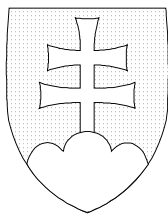


PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SLOVENSKEJ REPUBLIKY



ROZHODNUTIE

Číslo: 2015/KH/1/1/023

Bratislava 7. júla 2015

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor kartelov, v konaní číslo **0021/OKT/2014** začatom dňa 29. septembra 2014 z vlastného podnetu podľa § 25 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 (ďalej len „zákon“ alebo „zákon o ochrane hospodárskej súťaže“) vo veci možnej dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona v znení účinnom do 30.06.2014 a čl. 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ďalej len „Zmluva“) uzatvorenej medzi podnikateľmi, na základe § 22 ods. 1 d) a f) zákona takto

rozhodol:

I. Konanie podnikateľov:

- **PKB invest, s.r.o.**, IČO: 36 461 733, so sídlom Jilemnického 4, 080 01 Prešov (ďalej len „PKB invest“), v konaní zastúpený JUDr. Ivanom Vankom, advokátom, advokátska kancelária Čollák, Weiczen, Vanko & Partneri, so sídlom Floriánska 19, 040 01 Košice
 - **Chemkostav, a.s.**, IČO: 36 191 892, so sídlom K. Kuzmanyho 1259/22, 071 01 Michalovce (ďalej len „Chemkostav“), v konaní zastúpený URBAN s.r.o., advokátska kancelária, so sídlom Slanská Huta č. 77, 044 17 Košice - okolie
- a
- **PRO - TENDER s.r.o.**, IČO: 36 591 084, so sídlom Smetanova 9, 040 01 Košice (ďalej len „PRO – TENDER“), v konaní zastúpený JUDr. Ivanom Vankom, advokátom, advokátska kancelária Čollák, Weiczen, Vanko & Partneri, so sídlom Floriánska 19, 040 01 Košice

v čase najneskôr od 09.12.2011 do 12.12.2011, spočívajúce v tom, že títo podnikatelia koordinovali svoj postup so zámerom zosúladiť cenové ponuky podnikateľov PKB invest a Chemkostav v procese verejného obstarávania verejného obstarávateľa Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice, Rastislavova 43, 041 90 Košice - Juh, názov zákazky: Urgentný príjem Fakultnej nemocnice L. Pasteura Košice, oznámenie o výsledku verejného obstarávania zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 27/2012, zo dňa 09.12.2012, pod číslom 01474-VUP (ďalej len „verejné obstarávanie“), pričom podnikateľ PRO – TENDER k tejto koordinácii aktívne prispel,

je dohodou obmedzujúcou súťaž pri účasti a podávaní ponúk v procese predmetného verejného obstarávania, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže na trhu stavebných prác vrátane dodávok zariadenia na území Slovenskej republiky prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koluzívneho správania sa, v dôsledku ktorého podnikatelia koordinovali svoje správanie v procese verejného obstarávania, ktorá je podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 2 písm. a) a § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona v znení účinnom do 31.12.2011 **zakázaná**.

II. V súlade s ustanovením § 32 ods. 2 písm. c) zákona Protimonopolný úrad Slovenskej republiky zastavuje správne konanie vo veci dohody obmedzujúcej súťaž podľa čl. 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, nakoľko nepreukázal, že došlo k porušeniu ustanovenia čl. 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie.

III. Podľa § 38 ods. 1 zákona v znení predpisov účinných do 31.12.2011 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

- a. Podnikateľovi **PKB invest** pokutu vo výške **327 668 EUR** (slovom tristodvadsaťsedemtisíc šesťstošesťdesiatosem EUR);
- b. Podnikateľovi **Chemkostav** pokutu vo výške **2 206 706 EUR** (slovom dvamilióny dvestošesťtisíc sedemstošesť EUR);
- c. Podnikateľovi **PRO-TENDER** pokutu vo výške **13 177 EUR** (slovom trinásťtisíc stosedemdesiatsedem EUR),

ktorú sú vyššie uvedení podnikatelia povinní uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 7000060793, ŠP 8180, KS 1118, VS 201411038 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

1.	PRIEBEH KONANIA	5
2.	ÚČASTNÍCI KONANIA.....	7
3.	RELEVANTNÝ TRH.....	7
3.1.	Tovarovo-relevantný trh	8
3.2.	Geografický relevantný trh	8
3.3.	Pôsobenie účastníkov konania na relevantnom trhu	9
4.	OPIS SKUTKOVÝCH OKOLNOSTÍ.....	9
4.1.	Priebeh verejného obstarávania	9
4.2.	Komunikácia medzi účastníkmi konania	10
4.3.	Zistenia úradu	12
5.	APLIKÁCIA PRÁVNÝCH PREDPISOV	13
6.	PRÁVNE POSÚDENIE	14
6.1.	Dohoda podnikateľov	15
6.2.	Obmedzenie hospodárskej súťaže.....	17
6.3.	Vplyv na obchod medzi členskými štátmi.....	19
6.4.	Aplikovanie ustanovení § 6 zákona.....	19
6.5.	Dĺžka trvania možnej dohody obmedzujúcej súťaž	20
7.	ĎALŠÍ POSTUP V KONANÍ.....	20
7.1.	Námietky k obsahu oznámení o začatí správneho konania	21
7.2.	Námietky k zákonnosti získania a použitia dôkazov.....	21
7.3.	Námietky ohľadne prekážky rozhodnutej veci.....	26
7.4.	Námietka o nepostúpení veci zo strany Úradu špeciálnej prokuratúry.....	27
7.5.	Námietky voči dôveryhodnosti dôkazov	28
7.6.	Námietky týkajúce sa nepreukázania existencie dohody obmedzujúcej súťaž	29
7.7.	Námietka týkajúca sa nepreukázania existencie zosúladeného postupu medzi podnikateľmi.....	38
7.8.	Námietka týkajúca sa nesprávneho vymedzenia relevantného trhu pre účely výpočtu relevantného obratu	39
7.9.	Námietka týkajúca sa určenia dĺžky trvania kartelovej dohody	41
7.10.	Námietka ohľadne určenia miery závažnosti konania	42
8.	ULOŽENIE POKUTY	43
8.1.	Relevantný obrat.....	44
8.2.	Závažnosť porušenia	45
8.3.	Dĺžka porušovania zákona	46
8.4.	Príťažujúce a poľahčujúce okolnosti.....	46
8.5.	Výška pokuty.....	47

9.	POUČENIE	47
----	----------------	----

1. PRIEBEH KONANIA

(1) V roku 2013 úrad získal z verejne dostupných zdrojov¹ informáciu, ktorá indikovala možné porušenie § 4 zákona a čl. 101 Zmluvy v súvislosti s verejným obstarávaním verejného obstarávateľa Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice na výstavbu urgentného príjmu Univerzitnej nemocnice L. Pasteura Košice. Podľa týchto informácií vyšetrovateľ Národnej kriminálnej agentúry vzniesol obvinenie z trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní voči trom osobám, a to voči zástupcom dvoch firiem, ktoré sa uchádzali o zákazku v predmetnom verejnom obstarávaní a taktiež voči zástupcovi firmy, ktorá pre verejného obstarávateľa organizovala priebeh predmetného verejného obstarávania. Z opisu skutku, ktorý bol predmetom trestného stíhania, vyplynulo, že obvinení sa dohodli na spoločnom postupe vo verejnom obstarávaní a to tak, aby zákazku získal vopred určený podnikateľ.

(2) Nakoľko vyššie uvedený opis skutku môže naplňať aj skutkovú podstatu správneho deliktu v zmysle § 4 zákona a čl. 101 Zmluvy, úrad začal v súlade s ustanovením § 22 ods. 1 písm. a) zákona vykonávať prešetrovanie na relevantnom trhu za účelom zistenia, či je dôvod na začatie konania. Za účelom riadneho vedenia prešetrovania úrad požiadal o spoluprácu Národnú kriminálnu agentúru Prezídia Policajného zboru² a následne priamo zodpovednú jednotku Národnej kriminálnej agentúry Prezídia Policajného zboru. Vyšetrovateľ tejto zodpovednej jednotky v nadväznosti na žiadosť úradu súhlasil s tým, aby úrad nahliadol do vyšetrovacieho spisu vedeného v predmetnej trestnej veci.³ Následne však vyšetrovateľ zodpovednej jednotky Národnej kriminálnej agentúry úrad informoval, že predmetný vyšetrovací spis bol postúpený na Úrad špeciálnej prokuratúry.⁴ Úrad teda v súlade s ustanovením § 22 ods. 3 zákona (v znení účinnom od 01.07.2014) požiadal Úrad špeciálnej prokuratúry o nahliadnutie do spisu a vyhotovenie kópií časti spisov.⁵ Úrad špeciálnej prokuratúry tejto žiadosti vyhovel a umožnil zamestnancom úradu nahliadnuť do predmetného vyšetrovacieho spisu.⁶ V nadväznosti na nahliadnutie do spisu boli úradu poskytnuté kópie vyžiadaných dokumentov.⁷

(3) Listom zo dňa 08.09.2014 úrad zároveň požiadal v súlade s ustanovením § 21 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) verejného obstarávateľa Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice o predloženie kompletnej dokumentácie k predmetnému verejnemu obstarávaniu.⁸ V nadväznosti na túto žiadosť verejný obstarávateľ informoval úrad, že kompletná dokumentácia k predmetnému verejnemu obstarávaniu bola postúpená Úradu pre verejné obstarávanie.⁹ Úrad sa preto obrátil so žiadosťou o súčinnosť pri

¹ napr. Dostupné na: <http://kosice.korzar.sme.sk/c/6817244/policia-milionovy-tender-kosickej-nemocnice-zmanipulovali.html> [cit. 2014-12-19]

² Spis. č. 1

³ Spis. č. 3

⁴ Spis. č. 9

⁵ Spis. č. 11

⁶ Spis. č. 12

⁷ Spis. č. 13

⁸ Spis. č. 14

⁹ Spis. č. 15

prešetrovaní na Úrad pre verejné obstarávanie.¹⁰ Dňa 15.12.2014 bolo úradu umožnené nahliadnuť do dokumentácie vedenej k príslušnému verejnému obstarávaniu v priestoroch Úradu pre verejné obstarávanie a úradu boli zároveň poskytnuté kópie časti dokumentácie.¹¹ Do dokumentácie úrad opätovne nahliadol dňa 26.01.2014.¹²

(4) S ohľadom na skutočnosť, že podklady získané úradom v priebehu prešetrovania naznačovali, že mohlo dôjsť k porušeniu zákona, úrad začal dňa 29.09.2014 v súlade s ustanovením § 25 ods. 1 zákona konanie č. 0021/OKT/2014 vo veci novej dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. f) zákona a čl. 101 Zmluvy voči účastníkom konania PKB invest, Chemkostav a PRO-TENDER.¹³

(5) Listom zo dňa 01.10.2014 úrad požiadal Úrad špeciálnej prokuratúry o opätovné nahliadnutie do spisu.¹⁴ Po opätovnom nahliadnutí do spisu boli poskytnuté Úradom špeciálnej prokuratúry úradu ďalšie podklady a informácie z predmetného trestného spisu.¹⁵

(6) Listom zo dňa 21.11.2014 úrad informoval účastníkov konania o vykonaní opravy v oznámení o začatí konania zo dňa 25.09.2014, ktorou úrad opravil oznámenie o začatí konania tak, že úrad posudzuje možnú dohodu obmedzujúcu súťaž podľa zákona v znení predpisov účinných do 30.06.2014, t.j. ako možnú dohodu obmedzujúcu súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 3 písm. f) zákona v znení predpisov účinných do 30.06.2014.¹⁶

(7) Listom zo dňa 08.01.2015 úrad oznámil účastníkom konania, že rozširuje predmet konania o skutkové podstaty uvedené v § 4 ods. 3 písm. a) a c) zákona v znení účinnom do 30.06.2014.¹⁷

(8) Dňa 12.02.2015 úrad v súlade s ustanovením § 33 zákona vydal výzvu pred vydaním rozhodnutia, ktorá bola doručená všetkým účastníkom konania. Vyjadrenia účastníkov konania k výzve pred vydaním rozhodnutia boli úradu doručené následne dňa 31.3.2015.¹⁸

(9) Dňa 16.04.2015 sa na žiadosť účastníkov konania uskutočnilo ústne pojednávanie vo veci, na ktorom právni zástupcovia účastníkov konania zhrnuli argumentáciu uvedenú vo vyjadreniach k výzve pred vydaním rozhodnutia a zároveň túto argumentáciu doplnili.¹⁹ Jednotlivými námietkami účastníkov konania, ktoré boli obsahom vyjadrení k výzve a vyjadrení prezentovaných na ústnom pojednávaní, sa úrad zaoberá v časti 7 tohto rozhodnutia.

¹⁰ Spis. č. 16

¹¹ Spis. č. 34

¹² Spis. č. 44

¹³ Spis. č. 17 - 19

¹⁴ Spis. č. 21

¹⁵ Spis. č. 26

¹⁶ Spis. č. 30-32

¹⁷ Spis. č. 35-37

¹⁸ Spis. č. 62, 63

¹⁹ Spis. č. 67

2. ÚČASTNÍCI KONANIA

(10) Podľa § 2 ods. 1 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 sa tento zákon vzťahuje na podnikateľov, orgány štátnej správy pri výkone štátnej správy, obce a vyššie územné celky pri výkone samosprávy a pri prenesenom výkone štátnej správy a záujmovú samosprávu pri prenesenom výkone štátnej správy a iné osoby, o ktorých to ustanovuje tento zákon.

(11) V zmysle § 3 ods. 2 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 podnikateľ na účely tohto zákona je podnikateľ podľa osobitného predpisu (§ 2 Obchodného zákonníka), ďalej fyzická osoba a právnická osoba, ich združenia a združenia týchto združení, ak ide o činnosti a konania, ktoré súvisia alebo môžu súvisieť so súťažou bez ohľadu na to, či tieto činnosti alebo konania sú alebo nie sú zamerané na dosahovanie zisku.

(12) V zmysle § 25 ods. 3 písm. a) zákona (v aktuálnom znení) sú účastníkmi konania v prípade dohody obmedzujúcej súťaž účastníci tejto dohody obmedzujúcej súťaž.

(13) Na základe uvedeného úrad určil ako účastníkov konania spoločnosti:

1. PKB invest, s.r.o., IČO: 36 461 733, so sídlom Jilemnického 4, 080 01 Prešov,

2. Chemkostav, a.s., IČO: 36 191 892, so sídlom K. Kuzmanyho 1259/22, 071 01 Michalovce

3. PRO - TENDER s.r.o., IČO: 36 591 084, so sídlom Smetanova 9, 040 01 Košice, v konaní zastúpená advokátom JUDr. Ivanom Vankom, reg. v SAK pod č. 2028, so sídlom Floriánska 19, 040 01 Košice,

pričom dospel k záveru, že účastníci konania sú podnikateľmi v zmysle vyššie citovaných ustanovení zákona.

3. RELEVANTNÝ TRH

(14) Podľa § 3 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 relevantný trh je priestorový a časový súbeh ponuky a dopytu takých tovarov, ktoré sú na uspokojenie určitých potrieb z hľadiska užívateľa vhodné alebo vzájomne zastupiteľné. Tovarový relevantný trh zahŕňa vhodné alebo vzájomne zastupiteľné tovary schopné uspokojiť určitú potrebu užívateľov. Zastupiteľnosť tovarov sa posudzuje najmä z hľadiska ich charakteristík, ceny a účelu použitia. Priestorový relevantný trh je vymedzený územím, na ktorom sú súťažné podmienky také homogénne, že toto územie môže byť odčlenené od ostatných území s odlišnými súťažnými podmienkami.

(15) Úrad v tejto súvislosti uvádza, že v prípade dohôd, ktoré majú za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže, nie je nevyhnutné, aby bol relevantný trh detailne definovaný.²⁰ Nakoľko v tomto prípade úrad dospel k záveru, že ide o dohodu

²⁰ Prípady vo veci T-44/00 Mannesmannröhren-Werke v Európska komisia, Zb. [2004], s. II-02223, Spojené prípady T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 Europan Night Services a ďalší v. Európska komisia, ECLI: ECLI:EU:T:1998:198

obmedzujúcu súťaž na základe cieľa (pozri bod 6.2 tohto rozhodnutia), nebude vymedzovať relevantný trh detailne.

3.1. Tovarovo-relevantný trh

(16) Tovarové vymedzenie relevantného trhu spočíva v hodnotení, či sú tovary a služby zhodné alebo vzájomne zastupiteľné z pohľadu spotrebiteľa – v tomto prípade z pohľadu verejného obstarávateľa.

(17) Vzhľadom na vyššie uvedené predstavuje predmet zákazky v posudzovanom prípade dopyt zo strany verejného obstarávateľa po tovaroch a službách, ktoré sú bližšie špecifikované v súťažných podkladoch predmetného verejného obstarávania. K súbehu dopytu a ponuky došlo v rámci vyhláseného verejného obstarávania, a to podaním cenovej ponuky. Z toho dôvodu úrad pri určení tovarového relevantného trhu skúmal, akých tovarov a služieb sa týkalo posudzované verejné obstarávanie a na akom trhu, resp. trhoch účastníci konania pôsobili.

(18) Podľa oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania bola predmetom zákazky výstavba moderného nízkoenergetického objektu Urgentného príjmu, realizovaná v súlade s vypracovanou projektovou dokumentáciou a nákup moderného sofistikovaného prístrojového vybavenia vrátane dodávky zdravotníckej technológie ako uplatniteľnej opcie. Hlavný predmet zákazky bol definovaný v súlade so Spoločným slovníkom obstarávania (CPV) ako stavebné práce na stavbe budov určených pre zdravotníctvo, dopĺňujúce predmety zákazky boli definované ako zdravotnícke vybavenie, operačné stoly, lekárske dýchacie prístroje, elektrochirurgické jednotky, vybavenie operačných sál okrem stolov, echo, ultrazvukové a dopplerovské zobrazovacie zariadenia, Diagnostické ultrazvukové prístroje, Prístroje na anestéziu, Rádiografické prístroje, sterilizátory, skener počítačového tomografu (CT), systém monitorovania pacientov, Endoskopia, endochirurgické prístroje, Operačná technika, Elektrokardiografické prístroje, Prístroje a nástroje na infúziu, Inštalácia lekárskeho zariadenia, Zdravotnícke školenia.

(19) Vychádzajúc z týchto skutočností úrad vymedzil tovarový relevantný trh ako **trh stavebných prác vrátane dodávok zariadení stavieb.**

3.2. Geografický relevantný trh

(20) Geografický relevantný trh vymedzuje územie, na ktorom sú súťažné podmienky také homogénne, že toto územie môže byť odčlenené od území s odlišnými súťažnými podmienkami.

(21) Úrad dospel k záveru, že podmienky pre dodávanie stavebných prác vrátane dodávok zariadení sú viac-menej homogénne na celom území Slovenskej republiky. Z pohľadu geografického teda neexistujú významnejšie rozdiely v podmienkach hospodárskej súťaže medzi jednotlivými časťami Slovenskej republiky. Účastníci konania, s výnimkou podnikateľa PRO-TENDER, ktorý nie je aktívnym na relevantnom trhu (pozri bližšie bod (54) a bod (159) tohto rozhodnutia), zabezpečujú, resp. sú schopní zabezpečiť stavebné práce vrátane dodávok zariadenia v rôznych častiach Slovenskej republiky.

(22) Na základe vyššie uvedeného vymedzil úrad trh z geografického hľadiska pre účely správneho konania ako **celé územie Slovenskej republiky**.

3.3. Pôsobenie účastníkov konania na relevantnom trhu

(23) V predmetnom správnom konaní vystupujú všetci účastníci konania ako podnikatelia vykonávajúci samostatne zárobkovú činnosť na základe zápisu do obchodného registra.

(24) Účastníci konania PKB invest a Chemkostav vykonávajú podnikateľskú činnosť v oblasti stavebných prác vrátane dodávok zariadení. Obaja sú teda aktívni na relevantnom trhu a sú vo vzájomnom postavení konkurentov na relevantnom trhu.

