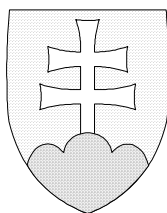


PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SLOVENSKEJ REPUBLIKY



ROZHODNUTIE

Číslo: 2006/KH/R/2/116

Bratislava 16.10. 2006

Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky v Bratislave, ako orgán príslušný na konanie podľa § 18 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, v správnom konaní č. 0016/OD/2005, na základe rozkladov podaných podnikateľmi BETAMONT, s.r.o., Jesenského 1054/44, 960 03 Zvolen, IČO 31 564 518, STRABAG, a.s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, Česká republika, Doprastav, a.s., Drieňová 27, 826 56 Bratislava, IČO 31 333 320, Inžinierske stavby, a.s., Priemyselná 7, 042 45 Košice, IČO 31 651 402, Skanska BS, a.s., Košovská cesta 16, 971, 74 Prievidza, IČO 31 611 788, Skanska DS, a.s., Bohunická 133/50, 619 00 Brno, Česká republika a MOTA – ENGIL, ENGENHARIE E CONSTRUCAO, S.A., Casa da Calcada, Largo do Paco, n° 6, Cepelos, Amarante, Portugalsko

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 dohľad obmedzujúcich hospodársku súťaž č. 2005/KH/1/1/137 zo dňa 23. decembra 2005 nasledovne:

1. Konanie podnikateľov Strabag a.s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, Česká republika, v konaní zastúpeného JUDr. Milanom Jackom, Komenského 2088/23, 052 01 Spišská Nová Ves; Doprastav, a.s., Drieňová 27, 826 56 Bratislava, v konaní zastúpeného JUDr. Jozefom Boledovičom, advokátom, 900 42 Rovinka 578; BETAMONT s.r.o., J. Jesenského 1054/44, 960 03 Zvolen, v konaní zastúpeného JUDr. Jozefom Brázdilom, advokátom, Advokátska kancelária Brázdil & Brázdilová, Trhová ul. č. 1, 960 01 Zvolen; Inžinierske stavby, a.s., Priemyselná 7, 042 45 Košice, v konaní zastúpeného JUDr. Petrom Oravcom, advokátom, Laurinská 12, 811 01 Bratislava; Skanska DS a.s., Bohunická 133/50, 619 00 Brno, Česká republika, v konaní zastúpeného Mgr. Tomášom Marettom, advokátom, Advokátska kancelária Čechová & Partners, Hurbanovo nám. 5, 811 03, Bratislava a MOTA -

ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUCAO, S.A., Casa da Calçada, Largo do Paco, nº 6, Cepelos, Amarante, Portugalsko, v konaní zastúpeného Mgr. Patrikom Bolfom, advokátom, Hlavné námestie 5, 811 01 Bratislava, spočívajúce v koluzívnom správaní v dôsledku ktorého uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie vo verejnej súťaži vyhlásenej Slovenskou správou ciest na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby „Diaľnica D1 Mengusovce – Jánovce úsek km 0,00-8,00“ oznámenej vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11. 05. 2004 je

a) **dohodou podľa článku 81 (1)** Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva, ktorá môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi a ktorej cieľom alebo výsledkom je vylúčenie, obmedzenie alebo narušenie hospodárskej súťaže a preto je **zakázaná**

a súčasne

b) **dohodou obmedzujúcou súťaž podľa § 4 ods. 3 písm. a) a § 4 ods. 3 písm. 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 neskorších predpisov, ktorá je podľa § 4 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 **zakázaná**.

2. Na základe § 38 ods. 1 v spojení s § 2 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 neskorších predpisov za konanie uvedené v predchádzajúcom bode výroku rozhodnutia Rada Protimonopolného úradu SR **ukladá**

- podnikateľovi Strabag a.s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, Česká republika peňažnú pokutu vo výške 367 731 000,- Sk (slovom tristošesťdesiatšesť miliónov sedemstodiatjedentisíc korún slovenských),
- podnikateľovi Doprastav, a.s., Drieňová 27, 826 56 Bratislava peňažnú pokutu vo výške 197 812 000,- Sk (slovom stodeväťdesiatšesť miliónov osemstodvanásťtisíc korún slovenských),
- podnikateľovi BETAMONT s.r.o., J. Jesenského 1054/44, 960 03 Zvolen peňažnú pokutu vo výške 3 951 000,- Sk (slovom tri milióny deväťstopäťdesiatjedentisíc korún slovenských),
- podnikateľovi Inžinierske stavby, a.s., Priemyselná 7, 042 45 Košice peňažnú pokutu vo výške 91 124 000,- Sk (slovom deväťdesiatjeden miliónov stodvadsaťštyritisíc korún slovenských),
- podnikateľovi Skanska DS a.s., Bohunická 133/50, 619 00 Brno, Česká republika peňažnú pokutu vo výške 270 496 000,- Sk (slovom dvestosedemdesiat miliónov štyristodeväťdesiatšesťtisíc korún slovenských),
- podnikateľovi MOTA - ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUCAO, S.A., Casa da Calçada, Largo do Paco, nº 6, Cepelos, Amarante, Portugalsko pokutu vo výške 418 176 000,- Sk (slovom štyristoosemnásť miliónov stosedemdesiatšesťtisíc korún slovenských),

ktorú sú povinní uhradiť na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 7000060793/8180, KS 1118, VS 116 vedený v Štátnej pokladnici v lehote do **30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Odôvodnenie:

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž (ďalej len „úrad“), v konaní začatom z vlastného podnetu, vydal dňa 23.12.2005 rozhodnutie č. 2005/KH/1/1/137 (ďalej len ako „prvostupňové rozhodnutie“), ktorým rozhodol nasledovne:

1. Konanie podnikateľov Strabag a.s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, Česká republika, v konaní zastúpeného JUDr. Milanom Jackom, Komenského 2088/23, 052 01 Spišská Nová Ves (ďalej len Strabag, a.s.); Doprastav, a.s., Drieňová 27, 826 56 Bratislava, v konaní zastúpeného JUDr. Jozefom Boledovičom, advokátom, Vážska 22, 821 07 Bratislava (ďalej len „Doprastav, a.s.“); BETAMONT s.r.o., J. Jesenského 1054/44, 960 03 Zvolen (ďalej len „Betamont, s.r.o.“); Inžinierske stavby, a.s., Priemyselná 7, 042 45 Košice, v konaní zastúpeného JUDr. Petrom Oravcom, advokátom, Laurinská 12, 811 01 Bratislava (ďalej len „Inžinierske stavby, a.s.“); Skanska DS a.s., F. Novácka 3/5267, 796 40 Prostějov, Česká republika, v konaní zastúpeného Mgr. Tomášom Marettom, advokátom, Advokátska kancelária Čechová Rakovský, Hurbanovo nám. 5, 811 03, Bratislava (ďalej len „Skanska DS, a.s.“); Banské stavby, a.s., Košovská cesta 16, 971 74 Prievidza - od 04. 01. 2005 Skanska BS a.s., Košovská cesta 16, 971 74 Prievidza - v konaní zastúpeného Mgr. Tomášom Marettom, advokátom, Advokátska kancelária Čechová Rakovský, Hurbanovo nám. 5, 811 03, Bratislava (ďalej len „Skanska BS, a.s.“) a MOTA - ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUCAO, S.A., Casa da Calçada, Largo do Paco, n° 6, Cepelos, Amarante, Portugalsko, v konaní zastúpeného Patrikom Bolfom, advokátom, Hlavné námestie 5, 811 01 Bratislava (ďalej len „MOTA ENGIL“) spočívajúce v koluzívnom správaní v dôsledku ktorého uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie vo verejnej súťaži vyhlásenej Slovenskou správou ciest, Miletičova 19, 826 19 Bratislava (ďalej len „Slovenská správa ciest“) na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby „Diaľnica D1 Mengusovce – Jánovce, úsek km 0,00-8,00“ oznámenej vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11. 05. 2004, je dohodou obmedzujúcou súťaž podľa § 4 ods. 3 písm. a) a § 4 ods. 3 písm. 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 neskorších predpisov (ďalej len „zákon“), ktorá je zakázaná.

2. Podľa článku 81 Zmluvy o založení ES konanie podnikateľov Strabag a.s., Doprastav, a.s., BETAMONT s.r.o., Inžinierske stavby, a.s.; Skanska DS a.s., Skanska BS a.s., a MOTA – ENGIL, spočívajúce v koluzívnom správaní v dôsledku ktorého uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie vo verejnej súťaži vyhlásenej Slovenskou správou ciest, na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby „Diaľnica D1 Mengusovce – Jánovce úsek km 0,00-8,00“ oznámenej vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11. 05. 2004 (ďalej len „verejná súťaž D1 Mengusovce Jánovce 0,00 – 8,00 km“) je dohodou, ktorá môže ovplyvniť

obchod medzi členskými štátmi a ktorej cieľom alebo výsledkom je vylúčenie, obmedzenie alebo narušenie hospodárskej súťaže a preto je zakázaná.

3. Podľa § 2 ods. 3 v spojení s § 38 ods. 1 za konanie uvedené v bode 1. a 2. výrokovej časti tohto rozhodnutia uložil úrad :

- podnikateľovi Strabag a.s., peňažnú pokutu vo výške 497 151 000,- Sk (slovom štyristodeväťdesiatšesť miliónov sto päťdesiatjedtisíc slovenských korún),
- podnikateľovi Doprastav, a.s., peňažnú pokutu vo výške 227 483 000,- Sk (slovom dvestodvadsaťsedem miliónov štyristoosemdesiatšesttisíc slovenských korún),
- podnikateľovi BETAMONT s.r.o., peňažnú pokutu vo výške 4 741 000 Sk.- (slovom štyri milióny sedemstoštyridsaťjedtisíc slovenských korún),
- podnikateľovi Inžinierske stavby, a.s., peňažnú pokutu vo výške 91 124 000,- Sk (slovom deväťdesiatjeden miliónov stodvadsaťštyritisíc slovenských korún),
- podnikateľovi Skanska DS a.s., peňažnú pokutu vo výške 216 397 000,- Sk (slovom dvestošesťnásť miliónov tristošesťdesiatšesťtisíc slovenských korún),
- podnikateľovi Skanska BS a.s., peňažnú pokutu vo výške 18 906 000,- Sk (slovom osemnásť miliónov deväťstošesťtisíc slovenských korún) a
- podnikateľovi MOTA - ENGIL peňažnú pokutu vo výške 418 176 000,- Sk (slovom štyristoosemnásť miliónov stosedemdesiatšesťtisíc slovenských korún).

Dňa 10.01.2006 bol úradu prostredníctvom právneho zástupcu JUDr. Jozefa Boledoviča v zákonom stanovenej lehote doručený rozklad podnikateľa Doprastav, a.s., v ktorom namietal nasledovné skutočnosti:

1. Účastník konania namietal prejudikovanie rozhodnutia, t.j. že už vo výzve z 23.03.2005 úrad dospel k záveru o dohode podľa § 4 zákona, hoci vlastné šetrenie prebiehalo až do 16.12.2005.

2. Účastník konania namietal, že úrad uplatnil princíp všeobecnej zodpovednosti bez preskúmania a posúdenia konania jednotlivých účastníkov, čo spochybňuje aj objektivitu úradu. Doprastav, a.s. sa zúčastnil oboch tendrov s cieľom uspieť, pričom štatistika víťazných verejných súťaží dokazuje, že Doprastav, a.s. podáva konkurencieschopné ponuky.

3. Úrad sa dostatočne nezaoberal námietkami podnikateľa v liste z 5.4.2005, k okolnostiam jeho účasti na súťaži (časová tieseň, nebol vedúcim združenia, len potvrdil celkovú cenu, nakoľko zodpovedala jeho výpočtom). Podnikateľ opakovane namietal najmä, že nebol vedúcim združenia a úrad pochybil, keď sa priklonil k stanovisku podnikateľa Strabag, a.s., že jeho úloha vedúceho združenia bola len formálna. Pozícia vedúceho združenia bola definovaná v súťažných podkladoch a jeho zodpovednosť za prípravu spoločnej ponuky bola daná v zmluve o združení, čl. IV. Bod 2.

4. Podnikateľ namietal tiež, že nedošlo k 40% prekročeniu cenového stropu určeného štátnou expertízou. Podľa účastníka konania sa relevantné náklady uvedené v štátnej expertíze (t.j. tie, ktoré boli súčasťou súťažnej dokumentácie) valorizovali do cenovej úrovne určenej v súťažných podkladoch podľa cenových koeficientov vydávaných Štatistickým úradom s pripočítaním DPH. Podľa tohto prepočtu boli predložené ponuky podľa účastníka konania v súlade s expertíznou cenou.

5. Odmieta tiež porovnanie starej a novej súťaže (uskutočnenej na jeseň 2004), t.j., že najnižšia suma tu predložená bola o viac ako 800 mil. Sk nižšia ako najnižšia suma v starej súťaži – podľa podnikateľa úrad porovnáva neporovnateľné, vzhľadom na možnosť uplatnenia variantných riešení v novej súťaži, vypustenie rezervy 10%, iné technické podmienky.

6. Namíeta neobjektívny a nesprávny znalecký posudok, ktorý podľa podnikateľa obsahuje rozporné tvrdenia a nesprávny záver o zväčša individuálnych kalkuláciách cien.

7. Účastník konania tiež namíeta, že predmetná dohoda nemohla mať vplyv na obchod medzi členskými štátmi, keďže podnikateľ nemohol nikomu zabrániť v účasti na súťaži a podaní lepšej ponuky.

8. Doprastav, a.s. tiež nesúhlasí s tvrdením úradu o výhodách, ktoré mali z dohody pre všetkých účastníkov vyplynúť, nevidí výhodu pre Doprastav, a.s., keďže nemal byť víťazom tendra na I. úsek, v prípade II. úseku úrad sám konštatoval, že tu koordinácia nebola preukázaná.

9. Nutnosť predloženia minimálne troch súťažných ponúk v posudzovanej verejnej súťaži (čím úrad argumentoval v prípade podnikateľa Mota Engil) nie je pravdivá.

10. Podnikateľ tiež pokladá za neprípustnú argumentáciu úradu ohľadom rozdielov v jednotkových cenách na I. a II. úsek diaľnice, resp. s inými súťažami, pričom konanie účastníkov v iných súťažiach nebolo predmetom tohto správneho konania.

11. Zmysel koordinácie by mohol byť podľa podnikateľa len ak by sa týkal všetkých účastníkov, avšak zo spisu nevyplýva, či úrad skúmal, koľkí si vyzdvihli súťažné podklady, t.j. boli potenciálnymi záujemcami o zákazku.

12. Účastník konania tiež namíeta, že výška pokuty sa odvíja aj od objemu stavebných prác, ktoré by získali jednotliví uchádzači, avšak úrad nezohľadnil, že víťazom by sa tu stalo len jedno konzorcium (t.j. 3 podnikatelia).

13. Účastník konania tiež namíeta voči výške pokuty, t.j. že ide o excesívnu pokutu, ktorá je zdôvodnená údajne vysokou mierou nebezpečenstva daného konania pre spoločnosť.

Dňa 12. januára 2006 bol úradu v zákonom stanovenej lehote doručený rozklad podnikateľa BETAMONT, s.r.o., v ktorom namietal nasledovné skutočnosti:

1. Namíeta, že nie je zrejmý prospech, ktorý mal podnikateľ dosiahnuť z dohody, keď cenová ponuka za Združenie Mengusovce 1 na úsek 0-8 km nebola najnižšia a nebolo preukázané, že v prípade úseku 8-25 km, na ktorom toto združenie podalo najnižšiu ponuku, došlo ku koordinácii postupu účastníkov.

2. Podľa účastníka konania úrad nezobral do úvahy, že štátna expertíza bola vypracovaná v roku 2002 a k výberovému konaniu došlo až v roku 2004, pričom v tomto období došlo k zmene sadzby DPH, a rastu cien a teda argument úradu, že ponúkané ceny prekročili cenu určenú štátnou expertízou o 40% nie je pravdivý.

3. Účastník konania namieta, že v rozhodnutí použitá časť porovnania jednotkových cien obsahuje stavebné práce, ktoré neboli predmetom jeho dodávky pričom z analýzy porovnania jednotkových cien tých stavebných prác, ktoré mal vykonať účastník konania vyplýva, že tu indexy nie sú konštantné.

4. Účastník konania tiež namieta kompetentnosť znalca na vypracovanie znaleckého posudku, keďže ide o znalca z odboru stavebníctva – odvetvie pozemné stavby, pričom práce vykonávané účastníkom konania sú elektrotechnického charakteru, kde je cenotvorba odlišná ako pri stavebných prácach, ktoré znalec posudzoval. V tejto súvislosti namieta, že ostatným účastníkom konania mohli byť technické ceny podnikateľa Betamont, s.r.o. známe z iných úsekov diaľnic, nakoľko s nimi, okrem podnikateľa Mota Engil, už spolupracovali a realizovali stavby. V rámci fázy prípravy podkladov do tendra, pred výberom partnerov do združenia obvykle poskytuje orientačné cenové ponuky dodávok všetkým záujemcom, ktorí o to požiadajú. Po výbere partnerov a založení združenia však už žiadnemu účastníkovi neposkytol referenčné podklady.

6. Účastník konania svojich predchádzajúcich podaniach namietal, že ponuka za združenie bola vypracovaná lídrom tohto združenia.

Dňa 13.01.2006 bol úradu v zákonom stanovenej lehote prostredníctvom právneho zástupcu JUDr. Milana Jacka doručený rozklad podnikateľa Strabag, a.s., v ktorom boli vznesené nasledovné námietky:

1. Účastník konania namieta, že nevyplýva zo žiadnych podkladov založených v spise a v procese vykonaného šetrenia nie je možné vyvodiť žiadne skutočnosti odôvodňujúce závery, ku ktorým úrad dospel, t.j. že podnikateľ Strabag, a.s. koordinoval svoje správanie s ostatnými účastníkmi konania.

2. „PMÚ SR sa svoje rozhodnutie opiera o konštatovanie, že: „vzájomný pomer cenových ponúk na jednotlivé položky medzi všetkými účastníkmi verejnej súťaže bol mimoriadne konštantný... Tento svoj názor ako i výsledky svojich zistení a analýz, založené výlučne na porovnaní cenových ponúk všetkých účastníkov verejnej súťaže si PMÚ SR overoval prostredníctvom expertného znaleckého posudku. ...predmetný znalecký posudok podľa nášho názoru nezahŕňa bežne používaný spôsob spracovania ponúk, zaoberá sa len kalkuláciou cien pre spracovanie ponúk. Predovšetkým pri takýchto veľkých zákazkách ako je predmetná stavba D1 Mengusovce – Jánovce však uchádzači vychádzajú z vlastných kalkulácií pri stanovení cien v minimálnom rozsahu. Oveľa väčšiu váhu má porovnanie cien ponúknutých subdodávateľmi, cien z predchádzajúcich ponúk a informácie o cenách obvyklých v mieste stavby. K spracovaniu dielčich ponúk preto uchádzači oslovujú najrôznejšie firmy, často potom tieto subdodávateľské firmy odovzdajú rovnaké ponuky viacerým uchádzačom. Svoju úlohu zohrávajú aj najrôznejšie inžinierske firmy, ktoré v lehote určenej súťažou ponúkajú uchádzačom už spracované cenové

ponuky. Subdodávateľia a inžinierske firmy najčastejšie používajú k spracovaniu ponúk cenovú databázu Cenkros, ktorú upravujú indexami alebo zľavami“.

3. V tejto súvislosti tiež účastník konania oslovil predmetného znalca, ktorý uviedol, že: „...spôsoby vypracovania cenových ponúk nie sú ničím obmedzené, je možné použiť akýkoľvek iný typ vypracovania cenových kalkulácií...Nie je možné jednoznačne vylúčiť podobnosť ponúk jednotlivých uchádzačov ak pri spracovaní ponúk používajú rovnaké databázy a prípadne oslovia identických podžhotoviteľov.“

4. „V záujme riadneho zistenia skutkového stavu bolo nevyhnutné tak, ako sme namietali v našich vyjadreniach, aby PMÚ SR zameral svoju pozornosť aj na obdobie pred daným procesom verejného obstarávania a údajné protisúťažné správanie skúmal v dlhšom časovom horizonte a preveril a posúdil aj celkové správanie zúčastnených podnikateľov v procese verejného obstarávania.“

5. „Úrad sa v rozpore so zákonom nezaoberal našou námietkou týkajúcou sa vymedzenia relevantného trhu a podielov účastníkov na ňom podľa § 3 a nasl. zákona.“ Podľa účastníka konania ide o trh v oblasti stavebníctva, priestorovo územie SR, na ktorom účastníci majú relatívne nízke podiely na trhu, úrad sa mal zamerať aj na možnosť aplikácie de minimis.

6. „Úvaha PMÚ SR o dohode obmedzujúcej súťaž založenej na dedukcii vychádzajúcej z podobnosti cenových ponúk je absolútne nelogická, ak by totiž účastníci mali v úmysle uzavrieť takúto dohodu odporujúcu zákonu, prvý krok, ktorý by takéto ich konanie mal zastrieť by spočíval vo výraznom odlíšení predložených ponúk nevzbudzujúcim akékoľvek podozrenie z možnej dohody porušujúcej zákon.“

7. „Tvrdenie o tom, že úroveň ponukových cien v predmetnej verejnej súťaži jednotlivých účastníkov bola výrazne vyššia (až o 40%) oproti maximálnej cene stanovenej štátnou expertízou je mylné a skresľujúce“.

8. „Ďalej uvádzame, že k oslabeniu konkurencie môže dôjsť medzi podnikateľmi, ktorí sú vzájomne minimálne relatívne v pozícii konkurentov. Z našich predchádzajúcich vyjadrení však jednoznačne vyplýva, že spoločnosť Doprastav, a.s. bola spomedzi účastníkov predmetného konania najvýznamnejšou a najúspešnejšou spoločnosťou v procese verejného obstarávania stavieb diaľničného programu, zabezpečovaného Slovenskou správou ciest. Ostatné spoločnosti, ktoré sú účastníkmi konania takúto pozíciu nemali.“

9. „Úrad v konaní nevysvetlil ani nepreukázal, aký bol alebo je vplyv verejných súťaží vyhlásených Slovenskou správou ciest na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby Diaľnica D1 Mengusovce – Jánovce oznámených vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11.5.2004 na obchod medzi členskými štátmi.“ Podnikateľ namietá, že išlo o otvorenú a voľnú súťaž, ktorej sa mohol zúčastniť ktorýkoľvek subjekt, že nemohol byť v účasti, ani v podaní lepšej ponuky nijako obmedzený.

10. „Úrad pri svojom rozhodovaní tiež nepreukázal, že medzi účastníkmi konania došlo k dohode a to ani k dohode v širšom poňatí v porovnaní s Občianskym zákonníkom, t.j. ústnej dohode, písomnej dohode, či dohode uzavretej konkludentne.

Nepreukázal ani iné súhlasné prejavy vôle účastníkov konania vyvedené z ich konania, ktorými môžu byť rôzne gentlemanské dohody preukázané na základe dôkazných prostriedkov iných ako je zmluva, ktoré však jednoznačne preukazujú, že k dohode podľa tohto zákona muselo dôjsť, aj keď úrad nemôže jednoznačne preukázať, že došlo k písomnej dohode, resp. nemá ju k dispozícii.“

11. „Naša spoločnosť na základe výzvy úradu zo dňa 25. mája 2005 oznámila listom zo dňa 01.06.2005 omylom inú výšku obratu za rok 2004. Podľa vyhl. Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 269/2004 Z.z., ktorou sa ustanovujú podrobnosti o výpočte obratu nie je výška obratu našej spoločnosti za rok 2004 15 645 974 000,- Kč, ale 14.466.220.000,- Kč. Túto skutočnosť potvrdzujeme výkazom ziskov a strát ku dňu 31.12.2004, ktorý je priložený v prílohe.“

12. „Za rozporný považujeme rovnako spôsob, ktorý zvolil úrad pri ukladaní pokút jednotlivým účastníkom konania. Zvolené kritérium – podiel objemu realizovaných prác, ktoré mali realizovať jednotliví účastníci je v rozpore s cit. dikciou zákona. navyše zvolené kritérium pre uloženie pokuty nebolo úradom uplatňované rovnako u všetkých dotknutých podnikateľov.“

13. V ďalších podaniach na úrad účastník konania okrem uvedeného namieta, že v danom prípade chýba predmet protiprávnej dohody, keďže daná súťaž bola zrušená a tiež vyzdvihuje nevyhnutnosť posúdenia účinkov dohody na hospodársku súťaž a na trh.

14. V reakcii na rozklady ostatných účastníkov konania tiež podnikateľ namieta voči argumentom podnikateľa Doprastav, a.s., ohľadom spracovania cenovej ponuky lídrom združenia. Strabag, a.s. konštatuje, že cenová ponuka bola vypracovaná v úzkej spolupráci cenárov Doprastav, a.s. a Strabag, a.s.. Taktiež poukazuje na solidárnu zodpovednosť členov združenia, ktorá je daná zákonom, ako aj zmluvou o združení.

Dňa 10.01.2006 bol úradu prostredníctvom právneho zástupcu JUDr. Petra Oravca, advokáta, v zákonom stanovenej lehote doručený rozklad podnikateľa Inžinierske stavby, a.s., v ktorom namietal nasledovné:

1. Účastník konania namieta, že procesný postup úradu nebol v súlade s právnymi predpismi a obsahuje množstvo procesných väd, pričom ide o porušenie Dohovoru o ľudských právach (porušenie práva na spravodlivý proces), porušenie § 33 zákona a porušenie § 3 ods. 2 správneho poriadku. V rámci práva na spravodlivý proces účastník konania tvrdí, že úradu chýba nestrannosť, ktorú vyžaduje čl. 6.1 Dohovoru, keďže pred vydaním rozhodnutia k veci vydal svoje predbežné stanovisko vo výzve na vyjadrenie. Porušenie § 3 ods. 2 správneho poriadku vidí účastník konania v tom, že počas celého konania nebol informovaný o konkrétnych faktoch, ktoré úrad viedli k jeho záverom (čo sa mu kladie za vinu a z čoho úrad vychádzal, dôkazy, o ktoré sa opiera). Takisto vo výzve pred vydaním rozhodnutia podľa § 33 zákona úrad spoločnosť len informoval, že sa môže vyjadriť k podkladu a spôsobu zistenia úradu a navrhnúť doplnenie, ale neuviedol, o aké podklady a spôsob zistenia ide.

2. Účastník konania tiež namieta nesprávne zistený skutkový stav, t.j. pokiaľ ide o štátnu expertízu tvrdí, že nedošlo k jej prekročeniu o 40% ako argumentuje úrad, keďže išlo o expertízu vypracovanú v roku 2002 a v medziobdobí došlo ku viacerým zmenám (zmena DPH, rastúce indexy stavebných prác, rezerva...).

3. Účastník tiež namieta, že nemožno porovnávať starú a novú súťaž, pretože medzi nimi neexistuje súvislosť (3 úseky novej súťaže, nové zmluvné podmienky – variantné riešenie, rezervy, možnosť použitia iných materiálov).

4. Účastník konania tiež namieta, že dôkazy, o ktoré sa úrad opiera sú nedostatočné a nesprávne hodnotené, konkrétne namieta:

- *Podobnosť cenových ponúk* - úrad sa nezaoberal zdôvodnením, ktoré mu poskytol účastník konania, t.j. že bol použitý rovnaký softvér (čo bolo výslovne požadované zo strany Slovenskej správy ciest), pričom ak uvedený softvér obsahuje odhadované jednotkové ceny, zvyšuje sa pravdepodobnosť podobnosti; nepresné je tiež zaokrúhľovanie porovnania ponúk a indexácie na dve desatinné miesta; úrad nezohľadnil, že v danej súťaži nebolo možné použiť variantné riešenie, preto bolo nutné oceniť presne to riešenie, ktoré zadal obstarávateľ.

- *Znalecký posudok* - napáda kompetenciu znalca na podanie posudku, ktorý je odborníkom v odbore pozemné stavby, oceňovanie nehnuteľností, oceňovanie stavebných prác, nie však inžinierske stavby, o ktoré ide; ďalej napáda rozsah znaleckého posudku vzhľadom na komplikovanosť problematiky. Podnikateľ tiež uvádza argumenty smerujúce k tomu, že jednotlivé zložky nákladov a ostatných položiek zahrnutých do kalkulácie ceny sú u uchádzačov podobné (pričom v rozklade uvádza konkrétne prípady, v čom vidí túto podobnosť), teda aj výsledná cena musí byť nevyhnutne podobná. Okrem toho, sú podľa neho v posudku obsiahnuté rozporné tvrdenia, konkrétne na str. 15 : „spôsob a podrobnosť kalkulácie nie je predpísaný“, čo je v rozpore s predchádzajúcimi časťami, kde sám znalec tvrdí, že vo všeobecnosti sa na výpočet ceny využíva kalkulačný vzorec. Napáda, že úrad sa týmito námietkami uvedenými už v predchádzajúcich podaniach nezaoberal.

- *Stanovisko SSC* – nepotvrďuje závery úradu, keďže síce tvrdí, že výsledok porovnania je neobvyklý, ale zároveň upozorňuje úrad, že SSC sa hlbšie a podrobnejšie nezaoberala analýzou porovnania cenových ponúk, t.j. v prípade stanoviska SSC ho možno považovať len za predbežné a nezáväzné stanovisko vo veci. Podnikateľ v rámci tohto stanoviska namieta, že skutočnosť, že účastníci môžu vstupovať do systému len cez databázu vyznačených položiek, kde vypisujú svoje ceny, nemení nič na fakte, že majú povinne k dispozícii softvér, ktorý už obsahuje priemerné trhové jednotkové ceny jednotlivých položiek.

5. Účastník konania tiež namieta, že úrad nezistil koordináciu na II. úsek diaľnice, napriek tomu tvrdil prospech z dohody pre všetkých účastníkov súťaže, t.j. aj tých, ktorí na prvom úseku neboli členmi víťazného konzorcia. Okrem uvedeného, ak podľa podnikateľa úrad zistil koordináciu cenových ponúk na prvom úseku, ale nezistil takúto koordináciu na II. úsek diaľnice Mengusovce – Jánovce, dospel tak k záveru nezlučiteľnému so základným predpokladom, z ktorého vychádza – t.j. dohoda obmedzujúca súťaž má význam len vtedy, ak prináša výhody všetkým účastníkom dohody. Uvedené považuje podnikateľ za významnú logickú chybu rozhodnutia.

6. K výške pokuty namieta, že úrad nepreukázal, že by verejná súťaž mala vplyv na použitie verejných financií, hoci to bral ako faktor závažnosti protiprávneho konania. Podľa podnikateľa tiež nemožno brať ako kritérium pre určenie výšky pokuty obchod medzi členskými štátmi, čo je relevantné len pre rozhodovanie o tom, ktoré právo sa na daný prípad aplikuje. Úrad tiež uviedol, že daná koordinácia správania nemala žiaden negatívny dopad na trh, avšak výška pokuty neodráža podľa podnikateľa túto skutočnosť. Namieta neprimeranú výšku pokuty, ktorá je pre podnikateľa likvidačná.

Dňa 11.01.2006 boli úradu v zákonom stanovenej lehote doručené prostredníctvom právneho zástupcu Mgr. Tomáša Marettu, advokáta, Advokátska kancelária Čechová & Partners rozklady podnikateľov Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s., v ktorých boli vznesené nasledovné námietky:

1. Na to, aby došlo k porušeniu zákona je nevyhnutné, aby boli naplnené jednotlivé znaky skutkovej podstaty dohody obmedzujúcej súťaž spočívajúcej v priamom určení cien, t.j. uzavretie dohody alebo zosúladený postup smerujúci k určení cien a ku koordinácii vo verejnej súťaži, obmedzenie súťaže ako cieľ alebo následok tohto konania a protiprávnosť takéhoto konania.

a) Dohoda obmedzujúca hospodársku súťaž - „Žiadne podklady predmetného konania, ktoré boli Účastníkovi sprístupnené...nepreukazujú a neodôvodňujú záver, že by konanie Spoločnosti spočívajúce v jej účasti vo Súťaži bolo možné považovať za účasť na dohode obmedzujúcej súťaž alebo za zosúladený postup s inými podnikateľmi...Na základe samotného porovnania cenových ponúk pritom nie je možné jednoznačne odvodiť, že spoločnosť uzavrela dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž.. Úrad sa pritom vôbec, resp. nedostatočne zaoberal analýzou iných alternatívnych vysvetlení predmetného porovnania cenových ponúk...Na to, aby k takémuto konaniu zo strany Spoločnosti vôbec došlo, bolo by nevyhnutné, aby došlo ku kontaktu medzi Spoločnosťou a inými účastníkmi údajnej dohody obmedzujúcej súťaž, ktorého cieľom by bola koordinácia a nahradenie nezávislého správania sa koordináciou. Konštatujeme, že žiadne podklady ani dôkazy preukazujúce, žeby Spoločnosť uzavrela akúkoľvek písomnú alebo ústnu dohodu, v zmysle ktorej by mala koordinovať svoje správanie sa v Súťaži.“ Účastník konania opakovanie namieta absolútny nedostatok dôkazov.

b) Obmedzenie súťaže ako cieľ alebo následok konania - účastník konania namieta, že konanie spoločnosti nemohlo mať za cieľ ani za následok obmedzenie súťaže...„Z hľadiska následkov je jednoznačné, že účasť spoločnosti na Súťaži nemohla mať za následok akékoľvek obmedzenie súťaže na ktoromkoľvek trhu, keďže jej konanie v predmetnej Súťaži spočívalo výlučne v príprave cenovej ponuky za Spoločnosť (pozn. Skanska DS.) (a jej dcérsku spoločnosť Skanska BS) a odsúhlasení celkovej súhrnnej ponukovej ceny a významných nákladových položiek a odovzdaní podkladov spoločnosti Inžinierske stavby, a.s. za účelom finalizácie a predloženia spoločnej ponuky za konzorcium IS-Skanska (pozn. v tomto smere tiež namieta, že na základe uvedeného nie je podnikateľ Skanska DS, a.s. účastníkom dohody, ani účastníkom správneho konania).

