanie úplných a pravdivých podkladov a informácií, ktoré úradu napomôžu rýchlejšie, efektívnejšie a presnejšie zistiť skutkový stav. V zmysle uvedeného možno zároveň konštatovať, že predkladanie nepresných, či rozporných informácií alebo informácií, ktoré sa ukážu ako nepravdivé možno naopak posúdiť ako neposkytnutie riadnej spolupráce.
- Podľa § 38d ods. 4 písm. b) zákona č. 136/2001 Z. z. ako aj podľa § 51 ods. 4 písm. b) zákona č. 187/2021 Z. z. je podmienkou účasti na programe zhovievavosti na základe žiadosti o zníženie pokuty, že žiadateľ poskytol úradu všetky jemu dostupné dôkazy a riadne, úplne, nepretržite a bezodkladne spolupracoval s úradom od podania žiadosti až do ukončenia konania
- V zmysle Usmernenia úradu k programu zhovievavosti zo dňa 22.6.2022 má žiadateľ o zníženie pokuty povinnosť predkladať úradu dôkazy bez toho, aby ho

úrad na to vyzval a ihneď po získaní ďalších dôkazov tieto bez časových prietáhov poskytnúť úradu. Spolupráca podnikateľa sa nemôže obmedziť iba na predloženie dôkazu, na základe ktorého podnikateľ žiada o neuloženie, či zníženie pokuty, ale od podnikateľa sa vyžaduje, aby zároveň riadne a včas predkladal aj iné podklady a informácie potrebné na činnosť úradu. Predložené podklady a informácie musia byť dostatočne zrozumiteľné a úplné a žiadateľ ich nesmie neskôr neodôvodnene spochybňovať. Uvedené teda znamená, že spolupráca podnikateľa s úradom musí byť skutočná, úplná a neprerušovaná, a to od okamihu predloženia svojej žiadosti, až do ukončenia správneho konania. Podnikateľ musí, okrem iného, promptne poskytnúť úradu všetky dôležité informácie a dôkazy súvisiace s údajnou dohodou, ktorými disponuje alebo k nim má prístup.

383. Úrad skonštatoval, že účastník konania KLEMENT, a.s. nekonal v súlade s § 51 ods. 4 písm. b) zákona č. 187/2021 Z. z., čím nesplnil jednu z podmienok na priznanie nároku na zníženie pokuty poskytnúť všetky jemu dostupné dôkazy a riadne spolupracovať s úradom na základe toho, že

- Žiadateľ o zníženie pokuty KLEMENT, a.s. nepredložil úradu samostatne bez vyzvania e-mailovú komunikáciu spoločnosti KLEMENT, a.s. so spoločnosťou [.....]OT¹⁰⁰ spol. s r. o., hoc ňou disponoval, resp. mal k nej prístup, ale až na žiadosť úradu, keď si tento v rámci uskutočnenia vzdialeného prístupu na server spoločnosti KLEMENT, a.s. dňa 11.8.2021 všimol existenciu takejto komunikácie.
- Nepredložil úradu z vlastnej vôle dokumenty, ktoré preukazovali spracovávanie-rozpočtovanie súťažnej ponuky KLEMENT, a.s. touto spoločnosťou, napr. súbor N16398_Podunajska_Biskupice_NC.xls“ z 1.12.2016 bližšie popísaný v bode 0 tohto rozhodnutia, ktorý sa nachádzal v adresári „z:\Zalohy\[.....]“¹⁰¹\N163Pod_Biskupice*.“, hoci
 - už podľa názvu súboru ako aj jeho umiestnenia žiadateľ o zníženie pokuty mohol a mal zistiť (napr. cez funkciu vyhľadávania v jednotlivých adresároch), že súbor s takýmto názvom sa nachádza na jeho serveri
 - názov súboru totiž priamo odkazuje, resp. obsahuje názov obstarávania, v ktorom možnú koordináciu podnikateľov úrad posudzuje
 - zložka s názvom „z:\Zalohy\[.....]“¹⁰² (...), ktorá obsahuje meno zamestnankyne podieľajúcej sa na vypracovaní ponuky podnikateľa KLEMENT, a.s., sa úradu javí ako zložka, v rámci ktorej by žiadateľ o zníženie pokuty aj pri minimálnej vôli mohol nájsť, zistiť, či predpokladať, že obsahuje dôkazy, ktoré by úradu mohol predložiť
- S ohľadom na názov dokumentu, ako aj jeho umiestnenie úrad skonštatoval, že žiadateľ o zníženie pokuty nepostupoval pri predkladaní všetkých, jemu dostupných dôkazov úradu s náležitou starostlivosťou.
- Žiadateľ o zníženie pokuty KLEMENT, a.s., napriek tomu, že disponoval subdodávateľskými ponukami spoločností ABB, s.r.o. a Siemens s.r.o., úradu tvrdil, že nedisponuje žiadnymi dokumentami, či informáciami, ktoré by