(25) Účastník konania PRO-TENDER, s.r.o. nie je podnikateľom aktívne pôsobiacim na relevantnom trhu. Otázke účasti podnikateľa pôsobiacom na inom ako relevantnom trhu na dohode obmedzujúcej súťaž sa úrad bližšie venuje v časti 6 tohto rozhodnutia.

4. OPIS SKUTKOVÝCH OKOLNOSTÍ

(26) Úrad v súvislosti s vyhodnotením podozrenia, či medzi účastníkmi konania došlo v rozpore so zákazom uvedeným v § 4 zákona a čl. 101 Zmluvy k dohode obmedzujúcej súťaž, posúdil obsah spisovej dokumentácie vedenej v tomto správnom konaní, a to predovšetkým obsah podkladov získaných na základe ustanovenia § 22 ods. 3 zákona účinného od 01.07.2014 od orgánov činných v trestnom konaní a obsah dokumentácie vedenej k predmetnému verejnemu obstarávaniu, ktorú úrad získal na základe ustanovenia § 21 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní.

(27) Na základe obsahu spisovej dokumentácie úrad dospel k záveru, že medzi podnikateľmi PKB invest a Chemkostav došlo k dohode o koordinácii ich postupu vo verejnom obstarávaní verejného obstarávateľa Univerzitná nemocnica L. Pasteura Košice, s názvom zákazky Urgentný príjem Fakultnej nemocnice L. Pasteura Košice, oznámenie o výsledku verejného obstarávania zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 27/2012, zo dňa 09.12.2012, pod číslom 01474-VUP (ďalej len „verejné obstarávanie“), na základe ktorej v predmetnom verejnom obstarávaní uspelo konzorcium na čele s podnikateľom PKB invest. Zároveň z obsahu spisovej dokumentácie vyplýva záver, že o uzatvorení tejto dohody mal vedomosť podnikateľ PRO-TENDER, ktorý pre verejného obstarávateľa vykonával v súvislosti s verejným obstarávaním činnosť odborne spôsobilej osoby v zmysle § 116 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom k 30.06.2013 a ktorý zároveň aktívne napomohol realizácii tejto dohody.

4.1. Priebeh verejného obstarávania

(28) Oznámenie o vyhlásení predmetného verejného obstarávania bolo zverejnené vo vestníku verejného obstarávania č. 107/2010 zo dňa 05.06.2010. Podľa opisu predmetu zákazky uvedeného v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania bola predmetom verejného obstarávania výstavba moderného nízkoenergetického objektu urgentného príjmu a nákup moderného sofistikovaného prístrojového vybavenia vrátane dodávky zdravotníckej technológie ako uplatniteľnej opcie. V oznámení

o vyhlásení verejného obstarávania bola predpokladaná hodnota zákazky určená na sumu 32 767 000 EUR bez DPH. Kritériom pre vyhodnotenie ponúk bola najnižšia cena, elektronická aukcia sa nepoužila. Postupom verejného obstarávania bola užšia súťaž, pričom lehota na predkladanie žiadosti o účasť vo verejnom obstarávaní bola stanovená na 06.07.2010.

(29) Vyhodnotenie podmienok splnenia účasti vo verejnom obstarávaní prebehlo 13.10.2010. Zo zápisnice z vyhodnotenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní vyplýva, že žiadosť o účasť vo verejnom obstarávaní predložilo celkovo 5 záujemcov, avšak podmienky účasti vo verejnom obstarávaní splnili iba spoločnosť Chemkostav a skupina dodávateľov PKB invest a Metrostav a.s., Koželužský 2246, 180 00 Praha 8 (ďalej len „Metrostav“).²¹ Títo záujemcovia boli následne vyzvaní aj na predloženie ponuky do verejného obstarávania, pričom lehota na predkladanie ponúk bola vo výzve na predloženie ponuky stanovená do 13.12.2011 o 10,00 hod.²²

(30) Vyhodnocovanie ponúk predložených do verejného obstarávania prebehlo 14.12.2011. Zo zápisnice z vyhodnocovania ponúk vyplýva, že ponuky predložili obaja záujemcovia, ktorí boli na ich predloženie vyzvaní, pričom ako úspešná bola vyhodnotená ponuka skupiny dodávateľov PKB invest a Metrostav.²³

(31) Z ponúk oboch uchádzačov predložených do verejného obstarávania úrad zistil, že:

a) uchádzač Chemkostav predložil dňa 12.12.2011 nasledovnú cenovú ponuku:²⁴

celková cena za predmet zákazky:	22 066 879,69 EUR bez DPH
z toho cena za výstavbu objektu Urgentného príjmu:	<u>16 648 309,69 EUR bez DPH</u>

b) uchádzač skupina dodávateľov PKB invest a Metrostav predložil dňa 12.12.2011 nasledovnú cenovú ponuku:²⁵

celková cena za predmet zákazky:	22 064 797,52 EUR bez DPH
z toho cena za výstavbu objektu Urgentného príjmu:	<u>16 646 836,52 EUR bez DPH</u>

4.2. Komunikácia medzi účastníkmi konania

(32) V súvislosti s podozrením o uzatvorení dohody medzi účastníkmi konania o ich postupe vo verejnom obstarávaní úrad získal v súlade s ustanovením § 22 ods. 3 zákona účinného od 01.07.2014 dôkazy v podobe prepisov telefonických rozhovorov a SMS správ vedených medzi účastníkmi konania, z ktorých vyplývajú nasledovné skutočnosti.

²¹ Spis. č. 44/4

²² Spis. č. 44/2 a 44/3

²³ Spis. č. 44/1

²⁴ Spis. č. 34/1

²⁵ Spis. č. 34/2

(33) Z prepisu SMS správy²⁶ a telefonického rozhovoru²⁷ vedeného medzi konateľom podnikateľa PKB invest [osobný údaj] a podpredsedom predstavenstva podnikateľa Chemkostav [osobný údaj], vyplýva, že dňa 09.12.2011 v čase približne od 11,37 hod. prebehlo ich spoločné stretnutie v kaviarni Forma café v Košiciach.

(34) V ten istý deň o 12,21 hod., t.j. bezprostredne po tomto stretnutí, konateľ podnikateľa PKB invest kontaktoval konateľa podnikateľa PRO-TENDER [osobný údaj], ktorý pre verejného obstarávateľa vykonával administratívne činnosti súvisiace s predmetným verejným obstarávaním. V tomto telefonickom rozhovore ho požiadal, aby poslal jemu a zástupcovi podnikateľa Chemkostav [osobný údaj] predpokladanú hodnotu zákazky. Zároveň mu oznámil, že sa so zástupcom podnikateľa Chemkostav dohodli, že v predmetnom verejnom obstarávaní podnikateľ Chemkostav predloží cenovú ponuku, ktorá bude o 2000 EUR nižšia ako predpokladaná hodnota zákazky:

*„Vieš čo, len ťa chcem poprosiť [osobný údaj], zosúlad' predpokladanú túto. Hej, lebo **ja som bol s** [osobný údaj] [pozn. podpredseda predstavenstva Chemkostav] teraz, no a aby bolo jasné hej, že čo je predpokladané. Pošli esemeskou i mne i jemu.*

- Dobre, dobre

*/Hej, aby sme sa nedostali... **on povedal, že pôjde o dva litre pod predpokladanú**, ale teraz nie som si istý, že čo je predpokladané, či to, čo sme sa včera dohodli...*

- To, čo sme sa včera dohodli, len očistíme od DPH. Áno. Ale tá cena ešte bude plus rozšírená o opcium, hej, predpokladaná hodnota...

/toto, toto, toto urob esemeskami, aj jemu aj mne.

-Dobre, dobre, dobre, dohodnuté.

*/Aby sme vedeli, toto je predpokladaná, **nie, že sa stane, že on to zle pochopí a vieš... a niekde ujdeme...***

-Dobre, počúvaj... ja som ešte dal čeknúť podklady do špitálu, teraz asi pred pätnástimi minútami, vidím na mobile, že už mmi prišlo na meil, hej, ako definitívne schválené... utekám, som hore na kopci, utekám dole na byt, odkontrolujem to ešte a do nejakej hodiny, hodiny a pol najneskôr posielam definitívnu verziu [osobný údaj], aj [osobný údaj] k ľuďom a zároveň vám posielam esemesky. Dobre?²⁸

(35) Len niekoľko minút po vyššie uvedenom telefonáte konateľ podnikateľa PKB invest telefonicky kontaktoval zamestnanca podnikateľa PKB invest. Tohto informoval o priebehu stretnutia so zástupcom podnikateľa Chemkostav, ako aj o telefonickom rozhovore s konateľom podnikateľa PRO-TENDER. Zamestnanca požiadal, aby sa spojil s konateľom podnikateľa PRO-TENDER, aby mu tento presne

²⁶ Spis. č. 13/5/8, prepis hovor č. 3192 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 11,28

²⁷ Spis. č. 13/5/9, prepis hovor č. 3197 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 11,37

²⁸ Spis. č. 13/5/10, prepis hovor č. 3205 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,21

špecifikoval, čo je predpokladaná hodnota zákazky. V tejto súvislosti konateľ podnikateľa PKB invest uviedol nasledovné:

*„No však práve, práve toto, že, že **ja som bol s týmto, s** [osobný údaj] [pozn. podpredseda predstavenstva Chemkostav] **teraz a sme sa dohodli, že on ide dvetisíc pod cenu, pod predpokladanú a my pôjdeme o tri, alebo o štyri, alebo o päť, to je jedno. Hej? Ale, sme sa zhodli na tom, že máme toľko verzií, že nevieme, čo je vlastne predpokladaná hodnota zákazky.**“²⁹*

Na otázku zamestnanca PKB invest, či nebudú dávať podnikateľovi Chemkostav rozpočet, konateľ PKB invest uviedol:

*„Nie, nebudeme im dávať, oni robia sami, lebo sa boja, že, žeby sme tam niečo neza... no neurobili zle.... Vieš, aby tam niečo neostalo z toho.... čiže to už je, už je jedno ako to je. **Je to dohodnuté, je to na chlpskom tomto, oni idú o dvetisíc a mi hovoril, že tu ti dávam slovo, že keď pôjdeš o tritisíc, máš to.** No tak, čo teraz.... len aby bolo jasné, že čo je predpokladaná hodnota a to musí byťesemeskou mne... Mne esemeskou pošli....predpokladaná hodnota zákazky je taká a taká. Rozumieš ma. Toto, čo je zverejnené v tomto..“³⁰*

(36) V rovnaký deň, t.j. 09.12.2011, konateľ podnikateľa PRO-TENDER zaslal konateľovi podnikateľa PKB invest ako aj zástupcovi podnikateľa Chemkostav [osobný údaj] SMS správy obsahujúce špecifikáciu predpokladanej hodnoty zákazky, a to v nasledovnom znení:

„Stavba- 16 650 305,-EUR bez DPH, ZT zakladna dodavka- 5 419 737,-EUR bez DPH, ZT opcia- 4 835 141,-EUR bez DPH, prace navyac RkBZ- 3 000 000,-EUR bez DPH“³¹

(37) Tieto SMS správy vzápätí konateľ podnikateľa PKB invest posielala ďalej na telefónne číslo registrované na podnikateľa Chemkostav. K vyššie uvedenému textu SMS správ zároveň dodáva:

*„Toto je nova, upravena predpokladana cena. **Budeme vychadzat z predpokladanej ceny stavebnej casti, tak ako sme sa dohodli. Ostatne ceny nemenime! Dik.** [osobný údaj] [pozn. konateľ PKB invest]“³²*

4.3. Zistenia úradu

(38) Z vyššie uvedenej komunikácie vyplýva, že medzi zástupcami podnikateľov PKB invest a Chemkostav sa uskutočnilo minimálne jedno stretnutie, na ktorom sa dohodli, že podnikateľ Chemkostav predloží do predmetného verejného obstarávania cenovú ponuku, ktorá bude o 2 000 EUR nižšia ako predpokladaná hodnota zákazky.

²⁹ Spis. č. 13/5/11, prepis hovor č. 3209 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,26

³⁰ Spis. č. 13/5/11, prepis hovor č. 3209 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,26

³¹ Spis. č. 13/5/12, prepis hovor č. 3218 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 13,36; Spis. č. 13/5/13, prepis hovor č. 3219 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 13,36; Spis. č. 13/5/14, prepis hovor č. 3220 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 13,36

³² Spis. č. 13/5/16, prepis hovor č. 3230 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 14,57; Spis. č. 13/5/17, prepis hovor č. 3231 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 14,57; Spis. č. 13/5/18, prepis hovor č. 3232 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 14,57

Z obsahu komunikácie uvedenej v bode (35) vyššie zároveň vyplýva, že koordinácia aktivít podnikateľov PKB invest a Chemkostav v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním mohla byť predmetom rokovaní aj v období pred týmto stretnutím, pričom mala byť realizovaná tak, že podnikateľ PKB invest poskytne podnikateľovi Chemkostav svoj rozpočet do verejného obstarávania. Od tohto postupu sa však podnikatelia odklonili, nakoľko sa nechceli vystaviť riziku, že by došlo z tohto dôvodu k chybám. Na stretnutí dňa 09.12.2011 teda zvolili postup, na základe ktorého bude ich výsledná cenová ponuka určená na základe predpokladanej hodnoty zákazky.

(39) Za účelom realizácie tejto dohody sa však podnikatelia potrebovali uistiť v tom, aká je predpokladaná hodnota zákazky, nakoľko disponovali jej viacerými verziami (viď bod (35) vyššie). Z tohto dôvodu oslovil konateľ podnikateľa PKB invest konateľa podnikateľa PRO-TENDER, ktorému oznámil obsah dohody s podnikateľom Chemkostav a požiadal ho, aby im obom zaslal presnú špecifikáciu predpokladanej hodnoty zákazky. Konateľ PRO-TENDER následne túto informáciu zaslal zástupcom podnikateľov Chemkostav a PKB invest, pričom konateľ podnikateľa PKB invest túto správu preposlal zástupcovi podnikateľovi Chemkostav, [osobný údaj]. V správe obsahujúcej špecifikáciu predpokladanej hodnoty zákazky zároveň uviedol, že cena bude vypočítaná z predpokladanej ceny stavebnej časti zákazky, pričom ostatné časti zostanú nezmenené (bod (37) vyššie).

(40) Z obsahu cenových ponúk predložených uchádzačmi do verejného obstarávania zároveň vyplynulo, že podnikateľ Chemkostav predložil cenovú ponuku, ktorá v časti týkajúcej sa výstavby moderného nízkoenergetického objektu Urgentného príjmu, t.j. v časti stavebné práce, bola nižšia od predpokladanej hodnoty zákazky, špecifikovanej v SMS správach uvedených v bodoch (36) a (37) tejto výzvy, o 1 995,31 EUR (cena bez DPH). Výsledky verejného obstarávania sa teda zhodujú s postupom dohodnutým medzi účastníkmi verejného obstarávania, podľa ktorého mal podnikateľ Chemkostav predložiť ponuku nižšiu o 2 000 EUR od predpokladanej hodnoty zákazky za stavebnú časť zákazky bez DPH.

5. APLIKÁCIA PRÁVNÝCH PREDPISOV

(41) Pri posudzovaní správneho deliktu sa použije zákon účinný v čase, kedy bol daný delikt spáchaný. Správny delikt sa považuje za spáchaný jeho dokonaním. V posudzovanom prípade bol v čase dokonania správneho deliktu, t.j. 13.12.2011 (viď časť 6.5 tohto rozhodnutia), účinný zákon č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 31.12.2011. Úrad na základe uvedeného aplikoval na posúdenie dohody ustanovenia zákona v znení účinnom do 31.12.2011.

(42) Pri určovaní výšky pokuty za správny delikt sa v zmysle § 44d ods. 2 zákona použijú ustanovenia zákona (v znení účinnom od 01.07.2014), ak sú pre podnikateľa priaznivejšie. Nakoľko ustanovenia zákona (v znení účinnom od 01.07.2014) nie sú pre podnikateľa priaznivejšie, úrad aplikoval na otázku možného uloženia pokuty ustanovenia zákona v znení účinnom do 31.12.2011.

(43) Úrad v tejto súvislosti podotýka, že správne konanie začal vo veci novej dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 3 písm. f) zákona v znení účinnom do 30.06.2014 (viď body (4) a (6) vyššie). V priebehu správneho

konania však zistil, že k dokonaniu správneho deliktu došlo už 13.12.2011 a preto je potrebné na jeho posudzovanie aplikovať zákon účinný v tom čase, t.j. zákon v znení predpisov účinných do 31.12.2011. Nakoľko však sú hmotnoprávne ustanovenia zákona v znení predpisov účinných do 31.12.2011 a zákona v znení predpisov účinných do 30.06.2014, ktoré sú aplikovateľné na toto konanie obsahovo aj významovo totožné, nemá úprava aplikovaného právneho predpisu žiadny dopad na posúdenie veci.

(44) V súlade s ustanovením § 2 ods. 3 a v súlade s prechodnými ustanoveniami obsiahnutými v ustanovení § 44d ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení neskorších predpisov úrad na predmetné správne konanie aplikoval procesné ustanovenia zákona v znení účinnom od 01.07.2014.

6. PRÁVNE POSÚDENIE

(45) Podľa § 4 ods. 1 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 dohoda a zosúladený postup podnikateľov, ako aj rozhodnutie združenia podnikateľov, ktoré majú za cieľ alebo môžu mať za následok obmedzovanie súťaže (ďalej len „dohoda obmedzujúca súťaž“), sú zakázané, ak tento zákon neustanovuje inak. Podľa ustanovenia § 4 ods. 2 písm. a) zákona v znení účinnom do 31.12.2011 je dohodou medzi podnikateľmi každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ako aj iný súhlasný prejav vôle vyvodený z ich konania. Podľa ustanovenia § 4 ods. 2 písm. b) zákona v znení účinnom do 31.12.2011 zosúladeným postupom podnikateľov je koordinácia správania podnikateľov, ktorá nenapĺňa znaky dohody podnikateľov podľa písm. a) a ktorú nemožno označiť ako prirodzené nasledovanie správania iného podnikateľa. Podľa ustanovenia § 4 ods. 3 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 je zakázanou najmä dohoda obmedzujúca súťaž, ktorá obsahuje a) priame alebo nepriame určenie cien tovaru alebo iných obchodných podmienok, c) rozdelenie trhu alebo zdrojov zásobovania, f) znaky koluzívneho správania, v ktorého dôsledku podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania.

(46) Podľa čl. 101 ods. 1 Zmluvy nasledujúce sa zakazuje ako nezlučiteľné s vnútorným trhom: všetky dohody medzi podnikateľmi, rozhodnutia združení podnikateľov a zosúladené postupy, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi a ktoré majú za cieľ alebo následok vylučovanie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže v rámci vnútorného trhu, najmä tie, ktoré: a) priamo alebo nepriamo určujú nákupné alebo predajné ceny alebo iné obchodné podmienky; c) rozdeľujú trhy alebo zdroje zásobovania.

(47) Pre účely aplikácie vyššie uvedených ustanovení zákona a Zmluvy je potrebné preukázať existenciu dohody alebo zosúladeného postupu podnikateľov a skutočnosť, že táto dohoda alebo zosúladený postup obmedzuje súťaž. Pre účely aplikácie čl. 101 Zmluvy je zároveň potrebné preukázať, že ide o dohodu alebo zosúladený postup obmedzujúci súťaž, ktorý môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi.