...Navyše bola predmetná Súťaž zrušená jej obstarávateľom...Z hľadiska cieľa je jednoznačné, že účasť Spoločnosti na Súťaži nemala a ani si nijako nemohla klásť za cieľ akékoľvek obmedzenie súťaže na ktoromkoľvek trhu...ako je podrobnejšie

uvedené nižšie v súvislosti s pripomienkami týkajúcimi sa definície relevantného trhu pre účely predmetného konania, Úrad vôbec nebral do úvahy a nezaoberal sa skutočnosťou, že Súťaž bola vyhlásená pre neobmedzený okruh účastníkov. Akákoľvek hypotetická dohoda týkajúca sa koordinácie správania sa v predmetnej Súťaži, ktorá by bola spôsobilá skutočne viesť k obmedzeniu súťaže v Súťaži, by mala význam len vtedy, ak by zahŕňala aj ostatných potencionálnych súťažiacich, ktorí sú spôsobilí splniť podmienky súťaže, a ktorí sú spôsobilí predložiť konkurenčné ponuky v predmetnej súťaži.“

V prípade podnikateľa Skanska BS, a.s. bola v tejto časti vznesená námietka, že „jej konanie spočívajúce v účasti v predmetnej Súťaži bolo obmedzené a spočívalo výlučne v príprave cenovej ponuky týkajúcej sa tunelovej časti predmetu obstarávania v Súťaži. Spoločnosť pripravovala ocenenie prác a výkonov súvisiacich s realizáciou týchto objektov vychádzajúc zo súťažných podmienok, ktoré boli pre Súťaž platné, pričom v zmysle inštrukcie svojej materskej spoločnosti Skanska DS a.s. Spoločnosť pripravila kalkuláciu na základe nákladovej kalkulácie, ktorá nezohľadňovala náklady na správnu réžiu, zisk a zariadenie staveniska. Takto pripravená cenová kalkulácia bola odovzdaná materskej spoločnosti Skanska DS a.s. dňa 18. júna 2004 (o tomto odovzdaní bol zhotovený odovzdávací protokol, ktorý prikladáme k tomuto rozkladu ako prílohu č.3). Týmto krokom a v tomto momente sa účasť Spoločnosti na príprave cenovej ponuky, ktorá bola predložená za celé konzorcium IS – Skanska v Súťaži, skončila.“ Skanska BS, a.s. nie je podľa rozkladu preto ani účastníkom dohody obmedzujúcej súťaž a teda ani účastníkom správneho konania.

c) „Konanie podnikateľa možno považovať za protiprávne iba v prípade, ak je v rozpore so zákonom alebo na základe zákona uloženou povinnosťou alebo zákazom určitého konania. Keďže Spoločnosti nebolo v predmetnom konaní jednoznačne preukázané, žeby jej konanie bolo v rozpore so zákonom, nemožno ho považovať za protiprávne.“

2. Aplikácia čl. 81 ZES:

- „Zo znenia Rozhodnutia nie je zrejmé, či sa podľa Úradu mala Spoločnosť dopustiť uzavretia dohody alebo zosúladeného postupu (alebo oboch) v zmysle čl. 81 ods. 1 ZES.“

- Úrad nepreukázal naplnenie základných znakov dohody podľa čl. 81 ZES - „V tomto prípade sa musí aplikovať jurisprudencia ES. Pri aplikácii č. 81 ZES je Úrad povinný interpretovať ustanovenia tohto článku v súlade so súdnou praxou Európskeho súdneho dvoru (ďalej len „ESD“) a Súdu prvého stupňa (ďalej len „SPS“) a rešpektovať nadradenosť komunitárneho práva...“ Účastník konania poukázal na podstatné náležitosti dohody obmedzujúcej súťaž zhrnuté v prípade T-41/96 Bayer v Komisia (Adalat). Predovšetkým v tejto súvislosti namieta, že rozhodnutie nepreukazuje nijaké kontakty medzi účastníkmi údajného zosúladeného postupu, ako napríklad stretnutia, telefónne hovory, korešpondenciu alebo výmenu informácií ako mechanizmus uskutočnenia kolúzie (či už vo forme dohody alebo zosúladeného postupu).

- Namieta tiež, že rozhodnutie neobsahuje žiadne dôkazy o tom, v akej forme k dohode/zosúladenému postupu došlo, ako dlho trvala a tiež neobsahuje skutočnosti týkajúce sa individuálnych úloh účastníkov konania v údajnej dohode/zosúladenom postupe - „Úrad bol povinný predložiť dôkaz, ktorý by

preukazoval úlohu Spoločnosti v údajnej dohode/zosúladenom postupe, zámer Spoločnosti prispieť svojim správaním k dosiahnutiu cieľov údajnej dohody/zosúladeného postupu, a že Spoločnosť si buď uvedomovala koluzívne správanie alebo ho mohla dôvodne predvídať, a že bola ochotná prevziať riziko konania ako následok plánového koluzívneho správania.“

- Účastníci konania namietajú tiež rozpornosť tvrdení úradu, a to : „Po prvé, tvrdenie Úradu, že všetky strany mali mať z údajného koluzívneho správania prospech, sa neopiera o šetrenie. Je nemožné zistiť, akú by Mota mohla mať výhodu z údajnej účasti...Po druhé, podľa Rozhodnutia, jediným dôvodom účasti spoločnosti Mota do kartelu bola skutočnosť, že v rámci predmetných verejných súťaží bolo potrebné predložiť minimálne tri súťažné ponuky, aby sa súťaže mohli uskutočniť... V skutočnosti podmienky Súťaže nevyžadovali, aby sa súťaží zúčastnili aspoň traja účastníci...Po tretie, Úrad nepreukázal, ako by mala dohoda/zosúladený postup v praxi fungovať... Očividne, kolúzna dohoda/zosúladený postup opísaný v Rozhodnutí nemôže v praxi fungovať, ak jedna strana mala predložiť nekonkurenčnú ponuku bez zaistenia, že druhá strana učiní rovnako v súvislosti s druhou súťažou. Ani touto skutočnosťou sa Úrad v Rozhodnutí vôbec nezaoberá.“

3. „...konštatujeme, že vo vzťahu k Spoločnosti je Rozhodnutie nezákonné aj pokiaľ ide o bod 3. jeho výrokovej časti, keďže Rozhodnutie ukladá Spoločnosti povinnosť – sankciu bez akéhokoľvek právneho dôvodu.“

4. Účastník konania tiež namietá vymedzenie relevantného trhu úradom, tvrdí, že z hľadiska tovarového vymedzenia je potrebné relevantný trh definovať ako trh stavebných činností (dodávok stavebných prác, služieb a diel) a z hľadiska geografického ide o územie SR. Uvedené zdôvodňuje najmä skutočnosťou, že ide o súťaž otvorenú neobmedzenému počtu záujemcov, z hľadiska geografického aj keď ide o činnosti, ktoré sú vykonávané na danom mieste, najmä v oblasti veľkých zákaziek dodávateľa týchto stavebných činností pôsobia v rámci celého územia Slovenskej republiky a sú spôsobilí poskytovať potrebné služby aj v zahraničí.

5. K časti analýza cenových ponúk sa podľa účastníka úrad nezaoberal (alebo nedostatočne) inými vysvetleniami podobnosti cenových ponúk

6. Účastníci konania tiež namietajú proti tvrdeniu úradu, pokiaľ ide o software použitý v danej súťaži (t.j. že sa používa od roku 1996 a bol použitý na 60 stavbách). Podľa účastníkov bol taký formát cenového zadania použitý v súťaži prvýkrát.

6. Účastníci konania tiež napádajú porovnanie cenových ponúk uchádzačov v súťaži s cenovými ponukami v minulých súťažiach....„Úrad aj v tomto prípade uvádza, že bral do úvahy ako podklad rozhodnutia porovnanie „...s cenovými ponukami v obdobných verejných súťažiach na realizáciu iných dopravných stavieb realizovaných v minulosti Slovenskou správou ciest...“, pričom nielen že nešpecifikoval, aké cenové ponuky v obdobných verejných súťažiach boli predmetom tohto porovnania, no neboli vôbec súčasťou spisu v predmetnej veci, ani neboli zaprotokolované ako jeho súčasť, preto s týmto podkladom Rozhodnutia sa Spoločnosť vôbec nemala možnosť oboznámiť.“

7. Účastníci konania tiež namietajú prekročenie expertne stanovenej ceny... „Nielen že nám nie je jasné, čo má toto údajné „navýšenie“ maximálnej celkovej ceny

stanovenej štátnou expertízou preukazovať, ale musíme konštatovať, že Úrad sa pri tomto nedôvodnom porovnaní dopustil aj hrubých nepresností a nebral do úvahy rozdielne kritéria pre výpočet expertnej ceny a cenovej ponuky uchádzačmi...“ Z prepočtu účastníkov pritom vyplynulo, že za porovnateľných súťažných podmienok by bola cena konzorcia IS-Skanska o cca 300 mil. Sk nižšia ako obstarávateľ predpokladal už v novej súťaži.

8. Účastníci konania tiež namietajú porovnanie s Novou súťažou - „Konštatujeme, že Nová súťaž nebola predmetom šetrenia v predmetnom správnom konaní. Taktiež konštatujeme, že dokumentácia, ktorá sa týka Novej súťaže nebola v spise prístupná Spoločnosti k nahliadnutiu, a teda účastníkom konania bola odopretá možnosť oboznámiť sa s týmito podkladmi...Rozdielnosť celkových ponukových cien predložených v Súťaži a Novej súťaži možno odôvodniť predovšetkým úplne novými súťažnými podmienkami, ktoré boli v Novej súťaži uplatnené. Cenové ponuky boli preto pripravované nanovo zohľadňujúc nové podmienky Novej súťaže, ktoré na rozdiel od podmienok pôvodne vyhlásenej Súťaže, okrem iného zrušili predpísanú rezervu, umožnili valorizáciu ceny od začiatku výstavby a umožnili prehodnotenie technologických postupov.“

9. Úrad nebral do úvahy limitovanú účasť spoločnosti Skanska DS, a.s. v procese finalizácie a predkladania finálnej položkovej cenovej ponuky, keďže nebola lídrom v danom konzorciu, pričom len líder je zodpovedný za finalizáciu a predloženie ponuky obstarávateľovi, o čom svedčí bod 2 zmluvy o založení spoločného podniku. Skanska DS, a.s. pritom v rozklade, ako aj doplňujúcom podaní podrobne popísala postup pri tvorbe ponukovej ceny.

10. Pokiaľ ide o procesné nedostatky, podľa účastníka:

- úrad porušil zásadu účinnosti komunitárneho práva, podľa ktorej „členské štáty musia zabezpečiť, že pri aplikácii komunitárneho práva (v tomto prípade čl. 81 ZES) zabezpečujú „účinné“ opravné prostriedky. Národné procesné pravidlá nemôžu byť použité takým spôsobom, že by znemožnili alebo učinili výkon práv dotknutých spoločnosť extrémne náročným. ...„Konanie Úradu porušilo zásadu účinnosti komunitárneho práva... Výzvy Úradu súvisiace s údajným porušením článku 81 ZES, ktoré boli adresované Spoločnosti, a s odkazom na ktoré Spoločnosť musela uplatňovať svoje práva na obranu, pozostávali z dvoch listov (jeden zo dňa 21. marca 2005, druhý zo dňa 13. júla 2005), a ktoré spolu pozostávali len z 4 strán.“

- V tejto súvislosti tiež účastník konania namietal, že bolo porušené právo na spravodlivý proces, keďže strana nebola informovaná v dostatočnom časovom predstihu a o dostatočných podrobnostiach, aby mohla prezentovať svoje vyjadrenia k záverom úradu.

- „úrad pre svoje Rozhodnutie použil ako podklad aj ústne vypočutie niektorých účastníkov, pričom však Spoločnosti aj napriek jej písomne vyjadrenej ochote poskytnúť požadované vysvetlenia obdobná možnosť nebola poskytnutá. Uvedené porušenie práv Spoločnosti je závažné obzvlášť s ohľadom na skutočnosť, že Úrad po tom, ako vykonal ústne vypočutie niektorých účastníkov konania a vyzval týchto účastníkov, aby písomne odpovedali na ďalšie otázky predložené Úradom, neposkytol Spoločnosti možnosť vyjadriť sa k podkladom získaným z ústnych vypočutí.“

- „Úrad si nesplnil povinnosť umožniť Spoločnosti posúdiť podklady jeho rozhodnutia obzvlášť vo vzťahu k podkladom označeným ako predmet obchodného tajomstva. Aj

týmito podkladmi Úrad zjavne argumentuje vo svojom Rozhodnutí (napr. aj v súvislosti s porovnaním s tzv. Novou súťažou) avšak Spoločnosti neposkytol možnosť sa k nim vyjadriť, a to napríklad predložením ich verzie, ktorá obchodné tajomstvo neobsahuje alebo anonymizovanej verzie.“

- podľa účastníkov bola porušená zásada materiálnej pravdy a úplného a presného zistenia skutkového stavu a vyhľadávacia zásada, keďže: „Za účelom obstarania a zabezpečenia dôkazov o protiprávnom konaní boli preto zavedené tak v Zákone ako aj v Občianskom súdnom poriadku osobitné prostriedky zabezpečovania dôkazov aplikovateľné práve na prípady porušenia súťažného práva. Úrad však tieto nástroje vôbec nepoužil, skutkový stav zisťoval len v minimálnej miere, a preto musíme konštatovať porušenie predmetnej zásady správneho konania a z toho prameniacci absolútny nedostatok dôkazov podporujúcich závery Úradu vo vzťahu k Spoločnosti...“

- „Z výzvy je zrejmé, že Úrad dospel k „predbežnému záveru“ ešte pred takýmto doplnením podkladov, čím prejudikoval rozhodnutie vo veci samej už v momente vydania výzvy na vyjadrenie, a teda v čase, kedy Úrad ešte nemohol vziať do úvahy námietky, skutočnosti alebo ďalšie podklady predložené Spoločnosťou a ďalšími účastníkmi konania...čo je v rozpore so zásadou materiálnej pravdy a zásadou zákonnosti a aj so zásadou práva na spravodlivý proces podľa článku 6 Dohovoru.“

Z ďalších vyjadrení predložených podnikateľmi Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s. vyplývajú (vyjadrenie z 19.08.2005) nasledovné námietky:

11. Znalecký posudok – podľa vznesenej námietky je posudok teoretický a často v rozpore so skutočnou praxou. Pri oceňovaní obdobných stavieb sa využívajú individuálne kalkulácie len zriedkavo, vo veľkej miere sa využívajú publikované smerné orientačné ceny, prípadne ich modifikácia pomocou softwaru, ktorý je určený na ich úpravu...tiež môže byť podobnosť ponúk ovplyvnená tým, že tí istí podzhotovovatelia predkladajú cenové ponuky viacerým uchádzačom, t.j. niektoré položky cenových ponúk môžu byť podobné.

Dňa 23. marca 2006 boli Rade úradu doručené podania zo strany účastníkov konania Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s., kde boli okrem námietok, ktoré boli precizovaním námietok uvedených vyššie, vznesené doplňujúce námietky k rozkladom:

12. Účastníci konania namietali, že v danej súťaži boli 3 kritériá hodnotenia ponuky, teda jedna tretina bodov mala byť pridelená na základe iných kritérií než cena (miera vlastných dodávok a skúsenosť), z čoho vyvodzujú, že dohoda len o jednom z týchto kritérií nemohla samo osebe zabezpečiť úspech v súťaži a nemohla byť funkčná.

13. Účastníci konania k analýze cenových ponúk namietajú, že množstvo kľúčových cien pri porovnaní jednotlivých jednotkových cien je rozdielných, že k cenovým koreláciám môže dôjsť až pri zaokrúhlení na dve desatinné miesta a že aj pri takomto zaokrúhlení existujú rôzne stupne korelácie medzi ponukami. Podľa účastníka konania je na úrade, aby preukázal ako a prečo tieto korelácie cien tvoria dôkaz dohody obmedzujúcej súťaž, keďže účastníci nemajú prístup k cenám ostatných konkurentov v súťažiach a nemôže zhodnotiť, či takéto korelácie zapadajú do riadnych súťažných podmienok.

14. Účastníci konania tiež argumentujú, že aj ak by dohoda existovala, mohla sa uskutočniť bez vedomia všetkých dotknutých subjektov – úrad nepreukázal vedomú koordináciu spoločností Skanska DS a Skanska BS na dohode, t.j. nepreukázal takýto úmysel.

15. Účastníci konania tiež argumentujú, že z rozhodnutia nerezultuje žiadny prospech pre všetkých účastníkov dohody, závery o dohode nie sú logické aj z toho dôvodu, že do verejnej súťaže sa mohol prihlásiť ktorýkoľvek podnikateľský subjekt a zmysel dohody by bol len vtedy (prospech), ak by zahŕňala všetkých potenciálnych uchádzačov.

16. Vo vzťahu k pokute účastníci v podaniach namietajú, že podľa prípadovej praxe EK a súdov, je povinnosť oboznámiť podnikateľov so zámerom uloženia pokuty, aby im bolo umožnené pripraviť obhajobu aj pokiaľ ide o tento bod, čo v tomto prípade splnené nebolo.

18. „Pokuta nezohľadňuje hypotetickú úlohu účastníkov v údajnej dohode/zosúladenom postupe. Možnosť, že jedna strana mohla mať aktívnejšiu úlohu v dohode/zosúladenom postupe než iné strany alebo že niektoré strany mohli byť účastníkmi tejto dohody/zosúladeného postupu nevedome, je dôvodom, ktorý nepochybne určuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania vo vzťahu ku každému účastníkovi. V tomto prípade bola účasť spoločnosti Skanska BS pri príprave podkladov pre Súťaž veľmi obmedzená a skončila pred rokovaniami o konečných cenách. Uloženie pokuty Úradom spôsobom, ktorý neberie do úvahy uvedené individuálne úlohy týchto strán, porušuje základný princíp zákazu diskriminácie (ako je zakotvený tak v komunitárnom ako aj slovenskom národnom práve).“

19. „Z článku 23 ods. 2 Nariadenia č. 1/2003 vyplýva, že Komisia môže uložiť pokutu len za úmyselné alebo nedbanlivostné obmedzenie súťaže. I keď Zákon o ochrane hospodárskej súťaže vyslovene neuvádza, že sa má jednať o úmyselné alebo nedbanlivostné porušenie zákona, zo samotnej povahy dohody obmedzujúcej súťaž resp. zosúladeného postupu v zmysle Zákona o ochrane hospodárskej súťaže vyplýva, že k uzavretiu takejto dohody resp. k takémuto zosúladenému postupu môže dôjsť len vedomým alebo nedbanlivostným konaním podnikateľ. Preto podobne, ako v prípade podľa čl. 23 ods. 2 Nariadenia č. 1/2003, aj Zákon o ochrane hospodárskej súťaže vyžaduje, že pred uložením pokuty Úrad musí preukázať (úmyselnú alebo nedbanlivostnú) účasť podnikateľa na údajnej dohode/zosúladenom postupe.“

20. Pokuta nie je podľa účastníkov odôvodnená ani primeraná, keďže okrem toho, že nezohľadňuje individuálne úlohy strán, nezohľadňuje, že v danom prípade nebol reálny dopad na trh, že účastníci nemohli mať žiadny prospech a že dĺžka porušenia bola veľmi krátka. Taktiež v porovnaní s predchádzajúcou rozhodovacou praxou úradu je podľa účastníka pokuta neprimeraná.

21. Z procesného hľadiska tiež okrem rozvedenia námietok uplatnených už v rozkladoch účastníci konania namietajú, že nemali možnosť sa oboznámiť s nasledovnými dôkazmi: analýzy, na ktorej úrad postavil svoje tvrdenie, že účastníci

nekoordinovali svoj postup v súťaži na II. Úsek, analýza a dáta, z ktorých vychádza stanovisko SSC, porovnanie nových súťaží.

Dňa 23.01.2006 bol úradu v zákonom stanovenej lehote prostredníctvom právneho zástupcu Mgr. Patrika Bolfa, advokáta, doručený rozklad podnikateľa Mota Engil, v ktorom boli vznesené nasledovné námietky:

1. Účastník konania predovšetkým namieta nedostatočné zistenie skutkového stavu, porušenie zásady materiálnej pravdy a vyhľadávacej zásady. Podľa účastníka konania úrad ani nepreukazoval všetky znaky konania v zhode (komunikácia medzi účastníkmi, neobvyklé správanie účastníkov a príčinná súvislosť medzi nimi), pričom ak nie je naplnený čo len jeden z týchto znakov, úrad nemôže vydať rozhodnutie, že podnikateľ uzavrel kartelovú dohodu. Konkrétne sa účastník konania odvoláva, že úrad ani neskúmal existenciu vzájomnej komunikácie medzi účastníkmi konania, neuviedol v rozhodnutí skutočnosť, z ktorej by kontakt alebo komunikácia vyplývala (spoločnosť MOTA ENGIL pritom nikdy nekomunikovala ohľadne ponukových cien na úrovni jednotlivých položiek, ani ohľadom celkovej ceny do verejnej súťaže so žiadnym účastníkom konania). Úrad tak postupoval v rozpore so zásadou zistenia presného a úplného skutkového stavu.

2. V rámci druhého znaku konania v zhode – neobvyklého správania sa účastníkov na trhu, podnikateľ namieta, že úrad je povinný dokázať neštandardnosť správania účastníkov, dôkazné bremeno je na úrade. Namieta, že úrad sa oprel jedine o porovnanie časti ponúk jednotlivých uchádzačov, prípadne o porovnanie ponúk s ponukami v iných verejných súťažiach, čo považuje účastník konania za nedostatočne zistený skutkový stav, ktorý je navyše podľa neho dezinterpretovaný v neprospech účastníkov konania. Príčinná súvislosť medzi komunikáciou účastníkov a správaním účastníkov – vzhľadom na to, že úrad nepreukázal ani kontakty medzi účastníkmi, ani neobvyklé správanie, z povahy veci vyplýva, že ani nemohol preukázať tretí znak konania v zhode – príčinnú súvislosť medzi nimi.

3. Úrad sa nezaoberal možnosťou, že pre podobnosť ponúk existuje aj iné, alternatívne vysvetlenie než to, že išlo o protisúťažné dojednanie. Správny orgán má povinnosť zisťovať, či existuje alternatívne vysvetlenie, a zamietnutie každého takéhoto vysvetlenia náležite doložiť dôkazmi, ktoré ho vyvracajú. Konkrétne sa úrad nedostatočne vysporiadal s možnosťou ovplyvnenia cien na základe skutočnosti, že všetci účastníci použili software obstarávateľa, konkrétne, či podobnosť nemohla byť spôsobená jeho štruktúrou a údajmi tu obsiahnutými (napr. skutočnosť, že tu boli obsiahnuté priemerné, resp. indikatívne ceny). V tejto súvislosti sa na inom mieste rozkladu účastník odvoláva na prax Európskej komisie a európskych súdov, podľa ktorých ako nepriamy dôkaz môže byť použité aj správanie súťažiteľa na trhu, len ak sa nedá vysvetliť inak, iba že ide o priamy dôsledok vzájomnej predchádzajúcej komunikácie.

4. Úrad pri porovnávaní jednotlivých ponúk postupoval účelovo v neprospech účastníkov, čo je zrejmé najmä zo zaokrúhlenia výsledkov porovnania na dve desatinné miesta (čím sa vytvorilo zdanie absolútnej konštantnosti), úrad tiež účelovo vybral len časť položiek avšak z úplného porovnania všetkých 880 položiek vyplýva, že pomery medzi nimi sa často menia a nie sú konštantné.

5. Namíeta tiež porovnanie s ponukovými cenami z iných súťaží, keďže iné súťaže sú založené na špecifických často odlišných podmienkach. Úrad okrem toho neuviedol bližšie, ktoré súťaže porovnával, ani nesprístupnil svoje závery ohľadom tohto porovnania účastníkom konania, čo predstavuje porušenie práva na spravodlivý proces.

6. Namíeta účelové porovnanie I. a II. Súťaže, keďže podmienky týchto súťaží boli diametrálne odlišné (3 úseky, fixná indexácia kratšia, bez rezervy...) a úrad tu ani neskúmal, či nedošlo k zmene objektívnej situácie na trhu, a zmene pomerov u jednotlivých účastníkov (napr. zmena subdodávateľov).

7. Účastník konania tiež namíeta, že nedošlo k prekročeniu ceny určenej štátnou expertízou o 40%, pričom uvádza argumenty obdobné ako v predchádzajúcich rozkladoch.

8. Vo vzťahu k znaleckému posudku účastník konania namíeta, že znalec musí byť ustanovený rozhodnutím doručeným aj účastníkom konania, čo sa v tomto prípade nestalo a postup úradu tak predstavuje porušenie § 36 správneho poriadku, t.j. aj práva na účinnú obhajobu. Pokiaľ ide o obsah znaleckého posudku, účastník konania namíeta, že je vo veľkej miere teoretický a nereálny, nezohľadňuje žiadne aspekty kalkulácie cien, neberie do úvahy, že všetci účastníci majú obdobné rozpočtovacie postupy a cenové východiská, že všetci museli vychádzať z identickej obsahovej náplne jednotlivých položiek. Podnikateľ uvádza, že pri tvorbe ceny použil ako základ svoju vlastnú medzinárodnú databázu cien a keďže išlo o prvý vstup na slovenský trh, použil štandardné postupy ako prešetrenie miestnych cien, ponuky od subdodávateľov, preskúmanie cenových štatistík.

9. Účastník konania namíeta, že úrad je povinný skúmať aj zavinenie jednotlivých účastníkov, resp. subjektívny pomer každého z účastníkov k meritu veci (teda individuálnu rolu podnikateľa MOTA Engil v rámci tvrdeného protisúťažného správania). Úrad sa však nezaoberal subjektívnou stránkou správneho deliktu ani všeobecne, a už vôbec nie vo vzťahu k jednotlivým účastníkom. Úrad najmä nedokázal určiť, aký mal byť prospech podnikateľa MOTA Engil z účasti na karteli, naopak, v rozhodnutí úrad výslovne pripustil, že žiaden prospech nedosiahol. Účastník tiež dôvodí, že ani v ďalších neskorších výberových konaniach, kde bol opäť v konkurencii s účastníkmi konania ich spoločnosť neuspela a nebola ani subdodávateľom niektorého z účastníkov konania. V tejto súvislosti tiež tvrdenie úradu o nutnosti účasti minimálne 3 subjektov na súťaži nepravdivé, nevychádza zo zákona, ani zo zadávacích podmienok. Považuje za absolútny omyl tvrdenie úradu, že spoločnosť Mota Engil sa súťaže zúčastnila preto, aby bola splnená podmienka troch účastníkov.

10. Účastník konania tiež vo svojich predchádzajúcich podaniach namietal, že MOTA Engil Portugalsko nie je účastníkom konania, keďže ponuka bola spracovaná organizačnou zložkou so sídlom v Českej republike.

11. Namíeta tiež možnosť aplikácie čl. 81 ZES na predmetný prípad, keďže išlo o súťaž otvorenú neurčitému počtu záujemcov.

12. Pri ukladaní pokuty úrad nezohľadnil, že MOTA Engil nemala na trhu v SR v danom období žiadny obrat, ani obchodné aktivity, vymeral jej pokutu zo svetového obratu. Spoločnosť pritom dostala druhú najvyššiu pokutu, hoci jej úrad pôvodne zamýšľal dať najnižšiu (zásady primeranosti a nediskriminácia). Účastník namieta, že pre výpočet pokuty mal byť použitý strop 10 mil., keďže nemal v SR žiadny obrat.

13. Pokuta nebola zdôvodnená individuálne voči podnikateľovi MOTA Engil, pričom úrad musí v odôvodnení predložiť transparentnú metódu výpočtu pokút – účastník konania sa v tejto súvislosti odvoláva na guide Európskej komisie o pokutách a tvrdí, že úrad mal postupovať spôsobom výpočtu pokút naznačeným v predmetnom dokumente, keďže v danom prípade sa aplikoval aj o čl. 81 ZES.

14. Pokuta odporuje podľa účastníka konania svojou výškou predchádzajúcej rozhodovacej praxi úradu (predložil porovnanie s niektorými rozhodnutiami úradu), a nezohľadňuje skutočné dopady na trh.

15. Úrad nezohľadnil poľahčujúce okolnosti (spoločnosť nemala z kartelu profit, išlo o prvé konanie spoločnosti MOTA Engil na úrade, plná spolupráca, spoločnosť MOTA možno kvalifikovať minimálne ako nasledovníka lídra).

16. Úrad postupoval nesprávne pri prepočte obratu na slovenskú menu – bral do úvahy kurz k 31.12.2004, t.j. EURO 1/ SK 38,796, t.j. podľa vyhlášky č. 269/2004 Z.z., ktorá sa ale vzťahuje len na koncentrácie, v ostatných prípadoch je potrebné aplikovať zákon o správnych poplatkoch – t.j. prvý deň kalendárneho mesiaca, v ktorom bolo prijaté rozhodnutie úradu (EURO 1/ Sk 37,780).

17. Úrad nedostatočne odôvodnil pokutu, konkrétne podnikateľ napáda jednotlivé kritériá, a to konštatovanie, že ide o ťažký kartel – ide len o všeobecnú deklaráciu, ktorá nemá oporu vo vykonanom dokazovaní; konštatovanie o poškodení verejného záujmu v súvislosti s faktom, že išlo o použitie verejných financií – úrad „umelo zvyhodňuje“ verejné prostriedky oproti súkromným; vplyv na obchod medzi členskými štátmi nemožno použiť ako priťažujúcu okolnosť, keďže predstavuje súčasť objektívnej stránky správneho deliktu; zrušenie verejnej súťaže – nie je kvantifikovaný dopad tejto skutočnosti na výšku pokuty, pritom v predchádzajúcich rozhodnutiach uložené pokuty (podstatne nižšie) sú za dlhotrvajúce porušenia zákona; objem prác, ktoré mali účastníci vykonať – v prípade MOTA Engil nemožno použiť na priťaženie, keďže nemal byť víťazom tendra.

18. Účastník konania napáda tiež procesné pochybenia úradu, predovšetkým účastník konania tvrdí aplikovateľnosť Dohovoru o ľudských právach aj pred správnymi orgánmi a pre právnické osoby ako subjekty ochrany, pričom uvádza rozsudky ESĽP na podporu svojich tvrdení. V tejto súvislosti uvádza, že nebol dostatočne oboznámený s výsledkami šetrenia a podkladmi pre rozhodnutie vo výzve na vyjadrenie podľa § 33 zákona. Úrad tiež odmietol sprístupniť komunikáciu medzi ním a Európskou komisiou.

19. Účastník konania tiež napáda spôsob vykonania dôkazu vo forme stanoviska z NDS – napriek tvrdeniam všetkých účastníkov o podobnosti ponúk z dôvodu použitia rovnakého softvéru, sa úrad priklonil k vyjadreniu NDS (že ide o neobvyklú podobnosť) a toto svoje rozhodnutie nijak nezdôvodnil.

Účastníci konania sa na základe uvedených námietok domáhali zmeny rozhodnutia a to tak, že Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (ďalej len „Rada úradu“) svojim rozhodnutím predmetné správne konanie zastaví, prípadne rozhodnutie zruší ako nezákonné.

Rada úradu preskúmala rozkladom napadnuté prvostupňové rozhodnutie, ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo v celom rozsahu tak, ako to vyplýva z § 59 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov a dospela k nasledovným záverom.

Účastníci konania

Účastníkmi správneho konania sú v prípade dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 25 ods. 3 písm. a) zákona účastníci takejto dohody.

Rada úradu sa v tejto časti nestotožňuje s posúdením postavenia podnikateľa Skanska BS, a.s. prvostupňovým orgánom ako účastníka dohody obmedzujúcej súťaž a teda aj ako účastníka tohto správneho konania.

Skanska BS, a.s. je dcérskou spoločnosťou podnikateľa Skanska DS, a.s., ktorý je 100% akcionárom tejto spoločnosti. Podľa Stanov podnikateľa Skanska BS, a.s., prijatých rozhodnutím jediného akcionára dňa 24.03.2005 (doručených ako príloha k listu úradu č. 1917/2006) uplatňuje Skanska DS, a.s. svoj vplyv na činnosť dcérskej spoločnosti prostredníctvom hlasovacieho práva na valnom zhromaždení (ktoré zároveň má oprávnenie kedykoľvek zvolať a jednoduchým spôsobom tu prijímať akékoľvek rozhodnutia týkajúce sa záležitostí tejto spoločnosti). Skanska DS, a.s. ovplyvňuje činnosť svojej dcérskej spoločnosti aj prostredníctvom personálneho prepojenia. Viacerí členovia predstavenstva Skanska BS, a.s., sú zároveň členmi predstavenstva materskej spoločnosti Skanska DS, a.s.. Podobne funguje personálne prepojenie aj v rámci členov dozornej rady podnikateľa Skanska BS, a.s. a členov rozhodovacích a kontrolných orgánov jej materskej spoločnosti.

V rozhodnom období (t.j. v čase predkladania súťažných ponúk do verejnej súťaže D1 Mengusovce Jánovce 0,00 – 8,00 km) spoločnosť Skanska DS, a.s. de facto vykonávala v zmysle vtedy platných Stanov spoločnosti Skanska BS, a.s. výlučnú kontrolu nad spoločnosťou Skanska BS, a.s. (v tom čase Banské stavby, a.s.), keďže vlastnila 99,6 % jej akcií (zostávajúci dvaja minoritní akcionári spolu len 8 akcií), pričom valné zhromaždenie rozhodovalo o všetkých záležitostiach tejto spoločnosti 2/3 väčšinou hlasov akcionárov. Tento stav pretrvával až do 11.01.2005, kedy sa stala Skanska DS, a.s. 100% akcionárom Skanska BS, a.s.. Taktiež už v rozhodnom období viacerí členovia riadiacich a kontrolných orgánov Skanska BS, a.s. boli zároveň členmi riadiacich a kontrolných orgánov Skanska DS, a.s.

V prospech uvedeného svedčí aj dikcia Zmluvy o spoločnom podniku, založenom na účely posudzovanej verejnej súťaže medzi podnikateľmi Inžinierske stavby, a.s. a Skanska DS, a.s. a jej dcérskou spoločnosťou Skanska BS, a.s. (v tom čase Banské stavby, a.s.). Zo Zmluvy o spoločnom podniku založenom na účely predmetnej verejnej súťaže D1 Mengusovce – Jánovce 0,00 – 8,00 km, z časti vymedzenie zmluvných strán vyplýva,**[obchodné tajomstvo]**...

Naviac predmetná Zmluva o spoločnom podniku bola podpísaná až 25.06.2004, pričom Skanska BS, a.s. predložila ocenenie tých prác, ktoré mala v prípade výhry v súťaži vykonať, svojej materskej spoločnosti už dňa 18.06.2004 (ako doložila aj v prílohe 3 k listu Rade úradu č. 1917/2006). Podľa vysvetlenia podnikateľa Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s., mala pôvodne Skanska BS, a.s. pôsobiť v danej verejnej súťaži ako subdodávateľ, avšak vzhľadom na potrebu naplniť súťažné kritérium maximálne 40%-tného podielu subdodávok, (a zároveň minimalizovať podiel subdodávok, za účelom získania maximálneho počtu bodov za kritérium komplexnosť dodávky – podiel vlastných prác) bolo nevyhnutné, aby sa formálne stala členom spoločného podniku. Uvedené doložil podnikateľ Skanska BS, a.s. aj stanoviskom Národnej diaľničnej spoločnosti, a.s. (v tom čase Slovenská správa ciest), ktorá na žiadosť Skanska DS, a.s. odpovedala, že dodávky dcérskej spoločnosti nemožno považovať za dodávky vlastné, tiež skúsenosti dcérskej spoločnosti nebude môcť hodnotiť ako skúsenosti uchádzača (nakoľko ide o iný právny subjekt), iba ak by bola dcérska spoločnosť členom združenia.