¹⁰⁰ OT KLEMENT, a.s., prístupné účastníkom konania

¹⁰¹ OU

¹⁰² OU

- preukazovali spracovávanie - rozpočtovanie súťažnej ponuky KLEMENT, a.s.
- Tieto úradu neposkytol z vlastného podnetu, ale až po opätovnej žiadosti úradu (prvýkrát bol dopytovaný pri podaní ústneho vysvetlenia) o vysvetlenie odkiaľ získal nacenené výkazy výmer subdodávateľmi ABB, s.r.o. a Siemens s.r.o., ktoré sa nachádzajú na jeho serveri.
- S ohľadom na názvy dokumentov (subdodávateľských ponúk), ako aj ich umiestnenie, úrad aj v tomto prípade skonštatoval, že žiadateľ o zníženie pokuty nepostupoval pri predkladaní všetkých, jemu dostupných, dôkazov úradu s náležitou starostlivosťou.

384. Rada úradu preskúmala postup úradu. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad odňal účasť na programe zhovievavosti, nakoľko nedošlo k naplneniu požiadavky zákona v zmysle § 51 ods. 4 písm. b) zákona č. 187/2021 Z. z. „*poskytnúť úradu všetky jemu dostupné dôkazy a riadne, úplne, nepretržite a bezodkladne spolupracovať s úradom od podania žiadosti až do ukončenia konania*“, resp. § 38d ods. 3 písm. c) zákona č. 136/2001 Z. z. „*poskytnúť úradu všetky jemu dostupné dôkazy a riadne spolupracovať s úradom počas celého prešetrovania a konania.*“ Zároveň Rada úradu vychádzala zo skutočnosti, že ostatné podmienky v zmysle oboch právnych úprav¹⁰³ splnené boli.

385. Rada úradu sa v prvom rade zamerala na posúdenie, či na základe konania účastníka konania KLEMENT, a.s. možno konštatovať, že tento s úradom v plnom rozsahu nespolupracoval. Rada úradu súhlasí s úradom v tom, že rozdiely v jednotlivých právnych úpravách sú formulačného charakteru a má za to, že pri ich aplikácii je nevyhnutné sa zamerať na podstatu týchto ustanovení.

386. Zmyslom právnej úpravy, ktorá zaväzuje leniency žiadateľa k ďalšej spolupráci, a to aj po podmienenom zaradení do programu zhovievavosti, je vytvoriť súťažnému orgánu priestor na získavanie ďalších dôkazov bez toho, aby bolo prezradené, aké dôkazy má k dispozícii. Na základe dôkazov predložených leniency žiadateľom môže napríklad úrad dospieť k potrebe vykonania inšpekcie, alebo ich zahrnúť do podkladov, z ktorých vychádza pri formulovaní svojich záverov vo výzve pred vydaním rozhodnutia. Neistota pre ostatných účastníkov konania spočíva v tom, že až do vydania výzvy pred vydaním rozhodnutia títo nemajú informáciu o tom, že bola podaná leniency žiadosť a teda ani o jej obsahu zároveň vytvára priestor na prípadné podanie leniency žiadosti aj ďalším z nich.