(48) V súvislosti s preukázaním existencie dohody alebo zosúladeného postupu podnikateľov nesie dôkazné bremeno úrad, ktorý musí predložiť dostatočne presné

a konzistentné dôkazy preukazujúce porušenie ustanovení zákona, či Zmluvy.³³ V súťažných prípadoch je často krát existencia protisúťažného správania vo forme dohody obmedzujúcej súťaž vyvodená zo súhrnu viacerých okolností a indícií, ktoré v súhrne, posudzované vo vzájomnej súvislosti a pri neexistencii ďalších prijateľných vysvetlení, predstavujú dôkaz porušenia.³⁴ V takýchto prípadoch je potom dôkazné bremeno na strane účastníka konania rozporujúceho závery úradu, a to nielen povinnosť predložiť alternatívne vysvetlenie skutočností vedúcich úrad k jeho záverom ale aj preukázať, že dôkazy, o ktoré sa úrad opiera, nie sú dostatočné na preukázanie existencie porušenia zákona.³⁵

6.1. Dohoda podnikateľov

Princípy

(49) V zmysle zákona, čl. 101 Zmluvy ako aj ustálenej judikatúry je dohodou medzi podnikateľmi zhodný prejav vôle podnikateľov správať sa na trhu určitým spôsobom.³⁶ Nie je pritom potrebné, aby takáto dohoda spĺňala ďalšie formálne požiadavky, akými je napríklad písomná podoba, obsah špecifických ustanovení alebo existencia mechanizmov zabezpečujúcich dodržiavanie dohody jej stranami. Taktiež nie je potrebné, aby dohodu v mene podnikateľa uzatvoril štatutárny zástupca podnikateľa, či osoba ňou výslovne poverená.³⁷

(50) Za účelom preukázania účasti konkrétneho podnikateľa na dohode nie je taktiež nevyhnutné, aby podnikateľ explicitne prejavil svoju vôľu zúčastniť sa na dohode alebo aby dohodu reálne aplikoval v praxi. Ako vyplýva z rozhodovacej praxe úradu, ako aj ustálenej judikatúry Súdneho dvora, je v takomto prípade postačujúce preukázať, že podnikateľ disponoval informáciou o dohode a neprejavil s touto informáciou nesúhlas.³⁸ Z takéhoto konania podnikateľa totiž vyplýva, že s obsahom dohody súhlasí, resp. minimálne v ostatných účastníkoch dohody vzbudzuje dojem, že súhlasí.³⁹

³³ Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 24. marca 2011 vo veci T-377/06 Comap SA v. Európska komisia, Zb. [2011], s. II-01115, bod 56.

³⁴ Vid' napr. Spojené prípady C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, Aalborg a ďalší v. Európska komisia, [2004] s. I-123, body 53-57.

³⁵ Spojené prípady T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, JFE Engineering a ďalší v. Európska komisia, Zb. [2004], s. II-02501, bod 187

³⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 22.05.2013, č.k. 2Sžhpu/3/2011; Rozsudok vo veci T-41/96 Bayer AG v. Komisia, Zb. [2000], s. II-03383, body 66 až 69; Rozsudok vo veci spojené prípady T-305/94 a ďalšie Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. a iní v. Komisia, Zb. [1999], s. II-00931, bod 715.

³⁷ Rozsudok vo veci C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky proti Slovenská sporiteľňa a.s., ECLI: ECLI:EU:C:2013:71, Rozsudok vo veci spojené prípady C-100 až 103/80 SA Musique Diffusion française a iní v. Komisia, Zb. [1983], s. 01852

³⁸ Rozhodnutie Rady PMÚ č.2005/KH/R/2/073, s. 16, v spojení s prvostupňovým rozhodnutím č. 2004/KH/1/1/221; obdobne Rozsudok vo veci T-141/89, Tréfileurope Sales SARL v. Komisia, Zb.[1995], s. II-00791 bod 85; Rozsudok vo veci T-7/89, SA Hercules Chemicals NV v. Komisia, Zb.[1991], s. II-01711 , bod 232; Rozsudok vo veci C-510/06 Archers Daniels Midland co v. Komisia, Zb. [2009], s. I-01843; Rozsudok vo veci T-452/05 Belgian Sewing Thread NV v. Komisia, Zb. [2010], s. II-01373.

³⁹ Rozhodnutie Rady PMÚ č.2005/KH/R/2/073, s. 16, v spojení s prvostupňovým rozhodnutím č. 2004/KH/1/1/221; obdobne Rozsudok vo veci T-141/89, Tréfileurope Sales SARL v. Komisia,

(51) Z judikatúry Súdneho dvora ako aj rozhodovacej činnosti úradu zároveň vyplýva, že zodpovednosť za porušenie súťažných pravidiel môže byť vyvodená nielen voči podnikateľom, ktorí sa podieľali na uzatvorení protisúťažnej dohody ako spolupáchatelia, ale taktiež voči podnikateľom, ktorí sa na jej uzatvorení podieľali ako pomocníci, za predpokladu, že prispeli k vykonaniu dohody, a to hoci aj podriadeným, vedľajším alebo pasívnym spôsobom, napríklad schválením a neoznámením takejto kartelovej dohody zodpovedným orgánom.⁴⁰ Pre vyvodenie zodpovednosti voči konkrétnemu podnikateľovi za účasť na dohode obmedzujúcej súťaž nie je preto nevyhnutné, aby bol podnikateľ aktívnym na dotknutom relevantnom trhu a bol v pozícii priameho či nepriameho konkurenta ostatných účastníkov dohody, resp. aby sa podieľal na dohode rovnakým spôsobom ako jej ostatní účastníci. Postačuje ak bude v rozsahu požadovanom súťažnými pravidlami preukázaný prejav jeho vôle, že súhlasí, hoci aj mlčky, s cieľmi protisúťažnej dohody a zároveň bude preukázané, že prispel k vykonaniu dohody, hoci aj podriadeným, vedľajším alebo pasívnym spôsobom.⁴¹

Aplikácia princípov na skutkové okolnosti prípadu

(52) Z okolností uvedených v predchádzajúcej časti 4 tejto výzvy vyplýva, že medzi účastníkmi konania PKB invest a Chemkostav došlo k zhodnému prejavu vôle o ich postupe pri predkladaní ponúk do predmetného verejného obstarávania. Existencia takéhoto prejavu vôle vyplýva z nasledovných skutočností:

- a) dňa 09.12.2011 sa uskutočnilo v kaviarni v Košiciach osobné stretnutie medzi zástupcami podnikateľov Chemkostav a PKB invest;
- b) po tomto stretnutí konateľ podnikateľa PKB invest v telefonických rozhovoroch s konateľom podnikateľa PRO-TENDER (bod (34) vyššie) a zamestnancom podnikateľa PKB invest (bod (35) vyššie) uviedol, že na tomto stretnutí sa dohodli, že podnikateľ Chemkostav predloží do predmetného verejného obstarávania cenovú ponuku, ktorá bude v časti týkajúcej sa stavebných prác nižšia o 2 000 EUR oproti predpokladanej hodnote zákazky v tejto časti bez DPH;
- c) potom ako konateľ podnikateľa PRO-TENDER zaslal konateľovi podnikateľa PKB invest a zástupcovi podnikateľa Chemkostav SMS správy špecifikujúce predpokladanú hodnotu zákazky, preposlal konateľ podnikateľa PKB invest tieto SMS správy zástupcovi podnikateľa Chemkostav, pričom v SMS správe dodal, že *„budú vychádzať z predpokladanej ceny stavebnej časti, tak ako bolo dohodnuté“*;
- d) podnikateľ Chemkostav predložil do verejného obstarávania cenovú ponuku, ktorá sa zhodovala s obsahom vyššie špecifikovanej dohody, t.j. v stavebnej časti bola o 1 995,35 EUR, teda takmer presne o 2 000 EUR, nižšia ako bola predpokladaná hodnota zákazky v tejto časti bez DPH.

(53) S ohľadom na vyššie uvedené skutočnosti preto úrad považuje nad akúkoľvek rozumnú pochybnosť za preukázané, že na stretnutí zástupcov podnikateľov

Zb.[1995], s. II-00791, bod 85; Rozsudok vo veci T-7/89, SA Hercules Chemicals NV v. Komisia, Zb.[1991], s. II-01711, bod 232.

⁴⁰ Rozsudok Súdu prvého stupňa zo dňa 8. júla 2008 vo veci T-99/04 AC-Treuhand AG v. Komisia, Zb. [2008], s. II-01501, bod 133

⁴¹ Rozsudok Súdu prvého stupňa zo dňa 8. júla 2008 vo veci T-99/04 AC-Treuhand AG v. Komisia, Zb. [2008], s. II-01501, body 133 a 134

Chemkostav a PKB invest došlo k ich vzájomnej dohode o tom, že podnikateľ Chemkostav predloží do predmetného verejného obstarávania cenovú ponuku v dohodnutej výške, v nadväznosti na čo podnikateľ PKB invest získal istotu o tom, akú cenovú ponuku má predložiť, aby bol v predmetnej zákazke úspešný. Existenciu tejto dohody potvrdzuje viacero vyjadrení konateľa podnikateľa PKB invest, ktorý jej presný obsah oznámil ďalším osobám (zamestnanec podnikateľa PKB invest, konateľ podnikateľa PRO-TENDER) a jej existenciu možno vyvodiť aj z konania podnikateľa Chemkostav, ktorý do verejného obstarávania predložil ponuku v súlade s touto dohodou. V neposlednom rade je podstatnou aj skutočnosť, že konateľ podnikateľa PKB invest zaslal podnikateľovi Chemkostav SMS správu, v ktorej špecifikoval mechanizmus výpočtu výslednej cenovej ponuky. Podnikateľ Chemkostav neprejavil verejne svoj nesúhlas s takýmto konaním, naopak, do verejného obstarávania predložil cenovú ponuku v súlade s predmetnou dohodou. Takúto dohodu možno nepochybne považovať za dohodu v zmysle ustanovenia § 4 zákona.

(54) Ako zároveň vyplýva z okolností uvedených v časti 4 tohto rozhodnutia, o dohode medzi podnikateľmi Chemkostav a PKB invest mal vedomosť konateľ podnikateľa PRO-TENDER, ktorý bol o jej obsahu informovaný konateľom PKB invest. Zároveň bol konateľom PKB invest požiadany, aby informoval jeho, ako aj zástupcu podnikateľa Chemkostav o presnom vyčíslení predpokladanej hodnoty zákazky, za účelom realizácie ich dohody. S ohľadom na princípy interpretácie pojmu „dohoda“ uvedené v bode (51) vyššie, úrad dospel k záveru, že u podnikateľa PRO-TENDER sú naplnené podmienky pre vyvodenie zodpovednosti za účasť na dohode obmedzujúcej súťaže. Je celkom jednoznačné, že podnikateľ PRO-TENDER mal vedomosť o obsahu dohody medzi podnikateľmi Chemkostav a PKB invest, pričom neprejavil verejne svoj nesúhlas s touto dohodou a ani ju neoznámil zodpovedným orgánom (Protimonopolný úrad SR, orgány činné v trestnom konaní). Zároveň aktívne prispel k vykonaniu tejto dohody tým, že podnikateľov Chemkostav a PKB invest informoval o presnom vyčíslení predpokladanej hodnoty zákazky, ktoré malo obom podnikateľom slúžiť pre účely realizácie ich vzájomnej dohody. V tejto súvislosti nie je možné opomenúť ani skutočnosť, že podnikateľ PRO-TENDER pôsobil v predmetnom verejnom obstarávaní ako osoba poskytujúca služby odborne spôsobilej osoby v zmysle ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, teda ako subjekt, ktorý mal garantovať riadny priebeh verejného obstarávania v súlade s právnymi predpismi SR, vrátane právnych predpisov upravujúcich oblasť hospodárskej súťaže. Je teda nepochybné, že podnikateľ PRO-TENDER musel mať vedomosť o tom, že konanie podnikateľov Chemkostav a PKB invest je protiprávne, napriek tomu však túto skutočnosť neoznámil príslušným orgánom. Naopak, svojím konaním aktívne prispel k realizácii tejto dohody.

(55) Úrad v súvislosti s dohodou podnikateľov posudzoval aj skutočnosť, či jej účastníkom nebol podnikateľ Metrostav, a.s., ktorý bol spolu s podnikateľom PKB invest členom skupiny dodávateľov, ktorá sa stala úspešnou v predmetnom verejnom obstarávaní. V priebehu konania však úrad nezískal žiadne informácie, z ktorých by vyplývalo, že podnikateľ Metrostav, a.s. bol účastníkom takejto dohody.

6.2. Obmedzenie hospodárskej súťaže

Princípy

(56) Ako vyplýva z ustanovenia § 4 ods. 1 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 a čl. 101 ods. 1 Zmluvy, zakázanou je dohoda podnikateľov, ktorá má za cieľ alebo následok obmedzenie hospodárskej súťaže (resp. vylučovanie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže). Uvedené ustanovenia zmluvy a zákona teda rozlišujú medzi dohodami, ktoré majú obmedzenie hospodárskej súťaže ako svoj cieľ a dohodami, ktoré majú obmedzenie hospodárskej súťaže ako následok. Ako následne vyplýva z ustálenej judikatúry, v prípade, ak obmedzenie hospodárskej súťaže je cieľom dohody, nie je ďalej potrebné skúmať skutočné dopady dohody na hospodársku súťaž, keďže takéto typy dohôd alebo zosúladené postupy už zo svojej podstaty majú potenciál negatívneho dopadu na súťaž.⁴²

(57) Samotné posúdenie, či dohoda alebo zosúladený postup má obmedzenie hospodárskej súťaže ako svoj cieľ alebo následok bude založené na vyhodnotení súboru viacerých relevantných skutočností. Týmto v zmysle ustálenej praxe budú predovšetkým obsah konkrétnej dohody a zámer účastníkov, ktorý má byť touto dohodou dosiahnutý.⁴³ Podstatnými môžu byť taktiež ekonomický kontext, v ktorom má byť dohoda uplatňovaná, ako aj skutočné správanie účastníkov dohody na trhu. Dôkaz o úmysle účastníkov dohody obmedziť hospodársku súťaž je samozrejme taktiež relevantným faktorom, nie je však nevyhnutnou podmienkou pre konštatovanie, že cieľom dohody bolo obmedzenie hospodárskej súťaže.

(58) V zmysle odporúčaní Európskej komisie sa za dohody alebo zosúladené postupy obmedzujúce hospodársku súťaž na základe cieľa, pri ktorých nie je potrebné skúmať skutočný dopad na trh z dôvodu, že vykazujú dostatočný stupeň škodlivosti na hospodársku súťaž, považujú predovšetkým tzv. ťažké kartely (hardcore cartels), ktorými sú najmä dohody o cenách, dohody o obmedzení výroby alebo dohody o rozdelení trhu.⁴⁴ Uvedený princíp je reflektovaný aj v ustanoveniach zákona (§ 4 ods. 3 písm. a) až c) a § 6 ods. 1 písm. a) zákona), ktoré rovnakým spôsobom charakterizujú závažné obmedzenia zákona a bol taktiež potvrdený aj v aplikačnej praxi úradu a súdov SR.⁴⁵

Aplikácia princípov na skutkové okolnosti prípadu

(59) Z obsahu predmetnej dohody vyplýva, že jej obsahom bolo jednak priame určenie cenových ponúk podnikateľov Chemkostav a PKB invest do zákazky, ktorá bola predmetom verejného obstarávania, ďalej rozdelenie trhu, resp. zákazníkov, keď sa podnikatelia dohodli, ktorý z nich získa zákazku, ktorá bola predmetom verejného obstarávania a taktiež táto dohoda obsahovala znaky koluzívneho správania, v ktorého dôsledku podnikatelia koordinovali svoje správanie v procese predmetného verejného obstarávania.

⁴² Rozsudok vo veci C-49/92 Komisia v. Anic Partecipazioni SpA, Zb.[1999], s. I-04125, bod 99; Usmernenie o uplatňovaní článku 81(3) Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (2004/C 101/08), bod 21.

⁴³ Usmernenie o uplatňovaní článku 81(3) Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (2004/C 101/08), bod 21.

⁴⁴ Usmernenie o uplatňovaní článku 81(3) Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (2004/C 101/08), bod 23.

⁴⁵ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 21.5.2013, č. k. 3Sžh/4/2010; rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, č. k. 1S 270/2005

(60) Nakoľko takýto typ dohody spadá pod tzv. ťažké kartely, ktoré už zo svojej povahy vykazujú dostatočný stupeň škodlivosti na hospodársku súťaž, úrad dospel k záveru, že v predmetnom prípade ide o dohodu, ktorá má za cieľ obmedziť hospodársku súťaž na relevantnom trhu. Z tohto dôvodu preto nie je ďalej nevyhnutné skúmať skutočné dopady dohody na hospodársku súťaž na relevantnom trhu.

6.3. Vplyv na obchod medzi členskými štátmi

Princípy

(61) Podľa čl. 3 ods. 1 Nariadenia č. 1/2003 ak orgány hospodárskej súťaže členských štátov alebo vnútroštátne súdy uplatňujú vnútroštátne súťažné právo na dohody, rozhodnutia združení podnikov alebo zosúladené postupy v zmysle článku 81 ods. 1 Zmluvy (v súčasnosti čl. 101 Zmluvy), ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi v zmysle uvedeného ustanovenia, uplatnia aj článok 81 Zmluvy na také dohody, rozhodnutia alebo zosúladené postupy.

(62) Uvedený článok 3 ods. 1 Nariadenia č. 1/2003 teda zaväzuje súťažné authority členských krajín EÚ uplatňovať čl. 101 Zmluvy v prípade, ak uplatňujú národné súťažné právo na dohody, rozhodnutia združení podnikov alebo zosúladené postupy ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi.

(63) Kritériom pre uplatnenie čl. 101 Zmluvy je teda preukázanie, že dohoda, ktorá je predmetom posudzovania, „môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi“. Pojem „môže ovplyvniť obchod“ je autonómny pojem únievého práva, ktorý musí byť vykladaný v súlade s interpretáciou tohto pojmu poskytnutou Súdnym dvorom EÚ.

Aplikácia princípov na skutkové okolnosti prípadu

(64) Úrad v predmetnej veci začal konanie pre možné porušenie ustanovenia § 4 zákona ako aj čl. 101 Zmluvy. V priebehu konania však nezistil okolnosti, ktoré by nasvedčovali tomu, že dohoda, ktorá je predmetom posudzovania, môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi v zmysle vyššie uvedených princípov práva Európskej únie. S ohľadom na tieto skutočnosti úrad dospel k záveru, že nie je dôvodné na predmetnú dohodu uplatňovať ustanovenia čl. 101 Zmluvy a z tohto dôvodu konanie v tejto časti zastavuje ako je uvedené aj vo výroku tohto rozhodnutia.

6.4. Aplikovanie ustanovení § 6 zákona

Princípy

(65) Podľa § 6 ods. 1 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 sa zákaz podľa § 4 nevzťahuje na dohodu obmedzujúcu súťaž, ak spoločný podiel účastníkov dohody obmedzujúcej súťaže alebo podiel ani jedného z nich nepresiahne 10% celkového podielu tovarov na relevantnom trhu v Slovenskej republike, okrem a) dohôd obmedzujúcich súťaž uvedených v § 4 ods. 3 písm. a) až c).

(66) Podľa § 6 ods. 3 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 sa zákaz podľa § 4 nevzťahuje na dohodu obmedzujúcu súťaž, ktorý súčasne a) prispieva k zlepšeniu výroby alebo distribúcie tovaru alebo k podpore technického alebo hospodárskeho rozvoja, b) poskytuje spotrebiteľom primeranú časť z prospechu, ktorá z toho vyplýva, c) neukladá účastníkom dohody obmedzujúcej súťaž také obmedzenia, ktoré nie sú nevyhnutné na dosiahnutie cieľov dohody, d) neumožňuje účastníkom dohody obmedzujúcej súťaž vylúčiť súťaž vo vzťahu k podstatnej časti dotknutého tovaru na relevantnom trhu. Dôkazné bremeno o naplnení podmienok uvedenej výnimky z § 4 zákona znáša účastník konania, ktorý tvrdí, že boli tieto podmienky naplnené.

Aplikácia princípov na skutkové okolnosti prípadu

(67) Nakoľko úrad vyhodnotil predmetnú dohodu ako dohodu v zmysle ustanovení § 4 ods. 3 písm. a) (dohoda o priamom alebo nepriamom určení cien tovaru alebo iných obchodných podmienok), c) (rozdelenie trhu alebo zdrojov zásobovania) a f) (dohoda obsahujúca znaky koluzívneho správania, v ktorého dôsledku podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania), nie je možné s poukazom na ustanovenie § 6 ods. 1 písm. a) zákona v znení účinnom do 31.12.2011 aplikovať na dohodu podnikateľov výnimku upravenú v ustanovení § 6 ods. 1 zákona v znení účinnom do 31.12.2011.