Na základe uvedeného, najmä však skutočnosti, že Skanska BS, a.s. nerozhodovala vzhľadom na svoje postavenie vo vzťahu k podnikateľovi Skanska DS, a.s. o otázkach týkajúcich sa predmetnej súťaže autonómne, ale vzťahy rozhodovania a kontroly tu na základe vzťahu materská – dcérska spoločnosť vykonával iný člen združenia, nemohla sa podľa názoru Rady úradu stať samostatne a nezávisle od vôle materskej spoločnosti účastníkom dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

Účastníkom dohody, ktorý reálne na základe nezávislého rozhodnutia mohol v spolupráci s ostatnými účastníkmi uzavrieť cenovú dohodu, bola len materská spoločnosť Skanska DS, a.s..

Na základe uvedeného nepovažuje Rada úradu podnikateľa Skanska BS, a.s. za účastníka dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž. V tomto smere Rada úradu zmenila aj výrok prvostupňového rozhodnutia.

Podnikateľ Mota Engil tiež namietal, že nie je účastníkom dohody a teda ani účastníkom správneho konania, pričom argumentuje, že súťažná ponuka v predmetnej verejnej súťaži bola spracovaná jeho dcérskou spoločnosťou so sídlom v Českej republike.

Rada úradu sa s touto námietkou nestotožňuje, nakoľko podľa predložených podkladov (prvostupňový spis, spisový obal 1, č. 3 bod 3a/3b č. 3 bod 5a/5b) podal súťažnú ponuku podnikateľ Mota Engil, so sídlom v Portugalsku, zastúpený svojim štatutárnym zástupcom, ktorý je na predložených častiach súťažnej ponuky aj podpísaný, a nie jeho dcérska spoločnosť ako samostatný subjekt práva.

Aplikácia právnych predpisov

Rada úradu sa plne stotožňuje so záverom prvostupňového orgánu ohľadom aplikácie právnych predpisov, tak z hľadiska hmotnoprávneho, ako aj procesného.

Z hľadiska hmotnoprávneho je potrebné aplikovať pri posudzovaní protiprávneho konania zákon č. 136/2001 Z.z. v znení platnom a účinnom v čase spáchania správneho deliktu. V tomto prípade prvostupňový orgán správne aplikoval na posudzované konanie zákon (t.j. v znení účinnom od 01.05.2004), keďže verejná súťaž D1 Mengusovce Jánovce 0,00 – 8,00 km bola vyhlásená vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11.05.2004 a protiprávneho konania sa podľa úradu účastníci konania dopustili v období od tohto vyhlásenia do podania ponúk v danej súťaži (t.j. 30.06.2004).

Dňa 01.05.2004 nadobudla účinnosť Zmluva o pristúpení Slovenskej republiky k Európskej únii. Podľa čl. 3 ods. 1 Nariadenia Rady č. 1/2003 v prípadoch, v ktorých členské štáty alebo národné súdy aplikujú národné súťažné právo na dohody, zosúladené postupy alebo rozhodnutia združenia podnikateľov, ktoré môžu mať vplyv na obchod medzi členskými štátmi, členské štáty sú tiež povinné aplikovať na takéto dohody článok 81 Zmluvy o založení ES (ďalej len „ZES“).

Úrad sa preto zaoberal aj posúdením, či uvedené konanie mohlo mať vplyv (hoci aj potenciálny a nepriamy) na obchod medzi členskými štátmi a dospel k záveru, že ide o konanie spadajúce pod pôsobnosť čl. 81 ZES. Keďže účastníci konania namietali voči tomuto záveru, Rada úradu preskúmala postup prvostupňového orgánu a dospela k nasledovnému:

Na verejnej súťaži D1 Mengusovce Jánovce 0,00 – 8,00 km sa mohli zúčastniť všetky podnikateľské subjekty, ktoré mali takýto záujem. Predbežné oznámenie predmetnej verejnej súťaže bolo zverejnené vo vestníku Verejného obstarávania dňa 08.04.2004 a dňa 11.05.2004 tu bola súťaž oficiálne vyhlásená. Súťaž bola zároveň dňa 12.05.2004 oznámená aj v českom Vestníku verejného obstarávania. Rada úradu zistila, že prvostupňový orgán uviedol nesprávnu informáciu, že bola vyhlásená aj v obdobnom vestníku Európskej únie.

Uvedené však nič nemení na skutočnosti, že súťaže sa bez obmedzenia mohli zúčastniť aj stavebné firmy zo zahraničia, čo nakoniec dokazuje aj štruktúra účastníkov súťaže – jeden účastník so sídlom v Portugalsku, dvaja ďalší z Českej republiky.

Skutočnosť, že v tomto prípade išlo o verejnú súťaž, ktorá nebola uzavretá len pre stavebné firmy so sídlom v Slovenskej republike, ale mohli sa jej zúčastniť aj zahraničné subjekty, je rozhodujúca pre určenie, že konanie účastníkov v takejto verejnej súťaži môže mať dopad na obchod medzi členskými štátmi.

Okrem uvedeného tiež podľa Oznámenia Komisie (Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty) č. 2004/C 101/07 sú tie dohody obmedzujúce súťaž, ktoré sa klasifikujú ako ťažké kartely (t.j. najmä cenové dohody, rozdelenie trhu, kolúzia vo verejnom obstaraní) spôsobilé ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi už svojou povahou. To znamená, že aj charakter protisúťažného konania v tomto prípade indikuje, že dané konanie spadá do rámca čl. 81 ZES.

V prípadoch takýchto dohôd pritom nie je rozhodujúce, či zahŕňajú viacero členských štátov alebo len teritórium jedného členského štátu. Skutočnosť, že pre

možnosť ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi je postačujúce, ak ide len o teritórium jedného štátu bola potvrdená Súdom prvej inštancie vo viacerých rozhodnutiach¹.

Významnou pre zistenie možnosti ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi je v tomto prípade aj skutočnosť, že účastníkmi dohody obmedzujúcej súťaž boli prevažne významné a silné spoločnosti, ktoré sa pravidelne zúčastňujú obdobných verejných súťaží. Skutočnosť, že v tomto prípade ide o spoločnosti, ktoré v sektore stavebníctva patria medzi najsilnejšie spoločnosti, je zrejmá z postavenia účastníkov dohody na popredných miestach v rebríčkoch stavebných firiem. Napríklad v rebríčku stavebných spoločností v SR zverejnenom v časopise Trend z 26.5.2006, sekcia stavebníctvo, sa štyria účastníci konania (resp. v prípade podnikateľov Strabag, a.s. a Skanska DS, a.s. ich dcérske spoločnosti a organizačné zložky) nachádzajú medzi prvými desiatimi top stavebnými firmami v SR (Doprastav, a.s. dokonca na prvom mieste a Inžinierske stavby, a.s. na druhom).

Dohody obmedzujúce hospodársku súťaž, ktoré spočívajú v cenovej dohode a kolúzii vo verejnom obstaraní, navyše uzavreté medzi významnými a silnými spoločnosťami majú potenciál ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi aj z toho dôvodu, že môžu spôsobiť uzavretie trhu do budúcnosti, t.j. takéto dohody môžu odrádzať ostatných potenciálnych záujemcov (vrátane záujemcov zo zahraničia) od účasti v obdobných verejných súťažiach.

Teda už samotný charakter predmetnej verejnej súťaže, ktorej sa mohli zúčastniť aj uchádzači zo zahraničia a tiež povaha posudzovaného protisúťažného správania (kolúzia vo verejnom obstaraní cenovou dohodou), ktorého sa zúčastnili významné a silné spoločnosti, vytvorila podľa názoru Rady úradu priestor pre možnosť ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi.

Podporne možno tiež uviesť, že v prípadoch posudzovania kolúzie vo verejnom obstaraní, najmä ak ide o sektory, v ktorých sa štandardne zúčastňujú verejných súťaží aj zahraničné subjekty (čo je aj prípad sektora výstavby diaľnic a rýchlostných komunikácií v SR), prax súťažných orgánov iných členských štátov svedčí v prospech aplikácie čl. 81 ZES na takéto dohody.²

V tejto súvislosti považuje Rada úradu námietky účastníkov konania, ktorí tvrdili, že súťaž je otvorená neobmedzenému počtu záujemcov, ktorým nemohli zabrániť v podaní lepšej ponuky a tak nemohlo dôjsť k obmedzeniu obchodu medzi členskými štátmi, za irelevantné. Akceptovanie tejto námietky a jej zdôvodnenia by znamenalo, že v prípade verejného obstarávania realizovaného formou obdobnej verejnej súťaže by nikdy nemohlo dôjsť k naplneniu kritéria na aplikáciu čl. 81 ZES, k ovplyvneniu obchodu medzi členskými štátmi. Ako je vyššie uvedené, práve skutočnosť, že súťaže sa mohli zúčastniť aj zahraničné spoločnosti, vytvára priestor na ovplyvnenie obchodu medzi členskými štátmi.

¹ T- 66/89 Publishers association v Commission, par. 57, v ktorom sa odvolával súd na prípad 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission, Belasco v Commission (1989) ECR 2117.

² Napríklad rozhodnutie francúzskeho Conseil de la Concurrence č. 05-D-38 z 05.07.2005, ktorý sa týkal tendrov v oblasti verejnej dopravy, kde francúzsky súťažný orgán aplikoval čl. 81 ZES.

Podnikateľ Doprastav, a.s. vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že by posudzované konanie bolo spôsobilé ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi ES. Argumentoval, že tento záver Rady úradu nie je podložený žiadnym relevantným argumentom. Neuvedol však žiadny konkrétny argument vyvracajúci závery úradu ani Rady úradu uvedené vo výzve pred vydaním rozhodnutia. Rada úradu zotrváva na svojich záveroch uvedených v predchádzajúcom texte.

Podnikateľ Doprastav, a.s. k tejto časti rozhodnutia tiež namietal, že úrad neskúmal, koľkí podnikatelia si vyzdvihli súťažné podklady. Rada úradu v tomto smere doplnila dokazovanie formou dožiadania Národnej diaľničnej spoločnosti, a.s.. Z odpovede zaslanej listom č. 1841/2006 (spis II. stupeň, č. 12, príloha 1) vyplýva, že súťažné podklady si vyzdvihlo celkom 29 podnikateľov (vrátane účastníkov tohto správneho konania). Rada úradu následne oslovila vzorku vybraných deviatich uchádzačov, ktorí podľa údajov Top Trend patria v kategórii stavebných firiem v SR medzi najväčších výrobcov, so žiadosťou o objasnenie dôvodu nepodania súťažnej ponuky v predmetnej verejnej súťaži. Oslovení podnikatelia konštatovali, že išlo o zákazku, ktorej kritériá vymedzené v súťažných podkladoch boli nad ich možnosti.

Podľa názoru Rady úradu však vyzdvihnutie súťažných podkladov viacerými podnikateľmi a nepodanie súťažnej ponuky nesúvisí so zhodnotením, či v danom prípade existuje potenciál ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi. Súvisí však so zhodnotením samotného protiprávneho konania. K uvedeným odpovediam oslovených podnikateľov sa preto Rada úradu vyjadruje v ďalšej časti tohto rozhodnutia (Protiprávne konanie).

Procesne postupoval prvostupňový orgán podľa názoru Rady úradu taktiež správne keď konal podľa zákona, nakoľko správne konanie začalo dňa 17.02.2005. Aj v prípade, ak úrad aplikuje čl. 81 ZES, v súlade s § 2 ods. 3 zákona postupuje procesne podľa zákona.

Relevantný trh

Prvostupňový orgán vymedzil tovarový relevantný trh ako trh dodávok stavebných prác na realizáciu stavby „Diaľnica D1 Mengusovce – Jánovce, úsek km 0,00 – 8,00“, pričom vychádzal z príslušných ustanovení § 3 zákona. V prípade geografického relevantného trhu úrad dospel k záveru, že nie je potrebné samostatne túto dimenziu trhu určovať, keďže v tomto prípade je možné priamo vymedziť okruh konkurenčných subjektov.

Na úrovni komunitárneho práva vychádzajú kritériá na definovanie relevantného trhu z existujúcej judikatúry Európskeho súdneho dvora a Súdu prvej inštancie, ako aj z Oznámenia Komisie (Commission Notice on the definition of relevant market) OJ C 372 z 9.12.1997. Kritériá na definovanie relevantného trhu sa tu zhodujú s kritériami podľa § 3 zákona.

Rada úradu sa stotožňuje s definovaním relevantného trhu tak, ako ho určil prvostupňový orgán a zastáva názor, že v tomto prípade je relevantný trh daný samotným predmetom zákazky, t.j. skutočnosťou, že išlo o verejnú súťaž vyhlásenú na určitý úsek diaľnice. To znamená, že k súbehu ponuky a dopytu došlo v rámci

konkrétnej vyhlásenej verejnej súťaže, preto je nevyhnutné, aby aj vymedzenie relevantného trhu korešpondovalo tomuto zadaniu.

K námietkam účastníkov konania, ktorí navrhovali širšie definovanie relevantného trhu Rada úradu uvádza nasledovné:

Relevantný trh predstavuje časový a priestorový súbeh dopytu a ponuky tovarov, resp. služieb, ktoré sú navzájom zastupiteľné. Ako je už vyššie uvedené, v tomto prípade existoval konkrétny dopyt zo strany obstarávateľa, špecifikovaný v súťažných podkladoch, po vykonaní určitých stavebných prác na určitom konkrétnom úseku diaľnice. Takisto ponuka jednotlivých uchádzačov je jednoznačná – vykonanie stavebných prác podľa súťažných podkladov. Pre obe strany preto nie sú zastupiteľné akékoľvek iné stavebné činnosti, ktoré s predmetným tendrom nesúvisia. Z tohto dôvodu je relevantný trh v tomto správnom konaní vymedzený samotnou verejnou súťažou.

Rada úradu však zastáva názor, že ani iná definícia relevantného trhu by v tomto prípade neviedla k inému posúdeniu konania podnikateľov. Dohody obmedzujúce súťaž, ktoré sa pokladajú za tzv. cieľové dohody (medzi ktoré patrí aj dohoda o cenách a kolúzia vo verejnom obstaraní) predstavujú obmedzenie hospodárskej súťaže už svojou povahou. V prípade takýchto dohôd nie je nutné skúmať ich dopady alebo škodlivé následky na trh, často sú to dokonca dohody, ktoré sa v praxi nezrealizujú, napriek tomu sa však považujú za obmedzujúce hospodársku súťaž a za zakázané. Užšia alebo širšia definícia relevantného trhu neznamena iný prístup k posúdeniu takýchto dohôd.

V tomto prípade je irelevantné, či je relevantný trh zadefinovaný tak, ako ho správne zadefinoval úrad alebo ako to navrhujú účastníci konania. Ani prípadné nižšie trhové podiely účastníkov dohody na široko zadefinovanom relevantnom trhu by ich nezbavili zodpovednosti za protiprávne konanie, keďže v danom prípade nemožno aplikovať inštitút de minimis, pretože to vylučuje priamo § 6 ods. 1 písm. a) zákona.

Podporne možno uviesť, že v prípadoch cieľových dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž nie je dokonca nevyhnutné vôbec relevantný trh definovať.³

Právny zástupca podnikateľa Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s. uviedol na podporu širšej definície tovarového relevantného trhu viacero rozhodnutí Európskej komisie. Všetky podnikateľmi uvádzané rozhodnutia však vydala Komisia vo veci posúdenia koncentrácií. Rada úradu konštatuje, že pre posudzovanie koncentrácie je pritom nevyhnutné definovať presne relevantné trhy, na ktorých účastníci koncentrácie pôsobia, najmä v prípadoch, ak sa ich aktivity na určitých trhoch môžu prekrývať a uskutočnením koncentrácie by tu mohlo dôjsť k súťažným problémom. Nie je teda možné porovnávať definovanie relevantného trhu pre účely posúdenia koncentrácií a pre účely iného inštitútu, a to posudzovania, či určité konanie je dohodou obmedzujúcou hospodársku súťaž.

³ Obdobný záver vyslovil aj Súd prvej inštancie vo viacerých rozhodnutiach, napr. T – 29/92 SPO v Commission (1995) ECR II-289, par. 75, Volkswagen AG v Commission (2000) ECR II – 2707T 213/00 CMA CGM v Commission, 19.3.2003, bod 206

Na základe uvedeného sa Rada úradu stotožňuje s vymedzením, ako aj odôvodnením relevantného trhu tak, ako je vymedzený v prvostupňovom rozhodnutí.

Protiprávne konanie

A. Popis prípadu

Verejná súťaž na výstavbu diaľničného úseku Mengusovce – Jánovce km 0,00 – 8,00 bola vyhlásená vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11.05.2004 (predbežné oznámenie dňa 08.04.2004), spolu so súťažou na úsek Mengusovce - Jánovce km 8,00 – 25,85. Od tohto dňa boli podnikatelia v zmysle zákona o verejnom obstarávaní oprávnení zakúpiť si súťažné podklady s tým, že súťažné ponuky mohli podať do 30.06.2004.

Rada úradu z odpovede na dožiadanie adresované na Národnú diaľničnú spoločnosť, a.s. (ďalej len „NDS“) ako obstarávateľa v predmetnej verejnej súťaži zistila, že súťažné podklady z predmetnej verejnej súťaže si vyzdvihlo celkom 29 uchádzačov. Súťažnú ponuku však podali k dátumu 30.06.2004 len 3 uchádzači, a to ako správne konštatoval prvostupňový orgán, Združenie Mengusovce 1 (tvorené spoločnosťami Strabag, a.s., Doprastav, a.s. a Betamont, s r.o.), Konzorcium JV – IS-Skanska (tvorené podnikateľmi Skanska DS, a.s., Skanska BS, a.s. a Inžinierske stavby, a.s.) a podnikateľ Mota Engil.

Ako je už vyššie uvedené, z odpovedí na žiadosti o informácie od subjektov, ktorí si vyzdvihli súťažné podklady (spis II. stupeň, spis. č. 21 -29) Rada úradu zistila, že sa rozhodli nepodať súťažnú ponuku prevažne z dôvodu nedostatočných kapacít na splnenie kritérií, ktoré boli špecifikované v súťažných podkladoch (t.j. najmä komplexnosť dodávky, skúsenosti s podobnými prácami v určitom rozsahu), resp. niektorí z nich si vyzdvihli súťažné podklady iba z dôvodu preskúmania situácie a získania prehľadu na úseku výstavby diaľnic v Slovenskej republike, keďže zvažujú účasť v tendroch pre budúcnosť.

Prvostupňový orgán založil svoj záver, že uchádzači, ktorí podali súťažné ponuky, spolupracovali v rámci verejného obstarávania zákonom zakázaným spôsobom a uzavreli medzi sebou dohodu obsahujúcu priame určenie cien, najmä na analýze súťažných ponúk jednotlivých uchádzačov.

Porovnanie jednotkových cien jednotlivých súťažných ponúk vykazovalo podľa názoru úradu mimoriadne konštantné číselné údaje (indexy), čo úrad v rozhodnutí doložil parciálnou časťou porovnania týchto jednotkových cien.

Úrad dospel k záveru, že podobnosť jednotkových cien nemôže byť výsledkom nezávislého samostatného správania sa na trhu, ale je nevyhnutným výsledkom dohody účastníkov správneho konania.

Úrad zároveň dožiadal NDS o vyjadrenie k predmetnej analýze. V odpovedi na žiadosť úradu NDS uviedla, že výsledok porovnania týchto cien je neobvyklý a že v minulosti sa takýto výsledok nevyskytol. Taktiež expertný posudok, ktorý dal úrad v tejto súvislosti vypracovať, potvrdzoval závery, že v danom prípade museli nastať umelé zásahy do cenotvorby. Takisto úrad porovnal vzájomné pomery jednotkových

cien v predmetnej verejnej súťaži (ďalej len „indexy“) s obdobnými indexami vo verejnej súťaži na úsek Mengusovce – Jánovce 8-25,85 km, z čoho nevyplynuli konštantné podiely jednotkových cien, ako v prípade posudzovaného úseku.

Svoj záver tiež úrad oprel o konštatovanie o porovnaní predmetnej verejnej súťaže s analýzou jednotkových cien podaných v rámci ďalších verejných súťaží na výstavbu diaľnic. Z výsledkov porovnania úradu vyplynulo, že podobné, mimoriadne konštantné indexy sa v rámci tendrov nevyskytovali.

B. Posúdenie konania a analýza námietok účastníkov konania

V prvom rade je potrebné vysporiadať sa s námietkou účastníkov konania Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s., ktorí z hľadiska vymedzenia formy dohody obmedzujúcej súťaž namietali, že úrad neuviedol, či v danom prípade klasifikuje predmetné konanie ako dohodu alebo zosúladený postup podnikateľov.

Rada úradu konštatuje, že nie je štandardné ani nevyhnutné vo výroku rozhodnutia špecifikovať, o aký druh dohody obmedzujúcej súťaž ide. Podľa § 4 ods. 1 zákona je pre dohodu, zosúladený postup, ako aj rozhodnutie združenia podnikateľov zavedený jednotný názov dohoda obmedzujúca súťaž. Špecifikácia vo výroku rozhodnutia, či v danom prípade ide o dohodu alebo zosúladený postup podnikateľov, prípadne oboje, nie je preto rozhodujúca, absencia takéhoto vymedzenia nemá za následok nepreskúmateľnosť rozhodnutia.

V európskej súťažnej teórii aj praxi sa všeobecne akceptuje, že medzi dohodou podnikateľov a zosúladeným postupom podnikateľov sú len veľmi slabé hranice, ktoré sa často prelínajú a nie je možné striktne určiť, či v danom prípade ide o dohodu alebo zosúladený postup podnikateľov. Aj rozhodovacia prax Európskej komisie, Súdu prvej inštancie a Európskeho súdneho dvora túto skutočnosť potvrdzujú, keď vo viacerých prípadoch používajú výraz dohoda a/alebo zosúladený postup podnikateľov.⁴

V tomto prípade však Rada úradu zastáva názor, že išlo o dohodu obmedzujúcu súťaž vo forme dohody podnikateľov.

Tento záver je daný samotným charakterom konania účastníkov dohody obmedzujúcej súťaž. Predmetom tejto dohody boli ponukové ceny v konkrétnom tendri na výstavbu diaľnice. Dohoda týkajúca sa cenových ponúk v danom tendri je preukázaná (ako je uvedené nižšie) primárne prostredníctvom ekonomickej analýzy – porovnaním jednotkových cien jednotlivých cenových ponúk. Toto porovnanie pritom vykazuje vysokú mieru konštantnosti jednotlivých ponúk, pričom takáto zhoda musí byť výsledkom predchádzajúcej dohody, nie je možné k nej dospieť len zosúladením postupu jednotlivých podnikateľov, na základe ich vedomostí o správaní sa konkurentov na trhu (čo sú typické znaky zosúladeného postupu).

Pokiaľ ide o samotné vecné posúdenie konania podnikateľov v predmetnej verejnej súťaži, Rada úradu sa stotožňuje so závermi prvostupňového orgánu, že

⁴ Rozhodnutie EK v prípade PVC, OJ (1994), L 239/14, Rozhodnutie Európskeho súdneho dvora v prípade C – 49/92 Commission v Anic (1999), rozhodnutie Súdu prvej inštancie T- 305/94 etc. NV Limburgse Vinyl Maatshappij v Commission (1999)

v danom prípade ide o dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž podľa čl. 81 ZES a podľa § 4 ods. 3 písm. a) a f) zákona. Rada úradu sa stotožňuje tiež s odôvodnením, že rozhodujúcou skutočnosťou preukazujúcou tento záver je správanie sa podnikateľov na trhu, konkrétne mimoriadna a výrazná zhoda cenových ponúk jednotlivých uchádzačov, ktorá nie je objektívne vysvetliteľná inak, ako dôsledok uzavretia dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

V súvislosti s námietkami účastníkov konania Rada úradu opätovne preskúmala a porovnála súťažné ponuky jednotlivých uchádzačov v predmetnej verejnej súťaži.

Úrad v rozhodnutí použil len parciálnu časť analýzy (porovnanie jednotkových cien časti cenovej ponuky Zvislé konštrukcie), z ktorej vyplývala absolútna zhoda indexov (podielov jednotkových cien jednotlivých položiek zo súťažných ponúk). Podľa názoru Rady úradu je námietka účastníkov, ktorá smeruje k účelovému výberu práve tých položiek, kde sa objavuje táto absolútna zhoda, neopodstatnená.

Z analýzy porovnania jednotkových cien všetkých 880 položiek predmetnej súťaže (t.j. podielu minimálnej a maximálnej ceny každej položky a vzájomných podielov jednotkových cien všetkých účastníkov) vyplýva, že sa v rámci ocenenia vyskytujú určité skupiny položiek, ktoré majú úplne identické indexy, pričom indexy všetkých jednotkových cien vykazujú vzájomne len minimálne rozdiely (spis I. stupeň, spisový obal 1, spis.č. 4/1 a spis II. stupeň, spis č. 76).

Stanovisko NDS

Záver, že ide o neobvyklú podobnosť potvrdila, ako uviedol aj prvostupňový orgán, NDS ako obstarávateľ, ktorý štandardne a dlhodobo vykonáva obstaranie obdobného druhu prác vo svojom stanovisku, ako aj expert v posudku vypracovanom na základe žiadosti úradu.

Stanovisko NDS spochybnil podnikateľ Inžinierske stavby, a.s., t.j. že ho možno považovať len za predbežné a nezáväzné stanovisko, nakoľko podľa jej vyjadrenia sa NDS nezaoberala do hĺbky analýzou cenových ponúk.

Rada úradu pokladá uvedenú námietku za zavádzajúcu. NDS v stanovisku (list č. 216/2005, spis 3/13) jednoznačne uviedla, že: *„Paralelne sa začalo cenové porovnanie predložených ponúk, menovite databáz jednotkových cien stavebných prác. Výsledok porovnania bol neobvyklý. V minulosti sa takýto výsledok porovnania jednotkových cien vo verejnej súťaži v našej organizácii nevyskytol...Nakoľko súťaž bola zrušená, nepokračovala ďalej ani analýza cenových ponúk. Z tohto dôvodu neboli z našej strany požiadani jednotliví uchádzači (vedúci jednotlivých združení) o vysvetlenie ponukových cien na zhotovenie stavby, čo inak bežne robíme.“*

Z uvedeného vyplýva, že NDS sa k cenovému porovnaniu ponúk vyjadrila jednoznačne, že ide o neobvyklý výsledok, s ktorým sa v praxi nestretla. Hlbšia analýza cenových ponúk (resp. jej absencia) bola v predmetnom stanovisku uvedená nie v tejto súvislosti, ale v spojení s vysvetlením, prečo už ďalej NDS neuplatňovala inak štandardný postup (žiadosť uchádzačov o vysvetlenie a pod.).

V tejto súvislosti bol v rámci doplnenia dokazovania vykonaný výsluch svedka Ing. M. Tekelovej, vedúcej cenového odboru NDS a členky súťažnej komisie v predmetnej verejnej súťaži. Na otázku, aké sú obvykle pri porovnávaní jednotkových cien jednotlivých uchádzačov výsledky, či sú si indexy týchto cien podobné, svedkyňa uviedla, že naopak, medzi ponukami sú veľké rozdiely. Zároveň skonštatovala, že sektor výstavby diaľnic nie je v tomto ohľade špecifický oproti iným sektorom, sú v ňom zahrnuté tie isté položky ako pri iných stavbách, rozdiel je len v množstve použitého materiálu/prác a v použití mechanizmov podľa typu stavby.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. napadol vyjadrenie NDS z pohľadu, že ide o osobu, o ktorej nestrannosti a nezáujatosti možno mať pochybnosť pre jej pomer k prejednávanej veci.

Rada úradu konštatuje, že nestrannosť a nezáujatosť je podľa § 9 a nasl. správneho poriadku nevyhnutná v prípade orgánu, ktorý rozhoduje. Naviac Rada úradu nepovažuje NDS za osobu, ktorá má pomer k prejednávanej veci. Prejednávanou vecou v tomto konaní je dohoda obmedzujúca hospodársku súťaž, na ktorej NDS nebola a ani nemohla byť nijakým spôsobom účastná ako strana tejto dohody. Ak by sme pripustili takýto výklad účastníka konania, potom ani účastníci konania, ktorí majú jednoznačne pomer k veci, by nemohli predkladať svoje vyjadrenia k veci, nakoľko možno pochybovať o ich nestrannosti a nezáujatosti. Takéto tvrdenie preto treba jednoznačne odmietnuť.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. ďalej uviedol, že cit.: „...je neprípustné aby NDS podávala stanovisko (odborné posúdenie) v danom konaní, keďže postavenie svedka a znalca (odborníka) je nezlučiteľné. Na základe vyššie uvedeného, najmä pre pochybnosti o nepredpojatosti NDS pre jej pomer k prejednávanej veci a prípadne k účastníkom, Rada nemôže opierať svoje závery o Stanovisko (k možnosti ovplyvnenia softwaru a iným posudzovaným otázkam) a ani o iné stanoviská alebo vyjadrenia NDS k otázkam vyžadujúcim nezávislé a objektívne odborné posúdenie, ale len o svedecké výpovede jej zamestnancov.“

Podnikateľ Inžinierske stavby a.s. v tejto súvislosti uviedol, že sa úrad nezaoberal otázkou postavenia Slovenskej správy ciest (teraz Národná diaľničná spoločnosť), t.j., či sa stanovisko považuje za svedeckú výpoveď alebo za iný dôkazný prostriedok.

Vyššie citované stanovisko NDS v nijakom prípade nemožno považovať za svedeckú výpoveď, nakoľko ide o písomné vyjadrenie subjektu, ktorý nie je fyzickou osobou. Uvedené stanovisko je považované za dôkaz vo forme listinného dôkazu. NDS je podľa názoru Rady úradu jediným kompetentným subjektom na vyjadrenie sa k otázkam súvisiacim s priebehom predmetnej verejnej súťaže a preto jej vyjadrenie považuje Rada úradu za dôležité.

Zároveň podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vzniesol vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia námietku aj voči tomu, že Radou úradu boli vypočutí zamestnanci NDS pani Jana Zatloukalová, pán Milan Gajdoš a pani Miriam Tekelová, z dôvodu, že títo, podľa jeho názoru, nemali potrebné splnomocnenie hovoriť v mene NDS. Otázky, ktoré boli adresované týmto svedkom, mali byť podľa účastníka konania adresované priamo NDS a NDS mala na ne odpovedať ústne

prostredníctvom štatutárnych zástupcov alebo riadne splnomocnených zamestnancov.

Ako svedok môže byť vypočutá ktorákoľvek fyzická osoba. Svedok vypovedá o skutočnostiach majúcich vzťah k prejednávanej veci, ktoré spravidla poznal vlastnými zmyslami, alebo o ktorých sa dozvedel aj iným spôsobom, napr. počul o nich. Rada úradu predvolala ako svedkov zamestnancov NDS, u ktorých vzhľadom na ich pracovné zaradenie, v rámci ktorého sa zaoberali aj konkrétne predmetnou verejnou súťažou (ako členovia súťažnej komisie) predpokladala, že sa budú vedieť k veci vyjadriť. Fyzická osoba, ktorá je predvolaná pred správny orgán, aby vypovedala ako svedok, nepotrebuje pre tento účel splnomocnenie štatutárneho orgánu zamestnávateľa u ktorého je v pracovnom pomere. Vyjadrenia vyššie uvedených svedkov nepovažuje Rada úradu za vyjadrenia NDS, ale za vyjadrenia týchto konkrétnych fyzických osôb a považuje ich za dôkaz vo forme svedeckej výpovede.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vzniesol námietku, že podľa jeho názoru boli kladené svedkom otázky, ktoré nemôžu byť predmetom svedeckej výpovede. Podľa jeho názoru analýza princípu fungovania softwaru, ktorý bol použitý v predmetnej verejnej súťaži a ktorý opisuje svedkyňa Tekelová, nemôže byť predmetom svedeckej výpovede, nakoľko ide o objektívnu skutočnosť, ktorá sa má zisťovať dôkaznými prostriedkami, ktoré sú určené na preukazovanie objektívnych skutočností, ako sú obhliadka a znalecký posudok. Rada úradu tiež podľa jeho názoru postupovala nesprávne, keď vyzvala svedkov, aby sa vyjadrili ku konštatovaniu zo strany účastníkov konania, čo je neprípustné keďže hodnotenie dôkazov prislúcha jedine správnomu orgánu a nie svedkom.

Rada úradu vo vzťahu k námietke podnikateľa Skanska DS, a.s. uvádza, že otázky, ktoré boli svedkom kladené, sa týkali výlučne pracovnej náplne vyslúchaných svedkov, t.j. skutočností ku ktorým sa títo vedia vyjadriť. Keďže NDS zasiela účastníkom verejných súťaží príslušný software, bolo na mieste sa spýtať zamestnanca, ktorý s týmto softwarom prišiel do kontaktu v predmetnej verejnej súťaži, aby sa vyjadril, aký je obsah tohto softwaru a v akej podobe bol zaslaný účastníkom verejnej súťaže. Rada úradu nepovažuje za hospodárne ani potrebné ustanovovať na takúto záležitosť znalca, ktorý ani nemusí pracovať s daným konkrétnym softwarom, o ktorý v tomto prípade išlo. Pokiaľ ide o druhú namietanú otázku, Rada úradu konštatuje, že svedkovia nehodnotili dôkazy. Otázka č. 7 znela nasledovne cit.: „Vyjadrite sa ku konštatovaniu zo strany účastníkov konania, že v predmetnej verejnej súťaži bol prvýkrát použitý nový spôsob popisu položiek. V čom spočívali rozdiely oproti predchádzajúcim tendrom?“

V odpovedi na danú otázku svedkyňa Tekelová uviedla, že NDS sa snažila o určitý dohľad nad popismi agregovaných položiek, nakoľko sa stávalo, že projektanti agregovali práce, ktoré nie sú kumulovateľné a nebolo ich možné fakturovať. Na základe týchto skúseností spracovala NDS akúsi „pomôcku“, ktorú zverejnila na internete a bola pre projektantov bežne dostupná, kde boli práce, ktorú spolu súvisia zhrnuté do logických balíkov, pričom projektant mohol pri tvorbe konkrétneho projektu kumulovať do agregátu len práce (podpoložky) z takéhoto logického balíka. Bola to pomôcka pre zjednodušenie práce ako NDS, tak

projektantov. Tieto zmeny sa však neprejavili v samotnom popise položiek v softvéri v tom zmysle, že by nimi mohol byť uchádzač nejakým spôsobom ovplyvnený.