387. Zo spisového materiálu vyplýva, že KLEMENT, a.s. ako leniency žiadateľ v konaní postupoval v súlade s požiadavkami vyplývajúcimi zo zákona a po

¹⁰³ § 38d ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. „*Podmienkou účasti na programe zhovievavosti na základe žiadosti podľa odseku 1 je, že žiadateľ a) skončil účasť na dohode obmedzujúcej súťaž najneskôr v čase, keď poskytol dôkaz podľa odseku 1 písm. a) alebo písm. b), okrem účasti na dohode obmedzujúcej súťaž so súhlasom úradu, ak je to nevyhnutné na zachovanie efektivity inšpekcií, b) nedonútil iného podnikateľa zúčastniť sa na dohode obmedzujúcej súťaž, c) poskytol úradu všetky jemu dostupné dôkazy a riadne spolupracoval s úradom počas celého prešetrovania a konania, d) neoboznámil s podaním žiadosti a jej obsahom iných účastníkov dohody.*“

§ 51 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z. „*Podmienkou účasti na programe zhovievavosti na základe žiadosti podľa odseku 2 je, že žiadateľ a) skončil účasť na dohode obmedzujúcej súťaž najneskôr bezprostredne po podaní svojej žiadosti o zhovievavosť, okrem účasti na dohode obmedzujúcej súťaž so súhlasom úradu, ak je to nevyhnutné na zachovanie efektivity inšpekcie alebo ďalšieho postupu úradu, b) poskytol úradu všetky jemu dostupné dôkazy a riadne, úplne, nepretržite a bezodkladne spolupracoval s úradom od podania žiadosti až do ukončenia konania a c) neprezradil zámer podať žiadosť o zhovievavosť ani podanie svojej žiadosti o zhovievavosť*“

predložení leniency žiadosti jej predloženie a obsah neprezradil ostatným žiadateľom. Vo vzťahu k posúdeniu rozsahu jeho spolupráce v rámci predkladania podkladov Rada úradu vychádza z kontextu celej leniency žiadosti.

388. Leniency žiadosť bola podaná žiadateľom, ktorý vopred avizoval objektívne dôvody, pre ktoré nevedel poskytnúť podrobnejší rozsah podkladov a informácií. Napriek tomu predložil podklady, ktoré úrad identifikoval ako dôležité dôkazy a ktoré úrad viedli k priznaniu leniency. Rozsah leniency zľavy bol síce v priebehu konania modifikovaný, avšak k modifikácii nedošlo z dôvodov na strane leniency žiadateľa, ale z dôvodu prehodnotenia záverov úradu vo vzťahu k časti dôkazov, ktoré boli súčasťou leniency žiadosti. Zo spisového materiálu, ako aj zo skutočností uvedených v tomto dokumente vyplýva, že účastník konania bol úradom opakovane vyzývaný na spoluprácu v rámci viacerých úkonov-vzdialený prístup na server, poskytnutie ústneho vysvetlenia, predloženie podkladov a informácií. Účastník konania s úradom spolupracoval a umožňoval úradu zisťovať ďalšie informácie.
389. Ako problematické a natoľko závažné, že viedli k odňatiu leniency úrad identifikoval neposkytnutie čiastkových informácií o ponukách od subdodávateľov, ako aj znaky činnosti zamestnancov účastníka konania KLEMENT, a.s., ktoré úrad identifikoval ako prípravu ponuky podnikateľa KLEMENT, a.s. do predmetného verejného obstarávania.
390. Rada úradu preskúmala spôsob získavania týchto podkladov, ako aj následky plynúce z ich poskytnutia až ako odpoveď na výzvu úradu, pričom zistené skutočnosti hodnotila s ohľadom na zmysel právnej úpravy a celkový kontext zistení úradu.
391. Úrad v preskúvanom rozhodnutí uviedol, že skúmal, či žiadateľ úradu poskytol všetky jemu dostupné dôkazy a riadne, úplne, nepretržite a bezodkladne spolupracoval s úradom od podania žiadosti až do ukončenia konania. Táto spolupráca zahŕňa aj predkladanie úplných a pravdivých podkladov a informácií, ktoré úradu napomôžu rýchlejšie, efektívnejšie a presnejšie zistiť skutkový stav. V zmysle uvedeného podľa úradu možno zároveň konštatovať, že predkladanie nepresných, či rozporných informácií alebo informácií, ktoré sa ukážu ako nepravdivé možno naopak posúdiť ako neposkytnutie riadnej spolupráce. V rámci tejto logiky úrad pri identifikácii neúplne predložených podkladov a informácií dospel k záveru o nespolupráci účastníka s následkom odňatia leniency, resp. nepotvrdenia jeho podmieneného pridelenia v rozhodnutí.
392. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že zistené skutočnosti neviedli k zmenám záverov úradu vo vzťahu k spôsobu spáchania kartelu, alebo počtu jeho členov.
393. Zároveň podľa Rady úradu možno interpretovať spôsob odpovedí leniency žiadateľa vo svetle okolností aj inak, ako to urobil úrad. Zo spisu vyplýva, že úrad za základ preukazovania kartelu považoval analýzu ponuky účastníka konania KLEMENT, a.s., ako aj proces tejto príprave predchádzajúci a porovnanie tejto ponuky s ponukami ostatných účastníkov konania, najmä však účastníkov SPIE, a.s. a Alter Energo, a.s. V záujme zistenia ďalších informácií úrad zisťoval od podnikateľa KLEMENT, a.s. spôsob, akým tento pripravoval ponuku predloženú