(68) Účastníci konania nepredložili úradu žiadne relevantné dôvody, z ktorých by vyplývalo, že ich dohoda obmedzujúca súťaž napĺňa znaky dohody, ktoré by boli vyňaté spod zákazu uvedeného v § 4 zákona v zmysle ustanovení § 6 ods. 3 zákona v znení účinnom do 31.12.2011. Napriek tejto skutočnosti úrad dospel k záveru, že okolnosti prípadu nenaznačujú, že by mohli byť naplnené podmienky uvedené v § 6 ods. 3 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 pre vyňatie dohody spod zákazu v zmysle § 4 zákona v znení účinnom do 31.12.2011.

6.5. Dĺžka trvania možnej dohody obmedzujúcej súťaž

(69) Úrad dospel k záveru, že za **začiatok dohody obmedzujúcej súťaž** je potrebné považovať najneskôr dátum **09.12.2011**, kedy sa uskutočnilo stretnutie medzi zástupcami podnikateľov PKB invest a Chemkostav a kedy bol zároveň o obsahu dohody informovaný aj konateľ podnikateľa PRO-TENDER.

(70) Za dátum **ukončenia účasti na dohode obmedzujúcej súťaž** úrad určil v prípade všetkých účastníkov dohody obmedzujúcej súťaž dátum predloženia ponúk v predmetnom verejnom obstarávaní, t.j. **12.12.2011**.

7. ĎALŠÍ POSTUP V KONANÍ

(71) Dňa 12.02.2015 úrad v súlade s ustanovením § 33 zákona vydal výzvu pred vydaním rozhodnutia. Vyjadrenia účastníkov konania k výzve pred vydaním rozhodnutia boli úradu doručené dňa 31.3.2015. Dňa 16.04.2015 sa na žiadosť účastníkov konania uskutočnilo ústne pojednávanie vo veci.

(72) Vo svojich vyjadreniach k výzve pred vydaním rozhodnutia, ako aj vo vyjadreniach prezentovaných v priebehu ústneho pojednávania, účastníci konania uviedli námietky k výzve pred vydaním rozhodnutia. Po dôkladnom posúdení

námietok účastníkov konania úrad dospel k záveru, že námietky účastníkov konania nemajú za výsledok zásadnú zmenu v záveroch úradu o predmete správneho konania oproti predbežným záverom, ktoré úrad prezentoval vo výzve pred vydaním rozhodnutia. V nasledujúcich častiach tohto rozhodnutia sa úrad s námietkami účastníkov konania detailnejšie vysporiada.

7.1. Námietky k obsahu oznámení o začatí správneho konania

Námietka účastníka konania

(73) Účastník konania Chemkostav namieta, že úrad sa v oznámení o začatí konania, v oprave o oznámení začatia konania a ani v oznámení o rozšírení predmetu konania vôbec nevysporiadal so zhodnotením skutku podaného zo strany Úradu špeciálnej prokuratúry v uznesení o zastavení trestného konania ako aj s ďalšími dôkazmi, ktoré boli získané v trestnej veci, a to napriek tomu, že úrad si bol týchto skutočností vedomí už pred začatím správneho konania. Účastník konania následne tvrdí, že úrad týmto konal v rozpore s ustanovením § 37 ods. 1 zákona v spojení s § 3 ods. 1 a 5 Správneho poriadku v spojení s § 32 ods. 1 Správneho poriadku v nadväznosti na § 34 ods. 1 Správneho poriadku.⁴⁶

Stanovisko úradu

(74) Úrad začína správne konania v prípade, ak zistí, že je dôvod na začatie správneho konania (porovnaj ust. § 25 ods. 1 a 2 zákona v spojení s § 22 ods. 1 písm. b) zákona). Účelom oznámenia o začatí správneho konania nie je podať zhodnotenie dôkazov, ktoré má úrad k dispozícii v predmetnej veci ale informovať účastníka konania, že úrad začal správne konanie na základe dôvodného podozrenia zo spáchania správneho deliktu. K samotnému hodnoteniu dôkazov, ako aj k vyhodnoteniu prípadných dopadov zhodnotenia skutku zo strany prokuratúry na vedenie správneho konania, dochádza až v priebehu správneho konania, pričom s dôkazmi získanými v priebehu správneho konania, ako aj s návrhmi účastníkov konania, sa úrad vysporiada v rozhodnutí vo veci samej. Z tohto dôvodu nemožno považovať námietku účastníka konania za opodstatnenú.

7.2. Námietky k zákonnosti získania a použitia dôkazov

Námietka účastníkov konania

(75) Účastníci konania zhodne namietajú, že úrad v rozpore s právnymi predpismi získal a používa zvukové záznamy (prepisy telefónnych hovorov a SMS správ) z trestného konania, ktoré boli vyhotovené na základe ustanovení Trestného poriadku.⁴⁷ Uvádzajú, že ustanovenia Trestného poriadku (§ 114 ods. 1 v spojení § 114 ods. 7 Trestného poriadku a § 115 ods. 1 v spojení s ods. 7 Trestného poriadku a § 115 ods. 9 Trestného poriadku, § 116 Trestného poriadku a § 1 Trestného poriadku) vymedzujú prípustnosť a možnosť použitia, využitia a oboznámenia sa s obrazovými, zvukovými či obrazovo zvukovými záznamami, ktoré boli získané v rámci trestného konania pre určitý trestný čin, pričom Trestný poriadok nepripúšťa

⁴⁶ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 4-6

⁴⁷ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 6-16; spis. č. 63: vyjadrenie PKB invest a PRO-TENDER k výzve, str. 3-5; spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

a ani nedovoľuje použitie takýchto záznamov v správnom konaní vedenom podľa ustanovení Správneho poriadku, či iných právnych predpisov upravujúcich vedenie správneho konania. Účastníci konania v tejto súvislosti ďalej tvrdia, že obmedziť či zasiahnuť do základných ľudských práv a slobôd fyzických či právnických osôb, ku ktorým patrí aj právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním údajov, je možné iba v trestnom konaní. V tejto súvislosti následne poukazujú na čl. 2 ods. 2 Ústavy SR, podľa ktorého štátne orgány, medzi ktoré patrí aj úrad, môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobe, ktorý ustanoví zákon.

(76) Účastník konania Chemkostav ďalej dodáva, že použitie, využitie a aplikácia obrazových, zvukových, či obrazovo-zvukových záznamov mimo režimu Trestného poriadku (§114) upravuje zákon č. 166/2003 Z. z. o ochrane pred odpočúvaním v znení neskorších predpisov, avšak v žiadnom z ustanovení tohto zákona nie je zakotvený dôvod prípustnosti používania, využívania či preberania obsahu a znenia informačno-technických prostriedkov (t.j. vyhotovených obrazových, zvukových, či iných záznamov z odpočúvania, či zaznamenania obsahu najmä elektrotechnických, rádiatechnických, fototechnických, optických, mechanických, chemických a iných prostriedkov a zariadení alebo ich súborov používaných utajovaným spôsobom) úradom na účely zákona o ochrane hospodárskej súťaže.⁴⁸

(77) Účastníci konania zároveň namietajú, že s ohľadom na skutočnosť, že trestné konanie, v rámci ktorého boli príslušné zvukové a obrazové záznamy získané, bolo dňa 11.07.2014 právoplatne skončené, musia byť tieto záznamy podľa § 114 ods. 8 Trestného poriadku zničené a preto je úrad povinný na tieto dôkazy neprihliadať a ani ich nebrať do úvahy.⁴⁹ Podnikateľ Chemkostav zároveň úrad vyzval, aby bezodkladne zničil všetky záznamy tel. hovorov a SMS správ v papierovej podobe ako aj v akejkoľvek elektronickej podobe alebo na akýchkoľvek elektronických nosičoch, ktoré získal či už pred alebo po začatí správneho konania od orgánov činných v trestnom konaní a súčasne aby zabezpečil vymazanie všetkých údajov, na ktoré je odkaz v celom obsahu správneho spisu a aby o takomto zničení vyhotovil záznam a ten založil do predmetného správneho spisu.⁵⁰

(78) Účastníci konania na podporu svojich tvrdení o nezákonnosti použitia získaných dôkazov poukazujú na nález Ústavného súdu sp. zn.: IV: ÚS 519/2012, ďalej na nález Ústavného súdu II. ÚS 5/2011-77, rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 07.02.2012, sp. zn. 2 To 5/2011 ako aj na niektoré publikované odborné články.⁵¹ Účastník konania Chemkostav zároveň poukázal aj na rozhodovaciu prax v oblasti súťažného práva, a to najmä na rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci T-224/00 Archer Daniels Midland a Archer Daniels Midland Ingredients v Commission [2003] EC II-2597, body 339-348.⁵²

⁴⁸ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 7 a 10; spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

⁴⁹ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 8; spis. č. 63: vyjadrenie PKB invest a PRO-TENDER k výzve, str. 3; spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

⁵⁰ spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

⁵¹ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 12-14; spis. č. 63: vyjadrenie PKB invest a PRO-TENDER k výzve, str. 4-5; spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

⁵² Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 14-15

(79) Účastníci konania teda zhodne tvrdia, že dôkazy získané úradom od orgánov činných v trestnom konaní z trestného spisu v podobe prepisov telefonických hovorov a SMS správ je potrebné považovať za nezákonné dôkazy a ich použitie v správnom konaní je preto s poukazom na ustanovenia § 37 ods. 1 zákona v nadväznosti na § 34 ods. 1 správneho poriadku a § 3 ods. 1 správneho poriadku neprípustné.

Stanovisko úradu

(80) Podľa § 34 ods. 1 správneho poriadku na dokazovanie možno použiť všetky prostriedky, ktorými možno zistiť a objasniť skutočný stav veci a ktoré sú v súlade s právnymi predpismi. Podľa § 22 ods. 3 zákona o ochrane hospodárskej súťaže je úrad pri plnení povinností podľa zákona alebo osobitného predpisu (Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže ustanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (Úradný vestník Európskych spoločenstiev L 001, 4/1/2003) oprávnený vyžiadať si od orgánov policajného zboru alebo od orgánov činných v trestnom konaní informácie získané podľa osobitných predpisov, predovšetkým je oprávnený nazerať do spisov vedených v trestnom konaní, robiť si zo spisov výpisy a poznámky a zaobstarat' si na vlastné trovy kópie spisov a ich častí, a tie použiť na účely podľa zákona o ochrane hospodárskej súťaže.

(81) Z vyššie uvedených ustanovení správneho poriadku a zákona o ochrane hospodárskej súťaže teda vyplýva, že úrad je oprávnený vyžadovať si od orgánov činných v trestnom konaní informácie získané aj podľa ustanovení Trestného poriadku, je oprávnený nahliadať do spisov vedených v trestnom konaní, z ktorých si môže robiť výpisy, poznámky a zaobstarat' si kópie a tieto je *expressis verbis* oprávnený použiť na účely vedenia správneho konania podľa zákona o ochrane hospodárskej súťaže. S ohľadom na uvedené zákonné oprávnenia úrad teda oprávnené získal dôkazy zo spisu vedeného v trestnom konaní a tieto v súlade so zákonom použil pre účely vedenia správneho konania. Z tohto dôvodu preto nemožno prisvedčiť námietke účastníkov konania, že by úrad v rozpore s čl. 2 ods. 2 Ústavy postupoval bez zákonného oprávnenia.

(82) V súvislosti s námietkou účastníkov konania, že ustanovenia Trestného poriadku limitujú oprávnenie úradu získať z trestného spisu a v správnom konaní použiť dôkazy, ktoré boli získané podľa ustanovení § 114, resp. § 115 a 116 Trestného poriadku, nakoľko uvedené ustanovenia Trestného poriadku obmedzujú použitie takto získaných dôkazov iba na účely vedenia trestného konania pre vymedzené trestné činy a preto nie je možné použiť takéto dôkazy v správnom konaní, úrad uvádza, že táto námietka nemá oporu v znení príslušných právnych predpisov. Ustanovenia § 114 ods. 7, resp. § 115 ods. 7 Trestného poriadku, na ktoré poukazujú účastníci konania, obsahujú zákaz použitia vyhotovených obrazovo-zvukových záznamov, resp. odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky, v inej trestnej veci, ale neobsahujú (a ani iné ustanovenia Trestného poriadku neobsahujú) ustanovenia zakazujúce použiť dôkazy získané v trestnom konaní v iných konaniach, teda aj v správnom konaní vedenom podľa ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže. Trestný poriadok upravuje postup v trestnom konaní a vzhľadom na predmet svojej úpravy nezasahuje do procedurálnych pravidiel vedenia správneho konania podľa zákona o ochrane hospodárskej súťaže. V tomto prípade teda nedochádza ku kolízii ustanovenia § 22 ods. 3 zákona o ochrane hospodárskej súťaže v spojení s § 34 ods. 1 správneho poriadku s ustanoveniami §

114 ods. 7, resp. 115 ods. 7 Trestného poriadku, nakoľko uvedené ustanovenia Trestného poriadku nevyklúčujú možné použitie dôkazov získaných v trestnom konaní v správnom konaní vedenom podľa zákona o ochrane hospodárskej súťaže.

(83) Úrad v tejto súvislosti dodáva, že účelom ustanovení § 114 ods. 7, resp. § 115 ods. 7 Trestného poriadku je obmedzenie použitia takto získaných dôkazných prostriedkov v inom trestnom konaní, t.j. v rámci konania ktoré by viedlo k trestnej zodpovednosti jednotlivca. Obmedzenia týkajúce sa vedenia konania smerujúceho k vyvodu trestnej zodpovednosti nie je možné bez ďalšieho vzťahovať aj na vedenie správneho konania smerujúceho k vyvodu zodpovednosti za správny delikt voči právnickej osobe. Pre vyvodenie trestnej zodpovednosti sú právnymi predpismi stanovené prísnejšie kritéria, ktoré reflektujú závažnosť potenciálnej sankcie pre dotknutého jednotlivca. Táto skutočnosť je preto zohľadnená aj v možnostiach a obmedzeniach použitia niektorých dôkazných prostriedkov pre vyvodenie trestnej zodpovednosti za niektoré trestné činy. Avšak s ohľadom na skutočnosť, že vyvodenie trestnej zodpovednosti má iný kvalitatívny charakter ako vyvodenie zodpovednosti za správny delikt podľa zákona o ochrane hospodárskej súťaže (napriek niektorým podobnostiam), nie je možné vzťahovať obmedzenia použitia dôkazných prostriedkov podľa Trestného poriadku pre niektoré trestné činy, aj na použitie dôkazných prostriedkov v správnom konaní.

(84) Úrad zároveň zistil, že nie je možné súhlasiť s tvrdením účastníkov konania, podľa ktorého Ústavný súd SR vo svojich dvoch nálezoč⁵³ rozhodol o nemožnosti použitia dôkazných prostriedkov získaných podľa ustanovení § 114, resp. § 115 Trestného poriadku v správnom konaní. Ústavný súd v týchto nálezoč iba vytkol všeobecným súdom, že sa nevysporiadali s námietkou účastníkov konania o prípadnej nezákonnosti použitia týchto dôkazných prostriedkov (a to najmä s ohľadom na ustanovenie § 114 ods. 7 Trestného poriadku), čím bolo porušené právo účastníka takéhoto konania na súdnu ochranu. V nadväznosti na tieto nálezy Ústavného súdu však Najvyšší súd SR opakovane potvrdil zákonnosť použitia dôkazu získaného podľa § 114 Trestného poriadku v správnom konaní.⁵⁴ V týchto rozhodnutiach Najvyšší súd SR uviedol:

„ustanovenie §114 ods. 7 Trestného poriadku obsahuje zákaz použitia vyhotovených obrazovo-zvukových záznamov v inej trestnej veci, ale neobsahuje (a ani iné ustanovenia Trestného poriadku neobsahujú) ustanovenie zakazujúce použiť dôkazy získané v trestnom konaní v iných konaniach, teda aj v správnom konaní o skončení služobného pomeru. Trestný poriadok upravuje postup v trestnom konaní a vzhľadom na predmet svojej úpravy nezasahuje do procesnej úpravy disciplinárneho konania a do konania o prepustení colníka zo služobného pomeru. Vzhľadom na uvedené východiská najvyšší súd nezistil, že ustanovenie § 114 ods. 7 Trestného poriadku by zúžilo rozsah použiteľných dôkazných prostriedkov v § 227 ods. 1,2 zákona č. 200/1998 Z. z o štátnej službe colníkov a o zmene a doplnení niektorých ďalších zákonov. V zmysle § 227 ods.1 zákona č. 200/1998 Z. z. z okruhu použiteľných dôkazných prostriedkov možno vylúčiť iba tie, ktoré

⁵³ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp. zn. II. ÚS 5/2011-77 zo dňa 15.12.2011 a Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp. zn. IV. ÚS 519/2012-116 zo dňa 24.07.2013

⁵⁴ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 3Sžo/18/2013 zo dňa 10.10.2013; Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 5Sžo/49/2012 zo dňa 30.05.2013

nie sú v súlade s právnymi predpismi. Senát najvyššieho súdu rozpor s ust. §114 ods. 7 Trestného poriadku nezistil. Trestný poriadok používa pojem v „inej trestnej veci“. Súčasne nezistil rozpor so zákonom č. 166/2003 Z. z. o ochrane pred odpočúvaním, keďže podľa § 1 ods. 2 „tento zákon sa nevzťahuje na použitie informačno-technických prostriedkov v trestnom konaní podľa osobitného zákona.“⁵⁵

„Uvedené ustanovenie (pozn. § 114 ods. 7 Trestného poriadku) obsahuje zákaz použitia vyhotovených obrazovo-zvukových záznamov v inej trestnej veci. Predmetom konania najvyššieho súdu v správnom súdnictve nebola trestná vec. Z tohto dôvodu najvyšší súd implicitne vychádzal z názoru, že uvedené ustanovenie nie je v rámci súdneho prieskumu zákonnosti relevantné a ani Trestný poriadok nie je prameňom správneho práva, pokiaľ niektorý z právnych predpisov, ktoré sú prameňom správneho práva na použitie Trestného poriadku neodkazuje. Ustanovenie § 114 Trestného poriadku je systematicky zaradené do piatej hlavy Trestného poriadku s názvom „Zabezpečovanie informácií“. Dokazovanie je samostatne upravené v šiestej hlave Trestného poriadku s názvom „Dokazovanie“. Trestný poriadok neobsahuje ustanovenie zakazujúce použiť dôkazy získané v trestnom konaní v iných konaniach, napr. v správnom konaní o skončení služobného pomeru“⁵⁶

Z uvedeného je teda zrejmé, že aj doterajšia rozhodovacia prax súdov SR je v rozpore s tvrdeniami účastníkov konania a naopak potvrdzuje zákonnosť postupu úradu pri použití dôkazov získaných podľa §114, či § 115 Trestného poriadku.

(85) Účastníci konania ďalej poukazujú na rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 07.02.2012, sp. zn. 2 To 5/2011. Tento rozsudok však nie je podľa názoru úradu vo veci použiteľný, nakoľko sa jednalo o rozhodnutie v trestnej veci, v ktorom sa súd zaoberal otázkou použitia dôkazných prostriedkov získaných podľa §113-§118 Trestného poriadku v inej trestnej veci. Účastník konania Chemkostav ďalej poukazuje na rozhodnutie Súdneho dvora EÚ vo veci T-224/00 Archer Daniels Midland a Archer Daniels Midland Ingredients v Commission [2003] EC II-2597. Úrad uvádza, že v predmetnom rozhodnutí Súdny dvor nerozhodol o neprípustnosti použitia zvukovo-obrazového záznamu v konaní pred Európskou Komisiou, nakoľko bolo v konaní pred súdom zistené, že Európska komisia zvukovo-obrazové záznamy nepoužila. Súdny dvor preto ďalej ani neposudzoval otázku prípustnosti použitia takéhoto dôkazu. Nad rámec uvedeného úrad ale dodáva, že Nariadenie č. 1/2003 upravujúce právomoci Európskej Komisie na rozdiel od ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže, ktorý upravuje procesné právomoci úradu, neobsahuje ustanovenie umožňujúce Komisii získavať dôkazy z trestného konania. Z tohto dôvodu preto nie je možné bez ďalšieho aplikovať na postup úradu pri použití takéhoto dôkazu judikatúru týkajúcu sa interpretácie Nariadenia č. 1/2003.