Rada úradu je pre náležité zistenie skutkového stavu oprávnená a aj povinná overovať tvrdenia účastníkov konania aj z iných zdrojov ako tomu bolo v tomto prípade.

Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia podnikateľ Skanska DS, a.s. poukázal na rozpornosť výpovede svedkyne Ing. Jany Zatloukalovej s písomným stanoviskom NDS zo dňa 12. mája 2005. Podľa jeho názoru rozpor spočíval v tom, že svedkyňa v zápisnici z výsluchu zo dňa 14. júla 2006 uviedla, že sa ponuky neporovnávali, pretože na to nebol dôvod, keďže sa rozhodlo, že sa súťaž zruší a zo stanoviska NDS vyplynulo, že paralelne s rokovaním komisie o spôsobe zrušenia súťaže prebiehalo cenové porovnanie databáz jednotkových cien stavebných prác.

Svedkyňa Ing. Zatloukalová konkrétne v zápisnici z výsluchu zo dňa 14. júla 2006 uviedla cit.: „...Nebol dôvod porovnávať, lebo sa povedalo, že súťaž sa musí zrušiť, takže nebol dôvod. Možno sa s tým niekto zaoberal, nejaký člen komisie, neviem, ale určite komisia sa s tým nezaoberala, pretože sa povedalo, že sa súťaž ide rušiť.“ Z uvedeného vyplýva, že svedkyňa jednoznačne nevylúčila, že k porovnaniu došlo.

Pokiaľ ide o stanovisko NDS uvádzané účastníkom konania, Rada úradu konštatuje, že stanovisko s takýmto dátumom jej nie je známe a nie je obsiahnuté v spisovom materiáli. NDS v už spomenutom stanovisku z 15.04.2005 potvrdila, že cit.: „...paralelne sa začalo porovnanie cenových ponúk...“

Znalecký posudok

Pokiaľ ide o znalecký posudok, Rada úradu sa stotožňuje s námietkou podnikateľa Mota Engil, že predmetný posudok nemožno považovať za znalecký, keďže ustanovenie znalca neprebiehala zákonom ustanoveným postupom.

Na predmetný posudok sa však možno odvolať ako na stanovisko, resp. vyjadrenie experta v príslušnom odvetví. Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. namietal, že Ing. Juraj Nagy nie je znalcom vo význame § 36 správneho poriadku a jeho posudok nemôže byť preto podporným stanoviskom experta, pretože nemá legálnu odbornú spôsobilosť v tejto oblasti. Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. namietal, že sa Rada úradu vo výzve pred vydaním rozhodnutia nevysporiadala s námietkami, ktoré táto spoločnosť vzniesla k obsahu posudku Ing. Nagya. Svoje vyjadrenia k obsahu posudku považuje za veľmi dôležité skutočnosti, na základe ktorých je potrebné skonštatovať, že posudok nemá žiadnu výpovednú hodnotu.

Nekompetentnosť znalca na vyhotovenie posudku v príslušnom odbore, ktorú namietajú účastníci konania je neopodstatnená, keďže predmetný znalec je akreditovaný ako znalec v odbore stavebníctvo, odvetvie pozemné stavby, oceňovanie nehnuteľností, oceňovanie stavebných prác. Predmetný znalec je teda oprávnený vydávať znalecké posudky, aj pokiaľ ide o oceňovanie stavebných prác. Navyše predmetný znalec je riaditeľom Ústavu súdneho znactva Stavebnej fakulty

STU v Bratislave, takže je zrejmé, že je si vedomý rozsahu stavebných činností, na ktoré je kompetentný podať znalecký posudok, resp. stanovisko.

Rada úradu po preskúmaní stanoviska Ing. Nagya dospela k tomu, že záver ku ktorému expert dospel, možno použiť na podporu argumentov úradu. Za predpokladu, že oceňovanie stavby prebieha ním popísaným spôsobom, jeho stanovisko je jednoznačné – k podobnosti ponúk muselo dôjsť na základe umelého zásahu do cenotvorby.

Vo vysvetlení, ktoré expert na základe žiadosti poskytol podnikateľovi Strabag, a.s. (ktoré tento podnikateľ ako aj podnikateľ Skanska DS, a.s. uvádzajú ako námietku) expert síce pripustil, že je možné použiť akýkoľvek iný typ cenových kalkulácií ako je popisovaný v ním vyhotovenom posudku a tiež uviedol, že nie je možné jednoznačne vylúčiť podobnosť ponúk, ale len za predpokladu, že sa na ich vypracovanie použijú rovnaké databázy (otázka znela na cenové databázy bežne používané na trhu) a oslovia sa identickí podzhotovitelia.

Z uvedeného vyplýva, že len za predpokladu použitia rovnakých cenových databáz a identických podzhotoviteľov cenová ponuka môže (nemožno to vylúčiť), ale tiež stále nemusí byť rovnaká. Ako je uvedené nižšie v tomto odôvodnení, tieto kritériá neboli v danom prípade naplnené (neboli oslovení identickí podzhotovitelia, porovnanie s inými súťažami ukázalo, že ani odporúčané cenníky nemôžu spôsobiť takú mieru zhody cien, ako v posudzovanom prípade).

V súvislosti s námietkou podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. týkajúcou sa príliš krátkeho resp. úzkeho rozsahu znaleckého posudku je potrebné konštatovať, že je vo výlučnej kompetencii každého autora, resp. znalca v akom rozsahu spracuje svoj výstup, za ktorý svojou autorizáciou a odbornou spôsobilosťou zodpovedá osobne, a to vo všeobecnosti, nielen v tomto konkrétnom prípade. Námietky vznesené podnikateľom vo vzťahu ku kalkulácii jednotlivých položiek kalkulačného vzorca a s tým, podľa neho súvisiacim predpokladaným postupom účastníkov konania nekorešpondujú s vyjadreniami ostatných účastníkov konania, ktoré sú súčasťou spisového materiálu. Navyše závery vyplývajúce zo vznesených námietok o predpokladanom štandardnom postupe záujemcov v rámci obdobných zákaziek nekorešpondujú s reálne predloženými ponukami pre druhý úsek 8,00 – 25,85 km diaľnice Mengusovce – Jánovce. Obdobné je možno konštatovať aj v súvislosti s ponukami podanými v rámci ďalších verejných súťaží, ktoré sú špecifikované ďalej v odôvodnení. Rada úradu v ďalšom texte reaguje na minimálny vplyv subdodávateľov na výslednú ponuku, ktorá by mala zohľadňovať individuálny výstup každého účastníka prijatý na základe autonómneho rozhodnutia. Rada úradu sa preto nestotožňuje s námietkami podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. vznesenými k expertnému posudku v rozklade a považuje ich za účelové a irelevantné.

Porovnanie s inými súťažami

Neobvyklá podobnosť jednotlivých súťažných ponúk vyplýva, ako uviedol aj prvostupňový orgán, aj z porovnania predmetnej verejnej súťaže a iných verejných súťaží na výstavbu diaľnic (či už nová súťaž na výstavbu toho istého úseku diaľnice, alebo verejné súťaže týkajúce sa výstavby iných úsekov diaľnice). V tomto smere Rada úradu predovšetkým konštatuje, že prvostupňový orgán pochybil, keď

neprecizoval v odôvodnení rozhodnutia, z ktorých verejných súťaží pri porovnaní vychádzal a uvedené porovnanie neobsahuje ani podkladový spisový materiál.

Vychádzajúc z podkladov obsiahnutých v spise (spis I. stupeň, spisový obal č. 1, spis č. 4/2) prvostupňový orgán takto vykonal analýzu a porovnanie jednotkových cien na výstavbu úseku diaľnice Mengusovce – Jánovce km 8,00 – 25,85, ktorá prebiehala paralelne s posudzovanou súťažou, ako aj porovnanie jednotkových cien s tzv. novou súťažou na výstavbu diaľnice Mengusovce – Jánovce, ktorá bola vyhlásená vo Vestníku verejného obstarávania dňa 07.10.2004.

Rada úradu v tomto smere doplnila dokazovanie a vykonala porovnanie indexov jednotkových cien posudzovanej súťaže s indexami jednotkových cien vybraných verejných súťaží v rokoch 2004 - 2006, ktorých sa zúčastnili aj účastníci tohto správneho konania. Konkrétne Rada úradu vykonala porovnanie jednotkových cien posudzovanej verejnej súťaže a nasledovných verejných súťaží:

1. Verejná súťaž na úsek R1 Rudno nad Hronom – Žarnovica; uchádzači Doprastav, a.s. a Inžinierske stavby, a.s.,
2. Verejná súťaž na úsek D1 Svinia – Prešov (západ); ako uchádzači aj Inžinierske stavby, a.s. a Skanska DS, a.s.,
3. Verejná súťaž na výstavbu D2 Bratislava, Lamačská cesta – Staré grunty, II. Etapa, Rázsochy; ako uchádzači aj Doprastav, a.s., Strabag, a.s. (org. zložka Bratislava), Skanska DS, a.s. (org. zložka Slovensko), Inžinierske stavby, a.s.,
4. Verejná súťaž na výstavbu D1 Ivachnová – Hybe, odbočovacie a pripájacie pruhy na odpočívadle Dechtáre; ako uchádzači aj Doprastav, a.s. a Inžinierske stavby, a.s.,
5. Verejná súťaž na výstavbu D3 Hričovské Podhradie – Kysucké Nové mesto, I. úsek Hričovské podhradie – Žilina (Strážov); ako uchádzači aj konzorcium Inžinierske stavby, a.s., Skanska DS a.s. a Skanska BS, a.s.; Mota Engil; konzorcium Doprastav, a.s., Strabag, a.s. a Váhostav, a.s.,
6. Verejná súťaž na výstavbu diaľnice Mengusovce – Jánovce km 0,00 -8,00 (rok 2006); ako uchádzači aj Inžinierske stavby, a.s., takisto Doprastav, a.s., Skanska DS, a.s., Skanska BS, a.s., Strabag, a.s. – každý z nich v konzorciu s ďalšími podnikateľmi.

Z výsledkov porovnania jednoznačne vyplýva, že posudzovaná verejná súťaž vykazuje oproti ostatným porovnaným verejným súťažiam neštandardnú zhodu indexov (podielov jednotkových cien jednotlivých uchádzačov). V žiadnej inej z porovnaných verejných súťažiach sa pritom takáto zhoda nevyskytla.

Kým v ostatných verejných súťažiach výsledok porovnania jednotkových cien jednotlivých uchádzačov priniesol rôznorodé odlišné indexy, ktoré sa len výnimočne opakujú, v predmetnej verejnej súťaži, ako je už vyššie uvedené, existuje medzi indexami výrazná zhoda. To platí nielen pokiaľ ide o verejné súťaže na iné úseky diaľnice, ale aj pokiaľ ide o súťaže, ktoré boli opätovne (2x) vyhlásené na ten istý úsek diaľnice Mengusovce – Jánovce. Výsledok analýzy vyššie uvedených verejných súťaží je obsiahnutý v spisovom materiáli, spis II. stupeň, spis. č. 77.

V tejto súvislosti podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. uviedol, že Rada úradu vo výzve pred vydaním rozhodnutia pripustila, že „rôzne indexy sa opakujú“ a teda Rada úradu identifikovala prípady, kde existuje podobnosť indexov.

Rada úradu, ako je uvedené vyššie, nezistila takú rozsiahlu a mimoriadnu konštantnosť indexov ako v tomto prípade v inej verejnej súťaži. Ak sa aj vyskytla nejaká zhoda indexov, išlo skôr o výnimku, a to v takom malom rozsahu, ktorý je neporovnateľný s predmetnou súťažou.

Účastníci konania vzniesli v rozkladoch, ako aj vo vyjadreniach k výzve pred vydaním rozhodnutia námietky ohľadom nemožnosti porovnávať predmetnú súťaž s inými verejnými súťažami, nakoľko tieto neboli predmetom správneho konania a tiež nakoľko podmienky každej súťaže sú špecifické.

Podnikateľ Doprastav, a.s. ďalej namietal voči spôsobu, akým bolo doplnené dokazovanie v rámci druhostupňového konania. Namietal, že doplnenie dokazovania sa týkalo aj konania subjektov, ktorí neboli účastníkmi konania a ich pribratie za účastníkov konania vo fáze druhostupňového konania nebolo možné. Rada úradu sa podľa jeho názoru v druhostupňovom konaní protiprávne mimo predmetu konania zaoberala skutočnosťami týkajúcimi sa právom chránených záujmov účastníkov konania a aj ďalších subjektov, ktorým bolo upreté postavenie účastníka konania. Pokiaľ Rada úradu dospela k potrebe doplnenia dokazovania, mala vec vrátiť prvostupňovému orgánu, ktorý by mohol doplnenie vykonať až po prípadnom rozšírení predmetu konania (vecne aj z hľadiska účastníkov).

K uvedenému Rada úradu konštatuje, že podľa § 34 ods. 1 správneho poriadku je správny orgán oprávnený použiť všetky prostriedky, ktorými možno zistiť a objasniť skutočný stav veci a ktoré sú v súlade s právnymi predpismi. Rada úradu uvádza, že predmetom tohto správneho konania nebolo posudzovanie konania účastníkov konania ani iných subjektov v iných verejných súťažiach. Ponuky v iných verejných súťažiach Rada úradu obstarala len ako dôkaz na podporu záveru, že ponuka predložená v skúmanom tendri je protisúťažná a neštandardná z hľadiska vzťahov medzi cenami jednotlivých uchádzačov. O neštandardnosti vzťahov medzi predloženými ponukami sa zmienila vo svojej svedeckej výpovedi aj svedkyňa Ing. M. Tekeľová. Rada úradu si ponuky v iných súťažiach vyžiadala na opakované potvrdenie tohto záveru, keďže neštandardnosť ponúk predložených v tomto tendri je možné konštatovať len porovnaním s ponukami v iných tendroch. Rada úradu preto uvedenú námietku neakceptuje.

K druhej časti námietky, ohľadom špecifickosti každej verejnej súťaže, Rada úradu uvádza, že je zrejmé, že každá verejná súťaž má odlišné zadávacie podmienky a kritériá hodnotenia v zmysle súťažných podkladov. Za predpokladu, že účastníci použili rovnaký postup pri oceňovaní, ako v posudzovanej verejnej súťaži, čo je podľa ich tvrdení štandardný postup pri tvorbe ceny, podiely jednotlivých jednotkových cien by mali vykazovať takisto mimoriadne konštantné hodnoty, čo však nebolo preukázané. Navyše, minimálne pri ďalších dvoch verejných súťažiach na výstavbu diaľnice Mengusovce – Jánovce km 0,00 – 8,00 boli jednotlivé položky, ku ktorým mali byť účastníkmi priradené jednotkové ceny, totožné a taká zhoda indexov ako v posudzovanej verejnej súťaži, sa tu nevyskytla.

Všeobecne, ak účastníci konania tvrdia, že cenové ponuky pri výstavbe diaľnic sa štandardne nevypracúvajú prostredníctvom individuálnych kalkulácií, ale s využitím predovšetkým odporúčaných cenníkov, cien obvyklých v mieste stavby, podzhotoviteľov atď., pričom tieto faktory spôsobili podobnosť cien v rámci posudzovanej verejnej súťaže, potom by táto podobnosť musela vychádzať aj pri porovnaní jednotkových cien v iných verejných súťažiach. Avšak žiadna takáto podobnosť v prípade porovnaných verejných súťaží nebola zistená.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že Rada úradu nepredložila ich spoločnosti žiadnu písomnú analýzu, ktorá by jasne vysvetlila a preukázala, že indexy jednotlivých cien z cenových ponúk jednotlivých účastníkov súťaže sú mimoriadne a nezvyčajne konštantné.

Analýza úradu bola zameraná na porovnanie jednotkových cien cenovej ponuky, z ktorého vyplynula mimoriadna konštantnosť indexov (t.j. podielov minimálnej a maximálnej ceny každej položky a vzájomných podielov jednotkových cien všetkých účastníkov). Výsledok tejto analýzy t.j. mimoriadna konštantnosť indexov je sama o sebe dôkazom, ktorý nevyžaduje ďalšiu písomnú analýzu o mimoriadnej konštantnosti.

Na základe námietok účastníkov konania Rada úradu v ďalšom kroku preskúmala postup prvostupňového orgánu v tomto smere, či pre zhodu cenových ponúk v predmetnej verejnej súťaži môže existovať aj iné objektívne vysvetlenie. Rada úradu pritom vychádzala z vysvetlení podobnosti cenových ponúk, predkladaných účastníkmi konania.

Rovnaký softvér od obstarávateľa

Niektorí účastníci konania v prvom rade namietali, že podobnosť ponúk bola spôsobená použitím rovnakého softvéru požadovaného NDS.

K tejto námietke sa vyjadrila samotná NDS, že software obsiahnutý v zadávacích podmienkach v žiadnom prípade nemohol spôsobiť podobnosť ponúk jednotlivých uchádzačov.

Rada úradu si uvedené tvrdenie, vzhľadom na početné námietky účastníkov konania, opätovne overila. Svedkyňa M. Tekeľová vo svojej svedeckej výpovedi uviedla, že všetkým uchádzačom bol poskytnutý softvér, ktorý funguje na rovnakom princípe už cca 10 rokov a s jeho použitím nikdy nebol zo strany uchádzačov problém.

Svedkyňa predovšetkým potvrdila, čo bolo zrejmé už z prezretia predmetného softvéru, že daný softvér neobsahuje žiadne, ani odhadované jednotkové ceny jednotlivých položiek a v takejto podobe bez cien sa doručuje aj uchádzačom. Je teda zavádzajúca námietka zo strany niektorých účastníkov konania, ktorí tvrdili, že softvér obsahoval odhadované jednotkové ceny.

Predmetný softvér obsahuje tzv. súpis položiek – uchádzač môže v rámci tohto súpisu na vyznačené políčka len zaznačiť svoje jednotkové ceny jednotlivých agregovaných položiek. Následne softvér automaticky preráta tieto zaznačené

jednotkové ceny na požadované množstvá, ako aj na jednotlivé stavebné objekty, pričom do tohto automatického výpočtu už uchádzač nesmie vstupovať.

Účastníci konania tiež namietali, že podobnosť jednotkových cien bola spôsobená rovnakým zadáním, ktoré mali jednotliví uchádzači oceňovať (teda že mali k dispozícii rovnaké položky, ku ktorým mali priradiť jednotkové ceny a nemohli použiť variantné riešenia). Avšak aj v prípadoch iných verejných súťaží sa používa rovnaké zadanie, bez možnosti použiť variantné riešenie, pričom podľa vyjadrenia svedka k takémuto prípadu zhody indexov v minulosti nedošlo.

Z uvedeného vyplýva, že samotný softvér nemohol spôsobiť podobnosť ponúk jednotlivých uchádzačov. Aj v predchádzajúcich a nasledujúcich verejných súťažiach bol použitý rovnaký softvér, Rada úradu zistila (ako je podrobne popísané vyššie), že ponuky jednotlivých uchádzačov v týchto súťažiach nevykazovali zhodu ako v tomto prípade.

Identickí podzhotovitelia

Účastníci konania ako argument pre podobnosť cien, ktorý pripustil aj expert vo svojom stanovisku, uvádzajú, že môže byť spôsobená oslovením identických podzhotoviteľov. Rada úradu však zistila (z predložených vyplnených formulárov v rámci súťažných podkladov), že všetci traja uchádzači mali spoločného len jedného podzhotoviteľa, a to podnikateľa Východoslovenská energetika, a.s. Košice.

V ostatných prípadoch boli subdodávatelia nasledovní:

Združenie Mengusovce 1

- Slovenský plynárenský priemysel a.s. Bratislava - 0,3% podielu subdodávky na celkových nákladoch stavby,
- STI s.r.o. Krompachy – 5% podiel
- Strabag AG org. Zložka Praha – 5% podiel

Konzorcium JV IS-Skanska

- Stavby silnic a železníc a.s. – 3%
- ADOTEL – HEX s.r.o. – 2%
- PPA Inžiniering s.r.o. – 2%
- Skanska SK, s.r.o. – 0,5%

Mota Engil

- Dálniční stavby Praha a.s. – 7%
- Cestné stavby Žilina s.r.o. – 5%
- Chemkostav, a.s. – 5%

Navyše, aj zo zadania predmetnej verejnej súťaže, aj z vyššie uvedených percentuálnych podielov subdodávateľov na celej stavbe vyplýva, že ich podiely na prácach sú zanedbateľné a nemohli ovplyvniť predložené súťažné ponuky takým spôsobom, že by spôsobili takú výraznú zhodu jednotkových cien jednotlivých súťažných ponúk, ako v tomto prípade.

Námietku predloženú účastníkmi v tejto súvislosti teda považuje Rada úradu za zavádzajúcu.

Zaokrúhlenie na dve desatinné miesta

Účastníci konania tiež namietali, že podobnosť jednotkových cien je spôsobená skreslením, keďže úrad predmetné indexy zaokrúhlil na dve desatinné miesta.

V tejto súvislosti z vyššie uvedenej svedeckej výpovede vyplynulo, že ak NDS vykonáva obdobné porovnávanie jednotkových cien, štandardne porovnáva na dve desatinné miesta.

Rada úradu tiež konštatuje, že nie je pravdou, čo tvrdí účastník konania, že pri štyroch desatinných miestach sa podiely jednotkových cien jednotlivých uchádzačov odlišujú. Aj pri zaokrúhlení na štyri desatinné miesta sú rozdiely medzi jednotlivými indexami len nepatrné a nepredstavujú podľa názoru Rady úradu dôkaz, že cenové ponuky boli spracované jednotlivými uchádzačmi nezávisle.

Uvedené je zrejmé aj z prepočtu indexov jednotkových cien na štyri desatinné miesta. Porovnanie jednotkových cien všetkých položiek zo súťažných ponúk so zaokrúhlením na štyri desatinné miesta je obsiahnutý v spisovom materiáli, spis II. stupeň, spis.č. 76. Nemožno preto súhlasiť s vyjadrením podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. v jeho vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia, že Rada úradu logicky a jasne nevysvetlila, že nie sú žiadne významné zmeny v indexoch, ak sú čísla zaokrúhlené na štyri desatinné miesta, keďže podľa jeho názoru z porovnania je matematicky veľmi jasné a zreteľné, že neexistujú žiadne podobnosti alebo indexy čísiel, ktoré sú zaokrúhlené na štyri desatinné miesta.

Použitie odporúčaných cenníkov

Účastníci konania tiež namietali, že podobnosť jednotkových cien bola spôsobená tým, že používajú štandardne cenníky, ktoré sú verejne dostupné ako odporúčané cenníky v danej oblasti. Podnikateľ Strabag, a.s. vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia navyše tvrdil, že Rada úradu sa touto možnou príčinou podobnosti cenových ponúk nezaoberala.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. poukázal vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia na to, že cit.: „Rada úradu by mala rozlišovať medzi dokumentáciou k verejnej súťaži (ktorá bola účastníkom súťaže doručená v elektronickej forme) a softvérom (ako je CENKROS), ktorý tvorí štandardný základ pre výpočet jednotkovej ceny. Je pravdou, že súťažná dokumentácia neobsahuje vzorové jednotkové ceny, ale softvér, ako je CENKROS takéto vzorové ceny obsahuje- v praxi je ponuka v prvom rade pripravená najprv (napr.) v CENKROSE a výsledky sú potom prenesené do súťažnej dokumentácie (softvér) od SSC.“ Súčasne podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. predložil rozbor ceny základových dosiek zo železobetónu, ktorý podľa jeho názoru potvrdzuje, že softvér, ktorý bol použitý na prípravu ponúk v súťažiach už obsahuje „odhadované“ jednotkové ceny.

Rada úradu predovšetkým uvádza, že sa podrobne zaoberala námietkami jednotlivých účastníkov konania a vo výzve na vyjadrenie pred vydaním rozhodnutia uviedla svoje predbežné závery v súvislosti s alternatívnymi vysvetleniami podobnosti cenových ponúk (jedným z nich bolo aj použitie jedného zdroja – odporúčaného cenníka, pri tvorbe cenovej ponuky). Námietku podnikateľa Strabag, a.s. pokladá preto za neopodstatnenú.

Pokiaľ ide o použitie odporúčaných cenníkov, Rada úradu považuje námietky účastníkov konania za neopodstatnené a zavádzajúce, nakoľko vyjadrenia účastníkov konania v tomto smere tomu nenasvedčujú a sú nekonzistentné.

Spoločnosti Skanska DS, a.s. (aj Skanska BS, a.s.) a Inžinierske stavby, a.s., argumentovali odporúčanými cenníkmi, ako zdrojmi, ktoré sa všeobecne používajú pri tvorbe ceny vo verejných súťažiach. Nepredložili však konkrétny dôkaz, že konkrétne v posudzovanej verejnej súťaži použili pri tvorbe ceny výlučne odporúčaný cenník.

Spoločnosť Inžinierske stavby, a.s. sa vo svojom rozklade (v súvislosti s vyjadrením k porovnaniu cien s novou súťažou na ten istý úsek diaľnice) vyjadrila, cit.: „*A nakoniec spoločnosť ISK zdôrazňuje, že príprava ponuky do (akejkolvek) verejnej súťaže predsa nie je matematickou záležitosťou – existuje množstvo objektívnych a subjektívnych faktorov, ktoré ju ovplyvňujú, pričom tieto nie vždy súvisia s konkrétnymi podmienkami samotného projektu. Ponuka vždy závisí od zhodnotenia úrovne konkurencie v danom čase, momentálnej voľnej kapacity účastníka súťaže, jeho finančnej situácie, a na jeho odhade, aké by mohli byť ponuky ostatných účastníkov...*“ To znamená, že podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. sa neodvoláva na odporúčané cenníky, ako na jediný zdroj tvorby ponukovej ceny.

Podnikateľ Strabag, a.s. sa vo svojich podaniach vyjadroval, že cenová ponuka bola spracovaná v súčinnosti s ostatnými členmi združenia Mengusovce 1, v časti námietok proti spôsobu oceňovania stavieb, ktoré uviedol expert vo svojom posudku, podnikateľ Strabag, a.s. uviedol: „*Oveľa väčšiu váhu má porovnanie cien ponúknutých subdodávateľmi, cien z predchádzajúcich ponúk a informácie o cenách obvyklých v mieste stavby. K spracovaniu dielčích ponúk preto uchádzači oslovujú najrôznejšie firmy, často potom tieto subdodávateľské firmy odovzdajú rovnaké ponuky viacerým uchádzačom. Svoju úlohu zohrávajú aj najrôznejšie inžinierske firmy, ktoré v lehote určenej súťažou ponúkajú uchádzačom už spracované cenové ponuky. Subdodávatelia a inžinierske firmy najčastejšie používajú k spracovaniu ponúk cenovú databázu Cenkos, ktorú upravujú indexami alebo zľavami*“.

Takisto v ďalšom svojom vyjadrení podnikateľ Strabag, a.s. uviedol že, cit.: „*Po získaní čo najrozsiahlejšieho množstva informácií o jednotkových cenách sa zostaví rozpočet stavby. Následne sa určí výsledná cena ponuky a rozhodne sa o úpravách niektorých jednotkových cien. Software umožňuje zadanie indexov a výsledne ceny automaticky upraviť tak, aby výsledok zodpovedal stanovenej obchodnej cene. Tieto metódy, ktoré dnes predovšetkým v období súčasného spracovania niekoľkých ponúk využívajú prakticky všetci uchádzači, môžu viesť k podobnosti jednotkových cien ponúk bez toho, aby sa na tom uchádzači dohodli. Naše združenie touto metódou postupovali i pre časovú tieseň vyvolanú zmenou dodávateľa tunelu*“.

Podnikateľom uvádzaný postup pri tvorbe jeho ponukovej ceny by podľa názoru Rady úradu mohol viesť k podobnosti cenových ponúk jednotlivých účastníkov konania len vtedy, ak by ho bez modifikácie použili všetci účastníci. Z uvedených vyjadrení jednotlivých účastníkov konania však vyplýva, že pri tvorbe cenovej ponuky zohľadnili rôzne zdroje, nekopírovali odporúčané cenníky. Navyše,

podnikateľ Strabag, a.s. si vo svojich vyjadreniach odporuje, keď zároveň tvrdí, že v predmetnej verejnej súťaži bola väčšina jednotkových cien v rámci Združenia Mengusovce 1 spracovaná podnikateľom Doprastav, a.s., ktorý, ako je nižšie uvedené, vychádza pri tvorbe cenovej ponuky z rôznych zdrojov, nekopíruje odporúčaný cenník.

Podnikateľ Betamont, s.r.o. vo svojich podaniach na úrad použité odporúčaných cenníkov netvrdil.

Takisto podnikateľ Doprastav, a.s., argumentuje, že pri tvorbe ponukových cien vychádza jednak z vlastných cenových databáz, poznatkov, praktických skúseností z iných súťaží, ako aj z odporúčaných cenníkov. Obdobne sa vyjadrili aj kompetentní zamestnanci podnikateľa v rámci podania vysvetlenia v priebehu inšpekcie vykonanej v dňoch 23. a 24.5.2004 u predmetného podnikateľa. Konkrétne podľa vysvetlenia obsiahnutého v zápise, ktorý tvorí prílohu 1 k zápisnici z priebehu inšpekcie sa zamestnanci (Ing. Viktor Kariel, Ing. František Klepeto) vyjadrili, že podnikateľ má internú databázu pre tendre, ku ktorej má prístup obchodný riaditeľ a vedúci cenového odboru. Na otázku, či má podnikateľ východiskový cenník, z ktorého vychádza, je v zápise uvedené nasledovné: *„Cenníky – individuálny prístup ku každej stavbe pri tvorbe cien. Vychádzame aj z údajov z predošlých tendrov“*. Podobne aj zo zápisu z podania vysvetlenia Ing. Karola Hlaváča, ktorý bol v rozhodnom období obchodným riaditeľom podnikateľa Doprastav, a.s. (príloha 3 k zápisnici z priebehu inšpekcie) vyplýva, že: *„Ceny konkrétnych ponúk vychádzajú zo špecifik jednotlivých zadaní a požiadaviek investora. Používame všeobecne prístupné cenníky.“*

Z uvedených vyjadrení vyplýva, že podnikateľ Doprastav, a.s. štandardne vychádza pri tvorbe ponukovej ceny z viacerých zdrojov, nekopíruje odporúčané cenníky.

Podnikateľ Mota Engil v liste úradu č. 2181/2005 tvrdil, že postup pri príprave ceny bol nasledovný : *„...rozhodlo sa, že sa nebude vykonávať detailnejší popis trhu, podporený štúdiou o cenovej ponuke materiálov, ale pripraví sa rozsiahlejšia a zbežná kalkulácia založená na skúsenostiach spoločnosti z medzinárodných trhov, najmä v strednej Európe a na základe komerčných informácií získaných zo slovenského trhu...“*

Takisto v zápisnici z vyjadrenia účastníka konania (spis II. stupeň, spis.č. 39) podnikateľ Mota Engil na otázku odkiaľ čerpal podklady pre predmetnú verejnú súťaž a či môže predložiť tieto podklady odpovedal, cit.: *„...Ako som povedal, bola to naša medzinárodná skúsenosť s podobnými projektmi. Okrem toho, ako to v našej organizácii funguje je, že ľudia zodpovední za prípravu ponúk komunikujú s kolegami napr. v tomto prípade v ČR, Poľsku, Portugalsku a vytvárajú si obraz o senzitivite cien, ktoré môžu byť aplikovateľné na trhu a to je spôsob, akým tiež vytvárame konečnú ponuku. V tejto verejnej súťaži sme vytvorili určitý softvérový systém, ktorý je podobný systému CCS ale v týchto prípadoch, kedy vstupujeme na trh, je pre nás dôležitejšia interná komunikácia s internými ľuďmi v rámci organizácie. Čo sa týka toho softvérového systému, použili sme softvér, ktorý sa používa v SR, v ktorom sme urobili viaceré úpravy, aby sme ho prispôbili potrebám a požiadavkám našej spoločnosti...Po tomto tendri riaditeľ českej spoločnosti, ktorý bol zodpovedný za*

prípravu verejnej súťaže, zo spoločnosti odišiel na pozíciu v Afrike, mimo našej spoločnosti a nie sme si istí, kde sa všetky informácie, ktoré s tým súviseli, nachádzajú.“

Z uvedeného vyplýva, že účastníci konania neargumentovali použitím rovnakého konkrétneho odporúčaného cenníka v predmetnej verejnej súťaži, viacerí uvádzajú rôzne zdroje, z ktorých pri tvorbe ceny štandardne vychádzajú a v predmetnej verejnej súťaži aj vychádzali.

Účastníci konania takisto nepredložili konkrétne podklady, z ktorých pri tvorbe cenovej ponuky vychádzali, predovšetkým nepredložili dôkazy o tom, že použili konkrétny rovnaký východiskový cenník, ktorý obsahuje odporúčané ceny a tiež nepreukázali paralelu cien podaných v rámci cenovej ponuky v predmetnej verejnej súťaži s cenami uvedenými v týchto cenníkoch.

Ako je tiež vyššie uvedené, niektorí účastníci konania vo svojich rozkladoch, jednak v súvislosti so stanoviskom experta, jednak pri objasňovaní spôsobu tvorby cien v danom odvetví všeobecne, uvádzajú odporúčané cenníky ako štandardný zdroj a nástroj, ktorý pri tvorbe cenovej ponuky využívajú.

Avšak za predpokladu, že odporúčané cenníky využívajú pri tvorbe ceny štandardne ako sami uvádzajú, všetky verejné súťaže na výstavbu diaľnic by mali vykazovať obdobnú zhodu indexov ako v posudzovanom prípade, čo však pri porovnaní s inými verejnými súťažami preukázané nebolo (analýza ponukových cien verejných súťaží na výstavbu diaľnic a rýchlostných ciest špecifikovaných vyššie, je obsiahnutá v spisovom materiáli, spis II. stupeň, spis. č. 77).

Uvedené je potrebné zdôrazniť najmä vo vzťahu k verejnej súťaži vyhlásenej na úsek Mengusovce – Jánovce km 8,00 – 25,8 km (súťaž na II. úsek) spolu s posudzovanou verejnou súťažou, pričom lehota na predkladanie ponúk bola taktiež do 30.06.2004. Súťažné ponuky pritom podali účastníci konania spolu na obe verejné súťaže (t.j. posudzovanú súťaž a súťaž na II. úsek spolu). Ak by teda súťažné ponuky pripravovali len s použitím odporúčaných cenníkov, obdobná zhoda indexov jednotkových cien ako v posudzovanej súťaži, by musela byť aj v prípade jednotkových cien súťaže na II. úsek, čo preukázané nebolo.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia v súvislosti s tým, čo mohlo spôsobiť podobnosť indexov uviedol, že cit. : „Vo verejnej súťaži neboli povolené žiadne variantné riešenia, preto účastník súťaže bol povinný predložiť cenovú ponuku na presné riešenie špecifikované investorom.“

Uvedená námietka podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. nevyvracia nijakým spôsobom závery prvostupňového orgánu a Rady úradu. Ani presné riešenie špecifikované investorom nemôže mať za následok takú mimoriadnu zhodu indexov.