do súťaže. Leniency žiadateľ informoval úrad, že nevie identifikovať postup pri príprave predmetnej ponuky, a to vzhľadom na personálne zmeny u neho a absenciu inštitucionálnej pamäte, avšak neidentifikoval stopy prípravy predmetnej ponuky. V záujme preverenia týchto tvrdení umožnil úradu vzdialený prístup na server. Hoci sa na serveri našli neskôr v priebehu konania stopy po aktivitách, ktoré súviseli s predmetným verejným obstarávaním, Rada úradu tieto neidentifikuje priamo ako prípravu ponuky predloženej podnikateľom KLEMENT, a.s. v predmetnom verejnom obstarávaní. Uvedené aktivity sa týkali len minimálnej časti prípravy ponuky, navyiac ani ich výsledok nebol zahrnutý vo výslednej, predloženej ponuke. Rovnako bol vplyv informácií o subdodávateľoch minimálny a v podstate neovplyvnil celkové závery úradu.

394. Vzhľadom na vyššie uvedené má Rada úradu za to, že pochybenie účastníka konania KLEMENT, a.s. v rámci predkladania podkladov a informácií úradu svojim charakterom a rozsahom v kontexte preukazovania kartelu a záverov úradu v tomto správnom konaní nenaplnilo porušenie povinnosti v zmysle § 51 ods. 4 písm. b) zákona č. 187/2021 Z. z., ani § 38d ods. 3 písm. c) zákona č. 136/2001 Z. z. a teda podmienky na účasť na programe zhovievavosti neboli porušené. Rada úradu dospela k záveru, že vzhľadom na vyhodnotenie rozsahu dôkazov o porušení zákona predložených úradu žiadateľom o zníženie pokuty, je odôvodnené zníženie pokuty na základe účasti na programe zhovievavosti vo výške 30%.

7.4.1.2 Urovanie

395. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad aplikoval inštitút urovnania, a teda uzavrel s účastníkom konania KLEMENT, a.s. dohodu o urovaní. Rada úradu po preskúmaní postupu a záverov úradu konštatuje správnosť postupu úradu.

396. Rada úradu aplikuje na podmienky urovnania Vyhlášku Protimonopolného úradu SR č. 171/2014 Z. z., ktorou sa ustanovujú podrobnosti o podmienkach urovnania (ďalej „Vyhláška o urovaní 2014“) v súlade so závermi v časti 3. Aplikácia právnych predpisov tohto rozhodnutia. Vzhľadom na skutočnosť, že účastníkovi konania KLEMENT, a.s. bola Radou úradu priznaná účasť na programe zhovievavosti, došlo k zmenám v záveroch týkajúcich sa tohto účastníka konania, ktoré mali vplyv aj na výšku pokuty, ktorú mu úrad ukladá. Vzhľadom na uvedené účastník konania Klement, a.s. podal vyhlásenie o urovaní k záverom Rady úradu.