(86) V súvislosti s námietkou účastníkov konania ohľadne možnej aplikácie ustanovení zákona č. 166/2003 Z. z. o ochrane pred odpočúvaním v znení neskorších predpisov v predmetnej veci ako podporného argumentu pre namietanú nezákonnosť použitia dôkazov zo strany úradu, uvádzame, že ustanovenia zákona

⁵⁵ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 3Sžo/18/2013 zo dňa 10.10.2013

⁵⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 5Sžo/49/2012 zo dňa 30.05.2013

o ochrane pred opočúvaním nie sú aplikovateľné, nakoľko ustanovenia tohto zákona sa nepoužijú na použitie informačno-technických prostriedkov v trestnom konaní (§1 ods. 2 zákona č. 166/2003 Z. z. o ochrane pred opočúvaním v znení neskorších predpisov). Keďže úrad získal namietané dôkazy od orgánov činných v trestnom konaní na základe ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže, pričom dôkazy boli orgánmi činnými v trestnom konaní získané na základe ustanovení trestného poriadku, nie je v tejto veci dôvodným použitie ustanovení zákona o ochrane pred opočúvaním.

(87) V súvislosti s požiadavkou účastníkov konania, aby úrad v súlade s ustanovím § 114 ods. 8 Trestného poriadku zničil zvukové záznamy úrad uvádza, že pri vedení správneho konania úrad nepostupuje podľa ustanovení Trestného poriadku, pričom z ustanovení Trestného poriadku vyplýva, že povinnosť v ňom stanovené sa vzťahuje na orgán činný v trestnom konaní alebo príslušný útvar Policajného zboru. Úrad teda nie je orgánom povinným a ani oprávneným vykonať úkony špecifikované v ustanovení § 114 ods. 8 a §115 ods. 8 Trestného poriadku.

7.3. Námietky ohľadne prekážky rozhodnutej veci

Námietka účastníkov konania

(88) Účastníci konania PKB invest a PRO-TENDER namietajú, že prokurátor Úradu špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry SR právoplatne zastavil trestné stíhanie za skutok, ktorý je totožný so skutkovým stavom v konaní pred úradom. Táto skutočnosť teda podľa názoru účastníkov konania predstavuje prekážku rozhodnutej veci (res iudicata) a bráni úradu v ďalšom konaní, nakoľko nie je možné konať dvakrát o tom istom (ne bis in idem).⁵⁷

Stanovisko úradu

(89) Podľa § 30 ods. 1 písm. i) Správneho poriadku, správny orgán konanie zastaví, ak sa v tej istej veci právoplatne rozhodlo a skutkový stav sa podstatne nezmenil. Úrad pripúšťa, že za istých okolností môže prekážku rozhodnutej veci v správnom konaní predstavovať aj predchádzajúce rozhodnutie vydané v konaní trestnom.⁵⁸ Predpokladom pre vyvodenie takéhoto záveru však je, že v trestnom konaní bolo rozhodnuté o tej istej veci, t.j. bolo rozhodnuté o totožnom skutku, ktorého sa mal dopustiť totožný subjekt. Bez ďalšieho možno uviesť, že v tejto veci nie je daná totožnosť subjektu, nakoľko trestné konanie bolo vedené voči fyzickým osobám, zatiaľ čo správne konanie pred úradom je vedené voči právnickým osobám.

(90) Zároveň je potrebné uviesť, že predmetom trestného konania bolo posudzovanie trestného činu machinácii vo verejnom obstarávaní podľa § 266 Trestného zákona. Skutková podstata tohto trestného činu, vrátane kritérií pre vyvodenie trestnej zodpovednosti voči jednotlivcovi, je odlišná od skutkovej podstaty správneho deliktu dohody obmedzujúcej súťaž podľa ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže. Skutočnosť, že v predmetnom trestnom konaní došlo k zastaveniu trestného stíhania, nakoľko neboli naplnené kritéria pre vyvodenie

⁵⁷ spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

⁵⁸ Pozri napr. Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci Zolotukhin proti Rusku (číslo sťažnosti 14939/03)

trestnej zodpovednosti, neznamená, že neboli naplnené kritéria pre vyvodenie zodpovednosti za správny delikt dohody obmedzujúcej súťaž. Z tohto dôvodu preto zastavenie trestného stíhania v trestnej veci nemôže predstavovať prekážku rozhodnutej veci pre vedenie správneho konania vo veci dohody obmedzujúcej súťaž.

(91) Úrad v tejto otázke zároveň podporne poukazuje aj na judikatúru Najvyššieho súdu, z ktorej vyplýva, že správne konanie vedené v súvislosti s tým istým konaním jednotlivca, pre ktoré je vedené aj trestné konanie, nezávisí od výsledku trestného konania, a to ani v prípade ak sú pre účely správneho konania využité dôkazy z trestného konania. Takto získané dôkazy potom podliehajú hodnoteniu v zmysle príslušných predpisov upravujúcich vedenie konkrétneho správneho konania.⁵⁹

7.4. Námietka o nepostúpení veci zo strany Úradu špeciálnej prokuratúry

Námietka účastníkov konania

(92) Účastníci konania uvádzajú, že prokurátor Úradu špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry SR uznesením zastavil trestné stíhanie podľa § 215 ods. 1 písm. b) Trestného poriadku, pretože skutok nie je trestným činom a nie je dôvod na postúpenie veci. Prokurátor teda nevyužil možnosť podľa § 214 ods. 1 Trestného poriadku a nepostúpil vec inému orgánu, ak výsledky vyšetrovania alebo skráteného vyšetrovania preukazujú, že nejde o trestný čin, ale ide o skutok, ktorý by mohol byť priestupkom alebo iným správnym deliktom alebo by mohol byť prejednaný v disciplinárnom konaní.⁶⁰ Účastník konania Chemkostav v nadväznosti na túto skutočnosť potom namieta, že ak by úrad ďalej pokračoval v konaní, tak by preskúmaval a po právnej stránke otváral výrok Úradu špeciálnej prokuratúry GP SR v uznesení o zastavení trestného stíhania, čím by porušoval princíp právnej istoty, inými slovami, úrad by svojím rozhodnutím menil a negoval časť výroku Úradu špeciálnej prokuratúry GP SR o tom, že nie je dôvod na postúpenie veci.⁶¹

Stanovisko úradu

(93) Úrad v súvislosti s touto námietkou uvádza, že ide o námietku, ktorá je obdobnou ako námietka ohľadne prekážky rozhodnutej veci a z tohto dôvodu v plnom rozsahu poukazuje na svoje vyjadrenia k tejto námietke (body (89) a (91) vyššie).

(94) Zároveň úrad dodáva, že rozhodnutie prokurátora vydané v trestnom konaní o tom, že skutok nie je trestným činom a zároveň nie je dôvod na postúpenie veci, nie je pre úrad záväzným vo vzťahu k otázke možného spáchania správneho deliktu dohody obmedzujúcej súťaž a nepredstavuje tak prekážku rozhodnutej veci. Prokurátor v trestnom konaní nerozhoduje o porušení, či neporušení ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže a preto vo vzťahu k účastníkom trestného konania ani nemohol vzbudiť legitímne očakávania o tom, že ich konanie nebude posudzované ako možné porušenie iných právnych predpisov ako predpisov trestného práva.

⁵⁹ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 28. augusta 2012, sp. zn. 8Sžo/37/2011

⁶⁰ spis. č. 63: vyjadrenie PKB invest a PRO-TENDER k výzve, str. 2-3, Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 17

⁶¹ spis. č. 67: zápisnica z priebehu ústneho pojednávania

7.5. Námietky voči dôveryhodnosti dôkazov

Námietka účastníkov konania

(95) Účastníci konania Chemkostav a PKB invest zhodne namietajú, že prepisy SMS správ a telefonických hovorov nie je možné považovať za autentické a dôveryhodné dôkazy, pričom uvádzajú, že ich autenticitu a dôveryhodnosť spochybnil aj prokurátor Úradu špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry SR v uznesení o zastavení trestného stíhania.⁶²

Stanovisko úradu

(96) Úrad v prvom rade uvádza, že z uznesenia o zastavení trestného stíhania nevyplýva, že by prokurátor Úradu špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry SR spochybnil autenticitu prepisov SMS správ a telefonických hovorov. Naopak, prokurátor v uznesení o zastavení trestného stíhania potvrdil obsah rozhovorov a SMS správ, tieto však vyhodnotil ako nedostatočné pre preukázanie spáchania trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní.⁶³ Z tohto uznesenia teda nevyplýva, že by akýmkoľvek spôsobom bola napadnutá autenticita a dôveryhodnosť uvedených dôkazov.

(97) Úrad ďalej poukazuje na skutočnosť, že samotní účastníci konania nespochybňujú, že medzi nimi prebiehala komunikácia, tak ako je opísaná v tomto rozhodnutí a ako bola zistená aj v rámci trestného konania. Účastníci konania teda nenamietajú, že by sa medzi nimi neuskutočnilo osobné stretnutie dňa 9.12.2011 a rovnako tak nespochybňujú, že došlo k telefonickým rozhovorom a SMS správam. Z obsahu ich podaní skôr vyplýva, že namietajú závery, ku ktorým úrad dospel na základe prepisov týchto telefonických rozhovorov a SMS správ. Je preto otáznym, v čom účastníci konania vidia namietanú neautenticitu a nedôveryhodnosť predmetných dôkazov.

(98) Účastník konania PKB invest v tejto súvislosti uvádza, že prepisy telefonických hovorov považuje za vytrhnuté z kontextu a nevie preto dostatočne vysvetliť, čo konkrétne v telefonických rozhovoroch a SMS správach myslel, či v nich išlo o dané verejné obstarávanie a či pod menom [osobný údaj] myslel [osobný údaj] zo spoločnosti Chemkostav. Zároveň uvádza, že v inkriminovanom čase sa uskutočnilo medzi konateľmi spoločností PKB invest [osobný údaj] a PRO-TENDER [osobný údaj] viacero telefonických hovorov, ktorých prepisy by dokázali, že sa nejednalo o nič nekalé ale len o štandardné vysvetlenie podmienok verejnej súťaže v zmysle zákona.⁶⁴

(99) Úrad z okolností, ktoré sa týkali inkriminovaných telefonických rozhovorov a SMS správ považuje za celkom zrejmé, že tieto sa týkali predmetného verejného obstarávania a pod menom „[osobný údaj]“ mal konateľ podnikateľa PKB invest na mysli zástupcu podnikateľa Chemkostav. Tvrdenia účastníka konania o tom, že obsah telefonátov a SMS správ je v tomto smere nejasný, sú preto zjavne účelové. V prvom rade, telefonát s konateľom podnikateľa PRO-TENDER sa uskutočnil

⁶² Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 21-22, Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 3

⁶³ Spis. č. 26/1, str. 14-16

⁶⁴ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 5

bezprostredne po osobnom stretnutí konateľa PKB invest so zástupcom podnikateľa Chemkostav, [osobný údaj]. Ak teda v telefonáte konateľ PKB invest uvádza, že „...ja som bol s [osobný údaj]...“⁶⁵ tak je celkom zrejmé, že týmto myslel zástupcu podnikateľa Chemkostav. Po ukončení tohto telefonátu, konateľ PKB invest telefonoval so zamestnancom PKB invest. V tomto telefonáte uvádza „...ja som bol s týmto, s [osobný údaj] teraz...“.⁶⁶ Je teda zrejmé, že v predmetnej komunikácii sa konateľ PKB invest vyjadroval o zástupcovi spoločnosti Chemkostav. Zároveň je z uskutočnených telefonátov a SMS správ celkom jednoznačné, že komunikácia sa týkala predmetného verejného obstarávania. Komunikácia sa týkala spoločností Chemkostav, PKB invest a PRO-TENDER, teda spoločností, ktoré boli zapojené do predmetného verejného obstarávania. V SMS správach⁶⁷ sa potom explicitne uvádza predpokladaná hodnota zákazky, ktorá zodpovedá predpokladanej hodnote zákazky predmetného verejného obstarávania.

(100) V súvislosti s tvrdením PKB invest, že medzi konateľom PKB invest a konateľom PRO-TENDER prebehlo v inkriminovanom období viacero telefonátov, ktorých obsah by preukázal, že nešlo o nič nekalé, úrad poukazuje na protichodné vyjadrenie podnikateľa PRO-TENDER, ktorý v rozpore s tým, čo uvádza podnikateľ PKB invest uviedol, že jedinou komunikáciou medzi konateľom podnikateľa PRO-TENDER a konateľom PKB invest bol inkriminovaný telefonický rozhovor a SMS správa z 9.12.2011.⁶⁸ Ide teda zjavne o protirečivé vyjadrenia a je preto možné mať odôvodnené pochybnosti o relevantnosti tvrdení podnikateľa PKB invest. Zároveň však uvádzame, že z dôkazov, ktoré má úrad k dispozícii, celkom jednoznačne vyplýva, že medzi podnikateľmi Chemkostav a PKB invest došlo k dohode o postupe v rámci predmetného verejného obstarávania, ktorá, ako už bolo viackrát uvedené, vyplýva jednak z obsahu prepisov telefonických rozhovorov a SMS správ ako aj z postupu účastníkov konania v predmetnom verejnom obstarávaní. Je preto prakticky vylúčené, aby obsah prípadných ďalších telefonátov vedených konateľom podnikateľa PKB invest mohol zmeniť záver úradu o existencii protisúťažnej dohody.

7.6. Námietky týkajúce sa nepreukázania existencie dohody obmedzujúcej súťaž

Námietka účastníkov konania

(101) Účastník konania Chemkostav namieta, že sa úrad nevysporiadal so skutkovým, vecným ako aj právnym zhodnotením skutku a dôkazov v trestnej veci podaného zo strany prokurátora Úradu špeciálnej prokuratúry GP SR v uznesení o zastavení trestného stíhania, ktoré potvrdzuje neexistenciu dohody obmedzujúcej súťaž.⁶⁹ Zároveň navrhuje, aby úrad v správnom konaní vykonal dôkazy, ktoré boli vykonané v trestnom konaní, a to konkrétne: stanovisko Ministerstva zdravotníctva

⁶⁵ Spis. č. 13/5/10, prepis hovoru č. 3205 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,21

⁶⁶ Spis. č. 13/5/11, prepis hovoru č. 3209 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,26

⁶⁷ Spis. č. 13/5/12, prepis hovoru č. 3218 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 13,36; Spis. č. 13/5/13, prepis hovoru č. 3219 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 13,36; Spis. č. 13/5/14, prepis hovoru č. 3220 na tel. stanicu č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 13,36; Spis. č. 13/5/16, prepis hovoru č. 3230 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 14,57; Spis. č. 13/5/17, prepis hovoru č. 3231 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 14,57; Spis. č. 13/5/18, prepis hovoru č. 3232 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 14,57

⁶⁸ Spis. č. 63, príloha č. 2: vyjadrenie PRO-TENDER, str. 6

⁶⁹ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 17, 32 a 34

SR, sekcie európskych programov, z ktorého má vyplývať, že pri realizácii zákazky nebola Ministerstvu zdravotníctva SR spôsobená žiadna škoda, správa Úradu pre verejné obstarávanie SR, odbor legislatívno-právny, z ktorej vyplýva, že sa na Úrad pre verejné obstarávanie nikto neobrátil so žiadosťou, či podnetom týkajúcim sa predmetného verejného obstarávania, zápisnice z výsluchov svedkov – [osobné údaje].⁷⁰

Stanovisko úradu

(102) Úrad v súvislosti s touto námietkou v prvom rade uvádza, že v správnom konaní nejde o posudzovanie trestného činu, ale o zistenie porušenia ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže, pričom toto konanie nezávisí od výsledkov trestného konania. Zároveň platí, že v prípade, ak úrad v správnom konaní využije dôkazy z trestného konania, tieto podliehajú hodnoteniu podľa ustanovenia §34 správneho poriadku.⁷¹ Úrad teda vykonáva nezávislé posúdenie veci z pohľadu ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže a nie je viazaný zisteniami prokuratúry v rámci trestného konania.

(103) Ďalej dodávame, že z uznesenia o zastavení trestného stíhania⁷² vyplýva, že prokurátor Úradu špeciálnej prokuratúry GP SR zastavil trestné stíhanie s odôvodnením, že telefonické rozhovory a SMS správy, na podklade ktorých bolo vznesené obvinenie z trestného činu, sú síce indíciami naznačujúcimi spáchanie trestného činu, avšak v priebehu trestného stíhania neboli získané ďalšie dôkazy, ktoré by spáchanie trestného činu preukázali. Naopak, vykonanými dôkazmi, konkrétne výpoveďami obvinených a zamestnancov účastníkov verejného obstarávania, boli podozrenia vyvrátené, keďže títo svoju vinu popreli, resp. zamestnanci účastníkov verejného obstarávania popreli, že by dostali pokyn ohľadne určenia výšky ceny zákazky. Zároveň v rámci trestného stíhania nebolo preukázané, že by konaním obvinených došlo k spôsobeniu škody alebo zadováženiu prospechu a taktiež nebolo preukázané, že by došlo k porušeniu ustanovení všeobecne záväzného predpisu o verejnom obstarávaní. Prokurátor zároveň poukázal na skutočnosť, že pre vyvodenie trestnej zodpovednosti za trestný čin machinácii vo verejnom obstarávaní je potrebné preukázať úmysel páchatel'a. S ohľadom na tieto skutočnosti teda prokurátor dospel k záveru, že v trestnom konaní nebolo preukázané, že by konaním obvinených došlo k naplneniu skutkovej podstaty zločinu machinácii pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe. Prokurátor teda zastavil trestné stíhanie z dôvodu, že nebolo preukázané v rozsahu vyžadovanom predpismi trestného práva, spáchanie úmyselného trestného činu.

(104) Opätovne v tejto súvislosti podotýkame, že v správnom konaní nejde o posudzovanie trestného činu, ale o zistenie porušenia ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže. Pre vyvodenie zodpovednosti za správny delikt dohody obmedzujúcej súťaž podľa ustanovenia § 4 zákona o ochrane hospodárskej súťaže sú stanovené odlišné kritéria ako pre vyvodenie zodpovednosti za trestný čin machinácii pri verejnom obstarávaní podľa ustanovenia § 266 Trestného zákona. V nadväznosti na uvedené poukazujeme na to, že pre konštatovanie existencie dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 zákona nie je na rozdiel od trestného konania

⁷⁰ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 32

⁷¹ Obdobne Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 28.08.2012, sp. zn 8Sžo/37/2011

⁷² Spis. č. 26/1

vo veci trestného činu machinácii vo verejnom obstarávaní podľa § 266 Trestného zákona potrebné preukázať úmysel účastníkov dohody, nie je taktiež potrebné preukázať porušenie predpisov o verejnom obstarávaní a rovnako tak nie je potrebné preukázať vznik škody, či majetkového prospechu. Pre konštatovanie existencie dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 zákona je potrebné v rozsahu požadovanom príslušnými právnymi predpismi a judikatúrou preukázať existenciu dohody (ktorou je zhodný prejav vôle podnikateľov správať sa na trhu určitým spôsobom) a skutočnosť, že táto dohoda má za cieľ alebo následok obmedzenie hospodárskej súťaže.⁷³

(105) Úrad v tejto súvislosti zhodnotil všetky jemu dostupné dôkazy, a to najmä prepisy telefonických rozhovorov a SMS správ medzi účastníkmi konania získané v trestnom konaní a dokumentáciu z verejného obstarávania a na základe týchto dôkazov dospel k záveru, že k dohode obmedzujúcej súťaž v zmysle ustanovenia § 4 zákona došlo. Skutočnosť, že v trestnom konaní prokurátor dospel k záveru, že dôkazy v podobe prepisov telefonických rozhovorov a SMS správ nie sú dostatočnými pre vyvodenie zodpovednosti za trestný čin machinácii pri verejnom obstarávaní, nie je pre vedenie správneho konania rozhodujúcou, nakoľko hodnotenie dôkazov bolo prokurátorom vykonané s ohľadom na vyvodenie trestnej zodpovednosti a nie zodpovednosti za správny delikt dohody obmedzujúcej súťaž podľa zákona o ochrane hospodárskej súťaže.