Podnikateľ Betamont, s.r.o. tiež v rozklade tvrdí, že sa nezúčastnil dohody o cenách, čo je zrejme z porovnania jednotkových cien tých prác, ktoré mal v rámci Združenia Mengusovce 1 vykonať (ako dôkaz doložil parciálnu časť porovnania jednotkových cien z tých prác, ktoré mal v prípade víťazstva združenia v súťaži vykonať). Tiež tvrdí, že podobnosť cien mohla vzniknúť tým, že technické ceny jeho

firmy mohli byť ostatným účastníkom konania už známe z iných verejných súťaží, keďže s nimi v minulosti (okrem podnikateľa Mota Engil), spolupracoval.

Vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia (list č. 3705, doručený 06.09.2006) podnikateľ Betamont, s.r.o. zotrváva na tejto námietke obsiahnutej už v rozklade, t.j. že porovnanie jednotkových cien obsiahnuté v prvostupňovom rozhodnutí neobsahuje ceny stavebných prác, ktoré mal vykonať tento podnikateľ a že pri porovnaní jednotkových cien tých prác, ktoré mal vykonať podnikateľ Betamont, s.r.o. indexy cien nie sú konštantné. Taktiež sa odvoláva na skutočnosť, že podnikateľ Betamont, s.r.o. dodal vedúcemu združenia len cenovú ponuku na tú časť dodávok, ktorú mal realizovať a celková ponuka bola predkladaná vedúcim združenia.

K tejto námietke je predovšetkým potrebné zdôrazniť (ako je aj ďalej uvedené v texte tohto rozhodnutia), že vychádzajúc zo Zmluvy o združení podnikateľov Doprastav, a.s., Strabag, a.s. a Betamont, s.r.o. na účely predmetnej verejnej súťaže, zodpovednosť za vypracovanie súťažnej ponuky prináležala všetkým členom združenia Mengusovce 1 rovnako. Podnikateľ Betamont, s.r.o. bol pritom riadnym členom predmetného združenia.

Vo svojej námietke podnikateľ Betamont, s.r.o. argumentuje, že jeho ceny mohli byť ostatným účastníkom konania, s ktorými v predchádzajúcom období už spolupracoval, známe. Na druhej strane, podľa jeho vyjadrenia, s podnikateľom Mota Engil dovtedy ešte nespôlpracoval, čo značí, že podnikateľ Mota Engil nemal mať vedomosť o jeho technických cenách.

Teoreticky, ak by sme prijali argument podnikateľa Betamont, tak by sa pri porovnaní jednotkových cien tých položiek, ktoré prináležali v rámci Združenia Mengusovce 1 podnikateľovi Betamont, s.r.o., s jednotkovými cenami ostatných dvoch uchádzačov mohla prípadne objaviť zhoda len pokiaľ ide o konzorcium JV IS-Skanska (keďže s jeho členmi už v minulosti spolupracoval), nie však pokiaľ ide o príslušné jednotkové ceny z cenovej ponuky podnikateľa Mota Engil. Z porovnania zodpovedajúcej časti jednotkových cien položiek však vyplýva, že obdobná miera zhody indexov je medzi jednotkovými cenami Združenia Mengusovce 1 a konzorcia JV IS – Skanska a aj Združenia Mengusovce 1 a Mota Engil.

Podľa názoru Rady úradu tiež parciálna časť porovnania jednotkových cien, ktorú predložil podnikateľ v rozklade nepreukazuje jeho neúčasť na dohode. V prvom rade ide len o časť prác, ktoré mal v predmetnej verejnej súťaži vykonať menovaný podnikateľ.

Tabuľka predložená podnikateľom Betamont, s.r.o. v rozklade:

Č.	Názov položky	1 Združenie Meng. 1	2 Konzorcium IS-Skanska	3 Mota Engil	Podiel 1/2	Podiel 1/3	Podiel 2/3
		JC bez DPH	JC bez DPH	JC bez DPH			
837	Rozvádzače, rozvodné panely s elektrickým vypínačom						
	alebo prerušovačom, pre napätie presahujúce 1000 V	279 106	271 527	316 108	1,03	0,88	0,86
838	Inštalácie zariadení na rozvod elektriny a kontrolných zariadení	442	430	500	1,03	0,88	0,86
839	Koaxiálne káble a ostatné koaxiálne vodiče	25	23	27	1,09	0,93	0,85

840	Ostatné elektrické vodiče pre napätie nepresahujúce 1000V	105	102	118	1,03	0,89	0,86
841	Elektrické vodiče pre napätie presahujúce 1000V	203	196	229	1,04	0,89	0,86
842	Záložné zdroje UPS	49 632	48 283	56 211	1,03	0,88	0,86
843	Elektrické akustické a vizuálne signalizačné prístroje	2 520	2 451	2 853	1,03	0,88	0,86
844	Elektrická zabezpečovacia signalizácia	38 236	37 197	43 304	1,03	0,88	0,86
845	Premenné dopravné značky	2 198 675	2 472 500	2 878 450	0,89	0,76	0,86
846	Montáž k položke 31.62.11	1 049 632	1 236 250	1 439 225	0,85	0,73	0,86
847	Inštalácie ostatného elektrického zariadenia i.n.	62 785	61 080	71 108	1,03	0,88	0,86

Pozn. JC = jednotková cena

Aj v rámci tejto časti analýzy vykazujú indexy neštandardnú mieru zhody, v porovnaní s indexami vzniknutými porovnaním jednotkových cien v iných verejných súťažiach. (spis II. stupeň, spis. č. 77).

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že Rada úradu nepredložila ich spoločnosti žiadnu písomnú analýzu, ktorá by jasne vysvetlila a preukázala, že indexy jednotlivých cien z cenových ponúk jednotlivých účastníkov súťaže sú mimoriadne a nezvyčajne konštantné.

Analýza úradu bola zameraná na porovnanie jednotkových cien cenovej ponuky, z ktorého vyplynula mimoriadna konštantnosť indexov (t.j. podielov minimálnej a maximálnej ceny každej položky a vzájomných podielov jednotkových cien všetkých účastníkov). Výsledok tejto analýzy t.j. mimoriadna konštantnosť indexov je sama o sebe dôkazom, ktorý nevyžaduje ďalšiu písomnú analýzu v čom táto mimoriadna konštantnosť spočíva.

Na základe uvedených skutočností Rada úradu pokladá za preukázané, že zhoda pri porovnaní jednotkových cien v predmetnej verejnej súťaži je výrazná a neobvyklá, čo bolo potvrdené z viacerých vyššie uvedených zdrojov a aj samotným porovnaním s cenami v iných verejných súťažiach.

Z uvedeného tiež vyplýva, že v danom prípade nie je možné, aby takáto zhoda vznikla autonómnym postupom jednotlivých uchádzačov pri tvorbe cenových ponúk. Na základe informácií zo spisu a doplnenia dokazovania boli vyvrátené všetky účastníkmi konania navrhnuté vysvetlenia podobnosti ponúk. Nie je teda možné vysvetliť podobnosť cenových ponúk jednotlivých uchádzačov v posudzovanej verejnej súťaži inak, ako tak, že ide o dôsledok ich zákonom zakázaného koluzívneho správania.

Účastníci konania v podaných rozkladoch namietali, že v danom prípade úrad nepreukázal existenciu všetkých štandardných znakov dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž (t.j. stret vôlí, resp. komunikácia medzi účastníkmi, neštandardné správanie na trhu a príčinná súvislosť medzi nimi). K tomuto Rada úradu predovšetkým uvádza, že prvostupňový orgán založil svoje rozhodnutie na preukázaní dohody na základe správania sa účastníkov konania na trhu, resp. na základe ich výstupu v danom tendri, ktorý sa prejavil v zhode cenových ponúk, čo je podľa názoru Rady úradu v tomto prípade rozhodujúce a dostatočné na preukázanie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

S ohľadom na potrebu vysporiadať sa s ďalšími námietkami účastníkov konania, Rada úradu vykonala doplnenie šetrenia formou viacerých písomných žiadostí o informácie, výsluchov svedkov a vykonania inšpekcií podľa § 22 ods. 2 zákona v priestoroch dvoch účastníkov správneho konania.

Účastníci konania predovšetkým v rozkladoch namietali, že predpokladom preukázania protiprávneho konania vo forme dohody obmedzujúcej súťaž, je preukázanie komunikácie medzi účastníkmi dohody, ako nevyhnutného predpokladu analýzy ďalšieho faktora – správania na trhu. Rada úradu v tomto smere doplnila dokazovanie.

Účastníci konania mali dlhodobu, vrátane rozhodného posudzovaného obdobia, vytvorenú komunikačnú platformu, ktorá sa bezprostredne dotýkala okrem iného aj tendrov na výstavbu diaľnic, v rámci ktorej bol vytvorený priestor a podmienky pre uzavretie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, týkajúcej sa posudzovanej verejnej súťaže. Uvedené vyplýva z nasledovných podkladov:

V rámci vykonaných inšpekcií bol nájdený v PC zamestnanca podnikateľa Doprastav, a.s., záznam z rokovania s Ing. Reiterom zo spoločnosti Skanska DS, a.s., ktorý bol podľa vyjadrenia podnikateľa Skanska DS, a.s. zodpovedný za prípravu cenovej ponuky v predmetnej verejnej súťaži (spis II. stupeň, spis. č. 36/6a). Rokovanie sa podľa predmetného dokumentu konalo dňa 10.06.2003. V rámci bodu 4 predmetného záznamu bolo uvedené, cit.: „...DIALNICE A RÝCHLOSTNÉ KOMUNIKÁCIE...v prvom rade sa zaujímal o možnú spoluprácu na získaní stavby Mengusovce – Jánovce, na realizácii ktorej by sa chceli rozhodne podieľať. Vyslovil obavu, či už nie sme o tejto akcii dohodnutí s IS Košice...majú eminentný záujem, aby mohli lídrovať na niektorej zo stavieb v Žilinskom regióne. Táto myšlienka ZAZNELA AJ PRI ROZHODOVOROCH V Brne...rovnako majú záujem, hraničiaci s požiadavkou, o spoluprácu na ďalšej stavbe RK na Pohroní.“

V rámci inšpekcií u podnikateľov Doprastav, a.s. a Inžinierske stavby, a.s. v dňoch 23. a 24.05.2006 boli tiež nájdené početné záznamy preukazujúce kontakty medzi účastníkmi konania aj v rozhodnom období (t.j. od 08.04.2004 do 30.06.2004).

Zápisnice z gremiálnych porád podnikateľa Doprastav, a.s. obsahujú okrem iného aj záznamy z účasti na rokovaniach a poradách v jednotlivých týždňoch (spis II. stupeň, spis č. 36/4,5). Zo sumarizácie týchto záznamov vyplýva, že na úrovni riaditeľov (generálny riaditeľ, obchodný, výrobný, ekonomický riaditeľ) prebiehali medzi jednotlivými účastníkmi konania porady a rokovania, pričom dvaja z týchto účastníkov predstavovali v predmetnej verejnej súťaži konkurentov (Inžinierske stavby, a.s. a Skanska). Uvedené je zrejmé z nasledovnej sumarizácie stretnutí (tabuľka zahŕňa aj rozhodné obdobie):

Deň rokovania	Účel	Účast' rokovania
07.06.2004	Pracovné rokovanie - Strabag	OR
09.06.2004	Rokovanie so zástupcami spol. Strabag	GeR
01.06.2004	Kontrolný deň na stavbe D1 Ladce - Sverepec	GeR, VR
03.06.2004	Rokovanie s Ing. Šlajsom,	GeR, OR

	Strabag	
03.06.2004	Den SKANSKA	ER
24.05.2004	Riadiaca komisia - IS	ER
25.05.2004	Rokovanie s Ing. Šlajsom, Strabag	GeR
26.05.2004	Rokovanie so zástupcami spol. IS Košice (D1 Ladce – Sverepec)	VR
28.05.2004	Rokovanie so zástupcami spol. IS Košice	OR
18.05.2004	Pracovné rokovanie s Ing. Leškovským, Strabag	OR
20.05.2004	Obhliadka stavieb D1 Ladce – Sverepec a I/65 Budča - Kováčová	VR
12.05.2004	Rokovanie s Ing. Jarábekom, IS Košice	GeR
04.05.2004	Rokovanie so zástupcami spol. Strabag	OR
05.05.2004	Rokovanie s Ing. Šlajsom, Strabag	GeR
21.04.2004	Rokovanie s Ing. Šlajsom, Strabag	GeR
14.04.2004	Rokovanie s Ing. Sleizom, Strabag	GeR
16.04.2004	Rokovanie so zástupcami spol. Strabag	GeR
25.03.2004	Rokovanie so zástupcami spol. Inžinierske stavby Košice	VR
08.03.2004	Rokovanie – zmena NK na obj. 223 – D1 Ladce - Sverepec	VR
03.03.2004	Rokovanie s p. Maciakom, Betamont	GeR
03.03.2004	Rokovanie s p. Sleizom, Strabag	GeR
04.03.2004	Rokovanie s Ing. Jarábkom, IS Košice	GeR

Pozn.: GeR = generálny riaditeľ, OR = obchodný riaditeľ, VR = výrobný riaditeľ

Aj napriek skutočnosti, že v prípade niektorých z vyššie uvedených stretnutí je zrejmé, že oficiálne predstavovali stretnutia k iným tendrom (výstavba D1 Ladce – Sverepec, kde Doprastav, a.s. a Inžinierske stavby, a.s. boli členmi jedného združenia), dokazujú zároveň, že účastníci konania, ktorí boli v predmetnej verejnej súťaži v pozícii konkurentov, mali vytvorený v rozhodnom období priestor na to, aby komunikovali aj o cenách v predmetnej verejnej súťaži.

Takisto z kópií cestovných príkazov zamestnancov podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. (spis II. stupeň, spis. č. 37/2,3,4) je zrejmé, že v rozhodnom období došlo k viacerým rokovaniam so zástupcami spoločnosti Doprastav, a.s.:

Meno	Deň rokovania	Miesto rokovania	Účel rokovania
Pavol Kováčik, Ing., CSc.	15.06.2004 – 16.06.2004	Žilina Ladce Bratislava	SEE, SPP D1 Ladce-Sverepec Doprastav, BA
spolucestujúci generálny riaditeľ	10.06.2004	Šaľa Beluša	Z-09 Šaľa stavba D1 Ladce-Sverepec
	07.06.2004	Beluša Žilina Bratislava	D1 Ladce-Sverepec rokovanie IVSC SSC rokovanie Doprastav – gen.riaditeľ
	15.04.2004 – 16.04.2004	Ladce Bratislava	D1 Ladce-Sverepec rokovanie Doprastav
	05.05.2004 – 06.05.2004	Ladce Bratislava	kontrola stavby rokovanie DPS Ba
Andrej Senderák, Ing.	28.05.2004	Bratislava	rokovanie Doprastav

K záveru, že účastníci konania mali dostatočný priestor na komunikáciu ohľadom cien v predmetnej verejnej súťaži prispieva aj kniha návštev podnikateľa Inžinierske stavby, a.s., (spis II. stupeň, spis.č. 70), v ktorej sú v rozhodnom období zaznamenané nasledovné návštevy:

- dňa 03.05.2004 Ing. Mráz (generálny riaditeľ Doprastav,a.s.) navštívil Ing. Jarábka (generálny riaditeľ Inžinierske stavby, a.s.),
- dňa 26.04.2004 Ing. Maciak (generálny riaditeľ Betamont, s.r.o.) navštívil Ing. Jarábka (generálny riaditeľ Inžinierske stavby, a.s.),
- dňa 14.06.2004 návšteva Ing. Hlaváča, obchodný riaditeľ Doprastav, a.s.

Podnikateľ Mota Engil k uvedeným zisteniam namietal (okrem skutočnosti, že predmetné podklady nepreukazujú jeho účasť na dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž, ku ktorým sa Rada úradu vyjadruje nižšie), že predmetné podklady nepreukazujú protiprávne správanie účastníkov konania, keďže samotné kontakty medzi podnikateľmi zakázané nie sú. Zakázané je, aby v rámci týchto kontaktov dochádzalo k protiprávnemu konaniu. Rovnako tak podnikateľ Skanska DS, a.s. uviedol, že žiaden z predložených a Radou označených podkladov pre rozhodnutie nepreukazuje, žeby spoločnosť Skanska DS, a.s. komunikovala s ktorýmkoľvek iným uchádzačom v súťaži ohľadom ponukových jednotkových cien v rozhodnom období.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. v súvislosti s vyššie uvedeným záznamom z rokovania spoločnosti Doprastav s Ing. Reiterom zo spoločnosti Skanska DS, a.s., uviedol, že tento žiadnym spôsobom nedokazuje alebo nepotvrdzuje, že sa spoločnosť ISK podieľala na akejkoľvek cenovej kolúzii.

Rada úradu opätovne zdôrazňuje, že predmetné podklady nie sú rozhodujúcim dôkazom o dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž (tým je analýza cenových ponúk), predmetné podklady len preukazujú, že účastníci reálne spolu komunikovali a mali teda možnosť dohodu uzavrieť.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vzťahu k záznamu z rokovania podnikateľa Doprastav, a.s. s Ing. Reiterom zo spoločnosti Skanska DS, a.s. uviedol, že cit.: „Je zrejmé, že spoločnosti pred vytvorením ad hoc združení pre tú ktorú súťaž vopred rokujú o možnej spolupráci (presne tohto charakteru bola aj predbežná komunikácia medzi spoločnosťou Skanska DS a Doprastavom...“ Skanska DS, a.s. tiež poukazuje, že toto stretnutie sa uskutočnilo pred rozhodným, v tomto konaní posudzovanom, období. Skanska DS, a.s. ďalej vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedla, že sa jednalo výlučne o predbežné rokovanie o možnosti vytvorenia združenia pre daný projekt.

Rada úradu považuje predmetný záznam z rokovania za nepriamy dôkaz, ktorého význam možno vidieť iba v spojení s ostatnými nepriamymi dôkazmi preukazujúcimi kontakty medzi účastníkmi dohody, ktoré vytvorili priestor pre výmenu informácií medzi nimi a v prípade tohto záznamu dokonca v súvislosti s predmetným tendrom na úsek diaľnice D1 Mengušovce-Jánovce

V rámci doplnenia dokazovania bolo zároveň zistené, že účastníci konania ohľadom cien v predmetnom tendri aj komunikovali:

V rámci inšpekcie vykonanej v priestoroch podnikateľa Doprastav, a.s., v dňoch 23. a 24.05.2006 bola okrem iného vyhotovená kópia knihy došlej pošty z roku 2004 (Registratúrny denník došlých záznamov organizačného úseku, spis II. stupeň, spis. č. 36/3). V predmetnej evidencii bol nájdený záznam, podľa ktorého dňa 17.06.2004, t.j. v čase prípravy ponuky do predmetného tendra, bol podnikateľovi Doprastav, a.s. doručený písomný podklad (fax) od odosielateľa Inžinierske stavby, a.s. (v registratúrnom denníku ako IS Košice), pod jednacím číslom 03/200-652/2004 s nasledovným obsahom: „D1 Mengušovce – Jánovce, žiadosť o p. cenu“.

Podľa registratúrneho denníka bol predmetný podklad pridelený na vybavenie organizačnému útvaru č. 53. Na základe tejto informácie bola vykonaná následná inšpekcia, v rámci ktorej sa zisťoval spôsob evidovania a archivovania písomností u predmetného podnikateľa a fyzická existencia predmetného podkladu. V rámci tejto inšpekcie bolo zistené, že predmetný podklad bol doručený na obchodný úsek a odtiaľ postúpený na cenový útvar (útvar č. 53), avšak samotný podklad nebol napriek požiadavke úradu zo strany podnikateľa predložený. Dňa 27. júna 2006 bol uskutočnený telefonický rozhovor so sekretárkou cenového útvaru, ktorá mala vedomosť o predmetnom podklade (Záznam pre pamäť, spis II. stupeň, spis. č. 45/4). Z uvedeného telefonického rozhovoru vyplynulo, že predmetný fax bol v júni 2004 pridelený na vybavenie pracovníkovi cenového odboru, ktorý tento dokument už v súčasnosti neeviduje a s najväčšou pravdepodobnosťou bol zničený. Z tohto dôvodu nebol ani predložený úradu.

Predmetný fax bol podnikateľovi Doprastav, a.s. doručený od člena konkurenčného združenia v čase prípravy ponúk do posudzovanej verejnej súťaže (dňa 17.06.2004, pričom lehota predkladania ponúk bola do 30.06.2004 a podľa výpovede svedka z NDS všetci uchádzači predložili svoje ponuky až v posledný deň lehoty). Už zo stručného obsahu uvedeného v registratúrnom denníku jednoznačne vyplýva, že obsahom bola informácia o cene v rámci predmetnej verejnej súťaže. Výmena akýchkoľvek informácií o cenách medzi konkurentmi vo verejných súťažiach

je pritom podľa súťažného práva neprípustná a predstavuje dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia k predmetnému faxu uviedol nasledovné cit.: „ISK by chcela v tejto súvislosti informovať, že nemá presné informácie o obsahu faxovej správy opísanej vyššie. Spoločnosť ISK by chcela v tejto súvislosti informovať, že stavba veľkého projektu (akou Verejná súťaž je) je zvyčajne spojená so subdodávkami istých prác od konkurenčných firiem - tieto subdodávky sa vzťahujú na práce, ktoré obstarávateľ nie je schopný zabezpečiť vlastnými zdrojmi v dôsledku nedostatočných kapacít alebo sa vzťahujú na práce, o ktorých nemá obstarávateľ dostatočné vedomosti (know-how). Navyše komunikácia sa môže týkať aj vytvorenia konzorcia na výstavbu. Tento druh komunikácie medzi potenciálnymi dodávateľmi prác je na trhu veľmi bežný a prirodzený a patrí ku komplikovanej taktike spojenej s organizáciou stavebných tímov a s organizáciou stavebnej práce ako takej. Je veľmi pravdepodobné, že horeuvedená faxová správa je práve týmto druhom komunikácie – uvedená správa však celkom iste nie je komunikáciou, na základe ktorej by strany koordinovali svoje ponuky vo Verejnej súťaži.“

Podnikateľ Strabag, a.s. vo vyjadrení k výzve uviedol, že vo fáze pred vytvorením konzorcií na verejné súťaže je bežné, že účastníci rokujú o vzájomnej možnej spolupráci (možnom vytvorení konzorcia na tú ktorú súťaž), najmä v prípadoch, keď ide o rozsiahle zákazky, ktorých realizácia jednou firmou je ťažko zvládnuteľná. Podľa podnikateľa je preto pravdepodobné, že fax predstavoval komunikáciu tohto druhu.

Ohľadom uvedeného faxu podnikateľ Doprastav, a.s. uvádza, že je výrobcom prefabrikátov, ložísk, mostných záverov a pod., čo predurčuje ostatných účastníkov k tomu, aby od neho žiadali ponuky cien týchto materiálov.

Zdôvodnenie podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. nemôže Rada úradu akceptovať. Keďže sa predmetný fax týkal výstavby diaľnice D1 Mengušovce - Jánovce a bol zaslaný v rozhodnom, posudzovanom období, nemohlo ísť o komunikáciu týkajúcu sa cien, medzi potenciálnymi dodávateľmi. Spoločnosť Inžinierske stavby, a.s. a spoločnosť Doprastav boli v súvislosti so zákazkou na výstavbu diaľnice D1 Mengusovce – Jánovce v pozícii konkurentov, ktorí nemali dôvod akýmkoľvek spôsobom diskutovať otázku ceny.

Rada úradu nespochybňuje, že podnikateľom Strabag, a.s. popísaný spôsob komunikácie je obvyklý pri zúčastňovaní sa verejných súťaží veľkého rozsahu. V tomto prípade však z vyjadrenia ďalšieho účastníka konania, člena konzorcia JV IS-Skanska (podnikateľ Skanska DS, a.s. v liste z 22.03.2006, spis II. stupeň, spis.č.3) vyplýva, že, cit.: „*Pred podpísaním zmluvy o spoločnom podniku Skanska DS a Skanska BS na jednej strane a IS na strane druhej pripravili samostatné od seba nezávislé ponuky na základe skutočností, že v prípade, ak by nedošlo k vytvoreniu spoločného podniku pre Súťaž, podali by záväzné ponuky v Súťaži každý samostatne. Následkom toho, Skanska DS a Skanska BS na jednej strane a IS na strane druhej pripravili úplne nezávislé kompletne samostatné ponuky pred podpísaním zmluvy o spoločnom podniku*“.

Príprava samostatnej a nezávislej ponuky do verejnej súťaže a žiadosť konkurenčného uchádzača (t.j. Doprastav, a.s.) o „p. cenu“, keď Inžinierske stavby, a.s. zamýšľali ísť do predmetnej verejnej súťaže samostatne, sa vylučuje. Podľa názoru Rady úradu nešlo v tomto prípade o komunikáciu, ktorá smerovala k hľadaniu si vhodných partnerov na spoluprácu do predmetnej verejnej súťaže, ale o výmenu informácií o cenách medzi konkurujúcimi si podnikateľmi, čo vyplýva jednoznačne aj z označenia obsahu predmetného faxu.

Rada úradu nepovažuje za dôvodnú ani námietku podnikateľa Doprastav, a.s. týkajúcu sa obsahu uvedeného faxu, pretože zo spisového materiálu je zrejmé, že podnikateľ Doprastav, a.s. nebol pri predkladaní ponuky na prvý úsek výstavby diaľnice Mengusovce – Jánovce v pozícii subdodávateľa uvedených produktov pre podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. na uvedené. Z názvu uvedeného faxu je však evidentné, že sa týkal výstavby diaľnice a bol doručený v rozhodnom období.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. v tejto súvislosti vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že cit.: „Navyše z označenia tohto dokumentu je zjavné, že sa malo jednať o komunikáciu medzi IS a Doprastavom, a teda nijako so spoločnosťou Skanska DS nesúvisí. Z tohto pohľadu má predmetný podklad vo vzťahu k spoločnosti Skanska DS nulovú dôkaznú hodnotu“.

Je síce pravdou, že nešlo o priamu komunikáciu podnikateľa Skanska DS, a.s., avšak išlo o komunikáciu lídra združenia, ktorého bol podnikateľ Skanska DS, a.s. členom, a to vo vzťahu ku zákazke, o ktorú sa toto združenie vo verejnej súťaži uchádzalo. Uvedený záznam o faxe je preto dôkazom o existencii neprípustnej komunikácie členov dvoch konkurenčných združení.

Zo sumarizácie uvedených skutočností vyplýva, že účastníci konania mali vytvorený dostatočný priestor na výmenu informácií o cenách a niektorí z nich ho aj, ako bolo preukázané, reálne využili.

K zistenej komunikačnej platforme podnikateľ Mota Engil vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že Rada úradu nezískala ani jeden podklad, ktorý by preukazoval jeho komunikáciu s ostatnými účastníkmi konania, ani v jednom zo získaných podkladov nie je podnikateľ Mota Engil spomenutý, čo podľa neho naopak preukazuje, že v predmetnom tendri s ostatnými účastníkmi konania nekomunikoval a teda podľa neho nie je splnený základný predpoklad pre preukázanie jeho účasti na protiprávnom konaní, keďže podľa menovaného podnikateľa nemožno preukázať uzavretie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž len nepriamymi dôkazmi, pričom uviedol, že jediné rozhodnutie, ktoré v tejto veci bolo Európskou komisiou vydané, Európsky súdny dvor zrušil.

Rada úradu sa s argumentmi uvedenými v predmetnom vyjadrení nestotožňuje. Dokumenty, ktoré boli v rámci doplnenia dokazovania získané, nepredstavujú kompletne podklady, z ktorých možno zistiť akúkoľvek komunikáciu, ktorá v rozhodnom období medzi účastníkmi konania prebiehala, keďže tieto podklady nemali slúžiť ako rozhodujúci dôkaz, úmyslom doplnenia dokazovania bolo reagovať na námietky účastníkov konania a zistiť, či účastníci mali vytvorený priestor na to, aby dohodu obmedzujúcu súťaž uzavreli. To znamená, že predmetné dokumenty nevylučujú, že podnikateľ Mota Engil v uvedenom tendri s ostatnými

účastníkmi konania komunikoval. Jeho účasť na dohode je, ako bolo už vyššie uvedené, dostatočne preukázaná mimoriadnou a neštandardnou zhodou jeho cenovej ponuky s cenovými ponukami ostatných uchádzačov. Takúto zhodu nemožno vysvetliť inak ako existenciou predchádzajúcej dohody medzi účastníkmi konania.

Súčasne Rada úradu konštatuje, že aj európske súťažné právo pripúšťa preukázanie protiprávneho konania vo forme dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž aj na základe ekonomických dôkazov. V rozhodnutí Európskeho súdneho dvora vo veci Woodpulp, na ktoré v tomto prípade účastník konania poukazuje s tým, že bolo zrušené, bolo konštatované, že paralelné správanie nemôže byť považované za dôkaz o konzultáciách medzi podnikateľmi s výnimkou, že konzultácie predstavujú jediné dôveryhodné vysvetlenie pre takéto paralelné správanie⁵. Je pravdou, že dané rozhodnutie Komisie bolo Európskym súdnym dvorom zrušené, bolo to však z dôvodu, že súd dospel k záveru, že v danom prípade zosúladenie, resp. kolúzia strán nebola jediným dôveryhodným vysvetlením pre paralelné správanie sa dotknutých podnikateľov ale toto mohlo byť vysvetlené viac podmienkami na danom trhu.

V neposlednom rade, účastníci konania, u ktorých boli vykonané predmetné inšpekcie, nepredložili v rámci prvostupňového konania svoje cenové ponuky, ktoré predkladali lídrom združení do predmetnej verejnej súťaže s odôvodnením, že ich nemajú k dispozícii, zničili ich, keďže predmetná verejná súťaž bola zrušená (podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. to tvrdil v liste 2549/2005, podnikateľ Doprastav, a.s. na ústnom vypočutí v priebehu prvostupňového konania).

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že cit.: „...je štandardnou praxou na trhu, že sa dokumentácia, ktorá sa vzťahuje k veľkej verejnej súťaži, ktorá bola zrušená, zničí. Jedným z dôvodov pre takéto správanie je skutočnosť, že tento scenár zabráni úniku informácii v prípade, že sa ponuka pripravuje odznova.“

Z Riadiacej a organizačnej normy podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. (Archívny poriadok, spis II. stupeň, spis č. 36/7) pritom vyplýva, že podnikateľ je povinný riadiť sa pri vyradovaní a skartácii písomností určitými pravidlami, t.j. **...[obchodné tajomstvo]...**

Takisto z čl. 10 Spisového poriadku podnikateľa Doprastav, a.s. vyplýva, že každý dokument, resp. písomnosť sa v origináli alebo v druhopise ukladá v príručnej spisovni až do uplynutia jedného roku po roku v ktorom bol spis vybavený a uzavretý a po uplynutí tejto doby sa odovzdáva do ústrednej spisovne, kde zostáva uložený do uplynutia skartačného konania.

Z uvedených interných dokumentov nevyplýva osobitný postup pre prípad zrušených súťaží.

Keďže predmetná verejná súťaž sa realizovala v roku 2004, v čase prvostupňového správneho konania (rok 2005) mali mať predmetní účastníci konania

⁵ Rozhodnutie ESD vo veci A.Ahlstrom and others v Commission (Woodpulp) z 31.04.1993

podľa svojich interných noriem všetky podklady súvisiace s predmetnou verejnou súťažou, vrátane cenových ponúk v evidencii. Ich zničením, resp. nedodržaním lehôt stanovených na uloženie písomností, podnikatelia nedodrжали postup, ktorí si sami stanovili vo svojich interných normách, čo podľa názoru Rady úradu podporuje záver o neštandardnom správaní sa účastníkov, pokiaľ ide o predmetnú verejnú súťaž.

Z analýzy súťažných ponúk tiež vyplýva, že v prípade predmetnej verejnej súťaže bola víťaznou ponuka konzorcia JV IS-Skanska, pričom z podkladov získaných z predmetných inšpekcií vyplýva, že práve tieto dve spoločnosti mali výrazný záujem predmetný úsek diaľnice aj realizovať.

Z vyššie uvedeného záznamu z rokovania zástupcov podnikateľov Doprastav, a.s. a Skanska DS, a.s. vyplýva záujem podnikateľa Skanska, DS, a.s. na realizácii projektu Mengusovce -Jánovce.

Takisto u podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. bol v rámci inšpekcie nájdený v PC generálneho riaditeľa dokument s názvom InformationMengusovce2006.doc, kde je uvedená chronológia verejných súťaží na výstavbu diaľnice Mengusovce – Jánovce. Okrem iného podnikateľ v danom dokumente označil prvý úsek stavby (t.j. úsek km 0,00 – 8,00 km) ako úsek, ktorý je pre neho najzaujímavejší (spis II. stupeň, spis.č. 37/19).

V súvislosti s týmto dokumentom podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol cit.: „...zápis z inšpekcie v spoločnosti ISK žiadnym spôsobom nedokazuje ani nepotvrďuje, že výsledkom inšpekcie bolo, že PMÚ vzal spoločnosti ISK dokumenty spomínané v tomto článku. Spoločnosť ISK nie je schopná overiť pôvod týchto dokumentov, ani to či tieto boli získané z PC pána Jaroslava Jarábeka (alebo či bol ich obsah upravený, zmenený alebo nie).

Právny zástupca podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. počas inšpekcie v priestoroch tohto podnikateľa osobne overoval kópie diskov ktorých počítačov boli urobené. O uvedenom je tiež vykonaná zápisnica, ktorá je súčasťou spisového materiálu

Skutočnosť, že uvedený dokument sa nachádzal v PC Ing. Jarábeka je možné overiť na kópii disku, ktorá bola vytvorená počas inšpekcie v priestoroch podnikateľa Inžinierske stavby, a.s.. Zariadenie, ktorým sa predmetná kópia vytvorila zabezpečuje nemennosť dát. V prípade akéhokoľvek následného zásahu do súborov je možné konkrétny súbor porovnať s nezmeneným originálom súboru na predmetnej kópii a tak vylúčiť akékoľvek prípadné zásahy do obsahu súboru.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia tiež uviedol, že je prekvapený tým, že interný e-mail, v ktorom pán Jaroslav Jarábek informuje o výsledkoch predchádzajúcich verejných súťaží, je považovaný radou PMÚ za dôkaz, ktorý potvrdzuje existenciu koordinácie medzi stranami.