397. Rade Protimonopolného úradu Slovenskej republiky bolo dňa 08.01.2024 doručené vyhlásenie účastníka konania KLEMENT, a.s. k návrhu urovnania podľa § 3 Vyhlášky o urovaní 2014 (ďalej len „vyhlásenie“). Rada úradu posúdila vyhlásenie a dospela k záveru, že jeho obsah zodpovedá návrhu urovnania vyplývajúceho z bodov 375 v spojení s bodmi 379 a 391 výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, o čom informovala účastníka konania. Doručením upovedomenia o akceptovaní vyhlásenia dňa 16.1.2024 skončilo rokovanie o urovaní.

7.4.1.3 Výška pokuty

398. Rada úradu aplikovala rovnaký postup pri stanovení výšky pokuty, ako úrad. Podľa metodického pokynu sa základná suma pokuty stanoví na základe súčinu relevantného obratu a percenta určeného na základe závažnosti porušenia zákona (v prípade kartelových dohôd v rozsahu od 15 do 30%), pričom sa následne tento súčin prenásobí počtom rokov, počas ktorých k porušovaniu zákona dochádzalo. V tomto prípade sa z dôvodov uvedených v predchádzajúcom texte koeficient odrážajúci dĺžku porušovania neaplikoval. Následne sa upraví základná suma pokuty na základe iných skutočností majúcich vplyv na výšku pokuty (priťažujúce a poľahčujúce okolnosti). Následne sa uskutoční kontrola, či pokuta nepresahuje 10% z celkového obratu dosiahnutého podnikateľom za predchádzajúce účtovné obdobie. V prípade, že výsledná suma pokuty presahuje 10% z celkového obratu, upraví sa výška pokuty na hodnotu 10% z celkového obratu podnikateľa. Takto vypočítaná pokuta sa na záver upraví aplikáciou ustanovení § 38d zákona (program zhovievavosti) a § 38e zákona (urovanie), ak je to relevantné. Ak účastník konania, ktorý navrhol urovanie zároveň požiadal o zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 zákona, pokuta sa zníži na základe urovnania zo sumy pokuty zníženej podľa § 38d ods. 2 zákona. Následne sa zohľadní neschopnosť zaplatiť pokutu vo výnimočných prípadoch.

399. Pri stanovení celkového obratu vychádzal úrad z účtovných závierok účastníkov konania za rok 2022.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Spis č. 443 a č. 461

400. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad uplatnil nasledovný postup pri stanovení výšky pokuty pre jednotlivých účastníkov konania:

Ukazovateľ	Účastník konania			
	SPIE, a.s.	Alter Energo, a.s.	Liv Elektra, a.s.	KLEMENT, a.s.*
Vít'azná hodnota verejného obstarávania v € (bez DPH)	37 899 692,70	37 899 692,70	37 899 692,70	37 899 692,70
Doba porušovania	-	-	-	-
% závažnosti	15%	15%	15%	15%
Základná suma pokuty v €	5 684 953,91	5 684 953,91	5 684 953,91	5 684 953,91
Poľahčujúce okolnosti	-	-	-	-
Príťažujúce okolnosti	-	-	-	-
Celkový obrat za rok 2022 v € bez DPH	44 367 045,00	17 925 495	7 762 707	3 260 413,83
10% z celkového obratu za rok 2022 v €	4 436 704,50	1 792 549,50	776 270,70	326 041,38
Pokuta upravená na základe žiadosti o zníženie pokuty (ak je to relevantné)	-	-	-	228 228,97
Pokuta upravená na základe urovnania (ak je to relevantné)	-	-	-	159 760,279
Výsledná výška pokuty v € (po zaokrúhlení) ¹⁰⁵	4 436 700	1 792 500	776 200	159 700

Poznámka: *Celkový obrat v českých korunách bol prepočítaný na eurá priemerným ročným výmenným kurzom ECB za rok 2022 CZK/EUR, 1 euro = 24,5659 česká koruna

401. Rada úradu zistila, že priebežne stanovená suma pokuty prekročila u všetkých účastníkov konania zákonom stanovenú hranicu 10% z celkového obratu podnikateľa za posledné uzavreté účtovné obdobie, t. j. rok 2022, preto ju úrad musel znížiť a pre ďalší postup pri stanovení konečnej výšky pokuty použiť upravenú hodnotu vo výške 10 % z obratu.