(106) V súvislosti s ďalšími dôkazmi, ktoré boli vykonané v rámci trestného stíhania, predovšetkým výpovedí obvinených a svedkov, ktorými boli zamestnanci účastníkov verejného obstarávania, úrad uvádza, že pri dokazovaní nevyhodnotil tieto dôkazy ako podstatné pre vedenie správneho konania. V prvom rade, išlo prevažne o výpovede osôb, ktoré neboli svedkami protisúťažného konania a ich výpovede v trestnom konaní mali za úlohu objasniť iné skutočnosti (viď bod 108), než v predmetnom správnom konaní. Preto ich výpoveď nemôže prispieť k objasneniu veci. Na druhej strane, výpovede osôb, ktoré boli účastníkmi protisúťažného konania, resp. mohli mať o tomto konaní informáciu, nemožno považovať za relevantné, nakoľko s ohľadom na ich vzťah k prejednávanej veci (ide o štatutárnych zástupcov účastníkov konania, resp. zamestnancov účastníkov konania) je odôvodnené mať pochybnosti o dôveryhodnosti ich výpovedí. Zároveň s ohľadom na charakter výpovede ako dôkazného prostriedku, v rámci ktorého svedok, resp. obvinený v trestnom konaní (pokiaľ ide o použitie výpovede z trestného konania) s časovým odstupom podáva svedectvo o skutočnostiach, ktoré sú mu známe, sa úrad pri vykonávaní dôkazov riadil úvahou, že tieto dôkazy musia mať nepochybne nižšiu váhu ako dôkazy v podobe prepisov telefonických rozhovorov a SMS správ, ktoré sa uskutočnili v čase, kedy došlo k skutočnostiam, ktoré sú predmetom jeho skúmania a pri ktorých obsahu nie sú odôvodnené pochybnosti o ich hodnovernosti.

(107) V súvislosti s ďalšími dôkazmi, ktoré boli vykonané v rámci trestného stíhania (vyjadrenie Ministerstva zdravotníctva SR o možnom vzniku škody, vyjadrenie Úradu pre verejné obstarávanie v súvislosti so sťažnosťami voči predmetnému verejnému obstarávaniu), úrad uvádza, že tieto nie sú pre konanie vedené pred úradom relevantné, nakoľko nemôžu prispieť k objasneniu skutočného stavu veci, keďže sa netýkajú skutočností, ktoré úrad v rámci správneho konania skúma (v trestnom konaní boli vykonané s ohľadom na zistenie či došlo k vzniku škody a k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní).

⁷³ Pozri časť 6.1 vyššie

Námietka účastníkov konania

(108) Účastník konania Chemkostav namieta, že úrad nedisponuje žiadnym priamym alebo nepriamym dôkazom, ktorý by potvrdzoval vzájomnú komunikáciu aspoň dvoch účastníkov konania a z ktorého znenia by vyplýval jasný, určitý, zrozumiteľný, nepopierateľný, nespochybniteľný a nepochybný súhlasný prejav vôle aspoň dvoch účastníkov konania, resp. z ktorého by v slede viacerých nepriamych dôkazov vyplýval takýto prejav vôle.⁷⁴ V tejto súvislosti Chemkostav namieta, že úrad založil svoje skutkové tvrdenia výlučne na vlastnom jednostrannom tvrdení zástupcu podnikateľa PKB invest a tieto teda nemôžu obstáť.⁷⁵

Stanovisko úradu

(109) Úrad v plnom rozsahu poukazuje na svoje zistenia uvedené v časti 4 tohto rozhodnutia a na ich zhrnutie a zhodnotenie uvedené v bodoch (52) až (55) tohto rozhodnutia. Z týchto častí vyplýva, že úrad založil svoje zistenia na viacerých skutočnostiach, pričom podstatnými boli aj vyjadrenia zástupcu podnikateľa PKB invest [osobný údaj], ktoré adresoval v telefonických rozhovoroch jednak zamestnancovi podnikateľa PKB invest ako aj zástupcovi podnikateľa PRO-TENDER, [osobný údaj]. Relevantnosť uvedených vyjadrení zástupcu podnikateľa PKB invest pre vyvodenie záveru o existencii dohody obmedzujúcej súťaž je podporená tým, že vyjadrenia nadväzovali na stretnutie so zástupcom podnikateľa Chemkostav [osobný údaj], na ktoré sa [osobný údaj] v telefonátoch odvolával, a zároveň boli potvrdené aj obsahom SMS správy, ktorú zaslal [osobný údaj] [pozn. zástupca podnikateľa PKB invest] zástupcovi podnikateľa Chemkostav. Relevantnosť týchto vyjadrení bola rovnako tak potvrdená skutočnosťou, že v predmetnom verejnom obstarávaní podali podnikatelia PKB invest a najmä podnikateľ Chemkostav ponuky, ktoré zodpovedali obsahu tvrdení [osobný údaj] o existencii dohody.

(110) Ako už bolo uvedené aj v predchádzajúcich častiach tohto rozhodnutia, v súťažných prípadoch je existencia protisúťažného správania vo forme dohody obmedzujúcej súťaž častokrát vyvodená zo súhrnu viacerých okolností a indícií, ktoré v súhrne, posudzované vo vzájomnej súvislosti a pri neexistencii ďalších prijateľných vysvetlení, predstavujú dôkaz porušenia.⁷⁶

(111) S ohľadom na vyššie uvedené skutkové okolnosti a indície úrad dospel k odôvodnenému záveru, že tieto vo svojom súhrne a posudzované vo vzájomnej súvislosti predstavujú jednoznačný dôkaz o existencii dohody obmedzujúcej súťaž tak ako je uvedené v tomto rozhodnutí. Účastníci konania nepredložili vo svojich vyjadreniach žiadne prijateľné vysvetlenia, ktoré by tento záver úradu spochybnili. K jednotlivým navrhovaným „vysvetleniam“ účastníkov konania sa úrad vyjadruje nižšie s ohľadom na ich konkrétne námietky.

Námietka účastníkov konania

⁷⁴ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 18

⁷⁵ Tamtiež, str. 18-19

⁷⁶ Vid' napr. Spojené prípady C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, Aalborg a ďalší v. Európska komisia, [2004] s. I-123, body 53-57.

(112) Účastník konania Chemkostav uvádza, že z obsahu záznamov telefonických hovorov a SMS správ vyplýva, že medzi zástupcami podnikateľa Chemkostav a PKB invest sa uskutočnilo dňa 9.12.2011 stretnutie, namieta však, že z týchto záznamov, ani žiadneho iného dôkazu, nie je zrejmé, čo sa na tomto stretnutí odohralo. Účastník konania poukazuje na výpovede [osobný údaj] v trestnom konaní, ktorý v tejto súvislosti uviedol, že sa stretli za účelom, aby ponúkol spoločnosti Chemkostav voľné kapacity na stavbe, ktorú realizovala v Prešove.⁷⁷ Obdobne vyjadrenie predložil aj účastník konania PKB invest, ktorý uvádza, že predmetom stretnutia so zástupcom podnikateľa Chemkostav bola ponuka kapacít na iný projekt.⁷⁸

Stanovisko úradu

(113) Napriek tomu, že neexistuje priamy záznam o tom, čo sa odohralo a odznelo na inkriminovanom stretnutí zástupcov podnikateľov, obsah ich rozhovorov vo vzťahu k posudzovanému protiprávnemu jednaniu účastníkov konania je možné vyvodiť zo skutočností, ktoré nasledovali po tomto stretnutí. Ako bolo už uvedené v predchádzajúcich častiach tohto rozhodnutia, o obsahu rozhovoru so zástupcom podnikateľa Chemkostav informoval zástupca podnikateľa PKB invest ďalšie osoby (zamestnanca PKB invest, konateľa PRO-TENDER) a zástupcov podnikateľa Chemkostav poslal SMS správu týkajúcu sa predpokladanej hodnoty zákazky s uvedením, že budú postupovať podľa dohody. Zároveň boli podnikateľmi predložené do verejného obstarávania ponuky zodpovedajúce obsahu rozhovorov tak, ako ich prezentoval zástupca podnikateľa PKB invest v telefonických rozhovoroch. Z uvedených skutočností je teda možné vyvodiť obsah komunikácie medzi zástupcami podnikateľov Chemkostav a PKB invest.

(114) V súvislosti s vysvetlením zástupcu podnikateľa PKB invest o tom, že na predmetnom stretnutí ponúkal zástupcovi podnikateľa Chemkostav voľné kapacity v súvislosti s inou zákazkou, úrad uvádza, že takéto tvrdenie nepovažuje za prijateľné vysvetlenie, ktoré by vyvrátilo zistenia úradu vyplývajúce z dôkazov, ktoré sú obsahom spisu. V prvom rade, ide o výpoveď zástupcu účastníka konania, ktorého prirodzeným záujmom bolo vyhnúť sa trestnému stíhaniu, resp. zodpovednosti podnikateľa PKB invest za správny delikt. Zároveň ide o výpoveď, ktorá bola poskytnutá so značným časovým odstupom od inkriminovanej udalosti, pričom je v priamom rozpore s vyhláseniami tej istej osoby, ktoré boli uskutočnené bezprostredne po takejto udalosti (v telefonických rozhovoroch) a to v situácii, kedy táto osoba nebola motivovaná úmyslom vyhnúť sa trestnému stíhaniu, či správnomu konaniu.

(115) Zároveň z vyjadrenia samotného účastníka konania PKB Invest vyplýva, že v rámci stretnutia so zástupcom podnikateľa Chemkostav sa mohol odohrať rozhovor aj o predmetnom verejnom obstarávaní.⁷⁹

Námietka účastníka konania

(116) Účastník konania PKB invest popiera, že by jeho zástupca, [osobný údaj], uzatvoril dohodu so zástupcom podnikateľa Chemkostav ohľadne predmetného verejného obstarávania, zároveň popiera, že by oznámil zástupcovi podnikateľa

⁷⁷ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 19-21

⁷⁸ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 4

⁷⁹ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 4

PRO-TENDER, že sa s Chemkostavom dohodol (popiera, že by hovoril o zástupcovi podnikateľa Chemkostav ako o [osobný údaj], pričom uvádza, že vo svojom okolí pozná viacero [osobný údaj]; taktiež uvádza, že nevie, čo malo byť myslené pod výrazom „dva litre“, nakoľko nezvykne používať takéto výrazy).⁸⁰

Stanovisko úradu

(117) Úrad nepovažuje takéto vyjadrenie podnikateľa PKB invest za prijateľné vysvetlenie, ktoré by vyvrátilo zistenia úradu vyplývajúce z dôkazov vykonaných v rámci správneho konania. Ako bolo uvedené aj v predchádzajúcich častiach tohto rozhodnutia (bod (99) vyššie), považujeme za jednoznačné, že pod menom „[osobný údaj]“ v predmetnom telefonickom rozhovore mal konateľ podnikateľa PKB invest na mysli zástupcu podnikateľa Chemkostav. V súvislosti s tvrdením, že konateľ podnikateľa PKB invest nezvykne používať výrazy ako „dva litre“, uvádzame, že takéto tvrdenie považujeme za vyslovene účelové, a to jednak z dôvodu, že bolo jednoznačne zaznamenané v prepisoch telefonických rozhovorov ako vyjadrenie konateľa PKB invest a zároveň z dôvodu, že ide o celkom bežné a frekventovane používané slovné spojenie slangového charakteru, ktoré je každému zrozumiteľné.

Námietka účastníka konania

(118) Účastník konania PKB invest v súvislosti so záznamom telefonického rozhovoru konateľa PKB invest s konateľom PRO-TENDER uvádza, že tento rozhovor považuje za legitímny a dodáva, že medzi zástupcami podnikateľov prebiehala dlhodobejšia komunikácia, ktorá bola štandardná a týkala štandardného vysvetlenia podmienok verejnej súťaže.⁸¹ Zároveň dodáva, že transparentnosť samotnej súťaže potvrdzuje aj skutočnosť, že konateľ PRO-TENDER zaslal SMS správy obsahujúce predpokladanú hodnotu zákazky obom účastníkom verejného obstarávania a rovnako tak konateľ podnikateľa PKB invest poslal túto správu ďalej zástupcovi podnikateľa Chemkostav. V tejto súvislosti dodáva, že ak by existovala medzi nimi dohoda a on by chcel takúto dohodu využiť, upravil by hodnoty predpokladanej hodnoty zákazky v takejto SMS správe.⁸²

Stanovisko úradu

(119) Úrad nepovažuje takéto vyjadrenie podnikateľa PKB invest za prijateľné vysvetlenie, ktoré by vyvrátilo zistenia úradu vyplývajúce z dôkazov vykonaných v správnom konaní. Ako bolo uvedené aj v predchádzajúcich častiach tohto rozhodnutia, vyjadrenia podnikateľa PKB invest o tom, že medzi jeho konateľom a konateľom PRO-TENDER došlo v inkriminovanom období k rozsiahlej komunikácii, sú zjavne protirečivé s vyjadrením podnikateľa PRO-TENDER (bod (100) vyššie). Zároveň považujeme vyjadrenia podnikateľa PKB invest ohľadne jeho postupu v prípade, ak by existovala „dohoda“, za zjavne účelové a špekulatívne, ktoré nemajú a nemôžu mať vplyv na zistenia úradu.

Námietka účastníka konania

⁸⁰ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 5

⁸¹ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 5

⁸² Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PKB invest, str. 6

(120) Účastník konania PRO-TENDER namieta zistenia úradu o tom, že mal vedomosť o dohode medzi podnikateľmi PKB invest a Chemkostav, nakoľko v čase telefonátu s konateľom PKB invest sa konateľ PRO-TENDER nevyjadril ani nekomentoval pre neho nezrozumiteľný zhluk slovných spojení o nejakých „dvoch...potom pauza...litre“ a je nepreukázateľné, že týmto slovným spojeniam porozumel. Uvádza, že telefonát bol pre konateľa PRO-TENDER zrozumiteľný len v tej časti, ktorá sa týkala znovu spresnenia predpokladanej hodnoty zákazky.⁸³

Stanovisko úradu

(121) Úrad považuje vyjadrenie podnikateľa PRO-TENDER o tom, že jeho zástupca v predmetnom telefonáte nerozumel vyjadreniam konateľa PKB invest o dohode s podnikateľom Chemkostav za účelové. Z prepisov telefonických rozhovorov jednoznačne vyplýva, že konateľ PKB invest informoval konateľa PRO-TENDER o tom, že sa stretol so zástupcom Chemkostavu, [osobný údaj] a že sa dohodli na tom, že Chemkostav „pôjde o dva litre pod predpokladanú, ale teraz nie som si istý, že čo je predpokladané, či čo sme sa včera dohodli“.⁸⁴ Konateľ podnikateľa PRO-TENDER na tieto informácie následne reaguje tak, že opisuje čo je predpokladaná hodnota zákazky („To, čo sme sa včera dohodli, len očistíme od DPH. Áno. Ale tá cena ešte bude plus rozšírená o opcii, hej, predpokladaná hodnota...“⁸⁵), v nadväznosti načo konateľ PKB invest dodáva „toto, toto, toto urob esemeskami, aj jemu aj mne... aby sme vedeli, toto je predpokladaná, nie, že sa stane, že on to zle pochopí a vieš ... a niekde ujdeme..“⁸⁶ V závere predmetného rozhovoru konateľ PRO-TENDER dodáva, „... do nejakej hodiny, hodiny a pol najneskôr posielam definitívnu verziu [osobný údaj], aj [osobný údaj] k ľuďom a zároveň Vám posielam esemesky. Dobré?“⁸⁷ Z uvedeného teda vyplýva, že konateľ PRO-TENDER si bol už počas telefonátu vedomí, že konateľ PKB invest rozpráva o predmetnom verejnom obstarávaní, nakoľko okamžite a presne reagoval na otázky ohľadne predpokladanej hodnoty zákazky a zároveň si bol vedomý, že v rozhovore išlo o to, aby informoval zástupcu podnikateľa Chemkostav o predpokladanej hodnote zákazky (v závere uvádza, že predpokladanú hodnotu zákazky pošle [osobný údaj] zo spoločnosti Chemkostav). V predmetnom rozhovore konateľ PKB invest uviedol, že bol na stretnutí so zástupcom podnikateľa Chemkostav, že zástupca Chemkostav povedal, že vo verejnom obstarávaní pôjde o dve tisíc pod predpokladanú hodnotu zákazky a taktiež, že je potrebné, aby obe firmy (t.j. PKB invest ako aj Chemkostav) vedeli presnú predpokladanú hodnotu zákazky, aby sa nestalo, že Chemkostav to zle pochopí a niekde potom „ujdú“. Z tohto rozhovoru teda na viacerých miestach vyplynulo, že medzi podnikateľmi Chemkostav a PKB invest došlo ku komunikácii a koordinácii v súvislosti s predmetným verejným obstarávaním. Tvrdenie podnikateľa PRO-TENDER o tom, že z predmetného rozhovoru neporozumel tomu, že medzi podnikateľmi Chemkostav a PKB invest došlo k dohode o postupe v predmetnom verejnom obstarávaní, je teda zjavne účelové.

Námietka účastníka konania

⁸³ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PRO-TENDER, str. 5-6

⁸⁴ Spis. č. 13/5/10, prepis hovoru č. 3205 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,21

⁸⁵ Spis. č. 13/5/10, prepis hovoru č. 3205 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,21

⁸⁶ Spis. č. 13/5/10, prepis hovoru č. 3205 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,21

⁸⁷ Spis. č. 13/5/10, prepis hovoru č. 3205 z tel. stanice č. [...] zo dňa 09.12.2011 o 12,21

(122) Účastník konania PRO-TENDER zároveň namieta, že zaslaním SMS správy konateľ PRO-TENDER nemohol aktívne prispieť k vykonaniu dohody, keďže vyčíslenie predpokladanej hodnoty zákazky mali obaja uchádzači o zákazku k dispozícii pred dátumom, kedy bola odoslaná SMS správa. Dodáva zároveň, že zaslaním SMS správy obom uchádzačom konal plne v súlade s ustanovením § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.⁸⁸

Stanovisko úradu

(123) Úrad v tejto súvislosti podotýka, že samotné informovanie o predpokladanej hodnote zákazky nepovažuje za protiprávne, považuje však za protiprávne to, že k zaslaniu predpokladanej hodnoty zákazky došlo zástupcom podnikateľa PRO-TENDER v nadväznosti na informáciu o tom, že medzi podnikateľmi Chemkostav a PKB invest došlo k dohode o postupe v predmetnom verejnom obstarávaní, pričom podnikateľ PKB invest požiadal o zaslanie tejto informácie za účelom, aby podnikatelia Chemkostav a PKB invest mohli túto svoju dohodu realizovať, t.j. aby nadobudli istotu o tom, že dohodnutý obsah cenových ponúk vyrátajú zo správneho základu. Tým, že podnikateľ PRO-TENDER im takúto informáciu poskytol, aktívne prispel k tejto ich dohode.

Námietka účastníka konania

(124) Účastník konania Chemkostav namieta zistenia úradu o tom, že do predmetného verejného obstarávania podal ponuku, ktorá bola o 2000 EUR nižšia ako predpokladaná hodnota zákazky v stavebnej časti.⁸⁹ Účastník konania v tejto súvislosti rozsiahlo analyzuje ponukové ceny oboch účastníkov verejného obstarávania, pričom na ich podklade uvádza, že neobstojí argument, žeby podnikatelia Chemkostav a PKB invest koordinovali svoje ponuky, nakoľko tieto sa úplne odlišujú.