Rada úradu nepovažuje predmetný dokument nájdený v PC Ing. Jarábeka za dôkaz koordinácie, ale podporne naň poukazuje iba v tej súvislosti, že víťazom sa

mali stať Inžinierske stavby, a.s., ktoré aj vo svojich interných dokumentoch označili tento projekt za veľmi zaujímavý pre ich spoločnosť.

K dokumentu získanému z PC generálneho riaditeľa IS Košice (Information Mengusovce2006.doc) podnikateľ Doprastav, a.s. namietal, že sa jednoznačne netýka predmetu konania a obsahuje údaje o novej súťaži vyhlásenej 07.10.2004.

Rada úradu toto tvrdenie podnikateľa Doprastav, a.s. odmieta. V uvedenom dokumente je uvedené cit.: "Chcel by som Vás informovať o opakovanom tendri na časť slovenskej diaľnice Mengusovce-Jánovce...Konečne tender na prvú časť (najzaujímavejšiu pre ISK) bol zrušený a teraz je vyhlásený opäť..."

Podnikateľ Doprastav, a.s. vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia zásadne odmieta vyššie uvedené dôkazy o komunikácii účastníkov tendra, (konkrétne záznam z rokovania s Ing. Reiterom zo spoločnosti Skanska DS, a.s., účasť na pracovných cestách, záznamy z knihy návštev), pretože podľa neho v ničom nepotvrdzujú koordináciu cien. Rokovanie s Ing. Reiterom sa uskutočnilo 10.06.2003, teda skoro rok pred vyhlásením, resp. uzávierkou súťaže, teda mimo rozhodného obdobia pre toto správne konanie. Rokovania potenciálnych uchádzačov o stavbu sú obvyklé a nutné, slúžia predovšetkým k posúdeniu vytvorenia efektívnych zoskupení podnikateľov, spôsobilých podať spoločnú ponuku do súťaže. Rovnako deklarovanie záujmu potencionalneho uchádzača o získanie stavby je legitímny, nie je porušením pravidiel hospodárskej súťaže. Podnikateľ Doprastav, a.s. taktiež odmieta ako dôkazy o koordinácii účastníkov konania kontakty účastníkov konania v rozhodnom období, účasť na pracovných cestách a údaje z knihy návštev.

K tejto námietke Rada úradu opakovane uvádza, že všetky vyššie uvedené dôkazy samostatne nepredstavujú priamy dôkaz o protiprávnom konaní, t.j. z ich obsahu nie je možné priamo odvodiť dohodu účastníkov tendra o koluzívnom správaní. Základný a kľúčový dôkaz v tomto konaní predstavuje vzťah medzi ponukami predloženými jednotlivými uchádzačmi. Uvedené dôkazy v spojitosti s týmto dôkazom dokumentujú, že účastníci tendra mali vytvorenú dostatočnú komunikačnú platformu na to, aby mohli svoje konanie pri predkladaní ponúk koordinovať a preukazujú aj to, že spolu skutočne komunikovali. Konkrétny obsah rokovaní zistený nebol, čo však nebolo ani potrebné, lebo Rada úradu za dostatočný dôkaz o koordinácii správania sa účastníkov tendra považuje konkrétny vzťah medzi jednotlivými predloženými ponukami.

Účastníci konania tiež navrhovali skúmať ako podstatný znak dohody zavinenie (úmysel či nedbanlivosť) jednotlivých účastníkov konania. K tejto námietke Rada úradu konštatuje, že v zmysle zákona je zodpovednosť v prípade tohto druhu správnych deliktov objektívnou zodpovednosťou, pri ktorej sa neskúma zavinenie pri ich spáchaní.

V rozkladoch, ako aj vo vyjadreniach k výzve pred vydaním rozhodnutia boli vznesené tiež námietky ohľadom nepreukázania prospechu všetkých účastníkov konania z uzavretia dohody obmedzujúcej súťaž (najmä podnikateľ Mota Engil, ktorý nemal byť víťazom ani jedného úseku na výstavbu diaľnic, ale aj členovia Združenie Mengusovce 1, ktorí nemali byť víťazom tendra na daný úsek diaľnice). Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že cit.:

„... imanentným znakom takejto dohody je dohoda o rozdelení rolí, mechanizme postihu v prípade porušenia/neplnenia dohody a existencia výhody z takejto dohody plynúca pre každého z účastníkov dohody.“ Účastník konania namietal nepreukázanie akú rolu a aký prospech mali dosiahnuť každý zo zúčastnených podnikateľov.

K uvedenému Rada úradu uvádza, že táto skutočnosť, t.j. nezískanie majetkového prospechu, neovplyvňuje spôsob posúdenia protiprávneho konania. Skutočnosť, že účastník konania nemal z protiprávneho konania majetkový prospech neznamena, že sa tohto protiprávneho konania nedopustil. Dosiahnutie majetkového prospechu sa zohľadňuje v rámci kritérií na určenie výšky pokuty.

Úrad teda nie je povinný preukazovať prospech jednotlivých účastníkov z protiprávneho konania. Podstatou protisúťažného dojednania a protisúťažným efektom je v tomto prípade skutočnosť, že účastníci konania svojim konaním v rozpore so zákonom umožnili, aby sa víťazom predmetnej verejnej súťaže stal uchádzač, ktorý by v konkurenčnom prostredí a pri férovej súťaži v danej súťaži nemusel uspieť.

Naviac, podnikatelia, ktorí fungujú v rámci výstavby diaľnic a rýchlostných ciest ako stabilní hráči, zúčastňujú sa tendrov, či už ako uchádzači alebo ako subdodávatelia, majú dlhodobý vytvorený priestor na vzájomné kompenzácie.

Negatívnym efektom zakázanej dohody účastníkov konania, bola tiež skutočnosť, že ponuková cena, ktorá bola v predmetnej verejnej súťaži najnižšia, prekročila cenu určenú štátnou expertízou a v dôsledku tejto skutočnosti bola predmetná verejná súťaž obstarávateľom zrušená.

Účastníci konania v súvislosti s prekročením ceny určenej štátnou expertízou o 40% vzniesli početné námietky (jednak ohľadom zmyslu tohto tvrdenia úradu a jednak ohľadom nesprávnosti tohto výpočtu). Podnikateľ Mota Engil tiež vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia tvrdil, že Rada úradu sa snaží „*Podsúvať prekročenie ceny ako zásadný dôkaz pre preukázanie kartelu*“. Podnikateľ Inžinierske stavby a.s., uviedol, že cit.: „Ak by Štátna expertíza dodávok stavebných prác na realizáciu stavby diaľnice D1 Mengusovce-Jánovce v úseku km 0.00-8.00 bola založená na cenách roku 2004 v súlade s podmienkou Verejnej súťaže, potom cena stanovená týmto spôsobom by sa rovnala cenovej úrovni jednotlivých ponúk vo Verejných súťažiach.“

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že cit.: „...pokiaľ by bola expertná cena aktualizovaná spôsobom náležite zohľadňujúcim všetky relevantné faktory, najmä rast cien, DPH, zmenu vo vymedzení rozsahu predmetu obstarávania, povinnosť vytvorenia rezervy, expertízna cena by bola dokonca vyššia ako bola súhrnná najnižšia cena ponúknutá uchádzačmi v súťažiach na oba úseky diaľnice...Z podkladov nevyplýva, akým spôsobom mala byť aktualizovaná expertná cena...prepočítaná a stanovená, napriek tomu však Rada tvrdí, že expertná cena bola v danom prípade prekročená.“

Podnikateľ Doprastav opakovane namietal, že cena určená štátnou expertízou nebola v danom prípade prekročená a uvádza svoj prepočet expertíznej ceny z roku

2002 na číslo aktualizované k dátumu predkladania ponúk do verejnej súťaže. Taktiež navrhuje vypracovanie znaleckého posudku.

Podnikateľ Strabag, a.s. vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že v spise nie je uvedený prepočet cien štátnej expertízy a tvrdí, že Rada úradu mala dať vyhotoviť znalecký posudok, keďže ide o argument významný pre meritórne rozhodnutie, preto musí byť preukázaný exaktným spôsobom.

Účastníci konania tiež namietali, že rozdiel v ponúkaných cenách v posudzovanej verejnej súťaži a v opakovanej verejnej súťaži na výstavbu diaľnice Mengusovce – Jánovce 0,00 – 8,00 km, ktorým podporne argumentoval prvostupňový orgán, vyplýval zo skutočnosti, že v rámci novej súťaže bola možnosť použiť variantné riešenia.

V prvom rade je nevyhnutné uviesť, že prekročenie ceny určenej štátnou expertízou konštatovala NDS a z tohto dôvodu predmetnú verejnú súťaž aj zrušila. Z uvedeného Rada úradu aj vychádzala, pričom sa nepovažuje za orgán kompetentný prehodnocovať závery NDS urobené v roku 2004.

Rada úradu konštatuje, že prekročenie úrovne ceny určenej štátnou expertízou, nepredstavuje dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž. Predstavuje argument, ktorý svedčí o škodlivosti protizákonnej koordinácie účastníkov konania. Zo súťažnej teórie vyplýva, že dôsledkom takejto koordinácie vo verejných súťažiach a dôsledkom cenových dohôd vo všeobecnosti je rast cien (všeobecne sa uznáva, že ide o rast cien až o 30% až 50%).⁶

V tomto duchu je koncipovaný aj text výzvy na vyjadrenie pred vydaním rozhodnutia, t.j. prekročenie expertíznej ceny tu je uvedené ako dôsledok a negatívny efekt dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, nie ako dôkaz samotného protiprávneho správania. Námietka podnikateľa Mota Engil v tomto smere je teda neopodstatnená.

Prvostupňový orgán pochybil, keď pri porovnávaní bral do úvahy cenu určenú štátnou expertízou tak, ako bola určená v roku 2002 a nevzal pritom do úvahy faktory uvádzané účastníkmi konania ako inflácia, rast cien vstupov a podobne. Z výpovede svedkyne Ing. Tekeľovej však vyplynulo, že pri vyhodnocovaní súťažných ponúk vychádza obstarávateľ z ceny určenej štátnou expertízou, ktorá bola v danom čase aktualizovaná indexom stavebných prác, s ohľadom napr. na infláciu, odhadovaný nárast cien vstupov a pod., pričom týmto indexom sa prepočíta pôvodná cena určená štátnou expertízou. Pri vyhodnocovaní splnenia cenového kritéria sa následne vychádza z tohto aktualizovaného čísla.

V predmetnom tendri po prepočte ceny určenej štátnou expertízou príslušným indexom, bola podľa vyjadrenia svedkyne aktualizovaná expertízna cena cca 10 mld. Sk na oba úseky diaľnice (t.j. km 0,00 – 8,00 a 8,00 a 25,85), pričom najnižšie cenové ponuky na oba úseky tvorili spolu cenu 12,4 mld. Sk, čo bol podľa vyjadrenia svedkyne výrazný rozdiel a bol to dôvod na zrušenie predmetného tendra. Svedkyňa

⁶ Kwoka, J.E.: (1997): The Price Effect of Bidding Conspiracies: Evidence from Real Estate „Knockouts“, 42 Antitrust Bulletin, 503; OECD, DAF/COMP(2005)40, 30.09.2005, Draft Report on Hard core cartels

tiež uviedla, že si nespomína na prípad, kedy došlo k prevýšeniu ceny určenej expertízou.

Z uvedeného vyplýva, že nie je potrebné presne stanoviť, o akú sumu bola cena určená štátnou expertízou prekročená, dôležitá je skutočnosť, že k takémuto prekročeniu podľa obstarávateľa došlo a v dôsledku tohto prekročenia bola verejná súťaž zrušená, o čom boli informovaní všetci účastníci súťaže (spis II. Stupeň, spis.č. 57, príloha 1), kde sa uvádza, cit.: „*Oznamujeme Vám, že obstarávateľ ruší verejnú súťaž na uskutočnenie práce Dial'nica D1 Mengusovce – Jánovce úsek km 0,000 až 8,000...Cena vo Vami predloženej ponuke, ako aj ceny v ponukách ostatných uchádzačov sú vyššie ako cena, ktorá bola určená v Protokole o vykonaní štátnej expertízy. Tento Protokol sa riadi ustanoveniami zákona č. 254/1998 Z.z. o verejných prácach, je záväzným podkladom a cena v ňom uvedená je maximálna...*“), čo predstavuje škodlivý efekt protisúťažného konania.

Rada úradu opakovane zdôrazňuje, že v tomto prípade nepovažuje skutočnosť, že ponuková cena prekročila cenu určenú štátnou expertízou za dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej súťaž, a už vôbec nie za dôkaz kľúčový, ako tvrdí podnikateľ Doprastav, a.s., ale za argument svedčiaci o škodlivom dosahu kolúzie na verejné financie. Vykonanie dôkazu znaleckým posudkom preto Rada úradu nepovažovala v tejto veci za nevyhnutné.

Argument, že rozdiel v ponúkaných cenách v posudzovanej verejnej súťaži a v opakovanej verejnej súťaži na výstavbu diaľnice Mengusovce – Jánovce 0,00 – 8,00 km bol (podobne ako argument o prekročení expertíznej ceny) prvostupňovým orgánom použitý len ako argument svedčiaci o škodlivosti protiprávneho správania účastníkov, nie ako argument, ktorý by predstavoval dôkaz o dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž.

To znamená, že z pohľadu, či v danom prípade došlo k uzavretiu dohody obmedzujúcej súťaž je irelevantné, či cena v opakovanej súťaži bola nižšia alebo vyššia, takisto ako je irelevantné, či cena prekročila expertíznu cenu.

Bez dotknutia vyššie uvedeného však Rada úradu konštatuje, že podľa jej názoru k prekročeniu ceny určenej štátnou expertízou došlo. Táto skutočnosť je zrejmá aj z dokumentu „Zoznam stavieb diaľnic a rýchlostných ciest obstarávaných verejnými súťažami v období rokov 2003 - 2006“, z kolónky pod poradovým číslom 3. a 4, ktorý je súčasťou spisového materiálu (spis II. stupeň, spis.č. 12, príloha 4). Z predmetného dokumentu vyplýva, že cena štátnej expertízy, uvádzaná bez DPH, na celý úsek diaľnice D1 Mengusovce – Jánovce v km 0,00 – 25,85 bola po odpočítaní DPH z najnižších cenových ponúk- v tabuľke pod por.č. 3(2) plus por.č. 4 (3), t.j. za celý úsek 0,00-25,85 km, prekročená.

Orgánom kompetentným na posúdenie tejto otázky je však, ako bolo už vyššie uvedené NDS, ktorá môže pri prekročení ceny, určenej štátnou expertízou súťaž aj zrušiť, k čomu v danom prípade aj došlo.

V súvislosti s nedefinovaním výhod, ktoré by pre účastníkov konania z dohody vyplývali, účastníci konania namietali samotnú logiku uzavretia dohody obmedzujúcej

súťaž, keďže išlo o súťaž, ktorá bola otvorená neurčitému počtu záujemcov a nemohli nikomu zabrániť v podaní lepšej, víťaznej ponuky.

Účastníci konania predstavujú silné subjekty, ktoré sa štandardne zúčastňujú verejných súťaží obdobného rozsahu (či už ako uchádzači alebo podzhotovitelia). Uvedené je podporené aj vyjadreniami ostatných uchádzačov, ktorí si vyzdvihli súťažné podklady, ohľadom nespĺňania kritérií, ktoré boli v danej súťaži požadované. Kritériá nastavené v súťažných podkladoch v tomto prípade znížili možnosti podnikateľov s menšími kapacitami uspieť v danom tendri. Skutočnosť, že do súťaže sa mohla prihlásiť ktorákoľvek firma preto nevylučuje podľa názoru Rady úradu možnosť uzavretia koluzívnej dohody, s cieľom víťazstva v tendri, tak, ako predpokladala dohoda medzi nimi (pričom vzhľadom na silné postavenie uchádzačov tu jestvuje reálna šanca na úspech).

Rozklady účastníkov konania obsahujú aj ďalšie námietky smerujúce k neefektívnosti údajnej dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

Konkrétne podnikateľ Strabag, a.s. uvádzal, že možnosť kolúzie výrazne oslabuje nerovnaké postavenie jednotlivých účastníkov konania, konkrétne uvádza ako príklad podnikateľa Doprastav, a.s., ktorý realizuje veľké množstvo obdobných zákazok oproti ostatným účastníkom konania. Podnikateľ takisto vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že úrad skúmal viaceré súťaže za roky 2004 až 2006, pričom sa nepreukázali žiadne známky kolúzie, t.j. účastník konania nevidí zmysel údajnej dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, aké výhody by mala pre ostatných účastníkov.

K porovnaniu iných verejných súťaží s posudzovaným tendrom namietal aj podnikateľ Doprastav, a.s.. Podľa jeho názoru, uvedeného vo výzve pred vydaním rozhodnutia, nepreukázaním kolúzneho správania sa účastníkov konania pri predkladaní ponúk na druhý úsek výstavby diaľnice Mengusovce – Jánovce (úsek km 8.00 – 25.85) stráca celé konanie zásadný aspekt, a to všeobecnú prospešnosť pre všetkých účastníkov súťaže.

Rada úradu sa s námietkou podnikateľa Doprastav, a.s. nestotožňuje. Vysoká koncentrácia v sektore výstavby diaľnic a rýchlostných komunikácií, relatívne málo subjektov, ktorí sa opakovane stretávajú v súťaži o zákazky na výstavbu diaľnic a rýchlostných komunikácií je práve dôkazom, že takýto trh je náchylný na kolúziu.

Pokiaľ ide o námietku podnikateľov Doprastav, a.s. a Strabag, a.s. v súvislosti so skúmaním aj ďalších verejných súťaží, Rada úradu konštatuje, ako už je vyššie uvedené, že predmetom tohto správneho konania bolo len preskúmanie predmetnej verejnej súťaže na výstavbu diaľnice, úseku Mengusovce – Jánovce km 0,00 – 8,00. Postup účastníkov konania pri ďalších verejných súťažiach úrad ani Rada úradu v tomto správnom konaní nehodnotila, údaje z predmetných verejných súťaží boli použité ako argument, svedčiaci v prospech neštandardného výstupu účastníkov konania v predmetnej verejnej súťaži (mimoriadne konštantných cenových ponúk). Skutočnosť, že v ostatných prípadoch cenové ponuky takúto zhodu nevykazovali ešte neznamená, že aj v týchto prípadoch nemohlo dôjsť k uzavretiu dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, čo však Rada úradu v tomto prípade neskúmala.

Kolúziu účastníkov konania v posudzovanom tendri považuje Rada úradu za dostatočne preukázanú.

Naviac, ak aj podnikateľ po prvýkrát poruší súťažné právo, nie je možné túto skutočnosť zovšeobecniť tak, že keď doposiaľ nekonal protiprávne, tak aj jeho prvé protiprávne konanie nemožno označiť za porušenie zákona

Podnikateľ Skanska DS, a.s. v súvislosti s neefektívnosťou dohody tiež namieta, že cenové kritérium nebolo jediným kritériom pri hodnotení súťažných ponúk a teda dohoda len o cene nemohla byť zárukou víťazstva v tendri.

Rada úradu považuje túto námietku za neopodstatnenú. Kritériu cena zodpovedalo v predmetnej verejnej súťaži až 70 bodov z celkových 100, teda bola rozhodujúcim faktorom pri hodnotení jednotlivých súťažných ponúk.

Ďalších 20 bodov mohlo byť pridelených za splnenia kritéria miery vlastných dodávok, t.j. každý uchádzač, ktorý bol schopný realizovať maximálny podiel prác vlastnými dodávkami, mal automaticky na tieto body nárok.

Podobne zostávajúcich 10 bodov bolo prideľovaných za predchádzajúce skúsenosti, pričom za každú stavbu s hodnotou vyššou než 1 mld. dostali uchádzači 2 body, maximálne spolu 10.

To znamená, že za zostávajúce kritériá (okrem ceny) mohli všetci uchádzači, ktorí predložili ponuku, získať maximálny počet bodov, pričom ak účastníci konania vedeli, že za tieto kritériá im bude pridelený maximálny počet bodov (keďže mali vedomosť o vlastných skúsenostiach a zabezpečili aj splnenie požadovaného kritéria minima vlastných dodávok), bola pre nich otázka ceny podstatná a rozhodujúca pre úspešnosť v tendri.

Účastníci konania tiež argumentovali, že v danom prípade neexistuje predmet dohody, nakoľko predmetná verejná súťaž bola zrušená a z tohto dôvodu nemohli mať z údajného protisúťažného správania ani prospech. Zrušenie súťaže namietali aj vo vzťahu k neexistujúcim dopadom na trh.

Rada úradu uvedené nepovažuje za argument, ktorý by vyvracal možnosť uzavretia dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž. Pri podávaní súťažných ponúk uchádzači nemohli vedieť, že predmetná súťaž bude zrušená, podľa ich vyjadrení, ako aj podľa vyjadrení NDS uchádzači nepoznali cenu určenú štátnou expertízou, to znamená, že do verejnej súťaže išli s úmyslom, že ich dohoda je reálna.

Pokiaľ ide o neexistenciu negatívnych dopadov na trh, v prípade cieľových dohôd (ku ktorým patrí nepochybne aj dohoda o cenách) je irelevantné, či sa daná dohoda realizovala alebo nie, už svojou povahou a samotným cieľom ide o protisúťažné obmedzenie a nie je rozhodujúce, či v danom prípade nastali negatívne následky. Naviac, dôvodom zrušenia predmetnej verejnej súťaže bola práve ponúknutá cena, ktorá prekročila predpokladaný cenový strop, a ktorá bola dôsledkom dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž

Pokiaľ ide o námietku podnikateľa Mota Engil v súvislosti s argumentom úradu o nutnosti existencie aspoň troch uchádzačov v súťaži, Rada úradu sa s touto

námietkou stotožňuje. Takáto požiadavka nevyplýva zo žiadneho právneho predpisu, čo bolo potvrdené aj v rámci vyššie uvedeného výsluchu svedka z NDS.

Uvedené však nič nemení na skutočnosti, že podnikateľ Mota Engil sa predmetnej súťaže zúčastnil a podal súťažnú ponuku, ktorá vykazuje tak ako aj u ostatných uchádzačov neštandardnú zhodu (tak ako je bližšie špecifikované v predchádzajúcich statiach). Ako už bolo vyššie uvedené, podnikateľ Mota Engil sa ohľadom postupu pri príprave ceny vyjadril nasledovne: „...*rozhodlo sa, že sa nebude vykonávať detailnejší popis trhu, podporený štúdiou o cenovej ponuke materiálov, ale pripraví sa rozsiahlejšia a zbežná kalkulácia založená na skúsenostiach spoločnosti z medzinárodných trhov, najmä v strednej Európe a na základe komerčných informácií získaných zo slovenského trhu...*“.

Podľa názoru Rady úradu skúsenosti uchádzača na zahraničných trhoch (pred účasťou v predmetnej verejnej súťaži nepôsobil na slovenskom trhu) a všeobecne dostupné komerčné informácie použité pri tvorbe ceny nemohli zabezpečiť takú zhodu indexov jednotkových cien, ako v predmetnej verejnej súťaži. Mota Engil rovnako ako ostatní účastníci konania neposkytol žiadne objektívne zdôvodnenie pre zistenú zhodu indexov.

Účastníci konania (Doprastav, a.s., Betamont, s.r.o., Skanska DS, a.s.) tiež vo svojich rozkladoch namietali, že ich úloha v rámci prípravy súťažných ponúk bola obmedzená, keďže za prípravu ponuky boli zodpovední vedúci združení (t.j. Strabag, a.s. a Inžinierske stavby, a.s.). Predmetní lídri združení však naopak argumentovali, že ich úloha bola administratívna a formálna.

Účastníci konania neboli schopní predložiť podklady k predmetnej verejnej súťaži, pričom argumentovali ich zničením, resp., že tieto nie sú k dispozícii. Vzhľadom na uvedené a tiež vzhľadom na ich rozporné tvrdenia v tejto veci, Rada úradu preskúmala zmluvy, na základe ktorých vytvorili v predmetnej súťaži združenie/konzorcium.

Doprastav, a.s. sa v rámci rozkladu odvoláva na č. IV bod 2 a) Zmluvy o združení, ktorý znie: ...**[obchodné tajomstvo]**...

Rada úradu konštatuje, že uvedené neoprávňuje podnikateľa Strabag, a.s. samostatne vypracovať súťažnú ponuku, podľa tohto ustanovenia je subjektom zodpovedným za jej podanie, pričom musí byť podpísaná všetkými členmi združenia.

Aj z ďalších ustanovení predmetnej zmluvy vyplýva spoločná zodpovednosť za vypracovanie ponuky, napr.: ...**[obchodné tajomstvo]**...

Aj podľa Zmluvy o založení spoločného podniku medzi podnikateľmi Inžinierske stavby, a.s. a Skanska DS, a.s., podľa bodu 2.5 tejto zmluvy je ...**[obchodné tajomstvo]**...

Vychádzajúc z predmetných zmlúv, ktorým bolo ustanovené Združenie Mengusovce 1 a Konzorcium JV IS – Skanska, Rada úradu sa v tejto časti plne stotožňuje so záverom prvostupňového orgánu, že v danom prípade nemožno na základe zmlúv prisúdiť vypracovanie cenových ponúk lídrom.

Podnikateľ Doprastav, a.s. aj vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia opätovne namietal zodpovednosť ostatných členov konzorcií za údajné protiprávne konanie, keďže ponuky podľa jeho tvrdenia vypracovali lídri jednotlivých združení. Rada úradu však vzhľadom na vyššie uvedené argumenty zotrváva na svojich záveroch uvedených v predchádzajúcom texte.

Pokiaľ ide o podnikateľa Mota Engil, taktiež nepredložil požadované podklady k súťažnej ponuke, pričom v zastúpení pánom Ismaelom Gasparom, viceprezidentom, do zápisnice z výsluchu zo dňa 25. mája 2006 uviedol, že cit.: „...jediným človekom, ktorý mal na starosti prípravu ponuky bol spomínaný riaditeľ p. Frederico Santos, ktorý bol veľmi skúseným odborníkom, a keďže to bol prvý vstup na trhu, je u nás obvyklé, že to má na starosti jeden človek. Pokiaľ viem, p. Santos pracuje v Angole, hoci si nie som istý, či je to Angola alebo Mozambik, pokiaľ viem, mal by pracovať v Angole“. To znamená, ako uviedol predmetný účastník konania, súťažné podklady nie sú dostupné a nemôže ich Rade úradu predložiť.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že nebola vyjasnená základná otázka, a to aká bola príčina pre údajné koluzívne správanie sa strán. Ďalej uvádza že cit.: „Ak PMÚ zistil koordináciu správania účastníkov správneho konania vo Verejnej súťaži na úsek km 0,00-8,00, avšak nezistil takúto koordináciu vo verejnej súťaži na úsek km 8,00-25,85, tak zjavne dospel k záverom nezlučiteľným so základným – elementárnym predpokladom, z ktorého v odôvodnení rozhodnutia sám vychádzal – teda že dohoda obmedzujúca súťaž(koordinácia) má význam len v prípade, ak prináša výhody všetkým účastníkom dohody.“

Úrad je povinný v konaní posúdiť správanie podnikateľov z pohľadu, či toto nie je v rozpore so zákonom. V rámci posúdenia úrad posudzuje dopad správania podnikateľa na trh. Jeho úlohou nie je posúdenie príčin takéhoto správania. V súvislosti s výhodami, ktoré táto dohoda prináša jej stranám sa Rada úradu vyjadruje v inej časti textu tohto odôvodnenia.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. poukazuje ako na zásadné pochybenie nepreukázanie individuálnej účasti a úlohy spoločnosti Skanska DS, a.s. na dohode obmedzujúcej súťaži. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uvádza cit.: „ani úrad v rozhodnutí, ani Rada vo výzve neuviedla a nepredložila žiaden jednoznačný a koherentný dôkaz, ktorý by nepochybne preukazoval, že spoločnosť Skanska DS sa vedomo zúčastnila údajnej Dohody, alebo ktorý by preukázal, žeby vedomá účasť spoločnosti Skanska DS na údajnej Dohode bola jediným prijateľným vysvetlením pre údajné neštandardné podobnosti nájdené úradom medzi spoločnou ponukou predloženou Konzorciom IS/Skanska DS a ostatnými ponukami. V tejto súvislosti tiež poukazuje na prax komunitárnych súdov.

Možno súhlasiť s tvrdením spoločnosti Skanska DS, a.s. že vo všeobecnosti je potrebné preukázať účasť jednotlivých strán dohody na dohode obmedzujúcej súťaži, t.j. akou mierou na nej jednotlivé strany participovali. Rozhodne možno súhlasiť, že podporné závery k tomuto tvrdeniu možno nájsť v bohatej rozhodovacej praxi komunitárnych súdov. Každý prípad je však potrebné posudzovať jednotlivo a v konkrétnom právnom a ekonomickom kontexte daného prípadu. V prípade dohody

obmedzujúcej súťaži, ku ktorej dôjde napr. výmenou trhovu senzitivných informácií na niekoľkých stretnutiach podnikateľov, bude úrad preukazovať, napr. na koľkých z týchto stretnutí sa jednotliví účastníci dohody zúčastnili, do akej miery prispeli k výmene informácií a podobne. V takom prípade sú využívané predovšetkým dôkazy preukazujúce komunikáciu medzi stranami dohody. V prípade ako tento, kde ťažisko dôkazných prostriedkov je v tzv. ekonomických dôkazoch, je však situácia odlišná. Ekonomickým dôkazom môže byť určité správanie podnikateľov, napr. kolúzia ako v tomto prípade, a to za predpokladu, že kolúzia je jediným vysvetlením pre určitú situáciu, ktorá nastala, v tomto prípade mimoriadnu konštantnosť indexov v cenových ponukách. Rada úradu na základe dokazovania úradu ako aj jej doplneného dokazovania, dospela k tomu, že neexistuje iné prijateľné vysvetlenie pre takúto mieru zhody iba také, že došlo ku kolúzii medzi členmi dvoch združení a podnikateľom Mota Engil, pričom miera ich participácie na kolúzii je rovnaká. Situácia, ktorá nastala, t.j. mimoriadna konštantnosť indexov v cenových ponukách týchto dvoch združení a Mota Engil mohla byť iba výsledkom kolúzie všetkých týchto účastníkov. Úrad je povinný v konaní preukázať protiprávne konanie strán dohody, na druhej strane, na účastníkoch konania je dôkazné bremeno, aby preukázali, že sa protiprávneho konania nedopustili a vyvrátiť dôkazy zhromaždené proti nim úradom. Bolo teda na účastníkoch konania, aby úradu, resp. Rade úradu predložili iné alternatívne, nespochybniteľné vysvetlenia pre mimoriadnu konštantnosť indexov v cenových ponukách. V tejto súvislosti možno poukázať na prípad Európskej Komisie vo veci Cement⁷. V súvislosti s vyššie citovaným vyjadrením spoločnosti Skanska DS, a.s. o potrebe dôkazu jej vedomej účasti na dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž Rada úradu opakovane uvádza, že zákon je založený na objektívnej zodpovednosti.

Spoločnosť Skanska DS, a.s. poukazuje vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia na to, že Rada úradu sa nezaoberala jej tvrdením, že cit. : „...cenová ponuka Konzorcía IS/Skanska mohla byť prezradená alebo ukradnutá v posledných dňoch predchádzajúcich poslednému dňu na podávanie záväzných ponúk v súťaži, a prezradené/ukradnuté ceny sa tak mohli stať orientačným základom iných „korelujúcich záväzných ponúk“...je zjavné, že toto iné vysvetlenie „korelujúcich cenových ponúk“ je rozumne prijateľné, napriek tomu sa však Rada týmto iným vysvetlením vôbec nezaoberala a neskúmala ho“.

Nie je v kompetencii úradu, ani Rady úradu preskúmať možnú krádež dokumentov, ktoré tvorili cenovú ponuku. Dôkazné bremeno, ako už bolo vyššie uvedené je v tomto smere plne na strane účastníka konania. Podnikateľ Skanska DS, a.s. vyslovil hypotetické domnienky o možnej krádeži bez predloženia akýchkoľvek dôkazov, ktoré by mohla Rada úradu vziať do úvahy.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že cit.: „...v tomto prípade je potrebné aplikovať tiež komunitárne súťažné právo, predovšetkým rozhodovacou praxou Európskeho súdneho dvora a Súdu prvej inštancie, tak pokiaľ ide o preukázanie naplnenia všetkých znakov skutkovej podstaty dohody obmedzujúcej súťaž resp. zosúladeného postupu podnikateľov, ako aj vo vzťahu k rešpektovaniu všetkých procesných práv účastníkov, najmä práva na

⁷ Rozhodnutie Európskej Komisie z 30.11.1994 č. 98/815/EC, OJ L 343 (30.12..1994)

spravodlivý proces a účinnú obhajobu, práva byť vypočutý a byť riadne a úplne oboznámený so všetkými relevantnými skutočnosťami a podkladmi prípadu.“

Pokiaľ ide o aplikáciu komunitárneho súťažného práva úrad v tomto konaní aplikoval na základe kompetencie mu danej § 22 ods. 1 písm. b) zákona čl. 81 Zmluvy, t.j. hmotné právo. Podľa § 2 ods. 3 sa ustanovenia §§ 22 až 40 zákona (ktoré upravujú konanie a ukladanie pokút) vzťahujú aj na postup úradu, keď úrad posudzuje činnosti a konania podnikateľov podľa čl. 81 a 82 Zmluvy, a to na základe Nariadenia Rady (ES) č. 1/2003 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže ustanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva.

Sumarizácia a záver posúdenia konania účastníkov

Na základe skutočností uvedených v predchádzajúcej časti Rada úradu dospela k záveru, že v tomto prípade došlo k uzavretiu dohody obmedzujúcej súťaž podľa čl. 81 ZES a § 4 ods. 3 písm. a) a f) zákona medzi podnikateľmi Doprastav, a.s., Strabag, a.s., Betamont, s.r.o., Skanska DS, a.s., Inžinierske stavby, a.s. a Mota Engil, pričom zodpovednosť jednotlivých účastníkov konania za uzavretie dohody je podľa názoru Rady úradu rovnaká.

Rozhodujúcim dôkazom je zhoda cenových ponúk (indexov jednotkových cien jednotlivých položiek) jednotlivých uchádzačov v predmetnej verejnej súťaži, ktorá je výrazná, neštandardná a ktorú nie je možné objektívne zdôvodniť. Táto skutočnosť bola dostatočne preukázaná viacerými nezávislými zdrojmi – stanovisko obstarávateľa, stanovisko experta, ekonomická analýza cenových ponúk v obdobných verejných súťažiach a ich porovnanie s predmetnou verejnou súťažou.