402. Rada úradu dospela k rovnakým záverom ako úrad a konštatuje, že pokuty uložené účastníkom konania v uvedenej výške spĺňajú základné aspekty pokuty, a to jednak represívnu funkciu - potrestanie podnikateľa za jeho konanie v rozpore so zákonom, a jednak pokuta zabezpečí odstrašenie podnikateľa od ďalšieho

¹⁰⁵ bod 46 Metodického pokynu „Pokuty vyčíslené podľa tohto metodického pokynu sa zaokrúhľujú na celé stovky smerom nadol.“

protisúťažného konania. Pokuta zároveň plní funkciu generálnej prevencie, nakoľko má dostatočne odstrašujúci vplyv aj na ostatných podnikateľov.

403. Rada úradu považuje takto uloženú sankciu za zákonnú, nevybočujúcu z praxe úradu a súladnú s judikatúrou, vrátane záverov vyplývajúcich z rozsudku Najvyššieho súdu SR, v rozhodnutí sp. zn. 8 Sžo 163/2010¹⁰⁶, na ktoré odkázal účastník konania Liv Elektra, a.s. Rada úradu zároveň neidentifikovala také okolnosti, ktoré by odôvodňovali odchýliť sa od ustanovení Metodického pokynu v súlade s požiadavkami účastníkov konania, alebo odôvodňovali zohľadnenie faktora neschopnosti zaplatiť pokutu.

404. K námietke v doplnení rozkladu, v ktorom SPIE, a.s. tvrdí, že uložená pokuta je úplne neprimeraná, a preto protizákonná Rada úradu uvádza nasledujúce. Účastník konania SPIE, a.s. v doplnení rozkladu rozvádza svoju argumentáciu z rozkladu. Rada úradu v súlade s vyššie uvedeným nesúhlasí s tvrdením SPIE, a.s., že úrad pri ukladaní pokuty uplatnil neprimeranú tvrdosť, nesprávne postupoval pri stanovení základu na výpočet pokuty, koeficientu závažnosti a že postupoval v rozpore so svojou predchádzajúcou rozhodujúcou praxou vo vzťahu k závažnosti. K uvedeným aspektom sa vzťahujú vyjadrenia a závery Rady úradu uvedené vyššie. Rada úradu opätovne zdôrazňuje, že postup úradu bol v súlade so zákonom, ako aj Metodickým usmernením. Rovnako vo vzťahu ku skúmaniu skutočného dopadu na trh a určovaniu faktoru závažnosti Rada úradu poukazuje na svoje vyššie uvedené vyjadrenia.

7.4.2 Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní

405. Úrad je povinný podľa § 38h ods. 1 zákona v znení účinnom do 26.12.2016 uložiť podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní¹⁰⁷, v obchodnej verejnej súťaži¹⁰⁸ alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou. Úrad podľa § 38h ods. 2 neuloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, ak bola podnikateľovi znížená pokuta podľa § 38d ods. 2 zákona. Podľa § 38h ods. 3 úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu jedného roka, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní,¹⁰⁹ v obchodnej verejnej súťaži¹¹⁰ alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou, a táto pokuta mu bola znížená podľa § 38e.

¹⁰⁶ „Ukladanie pokút za správne delikty sa uskutočňuje v rámci úvahy správneho orgánu (diskrečná právomoc), zákonom dovoleného rozhodovacieho procesu, v ktorom správny orgán v zákonom ustanovených medziach uplatňuje svoju právomoc a určí výšku sankcie, pričom použitie správnej úvahy musí byť v súlade so zásadami logického uvažovania a rozhodnutie, ktoré je výsledkom tohto procesu (uváženia) musí byť aj náležité odôvodnené.“

¹⁰⁷ Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

¹⁰⁸ Napríklad § 281 až 288 Obchodného zákonníka.