Stanovisko úradu

(125) Ako bolo uvedené aj v bode (40) tohto rozhodnutia, úrad dospel na základe obsahu cenových ponúk predložených uchádzačmi do verejného obstarávania k záveru, že podnikateľ Chemkostav predložil cenovú ponuku, ktorá v časti týkajúcej sa výstavby moderného nízkoenergetického objektu Urgentného príjmu, t.j. v časti stavebné práce, bola nižšia od predpokladanej hodnoty zákazky, špecifikovanej v SMS správach uvedených v bodoch (36) a (37) tohto rozhodnutia, o 1 995,31 EUR (cena bez DPH). Výsledky verejného obstarávania sa teda zhodujú s postupom dohodnutým medzi účastníkmi verejného obstarávania, podľa ktorého mal podnikateľ Chemkostav predložiť ponuku nižšiu o 2 000 EUR od predpokladanej hodnoty zákazky za stavebnú časť zákazky bez DPH. Skutočnosti uvádzané účastníkom konania Chemkostav v jeho vyjadrení vo výzve tento záver úradu žiadnym spôsobom nespochybňujú.

(126) Účastníkom namietaná skutočnosť, že ponuky predložené do verejného obstarávania sa odlišovali aj v ostatných zložkách, taktiež nespochybňuje zistenia úradu o existencii dohody obmedzujúcej súťaž, nakoľko zo skutkových okolností

⁸⁸ Spis. č. 63, príloha č. 1: vyjadrenie PRO-TENDER, str. 6

⁸⁹ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 22

celkom jednoznačne vyplynulo, že zástupcovia podnikateľov sa dohodli na realizácii dohody prostredníctvom zložky ponuky – cena za stavebnú časť zákazky. Spôsob akým boli kalkulované ostatné zložky cenovej ponuky preto nebol pre vedenie správneho konania úradom podstatným.

Námietka účastníkov konania

(127) Účastník konania Chemkostav tvrdí, že podpredseda predstavenstva [osobný údaj] nemal možnosť vplývať na tvorbu cenovej ponuky, keďže v čase podávania cenovej ponuky sa nachádzal mimo územia Slovenskej republiky, o čom predkladá dôkaz v podobe pečiatky v cestovnom pase.⁹⁰

Stanovisko úradu

(128) Úrad uvedené tvrdenie podnikateľa Chemkostav nepovažuje za prijateľné vysvetlenie, ktoré by mohlo mať vplyv na závery úradu o existencii dohody obmedzujúcej súťaž. Samotná skutočnosť, že zástupca podnikateľa sa v čase podávania ponuky do verejného obstarávania nenachádzal na území Slovenskej republiky, nepreukazuje, že nemohol mať vplyv na vypracovanie ponuky tak, aby zodpovedala dohode so zástupcom podnikateľa PKB invest. Ako vyplýva z obsahu tejto dohody, ponuka podnikateľa Chemkostav mala byť určená tak, že bude o 2000 EUR nižšia od predpokladanej hodnoty zákazky v stavebnej časti. Je preto možné, že zástupca podnikateľa mohol určiť alebo vplývať na určenie cenovej ponuky do verejného obstarávania tak, aby zodpovedala tejto dohode, či už pred jeho odchodom do zahraničia alebo aj počas pobytu v zahraničí.

Námietka účastníka konania

(129) Účastník konania Chemkostav tvrdí, že jeho cenová ponuka vo verejnom obstarávaní zodpovedá obvyklým štandardom účastníkov verejných obstarávaní, ktorí idú vždy „tesne pod“, či „viac menej tesne pod“ či „takmer pod“ samotnú predpokladanú hodnotu zákazky.⁹¹

Stanovisko úradu

(130) Vyššie uvedenú námietku nie je možné považovať za prijateľné vysvetlenie správania podnikateľa Chemkostav. Je veľmi nepravdepodobným, že by predložil do verejného obstarávania ponuku, ktorá v konkrétnej časti zodpovedá tomu, čo v telefonických rozhovoroch popísal zástupca podnikateľa PKB invest ako dohodu s podnikateľom Chemkostav o spoločnom postupe vo verejnom obstarávaní.

Námietka účastníka konania

(131) Účastník konania Chemkostav namieta, že úrad nevzal do úvahy výpoveď zástupcu podnikateľa PRO-TENDER v trestnom konaní, ktorý uviedol, že je presvedčený o tom, že neporušil zákon o verejnom obstarávaní.⁹² Podľa tejto výpovede, bol konateľ podnikateľa PRO-TENDER v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní nakontaktovaný zástupcom podnikateľa PKB invest, aby mu poskytol

⁹⁰ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 25

⁹¹ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 26

⁹² Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 25-26

predpokladanú hodnotu zákazky a zároveň konateľ podnikateľa PRO-TENDER v súlade so zákonom oznámil predpokladanú hodnotu zákazky obom účastníkom verejného obstarávania.

Stanovisko úradu

(132) Úrad netvrdí, že účastník konania PRO-TENDER samotným oznámením predpokladanej hodnoty zákazky účastníkom verejného obstarávania porušil ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní. Úrad však s ohľadom na dôkazy, ktoré sú obsahom spisu, dospel k záveru, že účastník konania PRO-TENDER mal v nadväznosti na telefonický rozhovor so zástupcom podnikateľa PKB invest vedomosť o dohode medzi podnikateľmi PKB invest a PRO-TENDER o ich spoločnom postupe vo verejnom obstarávaní a v nadväznosti na túto vedomosť a na pokyn zástupcu podnikateľa PKB invest zaslal informáciu o predpokladanej hodnote zákazky obom účastníkom verejného obstarávania a to za účelom realizácie ich dohody. Inými slovami, úrad nepovažuje samotné oznámenie predpokladanej zákazky obom účastníkom verejného obstarávania za protiprávne, považuje však za protiprávnu skutočnosť, že zástupca podnikateľa PRO-TENDER mal vedomosť o dohode a k jej realizácii svojim konaním prispel. Z tohto dôvodu úrad považuje túto námietku za nedôvodnú.

(133) Úrad v tejto súvislosti zároveň opätovne poukazuje na odlišnosť medzi trestným konaním, ktoré bolo vedené voči zástupcom účastníkov konania a týmto správnym konaním. V predmetnom trestnom konaní išlo o prešetrovanie trestného činu machinácii vo verejnom obstarávaní podľa § 266 Trestného zákona, ktorého jedným z pojmových znakov je aj porušenie všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní. Úlohou orgánov činných v trestnom konaní preto bolo preukázať aj porušenie zákona o verejnom obstarávaní, pričom práve z dôvodov, že porušenie tohto zákona sa nepreukázalo, bolo trestné stíhanie zastavené. V správnom konaní o porušení ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže zakazujúcej dohody obmedzujúcej súťaž však nie je úlohou úradu preukázať porušenie ustanovení zákona o verejnom obstarávaní ale preukázať existenciu dohody obmedzujúcej súťaž.

7.7. Námietka týkajúca sa nepreukázania existencie zosúladeného postupu medzi podnikateľmi

Námietka účastníka konania

(134) Účastník konania Chemkostav namieta, že úrad v rámci správneho konania nielenže nepreukázal existenciu dohody v zmysle § 4 ods. 3 písm. a) zákona ale ani existenciu zosúladeného postupu v zmysle § 4 ods. 3 písm. b) zákona.⁹³

Stanovisko úradu

(135) Úrad k uvedenej námietke účastníka konania uvádza, že ako vyplýva z predchádzajúcich častí 6.1 ako aj 7.6 tohto rozhodnutia úrad preukázal, že medzi účastníkmi konania došlo k uzatvoreniu dohody v zmysle § 4 ods. 3 písm. a) zákona

⁹³ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 32-33

a preto považuje námietky účastníka konania v súvislosti s preukazovaním existencie zosúladeného postupu za neodôvodnené.

7.8. Námietka týkajúca sa nesprávneho vymedzenia relevantného trhu pre účely výpočtu relevantného obratu

Námietka účastníka konania

(136) Účastník konania Chemkostav uvádza, že úrad je pre účely správneho výpočtu základného východiska pre výpočet pokuty podľa bodu 8 Metodického pokynu povinný presne definovať relevantný trh.⁹⁴ Ďalej dodáva, že úrad pochybil pri vymedzení produktového relevantného trhu a to takým spôsobom, že predmetný trh definoval nelogicky veľmi široko, čím zahrnul do definície aj produkty a služby, ktoré do neho nepatria. Účastník konania má zato, že je v tomto prípade nutné vymedziť relevantný trh ako trh stavebných prác zdravotníckych zariadení (vrátane dodávok zariadení predmetných stavieb). V tejto súvislosti poukazuje na materiál OECD, v ktorom sa podľa jeho tvrdení uvádza, že je v rozpore s logikou veci považovať všetky stavby a infraštruktúry za jeden relevantný produktový trh,⁹⁵ ďalej poukázal na rozhodnutie súťažnej autority Veľkej Británie v obdobnej veci ako je táto s tým, že britský úrad vykonal v prípade rozsiahlu analýzu trhu stavebníctva a dospel k záveru, že trh stavebníctva je rozdelený do viacerých kategórií a sektorov.⁹⁶ Účastník konania ďalej uvádza, že stavby zdravotníckych stavieb sú špecifickým sektorom, pričom samotná spoločnosť Chemkostav musela vynaložiť značné náklady spojené so vstupom do tohto stavebného sektora. S poukazom na vyššie uvedené rozhodnutie súťažnej autority Veľkej Británie v obdobnej veci a Oznámenie Komisie o definícii relevantného trhu potom uvádza, že úrad mal definovať relevantný trh ako trh stavebných prác zdravotníckych zariadení, vrátane dodávok zariadení predmetných stavieb.⁹⁷

Stanovisko úradu

(137) Účastník konania vo svojej námietke nespochybňuje skutočnosť, že úrad nie je v prípadoch cieľových horizontálnych dohôd povinný presne definovať relevantný trh pre účely konštatovania, že došlo k porušeniu ustanovení zákona. Účastník konania však namieta, že úrad nesprávne (príliš široko) vymedzil produktový relevantný trh pre účely výpočtu pokuty. Z tohto dôvodu sa preto ďalej venujeme iba otázke, či úrad správne vymedzil relevantný trh pre tento účel.

(138) Podľa čl. 3 bodu 8 Metodického pokynu je východiskom pri určovaní pokuty obrat (bez daní) dosiahnutý podnikateľom z predaja tovarov a služieb, ktorých sa narušenie alebo obmedzenie súťaže priamo alebo nepriamo dotýka, a to na vymedzenom priestorovom relevantnom trhu. Takýto obrat slúžiaci ako východisko pre účely určenia pokuty, Metodický pokyn označuje termínom „relevantný obrat“.

(139) Z bodu 4 Metodického pokynu zároveň vyplýva, že Metodický pokyn vychádza z Usmernenia Európskej komisie k metóde stanovenia pokút uložených podľa článku 23 ods. 2 písm. a) nariadenia č. 1/2003 (ďalej len „Usmernenie

⁹⁴ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 34-42

⁹⁵ Tamtiež, str. 37

⁹⁶ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 38-39

⁹⁷ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 40-42

Európskej komisie).⁹⁸ Usmernenie Európskej komisie v bode 13, obdobne ako Metodický pokyn v bode 8, uvádza, že pri stanovení základnej výšky uloženej pokuty bude Komisia vychádzať z hodnoty predaja tovaru alebo služieb podniku, s ktorými porušenie priamo alebo nepriamo súvisí v príslušnej geografickej oblasti v rámci EHP. Komisia obvykle použije na výpočet hodnotu predaja podniku počas posledného celého roku, v ktorom sa podnik podieľal na porušení (ďalej len „hodnota predaja“).

(140) Súdny dvor Európskej únie pri viacerých príležitostiach potvrdil, že účelom bodu 13 usmernenia Európskej komisie je, aby ako východiskový bod pre výpočet pokuty pre konkrétneho podnikateľa bola vzatá suma, ktorá najlepšie odráža hospodársku dôležitosť porušenia ustanovenia čl. 101 Zmluvy a relatívnu váhu daného podnikateľa na tomto porušení. Z uvedeného potom vyplýva, že hoci pojem „hodnota predaja“ v zmysle bodu 13 uvedeného usmernenia Európskej komisie nemôže byť interpretovaný tak, že zahŕňa predaje tovarov a služieb, ktoré neboli predmetom kartelovej dohody, bolo by v rozpore s účelom uvedeného bodu usmernenia Európskej komisie, ak by sa tento pojem vzťahoval iba na predaje tovarov a služieb, pri ktorých bolo preukázané, že boli priamo dotknuté predmetnou kartelovou dohodou.⁹⁹ V každom prípade treba zdôrazniť, že časť celkového obratu podnikateľa pochádzajúca z predaja výrobkov a služieb, ktoré sú predmetom porušenia, môže najlepšie odrážať hospodársky význam tohto porušenia.¹⁰⁰

(141) Z uvedeného teda vyplýva, že pre určenie relevantného obratu v zmysle časti 3 Metodického pokynu (ktorý vychádza z usmernenia Európskej komisie), je teda podstatným zistenie akých tovarov a služieb sa priamo či nepriamo dotýkala dohoda obmedzujúca súťaž. Úrad a ani Európska komisia teda pri určovaní relevantného obratu pre účely výpočtu pokuty nevychádzajú z definície relevantného trhu tak, ako je špecifikovaná v Oznámení Komisie o definícii relevantného trhu ale vychádzajú z konania podnikateľov, ktoré je predmetom ich skúmania. Zároveň z vyššie uvedenej judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že pre účely výpočtu relevantného obratu nie je Komisia a rovnako tak ani úrad viazaný obratom dosiahnutým iba za predaj výrobkov a služieb, pri ktorých bolo preukázané, že boli priamo dotknuté protisúťažným konaním podnikateľa.

(142) Úrad v tomto prípade vychádzal pri určení relevantného obratu pre účely výpočtu pokuty zo skutočnosti, že kartelová dohoda medzi účastníkmi konania bola uzatvorená v súvislosti s verejným obstarávaním, ktorého predmetom bola realizácia stavebných prác a dodávka zariadení predmetnej stavby. Úrad následne zohľadnil, aké boli kritéria výberu dodávateľa zákazky zo strany verejného obstarávateľa. Ako vyplýva z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania,¹⁰¹ podmienky účasti vo verejnom obstarávaní boli nastavené tak, že sa ho mohli zúčastniť podnikatelia spĺňajúci požadované ekonomické, finančné a technické kritéria v oblasti stavebných

⁹⁸ Publikované v Úradnom vestníku Európskej únie 1.9.2006 (2006/C 210/2)

⁹⁹ Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-227/14, *LG Display*, bod 53, Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-444/11 P *Team Relocations a Ostatní v Komisia*, EU:C:2013:464, body 76 a 88, a Rozsudok vo veci C-580/12 P, *Guardian Industries a Guardian Europe v Komisia*, EU:C:2014:2363, bod 57

¹⁰⁰ Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-227/14, *LG Display*, bod 55; Rozsudok vo veci C-580/12 P, *Guardian Industries a Guardian Europe v Komisia*, EU:C:2014:2363, bod 59 a tam citovaná judikatúra

¹⁰¹ Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania č. 03760-MUP, zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 107/2010 z 5.6.2010

prác. Zo žiadneho kritéria stanoveného verejným obstarávateľom nevyplývalo, že by sa zákazky mohol zúčastniť iba podnikateľ, ktorý pôsobí alebo má skúsenosti v oblasti stavebných prác zdravotníckych zariadení. Súťaž prebiehajúca (resp. ktorá mala prebiehať) medzi potenciálnymi dodávateľmi zákazky teda nebola limitovaná na oblasť dodávky stavebných prác zdravotníckych zariadení ale bola definovaná a realizovaná ako súťaž v oblasti dodávky stavebných prác ako takých. Z tohto dôvodu by bolo preto neopodstatneným, aby úrad zúžil rozsah tovarov a služieb pre účely určenia relevantného obratu iba na stavebné práce zdravotníckych zariadení.

(143) V súvislosti s rozhodnutím britskej súťažnej autority, na ktoré poukazuje účastník konania, úrad uvádza, že postup pri určení relevantného obratu pre účely výpočtu pokuty je proces, ktorý vychádza z konkrétnych skutkových okolností jednotlivých prípadov. Tento postup potvrdzuje aj samotná britská súťažná autorita v rozhodnutí, na ktoré poukazuje účastník konania, keď uvádza, že vymedzenie relevantného trhu, či trhov v tomto prípade nemá vplyv na právomoc autority vymedziť v neskorších prípadoch relevantný trh širšie alebo užšie v situácii kedy budú takéto postup odôvodňovať skutkové okolnosti prípadu.¹⁰² V tejto súvislosti je podstatným, že britský súťažný úrad pri určení relevantného trhu vychádzal okrem iného z tej skutočnosti, že pre vykonávanie stavebných činností v jednotlivých segmentoch sú požadované zo strany zákazníkov skúsenosti v danom segmente stavebných činností. Nakoľko v tomto prípade boli požiadavky na dodávateľa stavby definované široko s tým, že verejný obstarávateľ nepožadoval skúsenosti v konkrétnej oblasti stavebných činností, úrad dospel záveru, že okolnosti tohto prípadu odôvodňujú záver o určení relevantného obratu v oblasti stavebných prác.

7.9. Námiетка týkajúca sa určenia dĺžky trvania kartelovej dohody

Námiетка účastníka konania

(144) Účastník konania Chemkostav namieta, že úrad nesprávne aplikoval bod 15 Metodického pokynu na ukladanie pokút, nakoľko v prípade dohody, ktorá trvala kratšie ako pol roka mal znížiť výšku pokuty o polovicu.¹⁰³

Stanovisko úradu

(145) Úrad k uvedenej námietke účastníka konania uvádza, že v súlade s bodom 15 Metodického pokynu sa v prípade protisúťažného konania dlhšieho ako jeden rok výška pokuty určená podľa závažnosti prenasobí počtom rokov porušovania. Pri porušeníach zákona s trvaním do jedného roka nedochádza z titulu dĺžky trvania porušenia zákona k úprave sumy pokuty určenej na základe závažnosti. Keďže v posudzovanom prípade išlo o trvanie dohody v období do jedného roka, nedochádza k prenasobeniu, a teda navýšeniu pokuty z dôvodu dĺžky porušovania. Rovnako tak nedochádza k zníženiu výšky pokuty o ½ z dôvodu, že dĺžka porušovania bola kratšia ako ½ roka tak, ako to navrhuje účastník konania. Prvá veta bodu 15 Metodického pokynu jednoznačne hovorí, že pokutu určenú na základe závažnosti úrad prenasobí počtom rokov trvania porušovania. Keďže v tomto prípade nemožno hovoriť o počte rokov, nie je možné ani aplikovať prenasobovanie pokuty určenej podľa závažnosti. Metodický pokyn úradu teda nepočíta so znižovaním pokuty

¹⁰² Decision of the Office of Fair Trading, No. CA98/02/2009 Bid rigging in the construction industry in England, 21 September 2009, Case CE/4327-04, bod II. 1727

¹⁰³ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 42-44

určenej na základe závažnosti v dôsledku dĺžky trvania, ale naopak, ak porušovanie trvalo dlhšie ako rok, tak sa pokuta zvýši. Úrad v tejto súvislosti zároveň poukazuje na rozhodnutie úradu č. 2015/KH/R/2/010 zo dňa 31.03.2015, v ktorom rada úradu potvrdila, že bod 15 Metodického pokynu je potrebné vykladať tak, že v prípade porušenia zákona v trvaní kratšom ako ½ roka, nedochádza k zníženiu pokuty o ½.¹⁰⁴ S ohľadom na vyššie uvedené skutočnosti nie je možné akceptovať námietku účastníka konania.

7.10. Námietka ohľadne určenia miery závažnosti konania

Námietka účastníka konania

(146) Účastník konania Chemkostav namieta, že určenie percenta závažnosti vo výške [obchodné tajomstvo Chemkostav] je arbitrárne a je v rozpore s legitímnymi očakávaniami účastníka konania, nakoľko je vyššie ako percento stanovené úradom v nedávnych rozhodnutiach týkajúcich sa ťažkých kartelov (Prípady č. 2014KV/2/1/029 vo veci Škoda Auto Slovensko, kde bolo percento závažnosti stanovené vo výške 3% a v prípade č. 2013/KH/1/1/014 vo veci JUDr. Ingrid Cirbusová – REALITY FULL SERVICE, kde bolo percento závažnosti stanovené vo výške 2%).¹⁰⁵ Z tohto dôvodu má účastník konania za to, že percento závažnosti je neprimerane vysoké a musí byť znížené aspoň na výšku 2%, resp. 3% v súlade s predchádzajúcou praxou úradu.