Účastníci konania pritom nepredložili žiadne uspokojivé a objektívne vysvetlenie takejto zhody.

Ani jedno z účastníkov predložených alternatívnych vysvetlení (softvér od obstarávateľa, zaokrúhlenie na dve desatinné miesta, identickí podzhotovitelia, odporúčané cenníky) nemohlo spôsobiť zhodu cenových ponúk a argumenty účastníkov konania v tomto smere boli v predchádzajúcom texte vyvrátené. Naviac podnikateľ Skanska, DS, a.s. ako argument na zdôvodnenie takej konštantnosti indexov použil možnú krádež jeho cenovej ponuky, čím len zvýraznil absenciu existencie iných objektívnych zdôvodnení, než umelý zásah do cien prostredníctvom koordinácie účastníkov verejnej súťaže.

Takisto bolo viacerými podkladmi preukázané, že účastníci mali dlhodobu vytvorenú nielen dostatočný priestor na komunikáciu, ale v rozhodnom období ohľadom cenových ponúk do predmetnej verejnej súťaže aj komunikovali, pričom výmena informácií o cenách medzi konkurentmi je podľa súťažného práva neprípustná a zakázaná.

Pretože firmy majú dávať svoje nezávislé ponuky na základe svojich individuálnych prepočtov a zámerov v danom tendri, bez toho, aby si vymenili informácie a bez toho, aby koordinovali svoj postup pri príprave ponúk do tendra nie je možné dospieť k takej konštantnosti indexov. Neexistuje iné, objektívne vysvetlenie takej zhody indexov pri porovnaní jednotkových cien.

Je potrebné tiež uviesť, že sektor verejného obstarávania je oproti iným sektorom zvlášť náchylný na kolúziu, a to vzhľadom na jeho charakteristiku, t.j.:

- vysoká koncentrácia trhu a relatívne málo podnikateľských subjektov, ktoré sa zúčastňujú verejných súťaží na výstavbu diaľnic a rýchlostných komunikácií,
- úzky okruh tých istých subjektov, ktorí sa opakovane zúčastňujú verejných súťaží, pričom v jednotlivých verejných súťažiach sa stretávajú v rôznych pozíciách – ako konkurenti, ako vzájomní podzhotovitelia, resp. ako spolupracovníci, čo umožňuje dohodnúť si výhodné riešenie pre všetkých v časovom slede a umožňuje dohodnúť si vzájomné kompenzácie,
- vopred definovaný produkt, t.j. obstarávateľ definuje nielen celkový produkt (t.j. požiadavky na stavbu v tomto prípade), ale aj štruktúru cenovej ponuky, čo podnikateľom uľahčuje kolúziu a vzájomnú kontrolu dohodnutého postupu,
- vysoký stupeň transparentnosti trhu (verejné otváranie obálok, zverejnenie konečných cien vzájomných konkurentov), čo umožňuje lepšie poznať konkurenčne senzitívne informácie a tiež kontrolu dodržania dohody

Charakteristika sektora uľahčuje uzavretie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

Námietky súvisiace s procesným postupom úradu

Rada úradu sa predovšetkým stotožňuje s námietkami účastníkov konania, že Dohovor o ľudských právach sa aplikuje aj na konanie pred správnymi orgánmi a považuje konštatovania prvostupňového orgánu v tomto smere za nesprávne. V tomto zmysle Rada úradu aj postupovala a vysporiadala sa so všetkými námietkami účastníkov konania týkajúcimi sa porušenia ich práv daných predmetným Dohovorom.

Podnikatelia Skanska DS, a.s., Doprastav, a.s. a Inžinierske stavby, a.s. namietali porušenie Dohovoru o ľudských právach, konkrétne nestrannosť správneho orgánu, pričom namietali, že úrad vo výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol svoj predbežný záver, že ide o dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž. Inžinierske stavby, a.s. túto skutočnosť namietali aj vo vzťahu k výzve pred vydaním rozhodnutia zaslanej im Radou úradu. Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. uvádza cit. : „Ako môže byť PMÚ nezávislým a spravodlivým tribunálom ak už vopred vydal predbežný názor, ktorým zaujíma postoj k meritu veci? Preto z dôvodu, aby Slovenská republika neporušila svoje záväzky podľa článku 1 Dohovoru, by mal PMÚ odmietnuť svoju právomoc konať vo veci, inak by bol postup PMÚ v Prípade v rozpore s Dohovorom. Navyše, vyššie spomínané je rovnako v rozpore s článkom 6-2 Dohovoru „Každý kto je obvinený z trestného činu, sa považuje za nevinného, dokiaľ jeho vina nebola preukázaná zákonným spôsobom“.“

Ustanovenie § 33 zákona stanovuje pre úrad povinnosť informovať účastníkov konania o záveroch prešetrovania. V prípade skúmania konania, ktoré môže predstavovať správny delikt vo forme dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, takýmto záverom môže byť jedine predbežný názor úradu, že v danom prípade došlo/nedošlo k uzavretiu takejto dohody, prípadne, že sa vo veci nemalo konať/dôvod konania odpadol a pod. Takýto záver úrad účastníkom konania aj predložil, pričom uviedol, že ide len o predbežný záver. Uvedené vyplýva z povahy inštitútu výzvy pred vydaním rozhodnutia, t.j. účastníci môžu využiť svoje právo (ktoré

majú aj počas celého konania) predkladať úradu argumenty a podklady s cieľom odôvodniť, prečo je predbežný názor úradu nesprávny.

Účastníci konania si pritom vo svojich tvrdeniach odporujú, keď na jednej strane namietajú nestrannosť správneho orgánu a prejudikovanie rozhodnutia, no na druhej strane namietajú, že úrad porušil ich právo na obhajobu a tiež § 33 zákona keď neuviedol všetky náležitosti, ktoré podľa § 33 zákona má výzva obsahovať.

V súvislosti s tvrdením podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. je tiež potrebné uviesť, že v prípade, ak by úrad, resp. Rada úradu, postupovala tak ako to navrhuje účastník konania, t.j. aby odmietli svoju kompetenciu, v predmetnej veci by nemal kto rozhodnúť. Úrad má však na základe zákona, v prípade zistenia porušenia súťažných pravidiel, povinnosť konať a rozhodnúť. Rada úradu konštatuje, že jej postupom ani postupom úradu, nedošlo k porušeniu článku 6-2 Dohovoru, ktorý cituje účastník konania. V tomto konaní bolo zákonným spôsobom preukázané porušenie zákona formou uzatvorenia dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, pričom treba zdôrazniť, že účastníci tejto dohody sú považovaní za zodpovedných zo spáchania správneho deliktu až na základe právoplatného rozhodnutia a je teda rešpektovaná aj v prípade tohto správneho konania prezumpcia nevinu.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. (ako aj ďalší účastníci konania) namietal, že bolo porušené právo účastníkov konania na spravodlivý proces, keďže výzva úradu ako aj Rady úradu neobsahovala potrebné náležitosti.

Rada úradu preskúmala predmetné výzvy zaslané účastníkom konania úradom podľa § 33 zákona a dospela k záveru, že v danom prípade boli obe výzvy na vyjadrenie síce stručné, avšak obsahovali predbežné závery úradu (t.j. účastník konania vedel, z akého skutku je obviňovaný) a tiež obsahovali údaj o tom, z ktorých podkladov pri formovaní svojho predbežného záveru vychádzal (analýza cenových ponúk uchádzačov v predmetnej verejnej súťaži, znalecký posudok, odôvodnenie aplikácie čl. 81 ZES). Takže vo výzve bola v zmysle § 33 zákona podaná účastníkom konania informácia o záveroch prešetrovania, ako aj podklady pre tieto závery. Spôsob zistenia všetkých uvedených podkladov (t.j. zdroj, z ktorého pochádzali a forma, akou boli podklady získané) vyplýval pritom priamo zo spisového materiálu. To znamená, že nešpecifikovanie spôsobu zistenia podkladov vo výzve nemohlo byť podľa Rady úradu na ujmu účastníkov konania.

Výzva pred vydaním rozhodnutia zaslaná účastníkom konania Radou úradu v súlade s § 33 zákona obsahovala všetky náležitosti, ktoré požaduje zákon. Výzva má obsahovať predbežné závery, ku ktorým správny orgán dospel a nemožno ju zamieňať s odôvodnením rozhodnutia, ktoré musí napĺňať ustanovenie § 47 správneho poriadku.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietol, že nebol vo výzve podľa § 33 zákona informovaný, či Rada úradu výšku pokút uložených prvostupňovým orgánom zmení a či obrat zistený prvostupňovým orgánom považuje za správny.

Rada úradu otázku výšky pokuty nepovažuje za záver v zmysle § 33 zákona, o ktorom je potrebné informovať účastníka konania. V prípadoch, že Rada úradu zistí

v druhostupňovom konaní pochybenia prvostupňového orgánu v súvislosti s ukladaním pokuty, vždy o tom účastníka konania vo výzve informuje.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. tiež namietal, že mu neboli sprístupnené určité dokumenty, tvoriace podklady pre rozhodnutie, s odôvodnením, že ide o predmet obchodného tajomstva, čo účastník konania považuje za porušenie práva na obhajobu. Podnikateľ Skanska DS, a.s. v tejto súvislosti uviedol, že cit.: „Účinná obhajoba okrem iného vyžaduje i prístup k všetkým dôkazom a skutočnostiam, ktoré sú pokladom rozhodnutia. Zdôrazňujeme, že Rada sa nemôže odvolávať na obchodné tajomstvo u podkladov, ktoré môžu mať význam pre rozhodnutie, resp. ktorými možno objasniť skutkový stav veci.“ Konkrétne namieta účastník konania nesprístupnenie nasledovných podkladov:

- jednotkové ceny ďalších verejných súťaží (predmetné verejné súťaže sú špecifikované v časti Protiprávne konanie), vrátane jednotkových cien novej verejnej súťaže na úsek diaľnice Mengusovce – Jánovce km 0,00 – 8,00
- zápisy z gremiálnych porád podnikateľa Doprastav, a.s. získané v priebehu inšpekcie (spis II. stupeň, spis.č. 36/4,5),
- v rámci prvostupňového konania namieta nesprístupnenie analýzy, na základe ktorej úrad postavil svoje tvrdenie, že neexistuje dôkaz, že strany koordinovali svoje správanie v druhej verejnej súťaži týkajúcej sa Diaľnice D1 Mengusovce – Jánovce, úsek 8,00 – 25,85 a údaje a analýzu, z ktorých vychádza stanovisko NDS.

Rada úradu k uvedenému konštatuje, že v zmysle zákona je úrad, ako aj Rada úradu povinná zodpovedajúcim spôsobom chrániť údaje tvoriace obchodné tajomstvo. V prípade, že ide o podklady alebo informácie, ktoré sú dôležité pre rozhodnutie vo veci, má právo vyžiadať si iné znenie predmetných podkladov. Pokiaľ ide o účastníkom konania namietané nesprístupnenie jednotkových cien vybraných verejných súťaží, v tomto prípade nebolo možné požiadať všetkých dotknutých podnikateľov o iné znenie informácií, keďže išlo o konkrétne čísla (jednotkové ceny). Rada úradu však sprístupnila účastníkom konania ňou vykonané porovnania jednotkových cien predmetných verejných súťaží (t.j. verziu porovnania, ktorá neobsahuje jednotkové ceny samotné, len indexy, ktoré vznikli porovnaním týchto jednotkových cien), pričom ako podklad pre rozhodnutie vo veci je dôležité práve toto porovnanie jednotkových cien uchádzačov v danej verejnej súťaži, a nie jednotkové ceny ako také.

Pokiaľ ide o zápisy z gremiálnych porád podnikateľa Doprastav, a.s., Rada úradu konštatuje, že ako podklad pre rozhodnutie boli použité len informácie o pracovných stretnutiach, ktoré boli súčasťou predmetných zápisníc. Súhrn pracovných stretnutí bol ako samostatný podklad účastníkom konania poskytnutý.

Pokiaľ ide o nesprístupnenie analýzy úradu, o neexistencii dôkazu, že strany koordinovali svoje správanie aj v druhej verejnej súťaži, takáto analýza ani nemohla byť účastníkom konania poskytnutá, keďže neexistuje. Úrad, ako aj účastníci konania, mali k dispozícii cenové ponuky uchádzačov na predmetný úsek v elektronickej podobe. Pri podieloch jednotkových cien týchto cenových ponúk sa nepreukázala taká miera zhody v indexoch ako v prípade posudzovaného úseku. Rada úradu tiež nemá k dispozícii analýzu NDS, ktorá predchádzala vydaniu jej vyjadrenia, t.j. stanoviska na ktoré sa účastník konania odvoláva.

Účastník konania Skanska DS, a.s. tiež v rozklade namieta, že úrad nepoužil všetky prostriedky na získavanie dôkazov, ktoré mu zákon dáva k dispozícii.

Rada úradu s poukazom na § 34 správneho poriadku konštatuje, že je na správnom orgáne, aké prostriedky pri získavaní dôkazov v danom prípade zvolí, pričom prvostupňový orgán prostredníctvom ním zvolených prostriedkov dokazovania získal rozhodujúce dôkazy, na základe ktorých podľa názoru Rady úradu dohodu obmedzujúcu súťaž dostatočne preukázal.

Rada úradu na základe potreby reagovať na námietky účastníkov konania predložené v rozkladoch vykonala doplnenie dokazovania aj s využitím podnikateľom uvádzaných nástrojov, keďže takýto spôsob získavania dôkazov bol podľa uváženia Rady úradu v danom prípade, pre daný typ hľadaných dôkazov, najefektívnejší.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že dôkazy vykonané v druhostupňovom konaní a to, vypočutie svedkov, vypočutie účastníka konania Mota Engil, písomné žiadosti o poskytnutie informácií a inšpekcie vykonané v priestoroch spoločností Inžinierske stavby, a.s. a Doprastav dohromady presahujú kompetencie Rady úradu podľa § 59 ods. 1 správneho poriadku. Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. tvrdí, že takýmto postupom Rady úradu došlo k porušeniu základných princípov „spravodlivého procesu“.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol, že cit.: „...Rada vzhľadom na rozsah vykonaného dokazovania v odvolacom konaní a rozsah nových skutkových zistení fakticky v rozpore so správnym poriadkom nahradila konanie prvostupňového orgánu a koná o veci ako o novej, ktorá nebola predmetom rozhodnutia.“

K vyššie uvedeným námietkam ohľadom vykonávania dokazovania v rozkladovom konaní, Rada úradu uvádza, že v súlade s § 59 ods. 1 správneho poriadku, je odvolací orgán oprávnený v prípade, že to je nevyhnutné, doterajšie konanie doplniť, prípadne zistené vady odstrániť.

Rada úradu pri svojom postupe v súvislosti s doplnením dokazovania v tomto konaní vychádzala z potreby, aby konečné rozhodnutie bolo založené na spoľahlivo zistenom skutkovom stave, ale súčasne brala zreteľ na to, aby nedošlo k doplneniu dokazovania v takom rozsahu, že nové dôkazy by v konečnom dôsledku spôsobili, že druhostupňové rozhodnutie by bolo založené na celkom iných podkladoch ako prvostupňové, čím by sa narušil dôležitý princíp dvojínštancnosti správneho konania. Pokiaľ ide o konkrétne procesné úkony Rady úradu, ktoré účastníci konania namietajú, je potrebné podotknúť, že Rada úradu môže doplniť dokazovanie akoukoľvek formou, ktorú pripúšťa zákon. Zákon nevylučuje, aby Rada úradu ako druhostupňový orgán v rámci doplneného dokazovania vykonala napr. výsluch svedka, výsluch účastníka konania alebo uskutočnila inšpekcie, a to aj napriek tomu, že prvostupňový orgán takéto dokazovanie neuskutočnil. Rozhodujúce je, aby dôkazy takto získané nemali za následok, že Rada úradu rozhodne na základe iných podkladov ako prvostupňový orgán. V tomto prípade nie je možné konštatovať, že Rada úradu rozhodovala na základe iných podkladov ako prvostupňový orgán. Rada úradu vykonala dokazovanie, pričom však treba uviesť, že zistenia a dôkazy, ktoré

toto doplnené dokazovanie prinieslo nie sú ani počtom ani významom takého charakteru, aby ich nebolo možné použiť v druhostupňovom konaní. Zároveň treba zdôrazniť, že zohľadnenie nových dôkazov v rozkladovom konaní nie je vylúčené. Je potrebné odmietnuť tvrdenie účastníka konania Skanska DS, a.s., že Rada úradu koná v druhostupňovom konaní o novej veci, ktorá nebola predmetom prvostupňového konania a rozhodnutia. Ako je už uvedené v inej časti tohto odôvodnenia, Rada úradu síce zmenila výrok prvostupňového rozhodnutia, nie však z dôvodu odlišného vymedzenia skutku alebo odlišnej právnej kvalifikácie. V tomto ohľade sa Rada úradu stotožnila plne so záverom prvostupňového orgánu a neposudzovala teda iné konanie ako prvostupňový orgán. Doplnenie dokazovania zamerané na lepšie objasnenie priebehu verejnej súťaže a preukázanie existencie komunikačnej platformy, nemôže byť v nijakom prípade hodnotené ako konanie o novom skutku. V tejto súvislosti je potrebné ešte dodať, že rozkladový orgán postupuje pri preskúmaní prvostupňového rozhodnutia samostatne a nezávisle na zistení, hodnotení a stanovisku orgánu prvého stupňa. Posudzuje ho samostatne po právnej i skutkovej stránke, pričom nie je viazaný ani skutkovým stavom, ktorý zistil prvostupňový orgán a do úvahy berie aj skutočnosti, ktoré tomuto orgánu neboli známe.

Prvostupňový orgán podľa názoru Rady úradu dostatočne odôvodnil uzavretie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž medzi účastníkmi správneho konania. Rada úradu ako odvolací (rozkladový) orgán vykonala v tomto prípade doplnenie dokazovania, pričom podklady, ktoré v rámci došetrovania zaistila, predstavujú len dodatočné a doplňujúce dôkazy, k rozhodujúcim dôkazom predloženým prvostupňovým orgánom.

Rada úradu z doplneného dokazovania predovšetkým vyvodila závery, že medzi účastníkmi konania existovala komunikačná platforma, ktorá im vytvárala dostatočný priestor pre dohodu, čo účastníci konania ani nepopreli. Zo všetkými výsledkami doplneného dokazovania sa mali účastníci konania možnosť oboznámiť, rovnako tak im boli prezentované predbežné závery Rady úradu z nich vyvedené, a to vo výzve pred vydaním rozhodnutia zaslanej im v súlade s § 33 zákona.

Vzhľadom na uvedené skutočnosti Rada úradu zastáva názor, že v danom prípade nedošlo k procesnému pochybeniu, ktoré by malo vplyv na zákonnosť predmetného rozhodnutia.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. ďalej namietal priebeh inšpekcie vykonanej počas druhostupňového konania v priestoroch podnikateľa Inžinierske stavby, a.s.. V tejto súvislosti podnikateľ Inžinierske stavby a.s. uviedol cit.: „Dňa 23. mája 2006 zamestnanci PMÚ začali inšpekciu v priestoroch ISK pričom počas inšpekcie zamestnanci PMÚ neoprávnene zabavili, odviezli a ponechali si určité dokumenty a podklady ISK (v písomnej alebo elektronickej forme). ISK obzvlášť zdôrazňuje skutočnosť, že počas inšpekcie v ISK zamestnanci PMÚ zhromažďovali určité podklady a dokumenty – teda bez uvedenia, ktoré podklady vyžadujú. Zo zápisnice inšpekcie jasne vyplýva, že v niektorých prípadoch to bol celý spis, alebo počítač, ktorý bol vyžadovaný zo strany zamestnancov PMÚ nie však konkrétna informácia alebo dokument, nachádzajúci sa v danom spise alebo počítači. Ani spisy ani počítače však vôbec nenapĺňajú definíciu ktoréhokoľvek z pojmov „informácia“ a/alebo „podklady“. Spisy alebo počítače, rovnako ako napríklad obydlie či dom sú

sami o sebe len kontajnerom pre dokumenty. Požiadavka na spis alebo počítač a následné svojvoľné skúmanie a/alebo zbieranie informácií tam obsiahnutých je ekvivalentom zabavenia vyššie uvedených podkladov.“ Účastník konania Inžinierske Stavby, a.s. na základe vyššie uvedeného trvá na tom, že cit.: „...informácie/dokumenty uvádzané v článkoch 2.2 faxová správa od spoločnosti ISK spoločnosti Doprastav, 2.3 PC zamestnanca spoločnosti Dopastav, 2.4 komunikačná platforma a v 2.5 informácie v PC pána Jaroslava Jarábeka boli získané nezákonne a nemôžu byť pripustené ako dôkazy v predmetnom konaní.“

K tejto námietke Rada úradu uvádza nasledovné. Podľa § 22 ods. 3 zákona pri plnení úloh podľa zákona majú zamestnanci úradu na základe písomného poverenia predsedu úradu právo vstupovať do všetkých objektov, priestorov alebo dopravných prostriedkov podnikateľa, ktoré súvisia s činnosťou alebo s konaním podnikateľa podľa § 3 ods. 2 s cieľom vykonať inšpekciu.

Podľa § 22 ods. 2 zákona v súvislosti s plnením úloh podľa zákona a podľa osobitného predpisu (Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16.12.2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže ustanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva) majú zamestnanci úradu, ako aj tí, ktorí boli poverení plnením úloh patriacich do pôsobnosti úradu právo vyžadovať od podnikateľov, ako aj od vedúcich zamestnancov podnikateľa, štatutárnych orgánov podnikateľa alebo od členov štatutárnych orgánov podnikateľa, od kontrolných orgánov podnikateľa alebo od členov kontrolných orgánov podnikateľa alebo od iných zamestnancov podnikateľa informácie a podklady, ktoré sú nevyhnutné na činnosť úradu, najmä účtovné a obchodné podklady alebo právne dokumenty bez ohľadu na nosič, na ktorom sú zaznamenané, a vyhotovovať z nich kópie a výpisy alebo vyžadovať ich úradne overené preklady do slovenského jazyka. Majú právo vyžadovať aj ústne alebo písomné vysvetlenie a vyhotovovať si zvukový záznam z ústne podaného vysvetlenia.

Na zabezpečenie získania týchto podkladov majú zamestnanci úradu právo

- a) zapečatiť tieto podklady a dokumenty alebo zapečatiť objekty a priestory, v ktorých sa vykonáva inšpekcia podľa odseku 3 na určitý čas a v rozsahu nevyhnutnom na vykonanie prešetrovania úradom,
- b) odňať tieto podklady a dokumenty na nevyhnutný čas s cieľom vyhotoviť kópie alebo získať prístup k informáciám, ak úrad nemôže počas výkonu inšpekcie podľa odseku 3 alebo 4 najmä z technických dôvodov získať prístup k informáciám alebo vyhotoviť kópie podkladov. O tom urobí záznam do zápisnice.

Podľa § 22 ods. 8 zákona Zamestnanci úradu sú oprávnení po bezvýslednej výzve na umožnenie vstupu vymôcť si vstup do všetkých objektov, priestorov a dopravných prostriedkov podľa odseku 3 alebo 4. Zamestnanci úradu sú pri inšpekcii podľa odseku 3 alebo 4 oprávnení po bezvýslednej výzve na poskytnutie informácií a podkladov podľa odseku 2 vykonať inšpekciu objektov, priestorov alebo dopravných prostriedkov a vymôcť si prístup k informáciám a podkladom prekonaním odporu alebo vytvorenej prekážky. Úrad je oprávnený prizvať iné osoby spôsobilé na zabezpečenie prekonania prekážky. O tom urobí záznam do zápisnice.

Z vyššie citovaných ustanovení zákona je zrejmé, že pri výkone inšpekcie sú zamestnanci úradu oprávnení vyžadovať akékoľvek informácie a podklady, ktoré sú nevyhnutné na činnosť úradu. Zákon demonštratívne uvádza, že sú to najmä účtovné, obchodné a právne dokumenty, a to bez ohľadu na nosič, na ktorom sú zaznamenané. Cieľom inšpekcie je nájsť dôkazy na preukázanie porušenia zákona. V závislosti od toho, kedy sa inšpekcia vykonáva, či v čase už začatého konania, alebo ešte pred začatím konania, resp. ak je to v priebehu konania, v závislosti na tom aký súbor informácií už má úrad v dispozícii, si potom úrad na mieste samom vyžiada od podnikateľa informácie a dokumenty. V určitých prípadoch ak má úrad už pred začatím inšpekcie vedomosť o existencii určitého dôkazu, napr. na základe iného dôkazu, môže byť predmetom inšpekcie práve hľadanie daného konkrétneho dôkazu. V iných prípadoch sa však môže inšpekcia vykonať bez toho, že by úrad mal vedomosť o existencii konkrétneho dôkazu a predmetom inšpekcie je preto nájdenie akýchkoľvek dôkazov, ktoré by potvrdili existenciu porušenia zákona. Ak by jediným možným spôsobom ako viesť inšpekciu bolo iba vyžiadanie si konkrétneho podkladu alebo konkrétnej informácie, ako to uvádza podnikateľ Inžinierske stavby, a.s., kompetencie úradu, ako aj Rady úradu, by boli obmedzené do takej miery, že by to marilo účel a zmysel celej inšpekcie. Inými slovami úrad by už pred vykonaním inšpekcie musel mať vedomosť o existencii dôkazov, ktoré by mali preukázať porušenie, pričom v skutočnosti práve inšpekcie sú jedným z najefektívnejších nástrojov, a to aj v komunitárnom práve, na odhalenie takýchto dôkazov. Získanie či už nepriamych, ale najmä priamych dôkazov inými spôsobmi ako inšpekciou je v súčasných podmienkach, pri zvyšujúcom sa právnom povedomí podnikateľov, čoraz náročnejšie. Pokiaľ ide o samotný priebeh inšpekcie v priestoroch podnikateľa Inžinierske stavby, a.s., nebolo potrebné využiť ustanovenia § 22 ods. 8 zákona, pretože zamestnanci podnikateľa spolupracovali s členmi inšpekčného tímu. Keďže predmetom inšpekcie nebolo hľadanie konkrétneho dokumentu, inšpekcia bola zameraná na získanie akejkoľvek informácie alebo dokladu, ktorý by mohol byť použitý ako dôkaz v konaní a tak bola celá inšpekcia aj vedená. Členovia inšpekčného tímu si na začiatku inšpekcie vyžiadali konkrétne dokumenty z ktorých by mohli byť získané najmä nepriame dôkazy ako aj informácie napomáhajúce ďalšiemu priebehu inšpekcie ako napr. knihu návštev, cestovné príkazy, telefónny zoznam zamestnancov a pod. a následne vykonali inšpekciu niektorých vybraných priestorov. Jednalo sa o archív a kancelárie osôb, ktoré podľa názoru členov inšpekčného tímu mohli byť zainteresované, vzhľadom na svoju funkciu, v danom protisúťažnom konaní. Inšpekcia kancelárii prebiehala tak, že vedúca inšpekčného tímu požiadala o otvorenie určitých skríň s otázkou čo sa v nich nachádza a či sa môže do príslušných dokumentov nazrieť. Na základe súhlasného vyjadrenia jednotlivých zamestnancov podnikateľa Inžinierske stavby boli určité dokumenty prezreté, s tým, že z dokumentov, z ktorých vyplývala určitá súvislosť s predmetom konania boli vyhotovené kópie. Inšpekcia v daných priestoroch sa robila za účasti zodpovedného zamestnanca podnikateľa Inžinierske stavby, a.s. alebo s jeho výslovným súhlasom. Právny zástupca sa mohol na mieste samom oboznámiť so všetkými dokumentmi, z ktorých boli vyhotovené kópie. Zákon umožňuje získať informácie bez ohľadu na nosič, na ktorom sú zaznamenané a teda aj z osobných počítačov. Keďže bolo potrebné oboznámiť sa s informáciami zaznamenanými v niekoľkých počítačoch, čo nebolo možné vykonať, z časového hľadiska, na mieste vykonávania inšpekcie, boli vyhotovené kópie v nich zaznamenaných údajov. Z výsledkami prehľadávania osobných počítačov sa mali možnosť účastníci konania oboznámiť prostredníctvom nahliadnutia do spisu. Rovnakým spôsobom boli

uskutočnené aj inšpekcie v priestoroch podnikateľa Doprastav, a.s.. Vzhľadom na uvedené, dôkazy získané počas vykonaných inšpekcií nemožno považovať za získané v rozpore so zákonom.

Podnikateľ Strabag, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal procesné pochybenia aj zo strany Rady úradu, a to konkrétne porušenie zásady postupovať v konaní v úzkej súčinnosti s účastníkmi konania, dať im vždy príležitosť, aby mohli účinne obhajovať svoje práva a záujmy, najmä sa vyjadriť k podkladu rozhodnutia, uplatniť svoje návrhy, pričom poukazuje na § 3 ods. 4 správneho poriadku (spoľahlivé zistenie skutkového stavu veci). Namietala tiež porušenie § 33 ods. 1 správneho poriadku, v ktorom sa deklaruje právo účastníka konania navrhovať dôkazy (resp. ich doplnenie) a právo klásť znalcom a svedkom otázky pri ústnom pojednávaní a porušenie § 33 ods. 2 správneho poriadku (právo na vyjadrenie pred vydaním rozhodnutia).

Nad rámec námietok uvádzaných v rozklade, podnikateľ Mota Engil vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietala, porušenie práva na obhajobu aj zo strany Rady úradu, a to skutočnosťou, že podnikateľ nebol zo strany Rady radu informovaný o uskutočňovaní svedeckých výpovedí a nebolo mu umožnené, aby kládol svedkom otázky.

Rada úradu predovšetkým konštatuje, že podnikateľ Strabag, a.s. vo svojom vyjadrení neuviedol konkrétne, ktorých úkonov vykonaných v rámci druhostupňového konania sa mali predmetné porušenia práva na obhajobu a porušenia zásady súčinnosti týkať. V rámci druhostupňového konania boli podnikateľovi Strabag, a.s., ako aj ostatným účastníkom konania umožnené všetky štandardné úkony, aby mal možnosť oboznámiť sa so spisovým materiálom – nahliadanie do spisov, výpisy, kópie spisového materiálu. Podnikateľovi Strabag, a.s. bola riadne doručená výzva na vyjadrenie pred vydaním rozhodnutia, s lehotou na vyjadrenie do 10 dní, ktorá bola na základe žiadosti podnikateľa následne predĺžená o 7 dní, pričom túto lehotu pokladala Rada úradu za dostatočnú.

Vo vzťahu k namietanému porušeniu zásady súčinnosti Rada úradu považuje námietky účastníkov konania za neopodstatnené. V rámci druhostupňového konania nebolo nariadené ústne pojednávanie, to znamená, že právo účastníka konania klásť na takomto pojednávaní otázky svedkom a znalcom nebolo porušené. V rámci rozkladového konania boli vykonané výsluchy svedkov podľa § 35 správneho poriadku, nie však vo forme ústneho pojednávania. Podnikateľ Skanska DS, a.s. vzniesol námietku, že nebol vopred informovaný o mieste a čase výsluchu svedkov, čím bol ukrátený na svojich právach podľa čl. 6 Dohovoru o ľudských právach, tým, že ich nemohol vylúčať a klásť im otázky.

Rada úradu nenariadila v konaní ústne pojednávanie ale vykonala iba výsluch svedkov bez prítomnosti účastníkov konania. V tejto súvislosti Rada úradu uvádza, že svedkov má právo vylúčať správny orgán a nie účastník konania. Z výsluchu svedkov boli vyhotovené zápisnice, ktoré sú súčasťou spisového materiálu a s ktorými sa mali všetci účastníci konania možnosť oboznámiť a vyjadriť sa k nim. Nedošlo preto k porušeniu procesných práv účastníka konania.

Účastníci konania mali taktiež počas celého druhostupňového konania právo navrhovať dôkazy a ich doplnenie, pričom o tomto práve, vzhľadom na skutočnosť, že sú zastúpení právnyimi zástupcami, ich správny orgán nie je povinný poučovať. V tomto prípade nie je zrejmé, akým úkonom bolo účastníkovi konania zabránené, aby toto svoje právo uplatnil. Na druhej strane, právo navrhovať dôkazy neznamená automaticky, že správny orgán je povinný tieto dôkazy vykonať. Správny orgán je povinný obstaráť si podklady pre rozhodnutie, tak aby došlo k spoľahlivému zisteniu skutkového stavu a pri vykonávaní dôkazov postupuje podľa správnej úvahy.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. namietal nevymedzenie skutku zakladajúceho správny delikt vo výroku prvostupňového rozhodnutia. Podľa jeho názoru výrok obsahuje iba citát právnej kvalifikácie „akéhosi konania“ – skutku, ktorého sa mali účastníci a teda aj Skanska DS, a.s. dopustiť. Úrad podľa názoru účastníka konania úplne opomenul presne vymedziť a opísať vo výrokovej časti, v ktorom konkrétnom konaní spoločnosti Skanska DS, a.s. vidí naplnenie skutkovej podstaty správneho deliktu koluzívneho správania sa v procese verejnej súťaže. Z výroku rozhodnutia podľa jeho názoru nie je zrejmé, ktorý konkrétny skutok spoločnosti Skanska DS, a.s. bol predmetom konania a predmetom rozhodnutia.

Rada úradu s týmto tvrdením účastníka konania Skanska DS, a.s. nesúhlasí. Rada úradu síce zmenila výrok prvostupňového rozhodnutia avšak z iného dôvodu, a to z dôvodu, že podnikateľ Skanska BS, a.s. sa nedopustil protiprávneho konania, z dôvodu zmeny výšky pokuty a taktiež ho zmenila formulačne.