¹⁰⁹ Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

¹¹⁰ Napríklad § 281 až 288 Obchodného zákonníka

406. Z dôvodov uvedených v predchádzajúcom bode úrad uložil zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov podnikateľom SPIE, a.s. Alter Energo, a.s., Liv Elektra, a.s.
407. Vzhľadom na to, že Rada úradu rozhodla o uplatnení programu zhovievavosti voči účastníkovi konania KLEMENT, a.s., tomuto podnikateľovi v súlade s § 38h ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. neukladá zákaz účasti vo verejnom obstarávaní.
408. Vo vzťahu k námietkam účastníkov konania ktorí požadovali aplikáciu zákona č. 187/2021 Z.z, a uplatnenie výnimky umožňujúcej upustenie od uloženia predmetného zákazu Rada úradu odkazuje na svoje vyjadrenie v časti 3. Aplikácia právnych predpisov tohto dokumentu.

8. Záver

409. Rada úradu na základe svojho záveru v tomto správnom konaní v súlade s vyššie uvedeným rozhodnutie č. 2023/DOH/POK/1/27 v časti potvrdzuje. Vzhľadom na vyššie uvedené závery a ich odôvodnenie Rada úradu dospela k záverom, že rozhodnutie úradu je správne. Prvostupňový orgán podľa názoru Rady úradu dostatočne odôvodnil záver o uzavretí dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž medzi účastníkmi konania.
410. Podľa § 59 ods. 2 Správneho poriadku, ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení, alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu nestotožňuje s návrhom účastníkov konania, aby prvostupňové rozhodnutie zrušila, a vec vrátila úradu na ďalšie konanie a nové rozhodnutie.
411. Vzhľadom na to, že Rada úradu prijala odlišný záver vo vzťahu k priznaniu účasti účastníka konania KLEMENT, a.s. na programe zhovievavosti ako prvostupňový orgán, výrok rozhodnutia zmenila tak, že predmetnému účastníkovi konania uložila pokutu zníženú s ohľadom na danú skutočnosť a zároveň mu neuložila zákaz účasti vo verejnom obstarávaní.
412. Zároveň Rada úradu aplikovala bod 46 Metodického pokynu na výšku pokút, čím pokuty uložené úradom zmenila tak, že ich zaokrúhlila na stovky smerom nadol, nakoľko úrad pri zaokrúhľovaní nepostupoval podľa Metodického pokynu.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu sa podľa § 61 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb.o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov nemožno odvolať.

Proti tomuto rozhodnutiu možno podať žalobu podľa § 177 a nasl. v spojení s § 194 a nasl. zákona č. 162/2015 Z. z. Správneho súdneho poriadku na Správny súd v Bratislave do dvoch mesiacov od jeho oznámenia. Zmeškanie lehoty na podanie správnej žaloby nemožno odpustiť.

Mgr. Juraj Beňa, LL.M.
Predseda
Rady Protimonopolného úradu SR

Rozhodnutie sa doručí:

1. JUDr. Kateřina Schenková, usadená euroadvokátka Mudroňova 51 811 03 Bratislava, splnomocnená na preberanie písomností splnomocneným zástupcom podnikateľa SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 JUDr. Alexandrom Césarom, usadeným euroadvokátom na základe plnej moci udelenej dňa 24.6.2020
2. L/R/P advokáti, s.r.o., Slávičie údolie 6, 811 02 Bratislava – mestská časť Staré Mesto, splnomocnený zástupca podnikateľa AlterEnerg, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany
3. Advokátska kancelária JUDr. Martin Bednárík, s.r.o. Nám. Ľ. Štúra 2, 811 02 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa VUJE, a.s., IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava
4. Bartošík Šváby s.r.o. Plynárska 7/A, 821 09 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava
5. Nedelka Kubáč advokáti s.r.o., Mickiewiczova 9, 811 07 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hlíňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika
6. ROWAN LEGAL, advokátska kancelária s. r. o., Prievozská 1978/6 821 09 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa EGEM s.r.o., IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice, Česká republika