Stanovisko úradu

(147) Ako vyplýva z príslušných právnych predpisov ako aj z ustálenej judikatúry, pri rozhodovaní o výške pokuty za správny delikt úrad zvažuje závažnosť porušenia právnych predpisov vo vzťahu ku každému zisteniu protiprávneho konania, jeho následky, dobu protiprávnosti tak, aby uložená sankcia spĺňala nielen požiadavku represie, ale aj preventívny účel.¹⁰⁶ Pri rozhodovaní o určení závažnosti konania pre účely výpočtu pokuty teda bez ďalšieho nie je možné poukazovať na predchádzajúce prípady prejednané pred úradom, ale je potrebné zvážiť, či okolnosti, na základe ktorých úrad určil výšku závažnosti konania v jednotlivých prípadoch sú zhodné, resp. obdobné alebo či je medzi nimi rozdiel odôvodňujúci určenie iného percenta závažnosti.

(148) V rozhodnutí č. 2014KV/2/1/029 vo veci Škoda Auto Slovensko, na ktoré poukazuje účastník konania a v ktorom bolo percento závažnosti stanovené vo výške 3%, úrad posudzoval tzv. vertikálnu dohodu, t.j. dohodu uzatvorenú medzi podnikateľmi pôsobiacimi na inej úrovni výrobného či distribučného reťazca. Nešlo teda o kartelovú dohodu, ale dohodu, ktorá je typovo menej závažná ako ťažká kartelová dohoda, ktorá je predmetom posudzovania v tomto prípade. Z tohto dôvodu preto úrad nemôže akceptovať námietku účastníka konania, aby percento závažnosti bolo určené najviac vo výške 3% s poukazom na obdobnosť situácie s vyššie uvedeným prípadom. Naopak, nakoľko v tomto konaní ide o typovo závažnejšiu dohodu (kartelovú dohodu), je potrebné, aby bolo percento závažnosti stanovené na vyššej úrovni.

¹⁰⁴ Rozhodnutie Rady Protimonopolného úradu č.: 2015/KH/R/2/010 zo dňa 31.03.2015 vo veci ASBIS SK spol. s r.o., Bratislava, eD´system Slovakia s.r.o., Bratislava, ABC Data s.r.o., Bratislava, AT Computer, s.r.o., Bratislava, SWS Distribution, a.s., Bratislava, bod 286

¹⁰⁵ Spis. č. 62: vyjadrenie Chemkostav k výzve pred vydaním rozhodnutia, str. 44-45

¹⁰⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 30. mája 2011, sp. zn. 2Sžp/16/2011

(149) V prípade č. 2013/KH/1/1/014 vo veci JUDr. Ingrid Cirbusová – REALITY FULL SERVICE a ďalší síce išlo o horizontálnu dohodu, okolnosti tohto prípadu však boli podstatne odlišnými od okolnosti, ktoré sú predmetom posudzovania v tomto správnom konaní. V citovanom prípade išlo o dohodu vo forme stanov, interných smerníc a etického kódexu podnikateľov (niekoľkých realitných kancelárií) združených v asociácii. Išlo teda o dohodu, ktorá nemala charakter utajenej kartelovej dohody a typovo tak predstavuje menej závažný typ porušenia. Zároveň je potrebné podotknúť, že úrad pri určení závažnosti porušenia vzal v uvedenom prípade do úvahy aj veľkosť trhu a ekonomickú silu účastníkov konania (išlo o relatívne malých hráčov, pôsobiacich prevažne na obmedzenom území SR) ako aj veľkosť možného dopadu na trh, ktorý nenadobudol nebezpečné rozmery. V tomto prípade ide o dohodu, ktorá sa týkala významnej verejnej zákazky s vysokou hodnotou, pričom ako vyplýva z dôkazov získaných úradom, dohoda bola aj implementovaná v praxi, mohla mať teda podstatný dopad na celkovú hodnotu predmetnej zákazky a tým pádom aj významný škodlivý dopad. Zároveň je potrebné brať ohľad aj na skutočnosť, že účastníkmi dohody obmedzujúcej súťaž sú v tomto prípade na rozdiel od predchádzajúceho prípadu relatívne silné stavebné spoločnosti, ktoré pôsobia dlhodobo na relevantnom trhu.¹⁰⁷ Na základe uvedeného je teda možné dospieť k záveru, že okolnosti oboch prípadov odôvodňujú odlišný prístup úradu pri určení závažnosti zákonného porušenia tak, že percento závažnosti bude v tomto prípade vyššie.

(150) Zároveň poukazujeme na ďalšiu skutočnosť, ktorá podstatným spôsobom odlišuje súčasný prípad od predchádzajúcich rozhodnutí úradu, na ktoré sa odvoláva účastník konania. Dohoda, ktorú úrad posudzuje v tomto konaní, spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní. Úrad v predchádzajúcom období vydal viaceré rozhodnutia, v ktorých posudzoval obdobný typ dohôd a v ktorých stanovil percento závažnosti vo výške 5% a viac.¹⁰⁸ Je preto práve s poukazom na konzistenciu rozhodovacej praxe úradu opodstatneným, aby percento závažnosti bolo v tomto prípade stanovené vo výške [obchodné tajomstvo Chemkostav].

8. ULOŽENIE POKUTY

(151) Podľa § 38 ods. 1 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 úrad za porušenie ustanovení § 4 ods. 1, § 8 ods. 6, § 10 ods. 9, § 25 ods. 5 a § 29 ods. 5 uloží pokutu podnikateľovi do 10 % z obratu podľa § 10 ods. 3 za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie a podnikateľovi, ktorý za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie dosiahol obrat do 330 eur alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčíslieť, pokutu do 330 000 eur.

¹⁰⁷ V tejto súvislosti poukazujeme napríklad na rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci T-224/00 Archer Daniels Midland a Archer Daniels Midland Ingredients v Komisia [2003] EC II-2597, bod 185, v ktorom súd uvádza, že pri určení závažnosti konania môže Komisia vziať do úvahy aj skutočnosť, či boli účastníkmi konania malí podnikatelia prípadne stredné alebo veľké spoločnosti.

¹⁰⁸ Rozhodnutie PMU SR č. 2014/KH/1/1/021 z 28.07.2014 vo veci J.P.–STAV spol. s r.o. a ďalší (percento závažnosti 6%); Rozhodnutie PMU SR č. 2014/KH/1/1/023 z 07.08.2014 vo veci MAHRLO, s.r.o. a ďalší (percento závažnosti 5%); Rozhodnutie PMU SR č. 2015/KH/1/1/015 z 25.05.2015 vo veci VUMAT SK, s.r.o. a ďalší (percento závažnosti 5%); Rozhodnutie PMU SR č. 2015/KH/1/1/016 z 25.05.2015 vo veci A.EN.INVENT AG a ďalší (percento závažnosti 5%)

(152) Podľa § 38 ods. 4 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 je predchádzajúcim účtovným obdobím rok predchádzajúci roku, v ktorom je vydané rozhodnutie úradu, alebo ak nie sú dostupné údaje za tento rok, potom rok predchádzajúci tomuto roku.

(153) Podľa § 38 ods. 10 zákona v znení účinnom do 31.12.2011 úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania ustanovení tohto zákona, porušovania ustanovení osobitného predpisu alebo porušovania podmienky, povinnosti alebo záväzku uloženého rozhodnutím úradu. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty berie do úvahy aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.

(154) Pri výpočte pokuty postupuje úrad v súlade s Metodickým pokynom na ukládanie pokút (ďalej len „Metodický pokyn“)¹⁰⁹ a ako východisko pri určení pokuty berie tzv. relevantný obrat podnikateľa. Pod relevantným obratom sa rozumie obrat (bez daní) dosiahnutý podnikateľom z predaja tovarov a služieb, ktorých sa narušenie alebo obmedzenie súťaže priamo alebo nepriamo dotýka, a to na vymedzenom priestorovom relevantnom trhu. Pri výpočte relevantného obratu úrad zvyčajne vychádza z údajov o predajoch realizovaných podnikateľom za posledné uzavreté účtovné obdobie, v ktorom sa podnikateľ zúčastnil na protisúťažnom konaní.

(155) Podľa Metodického pokynu sa základná výška pokuty stanoví na základe súčinu relevantného obratu a percenta určeného na základe závažnosti porušenia zákona (v rozsahu do 30%), pričom sa následne tento súčin prenásobí počtom rokov, počas ktorých k porušovaniu zákona dochádzalo. Následne sa upraví základná suma pokuty na základe iných skutočností majúcich vplyv na výšku pokuty (príťažujúce a poľahčujúce okolnosti). Pri hodnotení týchto skutočností úrad určuje percento zvýšenia alebo zníženia základnej sumy pokuty. Na záver sa uskutoční kontrola, či pokuta nepresahuje 10% z celkového obratu. V prípade, že výsledná suma pokuty presahuje 10% z celkového obratu, upraví sa výška pokuty na hodnotu 10% z celkového obratu podnikateľa.

8.1. Relevantný obrat

(156) Ako už bolo uvedené, základným východiskom pre výpočet predpokladanej výšky pokuty podľa zákona bude relevantný obrat, tzn. obrat dosiahnutý každým z účastníkov konania na vymedzenom relevantnom trhu v zmysle časti 3 tohto rozhodnutia, za posledné uzavreté účtovné obdobie v ktorom sa účastníci konania zúčastnili na protisúťažnom konaní. Podľa Metodického pokynu v prípadoch, kedy nie je možné relevantný obrat určiť alebo vyčíslieť, úrad postupuje v závislosti od špecifik jednotlivého prípadu a ako alternatívu relevantného obratu použije taký údaj, ktorý najviac zodpovedá relevantnému obratu tak, aby boli zachované základné

¹⁰⁹ Dostupné na: http://www.antimon.gov.sk/data/files/396_metodicky-pokyn-o-postupe-pri-urcovani-pokut-v-pripadoch-zneuzivania-dominantneho-postavenia-a-dohod-obmedzujucich-sutaz.pdf [2014-12-19]

východiská ukladania pokút. Takýmto údajom môže byť aj celkový obrat, hodnota zákazky pri verejnom obstarávaní, príp. jej časť a pod.

(157) Pri výpočte relevantného obratu úrad vychádzal z údajov o predajoch realizovaných účastníkmi konania za posledné uzavreté účtovné obdobie, v ktorom sa zúčastnili na protisúťažnom konaní, t.j. z údajov obsiahnutých v účtovných zvierkach podnikateľov za rok 2011.¹¹⁰

(158) V prípade podnikateľov PKB invest. a Chemkostav úrad z údajov, ktoré mu boli predložené zistil, že relevantný obrat podnikateľov bol v roku 2011 nasledovný:

- a) Relevantný obrat podnikateľa **PKB invest** v roku 2011 dosiahol sumu **8 820 057 EUR**;
- b) Relevantný obrat podnikateľa **Chemkostav** v roku 2011 dosiahol sumu [obchodné tajomstvo Chemkostav];

(159) V prípade podnikateľa PRO-TENDER úrad zistil, že v čase, kedy sa zúčastnil protisúťažného konania, nebol aktívnym na relevantnom trhu a nie je teda možné vyčíslieť výšku jeho relevantného obratu. Z tohto dôvodu musel úrad v jeho prípade vybrať v súlade s postupom podľa Metodického pokynu vhodnú alternatívu pre výpočet pokuty. S ohľadom na zabezpečenie preventívnej a represívnej funkcie pokuty úrad ako najvhodnejšiu alternatívu vyhodnotil výpočet pokuty z celkového obratu podnikateľa. Z údajov, ktoré boli úradu predložené úrad zistil, že podnikateľ **PRO-TENDER** dosiahol v roku 2011 celkový obrat vo výške **263 555 EUR**.

8.2. Závažnosť porušenia

(160) Ďalším krokom pri výpočte pokuty je určenie závažnosti konania v percentuálnom vyjadrení. Pri určovaní závažnosti konania úrad v zmysle Metodického pokynu zohľadňuje konkrétnu protisúťažnú praktiku a jej vážnosť z pohľadu porušenia ustanovení zákona. Pri hodnotení dopadu úrad zohľadňuje najmä aký dopad má posudzovaná praktika na trh, či sa praktika implementovala alebo nie a tiež aj spoločný podiel všetkých podnikateľov na trhu. Tam, kde je to účelné, úrad zohľadňuje aj veľkosť relevantného trhu (teda akej veľkej časti trhu sa porušenie zákona týka). Najprísnejšie sú úradom posudzované kartelové dohody s veľmi vážnym dopadom na trh, kedy sa výška percenta bude blížiť k hornej, 30% - nej hranici.

(161) V tomto prípade je predmetom posudzovania dohoda, ktorej účastníkmi boli konkurenti na relevantnom trhu, t.j. ide o horizontálnu dohodu, pričom jej cieľom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže na relevantnom trhu. Obsahom tejto dohody, ako bolo už uvedené aj v predchádzajúcich častiach bolo určenie cien, cenových ponúk predkladaných do predmetného verejného obstarávania, ďalej rozdelenie trhu formou určenia, ktorý z účastníkov dohody uspeje v predmetnom verejnom obstarávaní ako aj znaky koluzívneho správania, v dôsledku ktorého podnikatelia koordinovali svoje správanie v procese verejného obstarávania. Ide teda o porušenie zákona, ktoré je už svojou povahou mimoriadne závažné a v odbornej literatúre býva označované pojmom „*hard-core cartels*“. Ide teda o typ dohody, ktorý je úradom posudzovaný

¹¹⁰ Spis. č. 42, spis. č. 43, spis. č. 46

najprísnejšie a táto skutočnosť musí byť zohľadnená v percentuálnom určení závažnosti konania.

(162) Za dôležitú z pohľadu posúdenia závažnosti konania úrad považuje aj skutočnosť, že dohoda obmedzujúca súťaž bola jej účastníkmi realizovaná aj v praxi. Z tohto dôvodu preto úrad zohľadnil aj skutočnosť, že v dôsledku takéhoto konania účastníkov dohody bol zmarený účel verejného obstarávania, ktorým je získanie čo najlepšej možnej ponuky tovarov, či služieb vygenerovanej v rámci riadnej trhovej súťaže. Konaním podnikateľov mohlo dôjsť k predraženiu ponúkaných tovarov a služieb, nakoľko v dôsledku dohody neboli vystavení vzájomnému súťažnému tlaku a neboli tak nútení ponúknuť najlepšie možné, trhové podmienky verejnému obstarávateľovi. V neposlednom rade je významnou aj skutočnosť, že verejný obstarávateľ vynaložil na financovanie zákazky, ktorá bola predmetom verejného obstarávania, prostriedky z fondov Európskej únie, konkrétne z Operačného programu zdravotníctvo. V dôsledku konania podnikateľov tak došlo k nehospodárnemu nakladaniu z prostriedkami z verejných fondov a k poškodeniu nielen konečného zákazníka, ktorým bol verejný obstarávateľ, ale verejnosti a verejných prostriedkov ako celku.

(163) Na druhej strane však úrad prihliadol na skutočnosť, že podľa získaných dôkazov sa predmetná dohoda obmedzujúca súťaž týkala jedného verejného obstarávania a nebolo preukázané, že by mimo tohto verejného obstarávania priamo ovplyvnila ďalším spôsobom hospodársku súťaž na relevantnom trhu.

(164) S ohľadom na vyššie uvedené skutočnosti úrad určil percento závažnosti v prípade podnikateľa Chemkostav vo výške [obchodné tajomstvo Chemkostav] z relevantného obratu, v prípade podnikateľa PRO-TENDER vo výške 5% z relevantného obratu a v prípade podnikateľa PKB invest vo výške 5% z relevantného obratu. Keďže uvedením presného čísla koeficientu za závažnosť pre podnikateľa Chemkostav by bolo možné z následného výpočtu zistiť relevantný obrat podnikateľa Chemkostav, ktorý je obchodným tajomstvom podnikateľa Chemkostav, úrad na tomto mieste konštatuje len všeobecne, že koeficient za závažnosť bol určený v rozmedzí 0 – 30% relevantného obratu.

8.3. Dĺžka porušovania zákona

(165) Pri porušeníach zákona s trvaním do 1 roka nedochádza z titulu dĺžky trvania porušenia zákona k úprave sumy pokuty určenej na základe závažnosti. V uvedenom prípade dĺžka porušovania jednotlivých účastníkov dohody predstavovala obdobia kratšie ako 1 rok. Z uvedených dôvodov nebola suma pokuty určená na základe závažnosti upravená v súvislosti s počtom rokov trvania porušovania.

8.4. Príťažujúce a poľahčujúce okolnosti

(166) Úrad ďalej posudzoval, či existujú nejaké príťažujúce či poľahčujúce okolnosti, ktoré sú dôvodom k zvýšeniu či zníženiu pokuty. V priebehu správneho konania úrad na základe dostupných podkladov a informácií nezistil žiadne také skutočnosti, ktoré by mali za následok zvýšenie alebo zníženie pokuty.

8.5. Výška pokuty

(167) Na základe vyššie uvedených skutočností úrad uplatnil nasledovný postup pri stanovení predbežnej výšky pokuty pre jednotlivých účastníkov konania:

Ukazovateľ/skutočnosť	Účastník konania		
	PKB invest	Chemkostav	PRO-TENDER
Celkový obrat v EUR za rok 2014 ¹¹¹	3 276 689	45 914 208	504 592
Relevantný obrat v EUR za rok 2011	8 820 057	[obchodné tajomstvo Chemkostav]	263 555
%-to závažnosti	5%	[obchodné tajomstvo Chemkostav]	5%
Obdobie porušovania	09.12.2011 – 12.12.2011	09.12.2011 – 12.12.2011	09.12.2011 – 12.12.2011
Počet rokov porušovania	< 1 rok	< 1 rok	< 1 rok
Základná suma pokuty v EUR	441 002,85	2 206 706,90	13 177,75
Poľahčujúce okolnosti	-	-	-
Priťažujúce okolnosti	-	-	-
Suma pokuty > 10% z celkového obratu	áno	Nie	Nie
Výsledná výška pokuty (úprava na 10% z celkového obratu) v EUR	327 668,9	2 206 706,90	13 177,75

(168) Ako vyplýva aj s vyššie uvedenej tabuľky, úrad v súlade s Metodickým pokynom prekontroloval, či pokuta nepresahuje 10% z celkového obratu. Vzhľadom k tomu, že v prípade podnikateľa PKB invest pokuta prekročovala 10% hranicu celkového obratu, upravil úrad výšku pokuty na hodnotu 10% z celkového obratu podnikateľa.

(169) Úrad dospel k záveru, že takto stanovená výška pokút dostatočne plní svoju represívnu funkciu – potrestanie za porušenie zákona, funkciu individuálnej a generálnej prevencie a má tiež dostatočne odstrašujúci efekt.

(170) Žiadna z námietok predložených účastníkmi konania nemala vplyv na posúdenie vyššie popísaného správania sa ako dohody obmedzujúcej súťaž, ani na prehodnotenie výšky pokuty uloženej za porušovanie zákona. Na základe uvedených skutočností úrad rozhodol tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia

9. POUČENIE

Podľa § 34 ods. 1 zákona v spojení s § 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

¹¹¹ Uvádžame, že pri výpočte navrhovanej pokuty vo výzve pred vydaním rozhodnutia, úrad vychádzal z údajov o celkovom obrate za rok 2013. Nakoľko však od vydania výzvy pred vydaním rozhodnutia boli zverejnené aj údaje o celkových obratoch podnikateľov za rok 2014, úrad v rozhodnutí vychádza z týchto údajov. Údaje o celkovom obrate podnikateľov úrad získal z registra účtovných závierok, ktorý je zriadený zákonom č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov a je verejne prístupný na webovej stránke www.registeruz.sk (spis. č. 74).

štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov proti tomuto rozhodnutiu možno podať rozklad Rade Protimonopolného úradu Slovenskej republiky prostredníctvom Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov, v lehote 15 dní odo dňa jeho doručenia.

Podľa § 61 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov včas podaný rozklad má odkladný účinok. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom podľa § 247 Občianskeho súdneho poriadku po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov.

JUDr. Radoslav Tóth
podpredseda úradu