Popis skutku vo výroku, že ide o konanie spočívajúce v koluzívnom správaní v dôsledku ktorého uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie vo verejnej súťaži vyhlásenej Slovenskou správou ciest na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby „Diaľnica D1 Mengusovce – Jánovce úsek km 0,00-8,00“ je podľa názoru Rady úradu dostatočne jasný a zrozumiteľný, aby účastníci konania mohli identifikovať v čom spočíva protiprávnosť ich konania. Počas tohto konania bolo preukázané, že konštantnosť indexov v takom rozsahu ako sa objavila v predmetnej verejnej súťaži na realizáciu stavby Diaľnice D1 Mengusovce-Jánovce úsek 0,00-8,00 nemohla byť dosiahnutá inak ako koordináciou správania sa účastníkov v tejto verejnej súťaži, pričom takáto koordinácia je zo zákona ako aj podľa Zmluvy zakázaná. Pre určitosť a zrozumiteľnosť výroku nie je potrebné uviesť akým konkrétnym spôsobom ku koordinácii došlo, napr. že sa účastníci stretli a vymenili si informácie. Tieto skutočnosti by už predstavovali dôkazy o komunikácii medzi nimi a preukazovali by samotnú koordináciu. V tejto súvislosti možno podporne uviesť, že aj výrokové časti rozhodnutí Európskej komisie, v ktorých konštatuje porušenie čl. 81 ZES, sú obdobného znenia, ako v tomto prípade. Je tu uvedené, že sa jedná o porušenie čl. 81 ZES na určitom relevantnom trhu, zo strany určitých podnikateľov, ktoré spočíva napr. v cenovej dohode, dohode o rozdelení trhu a podobne, ak je to relevantné, je vymedzené časové trvanie účasti jednotlivých podnikateľov na karteli.⁸

Podnikateľ Skanska DS, a.s. namietal vo vyjadrení k vyzve pred vydaním rozhodnutia tiež neprípustnosť niektorých podkladov rozhodnutia. Posudok experta, ktorý bol prvostupňovým orgánom považovaný za znalecký posudok je aj podľa

⁸ Vid'. napr. Rozhodnutie Európskej komisie z 21.12.2005 v prípade Comp/F/38.44 Rubber chemicals, rozhodnutie z 03.09.2004 v prípade Comp/E-1/38.069 Copper Plumbing Tubes

názoru Skanska, DS, a.s. potrebné považovať za znalecký posudok. Zároveň tvrdí, že Rada úradu nemôže opierať svoje závery o posudok, ktorý je znaleckým posudkom, nakoľko dokazovanie znaleckým posudkom bolo uskutočnené v rozpore s požiadavkami správneho poriadku. Podnikateľ Skanska DS, a.s. namietla, že bol ukrátený o svoje procesné právo namietat' napr. zaujatosť, neodbornosť, či nekompetentnosť znalca a ďalej ovplyvniť aj obsah a rozsah znaleckého skúmania. Ďalej uvádza, že cit.: „Ak by sme považovali posudok za odborné vyjadrenie (resp. podporné stanovisko experta), tak tento posudok by najviac obsahom a účelom zodpovedal znaleckému posudku. Z uvedeného vyplýva, že i v tomto prípade by bolo povinnosťou úradu rozhodnúť o ustanovení „experta“ a toto rozhodnutie doručiť účastníkom, proti ktorému by títo mohli podať rozklad.

Rada úradu, ako už bolo vyššie v odôvodnení rozhodnutia uvedené, dospela k záveru, že k ustanoveniu znalca prvostupňovým orgánom nedošlo zákonným spôsobom a preto nemožno považovať posudok vypracovaný Ing. Jurajom Nagyom za znalecký posudok. Zároveň Rada úradu odmieta námietku, že mala Ing. Nagya ustanoviť za experta rozhodnutím, teda rovnakým postupom ako je to v prípade ustanovenia znalca. Rada úradu môže konať iba na základe zákona a v jeho medziach a správny poriadok nepozná ustanovenie rozhodnutím vo vzťahu k inému subjektu ako je znalec. S vyjadrením experta, na ktoré Rada úradu prihliadla ako na stanovisko experta, sa mali účastníci konania možnosť oboznámiť a vyjadriť sa k nemu, čo aj urobili. Preto Rada úradu nesúhlasí, že boli ukrátený na svojich procesných právach.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol cit.: „...na preukázanie toho, či konštantnosť indexov jednotkových cien z cenových ponúk jednotlivých uchádzačov je mimoriadna a neobvyklá, sú nevyhnutné odborné znalosti a vzhľadom k tomu bolo povinnosťou úradu vykonať zákonným spôsobom dokazovanie znaleckým posudkom, v čom však úrad pochybil. Rovnako ďalšie otázky a skutočnosti dôležité pre rozhodnutie, ktorými sa Rada úradu v súvislosti s vyššie uvedeným zaoberala (napr. možná podobnosť ponúk v dôsledku použitia rovnakého softvéru, miera korelácie v prípade zaokrúhlenia na 4 desatinné miesta), sú špecifickými otázkami, pre ktorých náležité posúdenie sú potrebné odborné vedomosti, a preto mali byť predmetné otázky odborne posúdené nezávislým znalcom. Rada sa však v tomto ohľade spoliehla výlučne buď na svedecké výpovede (svedok nemôže poskytovať nezávislé odborné posúdenia) alebo na analýzy, pri ktorých nie je zrejmé, kto a akým spôsobom ich vyhotovil. I keby príslušný správny orgán mal potrebné odborné znalosti na objasnenie dôležitých skutočností pre rozhodnutie, správny orgán je povinný pribrať znalca vždy, ak si to vec vyžaduje (t.j. vždy, ak sa vyžadujú odborné znalosti).

Rada úradu konštatuje, že je vecou správnej úvahy správneho orgánu, ktorý posudzuje, či sa má určitá skutočnosť považovať za dôkaz, či vykonané dôkazy postačujú alebo, či treba vykonať dôkazy ďalšie alebo, či si treba obstarat' ešte ďalšie podklady pre rozhodnutie. Podľa § 36 správneho poriadku ak je pre odborné posúdenie skutočností dôležitých pre rozhodnutie potrebný znalecký posudok, správny orgán ustanoví znalca podľa príslušných právnych predpisov. Rada úradu dospela v konaní k záveru, že pre posúdenie skutočností, ktoré vyhodnocovala nie je ustanovenie znalca nevyhnutné. Nič však nebránilo účastníkovi konania aby, ak to považoval za potrebné, predložil znalecký posudok, ktorý by dal vypracovať. Pokiaľ

ide o námietku účastníka konania, že Rada úradu oprela svoje závery o analýzy pri ktorých nie je zrejmé kto ich vyhotovil, Rada úradu uvádza že ako úrad tak aj Rada úradu je oprávnená vyhotovovať potrebné analýzy z pohľadu súťažného práva.

Pokuta

Prvostupňový orgán pri určení výšky pokuty vychádzal správne z § 38 ods. 1 zákona, ktorý stanovuje pre úrad povinnosť v prípade porušenia § 4 ods. 1 zákona uložiť pokutu, a to v rozmedzí do 10 % z obratu podľa § 10 ods. 3 zákona za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie (resp. podnikateľovi, ktorý za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie dosiahol obrat do 10 000 Sk alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčísliť, pokutu do 10 000 000 Sk). Keďže v tomto prípade išlo zároveň o protiprávne konanie v rozpore s čl. 81 ZES, podľa § 2 ods. 3 zákona úrad postupoval pri ukladaní pokuty taktiež podľa národného práva.

Obraty podnikateľov za rok 2004 (ako účtovné obdobie predchádzajúce vydaniu rozhodnutia) boli nasledovné:

Spoločnosť	Obrat - 2004
Strabag a.s.	18 386 566 000 Sk
Doprastav, a.s.	9 890 584 000 Sk
BETAMONT s.r.o.	395 081 000 Sk
Inžinierske stavby, a.s.	3 644 968 000 Sk
Skanska DS a.s.	10 819 854 000 Sk
Skanska BS a.s.	1 260 382 000 Sk
MOTA - ENGIL	41 817 576 000 Sk

Rada úradu uznáva námietku podnikateľa Strabag, a.s. ohľadom nesprávne uvedeného obratu ako opodstatnenú. V tomto smere Rada úradu zmenila aj výrokovú časť prvostupňového rozhodnutia a uložila podnikateľovi Strabag, a.s. pokutu z novo oznámeného obratu (správna výška obratu je uvedená vyššie v tabuľke).

K námietke podnikateľa Mota Engil, že prvostupňový orgán nezobral do úvahy, že spoločnosť nemala na Slovensku žiadny obrat Rada úradu konštatuje, že § 38 ods. 1 zákona stanovuje ako horný strop pokuty 10% z celkového obratu podnikateľa, teda nie z toho, ktorý dosiahla na území, kde sa dopustila porušenia zákona.

Rada úradu sa tiež nestotožňuje s námietkou podnikateľa Mota Engil, pokiaľ ide o nesprávny prepočet obratu. Vyhláška Protimonopolného úradu SR č. 269/2004 Z.z. o výpočte obratu je vydaná v zmysle splnomocnenia § 43 zákona, podľa ktorého úrad vydá vyhlášku, ktorá ustanoví podrobnosti o výpočte obratu podľa § 10 ods. 3

zákona. Ustanovenie § 38 ods. 1 zákona súčasne hovorí o obrate určenom podľa § 10 ods. 3 zákona. To znamená, že predmetná vyhláška sa vzťahuje na všetky podrobnosti súvisiace s výpočtom obratu podľa § 10 ods. 3, a to nielen v súvislosti s koncentraciami, ale aj v súvislosti s obratom zisťovaným na účely určenia pokuty. To znamená, že prvostupňový orgán správne prepočítal obrat podnikateľa v súlade s § 4 ods. 3 predmetnej vyhlášky.

Rada úradu sa tiež nestotožňuje s námietkou podnikateľa Mota Engil, podľa ktorej mal úrad postupovať pri výpočte pokuty podľa Usmernenia Európskej komisie o postupe pri výpočte pokút. Ako už bolo vyššie uvedené, aj v prípade, že ide o porušenie č. 81 ZES, úrad pri určení pokuty postupuje podľa § 38 zákona. Predmetné usmernenie je len nezáväzným dokumentom, podľa ktorého postupuje pri stanovení výšky pokuty Európska komisia, žiadne ustanovenie Nariadenia 1/2003 nezaväzuje úrad pri aplikácii č. 81 ZES podľa neho postupovať.

Podnikateľ Strabag, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namieta, že pokuta bola uložená z celkového obratu podnikateľa za predchádzajúce účtovné obdobie, pričom podľa neho je relevantný len obrat týkajúci sa cestnej výstavby.

Rada úradu sa s touto námietkou nestotožňuje, nakoľko je určená z obratu podľa § 38 ods. 1 zákona v spojení s § 10 ods. 3 zákona, ktorý hovorí o celkovom obrate podnikateľa.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. tiež namietal, že úrad pri určovaní pokuty vychádzal z nesprávne určeného obratu Skanska DS, a.s.. Úrad určil ako základ pokuty obrat za rok 2004 vo výške 10.819.854.000,-Sk. Podľa § 10 ods. 3 zákona obrat na účely zákona je súčet tržieb, výnosov alebo príjmov z predaja tovaru, ku ktorému sa pripočíta finančná pomoc poskytnutá podnikateľovi, pričom podrobnosti o výpočte obratu stanovuje vyhláška č. 269/2004 Z.z. (ďalej len „vyhláška“). Ust. § 1 ods. 2 stanovuje, čo je obratom podnikateľa účtujúceho v sústave podvojného účtovníctva v súlade so zákonom č. 431/2002 Z.z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o účtovníctve“). Podľa § 3 vyhlášky sa pri výpočte obratu podnikateľa, na ktorého sa nevzťahuje zákon o účtovníctve, použijú ustanovenia § 1 ods. 2 vyhlášky obdobne.

Podľa názoru podnikateľa Skanska DS, a.s. sa na neho zákon o účtovníctve vzťahuje, pretože od 15.10.2002 podniká na území SR prostredníctvom svojej organizačnej zložky. Pre určenie obratu ako základu pokuty je preto rozhodujúci obrat dosiahnutý a vykázaný daným podnikateľom v zmysle vyhlášky a zákona o účtovníctve. Úrad mal preto brať do úvahy obrat, ktorý podnikateľ Skanska DS, a.s. vykázal v príslušnej účtovnej závierke za rok 2004 (tento dokument je prílohou jeho vyjadrenia k výzve pred vydaním rozhodnutia). Ide o obrat dosiahnutý na území SR prostredníctvom organizačnej zložky vo výške 405.856.000,-Sk.

Túto námietku Rada úradu neakceptuje. Účastníkom tohto správneho konania je podnikateľ Skanska DS, a.s. a nie jeho organizačná zložka. Na podnikateľa Skanska DS, a.s. ako celok sa zákon o účtovníctve nevzťahuje. Vzťahuje sa na jeho organizačnú zložku, ktorá však nie je účastníkom konania. Výklad podnikateľa Skanska DS, a.s. je preto neprípustný. Úrad správne vychádzal z obratu podnikateľa

Skanska DS, a.s. podľa § 3 vyhlášky a správne bral do úvahy obrat tohto podnikateľa ako celku a nie obrat dosahovaný prostredníctvom jeho organizačnej zložky na území SR.

Podnikateľ Skanska DS, a.s. ďalej ohľadom výpočtu jeho obratu namietal, že úrad i Rada sú v konaní povinní aplikovať Dohovor. Tento v čl. 7 zakotvuje zásadu Nulla poena sine lege (žiadaný trest bez zákona), t.j. že za protiprávny čin nemožno uložiť trest prísnejší, ako bolo možné uložiť v čase jeho spáchania. Z uvedeného podnikateľ Skanska DS, a.s. vyvodil, že úrad nemohol pri výpočte pokuty postupovať podľa § 38 ods. 4 zákona, podľa ktorého je predchádzajúcim účtovným obdobím rok predchádzajúci roku, v ktorom je vydané rozhodnutie úradu. Mal rešpektovať Dohovor a brať do úvahy obrat za účtovné obdobie predchádzajúce údajnému protisúťažnému konaniu, v tomto prípade obrat za rok 2003. Povinnosť rešpektovať Dohovor vyplýva aj z Ústavy SR.

Túto námietku Rada úradu neakceptuje. Úrad postupoval v súlade so zákonom, ktorý je v tomto smere jednoznačný a nedáva priestor pre rôzne výklady a ani nepripúšťa správnu úvahu. Nie je prípustné, aby úrad či Rada úradu v správnom konaní aplikovali rôzne úvahy o prípadnom rozpore zákona s Ústavou SR, resp. Dohovorom. Predmetné ustanovenie zákona doposiaľ nebolo príslušným orgánom, t.j. Ústavným súdom SR, vyhlásené za protiústavné a preto platí prezumpcia zákonnosti právnych aktov.

Pokiaľ ide o samotné kritériá na určenie výšky pokuty, vymedzené v § 38 ods. 10 zákona, Rada úradu sa v tejto časti stotožňuje s prvostupňovým orgánom ohľadom posúdenia protiprávneho konania z hľadiska závažnosti, že vzhľadom na jeho povahu patrí medzi najzávažnejšie porušenia zákona. Rada úradu zároveň zdôrazňuje, že v tomto prípade ide o pokutu, ktorá sa ukladá nielen za porušenie národného, ale aj za porušenie komunitárneho práva (porušenie čl. 81 ZES), t.j. že išlo o protiprávne konanie so širším dopadom, čo sa nevyhnutne musí odraziť aj v jej výške (oproti pokutám ukladaným za porovnateľné porušenie len národného súťažného práva). Táto skutočnosť nemôže byť pritom podľa záveru Rady úradu posúdená ako priťažujúca okolnosť, ale ako skutočnosť, ktorá ovplyvňuje samotný základ pokuty. V tejto súvislosti je potrebné odmietnuť námietku podnikateľa Inžinierske stavby, a.s., že kritérium vplyvu na obchod je relevantné iba pre rozhodovanie o tom, ktoré právo sa použije a nie na výšku pokuty.

Rada úradu sa však nestotožňuje so spôsobom stanovenia pokút jednotlivým účastníkom dohody, ktorý sa odvíjal od objemu prác, ktoré mali jednotliví účastníci v prípade víťazstva vo verejnej súťaži vykonať.

Podnikateľ Mota Engil vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že Rada úradu vo výzve prezentovala niekoľko odlišných kritérií pre stanovenie výšky pokuty, ktoré pokladá za zmätočné.

K uvedenému Rada úradu konštatuje, že vo výzve bol prezentovaný predbežný záver Rady úradu ohľadom stanovenia výšky pokuty za protiprávne konanie v súlade s jednotlivými kritériami špecifikovanými v § 38 ods. 10 zákona, to znamená kritérium závažnosti, časového aspektu, ako aj ďalších okolností, ktoré je potrebné zobrať do úvahy pri určení sumy pokuty.

Podľa názoru Rady úradu, sa z hľadiska závažnosti dopustili protiprávneho konania všetci účastníci dohody rovnako, pričom však v prípade účastníkov konania, ktorí sa mali stať víťazmi daného tendra a danú stavbu aj realizovať, je potrebné v rámci závažnosti zohľadniť aj túto skutočnosť.

Podnikateľ Mota Engil tiež vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia odmieta tvrdenia o rovnakom porušení všetkými účastníkmi konania, s odôvodnením, že protiprávne konanie z jeho strany vôbec nebolo preukázané. K uvedenému Rada úradu opätovne konštatuje, že v predchádzajúcej časti podrobne odôvodnila uzavretie dohody obmedzujúcej súťaž medzi účastníkmi konania, menovaného podnikateľa nevynímajúc.

Keďže z hľadiska závažnosti sa dopustili protiprávneho konania všetci účastníci konania rovnako, úrad, aj Rada úradu sa vyjadruje k závažnosti ako k základnému kritériu pre účastníkov konania spoločne, s tým, že v prípade podnikateľov Inžinierske stavby, a.s. a Skanska DS, a.s. zohľadňuje oproti ostatným účastníkom konania aj ďalšiu skutočnosť, že podľa výsledných ponúk mali byť víťazmi predmetnej verejnej súťaže a stavbu D1 Mengusovce-Jánovce úsek km 0,000-8,000 v súlade s ich predloženou cenovou ponukou aj realizovať.

Podnikateľ Inžinierske stavby, a.s. uviedol, že Rada úradu vo výzve pred vydaním rozhodnutia nedokázala preukázať vplyv verejnej súťaže na použitie verejných financií. Súčasne tiež namietal, že cit. :“ údajná koordinácia nemala žiadny negatívny dopad na trh, keďže predmetné Verejné súťaže boli zrušené, avšak z výšky uloženej pokuty spoločnosti ISK je zjavné, že túto skutočnosť PMÚ pri ukladaní pokuty nedostatočne zohľadnil.“

Závažnosť protiprávneho konania sa odvíja od posúdenia povahy porušovania ustanovení zákona, dopadu protiprávneho konania na trh a ak je to účelné, zohľadní sa aj veľkosť relevantného trhu.

Z hľadiska povahy porušovania, ako správne konštatoval prvostupňový orgán, sa dohody o cenách a kolúzia vo verejnom obstarávaní všeobecne považujú za najzávažnejšie porušenia zákona. Ich samotným cieľom je obmedzenie hospodárskej súťaže, bez nutnosti skúmania dopadov takéhoto konania na trh. Cenová dohoda sa považuje za jednu z najškodlivejších foriem obmedzovania hospodárskej súťaže. Cenová súťaž je totiž veľmi dôležitá, udržiava ceny tovarov a služieb na konkurenčnej úrovni, napomáha optimálnej alokácii zdrojov a tak prináša prospech pre spotrebiteľov.

Zmyslom a účelom verejných súťaží a verejného obstarávania vôbec, je umožniť obstarávateľom, ktorí disponujú najmä prostriedkami z verejného sektora, transparentný výber najlepšej ponuky. Kartelová dohoda má za cieľ narušiť proces tohto výberu, obstarávateľ je uvedený do omylu, pokiaľ ide o existenciu a intenzitu konkurencie na trhu, a aj pokiaľ ide o reálne podmienky, za ktorých možno predmet zákazky (v tomto prípade výstavbu konkrétneho úseku diaľnice) realizovať. Cieľom dohody bolo obmedzenie konkurenčného tlaku pri predkladaní ponúk vo verejnom obstaraní, čo umožňuje zvýšiť cenu nad konkurenčnú úroveň v neprospech spotrebiteľov. Pri verejných súťažiach, tým, že sa používajú verejné prostriedky, na rozdiel od súkromného sektora nepôsobí prirodzená protiváha pri obstarávaní

tovarov a služieb zo strany súkromného vlastníka. Preto mechanizmus verejného obstarania simuluje tlak súťaže v situáciách ak sa používajú verejné prostriedky. Spravidla pritom ide o použitie verejných prostriedkov na objemovo významné zákazky (v prípade predmetnej verejnej súťaže bola najnižšia cenová ponuka viac ako 6 mld. Sk). Zmyslom celého procesu verejného obstarania je, aby podnikatelia podávali nezávislé a konkurenčné ponuky a v snahe získať zaujímavú zákazku ponúkali najlepší pomer kvalita/cena. Koordinovaný postup znamená, že sa úplne odbúra konkurenčný tlak a de facto sa stratí zmysel organizovania verejných súťaží, ktorý má vygenerovať najlepšiu cenu, resp. ponuku a efektívne použitie verejných prostriedkov.

Zákazky týkajúce sa výstavby diaľnic sa pritom realizujú výlučne prostredníctvom verejného obstarávania, ktoré za bežných trhových podmienok na základe princípu transparentného výberu umožňuje znížiť finančné prostriedky vynaložené na realizáciu konkrétnej stavby a zároveň núti uchádzačov súťažiť aj v iných rovinách ponuky (technologické riešenia a pod.).

Z uvedeného vyplýva, že cenová dohoda týkajúca sa verejnej súťaže významne ovplyvňuje celý sektor výstavby diaľnic, dochádza tu k obmedzeniu konkurencie, k paralyzovaniu systému výberu najvýhodnejšej súťažnej ponuky a k nesprávnym záverom ohľadom intenzity konkurencie v danom sektore.

V tomto konkrétnom prípade dôsledkom dohody obmedzujúcej súťaž bolo víťazstvo jedného z konzorcií s určitou súťažnou ponukou, pričom v prípade existencie konkurencie medzi uchádzačmi by mohol byť výsledok iný. Navyše, predmetná verejná súťaž bola v dôsledku predloženia vysokých cenových ponúk zrušená a musela byť opakovaná, čím došlo k neefektívnemu vynakladaniu verejných prostriedkov.

Dôsledkom je tiež obmedzenie konkurentov, ktorí sa zúčastňujú verejných súťaží na výstavbu diaľnic a rýchlostných komunikácií. Vzhľadom na náročnosť vypracovania ponuky v rámci verejných súťaží a s tým súvisiace náklady na strane podnikateľov, kartelové dohody poškodzujú reálnych a potenciálnych konkurentov, ktorí sa do dohody nezapojili. Skartelizovaný trh môže pôsobiť ako bariéra vstupu, pretože môže odrádzať podnikateľov od predloženia ponuky. Pri obstarávaní stavebných prác, vrátane diaľnic sa často ako kritérium vyhodnocujú aj doterajšie skúsenosti s realizáciou podobných stavieb (tak ako aj v tomto prípade). Preto problém preraziť na takomto trhu môže mať pre konkurentov dlhodobejšie dôsledky. Viacerí z účastníkov konania patria medzi lídrov na trhu stavebných prác (ako už bolo uvedené v predchádzajúcom texte rozhodnutia) jednak z hľadiska realizovaných objemov a rovnako viacerí patria medzi najčastejších víťazov tendrov na výstavbu diaľnic a rýchlostných komunikácií. Ich správanie preto môže mať citelné dopady na ostatné firmy pôsobiace na trhu.

Súťažné prostredie pri verejných súťažiach je vzhľadom na charakter trhu (koncentrovaný trh, vysoká transparentnosť, atď.) limitované, preto koordinovaný postup podnikateľov pri predkladaní ponúk môže úplne eliminovať, resp. obmedzovať konkurenčný tlak na daných trhoch.

Závažnosť protiprávneho konania popísaná v predchádzajúcich odsekoch, je podľa názoru Rady úradu rovnaká u podnikateľov Doprastav, a.s., Strabag, a.s., Betamont, s.r.o. a Mota Engil. Títo podnikatelia v rámci predmetnej verejnej súťaže

svojím konaním umožnili víťazstvo podnikateľov Inžinierske stavby, a.s. a Skanska DS, a.s., a tak zmarili verejné obstarávanie.

V prípade podnikateľov Skanska DS, a.s. a Inžinierske stavby, a.s. sa závažnosť popísaná v predchádzajúcich odsekoch zvyšuje na základe skutočností, že predmetní podnikatelia sa mali stať na základe protisúťažného správania víťazmi verejnej súťaže a danú stavbu aj realizovať, čo znamená, že v ich prípade je preukázateľný prospech, ktorý z dohody mali získať, v prípade, ak by došlo k realizácii stavby.

K záveru Rady úradu, že všetci účastníci konania sa dopustili rovnako protiprávneho konania, podnikateľ Doprastav, a.s. vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že ide o uplatňovanie princípu kolektívnej viny bez toho, aby bola vyhodnotená reálna zodpovednosť jednotlivých účastníkov konania. Rada úradu však zotrváva na tomto závere z dôvodov uvedených v predchádzajúcom texte.

Z hľadiska dĺžky trvania porušenia sa Rada úradu stotožňuje so záverom prvostupňového orgánu, že časovo bolo protiprávne konanie účastníkov obmedzené na priebeh posudzovanej verejnej súťaže. Efekty protisúťažného konania môžu byť aj v prípade takéhoto typu porušenia dlhodobé, vzhľadom na špecifický charakter tendrov – ako náhle je vybraný víťaz, dostáva zákazku, spravidla viacročnú. Pritom aj takéto efekty sa zohľadňujú v rámci závažnosti protiprávneho konania.

Podľa názoru Rady úradu je však v tomto prípade potrebné zobrať do úvahy ďalšie skutočnosti, ktoré sú v prípade niektorých účastníkov podstatné pre určenie výšky pokuty.

V prípade podnikateľa Betamont, s.r.o. je potrebné pri určení konečnej výšky pokuty zohľadniť, že tento podnikateľ nevykonáva komplexné dodávky prác takého rozsahu, ako boli potrebné pre danú verejnú súťaž, vykonáva oproti ostatným podnikateľom úzky špecifický sortiment prác, spočívajúci najmä v prácach elektrotechnického charakteru. Navyše, oproti ostatným podnikateľom, ide z pohľadu obrátov o niekoľkonásobne menšieho podnikateľa, u ktorého bude mať dostatočne preventívny efekt pokuta primerane znížená.

Pri určení výšky pokuty je potrebné zabezpečiť, aby pokuta mala pre daného konkrétného podnikateľa primeraný odstrašujúci efekt. Rada úradu sa domnieva, že vyššie uvedeným postupom sa uvedený odstrašujúci efekt zabezpečí dostatočne. Podľa názoru Rady úradu by však v prípade podnikateľa Mota Engil pokuta uložená na rovnakej %-uálnej úrovni ako u ostatných účastníkov konania, predstavovala v absolútnej výške neprimerane vysokú sumu. Rada úradu zastáva názor, že v prípade prvého vstupu podnikateľa Mota Engil do verejných súťaží na území SR, vzhľadom na zabezpečenie, aby podnikateľ v budúcnosti vstupoval do verejných súťaží na slovenskom trhu v súlade so zákonom, t.j. na zabezpečenie primeraného odstrašujúceho efektu, je dostatočná a primeraná pokuta vo výške uloženej prvostupňovým orgánom.

Účastníci konania namietali v rozkladoch neprimerané vysoké pokuty. Rada úradu k tejto námietke konštatuje, že dohody obmedzujúce súťaž klasifikované ako ťažké kartely (medzi ktoré sa zaraďuje aj dohoda o cenách a kolúzia vo

verejnom obstaraní) patria k najtvrdšie postihovaným obmedzeniam hospodárskej súťaže. Vysoké sankcie majú za cieľ odradiť podnikateľov od podobných protisúťažných praktík.

Vrchným stropom pokuty je pritom 10 % z obratu podnikateľa. V tomto prípade však Rada úradu pristúpila k nižšiemu percentuálnemu určeniu sadzby pokuty z dôvodu, že išlo o jeden konkrétny tender, pričom za závažnejšie považuje kolúzie, ktoré tvoria a zasahujú celú schému verejných súťaží.

Na základe uvedených kritérií Rada úradu určila pokuty pre jednotlivých podnikateľov nasledovnými %-ami z obratu, ktorým zodpovedajú absolútne sumy uvedené vo výroku rozhodnutia:

Skanska DS, a.s.	2,5% z obratu
Inžinierske stavby, a.s.	2,5% z obratu
Strabag, a.s.	2% z obratu
Doprastav, a.s.	2% z obratu
Betamont, s.r.o.	1% z obratu
Mota Engil	1% z obratu

Podnikateľ Strabag, a.s. vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia namietal, že mu bola uložená najvyššia pokuta zo všetkých účastníkov konania a že prvostupňový orgán nerešpektoval zohľadnenie tzv. rozdielného prístupu k účastníkom, na báze ich možnosti spôsobiť závažnú škodu v oblasti hospodárskej súťaže.

Rada úradu už vo výzve na vyjadrenie uviedla, že sa nestotožňuje s postupom prvostupňového orgánu, pokiaľ ide o spôsob stanovenia výšky pokút jednotlivým účastníkom. Ako je vyššie uvedené, Rada úradu pri prehodnocovaní výšky pokút postupovala v súlade so zákonnými kritériami a účastníkom konania boli uložené pokuty určitým %-om z obratu, nie v absolútnej výške. Pre podnikateľa Strabag, a.s. uvedené znamená zníženie pokuty z pôvodných 2,5% na 2% z obratu.

Podnikateľ Strabag, a.s. sa vo svojom vyjadrení tiež odvoláva na množstvo verejných súťaží, ktorých sa zúčastnil, pričom jeho účasť bola vždy v súlade s právnymi predpismi. K uvedenému Rada úradu konštatuje, že v tomto správnom konaní sankcionuje podnikateľa len za to protiprávne správanie, ktoré bolo jeho predmetom. Skutočnosť, že v minulosti nebol podnikateľ Strabag, a.s. za podobné konanie sankcionovaný, neznamená, že úrad neuloží v danom prípade za konkrétne (prvé) porušenie zákona pokutu. Podľa § 38 ods. 1 zákona je úrad povinný v prípade zistenia protiprávneho konania pokutu uložiť.

Pokiaľ ide o námietku podnikateľov Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s. (námietka č. 24) ohľadom povinnosti úradu informovať účastníkov o zámere uložiť pokutu, inak takúto pokutu nemožno uložiť (podnikatelia sa pritom odvolávajú na judikatúru európskych súdov), Rada úradu konštatuje, že ustanovenie § 38 ods. 1 zákona stanovuje pre úrad povinnosť v prípade zistenia porušenia § 4 uložiť pokutu. Keďže procesne (vrátane ustanovení o pokute) úrad postupuje podľa zákona aj v prípade aplikácie komunitárnych hmotnoprávných ustanovení, takisto z § 38 ods. 1 zákona vyvstáva pre úrad povinnosť pokutu v prípade zistenia porušenia č. 81 ZES uložiť.

Za týchto podmienok nie je potrebné upozorňovať účastníkov správneho konania zvlášť na zámer úradu uložiť pokutu, keďže tento zámer je zrejmý už zo samotného predbežného záveru úradu, v ktorom sa domnieva, že v danom prípade ide o porušenie zákona. Podnikateľ teda už zo samotného predbežného záveru ohľadom vecnej stránky prípadu mal vedieť, že úrad v danom prípade uloží aj pokutu a mohol si pripraviť argumenty, aj v tomto smere.

Iná situácia je v prípade, ak posudzuje určitý prípad Európska Komisia. Komisii je totiž daná diskrečná právomoc aj pokiaľ ide o pokutu, t.j. má možnosť, nie však povinnosť pokutu uložiť. V takýchto prípadoch, ako správne odkazujú vo svojich námietkach na európsku judikatúru, relevantné súdne inštanície viackrát potvrdili potrebu informovať účastníkov konania o zámere uložiť pokutu, aby si mohol pripraviť obranu aj v tomto smere.

Rada úradu tiež zastáva názor, že spolupráca podnikateľa s úradom, ktorú navrhovali účastníci konania zohľadniť, nie je okolnosť vplývajúca pozitívne na výšku pokuty, ide o povinnosť, ktorá podnikateľovi vyplýva priamo zo zákona, pri jej nedodržaní mu hrozia poriadkové sankcie.

Podnikatelia Skanska DS, a.s. a Skanska BS, a.s. taktiež namietajú, že úrad mal preukázať úmysel, či nedbanlivosť pri účasti jednotlivých podnikateľov na súťaži. Rada úradu v tomto smere zastáva rovnaký názor ako prvostupňový orgán. Zodpovednosť za porušenie zákona je koncipovaná ako objektívna zodpovednosť, bez potreby preukazovať zavinenie jednotlivých subjektov, ktorí sa správneho deliktu dopustili.

Podnikatelia sa tiež v rozkladoch odvolávajú na predchádzajúcu rozhodovaciu prax úradu a argumentujú, že uložená pokuta je v porovnaní s touto pracou neprimeraná.

Rada úradu k tejto námietke uvádza, že podnikateľmi uvádzané predchádzajúce rozhodnutia nie sú z hľadiska protiprávneho konania porovnateľné s protiprávnym konaním posudzovaným v tomto správnom konaní. Ide zväčša o vertikálne dohody, kde závažnosť protiprávneho konania je neporovnateľne nižšia ako v prípade horizontálnej dohody o cenách, resp. kolúzie vo verejnom obstarávaní.

Z rozhodnutí, uvádzaných účastníkmi konania, je z hľadiska povahy protiprávneho konania predmet tohto správneho konania porovnateľný sčasti jedine s protiprávnym konaním posúdeným v rozhodnutí č. 2005/KH/R/2/073, ktoré sa týkalo horizontálnej dohody o cenách. V tomto správnom konaní však oproti posudzovanému protiprávnemu konaniu nešlo jednak o porušenie čl. 81 ZES, jednak nešlo o porušenie § 4 ods.3 písm. f) a tiež sa tu vyskytli ďalšie okolnosti (špecifikované v odôvodnení tohto rozhodnutia), ktoré mali vplyv na určenie výšky pokuty na úrovni nižšej ako v posudzovanom prípade.

Na základe vyššie uvedených skutočností Rada úradu na svojom zasadnutí dňa 16.10. 2006 rozhodla tak, ako je uvedené vo výrokovej časti rozhodnutia.

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 § 247 Občianskeho súdneho poriadku na Krajský súd Bratislava do dvoch mesiacov od jeho doručenia.

Daniela Zemanovičová
podpredsedníčka Rady Protimonopolného
úradu Slovenskej republiky

Rozhodnutie sa doručí:

1. JUDr. Jozef Brázdil, advokát, Advokátska kancelária Brázdil & Brázdilová, Trhová ul. č. 1, 960 01 Zvolen
2. JUDr. Jozef Boledovič, advokát, 900 42 Rovinka č. 578
3. JUDr. Milan Jacko, Strabag a.s., organizačná zložka, Mlynské Nivy 61/A, 825 18 Bratislava
4. JUDr. Peter Oravec, advokát, Laurinská 12, 811 01 Bratislava
5. Mgr. Tomáš Mareta, advokát, Advokátska kancelária Čechová & Partners, Hurbanovo nám. 5, 811 03 Bratislava; (2x)
6. Patrik Bolf, advokát, Hlavné námestie 5, 811 01 Bratislava
7. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor dohľad obmedzujúcich hospodársku súťaž